



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.



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

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.

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)
Dr. Öğretim Üyesi A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Dr. Süleyman KIRAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule IŞIN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Öğr. Gör. Furkan Batuhan İPEK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,

HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.

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 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 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: Haziran/June 2018

Yayın Türü/Publication Type: Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical

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

DANIŐMA 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-Universitt Freiburg, Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits-und Sozialrecht, Albert- Ludwigs-Universitt 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	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Rektörü, Eskişehir/Türkiye <i>Eskişehir Osmangazi University Rector, Eskişehir/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

Değerli okuyucular,

TFM'nin çıkışı ile ticaret ve fikri mülkiyet hukuku camiasına yaptığımız çağrı gün geçtikçe daha çok karşılık buluyor. TFM'nin Avrupa, Asya ve Amerika'da yüzlerce akademisyen ve uygulamacının eline fiziki olarak, dünya üzerinde binlerce hedefe ise Dergipark, HeinOnline ve diğer popüler veritabanları üzerinden dijital olarak ulaştığını görmek bizi daha çok çalışmaya teşvik ediyor.

Bu sayıda, genel fikri mülkiyet hukuku, sermaye piyasası hukuku, şirketler topluluğu hukuku, deniz ticareti ve milletlerarası ticaret hukuku konuları ile ilgili makaleler bulacaksınız. Bu çalışmaların hukuka yaptığı katkıyı önemsiyor ve yeni bilimsel tartışmalara zemin oluşturmasını ümit ediyoruz.

Sizler bu sayı ile bulduğunuz esnada biz TFM'nin Aralık 2018 sayısının çalışmaları içinde olacağız. Bu zevkli meşguliyetin sizlerden gelen çalışmalarla daha çok anlam kazandığını ve büyüdüğünü belirterek sizleri yeni sayı ile başbaşa bırakıyoruz.

Katkılarınız için teşekkür eder, iyi okumalar dileriz.

TFM Yayın Kurulu

FROM EDITOR

Dear readers,

The call of TFM to the commercial and intellectual property law community is receiving more and more response. Seeing TFM has reached hundreds of academics and practitioners as hardcopy in Europe, Asia and America; and thousands of destinations around the world digitally via Dergipark, HeinOnline and other popular databases, encourages us to work harder.

In this issue, you will find articles on general intellectual property law, capital market law, corporate community law, maritime trade and international trade law subjects. We appreciate the contributions made by these works to the law and hope that they will provide a basis for new legal scientific debates.

While you are meeting this issue, we will be in the work of December 2018 of the TFM. Before leaving you with this issue, we would like you to emphasize that this delightful occupation gains more meaning and develops with your studies.

Have a nice reading, with special thanks for your contribution.

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, Heinonline 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 TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK 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 OSCOLA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.

4. zgn bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanmalıdır.

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. "ˆ" iřareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliđini 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: **Kılınc**, 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 OSCOLA (*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 Hukukunun 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 Access.

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, I:1, V:10, p. 27.

In Bibliography: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, I: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: **Kılınç**, 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

EKONOMİK YAPTIRIMLAR VE AKREDİTİF

ECONOMIC SANCTIONS AND LETTER OF CREDIT

DOÇ. DR. MUSA AYGÜL & ARŞ. GÖR. DR. BELKIS VURAL ÇELENK 1

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİM TEŞEBBÜS

DOMINANT UNDERTAKING IN GROUP COMPANIES

ARŞ. GÖR. FATMA BETÜL ÇAKIR ÇELEBİ..... 19

FONKSİYONLARI AÇISINDAN TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU VE YATIRIMCI TAZMİN MERKEZİ'NİN KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON FOR FUNCTIONS BETWEEN SAVING DEPOSIT INSURANCE FUND (SDIF) AND INVESTOR COMPENSATION CENTER (ICC)

DOÇ. DR. MEHMET FAHRETTİN ÖNDER..... 33

DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUKLARI

RESPONSIBILITIES OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON THE CARRIAGE OF PASSENGERS BY SEA

MUSTAFA ÖZEN..... 57

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNUNUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

THE NEW TURKISH INDUSTRIAL PROPERTY CODE

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ CAHİT SULUK..... 91

DIE NEUREGELUNG DES DELISTING IM DEUTSCHEN BÖRSENGESETZ

THE NEW REGULATION OF DELISTING IN THE GERMAN STOCK EXCHANGE ACT

EBRU YILDIRIM 111

Makaleler

Articles

ECONOMIC SANCTIONS AND LETTER OF CREDIT

Doç. Dr. Musa AYGÜL** & Arş. Gör. Dr. Belkıs VURAL ÇELENK***

ÖZET

Uluslararası ticarete ekonomik yaptırımların yeri geçmişte olduğu gibi günümüzde de önemini korumaktadır. Bugün uluslararası ticarete etkisi olan yaptırım rejimleri milli devletlerce oluşturulabileceği gibi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası ya da uluslar-üstü kuruluşlar tarafından da oluşturulabilmektedir. Kaynağına göre etkisi değişmekle birlikte, uluslararası ticaretin neredeyse tüm aktörleri bu yaptırım kararlarından etkilenirler. Ekonomik yaptırımların düzenlenmesiyle birlikte, hedef ülke, coğrafi bölge ya da kişilerle ithalat ihracat yapılması fiilen engellenmekte ve akreditif vb. ödeme araçlarının kullanımı neredeyse imkânsızlaşmaktadır.

Ekonomik yaptırımlar sözleşmenin tarafları ve ticari ilişkide ödemelerin gerçekleşmesine aracılık yapan bankalar açısından önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Örneğin taraflardan birinin ekonomik yaptırım rejiminin hedefinde olduğu bir sözleşmeyi sonlandırma zorunluluğu ya da satım sözleşmesinde malların teslimine rağmen, akreditif ilişkisinin ambargonun uygulama alanına girdiği durumlarda karmaşık hukukî uyumsuzluklar ortaya çıkabilmektedir.

Bu çalışmada ekonomik yaptırımlar ve bunların akreditifler üzerine etkisi inceleme konusu yapılacaktır. Ayrıca, giderek yaygınlaşan, bankalarca akreditiflere konulan ambargo kayıtları ve bunların doğurdukları problemler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik Yaptırım, Ambargo, Akreditif, ICC.

ABSTRACT

The economic sanctions are of paramount importance in international trade. Today, the economic sanctions regimes can be established either by national states or, by the European Union and the United Nations. Depending on the issuing legal order of the economic sanctions, the actors of the international trade are inevitably affected by those sanctions. Due to economic sanctions, the trade to target state, geographical region or persons becomes restricted or banned and use of the payment instruments such as accreditive becomes impossible.

Economic sanctions trigger important legal problems for the parties to contractual relationship and the banks which involve in the transactions to provide secure payments. For instance, there are problems where a contract is terminated due to the fact that it falls within the scope of an economic sanction. The fate of accreditive is also problematic where the delivery of goods are prohibited by an economic sanction. The concept of economic sanctions and their effect on accreditive in international trade will be discussed in this paper. In addition, the use of sanction clauses in accreditive and the potential problems arising from those clauses will be examined.

Keywords: Economic Sanction, Embargo, Letter of Credit, ICC.

* Bu Makale, 26 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi (e-mail: musaaygul1@gmail.com).

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi Dr. (e-mail: vuralbelkis@gmail.com). (Geliş Tarihi: 10.04.2018 / Kabul Tarihi: 20.06.2018)

EKONOMİK YAPTIRIMLAR VE AKREDİTİF

I. GİRİŞ

Ekonomik yaptırımlar, ülkeler arasındaki ihtilâfların silah kullanılmadan giderilmesi yolundan birisi olarak görülmektedir¹. Bu kapsamda ekonomik yaptırımlar, bir dış politika aracı olarak, diplomasi ve savaş arasında (*between words and wars*) kabul edilmektedir.

Doktrinde ekonomik yaptırım, “*bir veya daha fazla devletin veya uluslararası örgütün (uygulayıcı), bir veya daha fazla devlet, yapı, organizasyon ve/veya ilişkili kişileri (hedef), davranış değiştirmeye zorlamak ve/veya (hedefe veya başkalarına) mesaj vermek gibi politik amaçlarla hedefe ve/veya üçüncü kişilere karşı uyguladığı, olumlu veya olumsuz, ekonomik ticari ve/veya finansal tedbirler*” olarak tanımlanmaktadır².

Ekonomik yaptırımlar, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK) kararlarına istinaden uygulandığı gibi milli devletler ya da Avrupa Birliği gibi uluslar-üstü (*supranational*) bir organizasyon tarafından da uygulanabilmektedir³.

Birleşmiş Milletlerin uyguladığı ekonomik yaptırımlarla, hedef ülke ya da kuruluşu zayıf düşürmek, davranışlarını değiştirmeye zorlamak, cezalandırmak veya mesaj vermek yoluyla değişik amaçlara ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu amaçlar, işgal ya da müdahalenin önlenmesi veya sonlandırılması, meşru hükümetlerin kurulması, insan haklarının korunması, silahsızlanma, barışın temi-

ni, terörün önlenmesi, iyi yönetim geliştirmek şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Millî devletler ise, münhasıran kendi çıkarları doğrultusunda farklı amaçlar ile ekonomik yaptırımlar uygulayabilmektedir. Örneğin, hedef ülkedeki politika ve rejim değişikliği ve askerî amaçlar, bunlardan bazılarıdır⁴.

Milletlerarası ticaretin uygulamacıları ve özellikle bankalar, akdî ilişkilerinden doğan borçların ifası zorunluluğu ile bir devletin ekonomik yaptırım⁵ kurallarına uyma zorunluluğu bakımından birbiri ile bağdaşmayan durumlar ile karşılaşabilirler. Zira ticaretin bir ekonomik silah olarak kullanılması, istikrar ve güvenin son derece önemli olduğu milletlerarası ticaret ve elbette onun aktörlerini de doğrudan ilgilendirir. Özellikle mesafeli satım sözleşmelerinde tacirler arasındaki güven bunalımını bertaraf etmek için çeşitli ödeme araçları gelişmiştir. Bu araçlardan birisi de akreditiftir. Örneğin gayri kabili rücu (*irrevocable*) akreditif, satıcıya belirli bir güven sağlar ve mesafeli satımlarda, edimlerin karşılıklı ve aynı anda yerine getirilmesini mümkün kılar. Bir ödeme aracı olarak akreditif, esas ilişkiden bağımsız ve soyuttur. Akreditifte, akreditif bankası soyut ilişkiden bağımsız olarak ödeme yükümlülüğü altında olduğundan milletlerarası ticarete yoğun olarak kullanılır⁶.

Gayri kabili rücu bir akreditif ile güvence altına alınmış bir ödeme, ekonomik yaptırımlarla karşılaşılması halinde taraflar için yeni problemlerin ortaya çıkmasına vesile olur. Bankalar da akreditiflere, ekonomik yaptırımlar ile ilgili klozlar

¹ **Davis**, Daniel (1982), 'The Trade Embargo and The Irrevocable Letter of Credit', *Arizona Journal of International and Comparative Law*, C: 1, s. 213-232, s. 215.

² **Acar**, Serdar (2015), *Ekonomik Yaptırımlar*, İstanbul, Vedat, s. 29.

³ Avrupa Birliği, Ukrayna ve Kırım sorunları nedeniyle Rusya'ya karşı silahlanma, enerji, petrol gibi stratejik alanlarda üye devletlerini doğrudan bağlayıcı yaptırımlar uygulamaktadır. Avrupa Birliği Rusya'ya karşı iki adet yaptırım tüzüğünü yürürlüğe koymuştur. Bunlar; Avrupa Birliği Konseyi'nin 31 Temmuz 2014 tarih ve 833/2014 sayılı Tüzüğü ile 8 Eylül 2014 tarih ve 960/2014 sayılı Tüzüğü'dür.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Acar**, s. 50-55.

⁵ Bazı çalışmalarda ekonomik yaptırım kavramı yerine 'ambargo' ifadesi kullanılmaktadır. 'Ambargo', Anglo Sakson hukukuna ait bir ifadedir ve ilk kullanımı 1800'lü yılların başında Jefferson Ticaret Ambargosu olarak bilinen Amerikan ambargosu kurallarının temeli olan *Embargo Act of 1807*'dir. Ambargo ve yaptırım kavramları hakkında ayrıntılar için bkz. **Azimi**, Sarah R. (2016), *Kaufvertragsstörungen aus Sicht des BGB und des iranischen Rechts, Das wirtschafte embargo gegen den Iran*, ebook, Springer, s. 6.

⁶ **Doğan**, Vahit (2016), *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Ankara, Savaş, s. 21-22.

koymaya başlamışlardır. Bu konuda ICC tarafından bir rehber de yayımlanmıştır⁷.

Çalışmamızda, öncelikle ekonomik yaptırımlar ve hukukî nitelikleri ile gayri kabili rücu akreditif genel hatları ile açıklanacaktır. Akabinde ise, özellikle para transferlerini önlemeye yönelik ekonomik yaptırımlar çerçevesinde (gayri kabili rücu) akreditif ilişkisinde tarafların borçları inceleme konusu yapılacaktır.

II. EKONOMİK YAPTIRIMLAR

A. GENEL OLARAK

Ekonomik yaptırımlar, değişik açılardan tasnif edilebilir. Bu tasniflerden, uygulayıcılarına göre, çok taraflı ve tek taraflı ekonomik yaptırımlar ayrımı, çalışmamız açısından önemlidir. Eğer yaptırım, bir devlet tarafından uygulanırsa, tek taraflı, birden fazla devlet tarafından uygulanırsa çok taraflı yaptırımdan söz edilir. Ayrıca her bir egemen devletin, birden fazla devletle aynı ülke ya da ülkelere tek taraflı ekonomik yaptırım uygulaması da mümkündür⁸.

Yaptırımı uygulayan taraf dışında, bu yaptırımların uygulandığı devletler ya da kişiler söz konusudur. Genel olarak bakıldığında, ekonomik yaptırımlar yaygın olarak devletlere karşı uygulanır⁹. Ekonomik yaptırım uygulanan ülke ise, “hedef

ülke = *targeted country*” olarak anılmaktadır. Bir ülkenin hedef alınarak kapsamlı ekonomik yaptırım uygulamasında, o ülkeye mal ya da ürünün girişine ya da çıkışına izin verilmez. Mesela BMGK, Rodezya, Irak, Yugoslavya ve Haiti gibi ülkelere bu kapsamda ekonomik yaptırımlar uygulanmıştır. Bu yaptırımlar devlet üzerinde etkili olsa da, hedef ülkedeki sivil halk üzerinde olumsuz bir takım sonuçları da olmaktadır¹⁰. Bu tür istenmeyen zararların önüne geçilebilmesi için, ilgili kişiler ya da kuruluşları hedef alan ya da hedef ülkeye belirli ürünlerin ihracatını yasaklayan ve akıllı yaptırımlar (*targeted sanctions*) olarak anılan yaptırım modeli gündeme gelmiştir. Böylelikle devletlerin yanında özel hukuk kişileri de, ekonomik yaptırımlara maruz kalabilmektedir. Özellikle 2000’li yıllardan sonra akıllı yaptırımlar yoluyla, gerçek kişilere, şirketlere, kâr amacı gütmeyen kuruluşlara da ekonomik yaptırımlar uygulanmaya başlanmıştır¹¹. Gerçek kişilere uygulanan yaptırımlar, millî mahkemelerde dava konusu yapılarak, ekonomik yaptırımların insan haklarına aykırılığı gündeme getirilmiştir. Bu kapsamda, yaptırımların insan haklarını ihlâl etmemesi gerektiği yönündeki anlayış kabul edilmeye başlanmıştır¹².

Ekonomik yaptırım araçları da çeşitlilik gösterir. Bunlardan bazıları, ambargo/boykot¹³,

güçlü olduğu görülür. Örneğin AB’nin bütün üye devletleriyle yaptırım uyguladığı Rusya’dan ekonomi olarak güçlü olduğuna dikkat çekilebilir: **Aras**, İlhan (2017), ‘Avrupa Birliği’nin Kırım’ın İlhakına Bakışı: Rusya’ya Yönelik Yaptırımlar’, Karadeniz Araştırmaları, S: 53, s. 29-50, s. 32.

¹⁰ **Akkutay**, s. 419.

¹¹ **Acar**, s. 41; **Akkutay**, s. 419.

¹² Akıllı yaptırımların, insan haklarına aykırılığı sorunu, ABAD’ın “*Kadi v Commission of the European Communities*” davasında tartışılmıştır. Bu kararda, ekonomik yaptırımların insan haklarını ihlâl etmemesi gerektiği kabul edilmiştir. BMGK Yaptırımlar Komitesi de insan hakları standartlarının gözetileceği yeni usuller belirlemeye yönelmiştir. Bkz: **Ireland Kaczorowska**, Alina (2015 Public International Law, 5. Edition, Newyork, Routledge, s. 725.

¹³ Ambargo/boykot hedef ülkeye, mal, hizmet ya da teknoloji sağlanmasının tamamen ya da kısmen yasaklanmasıdır. Ayrıca ambargo/boykot, hedef ülkeden herhangi bir emtia alınmasını da yasaklayabilir: **Acar**, s. 159. Örnek olarak BMGK’nun 217 sayılı kararı ile Güney Rodezya’ya uyguladığı ambargo/boykot kararı gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Davis**, s. 220.

⁷ ICC Guidance Paper on the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance Related Instruments subject to ICC Rules 2014 (ICC Rehber), Document No. 470/1238, bkz. <https://iccwbo.org/publication/guidance-paper-on-the-use-of-sanctions-clauses-2014>. Ayrıca ICC tarafından milletlerarası ticaretin yeknesaklaştırılması için hazırlanan çeşitli dokümanlar ve hukuk nitelikleri hakkında bkz. **Ekşi**, Nuray (2013), ‘Banka Ödeme Yükümlülüğüne İlişkin ICC URBPO 750 E Kurallarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı’, BFHD, S: 8, C: 2, s. 3-18, s. 5.

⁸ **Acar**, s. 40-41.

⁹ Bkz. **Bozkurt**, Enver & **Kütükçü**, Akif & **Poyraz**, Yasin (2015), Devletler Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 327. Ekonomik yaptırım kararlarının uygulanmasında ülkelerin birbirlerine bağımlılığın artması, kullanılan araç ve politikaların bu kararları uygulayacak ülkelerin menfaatlerine uygun olması, karşılıklı iş birliği, yaptırım uygulayan devletin ekonomik olarak güçlü olması ve ulusal ve uluslararası piyasayı kontrol edebilme yeteneğinin olması gibi koşullar önem arz eder. Genellikle ekonomik yaptırım uygulayan ülkelerin hedef ülkeden ekonomik olarak daha

taşıma yaptırımları¹⁴, yatırım yasakları ve teknoloji transferi yasakları şeklinde karşımıza çıkar. Finansal yaptırımlar da ekonomik yaptırımların bir türüdür. Finansal yatırım araçları da örneğin varlık dondurma, transfer sınırlamaları, finansman ve finansman hizmetler sağlama yasakları, sigorta/reasürans yasakları bu kapsamda sayılabilir.

Hedef ülkenin kendisine karşı alınan yatırım kararlarına karşı yatırım kararı alması da muhtemeldir. Ambargoya taraf olan devletler ya da ilgililerin hedef ülkede talep edecekleri ödemelerin durdurulması gibi karşı yaptırımlar gerçekleştirilmesi bu hususa örnek olarak verilebilecektir¹⁵. Ekonomik yaptırımlara karşı üçüncü ülkeler tarafından bir takım blokaj kanunlarının yürürlüğe konulduğu görülür. Bu kanunların amacı, hedef ülkeye yöneltilen yaptırımların üçüncü ülkelere uyulmasını yasaklamak ve bu müeyyidelerin ülke dışı etkilerini gidermektir¹⁶. Örneğin Avrupa Birliğinde (AB), ABD'nin uyguladığı ekonomik yaptırımların ülke dışı uygulamalarının uluslararası hukuku ihlal ettiği ileri sürülmektedir¹⁷. AB, ABD'nin yürürlüğe koyduğu ve ülke dışı etki tanıyan bu düzenlemelere karşı koruma tedbirleri içeren (AT) 2271/96 Sayılı Konsey Tüzüğü¹⁸ çıkarmıştır.

¹⁴ Taşıma yaptırımları, gemicilik ve havacılık faaliyetlerinin engellenmesi gibi taşıma yasakları ve bunların icrası için alınan önlemlerden oluşur: **Acar**, s. 175 vd.

¹⁵ Irak'ın BMGK'nın yaptırım kararına karşı aldığı misilleme için bkz. **Azimi** s. 159.

¹⁶ 12 Mart 1996 tarihinde kabul edilen Helms-Burton Kanunu'nun uygulama alanı Amerikan hukukuna tâbi olmayan gerçek ve tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletilince, Kanada ve Meksika tarafından blokaj kanunları kabul edilmiştir: **Özdemir Kocasakal**, Hatice (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 93.

¹⁷ ABD'nin bu uygulamalarının uluslararası hukuka aykırı olduğu yönünde, **Gebauer** Martin (1998), 'Kollisionsrechtliche Auswirkungen der US-amerikanischen Helms-Burton-Gesetzgebung', IPRAX, S:18, C:3, s. 145-155, s. 150.

¹⁸ 22 Kasım 1996 tarihli (AT) 2271/96 sayılı Üçüncü bir Ülkenin Ülke Dışı Uygulama Tanıdığı Hukukî Düzenlemelerin ve Bunlara Dayalı Tedbirlerin Etkilerine Karşı Konsey Tüzüğü, Bkz. ABl, 1996, L.309/1. Ayrıca Tüzüğün Avrupa Birliği üye devletlerinde etkisi için bkz. **Blessing**, Marc (1999), *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules*, Helbing & Lichtenhanh, Basel, s. 23.

Ekonomik yaptırım kuralları hakkında yapılan bu açıklamaların ardından, çalışmamızda, yaptırım kurallarının hukuk düzeni içindeki yeri ve niteliği tespit edilerek bu kuralların akreditif üzerindeki olası etkileri değerlendirilecektir.

B. EKONOMİK YAPTIRIM KURALLARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ekonomik yaptırım kurallarının devletler ya da uluslararası organizasyonlar tarafından çıkarılabileceği hususunu yukarıda ele almıştık. Özellikle BMGK kararları gibi uluslararası organizasyonlarca çıkarılan ekonomik yaptırım kararlarının üye devletler için bağlayıcı olacağı şüphesizdir. Bu kararların üye devletlerce uygulanması ise uluslararası hukuk—ile üye devletlerin iç hukuklarını birlikte ilgilendirir.

Milletlerarası bir antlaşmadan dolayı devletin milletlerarası sorumluluğu ile bu anlaşmanın iç hukukta yürürlüğe girmesi birbirinde farklı hususlardır¹⁹. Devletin milletlerarası sorumluluğu, uluslararası teamül kuralları, ülkenin taraf olması durumunda 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, taraf değil ise her bir anlaşmadaki özel hükümler dikkate alınarak değerlendirme yapılmasını gerektiren milletlerarası hukuka tâbi bir konudur. Antlaşmanın iç hukukta yürürlüğe girme mevzuu ise, millî hukuka tâbi bir konudur. Türk hukukunda bir antlaşmanın yürürlüğe girmesi, Anayasa madde 90'da ve 244 sayılı Kanunda²⁰ düzenlenmiştir²¹. Buna göre bir antlaşmanın Türk hukukunun bir parçası olabilmesi, Anayasa madde 90'da ve 244 sayılı Kanunda öngörülen usulün tamamlanması ile mümkün olur²².

¹⁹ Nitekim Danıştay 10. Dairesi de, Yasin El Kadı kararında millî hukuk ve milletlerarası hukuku, iki ayrı hukuk sistemi olarak değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkutay**, s. 440.

²⁰ 244 Sayılı Kanunun tam ismi, "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun"dur. Bkz. Resmi Gazete: 11.06.1963-11425.

²¹ Anayasa ve 244 sayılı Kanuna göre milletlerarası antlaşmaların bağlayıcılığı için bkz. **Ekşi**, Nuray (2000), 'Kanunlar İhtilafında "Incorporation"', MBH, Y: 19-20, s. 263-291, s. 282 vd.

²² **Bozkurt/ Kütükçü/ Poyraz**, s. 46-49.

BMGK kararları da bu yaklaşımla iki farklı şekilde değerlendirilebilir. İlk olarak, BMGK kararlarının uluslararası hukuk bakımından devletleri bağlayıcı niteliği (milletlerarası bir antlaşmadan dolayı devletin milletlerarası sorumluluğu, BM Antlaşmasına göre belirlenir. Zira BM Antlaşması hükümlerine göre, BMGK kararları üye devletler için bağlayıcıdır (BM Antlaşması madde 25)²³. İkinci olarak iç hukuk açısından değerlendirildiğinde, BMGK kararları, antlaşma değildir. Bu sebeple, BMGK kararlarının iç hukukta yürürlüğe girmesi, Anayasa madde 90 ve 244 sayılı Kanunda öngörülen usule tâbi olamaz²⁴. Güvenlik Konseyi kararlarının iç hukuka intikali hususu BM Antlaşması ile düzenlenmediğinden²⁵, üye devletler, BMGK kararlarını çeşitli hukukî enstrümanlarla uygulayabilmektedir²⁶.

BMGK ekonomik yaptırım kararlarının Türkiye’de uygulanması ise, genel olarak²⁷ Bakanlar Kurulu kararı ile gerçekleştirilir. Nitekim Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, BM Antlaşması madde 48/2’den hareketle, BMGK yaptırım kararlarının Bakanlar Kurulunca alınacak bir kararla Türkiye Cumhuriyeti’nde uygulamaya konulması gerektiğine karar vermiştir²⁸. Ancak BMGK kararlarının iç hukuktaki icrasının ne şekilde yerine getirileceği, kararın içeriğine

göre değişebilir. Örneğin sadece bir ülke ile ilişkilerin kesilmesi yönündeki bir kararın uygulanması, idarî kararlar mümkün olabilir iken terörizmin finansmanın yasaklanmasına ve suç sayılmasına ilişkin bir kararın uygulanması için kanuna ihtiyaç vardır. Çünkü Anayasa, suç ve cezada kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Dolayısı ile BMGK kararlarının içeriğine uygun bir yasama ya da idarî tasarrufla, bu kararların yerine getirilmesi mümkün görünmektedir. Nitekim Türkiye bu konuda 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanununu²⁹ yürürlüğe koymuştur. Türkiye’nin tek başına devlet olarak uyguladığı ekonomik yaptırımlar da genel olarak idarî kararlar şeklinde alınmaktadır.

Ekonomik yaptırımların hukukî niteliği, kuralların amacından ve emredici karakterinden hareketle tespit edilebilir. Öncelikle bu kurallar, emredici karakterdedir. Bu kurallar, uygulama alanına giren yabancı unsurlu olsun ya da olmasın bütün olaylara uygulanmak üzere yürürlüğe konulur. Ekonomik yaptırımların amacı, insan haklarını korumak, işgale veya isyana son verilmesini sağlamak, meşru veya seçilmiş hükümetin iktidara gelmesini sağlamak, insan haklarını korumak, silahsızlanma veya silah kontrolünü sağlamak, barışın kurulmasını kolaylaştırmak ve uluslararası terörizm ile mücadele etmek gibi uluslararası üstün menfaatlerle yakında ilgilidir. Milletlerarası toplumun menfaatine olduğu kadar, bu kurallar devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal düzenine hizmet eden kurallardır. Buradan hareketle bu kuralların milletlerarası özel hukuk doktrininde³⁰ve mevzuatta³¹ “doğrudan uygulanan kurallar” olarak isimlendiril-

²³ **Akkutay**, s. 416; **Altiner Çoşkun**, Sümeyra (2015), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi, Ankara, Seçkin, s. 47 vd.

²⁴ **Tütüncü**, Ayşe N. (2013), ‘Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası’, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Özel Sayısı, C:13, s.17-26, s. 23-24.

²⁵ **Akkutay**, s. 436. Örneğin 2002 tarihli Federal Ambargo Kanunu olarak da bilinen Uluslararası Yaptırımların Uygulanması Hakkında İsviçre Federal Kanunu 2(3). maddesine göre, BMGK kararları iç hukukta tüzük şeklinde uygulanmalıdır. Kanunun İngilizce çevirisi için Bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20000358/200408010000/946.231.pdf>, son erişim 20.04.2017. İsviçre hukukunda ekonomik yaptırımların sözleşmelere etkisi için bkz: **De Gottrau**, Nicholas & **lynedjian** Marc (2008), ‘Credits Documentaires et Mesures d’Embargo’, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, S: 5, s. 476-488, s. 478 vd.

²⁶ **Akkutay**, s. 437.

²⁷ Her BMGK kararı için, Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Acar**, s. 153.

²⁸ Karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T:22.02.2007, E: 2006/2824, K: 2007/115 (Danıştay Dergisi, Y:37, S: 115, s. 70-78).

²⁹ Resmî Gazete: 16.02.2013-28561.

³⁰ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz. **Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır B. (2017), Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 153 vd., s. 439 vd.; **Doğan**, Vahit (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Savaş, s. 239; **Nomer**, Ergin (2017), Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta, s. 184 vd.; **Özdemir Kocasakal** (2001), s. 8 vd.; **Tekinalp Gülören & Uyanık Çavuşoğlu** Ayfer (2016), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat, s. 47 vd., s. 296 vd.; **Şanlı**, Cemal & **Esen**, Emre (2018), Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 7 vd., s. 300 vd.

³¹ Bu kuralların uygulanmasına dair açık hükümler için bkz. 5817 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun madde 6 ve madde 31.

len kurallar sınıfına girdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz³².

C. EKONOMİK YAPTIRIM KURALLARININ UYGULANMASI

1. *Lex Fori*'nin Ekonomik Yaptırım Kararlarının Ülke İçinde Uygulanması

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları, uygulama alanındaki hukuki ilişki ve olaya³³ yetkili hukuk dikkate alınmaksızın uygulanma iradesine sahiptirler. Devletlerin münhasıran kendi çıkarları için uyguladığı ya da uluslararası veya uluslar-üstü organizasyonlarca yürürlüğe konulan ve -üye devletlerin de iç hukukunun parçası haline gelen yaptırımlar-, ilgili devletlerin mahkemelerinde *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları olarak uygulanırlar. *Lex fori*'de yer alan bu yaptırım kararları, bir sözleşmenin geçersizliğine ya da sözleşmeden doğan edimlerin ifasının imkânsızlığına yol açabilir³⁴.

Türk hukukunda da *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK madde 6'da düzenlenmiştir. Kanunda, "*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren*

hâllerde o kural uygulanır" hükmü³⁵ yer almaktadır. Kanunda da açıkça belirtildiği gibi, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, düzenleme amacı ve uygulama alanına giren uyumsuzluklarda uygulanacaktır.

Devlet, mülki yetkiye istinaden ülkesi üzerinde³⁶ egemenlikten kaynaklan tüm yetkileri (yasama-yürütme-yargı) kullanma tekeline sahiptir³⁷. Bu yetkinin kapsamına ülkede bulunan yabancılar da girer. Dolayısı ile bir devlet, mülki yetki sebebiyle ülkesinde bulunan yabancılar hakkında, uluslararası hukuka uygun olmak kaydıyla düzenleme yapma serbestisini haizdir³⁸. Sonuç olarak ülkede bulunan yabancı tacirler de, o ülkede geçerli olan ekonomik yaptırımlara uymak zorundadır.

BMGK kararlarına istinaden olsun ya da olmasın, Bakanlar Kurulunun ya da idarenin bir ülke ya da kişi aleyhine aldığı ekonomik yaptırım kararlarının, hem Türkiye'deki idarî makamları hem de mahkemeleri bağlayacağından şüphe duymamak gerekir. Bu kararlar aleyhine davranan kişilere karşı idare yaptırım uygulayabileceği gibi mahkemeler de, bu kararları dikkate alarak hukukî ilişkinin kaderi hakkında ve tarafların bu ilişkiden doğan haklarının ve borçlarının akıbeti hakkında değerlendirme yapabileceklerdir³⁹.

³² Milli devletler ve uluslararası organizasyonlar tarafından çıkarılan ekonomik yaptırım kararlarının milletlerarası özel hukuk anlamında doğrudan uygulanan kurallara olarak kabul edileceği hakkında bkz. **Da Silveira**, Mercedeh, A. (2014), Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, Alphenaan den Rijn, Kluwer Law International, s. 58 vd. Aynı yönde bkz. **Allwörden**, Sebastian (2014), US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 65-66; **Blessing**, Marc (1991), Introduction to Arbitration: Swiss and International Perspectives, Basel Helbing & Lichtenhahn, s. 229; **Trüten**, Dirk (2015), Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union Auf dem Weg zu einem europäischen IPR-Gesetz, Bern, Stämpfle, s. 26.

³³ Doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı, açık ya da örtülü olarak kuralda yer alır. Bkz. **Da Silveira**, s. 50 vd.; **Sargın**, Fügen (2002), Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 125.

³⁴ Bkz. **De Gottrau & Iynedjian**, s. 481 vd.

³⁵ Düzenlemenin eleştirisi için bkz: **Doğan**, MÖH, s. 241; **Tanrıbilir**, Feriha B (2010), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine, TBB Dergisi, S: 87, s. 195-227, s. 221.

³⁶ Mülki yetki ülke ile sınırlıdır.

³⁷ **Tiryakioğlu**, Bilgin (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.105.

³⁸ Türk hukukunda da, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin ilk düzenleme 1915 tarihli Muvakkat Kanunda yer almıştır. Kanunun 2. maddesinde "*Memleketin emniyet ve asayişine ilişkin bütün kanun ve nizamlar, Türkiye'de bulunan yabancılar hakkında da mer'idir.*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme, mülkiyet kriterinden hareketle, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının ülkede bulunan yabancılar için de uygulanmasını açıkça düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ökçün**, Gündüz (1997), Devletler Özel Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, s. 50; **Özdemir Kocasakal** (2001), s. 1.

³⁹ BMGK yaptırım kararlarının özel hukuk sözleşmelerine etkisi hakkında bkz. **Tütüncü**, s. 22.

2. *Lex Fori*'nin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Ülke Dışı Olaylara Uygulanması ve Bu Uygulamayı Açıklayan İlkeler

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları, bazı hallerde ülke dışında meydana gelen olaylar ve ülke dışında bulunan yabancılar için de uygulanabilmektedir. Bu kuralların ülke dışında meydana gelen olaylara uygulanmasının izahında bazı ilkelere hareket edilmektedir. Bu ilkelerin kısaca açıklanmasının, konunun izahına yararlı olacağını düşünmekteyiz.

a. Şahsîlik İlkesi (Devletin Şahsî Yetkisi)

Devletin kendi vatandaşları üzerindeki yetkisine, devletin şahsî yetkisi denmektedir. Buna göre devlet, nerede olursa olsun kendi vatandaşları üzerinde yetki kullanabilir. Bu yetkinin sınırı ise, diğer devletlerin mülkî yetkisidir. Özellikle bu ilke, milletlerarası ticaretin aktörleri konumunda olan şirketleri ilgilendirmektedir. Yine gemiler, ülke dışında da bulursa, ait olduğu devletin ekonomik yaptırımlarına muhatap olabilmektedir. Devletler, kendi bayraklarını çeken gemilerin, ekonomik yaptırım kararlarına uygun davranmalarını denetleyebilmektedir.

Burada çok uluslu şirketler üzerinde durulabilir. Çok uluslu şirketler, her ülkede ayrı bir tüzel kişiliği haiz ve kurulduğu ülkenin tâbiyetini taşıyan ancak herhangi bir şekilde yabancı hâkim şirket tarafından idare edilen şirketlerden oluşmaktadır⁴⁰. Buna göre çok uluslu şirketlerde, her bir şirketin tâbiyeti farklıdır. Dolayısı ile hâkim şirketin kurulduğu ülke, bağımlı şirketler üzerinde ne mülkîlik ne de şahsîlik ilkesi gereğince herhangi bir yetkiyi haiz değildir.

Ancak devletler, hâkim şirketler aracılığı ile bağımlı şirketleri de denetleyebilmektedir. Bu bağlamda, ekonomik yaptırımların uygulanmasında, bağımlı şirketlerin tüzel kişilik perdesinin (ve dolayısı ile tâbiyet bağının) kaldırılarak, ekonomik yaptırımların etkin bir şekilde uygulanmasına çalışılmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin

⁴⁰ Çok uluslu şirketler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aygül**, Musa (2007), Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara, Seçkin, s. 71 vd.

kaldırılmasında, değişik sorumluluk esasları dikkate alınmaktadır.

• Kontrol Sorumluluğu

Ekonomik yaptırım kapsamında olan kişilerin hem kendileri hem de kontrolü altındaki kişiler, ekonomik yaptırım kararlarına uymak zorundadırlar. Örneğin, ABD yetkisi içinde kalan bir kişinin kontrolü altındaki her türlü şirket ya da organizasyon, nerede olursa olsun yaptırım kararlarına uymalıdır⁴¹. Tüzel kişilerin yöneticileri de kontrol sorumluluğu neticesinde ekonomik yaptırımların ihlalinden sorumlu tutulmaktadır.

• İşletme Sorumluluğu

İşletme sorumluluğunda, hâkim şirket ve bağlı şirketler tek bir işletme olarak kabul edilir. Dolayısı ile bağımlı şirketler de, ekonomik yaptırım kararlarına uymalıdır⁴².

• İştirak Sorumluluğu

Uluslararası hukukta, özellikle insancıl hukukun ihlâl edilmesine yardım ve yataklık edenlerin de, sorumlu olması gerektiği fikri kabul edilmektedir⁴³.

b. Etki Doktrini (Yetkinin Ülke Dışında Kullanılması-*Extraterritorial Jurisdiction*)⁴⁴

Özellikle ekonominin küreselleştiği günümüzde devletlerin iç pazarlarının birbirlerinden keskin çizgilerle ayrıldığı söylenemez. Bazı doğrudan uygulanan kuralların genel kural olan mülkîlik prensibinden ayrıldığı ve etkilerini, düzenledikleri ülkelerin dışına taşıdıkları görülmektedir. Herhangi bir devletin iç pazarında gerçekleşen hukukî olay ve ilişkilerin başka bir devleti ya da devletleri ilgilendirmesi ve o devletlerin iç pazarlarında da etki doğurması muhtemeldir. Özellikle rekabet hukuku ve finansal piyasalar alanını düzenleyen kuralların, ülke dışı uygulama özelliği gösterdiği söylenebilir⁴⁵.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Acar**, s. 386 vd.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Acar**, s. 392 vd.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Acar**, s. 393 vd.

⁴⁴ **Tiryakioğlu**, s.100.

⁴⁵ Rekabet Hukuku alanında ülke dışı yetki için bkz. **Tiryakioğlu**, s. 99 vd. Finansal yatırım piyasaları alanında bkz. **Frick**, Jürg & **Aggteleky**, Tobias (2015), 'Extra-

Ülke dışında etki ya da uygulama⁴⁶, bir kuralın yabancı ülkede bulunan kişiler, şeyler ya da hukukî ilişkilere uygulanması olarak ifade edilmektedir⁴⁷. Etki doktrini olarak da bilinen ülke dışı uygulama, uluslararası mahkemelerde de kabul görmektedir. Uluslararası Daimî Adalet Divanının verdiği Bozkurt/Lotus Kararında⁴⁸ devletlerin kendi ülkeleri dışında bulunan kişilere, mallara ve gerçekleşen eylemlere kendi yetkilerini genişletebilecekleri kabul edilmiştir⁴⁹.

Etki doktrini ile uluslararası hukuk arasında da önemli bir ilişki vardır. Hukuk düzeni ile olay arasında yeterli bir bağın mevcut olduğu ölçüde, etki doktrininin uluslararası hukuku ihlal etmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁰.

2. Yabancı Hukuk Sisteminde Bulunan Ekonomik Yaptırım Kararlarının Uygulanması

a. *Lex Causae*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Burada üzerinde durulması gereken husus, başka ülkeler tarafından uygulanan ekonomik yaptırım kararlarının Türkiye'deki etkilerinin ne olacağıdır. Genel olarak söylemek gerekirse, Türk hukukunun parçası olmayan ve bir başka ülke tarafından uygulanan ekonomik yaptırım kararlarının Türkiye'de idarî makamlar tarafından uygulanması söz konusu olmaz. Ancak Türkiye'de görülmekte olan bir hukuk davasında, başka bir devlette yürür-

lükte olan ekonomik yaptırım kararlarının uygulanıp uygulanmayacağı ihtilâf konusu olabilir. Örneğin Türkiye'de görülmekte olan yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukuk, ekonomik yaptırım kararları içerebilir. Diğer bir ifade ile *lex causae*'da ekonomik yaptırım kararları bulunabilir. Bu ekonomik yaptırım kararlarının özellikle de bunların doğrudan uygulanan kural olma özellikleri dikkate alındığında, Türk mahkemelerince nasıl uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir.

Türk hukukunda *lex causae*'daki doğrudan uygulanan kurallara ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir; ancak bu şart da değildir⁵¹. Türk hukukunda kabul edilen anlayışa göre, hüküm statüsü, uyuşmazlık konusu hukukî ilişkiye bir bütün olarak uygulanır⁵². MÖHUK madde 2'ye göre, hâkim Türk hukukunu resen uyguladığı gibi, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukuku da resen uygular. Bu kapsamda yetkili yabancı hukuk, doğrudan uygulanan kurallar da dâhil olmak üzere, bir bütün halinde uygulanır. Böyle bir durumda sözleşme, yetkili hukukta yer alan ekonomik yaptırım kurallarına aykırılıktan dolayı geçersiz sayılabilir. Ancak herhâlde kamu düzeni istisnası (MÖHUK m. 5) saklıdır⁵³.

territorial application of CISA based on Doctrine of Effects (*Auswirkungsprinzip*), CapLaw, S: 5, s. 20-25, s.24.

⁴⁶ Ülke dışı uygulama ile ülke dışı etki, birbirinden farklı kavramlar değildir. Neticede her iki halde de, kuralın uygulanması ya da uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonucun dikkate alınması söz konusudur.

⁴⁷ Kluth, Friederike (2014), Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrecht, Jena, JWV, s.33.

⁴⁸ Tiryakioğlu, s.105. Bozkurt/Lotus kararının Türkçe metni için bkz. Poyraz, Yasin (2011), Lotus Meselesi, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 3 vd.

⁴⁹ Örneğin devletler, vergi kanunları uyarınca yabancı ülkede bulunan kişiler ve onların kazançları üzerinde yetkiye sahiptirler. Bkz. Dardağan Kibar, Esra (2013), Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış, Ankara, Siyasal Yayınevi, s. 51.

⁵⁰ Dardağan Kibar, s. 50; Tiryakioğlu, s.108.

⁵¹ Çelikel/Erdem, s. 156; Doğan, MÖH, s. 234 vd.

⁵² Çelikel/Erdem, 156; Dardağan Kibar, s. 83-84, s. 118 vd.; Doğan, MÖH, s. 244; Şanlı/Esen, s. 302.

⁵³ İsviçre doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin yanında, yetkili hukukta yer alan ambargo kurallarının, for devleti menfaatlerine uygunluk testine tâbi tutulması yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun (IPRG/LDIP) yetkili hukukun uygulanmasını düzenleyen 13. maddesi kapsamında hâkimin önüne gelen politik karakterli doğrudan uygulanan kuralların ayrıca aynı Kanunun üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını düzenleyen 19. maddesindeki kriterleri sağlamaları halinde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Vischer, Frank (1989), 'Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz', RabelsZ, C: 53, s. 438-461, s. 441-442. Aynı husus Avrupa Birliği düzenlemeleri açısından da tartışılmış ve *lex causae* içinde yer alan ambargo kurallarının doğrudan uygulanması savunulmuştur. Bkz. Cremer, Michael (2016), 'Embargovorschriften als Eingriffsnormen, Kollisionsrechtliche und rechtstaatsächlich Probleme der Beachtung drittstaatlicher Embargos', Bucerus Law Journal, C: 2, s. 18-23, s. 20.

b. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Lex causae'dan farklı olarak üçüncü bir devletin hukukundaki ekonomik yaptırım kuralları, Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta uygulama alanı bulabilir. Uyuşmazlığa konu sözleşmenin üçüncü devlet ile yakından ilgili olduğu⁵⁴ durumlarda, bu ülke hukukundaki ekonomik yaptırım kurallarına etki tanınması gerekebilir. Çünkü taraflardan birisi, sözleşme gereği yapması gereken edimin ifasını, ekonomik yaptırım kurallarına istinaden yerine getiremeyebilir. Örneğin, ABD hukukundaki ekonomik yaptırım kararlarına uymak zorunda olduğu gerekçesiyle edimini ifa etmeyen ABD sermayeli (bağımlı) bir Türk şirketine dava açılması halinde, Türk mahkemeleri ABD hukukundaki yaptırım kararlarını dikkate alacak ya da uygulayacak mıdır⁵⁵ sorusu cevaplanmalıdır. Bu örnekte dava Türk mahkemelerinde görüldüğü gibi uygulanacak hukuk da ABD hukuku değildir. İşte bu gibi durumlarda, diğer bir ifade ile ekonomik yaptırımlar sebebiyle sözleşmenin ifasının güçleştiği ya da taraflardan beklenemeyeceği durumlarda, üçüncü bir devletteki ekonomik yaptırım kurallarının mahkemeler tarafından uygulanması ya da dikkate alınması söz konusu olabilmektedir⁵⁶.

Türk hukukunda, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği kabul edilmiştir (MÖHUK md. 31). Maddede kullanılan

“etki tanımak” ifadesi, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını kendi muhtevalarına ve lafzına göre o kuralları “uygulamak” şeklinde anlaşılacağı gibi, ilgili doğrudan uygulanan kuralın, yetkili hukuk içerisinde sonuçlarının dikkate alınabilmesi olarak da anlaşılabilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türk mahkemelerince henüz MÖHUK madde 31 uygulanmamıştır. Kanununun lafzından hareketle Türk hâkimi, bu kuralların muhtevalarında yer alan hukukî sonucu doğrudan somut hukukî ilişkiye uygulayabilir⁵⁷ ya da bu kuralları yetkili hukukta öngörülen bir başka hukukî sonuç ile beraber değerlendirerek, bu kurallara etki tanıyabilir. Örneğin, üçüncü bir ülke hukukunda yer alan ekonomik yaptırımın uygulama alanına giren sözleşmeyi geçersiz kılması, MÖHUK madde 31’de yer alan şartların sağlanması halinde, Türk hâkimi sözleşmeyi geçersiz kılabilir.⁵⁸ Ne var ki, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren doğrudan uygulanan kural, geçersizlik yaptırımını halinde tarafların hakları ve borçları konusunda düzenlemede bulunmamışsa, hâkim bu hususu yetkili hukuk çerçevesinde karara bağlamalıdır. Sözleşmenin ifasını imkânsız kılan bir ekonomik yaptırım kararına etki tanınır ise ifa imkânsızlığı sonucunda sözleşme ilişkisinin kaderi, tarafların hakları ve borçları gibi hususlar, hâkim tarafından sözleşmenin esasına uygulanacak yetkili hukuka göre değerlendirilecektir.

Hâkimin yabancı (özellikle üçüncü ülkenin) doğrudan uygulanan kurallarını dolaylı yünden etki tanımaya olanak sağlayan başka bir düzenleme 6098 sayılı TBK’da yer almaktadır. TBK’nın 590/4. maddesi, MÖHUK madde 31’in getirdiği özel bağlama kuralının Türk borçlar hukuku alanında somut

⁵⁴ Sözleşmenin üçüncü bir devletle yakından ilgili olduğu durumlarda, sözleşmenin yapıldığı, ifa edildiği ya da edileceği yer, sözleşme konusu malların bulunduğu yer, sözleşme tarafı tüzel kişilerin kuruldukları yer gibi bağlantılar örnek olarak verilebilir. Bkz. **Özdemir Kocasakal**, Hatice (2010), ‘Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları’, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S:1-2, C: 30, s. 27-88, s.78, 86.

⁵⁵ Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını “uygulama” ve bu kurallara “etki tanıma”nın aynı kavramlar olduğunu savunan yazarlar için bkz. **Bayata Canyaş**, Aslı (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 271-272. Doktrinde “uygulama” ile “etki tanıma” kavramlarını farklı değerlendiren yazarlar için bkz. **Dardağan Kibar**, s. 217; **Demirkol**, s. 23-24; **Özdemir Kocasakal**, s. 74 vd.

⁵⁶ **Özdemir Kocasakal**, (2010), s. 86.

⁵⁷ Örneğin Şanlı’ya göre MÖHUK madde 31 Türk hâkimine hem üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına yetkili (yabancı) hukuk içerisinde etki tanınmasına, hem de bağımsız bir hukuk kuralı olarak bütün hukukî sonuçları ve yaptırımları ile beraber uygulanmasına imkân tanımaktadır. **Şanlı/Esen**, s. 303. Biz de bu görüşü isabetli bulmaktayız.

⁵⁸ Özdemir Kocasakal’a göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının “uygulanması” bu üçüncü devlet hukukunun akde uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, uyuşmazlık çözülürken kullanılmalıdır. Yazara göre hâkim bu kurallara “etki tanı” ise bu kuralların uyuşmazlık üzerindeki muhtemel sonuçları yetkili hukuka göre belirlenmelidir. **Özdemir Kocasakal**, s. 74 vd.

bir örneğidir.⁵⁹ İlgili maddeye göre, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar nedeniyle imkânsız hale gelmesi ya da sınırlandırılması sebebiyle borcunu ödeyememesi halinde, hakkında yapılacak takibe itiraz edebilecektir. Grüldüğü gibi kefil aleyhine açılacak takip davasında mahkeme kefilin itirazını değerlendirirken, borcun ifa edilmemesine yol açan yabancı ülke yasal düzenlemelerini dikkate almaktadır.

MÖHUK madde 31’de getirilen düzenlemede ayrıca, söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamayı uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının hâkim tarafından dikkate alınacağı da düzenlenmiştir. Örneğin Amerikan ambargo kararına uyarak ifayı yerine getirmeyen Türk şirketinin sözleşmeyi ihlal edip etmediği, ifa engelinin taraflarca öngörülmesi gereken hukukî egellerden olup olmadığı, ifanın kendisinden beklenip beklenemeyeceği, ifa imkânsızlığının söz konusu olup olmadığı, imkânsızlık halinde bunun taraflardan birine isnat edilip edilemeyeceği hususları⁶⁰, ambargo kurallarının amaçları, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınarak, sözleşme hükümleri ve yetkili hukuk kapsamında değerlendirilecektir⁶¹.

⁵⁹ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasını düzenleyen madde 19 ile, TBK m. 590(4)’ün mehzarı olan İsviçre Borçlar Kanunu madde 501(4) arasındaki ilişki için bkz. Züko IPRG/**Vischer**, Art. 19, para. 15.

⁶⁰ Sözleşmeden doğan borçların ifasında hukukî imkânsızlık hakkında bkz. **Özçelik**, Barış (2014), ‘Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında İmkânsızlık ve Sonuçları’, AÜHFD, S: 63, C:3, s. 569-622, s.572 vd. Karşılaştırmalı hukukta imkânsızlık için bkz. **Topuz**, Seçkin & **Canbolat**, Ferhat (2008), ‘Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi’, AÜHFD, S: 3, C: 57, s. 674-718, s. 681 vd.

⁶¹ Örneğin yetkili hukukun Alman Hukuku olduğu benzer bir olayda, Amerikan ambargo kurallarının yarattığı ifa engelinin doktrinde fiili bir imkânsızlık olarak yorumlanabileceği ve borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında, borçludan ifayı beklemenin makul olmadığı (§ 275 II BGB) ve borçlunun önemli ve temelde aşılabilir bir zorlukla karşılaştığı hallerden biri olarak (§ 275 III BGB) dikkate alınması gerektiği yönünde değerlendirilmiştir. Bkz. **Cramer**, s. 21. Bazı olaylarda mahkemeler, üçüncü devletteki doğrudan uygulanan kuralları dikkate almayabilmektedirler. 1980 yılında Sovyetler Birliği’nin faaliyetleri karşısında Amerika Birleşik Devletleri, Polonya’da Avrupa-Sibirya boru hattı yapımını da kapsamına alan ticarî yaptırımlar uygulama kararı almıştır. Bir Amerikan şirketine bağlı Hollanda şirketi olan *Sensor* ile Fransız Petrol

Ayrıca, doktrinde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ya da etki tanınması sonucunda kamu düzeni zarar görecektir ise, Türk hâkiminin kamu düzeni müdahalesini gerekçe göstererek üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını uygulamak ya da etki tanımaktan kaçınabileceği savunulmaktadır.⁶²

Ambargo kuralları ile blokaj düzenlemelerinin birbirlerine olan etkisi üzerinde de durulmalıdır. *Lex fori*’de yer alan blokaj düzenlemeleri, bu blokaj düzenlemelerinin çıkarılmasına sebebiyet veren yabancı hukuktaki ambargo kurallarının uygulanmasına mâni olur. Çünkü, *lex fori*’de yer alan blokaj hükümlerinin menfi kanunlar ihtilafı kuralı oldukları ve dolayısıyla hangi hukukun uygulanmayacağını gösterdikleri kabul edilmektedir⁶³. Örneğin, Türk Hukukunda Amerikan ambargo kurallarının dikkate alınmasını engelleyen bir blokaj düzenlemesinin varlığı halinde, MÖHUK madde 31’de öngörülen üçüncü ülkenin

şirketi *Compagnie Europeenne des Petroles* arasında, *Sensor* şirketinin Amerikan ambargosu nedeniyle sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle çıkan uyuşmazlık Hollanda Mahkemeleri önünde görülmüş ve sözleşmeye uygulanacak hukuk mahkemece, Hollanda hukuku olarak tespit edilmiştir. Ne var ki Hollanda mahkemesi, sözleşme konusu ihracat işlemlerinin Amerika Birleşik Devletleri üzerinde birtakım etkiler meydana getirmediklerinden Amerikan ambargo kurallarının uygulama alanına girmediğini ve burada ABD’nin yetki talebinin uluslararası hukuka ve kamu düzenine aykırı olduğunu karar vermiştir. Bkz. **Basedow**, Jürgen (1983), ‘Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht Niederlande: Pres Rb. Den Haag 17.9.1982 (Fall Sensor)’, *RabelsZ*, S: 1, C: 47, s. 141-172, s. 143 vd.; **Tiryakioğlu**, s. 106. *Sensor* kararı, doktrinde eleştirilmiştir. ABD’nin yetki talebinin uluslararası hukuka ve kamu düzenine aykırı olduğunun mahkemece tespitinde, Amerikalı şirketin bağımlı şirketi olan *Sensor* şirketinin içinde bulunduğu zorlayıcı durumun dikkate alınmadığı eleştirisi yapılmıştır. *Sensor*’un sözleşmeyi ifası halinde ya yüklü miktarda para cezası ödeyeceği ya da Amerikan ceza yargılamasına tâbi olacağı hâlde, *Sensor* şirketinden ifanın beklenip beklenmeyeceği hususunda ambargonun etkisinin dikkate alınması gerektiği ancak Hollanda Mahkemesince bu değerlendirmenin yapılmadığı belirtilmiştir: **De Boer** Thomas M. & **Kotting** Roelof (1984), ‘Der niederlandische Richter und das US-Gasröhren-Embargo’, *IPRAX*, S: 4, C: 2, s. 108-112, s. 110.

⁶² Aynı yönde bkz. **Erkan**, Mustafa (2011), ‘MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış’, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 2, s. 81-120, s. 92.

⁶³ **Cramer**, s. 22-23; **Mankowski**, Peter (2016), ‘Drittstaatliche Embargonormen, Aussenpolitik im IPR, Berücksichtig und von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall (zu Cour d’appel de Paris, 25.2.2015-12/23757)’, *IPRAX*, S: 36, C: 5, s. 489.

doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyıp tanı-mama konusunda, Türk hâkiminin takdir hakkı ortadan kalkar⁶⁴.

Son olarak, sözleşmeyle ilişkili üçüncü bir ül-kenin ambargo kurallarının varlığı karşısında, yine sözleşmeyle ilişkili diğer bir üçüncü ülkenin bu kural-lara yönelik aldığı blokaj kurallarının mı yoksa am-bargo kurallarının mı MÖHUK madde 31 anlamında uygulanacağı ya da bu kurallara etki tanınacağı soru-su akla gelebilir. Burada, her iki düzenlemenin de doğrudan uygulanan kural olduğundan hareketle, bu kuralların amaçları, korudukları menfaatler ve uygu-lanıp uygulanmaması halindeki sonuçları hâkimce değerlendirilmelidir⁶⁵. Türk hâkimince hangi menfaat korunmaya değer görülecek ise, somut uyuşmazlıkta o normun dikkate alınması söz konusu olacaktır⁶⁶.

III. EKONOMİK YAPTIRIMLARIN AK-REDİTİF İŞLEMLERİNE ETKİSİ

A. GENEL OLARAK AKREDİTİF

Ekonomik yaptırımların akreditife olan etki-sini izah etmeden önce, akreditif hakkında kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır. Akreditif, değişik açılardan ayrımlara tâbi tutulabilmektedir⁶⁷. Ancak bu çalışmada esas olarak, sorumluluk esasına göre yapılan tasnifte, “dönülemez (gayri kabili rücu) akre-ditif⁶⁸” olarak isimlendirilen türü esas alınmıştır.

Milletlerarası ticarî ihtiyaçları karşılamak üze-re uygulamada ortaya çıkmış bir ödeme aracı olan akreditif, millî hukuk sistemlerinde pozitif düzenle-meye konu olmuş bir müessese değildir. ICC'nin 600 sayılı dokümanında (md. 2) “*adı ve tanımlaması nasıl*

olursa olsun, amir bankanın uygun göreceği bir ibrazı karşılayacağına ilişkin kesin yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenleme” olarak tanımlanmıştır⁶⁹.

Akreditifin ödeme ve teminat olmak üzere iki fonksiyonu vardır.

- Ödeme fonksiyonu: Belgeli akreditif, ticarî ilişkide nakit para kullanılmadan taraflar arasındaki para borcunun ödenmesi ama-cına hizmet etmektedir⁷⁰.
- Teminat Fonksiyonu: Akreditifte, satıcı-nın (lehdar) riski (alıcının ödeme borcu) teminat altına alınmaktadır. Banka, belge-ler ibraz edilince akreditifi ödeme yüküm-lülüğü altındadır⁷¹. Ayrıca, alıcı için de bazı teminatlar sağlar. Özellikle, temel ilişkiden doğan borcun ifa edildiğini gös-teren belgelerin ibrazının şart koşulması halinde, alıcı lehine de bazı teminatlar sağlanmış olmaktadır. Bir Yargıtay kara-rında, akreditifin teminat fonksiyonu şu şekilde izah edilmiştir. “*Akreditif ve özel-likle belgeli akreditif, ayrı ülkelerde bulu-nan ve kambiyo (döviz), ithalat, ihracat konularında değişik rejimlere tabi olan ih-racatçı ile ithalatçı arasındaki ilişkilerin güven içerisinde yürüyüp sonuçlanmasını sağlar.*”⁷²
- Akreditif ilişkisindeki taraflarına⁷³ da kı-saca değinmekte fayda vardır. Akreditifin tarafları şunlardır:
- Akreditif Amiri (Alıcı-İthalatçı): Temel sözleşmede ödemenin akreditif ile yapıla-cığının kararlaştırılması halinde alıcı, bankasından satıcı ile akreditif sözleşmesi yapmasını talep eder. Aslında akreditif amiri, dar ve teknik anlamdaki akreditif ilişkisinin tarafı değildir; ancak akreditif

⁶⁴ Alman yazarlarca, *lex fori*'de yer alan blokaj normlarının varlığının, Roma I Tüzüğü 9/III'de üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı hususunda hâkimin sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldıracığı ileri sürülmektedir. Bkz. **Cramer**, s. 23; **Mankowski**, s. 489. Hiçbir devletin, kendi iktisadî veya politik menfaatleri ile çatışan yabancı hukuk kurallarını dikkate alamayacağı hakkında bkz. **Doğan**, Vahit (2015), Teminat Mektupları, 5. Baskı, Ankara, Savaş, s. 230.

⁶⁵ **Cramer**, s. 23.

⁶⁶ Hâkimin MÖHUK madde 31'i uygularken, menfaat analizi yapması yönünde bkz. **Doğan**, MÖH, s. 387.

⁶⁷ **Doğan**, Akreditif, s. 24 vd.; **Ekşi**, Nuray (2015), Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, Beta, s. 260 vd.

⁶⁸ Dönülemez akreditif hakkında bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 262.

⁶⁹ **Doğan**, Akreditif, s. 7.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan**, Akreditif, s. 19 vd.

⁷¹ **Doğan**, Akreditif, s. 21.

⁷² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:10.02.1977, E: 1976/5881, K: 1977/558 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. **Doğan**, Akreditif, s. 21.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan**, Akreditif, s. 54 vd.; **Ekşi**, Milletlerarası Ticaret, s. 255-256.

açılmasını sağlayan temel ilişkide para borcunun, borçlusudur.

- Lehdar (Satıcı-İhracatçı): Lehine akreditif açılan taraftır. Lehdar, hem temel ilişkinin hem de akreditif ilişkisinin tarafıdır. Lehdar akreditife uygun belgeleri muhabir bankaya ibraz etmekle, ödeme talebinde bulunabilecek kişidir.
- Akreditif Bankası (Amir Banka): Akreditif açan ve satıcı ile akreditif sözleşmesi yapan bankadır. Akreditif bankasının ödeme borcu temel ilişkiden bağımsız ve soyuttur. Bunun anlamı, para alacaklısının ödeme talebine, temel ilişki sebebiyle engel olunamamasıdır. Taraflar arasında kararlaştırılmış belgelerin süresinde ve usulüne uygun olarak ibrazı ile birlikte bankanın ödeme yükümlülüğü doğmuş olacaktır⁷⁴.
- Muhabir Banka (Ödeme ya da Teyit Bankası): Amir banka çoğu durumda, satıcının ülkesinde şubesi olmadığından ya da başka sebepler ile doğrudan satıcı ile irtibata geçmez ve satıcının ülkesindeki bir başka bankayı akreditife dâhil eder. İşte satıcının ülkesindeki bankanın üstlendiği yükümlülüğe göre satıcının ülkesindeki banka, muhabir banka, ödeme ya da teyit bankası olarak isimlendirilir. Satıcının ülkesindeki banka, muhabir banka olarak akreditif ilişkisine katılmış ise, muhabir bankasının görevi, akreditif bankası ile lehdar arasındaki iletişimi sağlamaktır. Muhabir bankanın bağımsız bir ödeme yükümlülüğü yoktur.

B. TEMEL İLİŞKİDEN KAYNAKLANAN BÖRCÜN EKONOMİK YAPTIRIM KARARLARI SEBEBİYLE İFA EDİLEMESİ

Yukarıda izah edildiği gibi akreditif, temel ilişkiden bağımsız ve soyuttur. Banka, esas ilişkiden bağımsız olarak, usulüne uygun şekilde belgeler ibraz edildiğinde ödeme yükümlülüğü altında-

dır. Hatta esas ilişkide edim borçlusunun borcunu tam ve gereği ifa etmemesi de, bankanın akreditiften kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü sona erdirmez. Buna göre, ekonomik yaptırım sebebiyle temel ilişkiye konu malların ihracatının ya da ithalatının yapılamamış olması, belgelerin ibraz edilmesi şartıyla bankanın yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁷⁵. ABD mahkemeleri de benzer bir olayda, bankanın ödeme yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir. ABD, 1941 yılında silah endüstrisinde kullanılan tolün maddesinin ihracatını yasaklamıştır. Bir ABD'li şirket, ambargo kararından önce, 9 adet antrepodaki tolün maddesinin satımı hususunda ihracatçı firma ile anlaşma yapmıştır. İhracatçı firma da, söz konusu maddeyi İsveç'e satmıştır. İsveç Devleti, ihracatçı firma lehine akreditif açılması için bankaya talimat vermiştir. Banka da ihracatçı firma lehine gayri kabili rücu akreditif açmış ve akreditifin ödenebilmesi içinde, (1) usulüne göre ve alıcı adına düzenlenmiş 9 adet antrepo makbuzu, (2) muayene belgesi, (3) üç suret fatura sunulmasını istemiştir. İhracatçı firma da, belgeleri, ödeme bankasına ibraz etmiştir. Evrakların ibrazı üzerine, para da ihracatçıya ödenmiştir. Olay mahkemeye intikal etmiş ve mahkeme de, bankanın ödeme yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir⁷⁶.

Yukarıda izah edildiği üzere, temel ilişkiye konu mal herhangi bir ekonomik yaptırım sebebiyle teslim edilemese bile, belgelerin ibrazı halinde bankanın ödeme yükümlülüğü devam etmektedir⁷⁷. Dolayısı ile bu halde riski banka değil, bankanın müşterisi/alıcı (banka müşterisi) üstlenmiş olacaktır. Çünkü bu halde, ekonomik yaptırım banka işlemlerine ilişkin değil; bilâkis temel ilişki ile ilgilidir. Bu tür bir ekonomik yaptırımın bankanın ödeme yükümlülüğüne etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca ICC'nin akreditife ilişkin 600 sayılı yeknesak kurallarında da, hukuka aykırılık, isyan ya da savaş gibi sebeplerden dolayı bankanın öde-

⁷⁴ Doğan, Akreditif, s. 41.

⁷⁵ Davis, s. 218.

⁷⁶ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Davis, s. 218 vd.

⁷⁷ Davis, s. 225; Doğan, Akreditif, s. 221.

me yükümlülüğünün kaldırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta Yeknesak Kurallarda, aksine yorumlanabilecek hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Yeknesak Kuralların 8/c maddesinde ödeme konusunda bir şüphe halinde ancak ibrazı gereken belgeler üzerinden bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir⁷⁸. Bu konuda mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı dahi veremeyecekleri kabul edilmektedir⁷⁹. Ancak doktrinde lehdarın ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi halinde bankanın ödememe yükümlülüğünün söz konusu olabileceği ve mahkemelerin de ödememe hususunda ihtiyati tedbir kararı verebilecekleri ileri sürülmektedir⁸⁰.

Satıcının, akreditif şartlarını yerine getirdiği sürece, ödemeyi talep etme hakkı vardır; alıcı ise, ekonomik yaptırımlardan kaynaklanan zarara katlanmalıdır. Dolayısı ile ekonomik yaptırım maliyetini genellikle hedef ülkedeki satıcıdan ziyade, yaptırım uygulayan ülkedeki alıcı yüklenir⁸¹.

C. YEKNESAK KURALLARA AYKIRI OLARAK BANKALARCA KONULAN KLOZLAR VE BU KLOZLARIN GEÇERLİLİĞİ

Bankalar, akreditif sözleşmelerinde ekonomik yaptırımlar ile ilgili klozlara yer vermektedirler. Değişiklik göstermekle birlikte bu klozların muhtevaları genellikle, bankaların ekonomik yaptırım kararlarına uyacaklarını ve bunlara itirazın mümkün olmadığını müşterilerine bildirmek şeklinde olmaktadır. Klozlarda, bankaya ödeme yükümlülüğü konusunda takdir yetkisi tanınmakta ve akreditifin bağımsızlığı ve dönülemez olması özellikleri tartışılır hale gelmektedir. Ayrıca bu

klozlar, yetkili bankanın sorumluluğunu kaldırarak 600 sayılı kuralları⁸² da değiştirmektedir (ICC Rehber para. 2.4)⁸³.

ICC'nin hazırlamış olduğu rehberde, bankaların sözleşmelere dercettiği bazı klozlara yer verilmiştir. Bunlardan bazıları, uygulanacak hukuk ve düzenlemeleri içermektedir. Bu kapsamda mesele klozlardan birisi şu şekildedir:

*“Yürürlükteki boykot önleme, para aklama, terör, uyuşturucu kaçakçılığının önlenmesi ve ekonomik yaptırımlar hakkındaki kanun ve yönetmeliklere aykırı belgelerin ibrazı kabul edilemez. Uygulanacak mevzuat, işleme bağlı olarak değişebileceği gibi BM ve ABD mevzuatı ya da mahallî kanunlar olabilir”*⁸⁴.

Bazı klozların ise, banka için bilinmeyen veya yabancı olan hukuk sistemlerine gönderme yaptığı için daha problemlidir olduğu Rehberde ifade edilmiştir. Bu klozlar, bankanın dönülemez ödeme taahhütlerine de zarar vermektedir. Aşağıdaki kloz buna örnek olarak verilebilir.

“Banka, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletlerin çıkardığı uluslararası ambargo kurallarına (akreditifi açan şubenin tâbi olduğu yerel mevzuat da dahil olmak üzere) uyum sağlar. Banka bu düzenlemelerin gereği olarak, bazı durumlarda, uygulanacak hukukun ve düzenlemelerin gereklilikleri aşan politikaları da benimsemiştir. Bu nedenle Banka, Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler ya da yerel yaptırım listeleri içerisinde ya da Küba, Sudan, İran ya da Myanmar ya da bunların bir devlet kurumu ile bağlantılı olan herhangi bir kişiye (gerçek kişi, şirket ya da kamu tüzel

⁷⁸ Davis, s. 225.

⁷⁹ Doğan, Akreditif, s. 378.

⁸⁰ Doğan, Akreditif, s. 299, s. 378. Hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek hususlara ilişkin örnekler için bkz. Doğan, Akreditif, s. 298 vd.

⁸¹ Ekonomik yaptırım uygulayan ülkeler, kendilerini genellikle kendi ülkesindeki alıcı tarafından parası ödenmiş ekonomik yaptırımlara aykırı ithalatı kabul eder şekilde bulurlar: Davis, s. 216.

⁸² ICC tarafından akreditife ilişkin kurallar defalarca değiştirilmiştir. 600 sayılı kurallar ile getirilen değişiklikler hakkında bkz. Ekşi, Nuray (2009), 'Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditife İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler, Legal Hukuk Dergisi, C: 2, S: 8, Y: 2013, s. 3109-3122, s. 3114 vd.

⁸³ Kloz örnekleri için bkz. ICC Rehber, para. 3, s. 4.

⁸⁴ "Presentation of document(s) that are not in compliance with the applicable antiboycott, anti-money laundering, anti-terrorism, anti-drug trafficking and economic sanctions laws and regulations is not acceptable. Applicable laws vary depending on the transaction and may include United Nations, United States and/or local laws." ICC Rehber, para. 3.1.a., s. 4.

kişisi) bu akreditifi (belge işlemleri ya da akreditifin ihbarını da kapsar şekilde ama bunlarla sınırlı olmaksızın) ödeme ya da herhangi bir şekilde yerine getirme borcu altında değildir⁸⁵”.

İç politikalar gereğince akreditife konan ekonomik yaptırım kuzları sebebiyle, ödeme bankası bazı zorluklar ile karşı karşıya kalabilmektedir. Çünkü ödeme bankası, amir bankanın ülkesinde bulunan ekonomik yaptırımların farkında olmayabilir. Bu şekilde bir politikanın uygulama alanı, amir bankanın ülkesindeki ekonomik yaptırım kurallarının uygulama alanından da geniş olabilir. Ödeme bankası, bu gibi durumlarda bazı belirsizlikler ile karşılaşabilir. Dolayısı ile ödeme bankası, yalnızca amir bankaya karşı sorumluluk riski taşımayacak aynı zamanda ekonomik yaptırım kurallarının ihlali sebebiyle başkaca sorumluluklar veya cezalar ile karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu da hem maliyetleri artırmakta hem de potansiyel ihtilaflara sebebiyet vermektedir (ICC Rehber para. 2.5).

ICC tarafından, uygulanacak kurallara ve bu kuralların gerekliliklerine aykırı ya da bu kuralların sınırlandırılmasına ilişkin kuzların bankalar tarafından konulmaması tavsiye edilmektedir. Ayrıca uygulamacılara da bankalar tarafından konulan bu tür kuzların farkında olmaları gerektiği belirtilmektedir (ICC Rehber para. 4.1).

ICC kurallarına tâbi akreditif içerikli finans işlemlerinde uygulamacıların, akreditifin dönülmezliğine, bağımsız ve soyut niteliğine, teminat olma vasfına ve bankanın ödeme yükümlülüğünü tereddüt-

⁸⁵ “[Bank] complies with the international sanction laws and regulations issued by the United States of America, the European Union and the United Nations (as well as local laws and regulations applicable to the issuing branch) and in furtherance of those laws and regulations, [Bank] has adopted policies which in some cases go beyond the requirements of applicable laws and regulations. Therefore [Bank] under takes no obligation to make any payment under, or other wise to implement, this letter of credit (including but not limited to processing documents or advising the letter of credit), if there is involvement by any person (natural, corporate or governmental) listed in the USA, EU, UN or local sanctions lists, or any involvement by or nexus with Cuba, Sudan, Iran or Myanmar, or any of their governmental agencies.” ICC Rehber, para. 3.1.b., s. 4.

de düşürecek davranışlardan ve sözleşmelerden sakınmaları tavsiye edilmektedir. Aksi durumlarda, akreditife duyulan itimat sarsılır ve bu da milletlerarası ticareti olumsuz şekilde etkiler (ICC Rehber para. 4.2).

Bankalarca, akreditife ilişkin ICC kurallarına aykırı olarak konulan kuzların geçerliliğinin tespiti için, öncelikle ICC'nin akreditife ilişkin 600 sayılı kurallarının hukuk sistemi içindeki yerini tespit etmek gereklidir.

Akreditife ilişkin 600 sayılı ICC Kuralları, Türk hukukunda pozitif olarak herhangi bir düzenleyici tasarrufla yürürlüğe konulmuş değildir. Hukuk sisteminde, pozitif olarak yürürlüğe konmamış ancak milletlerarası ticaretin aktörleri arasında uygulanan ve dikkate alınan bu kurallar, doktrinde *lex mercatoria* olarak anılmaktadır⁸⁶. *Lex mercatoria*'nın hukuk sistemleri içindeki yeri doktrinde tartışmalıdır⁸⁷.

Tarafların *lex mercatoria*'yı seçmiş olmaları halinde bunun bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır⁸⁸. Doktrinde, taraflarca *lex mercatoria*'nın seçiminin hukuk seçimi olarak kabul edilmesini savunan görüşler⁸⁹ bulunduğu gibi, tarafların *lex mercatoria*'yı seçmesinin, bir hukuk seçimi olmadığı yal-

⁸⁶ Akreditife ilişkin kurallar, doktrinde, ticarî örf ve âdet, genel işlem şartları ve ticarî teamül ya da *lex mercatoria* olarak nitelendirilmektedir: **Şit**, Banu (2001), Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akreditif ve Milletlerarası Ticaret Odası'nın Akreditife İlişkin Yeknesak Kuralları, MHB, C: 21, S: 1-2, s. 114 vd.

⁸⁷ Tartışmalar için bkz. **Aygül**, Musa (2004), 'Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', SÜHFD, C:12, S: 3-4, s. 45-85, s.74 vd.; **Ayoğlu**, Tolga (2011), Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticarî Adet- Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul, Vedat, s. 29 vd.

⁸⁸ *Lex mercatoria*'nın sözleşme hükmü haline gelmesinin hukuk seçiminden farklı olduğu hakkındaki tartışmalar için bkz. **Ekşi**, Incorporation, s. 266 vd.

⁸⁹ **Aygül** (2004), s. 79; **Juenger**, Friedrich K. (2000), 'The Lex Mercatoria and Private International Law', Louisiana Law Review, C: 60, s. 1133-1150, s. 1133; **Lando**, Ole (1985), 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration', International and Comparative Law Quarterly, C: 34, S:4, s. 747-768 s. 748; **Nygh**, Peter (1999), Autonomy in International Contracts, Oxford, ClarendonPress, s. 187; **Sargin**, s. 191.

nızca akit statüsü kapsamında sözleşme hürriyetinin bir sonucu olarak değerlendirilmesini savunan görüşler⁹⁰ de bulunmaktadır.

Akreditife ilişkin uygulama ve bu uygulamayı yönlendiren ICC Kuralları millî hukuk düzenlerinde değil, milletlerarası ticaret uygulamalarından ortaya çıkmıştır⁹¹. Bu sebeple, akreditifin millî hukuk sistemlerine değil, ICC Kurallarına tâbi olarak işlemesi gerektiği savunulmaktadır. Bununla birlikte millî hukuk sistemlerinin bu kurallara yaklaşımı henüz bu aşamada değildir. Diğer bir ifade ile bu kurallar, millî hukuk sistemlerinden bağımsız olarak değerlendirilmemektedir. *Lex mercatoria* en azından mahkemelerde, millî hukuk sistemlerinin denetiminde ve millî hukuk sistemlerine tâbi olarak uygulanmaktadır. Örneğin, millî mahkemelerde, taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilmiş olması, hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Ancak tarafların bu kuralları seçmiş olmaları da, tamamen göz ardı edilmemektedir. Bu kuralların seçimi, taraflar arasındaki akdin tâbi olduğu millî hukuka tâbi olarak uygulama imkânı bulabilmektedir⁹². Diğer bir ifade ile tarafların *lex mercatoria*'yı seçmiş olmaları, iç hukuk anlamında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Mesela akit statüsü, Türk hukuku ise, bu kuralların seçimi TBK madde 26 ve 27 çerçevesinde dikkate alınabilecektir. Buradan hareketle, taraflar akreditife ilişkin ICC'nin yeknesak kurallarını seçmişler ise, akit statüsünün, izin verdiği ölçüde ve bu hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygulanabileceklerdir. Yargıtay'ın da aynı doğrultuda kararları bulunmaktadır. Yargıtay, iç hukuktaki irade muhtariyeti çerçevesinde, tarafların ICC'nin yeknesak kurallarını seçebileceklerini kabul etmektedir. Yargıtay karar-

larına göre taraflar bu kuralları seçmişler ise, bu kurallar sözleşme hükümleri niteliğini kazanırlar. Yargıtay bir kararında, bu hususu şu şekilde izah etmiştir: “*Dairemizin 2008/7103 E., 2010/3601 K. sayılı ilamında da vurgulandığı üzere MTO'nun 500 Sayılı Yeknesak Teamüller ve Uygulamalar yayınına tabi tutulan tüm akreditifler açısından bu kurallar akreditif amiri (ithalatçı), akreditif lehdarı (ihracatçı), akreditif bankası ve teyit bankası için bağlayıcı sözleşme hükümleri niteliğini kazanır*”⁹³.

Yargıtay bu anlayışa paralel olarak, tarafların ICC'nin yeknesak kurallarını seçmemeleri halinde öncelikle sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir: “*Mahkemeye, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, mektup metinlerinde MTO 500 sayılı broşür hükümlerinin uygulanacağına dair madde bulunmadığı, kaldı ki anılan hükümlerin bağlayıcılık taşıyan uluslararası metinler olmadığı, mektup metinlerindeki açık hükme rağmen masraflara dair bu hükmün gözardı edilmesinin davacı açısından hafif kusur olarak değerlendirilemeyeceği, BK.nun 100/2-3 maddeleri ile sorumsuzluk hususunun açıklanmış olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir*”⁹⁴.

Doktrinde bazı yazarlar⁹⁵ taraflarca seçilmemiş ise, bu kuralların mahkemelerde uygulanamayacağını kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, söz konusu kurallar hukuk kaynakları arasında yer almamaktadır. Bu halde, taraflar arasındaki akreditif ilişkisi maddî hukuk kurallarına tâbi olacak ve bu ilişkiye havaleye ait düzenlemeler uygulanacaktır⁹⁶. Doktrinde Yargıtay'ın da, 1964 tarihli bir Hukuk Genel Kurul Kararına istinaden aynı görüşte olduğu ileri sürülmüştür. Kararın ilgili kısmında “*Bu olayda Uluslararası Ticaret Odasının kararlaştırdığı hukukî esasların uygulanması düşünülemez;*

⁹⁰ **Erdem**, Bahadır B. (1990), ‘Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği’, MHB, Y:10, S: 1-2, s. 65-79, s. 70; **Nomer**, s. 320; **Şanlı/ Esen**, s. 269.

⁹¹ Akreditife ilişkin olarak ilk yeknesaklaştırma çabaları ICC tarafından 1929 yılında başlatılmıştır. Ayrıntılar hakkında bkz. **Ekşi**, Akreditif, s. 3112 vd.

⁹² ICC yeknesak kurallarının taraflarca seçiminin hukuk seçimi olmadığı ancak bu kuralların sözleşme hükmü haline dönüştüğü hakkında bkz. **Ekşi**, Incorporation, s. 279.

⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:20.02.2014, E: 2012/6717 K: 2014/3168 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.05.2006, E: 2005/4880 K: 2006/4978 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁵ **Doğan**, Akreditif, s. 150. ICC'nin yeknesak kurallarının uygulanabilmesinin tarafların iradelerinde olduğu ve akreditif metninde bu kurallara yollama yapılması gerektiği hakkında bkz. **Ekşi**, Incorporation, s. 230.

⁹⁶ **Doğan**, Akreditif, s. 50-151; **Reisoğlu**, Seza (2009), Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 31.

çünkü, akreditife ilişkin teklif mektubunda veya buna ekli şartlar arasında, sözü geçen hükümlerin dahi uygulanmasını öngören bir madde yoktur. Böyle bir madde olsa bile, sözü edilen hükümler, ancak, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş olan yasa kurallarına aykırı olmamak kaydıyla geçerli sayılabilir. Borçlar Yasasının 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü ise kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş bir hüküm olduğu için, tarafların ona aykırı olarak koyacakları şartlar geçerli olamaz (Borçlar Yasası, mad.20)⁹⁷" ifadesi yer almaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, bu kuralların uygulanıp uygulanamayacağı, akit statüsünün, bu kurallara olan yaklaşımına bağlıdır. Eğer akit statüsü, taraflar arasındaki teamülleri dikkate almakta ise, bu kurallar uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü bu kurallar, yaygın olarak kabul edildiği üzere, bankacılık alanındaki milletlerarası teamül ve uygulamaların yazılı hale getirilmiş halidir⁹⁸. Dolayısı ile akit statüsü, taraflar seçmemiş olsa bile ticarî teamüllerin dikkate alınmasını gerektirecek düzenleme içerdiği takdirde, bu kurallar da uygulama alanı bulabilecektir. Türk hukukunda ise, ticarî teamüllerin mahkemenin kararına dayanak teşkil edemeyeceği ancak irade beyanlarının yorumunda dikkate alınabileceği kabul edilmiştir (TTK md. 2/1)⁹⁹.

Bankaların akreditif sözleşmelerine koydukları klozların etkisini de yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirmek gerekir: Türk hukukunda, taraflarca seçilen ICC Kuralları sözleşme hükmündedir. Dolayısıyla bankaların koydukları klozlar da, sözleşme hükmü haline gelecek ve taraflar arasındaki ilişkide ICC Kuralları değiştirilmiş olacaktır. ICC Kuralları ise, ancak sözleşme hükmü haline gelen bu klozların yorumunda dikkate alınabilecektir.

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 04.11.1964, E: 1964/942, K: 1964/637 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁸ **Şit**, s. 115.

⁹⁹ Ancak tahkimde, taraflarca seçilmiş olsun ya da olmasın bu kuralların doğrudan hakemler tarafından uygulanabileceği hakkında bkz. **Şit**, s. 117. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 12/C de, sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüllerin dikkate alınacağı kabul edilmiştir.

IV. SONUÇ

Ekonomik yaptırımlar geçmişte olduğu gibi, milletlerarası unsurlu ticaret ilişkilerini günümüzde de etkilemeye devam etmektedir. Ekonomik yaptırımlara ilişkin düzenlemeler milletlerarası özel hukuk doktrininde "doğrudan uygulanan kurallar" olarak vasıflandırılan kurallardandır. Gerek hâkimin hukukunda gerekse yetkili hukuk ya da bir üçüncü devlet hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası unsurlu sözleşmelere müdahale etmeleri durumunda, MÖHUK'taki ilgili kurallar sayesinde dikkate alınmaları mümkündür.

Ekonomik yaptırımların akreditife müdahalesi ise, bu tür yaptırımların temel ilişkiye müdahalesinden farklıdır. Burada, akreditifin temel ilişki-den bağımsız ve soyut olması belirleyicidir. Banka, esas ilişkiden bağımsız olarak, belgeler ibraz edildiğinde ödeme yükümlülüğü altındadır. Hatta esas ilişkide tarafların borçlarının tam ve gereği gibi ifa etmemeleri de, bankanın akreditiften kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü sona erdirmez. Bu durumda, temel ilişkiye konu mal herhangi bir ekonomik yaptırım sebebiyle teslim edilemese bile, belgelerin ibrazı halinde bankanın ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Dolayısı ile bu halde riski banka değil, bankanın müşterisi üstlenmiş olacaktır. Bu sonuç, ekonomik yaptırımın temel ilişkiyi hedef almasından kaynaklanır.

Bankaların akreditif sözleşmelerine koydukları ekonomik yaptırımlara ilişkin klozlar da bankaya ödeme yükümlülüğü konusunda takdir yetkisi tanınmakta ve akreditifin bağımsızlığı ve dönülemez olması tartışılır hale gelmektedir. Bu klozlar, yetkili bankanın sorumluluğunu kaldırarak 600 sayılı kuralları da değiştirmektedir. Akreditif sözleşmesinin Türk hukukuna tabi olduğu durumlarda, taraflarca seçilen ICC Kuralları sözleşme hükmünde olacağından, ICC Kuralları, Türk mahkemelerince akreditif sözleşmesinde yer alan ekonomik yaptırım klozlarının yorumunda dikkate alınabilecektir.

KAYNAKÇA

- Acar**, Serdar (2015), Ekonomik Yaptırımlar, İstanbul, Vedat.
- Akkutay Berat**, Lale (2014), 'Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukukî Niteliği ve Yargısal Denetimi', TBB Dergisi, S: 111, s. 412-417.
- Allwörden**, Sebastian (2014), US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Altiner Çoşkun**, Sümeyra (2015), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi, Ankara, Seçkin.
- Aras**, İlhan (2017), Avrupa Birliği'nin Kırım'ın İlhakına Bakışı: Rusya'ya Yönelik Yaptırımlar, Karadeniz Araştırmaları, S: 53, s. 29-50.
- Aygül**, Musa (2004), 'Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', SÜHFD, C: 12, S: 3-4, s. 45-85.
- Aygül**, Musa (2007), Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara, Seçkin.
- Azimi**, Sarah R. (2016), Kaufvertragsstörungen aus Sicht des BGB und des iranischen Rechts, Das wirtschaftsembargo gegen den Iran, ebook, Springer.
- Basedow**, Jürgen (1983), 'Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht Niederlande: Pres Rb. Den Haag 17.9.1982 (Fall Sensor)', RabelsZ, S: 1, C: 47, s. 141-172.
- Bayata Canyaş**, Aslı (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Blessing**, Marc (1999), Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules, Helbing&Lichtenhanh, Basel.
- Blessing**, Marc (1991), Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives, Helbing & Lichtenhahn, Basel.
- Bozkurt**, Enver & **Kütükçü**, Akif & **Poyraz**, Yasin (2015), Devletler Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır B. (2017), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta.
- Da Silveira**, Mercedeh, A. (2014), Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, Alphenaan den Rijn, Kluwer Law International.
- Dardağan Kibar**, Esra (2013), Kanunlar İhtilâfi Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış, Ankara, Siyasal Yayınevi.
- Davis**, Daniel (1982), The Trade Embargo and The Irrevocable Letter of Credit, Arizona Journal of International and Comparative Law, C:1, s. 213-232.
- De Boer** Thomas M. & **Kotting** Roelof (1984), 'Der niederlandische Richter und das US-Gasröhren-Embargo', IPRA, S: 4, C: 2, s. 108-112.
- De Gottrau**, Nicholas & **Iynedjian** Marc (2008), 'Credits Documentaires et Mesures d'Embargo', Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, S: 5, s. 476-488.
- Doğan**, Vahit, (2015), Teminat Mektupları, 5. Baskı, Ankara, Savaş, (Teminat Mektupları).
- Doğan**, Vahit, (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Savaş, (MÖH).
- Doğan**, Vahit, (2016), Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, (Akreditif).
- Ekşi**, Nuray (2015), Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul, Beta, (Milletlerarası Ticaret).
- Ekşi**, Nuray (2013), 'Banka Ödeme Yükümlülüğüne İlişkin ICC URBPO 750 E Kurallarının Hukukî Niteliği ve Bağlayıcılığı', BFHD, S: 8, C: 2, s. 3-18.

Ekşi, Nuray (2009), ‘Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditife İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler, Legal Hukuk Dergisi, C: 2, S: 8, Y: 2013, s. 3109-3122, (Akreditif).

Ekşi, Nuray (2000), ‘Kanunlar İhtilafında “Incorporation”’, MBH, Y: 19-20, s. 263-291, (Incorporation).

Erdem, Bahadır B. (1990), ‘Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği’, MHB, Y:10, S: 1-2, s. 65-79.

Erkan, Mustafa (2011), ‘MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XV, S: 2, s. 81-120.

Frick, Jürg & Aggteleky, Tobias (2015), ‘Extra-territorial application of CISA based on Doctrine of Effects (*Auswirkungsprinzip*)’, CapLaw, S: 5, s. 20-25.

Gebauer, Martin (1998), ‘Kollisionsrechtliche Auswirkungen der US-amerikanischen Helms-Burton-Gesetzgebung’, IPRAX, S:18, C:3, 145-155.

Girsberger, Daniel & Schnyder, Anton & Vischer, Frank (Editörler) (2004), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2nd ed., Zurich, Schulthess, (ZüKo IPRG/ Yazar).

Ireland Kaczorowska, Alina (2015), Public International Law, Fifth Ed. Routledge, Newyork.

Juenger, F. K.: “The Lex Mercatoria and Private International Law”, Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, s. 1133.

Lando, Ole (1985), ‘The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration’, International and Comparative Law Quarterly, C: 34, S:4, s.747-768.

Mankowski, Peter (2016), Drittstaatliche Embargonormen, Aussenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall (zu Courd’appel de Paris, 25.2.2015-12/23757), IPRAX, S: 36, C: 5, s. 489.

Nygh, Peter (1999), Autonomy In International Contracts, Oxford, Clerandon Press.

Ökçün, Gündüz (1997), Devletler Özel Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları.

Özçelik, Barış (2014), ‘Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında İmkânsızlık ve Sonuçları’, AÜHFD, S: 63, C:3, s. 569-622.

Poyraz, Yasin (2011), Lotus Meselesi, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Sargın, Fügen (2002), Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi.

Şanlı, Cemal & Esen, Emre (2018), Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Vedat.

Tanrıbilir, Feriha B (2010), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine, TBB Dergisi, S: 87, s. 195-227.

Tekinalp Gülören & Uyanık Çavuşoğlu Ayfer (2016), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat.

Tiryakioğlu, Bilgin (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Trüten, Dirk (2015), Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union Auf dem Weg zu einem europäischen IPR-Gesetz, Bern, Stämpfle.

Tütüncü, Ayşe Nur (2013), Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Özel Sayısı, C:13, s.17-26.

ÖZET

Türk hukukunda ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile şirketler topluluğu kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur. TTK m. 195'te şirketler topluluğunun kural olarak ticaret şirketleri arasında kurulabileceği kabul edilmiş, ancak aynı maddenin beşinci fıkrasında şirketler topluluğunun hâkiminin bir teşebbüs olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek bu kurala geniş bir istisna getirilmiştir. Yine aynı maddede hâkim teşebbüsün tacir sayılacağı da öngörülmüştür. Bu çerçevede şirketler topluluğu anlamında teşebbüs kavramının belirlenmesi gerekmektedir. Zira bu düzenleme ile şirketler topluluğunun hâkimi ticaret şirketlerine ek olarak, gerçek kişiler, hangi kanun hükümleri uyarınca kurulduğuna bakılmaksızın tüzel kişiler ve hatta kişiliği bulunmayan birlikler de olabilecek ve kanun hükmü uyarınca başka hiçbir şartın gerçekleşmesi aranmaksızın bu kişi veya birlikler tacir kabul edilecektir. Bu da uygulamada çeşitli sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Çalışmada hâkim teşebbüs kavramı, doktrin ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar da göz önünde bulundurularak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, teşebbüs, hâkim teşebbüs.

ABSTRACT

The group of companies has been legally regulated for the first time in Turkish law through the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. Article 195 of the TCC accepted as a rule that the group of companies can be established among commercial companies; however, in the fifth paragraph of the same article, a broad exception has been made by stating that the provisions of the group of companies shall apply even if the controlling company of the group of companies is an undertaking. The same article also set forth that the dominant undertaking is considered as merchant. In this context, the concept of undertaking in the sense of group of companies needs to be clarified. Because, in accordance with this article, the controlling party of a group of companies can be commercial companies as well as natural persons, legal entities regardless of according to which law provisions they were established, and even associations without legal personality; and also these persons or associations shall be deemed as merchants notwithstanding any other conditions. This may lead to various problems in practice. In this regard, this study aims to examine the concept of dominant undertakings, taking into account of probable problems occurring in doctrine and practice.

Keywords: Group companies, undertaking, dominant undertaking.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi
(e-mail : betulcakir67@gmail.com) (Geliş Tarihi: 23.02.2018 / Kabul Tarihi: 10.05.2018)

GİRİŞ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, her ticaret şirketinin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması kuralından yola çıkılarak, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bağlı şirketlerin, ekonomik olarak da bağımsız oldukları sonucuna varılıyordu. Bu durum da, özellikle sorumluluk hukuku açısından, hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden oluyordu. Bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesiyle, şirketler topluluğunu kanuni düzenlemeye kavuşturmuştur.

6102 sayılı TTK m. 195/1 ile şirketler topluluğu kuralı olarak ticaret şirketleri üzerine inşa edilmiştir. Ancak TTK m. 195/5 ile bu kurala geniş bir istisna getirilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu düzenlemeyle, şirketler topluluğunun hâkiminin yalnızca ticaret şirketleri değil, bir teşebbüs de olabileceği hüküm altına alınmış ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı oldukça genişletilmiştir.

Şirketler topluluğunda istisnai bir kurum olan hâkim teşebbüs kavramı incelemeyi amaçlayan bu çalışmada, öncelikle genel olarak şirketler topluluğu ele alınmıştır. Daha sonra ise teşebbüs kavramının tanımı ve unsurları, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tanım ve bu konuda doktrin ile yargı kararları da göz önünde tutularak belirlenmeye çalışılmıştır. Yine TTK m. 195/5 gereğince, hâkim teşebbüsün tacir sayılmasının sonuçları, özellikle TTK m. 16/2'de sayılan kişiler bakımından, doktrindeki görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK ŞİRKETLER TOPLULUĞU

A. DÜZENLEME AMACI

Hukuken birbirinden bağımsız ve ayrı tüzel kişiliklere sahip bulunan ticaret şirketlerinin, aynı ekonomik amaçlar çevresinde bir araya gelip ekonomik bir birlik oluşturmaları durumunda şirketler topluluğu söz konusu olmaktadır¹. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, her ticaret şirketinin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması kuralından yola çıkılarak, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bağlı şirketlerin ekonomik olarak da bağımsız oldukları sonucuna varılıyordu. Bu durum da, özellikle sorumluluk hukuku açısından kurumsal yönetimin hakkaniyet, iç sorumluluk ve hesap verebilirlik ilkelerine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep oluyordu². İşte bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ekonomik gerçeklik ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesiyle, şirketler topluluğunu kanuni düzenlemeye kavuşturmuştur³. Diğer bir deyişle TTK, şirketler topluluğu konusunu düzenleyerek, bir iktisadi olgu olarak şirketler topluluğunun tanınması ve topluluğa dâhil olmanın şirket yönetimine etkilerinin göz önünde bulundurulmasını amaçlamıştır⁴. Buna göre, şirketler topluluğunun düzenleme amaçları aşağıdaki gibi gruplandırılabilir;

1. Topluluk dışında kalan pay sahiplerini ve alacaklıları korumak:

TTK'nın şirketler topluluğunu düzenlemesindeki temel amaç, kanaatimizce bağlı şirketin topluluk dışında kalan pay sahiplerini ve alacaklılarını korumaktır. Zira şirketler topluluğu, bağlı şirket menfaatlerinin topluluk veya hâkim şirket

¹ **Susuz**, Kağan (2012), " Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.2, C.18, s.269.

² **Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, 1. Baskı (Kurumsal Yönetim), s.160.

³ **Gerekçe**, 195- 209'uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

⁴ **Okutan Nilsson**, Gül (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, s.13.

menfaatleri uğruna feda edildiği, bu nedenle de bağlı şirketin dolayısıyla da bu şirketin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarara uğramasına müsait bir sistemdir. TTK, bu ekonomik gerçekliği dikkate alarak, bağlı şirketi, bu şirketin pay sahiplerini ve alacaklılarını özel dava haklarıyla korumak amacıyla çeşitli hükümler öngörmüştür⁵.

2. Bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin hakkaniyete aykırı bir şekilde, bağımsız şirket yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu tutulmasını önlemek:

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin bir diğer amacı da bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini korumaktır. TTK m. 553 uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludur. Ancak bağlı şirket yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hâkim şirket ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren bir organdır⁶. Bu nedenle, bağlı şirket yönetim kurulunu bağımsız bir şirketin yönetim kurulu gibi sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacağından, TTK bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini korumak amacıyla çeşitli düzenlemeler öngörmüştür⁷.

3. Topluluğun yönetiminde kolaylık sağlamak:

Topluluk dışında kalan pay sahipleri ve alacaklılar ile bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin korunmasının yanında, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin diğer amacı da ülke ekonomisi için son derece önemli olan toplulukların yönetimlerinde kolaylık sağlamaktır. Gerçekten de TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri incelendiğinde, topluluk lehine birçok düzenleme bulunduğu görülecektir⁸.

B. HÂKİMİYET ARAÇLARI

Şirketler topluluğunda hâkimiyet araçları, diğer bir deyişle, hâkimiyetin hangi durumlarda var olacağı TTK m. 195'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre;

“(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketi, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”.

Görüldüğü üzere, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa veya bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa ilk şirket hâkim, ikinci şirket bağlı şirket olacaktır. Kanun burada aksi ispatlanamayan bir varsayım, bir hukuki faraziye öngörmüştür. Diğer bir deyişle, TTK m. 195/1’de sayılan durumların gerçekleşmesi halinde, hâkimiyetin mevcut olmadığı, mevcut bulunsa bile kullanılmadığı ileri sürülemez, aksi ispat edilemez⁹. TTK'nın bu hükmünden anlaşıldığı üzere, Türk Ticaret Kanunu, kural olarak kontrol sistemini

⁵ Bkz. TTK m.202, m.206.

⁶ **Gerekçe**, 195- 209’uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

⁷ Bkz. TTK m. 202, m. 205.

⁸ Bkz. TTK m. 202, m. 203, m. 208.

⁹ **Tekinalp**, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul (Sermaye Ortaklıkları), s.552.

benimsemiştir¹⁰. Zira kontrol sisteminde hâkimiyetin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz, hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına sonuç dahi bağlanmaz¹¹.

Hâkimiyetin varlığını gösteren bir diğer durum ise TTK m. 195/2'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

“Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.”

TTK m.195/2'den anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, bir sermaye şirketinin paylarının çoğuna sahip bulunmayı hâkimiyetin kurulması hususunda kesin bir ölçüt olarak kabul etmemiş, sermaye çoğunluğunu hâkimiyetin varlığı yönünden sadece bir karine olarak görmüştür¹². Diğer bir deyişle, hâkimiyetin varlığını tespit için önemli olan sermaye çoğunluğu değil oy haklarının çoğunluğudur.

Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanunu, hâkimiyet araçlarını, aksi ispat olunamaz bir hukuki faraziye ya da aksi ispat edilebilir bir karine olarak iki farklı şekilde düzenlemiştir.

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN SÜJELERİ

TTK m. 195/1'de “bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin” ifadesi kullanılarak hâkim ve bağlı şirketlerin ticaret şirketi olması gerektiği belirtilmiştir¹³. Bu düzenleme uyarınca, şirketler

topluluğunun aktörleri kural olarak ticaret şirketleridir. Ancak TTK m. 195/5 ile bu kurala istisna getirilerek şirketler topluluğu kurallarının uygulama alanı oldukça genişletilmiştir. Söz konusu hükme göre, “Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır”. Kanun koyucu, bu hüküm ile şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri dolanmanın yollarını kapatarak, topluluğun tepesinde sadece bir ticaret şirketinin değil, vakıf, dernek, kamu tüzel kişisi, gerçek kişi ve hatta adi ortaklığın olduğu durumları da kapsamayı amaçlamıştır¹⁴.

Dikkat edilmelidir ki, TTK m. 195/5 ile öngörülen, topluluğun hâkiminin teşebbüs olması durumudur. Bu düzenleme uyarınca, hâkim şirket bir teşebbüs (herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticari işletme) ya da bir ticaret şirketi olabileceken, bağlı şirket her zaman bir ticaret şirketi olmak zorundadır.

Şirketler topluluğunun süljelerinin incelendiği bu başlık altında bu yapının mevcudiyeti için en az kaç ticaret şirketinin bulunması gerektiği de irdelenmelidir. Zira bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, şirketler topluluğunun varlığı için hâkimin bir ticaret şirketi olması halinde en az iki¹⁵, teşebbüs olması halinde ise en az üç ticaret şirketinin bulunması gerekecektir¹⁶. Bu görüşteki yazarlar, görüşlerini TTK m. 195/4'de bulunan “bağlı bulunan şirketler” ifadesi-

¹⁰ Bazı yazarlar, TTK'nın, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde hâkimiyetin tespiti açısından “genişletilmiş kontrol” sistemini kabul ettiğini ileri sürmektedir, bkz. **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.161; **Okutan Nilsson**, s.96 vd.; **Eminoğlu**, Cafer (2013), Konzern/Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU, Ein Rechtsvergleich, Ankara (Konzern), s.167 vd.

¹¹ **Gerekçe**, 195- 209'uncu maddelerle ilgili genel açıklamalar.

¹² **Gerekçe**, TTK m. 195/2.

¹³ Tasarının ilk halinde şirketler topluluğu sermaye şirketleri topluluğu olarak düzenlenmiş, sadece 195/5'inci maddenin beşinci fıkrasında topluluğun tepesinde, herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bulunmasına ilişkin bir hükme yer verilmişti. Ancak alt komisyondaki görüşmeler sırasında bu dar sistemin bazı sakıncalar doğurabileceği düşünüülerek hükmün amacı ticaret şirketlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir; bkz. Alt Komisyon Raporu, TTK m. 195.

¹⁴ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163; **Aker**, Halit (2009) Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs” BATİDER, S.2, C.15, s.283.

¹⁵ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Karaman Coşgun**, Özlem (2015), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21, s.130. Yazarlar bu görüşlerini TTK m. 195/4'deki “bağlı şirketler” ifadesine dayandırmaktadır. Zira Yazarlara göre, hüküm topluluğun hâkimi için tekil bir ifade kullanmışken “bağlı şirket” yerine “bağlı şirketler” ifadesini kullanmıştır.

¹⁶ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542. Karaman Coşgun ise, hâkimin teşebbüs olması halinde şirketler topluluğunun teşekkülü için iki bağlı şirketin bulunmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir, **Karaman Coşgun**, s.130-131.

ne dayandırmaktadır. Zira yazarlara göre, hükümde topluluğun hâkimi için tekil bir ifade kullanılmışken, “bağlı şirket” yerine “bağlı şirketler” ifadesi kullanılmıştır¹⁷. TTK m. 195/4’e göre, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak *bağlı bulunan şirketler*, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Görüldüğü üzere, bu hüküm ile şirketler topluluğunun en az kaç ticaret şirketinden oluşacağı değil, bir topluluğun hangi şirketlerden oluşacağı düzenlenmiştir¹⁸. Bu nedenle, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Diğer bir görüşe göre ise, şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için hâkiminin bir ticaret şirketi olması halinde, bir bağlı şirketin bulunması yeterli iken, teşebbüs olması halinde bağlı en az iki ticaret şirketinin bulunması gerekmektedir¹⁹. Zira bu görüşe göre, şirketler topluluğunun mevcudiyeti için en az iki ticaret şirketi bulunmalıdır²⁰.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise; TTK anlamında, bir şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için hâkim şirket (veya teşebbüs) ve ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan bir bağlı şirketin bulunması yeterli olacaktır²¹. Diğer bir deyişle, şirketler topluluğunun hâkimi ister bir ticaret şirketi ister bir teşebbüs olsun bir bağlı şirketin bulunması bizi şirketler topluluğuna ulaştıracaktır. Zira TTK m. 195/1’de bir ticaret şirketinin sayılan kıstaslarla diğer bir ticaret şirketi

üzerinde hâkimiyet kurması halinde birinci şirketin hâkim, ikinci şirketin bağlı şirket olacağı ve bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, şirketler topluluğunun teşekkülünü düzenleyen TTK m. 195 için önemli olan, şirketler topluluğunun kaç şirketten meydana geldiği değil, bir ticaret şirketinin (veya teşebbüsün) başka bir ticaret şirketini TTK m. 195’de sayılan yollardan biriyle hâkimiyet altında tutup tutmadığıdır. Buna karşın, 2013 yılında yayımlanan Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin (TSY), 105’inci maddesindeki düzenleme ile kanaatimizce TTK’ya aykırı bir hüküm getirilmiştir²². Söz konusu hükme göre, şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için, hâkim, ticaret şirketi ise buna bağlı en az iki, teşebbüs ise buna bağlı en az üç ticaret şirketi bulunmalıdır. Böylece, Yönetmeliğe göre, şirketler topluluğu her durumda en az üç ticaret şirketten meydana gelecektir. Başka bir deyimle, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini TTK m. 195’de belirtilen kıstaslarla hâkimiyeti altında bulundursa dahi şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını önemli derece azaltan bir düzenlemenin, Kanunda bunu destekleyen hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen bir yönetmelikle düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Bu nedenle, TTK m. 195’e açıkça aykırılık teşkil eden yönetmeliğin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz²³. Kanun koyucu şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinin yalnızca yönetmelikle belirlenen durumlarda uygulanmasını arzu ediyor idi ise bunu kanun metninde

¹⁷ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Karaman Coşgun**, s.130.

¹⁸ **Gündoğdu**, s.114.

¹⁹ **Okutan Nilsson**, s.67; **Şener**, Oruç Hami (2017), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, (Ortaklıklar Hukuku), s.172.

²⁰ **Okutan Nilsson**, s.67.

²¹ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163-164; **Pulaşlı**, Hasan (2011), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara, (Şerh), s.284; **Pulaşlı**, Hasan, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, REGESTA (2011), S.1 (Tek Ortaklı Şirketler), s.13 vd.; **Kendigelen**, Abuzer (2012), Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, s.174; **Bilgili**, Fatih/ **Demirkapı**, Ertan (2013), Şirketler Hukuku, Bursa, s.12; Aynı yönde, **Gündoğdu**, Gökmen (2014), Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, S.133, C.12, s.115-119; **Aydoğdu**, Fatih (2012), Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, s.276.

²² Aynı yönde, **Gündoğdu**, s.107; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s.163.

²³ Karşı yönde, **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s.542; **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin (2017), Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, s.693. Karaman Coşgun ise hâkimin bir ticaret şirketi olması durumunu düzenleyen TSY m.105/1’in kanuna uygun olduğunu belirtirken, hâkimin ticaret şirketi dışında bir teşebbüs olması durumunda şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasını üç bağlı şirketin varlığına bağlayan TSY m.105/2’nin kanuna aykırı olduğunu ifade etmektedir. Zira yazara göre kanun, hâkimin bir ticaret şirketi veya teşebbüs olması durumlarını farklı düzenlemiştir (**Karaman Coşgun**, s.132).

belirtmelidir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı²⁴nın dördüncü maddesinde, TTK m.195'in yönetmeliğe uygun bir şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir. Söz konusu maddeye göre,

“6102 sayılı Kanununun 195 inci maddesinin;

a) Birinci fıkrasının son cümlesi “Bir ticaret şirketinin en az iki ticaret şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyet sağlaması ve hâkim veya bağlı şirketlerden en az birinin merkezinin Türkiye’de olması halinde, bu şirketler hakkında Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.” şeklinde,

b) Beşinci fıkrasında yer alan “şirketler topluluğunun hâkiminin merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de” ibaresi “Ticaret şirketi olmayan ve merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde ya da dışında bulunan bir teşebbüsün, merkezi yurt içinde olan en az üç ticaret şirketinde hâkimiyet sağlaması halinde, teşebbüs ile bağlı şirketler hakkında da” şeklinde, değiştirilmiştir”.

Bu Taslağın kanunlaşması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı oldukça daralmış olacaktır. Zira şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için hâkimin bir ticaret şirketi olması halinde ona bağlı en az iki ticaret şirketinin, bir teşebbüs olması halinde ise ona bağlı merkezi yurt içinde bulunan en az üç ticaret şirketinin bulunması gerekecektir. Kanaatimizce, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanının bu denli daraltılması isabetli olmayacaktır. Zira üç ticaret şirkettinden oluşan bir şirketler topluluğunda var olan menfaat sahiplerinin korunması ihtiyacı iki şirketten veya bir teşebbüs ve bir şirketten oluşan bir yapıda da söz konusu olacaktır.

I. HÂKİM TEŞEBBÜS

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısının ilk halinde teşebbüs kavramı yerine işletme kavramına yer verilmişti. Söz konusu hükme göre, “Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya işletmenin bulunması halinde, 195 ila 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır.” Gerekeçde böyle geniş bir hükme yer verilmesinin nedeni, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın yollarını kapatmak olarak açıklanmıştır²⁵. Ancak Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan çalışmalar sonucunda işletme kavramı yerine daha geniş bir kavram olan teşebbüs kavramı kabul edilmiş²⁶ ve hükme şu şekildeki son hali verilmiştir; “Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır”. Buna göre, TTK m. 195/1 ve 2’deki şartları gerçekleştiren teşebbüs, şirketler topluluğunun hâkimi sayılacaktır.

A. TEŞEBBÜS KAVRAMI

Teşebbüs, şirketler hukuku açısından yeni bir kavram olduğundan, yorumlanırken rekabet hukukundan yararlanılabilir. RKHK m. 3’e göre teşebbüs, “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, **bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder**”.

Doktrinde de teşebbüsle ilgili çeşitli tanımlar yapılmıştır. *Tekinalp’e* göre teşebbüs, ilgili mal veya hizmet piyasasında, mal veya hizmet üreten, bunları pazarlayan, aracılık eden, danışmanlıkta bulunan, organizasyon yapan, bütün gerçek ve

²⁴ http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernek_Duyurulari/gum_kanununda_degisiklik_hk_ek_tasari2016.doc (26.03.2018).

²⁵ **Gerekeç**, TTK m.195/5.

²⁶ Alt Komisyon Raporu, m.198; **Kendigelen**, s.148.

tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan ancak hukukten bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimleri ifade eder²⁷. *Aslan* ise teşebbüs, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan, bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip ekonomik varlıklar olarak tanımlamıştır²⁸. *Günay*'a göre ise teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler ile bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak nitelendirilebilecektir²⁹.

Çeşitli yargı kararlarıyla da teşebbüs kavramı tanımlanmıştır. Danıştay 2007 yılında verdiği bir kararında "rekabet hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için ekonomik faaliyet gösteren ve kararlarını bağımsız olarak verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığının gerektiğini, ekonomik faaliyet gösteriyor olmasına karşın bağımsız karar veremeyen bir gerçek veya tüzel kişinin kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa bu teşebbüsle tek ekonomik birim oluşturduğunu ve rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceğini, rekabet hukukunda hukuki açıdan bağımsız olmanın bir ölçüt olmayıp, pazarda ekonomik kararlarını bağımsız olarak verebilen birimlerin teşebbüs sayıldığını belirtmiştir³⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)³¹ ise, Mannesmann kararında, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması'nın 80. maddesinde yer alan teşebbüs kavramını şöyle tanımlamıştır: "teşebbüs, kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşarak bir bütün teşkil eden, hukukten bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari

amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmelerdir³²".

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde teşebbüsün temel unsurlarını **ekonomik faaliyet** ve **ekonomik bağımsızlık** şeklinde tespit etmek mümkündür. Kanunda ekonomik faaliyetin türü açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama ve dağıtım gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ekonomik faaliyet yürütme unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir³³. Ekonomik bağımsızlık ise işletmenin yönetim ile muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması olarak tanımlanabilir³⁴. Bu unsurları taşıyan tüm gerçek ve tüzel kişiler, devlet işletmeleri ile tüzel kişiliği bulunmayan adi şirketler büyüklüklerine bakılmaksızın, rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılacaktır³⁵. Diğer bir deyişle, teşebbüs olarak nitelendirilmede hukuki şekil veya faaliyet

²⁷ **Tekinalp**, Ünal (1999), Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul (Grup İçi Teşebbüsler), s. 781.

²⁸ **Aslan**, İ. Yılmaz (2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı, s. 47.

²⁹ **Günay**, Cevdet İlhan (2010), Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara, s.92.

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.07.06.2007, E.2004/2382, K.2007/1544, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (8.12.2017).

³¹ 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin adı "Avrupa Birliği Adalet Divanı" olarak değişmiştir.

³² C-19/61, Mannesmann v. Haute Autorite, ECLI:EU:C:1962:31, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61961CJ0019> (23.03.2018).

³³ Rekabet Kurulu, 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

³⁴ Rekabet Kurulu 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

³⁵ C-41/90, EuGH-Höfner u. Elser v. Macrotron, ECLI:EU:C:1991:16; Rekabet Kurulu, 13.03.2001 tarihli ve 01-12/11429 sayılı kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c560ab01-e956-4629-baa4-637ea81281d9> (23.03.2018).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0041> (26.03.20108); **Arı**, Zekeriyya (2004), Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara, s.150; **Özsunay**, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, s.50, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocument%2FFPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfy74.pdf>, (E.T. 22.05.2017); **Topçuoğlu**, Metin (2001), Rekabet Hukuku Uygulamalarında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, C.50, s.132; **Günay**, s.92.

türü önemli değildir³⁶. Buna karşın, ekonomik bağımsızlığı bulunmayan bağlı şirketler, rekabet hukukuna göre ayrı birer teşebbüs olarak kabul edilmemekte, şirketler topluluğu bir bütün halinde teşebbüs olarak değerlendirilmektedir³⁷. Buna göre, bağlı şirketin diğer şirketlerle yaptığı rekabet anlaşmalarından hâkim şirket sorumlu olmaktadır³⁸.

Doktrinde rekabet hukuku anlamında teşebbüsten bahsedebilmek için bu iki unsura ek olarak **faaliyeti sürekli olarak yerine getirme** unsurunun da bulunması gerektiği ifade edilmiştir³⁹. Gerçekten de, devamlılık amacı taşımaksızın,

bir defaya mahsus olarak yürütülen ekonomik faaliyetlerin rekabet ortamını etkilemesinden bahsedilemez⁴⁰. Bu nedenle bize göre de teşebbüsten bahsedilebilmesi için süreklilik unsurunun bulunması gerekecektir.

Rekabet hukuku anlamında teşebbüs için bulunması gereken bu unsurların TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan hâkim teşebbüs için de aranıp aranmayacağı hususu konumuz açısından önem arz etmektedir. Diğer bir deyişle, hâkimi bir teşebbüs olan şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütme, ekonomik bağımsızlık ve süreklilik unsurlarını taşımasının gerekir gerekmediğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle her üç unsuru şirketler topluluğu anlamındaki teşebbüs bakımından ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

Rekabet hukuku anlamındaki teşebbüsten bahsedilebilmesi için bulunması gereken *ekonomik faaliyet yürütme* unsurunun şirketler topluluğu kapsamındaki teşebbüs için aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, rekabet hukukunda olduğu gibi şirketler topluluğu bakımından da *ekonomik bir faaliyet yürütme* teşebbüs kavramının bir unsuru olarak aranmalıdır⁴¹. Ancak bu görüşü savunan yazarlar yürütülmesi gereken ekonomik faaliyetin niteliği konusunda farklı görüşleri savunmaktadır. *Susuz*'a göre, hâkim konumda bulunan ve şirketi yönlendiren iradenin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için bağlı şirketin izlemek zorunda bırakıldığı iktisadi amacın kendisine yabancı olması gerekir⁴². *Karaman Coşgun*'a göre ise şirketler topluluğunda teşebbüsün varlığı için hâkim gücün şirket dışında herhangi bir iktisadi faaliyete ve kendisine ait bir iktisadi menfaate sahip olması yeterli sayılmalı, bu menfaatin büyüklüğü, küçüklüğü, şirkete yabancı

³⁶ **Güven**, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s.84. Rekabet kanununda kamu – özel teşebbüs ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla kamu tüzel kişileri de RKK kapsamında teşebbüs sayılmaktadır (**Özunalı**, Aydın (2014), Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, s.26). "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılık öngörmemiştir. Kanunun kapsamını belirleyen 2. maddesinde kamu-özel ayrımı yapılmaksızın "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün" rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanunun kapsamını belirleyen 2. maddesinde kamu-özel ayrımı yapılmaksızın "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün" rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde de rekabet kurallarının ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması gerektiği, teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının öneminin bulunmadığı, her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçlanıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerektiği vurgulanmıştır" Danıştay 10.D., T.05.12.2003, E.2001/4817, K.2003/4770, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (08.12.2017).

³⁷ **Topçuoğlu**, s.133; **Sanlı**, Kerem Cem (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, s.29; **Günay**, s.93; **Danıştay**, 10.D., T.12.11.2003, E.2002/4495, K.2003/4374; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.07.06.2007, E.2004/2382, K.2007/1544, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (8.12.2017); C-170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECLI:EU:C:1984:271, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0170> (23.03.2018).

³⁸ C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1972:70, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0048> (26.03.2018); ayrıca lütfen bkz. **Kocadağ**, Nilgün (2015), Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.47 vd. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/137-pdf> (26.03.2018).

³⁹ **Tekinalp**, Ünal (1990), Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85 ve 86. maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, İktisap ve Maliye, S.11, C. 26, (Avrupa Topluluğu), s.455; **Ateş**, Mustafa (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, s.201; **Öcak**, Nazmi (2016), Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, İstanbul, s.29; **Günay**, s.92; **Karaman Coşgun**, s.116; **Güven**, s.86. *Güven*, Sürekli faaliyette bulunmanın teşebbüs için belirleyici kistas olduğunu ifade etmektedir. Aksi görüşü savunan *Arı*'ya göre

ise ise; kısa süreli, geçici ve düzensiz faaliyetler de rekabeti sınırlandırabilir. Amacın rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri önlemek olması sebebiyle, devamlılık unsurunun aranması bu amaca getirilen bir sınırlama olacaktır, **Arı**, s. 148.

⁴⁰ **Karaman Coşgun**, s.116.

⁴¹ **Susuz**, s.274-275; **Karaman Coşgun**, s.122.

⁴² **Susuz**, s.275.

olup olmaması teşebbüs sayılmaya etki etmemelidir⁴³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise şirketler topluluğu anlamında bir teşebbüsten bahsedilebilmesi için teşebbüsün *ekonomik faaliyet yürütmesi* gerekmektedir⁴⁴. Zira ne kanun metninde ne de gerekçede bunu destekleyen herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için önemli olan TTK m. 195/1 ve 2'deki koşulların sağlanmasıdır. Burada hâkimin bir ticaret şirketi veya bir teşebbüs olması arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Rekabet hukukunda geçerli olan *ekonomik bağımsızlık* unsuru şirketler topluluğu hukuku açısından da teşebbüs kavramının bir unsuru olarak kabul edilmelidir⁴⁵. Zira teşebbüs hâkim konumda olacağından, işin doğası gereği bağımsız kararlar alabilmelidir.

Rekabet hukuku kapsamındaki teşebbüste bulunması gereken *süreklilik unsuru*, TTK m.195/5 anlamındaki teşebbüs kavramının tespitinde belirleyici niteliktedir⁴⁶. Diğer bir deyişle, hâkim teşebbüsten bahsedilebilmesi için hâkimiyetin sürekli nitelikte olması gerekecektir. Zira şirket hisselerinin kısa süreler içinde, hâkimiyet amacı olmaksızın yalnızca kâr elde etmek amacıyla, alım satımı durumunda şirketler topluluğu ilişkisinin kurulması gibi bu kurumun amacıyla bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir⁴⁷.

Teşebbüs kavramının kapsamı belirlenirken, şirketler topluluğu hukukunu ayrıntılı olarak düzenleyen ilk ülke olan Alman hukukuna da bakılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Alman hukuku şirketler topluluğunun temelini "işletme" kavramını oturtmuştur. İşletme kavramının kapsamı ise "başka iktisadi menfaat" in bulunup bulunmamasına göre belirlenmektedir⁴⁸. Buna göre, hâkim konumda olan kişinin işletme olarak kabul edilebilmesi için hâkimiyeti altında

bulundurduğu işletme dışında başka bir iktisadi menfaatinin bulunması gerekir⁴⁹. Diğer bir deyişle, örneğin bir anonim şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip bir gerçek kişi, başka bir iktisadi menfaati yoksa işletme olarak nitelendirilemeyecektir. Başka bir iktisadi menfaat kavramından kasıt hâkim olunan ticaret şirketi dışında, başka bir ticari işletme işletmek veya başka bir ticaret şirketinin hâkim ortağı olmak gibi her türlü ticari faaliyet yürütmektir. Bir görüşe göre, Alman hukukunda işletme kavramı belirlenirken kullanılan bu kıstas Türk hukukunda teşebbüs kavramını belirlerken de kullanılmalıdır⁵⁰. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İlk olarak hukukumuzda "işletme" değil, teşebbüs kavramı kabul edilmiştir. Teşebbüs kavramı işletme kavramından daha geniş bir kavramdır ve bir kişinin veya kişi topluluğunun teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için TTK başka bir iktisadi menfaatinin bulunması ölçütünü aramamıştır. TTK için önemli olan m. 195/1 ve 2'de gösterilmiş olan hâkimiyet araçlarından birinin gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, bir ticaret şirketinin örneğin oy haklarının çoğunluğuna sahip bulunan bir gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık teşebbüs olarak nitelendi-

⁴⁹ Okutan Nilsson, s.75.

⁵⁰ Susuz, s.275-276. Yazara göre, teşebbüs kavramı belirlenirken önemli olan hâkimi olunan şirketin menfaatlerine aykırı bir tutum içinde olunup olunmayacağıdır. Bu nedenle şirketin dışında bir işletme faaliyeti olan "işletmeciyi pay sahibi" açısından bu tehlike daha belirgin, faaliyetleri şirket ile sınırlı "özel pay sahibi" açısından söz konusu tehlike neredeyse yoktur. Dolayısıyla sadece işletmeciyi pay sahipleri için özel önlemler almak, diğer bir deyişle şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulamak gerekir. Şirkete hâkim olan özel pay sahipleri açısından da aynı tehlikeler ortaya çıkabilecek olsa da şirketler hukuku kapsamında mevcut olan diğer önlemler (azlık hakları gibi) sayesinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerek yoktur (Susuz, s.276). Yazara pay sahiplerini gruplara ayırıp teşebbüs kavramını Kanunda hiçbir hüküm yokken bu kavramlara dayandırmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira TTK m.195/5'de açıkça "şirketler toplununun hâkiminin... bir teşebbüs olması halinde de, 195 ila 209'uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır." demektedir. Burada amacın yalnızca şirket faaliyetleriyle uğraşan hâkim pay sahiplerini korumak olduğu düşünülebilir. Ancak TTK m. 195 burada sadece şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Diğer bir deyişle, hâkim konumda bulunan pay sahibinin örneğin, TTK m. 202 kapsamında sorumlu olabilmesi için orada aranan şartların yerine gelmesi gerekecektir. Teşebbüsün kendine bağlı konumda bulunan bir şirketi herhangi bir kayba veya zarara uğratmaması halinde sorumluluğu doğmayacaktır.

⁴³ Karaman Coşgun, s.123.

⁴⁴ Aynı yönde, Okutan Nilsson, s.75.

⁴⁵ Okutan Nilsson, s.75; Karaman Coşgun, s.127.

⁴⁶ Karaman Coşgun, s.117.

⁴⁷ Karaman Coşgun, s.117.

⁴⁸ Okutan Nilsson, s.75.

rilecektir. Bunun için ayrıca başka bir iktisadi menfaatinin bulunması gerekmemektedir.

Bu açıklamalar ışığında, hâkim teşebbüsten bahsedilebilmesi için söz konusu teşebbüsün ekonomik bağımsızlığı bulunmalı ve bağlı şirket üzerinde uygulanan hâkimiyet sürekli nitelikte olmalıdır. Bunun dışında, kanaatimizce bir gerçek veya tüzel kişinin yahut tüzel kişiliği bulunmayan oluşumların teşebbüs olarak nitelendirilmesi için ekonomik bir faaliyet yürütmesi gerekmektedir.

B. TEŞEBBÜSÜN ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN HÂKİMİ OLMASI

Şirketler topluluğunun hâkiminin, bir teşebbüs olması halinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Bir teşebbüsün şirketler topluluğunun hâkimi olabilmesi için TTK m. 195/1 ve 2'de bulunan hâkimiyet araçlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre,

(1) a) Bir teşebbüs, bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya
2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse,
3. Kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir teşebbüs, bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

teşebbüs hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen haller dışında, bir teşebbüsün bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, teşebbüsün varlığına karinedir.

Topluluğun hâkiminin ticaret şirketi veya teşebbüs olması arasında bir farklılık öngörülme-

miştir. Bu nedenle, yukarıda hâkimiyet araçlarına ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır⁵¹.

Daha önce de bahsedildiği gibi, kanaatimizce TTK m. 195'in metninden hâkimi teşebbüs olan bir şirketler topluluğu için bir teşebbüs ve buna bağlı bir ticaret şirketinin bulunması yeterli olacaktır⁵². Ancak Türk Ticaret Kanunu İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın dördüncü maddesi uyarınca, topluluğun hâkiminin teşebbüs olması halinde, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için en az üç bağlı şirketin bulunması gerekecektir. Tasarı taslağının yapılması halinde bir teşebbüs ve bir ticaret şirketinin bulunması şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, örneğin bir anonim şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olan bir gerçek kişi hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullansa da ne bağlı şirkete ne de pay sahibi ve alacaklılara karşı sorumlu olacaktır. Bu durum da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin düzenlenmesine sebep olan pay sahiplerini ve alacaklıları koruma amacıyla çelişmektedir. Zira hâkim konumdaki bir gerçek kişi teşebbüs de kendisi dışındaki pay sahipleri ve alacaklıların zarara uğramasına neden olabilecektir. Yine hâkim ortağın talimatlarına göre hareket eden, aksi takdirde, işini kaybedecek olan yönetim kurulu üyelerini de bağımsız yönetim kurulu üyeleri gibi sorumluluğa tabi tutmak da hakkaniyete aykırı olacaktır.

C. HÂKİM TEŞEBBÜSÜN TACİR SAYILMASI

TTK m.195/5'e göre, hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu hüküm teşebbüsün tacir sayılması hususunda TTK m. 12'deki sistemden ayrılmış olduğunu göstermektedir⁵³. Zira TTK m. 12'ye göre,

⁵¹ Bkz. I, B.

⁵² Buna ilişkin açıklama ve görüşler için bkz. dn.15. Ayrıca TSY'deki düzenleme ve bunun eleştirisi için bkz. I.C.

⁵³ Aker, s.287.

bir gerçek veya tüzel kişinin tacir olarak kabul edilebilmesi için bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmesi gerekmektedir. Ancak, TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüsün tacir olarak kabul edilebilmesi için bir ticari işletme işletmesi gerekmecektir. Burada önemli olan TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüs olarak kabul edilmektir. Bu kapsamda TTK m. 195/5 anlamında hâkim teşebbüs niteliğinde olan bir gerçek kişi bir ticari işletme işletmese bile tacir sıfatına bağlanmış olan her türlü hak ve yükümlülüğe tabi olacaktır.

Teşebbüs, gerçek kişileri, özel hukuk ve kamu hukukuna göre kurulmuş tüzel kişileri, hatta tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık yapılarını da kapsayan bir kavramdır⁵⁴. Söz konusu hüküm uyarınca bir gerçek kişinin ya da (kamu yararına çalışan dernek ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıf dışındaki) özel hukuk tüzel kişilerinin tacir kabul edilmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada asıl sorun, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların TTK m. 195/5 uyarınca teşebbüs sayılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira TTK m. 16/2, bu sayılanların bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler tacir sayılmayacaklarını öngörmüştür. Böylece bu kişilerin tacir sayılıp sayılmayacağıyla ilgili birbiriyle çelişen iki hüküm bulunmaktadır. Hangi hükmün uygulanacağı konusunda ise doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, TTK m.195/5'teki hüküm, TTK m16/2'ye göre özel bir hükümdür ve bu nedenle, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların hâkim teşebbüs konumunda oldukları sürece tacir

sayılmaları gerekir⁵⁵. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise TTK m16/2, TTK m.195/5 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir ve TTK m.16/2'de sayılan kişiler hâkim teşebbüs olsalar bile tacir sayılmazlar⁵⁶. Zira burada tartışılan şirketler topluluğunun özel sonuçları değil, tacir olmak ve buna bağlanan sonuçlardır⁵⁷. Kaldı ki, TTK m16/2'de sayılan kişileri, tacir olmanın tüm hak ve yükümlülüklerine tabi kılmanın pratik bir yararı da bulunmayacaktır. Hâkim teşebbüs konumunda bulunan devletin TTK m.195/5 uyarınca tacir olmasına dayanılarak iflasının istenmesi hem kamu yararına aykırı olacak hem de pek mümkün görülmecektir.

Burada üzerinde durulması gereken son husus, hâkim teşebbüs konumunda bulunan birden fazla gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu adi şirketin tacir olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Kanaatimizce tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket TTK m.195/5 anlamında teşebbüs olarak kabul edilse de tacir olarak kabul edilemez. Zira tüzel kişiliği olmayan bu yapıyı tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tabi tutmak mümkün görünmemektedir. Örneğin adi şirketin taraf ehliyeti bulunmadığından iflas yoluyla takip edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, adi şirketi oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin her birinin tacir sayılmasının doğru olacağını düşünmekteyiz. Bize göre, TTK m.195/1-a/3 uyarınca bir ticaret şirketinin diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturarak hâkimiyet kurması halinde de hâkim teşebbüs konumunda bulunan bir adi şirket söz konusu olacaktır. Zira ticaret şirketi ve diğer pay sahipleri bir sözleşme uyarınca oy haklarının çoğunluğunu oluşturma amacı taşımaktadır. Bu nedenle, ticaret şirketi gibi diğer pay sahipleri de tacir olmanın hak ve yükümlülüklerine tabi olacaktır.

⁵⁴ Okutan Nilsson, s.76; Aker, s.286; Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.136; Şener, Oruç Hami (2016), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, (Ticari İşletme), s.154.

⁵⁵ Arkan, s.136.

⁵⁶ Aker, s.287, dn.192; Şener, Ticari İşletme, s.154, dn.216; Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 171, dn.55; Okutan Nilsson, s.77; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin (2017), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, s.231; Karaman Coşgun, s.143.

⁵⁷ Karaman Coşgun, s.143-144.

D. HÂKİM TEŞEBBÜSÜN MERKEZİNİN YURT DIŞINDA BULUNMASI

TTK m.195/5'e göre, topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece bağlı şirketlerinden biri Türkiye'de bulunan bir hâkim teşebbüse şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk davaları açılabilir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu teşebbüsün merkezinin değil, korunmaya muhtaç olan bağlı şirketin merkezinin yurt içinde bulunmasına sonuç bağlamıştır.

TTK m.202/1-e'ye göre, hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Bu hüküm TTK m.206'da yapılan gönderme nedeniyle, tam hâkimiyet halinde bağlı şirkette oluşan kayıpların denkleştirilmemesi nedeniyle şirket alacaklılarının açacağı tazminat davalarında da uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Türk Hukukunda şirketler topluluğu ilk kez 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir. Hâkim ve bağlı şirket başlığını taşıyan TTK m. 195, şirketler topluluğunun aktörlerinin kural olarak ticaret şirketleri olduğunu belirttikten sonra, beşinci fıkrasıyla bu kurala geniş bir istisna getirmiştir. Buna göre, şirketler topluluğunun hâkiminin merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Teşebbüs kavramı şirketler hukuku açısından yeni bir kavram olduğundan yorumlanırken rekabet hukukundan yararlanılabilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, doktrin ve yargı kararlarında yapılan tanımlara göre teşebbüsün temel unsurları ekonomik faaliyet yürütme, ekonomik bağımsızlık ve sürekliliktir. Bu unsurların

TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan hâkim teşebbüs için de aranıp aranmayacağı hususu önem arz etmektedir. Kanaatimizce TTK m. 195/5'de düzenlenmiş olan teşebbüsün ekonomik faaliyet yürütme unsurunun gerçekleşmesi gerekmeyecektir. Zira ne kanun metninde ne de gerekçede bunu destekleyen herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Ekonomik bağımsızlık ve süreklilik unsurları ise bize göre şirketler topluluğundaki teşebbüs kavramı için de aranması gereken unsurlardandır.

Hâkimi teşebbüs olan bir şirketler topluluğu için bir teşebbüs ve buna bağlı bir ticaret şirketinin bulunması yeterlidir. Zira TTK m. 195'ten çıkan sonuç da bu doğrultudadır. Bu nedenle, TTK'ya aykırı olan TSY m.105 uygulama alanı bulmamalıdır. Zira TTK'da öngörülmeleyen bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmesi mümkün değildir.

TTK m. 195/5'e göre, hâkim teşebbüs tacir sayılır. Bu hüküm, teşebbüsün tacir sayılması hususunda TTK m. 12'den ayrılmış olduğunu göstermektedir. Zira hâkim teşebbüs bir ticari işletme işletip işletmediğine bakılmaksızın tacir sayılmıştır. Teşebbüs, gerçek kişileri, özel hukuk veya kamu hukuku hükümlerine göre kurulmuş olduklarına bakılmaksızın tüm tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan oluşumları kapsayan bir kavramdır. Buna göre, devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri ya da kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar da TTK m. 195/5 anlamında teşebbüs olarak şirketler topluluğunun hâkimi olabilecektir. Ancak böyle bir durumda birbiriyle çelişen iki ayrı hüküm ortaya çıkmaktadır. Zira TTK m. 195/5 uyarınca bu kişiler tacir sayılacakken, TTK m. 12/2 uyarınca bu kişilerin tacir sayılması mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, TTK m. 16/2 hükmü TTK m.195/2 hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olup, bu kişiler TTK m. 195/5 uyarınca hâkim teşebbüs olsalar da tacir olmaya bağlanan hak ve yükümlülükler tabi olmayacaklardır.

KAYNAKÇA

- Aker**, Halit (2009) Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs” BATİDER, S.2, C.15.
- Arı**, Zekeriyya (2004), Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara.
- Arkan**, Sabih (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara (Ticari İşletme).
- Aslan**, İ. Yılmaz (2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, 4. Baskı.
- Ateş**, Mustafa (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara.
- Aydoğdu**, Fatih (2012), Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin (2017), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.
- Bilgili**, Fatih/ **Demirkapı**, Ertan (2013), Şirketler Hukuku, Bursa.
- Eminoğlu**, Cafer (2013), Konzern/ Gesellschaftengruppe, Österreich-Türkei-EU, Ein Rechtsvergleich, İstanbul, (Konzern).
- Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, İstanbul, (Kurumsal Yönetim).
- Günay**, Cevdet İlhan (2010), Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara.
- Gündoğdu**, Gökmen (2014), Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? - Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, S.133, C.12, s.107-126.
- Güven**, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara.
- Karaman Coşgun**, Özlem (2015), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21, s.107-166.
- Kendigelen**, Abuzer (2012), Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul.
- Kocadağ**, Nilgün (2015), Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.47 vd. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/137-pdf>.
- Ocak**, Nazmi (2016), Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Tespiti, İstanbul.
- Okutan Nilsson**, Gül (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul.
- Özsunay**, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, s.50, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn74.pdf>, (22.05.2017).
- Öztunalı**, Aydın (2014), Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara.
- Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin (2017), Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul.
- Pulaşlı**, Hasan (2011), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara (Şerh).
- Pulaşlı**, Hasan, (2011), Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar, REGESTA, S.1 (Tek Ortaklı Şirketler).
- Sanlı**, Kerem Cem (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara.

Susuz, Kağan (2012), “ Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.2, C.18, s.269-279.

Şener, Oruç Hami (2016), Ticari İşletme Hukuku, Ankara (Ticari İşletme).

Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017 (Ortaklıklar Hukuku).

Tekinalp, Ünal (1990), Avrupa Topluluğunun Hukuki ve İktisadi Sorunları, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasınının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında İşletme Kavramı, İktisap ve Maliye, S.11, C. 26, (Avrupa Topluluğu).

Tekinalp, Ünal (1999), Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul, s.779-787 (Grup İçi Teşebbüsler).

Tekinalp, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul (Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal/ **Tekinalp**, Gülören (2000), Avrupa Birliği Hukuku, 2.Baskı, İstanbul.

Topçuoğlu, Metin (2001), Rekabet Hukuku Uygulamalarında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, C.50, s.129-171.

FONKSİYONLARI AÇISINDAN TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU VE YATIRIMCI TAZMİN MERKEZİ'NİN KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON FOR FUNCTIONS BETWEEN SAVING DEPOSIT INSURANCE FUND (SDIF) AND INVESTOR COMPENSATION CENTER (ICC)

Doç. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER*

ÖZET

5411 sayılı Bankacılık Kanunu, finansal piyasaların güven ve istikrar içinde çalışmasına ve özellikle ekonominin lokomotifi olan bankalarda mevduat ve kredi sisteminin etkin bir şekilde işlemesine yönelik birçok düzenlemeler içermektedir. Bankalarda kredi sisteminin çalışması ancak kişilerin bankalara güven duygusu içinde mevduat veya katılım fonlarını yatırmalarıyla mümkün olabilecektir. Bankalara mevduat veya katılım fonu yatıracak olan bir tasarruf sahibi de bankada gerçekleşebilecek riskler dolayısıyla belli bir tutarın sistem tarafından garanti edilmesiyse, güvenli bir şekilde hukuki işlemini gerçekleştirebilecektir. Tasarruf sahipleri açısından bu, belli bir tutara kadar garanti şeklinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yerine getirilmektedir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda da sermaye piyasasının, güven ve istikrar içinde işlemesi ve gelişmesi amaçlanmıştır. Çok sayıda sermaye piyasası aracının bulunması ve bunlara yatırım yapılmasının teşvik edilmesinin bir yolu da bankalardaki tasarruf mevduatı ve katılım fonlarında olduğu gibi, yatırımcılar adına saklama, teslim ve nakit ödemenin yerine getirilmemesi gibi risklere karşı belli bir tutara kadar tazmin garantisini içeren bir garanti kurumunun bulunmasına bağlı olacaktır. İşte bu sistem de Yatırımcı Tazmin Merkezi kurularak sağlanmıştır.

Bu makale ile, her iki müessese esas fonksiyonları bakımından kısaca tanıtılıp, garantiye ilişkin düzenlemelerin hukuki çerçevesi benzer ve farklı yönleriyle ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM), Fonksiyonları ve Karşılaştırma

ABSTRACT

According to the Banking Act (No.5411), efficient functioning of the credit system –especially in banks which can be regarded as the driving force behind the economy- is of utmost importance to the confidence to and stability of financial markets. This, in turn, can only be made possible if deposits or participation funds are deposited in the bank in assurance. Due to the fact that the system guarantees a certain amount, the owner of a savings account who will deposit bank deposits or participation funds can act with peace of mind in spite of the risks that can be realized in the bank. In the case of the saving account owners, this is fulfilled by the Saving Deposit Insurance Fund (SDIF) regarding the saving deposits.

The confidence to and the stability of financial markets is also necessary to the operation of the Capital Markets Act (No. 6362). One way of ensuring that many capital market instruments are available and encouraging investment in them is designing a guarantee agency for the risks such as the savings deposits and participation funds in the banks as well as the risks such as custody delivery and cash payment on behalf of the investors. Indeed, the Centre for the Compensation of Investors (ICC) provides such a system with regards to financial markets in Turkey.

This article aims to introduce these two institutions in brief by reviewing their main functions, and examine the legal features of contracts regarding them by comparing those to that of legal framework relating to the guarantees.

Keywords: Saving Deposit Insurance Fond (SDIF), Investor Compensation Center (ICC), Functions, Comparison

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,
(e-mail : fahrettinonder@sdu.edu.tr) (Geliş Tarihi: 29.05.2017 / Kabul Tarihi: 12.12.2017)

I. GİRİŞ

İktisat biliminde kişilerin elde ettikleri gelirlerden, harcadıkları tutarlar (giderler) çıkarıldıktan sonra arda kalan tutarlara birikim veya tasarruf adı verilmektedir. Kişiler bu tasarruflarını diledikleri gibi değerlendirebilmektedirler. İsterlerse tasarrufların azalmasına yol açan harca işlemleriyle isterlerse de tasarrufların artmasına yol açan yöntemleri seçebilirler. Tasarrufların en azından değerinin korunması veya daha da artmasını sağlayan yöntemlerin başında para ve sermaye piyasaları gelmektedir. Bankalar ve diğer sermaye piyasası kurumları, cazip yöntemlerle tasarruf sahiplerinin ellerindeki paraların bu alanlarda değerlendirilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Banka ve sermaye piyasası kurumları da bu paraları, ülke ekonomisinde likidite ihtiyacı bulunan alanlara ve kişilere aktarmak suretiyle ticari iş yapmaktadırlar. Dolayısıyla bir tarafta tasarrufları olan ve bu bunu banka ve sermaye piyasasında değerlendirecek olan kişiler, diğer tarafta da bu tasarrufları alıp ihtiyacı olan başka kişilere vererek iktisadi çarkın dönmesini sağlayacak banka ve sermaye piyasası kurumları yer almaktadır.

Kişiler tasarruflarını bankalara yatırdıklarında, banka ile mevduat veya katılma fonu sözleşmesi, sermaye piyasası araçları satın almak istediklerinde yatırım kuruluşlarıyla sermaye piyasası aracı çeşidine ve hizmet türüne göre aracılık sözleşmeleri yapmaktadırlar.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹ "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, *tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması* şeklinde bir amaç belirleyerek, 111-142. maddeleri arasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF)'yi geniş bir şekilde düzenlemiştir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu² (SerPK) da "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, *yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması* şeklinde bir amaç belirleyerek 83. maddede Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM)'yi düzenlemiştir. Ayrıca 82. maddede yatırımcıların tazmini, 84. maddede tazminin kapsamını, 85. maddede tazmin sürecini ve 86. maddede de tedrici tasfiyeyi düzenlemiştir.

Anayasamızın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi, devletin zayıf durumda olanı koruması olarak, tasarrufların değerlendirildiği alanların özendirilmesi ve güven sağlanması ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla bankacılık alanında TMSF'nin ve sermaye piyasası alanında da YTM'nin kurulması, benzer veya aynı amaçlara hizmet etmektedir. Her iki Kanun'un amacına bakıldığında öncelikle sistemin gereği gibi çalışmasının sağlanması amacının öne çıktığı görülmektedir. Bu amaç, tasarruflarını bu alanlarda değerlendirmek isteyen yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasıyla elde edilebilecektir. Tasarruf sahipleri hangi yatırım türünü tercih etmiş olurlarsa olsunlar vazgeçilmez nitelik taşırlar. Özellikle para ve sermaye piyasası yolu tercih edildiğinde reel veya mali sektöre kaynak sağladıklarından, bu piyasaların "olmazsa olmaz"³ konumdaki önemi daha kolay anlaşılır.

Türk hukuku açısından birikim anlamındaki tasarrufların değerlendirilmesinde bankacılık, sermaye piyasasına göre daha köklü bir geçmiş sahiptir. Bankacılık alanındaki ilk düzenleme 1933 yılında çıkarılan 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu⁴ iken, sermaye piyasası hukuku bakımından ise 1960'lı yıllarda başlayan ilmi ça-

¹ 01.11.2005 T. ve 25983 sayılı mükerrer RG.

² 30.12.2012 T. ve 28513 sayılı RG.

³ TANÖR, Reha, (2003), **Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası**, İstanbul, s. 91.

⁴ 05.06.1933 T. ve 2419 sayılı RG.

lışmalar, mülga 2499 sayılı SerPK'nın⁵ 1981 yılında yürürlüğe girmesiyle işlerlik kazanmıştır.

TMSF, 70 sayılı KHK⁶ ile 1983 yılında kurulmuş, devamındaki düzenlemelerde de korunmuş ve halen yürürlükte bulunan 5411 sayılı Kanun döneminde de varlığını devam ettirmektedir. YTM ise, 6362 sayılı SerPK ile kurulmuş olmakla birlikte, hukuki temelini 1999 yılında mülga 2499 sayılı SerPK'da 4487 sayılı Kanun⁷ değişikliğiyle kurulan Yatırımcıları Koruma Fonu (YKF) oluşturmaktadır.

Gerek TMSF gerekse YTM hukuki kişilikleriyle bağlantılı olarak, sigortacı veya garanti kurumu, rehabilitasyon kurumu ve takip ve tahsil kurumu şeklinde üç fonksiyon icra etmektedir. Bu fonksiyonları özellikle de sigortacı veya garanti kurumu yönüyle her iki kurumun karşılaştırılarak benzer ve farklı yönlerini ortaya koymak gerekmektedir.

II. HUKUKİ STATÜSÜ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

A. TMSF'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

5411 sayılı Kanun'un 111. maddesi;

“Bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur.

Fon görevini yaparken bağımsızdır. Fonun kararları yerindelik denetimine tâbi tutulamaz.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Fon Kurulunun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Fon, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu ile Başkanlıktan oluşur.

Fonun merkezi İstanbul'dadır. Fon, görevli ve yetkili olduğu alanın yoğun olduğu illerde olmak ve sayısı üçü geçmemek kaydıyla Bakanlar Kurulu kararıyla yurt içi temsilcilik ve tahsilat birimleri açabilir.

Fon, 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tâbi değildir.

Fon, görev ve yetkilerini etkin şekilde yerine getirmek amacıyla, yeterli sayı ve nitelikte personeli istihdam eder.

Fonun malları Devlet malı hükmündedir. Fonun mal, hak ve alacakları haczedilemez ve rehnedilemez” şeklinde düzenlenmiştir.

Burada, TMSF'nin bir “kamu tüzel kişiliği” olduğu ortaya konulmuştur. TMSF'nin idari bağımsızlığı ve mali özerkliği bulunduğu hususu da bu maddede açıkça görülmektedir.

TMSF'nin, hem tasarruf mevduatı ve katılım fonları sahipleri açısından sigortacı⁸ kurum görevi, hem bankaların mali bünyelerinin güçlendirilmesi ve yeniden yapılandırılması görevi hem de alacakların takip ve tahsiline ilişkin üç ayrı fonksiyona ilişkin görevleri bu hükümde açık bir şekilde yer almaktadır.

B. YTM'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

6362 sayılı Kanununun 83. maddesi;

“(1) Yatırımcıların bu Kanundaki şartlar çerçevesinde tazmini amacıyla kamu tüzel kişili-

⁵ 30.07.1981 T. ve 17416 sayılı RG.

⁶ 22.07.1983 T. ve 18112 sayılı 2. mükerrer RG.

⁷ 18.12.1999 T. ve 23910 sayılı RG.

⁸ TEKİNALP, Ünal, (2009), **Banka Hukukunun Esasları**, 2. Baskı, İstanbul, s. 131.

ğini haiz YTM kurulmuştur. YTM, Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelik çerçevesinde Kurul tarafından idare ve temsil olunur. YTM tarafından yürütülecek iş ve işlemlerin Kurul personeli ve bu iş için istihdam edilecek personel tarafından yerine getirilmesi esastır. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

(2) Yatırım kuruluşlarının YTM'ye katılımı zorunludur. Yatırım kuruluşlarının YTM'ye katılımlarına, bunların giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidat ödeme zorunluluklarına ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Bu yönetmelikte, aidat tutarının belirlenmesinde, kuruluşların tür ve risk durumlarına göre farklı esaslar da öngörülebilir.

(3) YTM tarafından gerekli görülmesi hâlinde, Kurulca hakkında yatırımcıları tazmin kararı verilen kuruluşun ödemelerinin durmasına ve tüm mal varlığı üzerinde sadece YTM tarafından tasarruf edilebilmesine karar verilebilir. Bu hüküm bankalar açısından, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülükleri açısından uygulanır.

(4) Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinden kaynaklanan her türlü emanet ve alacaklar, hesap sahibinin yaptığı en son talep, işlem veya herhangi bir şekilde verdiği yazılı talimat tarihinden, yatırım fonu ve değişken sermayeli yatırım ortaklıkları için ise tasfiye tarihinden başlayarak on yıl içinde talep ve tahsil edilmemesi hâlinde YTM'ye gelir kaydedilir. Bununla ilgili usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

(5) YTM'nin mal varlığı, amacı dışında kullanılamaz, teminat gösterilemez, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz... ” şeklindedir.

Bu maddeye göre YTM de bir kamu tüzel kişisidir. Ancak kamu tüzel kişiliğinin yönetim ve temsili kendi bünyesinde olmayıp Sermaye

Piyasası Kurulu (SPK) tarafından yerine getirilmektedir. TMSF'nin aksine YTM için ayrı bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin hüküm sevk edilmiş, yönetim ve temsili SPK'ya bırakılmıştır. Bu durum, YTM'nin bir kamu tüzel kişisi olmasına rağmen SPK'nın bir hizmet birimi gibi algılanmasına yol açabilecektir. Ancak kanunen kamu tüzel kişisi olduğu belirtilen YTM'yi SPK'nın bağımsızlığı ve mali özerkliği içinde değerlendirmek gerekir.

C. HUKUKİ NİTELİK AÇISINDAN BENZER VE FARKLI YÖNLER

1. Kuruluştaki Yapılanma Benzerlikleri Bakımından

TMSF, kurulduğu yıl olan 1983 yılından beri kamu tüzel kişisi olmasına rağmen 1999 yılı sonuna kadar TCMB tarafından, bu tarihteki 4389 sayılı Kanunla birlikte de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından yönetilmiş ve temsil edilmiştir⁹. 4389 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5020 sayılı Kanun¹⁰ değişikliğiyle birlikte de TMSF'nin düzenlendiği 15. madde değiştirilerek olması gerektiği gibi bağımsızlığın ve mali özerkliğin bir gereği olarak yönetim ve temsili BDDK'dan alınarak kendi içinde Fon Kuruluna verilmiştir. 5411 sayılı Kanun döneminde de yukarıda metnini verdiğimiz 111. maddede de aynen devam etmektedir.

Kamu tüzel kişiliği anlamında YTM'nin de benzer bir süreci izlediğini belirtebiliriz. Ancak kamu tüzel kişisi olmanın bir gereği olan kendi içinde yönetim ve temsili noktasında, bankacılık sistemindeki TMSF modelini yirmi yıl geriden takip ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü TMSF, kamu tüzel kişiliği olarak kuruluşunda TCMB tarafından, 1999 yılında 4389 sayılı

⁹ 70 sayılı KHK'nın 64 ve 3182 sayılı Bankalar Kanununun 65. maddelerine göre yönetim ve temsil TCMB iken 4389 sayılı Bankalar Kanununun 15. maddesinde kamu tüzel kişisi olarak BDDK'nın yönetim ve temsili olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir.

¹⁰ 26.12.2003 T. ve 25328 sayılı RG.

Kanunla da kendi alanında bağımsız idari otorite olarak kurulan BDDK tarafından yönetilmiş ve 2003 yılından itibaren de idari bağımsızlığına ve mali özerkliğine tam kavuşmuştur.

YTM'nin kaynağını oluşturan YKF' da 1999 yılında kamu veya özel hukuk ayrımı yapılmadan doğrudan tüzel kişiliği haiz bir kurum olarak kurulmuş ve 2001 yılında faaliyetine başlamıştır. Ancak yönetim ve temsiline bir özel hukuk tüzel kişisi ve anonim şirket olan Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK)'na bırakılması, YKF'nin tüzel kişiliğinin bir kamu tüzel kişiliği mi yoksa özel hukuk tüzel kişiliği mi olduğu tartışmalarına yol açmıştır¹¹. Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği¹² nin 10. maddesinde SPK veya Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nce uygulanmış idari para cezalarının tahsili bakımından YKF'nin kamu alacaklarına ilişkin hükümlere göre takip ve tahsil hakkına sahip olduğu belirtilmekle birlikte, Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla verilebileceğinden yönetmelik hükmünün yorumuyla bu sonuca varılması doğru olmayacaktır. Bir özel hukuk tüzel kişiliğinin yönetim ve temsiline tüzel kişiliğin, bir kamu tüzel kişiliği olmasının anlamsızlığı karşısında, bunun özel hukuk tüzel kişiliği olduğunun söylenmesi o dönem için yanlış olmayacaktır. Ancak 6362 sayılı SerPK ile tereddütlerin giderildiği ve kamu tüzel kişiliğinin tercih edildiği görülmektedir. Ancak bu halde de bankacılık sisteminin önceki uygulamasında olduğu gibi doğrudan bağımsız ve mali özerkliğe kavuşturulmamış, SPK'nın yönetimine bırakılmıştır. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın gereği, kendi içinde bir sisteme sahip olmaktır. Kanaatimce yakın bir ge-

lecekte YTM'nin de TMSF gibi idari ve mali özerkliğe kavuşmasına yönelik kanuni düzenleme yapılmalıdır.

2. Yönetim ve Temsil Açısından Farklılıklar

Hali hazırda TMSF ve YTM, kamu tüzel kişiliği anlamında aynı hukuki nitelikte olmakla birlikte, kamu tüzel kişiliğinin yönetim ve temsiline açık bir fark bulunmaktadır. Bu fark da, TMSF'nin tam olarak idari ve mali özerkliğe sahip olması, YTM'nin ise SPK yönetim ve temsiline olduğu için SPK'nın sanki bir hizmet birimi gibi tam idari ve mali bağımsızlığa kavuşmamış olmasıdır.

Aynı şekilde TMSF'nin Fon Kurulu, biri başkan biri de ikinci başkan olmak üzere yedi kişiden oluşmaktadır. YTM ise SPK yönetiminde olduğu için Yatırımcıları Tazmin Merkezi Yönetmeliğinin¹³ "Yönetim kurulu" başlıklı 9. maddesine göre yönetim kurulu adı altında yönetilmekte ve yönetim kurulu da SPK karar organı olmaktadır. SPK' da, SerPK m. 118/(1) uyarınca biri başkan biri de ikinci başkan olmak üzere yedi kişiden oluştuğu için sayı bakımından bir benzerlik olduğu görülecektir.

3. Merkezleri ve Temsilcilik Açabilme Açısından Benzer ve Farklı Yönleri

TMSF idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kuruluşu olarak 5411 sayılı Kanunun 111 maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiği üzere merkezi İstanbul da olan bir kurumdur. YTM ise SPK yönetiminde olduğu ve SPK'nın da merkezinin SerPK'nın 117/(1) maddesinde belirtildiği üzere İstanbul olmasından dolayı merkezi İstanbul'dur. Ayrıca YTM Yönetmeliğinin "Hizmet birimleri" başlıklı 12. maddesinde açıkça YTM'nin merkezinin İstanbul olduğu belirtil-

¹¹ TÜRKOĞLU, Ferah (2007), **Aracı Kurumlarda Mali Durumun Bozulması ve Yatırımcıları Koruma Fonu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, s. 67; BÜLBÜL, Özgür (2007), **Yatırımcıları Koruma Fonu Özelinde Yatırımcı Tazmin Sistemimiz ve Avrupa Birliği Yatırımcı Tazmin Sistemine Uyum Çerçevesinde Yapılması Gerekenler**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 25.

¹² 21.06.2001 T. ve 24439 sayılı RG.

¹³ 27.02.2015 T. ve 29280 sayılı RG.

mektedir¹⁴. Dolayısıyla her iki kurumun merkezinin İstanbul olması ve faaliyetlerinin burada yürütülmesi açısından benzerlik bulunmaktadır.

TMSF, görev ve yetkilerinin yoğun olduğu illerde sayısı üçü geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararıyla yurtiçi temsilcilik veya tahsilat birimi kurabileceği 5411 sayılı Kanunun 111 maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilmesinden dolayı İstanbul dışında temsilcilik yapabilecektir. YTM için SPK idare ve temsilinde olduğundan buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla merkez dışında temsilcilik ve faaliyet yapılamaması yönüyle TMSF ile aralarında fark bulunmaktadır.

III. SİGORTACI VEYA GARANTİ KURUMU FONKSİYONLARI AÇISINDAN TMSF VE YTM

Özel hukuka ilişkin düzenlemeler, hukuki ilişkinin taraflarında eşitlik ilkesini esas alır. Ancak bazı hallerde gerek özel hukuk düzenlemeleri içinde gerekse kamu veya özel karma nitelikteki düzenlemelerde, sosyal devlet ilkesi gereği taraflardan biri ön plana çıkarılarak özellikle tüketici, hizmet, kira ve katımlı sözleşmelerde zayıf durumda olan taraf olarak korunur. Ekonominin lokomotifini konumunda olan para arzı ve para talebi konusunda önemli yere sahip bankacılıkta, bankaya para yatıracak olan tasarruf sahibi kişilerin zayıf durumdaki taraf olarak, hem bankaya olan güvenlerini sağlamak hem de bankaya yatırdığı mevduatın güvenli olduğunu göstermek için TMSF kurulmuştur. Bankacılık dışında yine reel veya mali sektörde para arzı ve para talebi dengesini kurmada önemli bir işleve sahip sermaye piyasasında, zayıf durumda olan yatırımcıların birikimlerini sermaye piyasası araçlarında güvenle değerlendirmeleri için, yatırım kuruluşları ile

yaptıkları sözleşmelerde, sözleşme konusu olan sermaye piyasası araçlarının veya ifaya yönelik ödemelerinin garantili olduğunu göstermek için de YTM kurulmuştur. Her iki kurum, sözleşmelerin tarafı olan kişileri korumaya yönelik olarak kurulmakla birlikte bu fonksiyonlarının yerine getirilmesinde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Her iki kurumun işleyişi ayrı başlıklarda açıklanarak hukuki nitelmesi yapılacaktır.

A. TMSF'NİN SİGORTACI KURUM NİTELİĞİ

1. 5411 Sayılı Kanun Açısından

5411 sayılı Kanunun "Mevduatın ve katılım fonunun sigortalanması" başlıklı 63. maddesinin ilk üç fıkrasında;

"Kredi kuruluşları nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir.

Kredi kuruluşları, nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarını, sigortaya tâbi kısım üzerinden sigorta ettirmek ve bunun üzerinden prim ödemek zorundadır.

Sigortaya tâbi olacak tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının kapsamı ve tutarı, Merkez Bankası, Kurul ve Hazine Müsteşarlığının olumlu görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir. Risk esaslı sigorta priminin oranı, yıllık bazda sigortaya tâbi tasarruf mevduat ve katılım fonunun binde yirmisini aşamaz. Risk esaslı sigorta priminin tarifesi, tahsil zamanı, şekli ve diğer hususlar Kurulun görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir..." denilmektedir.

Yukarıdaki hükümden de anlaşılmaktadır ki, TMSF, burada sigortacı kurum işlevi görmektedir. Ancak TMSF'nin bu fonksiyonu, sigorta hukuku açısından bir sigortalama olmakla birlikte TMSF, özel hukuk içinde bir sigorta şirketi değildir. TMSF'nin bu kamu tüzel kişiliğidir. Ku-

¹⁴ Yönetmeliğin Geçici 1. maddesine göre Kurul merkezinin İstanbul'a taşınmasına ilişkin iş ve işlemler tamamlanıncaya kadar idari merkezinin Ankara olduğu belirtilmekle birlikte bu geçici bir durum olduğu için merkezin İstanbul olarak belirtilmesi yanlış olmayacaktır.

rulma amacıyla sigortalama işlevi de olduğu için hukuki niteliğine yönelik doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

2. Doktrindeki Görüşler

TMSF'nin tasarruf mevduatı ve katılım fonlarını sigortalama bakımından *ilk görüş*, Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin sigorta hukuku hükümleri çerçevesinde gerçek anlamda bir otomatik *zorunlu sigorta* olduğu görüşüdür¹⁵. Bu görüşe göre, mülga 6762 sayılı TTK¹⁶ m. 1263, 6102 sayılı TTK¹⁷ m. 1454 hükümlerini kıyasen uygulayarak “başkası adına sigorta” bir diğer deyişle alacaklı menfaatine sigorta¹⁸ sayılmalıdır. Burada TMSF, sigorta primlerini tahsil eden bankacılığa has bir sigortacı konumunda, bankalar ise tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahipleri menfaatine sigorta ettiren konumundadır. Burada mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu¹⁹ (BK) m. 111, 6098 sayılı BK²⁰ m. 129 anlamında banka ile TMSF arasındaki sözleşme ile mevduat sahibi açısından üçüncü kişi yararına bir sözleşme²¹ ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir. Bankaların söz konusu mevduat veya fonu ödeyememe riskinin gerçekleşmesi üzerine TMSF kendi kaynaklarından tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahiplerine ödeme yapmaktadır. Aynı çerçevede içinde bankacılığa has bir durum olması nedeniyle bu duru-

mun, sigorta kapsamında olmakla birlikte sigorta akdi olmayıp kanundan kaynaklanan sigorta²² olduğu şeklinde görüş de savunulmaktadır.

İkinci görüş ise, Kanunda her ne kadar sigortalamadan bahsedilmiş olsa da bunun gerçek anlamda bir sigorta olmadığı kanundan kaynaklanan bir *garanti müessesesi* olduğu görüşüdür²³. Bu görüşe göre, TMSF bir teminat müessesesidir ve bir sigorta şirketi değildir. TMSF'nin tek görevi sigortalama değildir. Banka ile TMSF arasındaki ilişki bir sigorta sözleşmesi ilişkisi olmadığı gibi, tek taraflı sona erdirilmesi bir sigorta sözleşmesinin sona erdirilmesi olayı değildir. Bu olsa olsa, tasarruf mevduatı veya katılım fonunu teşvik etmek amacıyla devletin ekonomik gerekçelerle tasarruf mevduatı veya katılım fonlarını garanti etmeye yönelik bir garanti sistemidir.

3. Görüşümüz

Kanaatimizce, 1983 yılından beri kanunen gerçek kişilere ait tasarruf mevduatlarının ve 2005 yılından beri de artık katılım bankalarındaki gerçek kişilere ait katılım fonlarının, bankalar tarafından TMSF'ye yatırdıkları sigorta primleri karşılığında sigortalanacağı açıkça belirtildiği için, TMSF'yi sigortacı kurum kabul etmek gerekir. Ancak TMSF'nin kurulma amacının sadece bir sigortalama olmaması, bankaların mali bün-yelerinin güçlendirilmesi ve yeniden yapılandırılması ile alacakların takip ve tahsiline ilişkin tabiri caizse bankacılık rehabilitasyon merkezi veya hastanesi²⁴ görevi de yapması, sigortaya tabi risk gerçekleştiğinde yapılacak ödemenin TMSF Fon Kurulunca belirlenen miktarla sınırlı olması

¹⁵ KARAYALÇIN, Yaşar, (1984), “**Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu**” Bankalar ve 70 Sayılı KHK Sempozyumu”, Ankara, s. 305; TEKİNALP, s. 132 (Yazarın ilk baskısı (1988) İstanbul, s. 228-230); TURANBOY, Asuman, (2001) “**Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı**”, BATİDER, C. XXI, S.2, s.71; AYMERGEN, Yasemin/ BABUŞÇU, Şenol/ İNANÇ, Candan/ SAVAŞ, Mehmet, (1996), **Mevduat Sigorta Sistemi ve Türkiye İçin Model Önerisi**, İstanbul, s. 9; ÇEKER, Mustafa, (2004), **Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı**, Adana, s. 292; YAHYAOĞLU, Güran, (2012), **Bankacılık Hukuku**, Ankara, s. 184.

¹⁶ 09.07.1956 T. ve 9353 sayılı RG.

¹⁷ 14.02.2011 T. ve 27846 sayılı RG.

¹⁸ ÇEKER, Mustafa, (2015), **Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Adana, s. 146.

¹⁹ 29.04.1926 T. ve 359 sayılı RG.

²⁰ 04.02.2011 T. ve 27836 sayılı RG.

²¹ TURANBOY, (2001), s. 73.

²² REİSOĞLU, Seza, (2015), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, C.I, Ankara, s. 1336; BATTAL, Ahmet, (2006), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara, s. 250; ÇEVİK, Kemal, (2009), **Banka Hukuku**, Ankara, s. 317.

²³ AYHAN, Rıza, (1997), “**Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği**”, Prof. Dr. N. Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, s. 25.

²⁴ ÖNDER, M. Fahrettin, (2002), **Türk Hukukunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Bankaları Denetimi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, s. 93.

(100.000-TL²⁵) üstelik sigortadan sadece gerçek kişi tasarruf mevduatı ve katılım fonu sahiplerinin yararlanabilmesi karşısında TMSF'nin sigorta kurumu dışında garanti kurumu niteliğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla TMSF, her iki görüşün de gereklerini yerine getirdiğinden kanaatimce *karma nitelik* arz etmektedir.

TMSF'nin gerek kurulduğu yıllardaki mülga 3182 sayılı Kanunun²⁶ 65. maddesinde, gerek sonraki mülga 4389 sayılı Kanunun 15/(1) maddesinde ve gerekse de 5411 sayılı Kanunun 63 maddesinde açıkça tasarruf mevduatlarını sigorta etmek amacıyla kurulduğunun belirtilmiş olması belli bir anlayışta sigortayı dışlamadığının göstergesidir. Dolayısıyla bu sigortanın, alacaklı konumunda ve 3. kişi sayılan gerçek kişi tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahiplerini korumasından dolayı, sigorta hukukundan dışlanamayacaktır. Çünkü, söz konusu 63. maddede risk esaslı sigorta priminden bahsedilmesi ve bu primin tasarruf mevduatı ve katılım fonu tutarının binde yirmisini aşmayacak şekilde belirlenecek olması sigorta hukukundan tamamen çıkılmadığı ve sigorta yönteminin de kullanıldığını göstermektedir.

Bankalar tarafından TMSF'ye 5411 sayılı Kanunun 63 maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası uyarınca sigorta primi yatırılmaktadır. TMSF'yi tamamen sigorta hukuku dışında doğrudan garanti kurumu sayacak olursak bu durumda, sigorta primi adı altında yatırılan primlerin hukuki niteliği ne olacaktır? Ayrıca riskin gerçekleşmesi durumunda ödenen primler iade mi edilecektir? Dolayısıyla sigorta esasına göre prim yatırılmakta ve yatırılan primler TMSF'nin gelir kaynağını oluşturmaktadır. TMSF' de, bankacılığa has bir sigortacı kurum niteliğine bürünmekle birlikte, TMSF'nin bir bankadan tahsil ettiği

prim toplamı, bir tasarruf mevduatı sahibine ödenebilecek en fazla tutarın altında kalsa bile garanti edilen tutarın ödenecek olması TMSF'yi bir garanti kurumu yapmaktadır. Aynı şekilde tahsil edilen prim tutarının garanti edilen tutarın üstünde olması halinde de ödemede garanti limitin aşılması yine TMSF'nin garanti kurumu niteliğini öne çıkaracaktır. Bu durumda, hem sigorta hukukundan hem de sosyal devlet ilkesi gereği zayıf durumda olan tasarruf sahiplerinin korunması gereğinden yararlanılarak kurulan TMSF, kendine özgü karma nitelikte bir sigortacı ve garanti kurumudur.

B. YTM'NİN SİGORTACI KURUM NİTELİĞİ

1. 6362 Sayılı Kanun Açısından

6362 sayılı SerPK'nın 83/(2). maddesinde;

“Yatırım kuruluşlarının YTM'ye katılımı zorunludur. Yatırım kuruluşlarının YTM'ye katılımlarına, bunların giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidat ödeme zorunluluklarına ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Bu yönetmelikte, aidat tutarının belirlenmesinde, kuruluşların tür ve risk durumlarına göre farklı esaslar da öngörülebilir.” denilmektedir.

Yatırım kuruluşlarının YTM'ye aidat ödemek zorunda olmaları ve risk durumlarına göre bu aidatın YTM'ye ödenecek olması, YTM'nin sigorta kurumu niteliğini ortaya koymaktadır.

YTM'nin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, kurulmasından önce sermaye piyasasında yaşananlara da bakmak yararlı olacaktır. Özellikle 1993-2000 yılları arasındaki sermaye piyasasında yatırımcı varlıklarının korunduğu tam bir mekanizma bulunmadığından yatırımcılar zarar görmüş ve hem sermaye piyasasına hem de devlete karşı güvenleri sarsılmıştı.

2000'li yılların başında sınırlı da olsa bir başlangıç olarak kurulan YKF ile, daha önce ban-

²⁵ Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Edilecek Primlere Dair Yönetmeliğin 4. maddesi değişikliğiyle 50.000-TL'den 100.000-TL'ye çıkarılmıştır (15.02.2013 T ve 28560 sayılı RG).

²⁶ 02.05.1985 T. ve 18742 sayılı RG.

kacılıkta yıllardır yer alan TMSF uygulamasına²⁷ bakılarak benzerlik arz eden ara bir çözüm aranmıştır. Ayrıca Avrupa Birliği uyum sürecinde Avrupa Birliğinin Yatırımcı Tazmin Sistemine ilişkin 97/9/EC Direktifinin 2. maddesinde²⁸ belirtildiği üzere yatırımcıları koruyacak asgari bir koruma miktarını garanti eden bir yatırımcı tazmin sistemi kurulması zorunluluğu hükmünün de dikkate alındığı görülmektedir.

YKF, tedrici tasfiyeye veya iflasa tabi tutulmuş aracı kurumların hisse senedi işlemlerinden kaynaklanan ödeme ve teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmediği hallerde hisse senedi sahiplerine güven umudu olmuştur. Böylelikle eksik de olsa zayıf durumda olan bu yatırımcılara tıpkı tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahiplerine TMSF'nin umut ve güven olması gibi, güvenle yatırım yapmaları istenmiştir.

Tüzel kişiliği haiz kurulan YKF'nin sadece yatırım araçlarından hisse senedi sahiplere koruma sağlaması, diğer sermaye piyasası araçlarına yönelmede güvensizlik yaratmıştır. Ancak 6362 sayılı SerPK ile YKF'nin ismi değiştirilerek YTM adını almış ve kapsamı da, Avrupa Birliği'nin hem 97/9/EC hem de finansal ürün piyasalarına ilişkin 2004/39/EC²⁹ Direktifleri doğrultusunda sermaye piyasasına yatırım yapan tüm yatırımcılar şeklinde genişletilmiştir. İsim ve kapsam değişikliğinde "Fon" kelimesi yerine "Merkez" kullanılmıştır. Burada özellikle "Merkez" kavramının kullanılmasında, Mülga 2499 sayılı Kanuna 1999 yılında 4487 sayılı Kanun³⁰la yapılan değişiklikle kurulan "Özel Fon"un, 6362 sayılı SerPK'nın geçici 3. maddesiyle de YTM'nin idare-

resine verildiğinden karışıklığı engellemek düşüncesinin de etkisi olduğu söylenebilir.

Özel Fon'un YTM'nin idaresinde ve temsilinde olması, YTM'nin hukuki niteliğini etkilemeyecektir. Çünkü Özel Fon'un, tüzel kişiliği olmadığı gibi geçici niteliktedir. 18.12.1999 tarihi öncesi yetkisi iptal edilmiş aracı kurumlardan sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle alacaklı bulunanların alacaklarını belli bir sınıra kadar ödemeye yönelik kurulmuştur. Doğrudan ilgili olduğu için YTM'nin yönetim ve temsilindedir. Özel Fon'da şu anda yetkileri kaldırılmış ve iflas süreci tamamlanmamış 16 adet aracı kurum yer almaktadır³¹.

2. Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliği Açısından

SerPK m. 83/(2)'de yatırımcı kuruluşların ödeyeceği prim yönteminin SPK tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. SPK tarafından çıkarılan Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliğinin "Yıllık aidatlar" başlıklı 21. maddesi³²ne göre, aracı kurumlar için yıllık

³¹ www.ytm.gov.tr (erişim 10.05.2017).

³² (1) Yatırım kuruluşlarının yıllık aidat yükümlülükleri Kurul, merkezi takas ve saklama kuruluşları ile diğer kuruluşlar nezdinde bir önceki yıla ilişkin bulunan veriler esas alınmak suretiyle, bu Yönetmelik ve Kurul tarafından belirlenen esaslar uyarınca hesaplanır.

(2) Yatırım kuruluşlarının içinde bulunulan yıl için yatırımcıların yıllık aidat tutarları, YTM'nin bildirim üzerine Mart ayı sonuna kadar ödenir.

(3) Yıllık aidatlar yatırımcı bazında;

a) Repo işlemine konu olanlar hariç olmak üzere kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçları açısından merkezi takas ve saklama kuruluşları nezdinde bulunan saklama bakiyelerinin,

b) Organize piyasalarda işlem gören türev araçlar açısından merkezi takas ve saklama kuruluşları nezdinde bulunan teminatların günlük tutarlarının toplamının, yatırım kuruluşlarının faaliyette bulunduğu iş günü sayısı dikkate alınmak suretiyle bulunan ortalamasının; beşinci fıkrada yer alan katsayılarla çarpılması suretiyle hesaplanır. Bu fıkra uyarınca yatırımcı bazında bulunan saklama bakiyeleri ile teminat tutarları ortalamasının her bir yatırım kuruluşu için toplamı, MKK tarafından hesaplanarak YTM'ye iletilir.

(4) Kaldıraçlı alım satım işlemleri üzerinden; yatırımcı bazında merkezi takas ve saklama kuruluşları nezdinde bulunan teminatların toplam tutarlarının, yatırım kuru-

²⁷ KARA, M. Sencer, (2006), **Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcıların Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, Ankara, s. 287.

²⁸ Investor Compensation Schemes için Official Journal L, 084, 26.03.1997 P 0022-0031.

²⁹ Markets in Financial Instruments Directive için Official Journal L, 145, 30.04.2004 P 0001-0044.

³⁰ 4487 sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi. (18.12.1999 T. ve 23910 sayılı RG).

prim tutarının, SPK'nın sermaye yeterliliği düzenlemeleri uyarınca ay sonları itibarıyla hesaplanan sermaye yeterliliği tabanının; gerekli asgari öz sermaye, risk karşılığı ve son üç aylık faaliyet giderlerinden en büyük olanına bölünmesi sure-

luşlarının faaliyette bulunduğu iş günü sayısı dikkate alınmak suretiyle bulunan günlük ortalamasının beşinci fıkrada yer verilen gruplandırma çerçevesinde, sırasıyla binde 4, 8, 16 ve 32 katsayıları ile çarpılması suretiyle yıllık aidat hesaplanır. Bu hesaplama esas teşkil edecek teminat tutarları toplamının günlük ortalaması, Takasbank tarafından hesaplanarak YTM'ye iletilir.

(5) Aracı kurumlar için, Kurulun sermaye yeterliliği düzenlemeleri uyarınca ay sonları itibarıyla hesaplanan Sermaye Yeterliliği Tabanının; Gerekli Asgari Özsermaye, Risk Karşılığı ve Son Üç Aylık Faaliyet Giderlerinden en büyük olanına bölünmesi suretiyle bulunacak oranın yıllık ortalaması;

*a) 3 kat ve daha fazla olanlara on binde iki,
b) 2 ilâ 3 (3 hariç) kat arasında olanlara on binde dört,
c) 1 ilâ 2 (2 hariç) kat arasında olanlara on binde sekiz,
ç) 1 kattan az olanlara on binde on altı,
katsayıları uygulanarak yıllık aidat hesaplaması yapılır.*

(6) Bankalar açısından aidat hesaplamasında, beşinci fıkranın (a) bendinde yer verilen katsayı dikkate alınır.

(7) Üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen saklama bakiyeleri ve teminatların; her bir yatırımcı bazında, Kanun'un 84 üncü maddesinin beşinci fıkrası çerçevesinde belirlenen ve her yıl güncellenen azami tazmin tutarından az olması durumunda tamamı, fazla olması durumunda ise söz konusu azami tazmin tutarı kadarlık kısmı hesaplamaya dâhil edilir. Azami tazmin tutarı, kaldıraçlı alım satım işlemleri ve diğer sermaye piyasası araçları için ayrı dikkate alınır.

(8) Tezgâhüstü türev araçlar üzerinden ise, yatırımcı sayısına göre aidat hesaplanır. Buna göre yatırım kuruluşlarının her bir yatırımcı ile yıl içinde gerçekleştirdikleri tezgâhüstü türev araç işlemlerinde sözleşme büyüklüklerinin toplamı;

a) 1.000.000 Türk Lirasının altında olan her bir yatırımcı için 50 Türk Lirası,

b) 1.000.000 Türk Lirası veya üzerinde olan her bir yatırımcı için ise 100 Türk Lirası, tutarı dikkate alınmak suretiyle aidat hesaplanır. Yatırım kuruluşları, bir önceki yıl içerisinde her bir yatırımcı ile gerçekleştirdikleri tezgâhüstü türev araç sözleşme büyüklükleri toplamı ile ödeyecek oldukları aidat tutarlarını MKK'ya bildirmek ve ikinci fıkrada belirtilen sürede YTM'ye ödemekle yükümlüdür. Yatırım kuruluşlarının diğer yatırım kuruluşlarıyla gerçekleştirdikleri tezgâhüstü türev araç işlemleri hesaplamada dikkate alınmaz.

(9) YTM'nin malvarlığı mevcudu, yatırım kuruluşlarının tür ve risk durumları ile sermaye piyasası araçlarının nitelikleri dikkate alınmak suretiyle, dördüncü, beşinci ve yedinci fıkralarda yer alan katsayılar ile sekizinci fıkrada yer alan tutarları, yarısı oranında artırmaya veya azaltmaya Kurul yetkilidir."

tiyle bulunacak oranın yıllık ortalaması alınacaktır. Bu ortalamanın, 1 ile 3 arasındaki katlarına sahip olmalarına göre kademeli bir prim ödemesi hesaplanacağı görülmektedir. Aracı kurum dışındaki yatırım kuruluşları için ise, her bir yatırımcı hesabı bazında bir günlük toplamlarının, faaliyette bulunulan toplam iş günleri toplamlarına göre ortalamasının alınması ve aracı kurumlara uygulanan risk kategorisi puanları ile çarpılarak prim tutarı hesaplanacağı belirtilmektedir. Bu tutarların, ertesi yılın mart ayı sonuna kadar YTM hesabına yatırılacağı ifade edilmektedir.

Yönetmelik hükümlerinde de Kanun hükmünde olduğu gibi sigorta kavramına yer verilmediği görülmektedir. YTM'nin kurulma amacına bakıldığında, yatırımcıların risklere karşı korunması olduğu görülecektir.

3. Görüşümüz

TMSF için risk esaslı sigorta primi düzenlemesi (63. madde) bulunmasına rağmen sigorta ve garanti niteliklerinin birlikte bulunmasından dolayı bilimsel tartışmalar yapılmıştır. YTM ise, yeni kurulmuş bir kurum ve işlevleri de TMSF'ye benzerlik göstermesinden dolayı hukuki niteliği konusunda görüş farklılıklarının oluşması muhtemel gözükmektedir. Çünkü 6362 sayılı SerPK'da, 5411 sayılı Kanununun 63. maddesindeki gibi açıkça bir sigortalamaya ilişkin hüküm yer almamaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetlerine yönelik yatırımcı varlıklarının korunması yönteminde 6362 sayılı SerPK'da sigortalamadan hiç bahsedilmediği halde YTM'nin bu işlevinin sigorta hukuku içinde zorunlu 3. kişi hesabına sigorta mı, yoksa sermaye piyasası içinde bir garanti kurumu mu olduğunu ortaya koymak gerekecektir.

SerPK m. 83/(2) hükmü açıkça yatırım kuruluşlarının YTM'ye katılmasının zorunlu olduğunu belirtmesi ve aidatlarla ilgili hususları ilgili Yönetmelikte risk esaslı bir prim öngörmüş olmasından dolayı TMSF için söylenenlerin ka-

naatimce burada da geçerli olduğu söylenebilecektir.

Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen yatırım kuruluşlarının yatırdığı bu aidatlara sigorta primi adı verilmese de, benzer yöntemin daha önceden Bankalarca tasarruf mevduatı ve katılım fonu için TMSF'ye yatırılan aidatlar bakımından açıkça sigorta primi adı kullanılmıştır. Dolayısıyla TMSF bakımından Ödenecek primlere ilişkin, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Edilecek Primlere Dair Yönetmelik³³ hükümlerinde özellikle 6-9 maddeleri benzer nitelikte düzenlenmiştir. Karşılaştırıldığında her iki yöntemin risk esaslı ve benzer olduğu görülmektedir.

TMSF açısından bankaların ödeyeceği primler söz konusu Yönetmeliğe göre, Mart, Haziran, Eylül ve Aralık ayı mali tablolarına göre belirlenecektir. Belirlenen tasarruf mevduatı ve katılım fonu toplamının, Yönetmelik ekinde yer alan sermaye yeterliliği, aktif kalite, karlılık, likidite ve diğer risk faktörlerine göre belirlenen puanlardan elde edilen toplam puanlara göre gruplandırıldıktan sonra, yüksek puanda olanları daha az prim tutarı ödemesi şeklinde ertesi yılın şubat ayı sonuna kadar TMSF hesabına ödenmesi öngörülmüştür. Bu şekilde belirlenen sigorta prim ödeme sistemi, YTM Yönetmeliğinde yatırım kuruluşları için belirlenen prim sistemine çok benzemektedir. Dolayısıyla YTM açısından da risk esaslı bir sigortalama yapılmaktadır.

TMSF'nin prim yönteminin uzun yıllardır mevcut olması ve risk esaslı olması ve YTM için de yeni olmakla birlikte benzer bir yöntemin kullanılması, hukuki olarak sistemin benzer olduğunu göstermektedir. Bankaların ödediği primler için açıkça sigorta primi denildiği halde, YTM için sigorta primi denilmemesi sonucu etkileyecek nitelikte sayılmamalıdır. Çünkü YTM için belirlenen yöntemde sigorta primi denilmeden

TMSF sisteminden yararlanılmıştır. Kanaatimce YTM tarafından sermaye piyasasına özgü bir sigortalama işlemi yapılmaktadır³⁴. Çünkü yatırımcıya tazmin şartları oluştuğunda YTM, ağırlıklı olarak almış olduğu primlerin de içinde bulunduğu kendi malvarlığından yatırımcılara ödeme yapmaktadır.

6362 sayılı SerPK 84/(5) maddesi uyarınca başlangıçta 100.000-TL olarak belirlenen, Kurul'un talebiyle beş katına kadar Bakanlar Kurulu kararıyla artırılabilen ve her yıl yeniden değerlendirilme oranında artan 2017 için 125.451-TL garanti tutarı için, yatırım kuruluşunun YTM'ye ödediği aidat tutarı, garanti tutarının üstünde olmasına rağmen yatırımcıya sadece garanti tutarının ödemesi bile sadece sigorta işlemi olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde, yatırım kuruluşunun ödediği prim tutarı garanti tutarının altında olmasına rağmen YTM tarafından yatırımcıya garanti tutarının ödenecek olması da önceki örnek gibi sadece sigorta işlemi yapılmadığını göstermektedir. Bu durum, YTM'nin garanti (güvence) kurumu niteliğini öne çıkarmaktadır. Benzer durumda TMSF için kendine özgü karma nitelikte bir kurum nitelemesini bu fonksiyonları açısından YTM için de söylenmesi yanlış olmayacaktır. Burada gerek SerPK m. 83'de gerekse de YTM Yönetmeliğinde açıkça sigortalamadan bahsedilmeden YTM Yönetmelik hükümlerinin TMSF uygulamasına benzer olmasından³⁵ dolayı bir nevi isimsiz bir sigortalama işlemi yapıldığı söylenebilecektir. Kanun koyucu burada açıkça sigortadan bahsetmeyerek tercihi bu şekilde yapmış olmakla birlikte kanaatimce SerPK'da de-

³³ 07.11.2006 T. ve 26339 sayılı RG.

³⁴ Aksi görüş için bakınız.: KAYTAZ, Ali İhsan, (2016), "6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 1633.

³⁵ ÇETİN, Nusret, (2017), "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yatırımcıların Korunması", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu İşliğinde Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut.), Ankara, s. 466.

ğişiklik yapılarak YTM için açıkça yatırımcı varlıklarını sigortalama görevi bulunduğuna dair hükümlere yer verilmesi daha doğru olacaktır.

IV. KORUMA KAPSAMINDAKİ KİŞİLER VE YAPILAN SÖZLEŞMELER

A. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU AÇISINDAN

1. Korunan Kişiler ve Kapsamı

5411 sayılı Kanunda sigortalama, açıkça tasarruf mevduatı ve katılım fonu sözleşmeleri içindir. 5411 sayılı Kanunun 3 ve 63 maddeleri doğrultusunda tasarruf mevduatı ve katılım fonu sözleşmelerinin korunan tarafı da sadece “gerçek kişiler” olmaktadır.

Sözleşmenin tarafı gerçek kişi olsa bile her gerçek kişi de banka ile yaptığı tasarruf mevduatı veya katılım fonu sözleşmesindeki korumadan yararlanamayacaktır. 5411 sayılı Kanunun 64. maddesinde bu hususlar açıklanmıştır. Buna göre, gerçek kişi olsalar bile, sözleşmenin diğer tarafı olan bankada, hakim ortak, yönetici veya bunların anne, baba, eş ve çocuklarından biri oldukları takdirde korumadan yararlanamayacaklardır. Bir diğer deyişle bankada hâkimiyeti veya yönetimi elinde bulunduran gerçek kişiler, kendi bankalarına tasarruf mevduatı veya katılım fonu sözleşmesi³⁶ ile paralarını yatırdıkları takdirde korumadan yararlanamamaktadırlar. Güvence sistemi, sosyal devlet ilkesi gereği zayıf durumda olanı korumak için getirildiğinden Kanun koyucu burada bankayı ve işleyiş sistemiyle birlikte

mali durumunu bilmeyen bir kişi ile bilebilecek durumda olan kişileri aynı kefedede görmemiştir. Dolayısıyla bu kişiler, başka bankalarda tasarruflarını değerlendirdikleri takdirde güvenceden yararlanabileceklerdir.

2. Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Banka ile gerçek kişi arasında tasarruf mevduatı veya katılım fonu sözleşmesi yapılmaktadır. Her iki sözleşmenin bir tarafında sadece gerçek kişi yer almakta iken diğer tarafta, tasarruf mevduatı sözleşmesi için mevduat bankası, katılım fonu sözleşmesi için de bir katılım bankası yer almaktadır. Her iki kurum da bir banka olmasına rağmen 5411 sayılı Kanunun 3. maddesindeki tanım ve işlev farkından dolayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir.

Tasarruf mevduatı sözleşmesinin hukuki niteliği için doktrinde ağırlıklı görüş³⁷ tasarruf mevduatının saklanması veya faiz getirisi elde etme amacına göre usulsüz tevdi veya ticari karz sözleşmesi şeklinde karma nitelikte bir sözleşme olduğu yolundadır.

Katılım fonu sözleşmesi için ise katılım bankalarının kuruluş amacı dikkate alınmalıdır. Çünkü katılım fonu sözleşmesinde de birikimi olan gerçek kişiler katılım bankasına bu paralarını yatırmakta ve belli bir vadenin sonunda parasını geri almaktadırlar. Ancak burada taraflar paranın önceden belli ve işleyen faizi ile birlikte geri alınması noktasında anlaşmamakta, kredi veya diğer yöntemlerle işletilen paraların kâr veya zarar olabilecek şekilde işletilmesinin sonucuna katlanma şeklinde anlaşmaktadırlar. Dolayısıyla yatırdığı para, işletildiği ölçüde kâra dönüşerek artabildiği gibi zarar gerçekleştiğinde de ana para

³⁶ Biz burada iki sözleşmeyi birlikte zikretmiş olmakla birlikte bundan kastımız, her iki sözleşmede de korunan tarafın sadece gerçek kişi olduğunu ve her gerçek kişi olmadığını göstermektir. Yoksa her iki sözleşmede benzerlik bulunsa da, her iki sözleşmenin hukuki niteliği aynı değildir. Uygulamada her iki sözleşmede bankacılık hizmetleri sözleşmesi ve müşteri hizmetleri sözleşmesi şeklinde bir çerçeve sözleşme ile yapılmakla birlikte bu husus konumuz harici olduğu için sadece tasarruf mevduatı sözleşmesi ve katılım fonu sözleşmesi yönü dikkate alınacaktır.

³⁷ ÖNDER, M. Fahrettin, (2003), “**Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi**”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C.8, S.1, s .98; TURANBOY, K. Nuri, (1997), “**Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 264; KAPLAN, İbrahim, (1996), **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C. I, Ankara, s. 206; YAHYAĞÖLÜ, s. 144.

bile azalabilmektedir. Katılım bankaları, Türkiye de faizsiz finans kurumları olarak ortaya çıkmış ve 5411 sayılı Kanunla bir banka türü haline getirilmiştir.

Katılım fonu sözleşmesi, sermaye piyasası hukukunda yatırım fonu payı alım sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır. Yatırım fonu payı alım sözleşmesi, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarına yönelik bu tür bir yatırımda, inançlı mülkiyet esaslarına göre, inançlı malikin malvarlığına karıştırılmayarak ve belli kısıtlamalarla malvarlığının işletilmesi ve sonucunda kâr veya zarar şeklinde bir geri alım işlemidir. Portföy yönetim şirketinin yönettiği malvarlığına menkul kıymet sayılan yatırım fonu katılma payları karşılığında verilen paraları, portföy yönetim şirketi inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklara yatırım yaparak işletmekte ve işletilme sonucundaki geri alımda kâr veya zarara dahil olunmaktadır. Oysa katılım fonu sözleşmesinde tamamen mülkiyetin geçirilmesi ve alacak hakkının, banka tarafından kendi ticari faaliyetleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve vade sonundaki sonucuna göre bir geri alacak hakkı elde edilmesi bulunmaktadır.

Uygulamada genellikle birikimlerin gelir getirmesi ve faizsiz olması düşünceleri ile katılım bankalarına tasarruflar vadeli olarak yatırılmaktadır. Burada sonuca katılmalı ticari karz sözleşmesi³⁸ yapıldığı kanaatimce söylenebilecektir. Çünkü paralar bankaya yatırılırken vadesinde misliyle geri alınacağına tereddüt bulunmamasında sadece işletilen paraların kâr veya zarar edilebileceği bilinmekte ve kâr elde edildi ise daha fazla para, zarar elde edildi ise eksik para misliyle geri alınmaktadır. Sonuca katılmalı ödünç sözleşmelerinde, bir taraf bir miktar parayı belli bir amaçla diğer tarafa mülkiyetini devrederek vermekte, alan taraf bu parayı kullanarak sözleşme-

nin sonucunda elde edeceği kârdan aldığı para ile birlikte belli bir oranda kâr ile birlikte geri vermektedir. Kâr getireceği bilinen ve amaçlanan bir duruma göre anlaşmış olsalar da sonuçta zarar da edilebileceğinin kararlaştırılması ve sonuç garantisini öngörülmemesi, sonuca katılmalı karz sözleşmesi içinde kalındığını göstermektedir.

Doktrinde katılım fonu sözleşmesini sonuca katılmalı karz sözleşmesi değil de adi ortaklık³⁹ şeklinde görenler de bulunmakta ise de kanaatimce sonuca katılmalı ticari karz sözleşmesi kabul edilmelidir. Çünkü adi ortaklıkta ortak amaç için aktif çalışma, önemli bir unsurdur. Bankaya bu amaçla para yatırılırken ortak olma amacından ziyade işlettiği paralardan kâr getirdiği bilinen belli bir kuruma, paranın işletilmesi için verilmesi ve sonucuna göre geri alınması amaçlanmaktadır. 6102 sayılı TTK m. 19/(2) uyarınca tasarrufları kabul eden taraf tacir olan bir banka olduğu için birikim sahipleri tacir olmasalar bile bu sözleşme, ticari nitelikte bir iş olarak, karzın bir alt türü olan sonuca katılmalı ticari karz sözleşmesi de olabilecektir. Bununla birlikte gerçek kişi olan taraf, bankaya yatırdığı para ile belli bir vade sonunu beklemiyor sadece yatırdığı paranın bankada muhafazasını istiyorsa ve istediği zaman misliyle aynen çekebiliyorsa, bu sözleşmeyi açıkça usulsüz tevdi sözleşmesi olarak adlandırmak kanaatimce yerinde olacaktır.

B. 6362 SAYILI SerPK AÇISINDAN

1. Korunan Kişiler ve Kapsamı

6362 sayılı SerPK m. 82 uyarınca, yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getirememesine karşı bir güvence getirilmiş olduğu için bu güvenceye, tek bir sözleşme değil, yatırımcıya nakit ödeme veya teslim yükümlülüğü içeren ve sermaye piyasası faaliyetlerinden kay-

³⁸ KUNTALP, Erden, (1980), **Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi**, Ankara, s. 8, 15; İNAL, Emrehan, (2011), **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımına İlişkin Sözleşmesi**, İstanbul, s. 18 vd.

³⁹ TİFTİK, Mustafa, (2007), **Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi**, Ankara, s. 94.

naklanan tüm sözleşmeler girmektedir. Uygulamada genellikle yatırım hizmetlerinin tümünü kapsayan bir sermaye piyasası işlemleri çerçeve sözleşmesi⁴⁰ yapılmakta ve yatırım hizmetleri türüne göre, başta aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım fonu payı alımı, saklama, varlık ve konut finansmanı ve vadeli işlem sözleşmeleri gibi bir çok yatırım hizmetleri sözleşmeleri girmektedir. Burada önemli olan, hangi sözleşme yapılmış olursa olsun, yatırımcının sermaye piyasası araçlarına yönelik teslim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden veya sermaye piyasası araçlarının sözleşme kapsamında aracılık ve satışı sonucu ödenecek tutarın ödenmemesinden kaynaklanan tehlikenin, belli bir miktara kadar garanti yöntemiyle bertaraf edilecek olmasıdır.

Sermaye piyasası araçlarına yönelik yapılan sözleşmelerde korunan taraf, 6362 sayılı SerPK m. 82 uyarınca “yatırımcıdır”. Yatırımcı kavramı kullanıldığı ve SerPK’da bir tanım verilmediği için gerçek veya tüzel kişiler, tacir veya tacir olmayanlar da yatırımcı kavramına dahil olacaklardır. SerPK’nın 1. maddesinde amaç olarak yer alan yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması ifadesi genellik içerirse de mülga 2499 sayılı SerPK’da açıkça “tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması..” denilerek aslında ilk etapta sosyal devlet ilkesi gereği zayıf durumda olan tıpkı bankacılıktaki gibi tasarruf sahipleri kastedilmektedir. Ancak 6362 sayılı SerPK’da bir sınırlama getirilmediği için söz konusu şartları taşıyan sözleşmeleri yapan tüzel kişi tacirler de yatırımcı sıfatıyla tazmin kapsamına girebilecektir.

YTM’nin tazmin kapsamındaki kişiler, bir ihraççının ihraç ettiği sermaye piyasasına yatırım yapan gerçek veya tüzel kişi “katılımcı yatırımcı”, bir aracı kurumla aracılık sözleşmesi yaparak aracılık hizmetinden yararlandığı durumlarda “müşteri yatırımcı”, ikincil piyasalarda işlem ya-

pan kurumsal yatırımcılar da dahil kişiler de “piyasa oyuncusu yatırımcı” niteliğine bürünebilmektedir. 6362 sayılı SerPK’nın 3. maddesinde yatırım kuruluşları tanımlanmış ve Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik⁴¹in 29-32 maddeleri arasında ise müşteri yatırımcılarının çeşitlerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 29. maddesine göre müşteri, yatırım kuruluşundan hizmet alan gerçek veya tüzel kişilerdir. 31/(1) maddesine göre profesyonel müşteri ise, kendi yatırım kararlarını verebilecek ve üstlendiği riskleri değerlendirebilecek tecrübe, bilgi ve uzmanlığa sahip müşteri tanımlanmış ve aynı fıkranın (a-d) bentleri arasında da aracı kurum, banka, portföy yönetim şirketi, kolektif yatırım kuruluşu, yatırım fonları, sigorta şirketleri, ipotek finansmanı şirketleri, varlık yönetim şirketleri, kamu kurumları, aktif toplamı 50.000.000-TL, yıllık net hasılatı 90.000.000-TL, öz sermayesi 5.000.000-TL üzerinde olma kriterlerinden en az ikisini taşıyan kuruluşlar gösterilmiştir. SerPK açısından ayırım yapılmadığı için profesyonel müşteriler de birer yatırımcı olarak kapsama dahil olmaktadır.

2. Koruma Kapsamı Dışındaki Kişiler

SerPK ile korunan taraf, sermaye piyasası araçlarına yönelik sözleşmede sermaye piyasası araçlarının sözleşme kapsamında elden çıkarılması sonucundaki satış bedeli veya elden çıkarılmayıp muhafaza edilenler bakımından da, teslim alıcısı konumundaki tüm yatırımcılardır. Ancak kapsama dahil kişilerden olsalar da tazminden yararlanamama şeklinde bazı kişiler koruma kapsamı dışında kalmaktadırlar.

6362 sayılı SerPK m. 84’de aynı zamanda tazmin kapsamında olmayan sözleşme taraflarını da TMSF uygulamasına uygun şekilde belirlemiştir. Buna göre;

⁴⁰ AYDIN, Sema, (2009), **Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, İstanbul, s. 66.

⁴¹ 17.12.2013 T. ve 28854 sayılı RG.

-Yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve şahsen sorumlu ortakları, yüzde beş veya üstünde paya sahip ortakları, denetim kurulu üyeleri veya ilgili yatırım kuruluşları ile aynı grup içindeki diğer şirketlerin aynı konumundaki kişileri ile bu kişilerin eş ve 2. dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile bu kişiler adına hareket eden 3. kişiler,

- Yatırımcıları tazmin kararı verilen şirketlere ilişkin yukarıdaki gerçek veya tüzel kişilerin yüzde 25 veya üstünde paya sahip oldukları şirketler,

-Yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşları ile aynı grupta yer alan diğer şirketler,

-Yatırım kuruluşlarının mali sıkıntıya düşmesine neden olan veya finansal durumunun bozulmasına önemli etkileri olan olaylarda sorumluluğu bulunan veya bu olaylardan menfaat temin eden kişiler,

-Bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığına ilişkin suçlardan mahkumiyetlerde bu eylemlerle sınırlı bu yatırımcı kişiler tazmin kapsamı dışında tutulmuşlardır.

YTM koruması kapsamı dışında olanların TMSF'ye göre daha geniş olduğu görülecektir. Böyle olması da gerekmektedir. Çünkü koruma kapsamına çok geniş bir çerçevede tüm yatırımcılar girmektedir. Bu durumda bankacılıktaki gibi sadece gerçek kişiler olmadığı, tüzel kişi yatırımcıların da girmesinden dolayı geniş bir daraltma yapılması da yerinde olmuştur.

Yönetici, pay sahibi ve belli hısımlar açısından kapsam dışılık TMSF'ye benzerlik gösterse de farklılıklar da bulunmaktadır TMSF açısından yönetici olanlar ismen sayılmış iken YTM açısından yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri şeklinde belirlenmiş, TMSF açısından hakim ortakları iken, YTM açısından şahsen sorumlu ortakları ve % beş ve daha fazla paya sahip ortakları denilmiştir. Dolayısıyla ortaklar açısından

YTM'de kapsam dışılık daha geniş tutulmuştur. Aynı şekilde TMSF'de yönetici konumundakilerin anne, baba, eş ve çocukları kapsam dışı olarak belirlenmişken YTM açısından bu, eş ve ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımlığı denilerek kapsam dışılık, kayın hısımlığının 1. dereesindeki kayınpeder ve kayınvalideyi içine alacak şekilde genişletilmiştir.

3. Diğer Kapsam Dışı Durumlar

SerPK m. 84/(4)-(b) uyarınca aynı grupta yer alan şirketler şeklinde ve aynı fıkranın (c) bendiyle de yönetici ve beli oranda paya sahip ortaklarının % 25 payına sahip oldukları şirketler şeklinde bir kapsam dışılık belirlenmiştir. Yatırım kuruluşlarının birbirleri ile paslaşmalarının önüne geçecek ve tazmin sistemini kötüye kullanmayı önleyecek tarzda, basiretli birer tacir ve eşit şartlar altındakiler için, aynı grupta yer alma ve belli oranda iştirakler olarak kapsam dışı bırakılmışlardır.

Özellikle *aynı grupta yer alma*, Tebliğde tanımı yapılan profesyonel müşterilerle birlikte değerlendirmeyi gerektirmektedir. Çünkü sosyal devlet ilkesi zayıf koruma amaçlıdır. Profesyonel müşteri, sözleşme yaptığı yatırım kuruluşu kadar bilgi ve uzmanlığa sahip olduğundan koruma kapsamına kanaatimce girmemesi gerekir. Ancak Kanuni kısıtlama aracı kurum- aracı kurum, kolektif yatırım kuruluşu-kollektif yatırım kuruluşu, saklama kuruluşu-saklama kuruluşu şeklinde aynı grupta yer alanlar olarak profesyonel yatırımcı niteliğinde tazminden faydalanamamaktadır. Kanaatimce aynı grup içinde yer almasalar bile profesyonel yatırımcıların kapsam dışında tutulmaları daha uygun olacaktır.

Korumadan yararlanamamada aynı grupta yer almaya ilişkin bir örnek vermek gerekirse, portföy işleten bir (A) yatırım ortaklığı, riskin dağıtılması ilkesi gereği farklı farklı sermaye piyasası araçlarına yatırım ile portföy işletecektir. Bu yatırım ortaklığı bir başka (B) yatırım ortak-

lığının sermaye piyasası araçlarına yatırım yaptığı takdirde şayet (B) yatırım ortaklığı teslim veya ödeme yükümlülüğünü yerine getiremediğinin tespiti halinde, alıcı ve teslim yükümlüsü her iki yatırım ortaklığı da aynı grupta yer aldığı için korumadan yararlanamayacaktır. Ancak (B) yatırım ortaklığına yatırım yapan diğer yatırımcılar bakımından da ödeme veya teslim yükümlülüğü yerine getirilemiyorsa onlar aynı grupta bir yatırım ortaklığı değilse koruma kapsamında olacaklardır.

6362 sayılı SerPK m. 84/(2) de belirtildiği üzere, yatırımcıların yatırım danışmanlığı veya piyasadaki fiyat hareketlerinden kaynaklanan zararları tazmin kapsamında olmayacaktır. Çünkü ticari anlamda yatırım yapmanın riski kâr veya zarar edebilmektir. Aynı şekilde nakit ödeme yükümlülüğü veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğünde gecikme durumu da doğrudan tazmin kapsamında olmayacaktır. Çünkü 6362 sayılı SerPK m. 82/(1) de açıkça, tazmin için nakit ödeme veya teslim yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin veya kısa sürede yerine getirilemeyeceğinin SPK tarafından tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla hak sahibinin gecikmeden dolayı böyle bir talepte bulunmuş olması yeterli olmayacak SPK yatırım kuruluşu hakkındaki inceleme ve denetimi sonucunda böyle bir tespit kararı vermesi halinde tazmin sistemi devreye girecektir.

Korumadan yararlanamamada, yatırım kuruluşunun mali sıkıntıya düşmesine yol açan veya finansal durumun bozulmasına yol açan olaylarda sorumluluğu bulunanlar hususu tam olarak açık değildir. Sorumluluk, ancak açılmış ve sona ermiş bir dava ile ortaya konulabileceğinden, tespit bir yargı kararı ile ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa sadece dava açılması yeterli olmamalıdır. Üstelik yatırım kuruluşlarında mali durumun bozulmasına yol açmak özellikle yönetici konumundaki kişiler tarafından meydana getirilebileceğinden zaten bu kişiler koruma kapsamında değildirler. Bunların dışında belki 3.

kişi konumundaki kişilerin yatırım kuruluşu aleyhine hukuka aykırı fiilleriyle finansal durumunun bozulmasına yol açmaları hali örnek olarak kabul edilebilir.

Kapsam dışı sayılmayla ilgili bir diğer hal de, 6362 sayılı SerPK. m. 84/(3) hükmüdür. Söz konusu Kanununun 106 ve 107 maddelerinde düzenlenen bilgi suistimali, piyasa dolandırıcılığı veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan mahkum olanlar yatırımcılar söz konusu eylemlerle ilgili alacaklarıyla sınırlı olarak tazmin kapsamı dışındadırlar.

4. Yapılan Sözleşmeler ve Hukuki Nitelikleri

TMSF açısından sadece tasarruf mevduatı ve katılım fonu sözleşmesindeki gerçek kişiler koruma kapsamında iken, YTM açısından tüm yatırımcıların sermaye piyasası araçlarına yönelik yapmış oldukları;

- Teslim veya tazmin yükümlülüğü gerektiren aracılık yöntemlerine uygun tüm aracılık sözleşmeleri⁴²,

-Portföy yöneticiliği ve yatırım fonu payı alım sözleşmeleri,

-Konut ve varlık finansmanına ilişkin sözleşmeler,

-Sermaye piyasası araçlarını saklama sözleşmeleri gibi birçok sermaye piyasası hukuku sözleşmelerini⁴³ kapsamaktadır.

Her bir sözleşmenin hukuki niteliği farklı olmakla birlikte, her bir sözleşme, yatırımcı ile sermaye piyasası yatırımcı kuruluşu veya yatırımcı kuruluş ile sermaye piyasası kurumu arasında yapılmakta ve bu sözleşme kapsamında ifaya yönelik yatırımcıların güveni YTM ile korunmaya çalışılmaktadır. Bu sözleşme ilişkilerinin

⁴² AYOĞLU, Tolga, (2008), **Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul, s. 181- vd.

⁴³ ADIGÜZEL, Burak, (2017), **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara, s. 133.

karışık hal alması ikili üçlü ilişkilere dönmesi de mümkündür. Genel anlamda 6362 sayılı SerPK m. 37 dikkate alındığında, en önemlisi aracılık sözleşmeleri olarak, emir iletimine aracılık, işlem aracılığı ve portföy aracılığı şeklinde gerçekleşmektedir⁴⁴. Mesela, bir yatırımcı (A), (B) şirketinin borsa da işlem gören hisse senetlerinden satın almak istediğinde yatırım kuruluşu (C) ile aracılık sözleşmesi yapmaktadır. Yatırımcı kuruluş (C), yine (B) şirketinin hisse senedini satmak isteyen (D)'nin aracılık sözleşmesi yaptığı başka bir aracı kuruluş olan (E) ile birlikte alış ve satışa aracılık etmektedirler. Ayrıca hisse senetleri kaydi tutulduğu için bu hisse senetlerini kayden izleyen MKK yer almaktadır. Bu birbiri içine girmiş birden fazla sözleşmelerin yapıldığı ve kayden izlenen sermaye piyasası aracının mülkiyetin el değiştirdiği ortamda 6362 sayılı SerPK m. 13/(2) doğrultusunda MKK'da kayıtlar ismen izlendiğinden doğrudan sahiplik sisteminin⁴⁵ işlemesiy-le karışıklık giderilmiş olmaktadır.

5. Sermaye Piyasası Araçlarının Teslim Yükümlülüğünün Kapsamı

YTM ile ilgili olarak 6362 sayılı SerPK m. 82'de yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüğü sadece fiziki teslim olarak algılanmamalıdır. Aynı Kanunun 13/(1) maddesi uyarınca asıl olan sermaye piyasası araçlarının kayden ihracı olduğundan hisse senetleri, yatırım fonu payları, devlet iç borçlanma senetleri ve özel sektör borçlanma araçları

elektronik ortamda ihraç edildiklerinden, MKK tarafından üyeleri adına kayıtları tutularak izlemekte ve merkezi saklama işlemi yapılmaktadır. MKK, SerPK m. 81/(1) uyarınca özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir anonim şirket olmakla birlikte diğer bir sermaye piyasası kurumudur. Ancak sermaye piyasası araçlarının kayden izlenmesine yönelik görevi bakımından bir yatırım kuruluşu değildir. Dolayısıyla kayden izleme ve teslim bakımından sorumluluğu bu kapsama girmeyecektir.

Mülga 2499 sayılı SerPK m. 10/A maddeyle kurulan MKK, Takasbank'da fiziken muhafaza edilen ve iptal edilip kaydileştirilen sermaye piyasası araçlarının kayden izleme görevini üstlenmiş ve mülga 2499 sayılı SerPK geçici 6 maddesine 6111 sayılı Kanunla eklenen 4. fıkra uyarınca, kayden izlenmeye başladığı tarihten itibaren yedi yıl sonunda teslim edilmeyen hisse senetlerinin ihraççıya intikal edeceği hükmünü getirmişti. 6362 sayılı SerPK m. 13/(4) de, benzer düzenlemeyi devam ettirmiş ve teslim edilmeyen sermaye piyasası araçlarının kendiliğinden hükümsüz hale geleceği ve yedinci yılın sonunda YTM'ye intikal edeceği ve YTM tarafından satılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak söz konusu 13/(4) maddeye yönelik Anayasa Mahkemesine açılan dava sonunda, Mahkeme 2015/29 E, 2015/95 Karar sayılı ilamıyla, yatırımcının mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğinden bahisle sermaye piyasası araçlarının YTM'ye intikal etmesi, üzerindeki sınırlı aynı hakların sona ermesi ve satılması hükmü iptal edilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla fiziken sermaye piyasası araçlarını elinde bulunduran yatırımcı veya yatırım kuruluşu teslim yükümlülüğünü yerine getirmemişse, sermaye piyasası araçlarının hükümsüz kaldığının kabulü ile tazmin kapsamında çıktığını söylemek yanlış olur⁴⁷. Çünkü elinde fiziki sermaye piyasası aracı

⁴⁴ TURANBOY, Asuman, (2017), "Yatırım Kuruluşları", ", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut.), Ankara, s. 92; ÜNAL, O. Kürşat, (2005), **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara, s. 589- vd.

⁴⁵ SÖNMEZ, Y. Ziyaeddin, (2017), "Sermaye Piyasası Araçlarını Konu Alan Teminat Sözleşmeleri", ", 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut.), Ankara, s. 255.

⁴⁶ 12.11.2015 T. ve 29530 sayılı RG.

⁴⁷ KUBİLAY, Huriye, (2013), "Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim

bulunan ve kaydileştirilmesinden dolayı yedi yıl içinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir yatırım kuruluşu, teslim yükümlülüğü yerine, sermaye piyasası aracının bedelini yatırımcıya karşı ödeme sorumluluğu taşıyacak ve nakdi ödeme yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumda olduğunun tespiti halinde de tazmin kapsamına girebilecektir. Kaydileştirilen sermaye piyasası aracı, yatırım kuruluşu değil de yatırımcının elinde iken hükümsüz hale geldiği takdirde, YTM mülkiyeti kendisine geçmiş olan sermaye piyasası aracı satılmış ise nemasıyla birlikte satış bedelini, satılmamış ise bedelsiz pay veya kar payları ile birlikte hesaplarına aktarma yapacaktır.

C. KORUMADAN YARARLANMA ŞARTLARI

TMSF açısından sigortalanan tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahibi gerçek kişilere azami garanti tutarına kadar ödeme yapabilmemesinin şartı, 5411 sayılı Kanununun 63 maddesinin altıncı fıkrası, 71 ve 106. maddeleri ile bu madde kapsamında yürürlüğe konulan Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi İle Bu Bankaların İflas Ve Tasfiyesine İlişkin Usul ve Esaslar Yönetmelik⁴⁸ hükümleri doğrultusunda, bankanın BDDK tarafından faaliyet izninin kaldırılarak TMSF'ye devri kararı alınması ve bu kararın RG'de yayınlanmasıdır. Bu ilandan itibaren 3 ay içinde TMSF bünyesinde oluşturulan komisyon, hak sahiplerini doğruluğu hiç şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit ettikten sonra TSMF tarafından hak sahiplerine ödeme yapılacaktır. Burada ilk önce hak sahibi olduğunu iddia eden gerçek kişilerin TMSF'ye başvuracağı şeklinde bir şart bulunmamakla birlikte buna engel de yoktur. Ancak hak sahipliğinin tespit anlamında kişilerin

elindeki belgelerini teslim etmeleri hak sahipliğinin kısa sürede tespiti açısından önemli olduğundan hak sahibinin başvurmasında yarar bulunmaktadır.

YTM açısından ise 6362 sayılı SerPK m. 82 uyarınca SPK'nın bir yatırım kuruluşu hakkında sermaye piyasası faaliyetlerinden dolayı nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüğünü yerine getirmediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceğini tespit etmesi ve bu tespitten itibaren de 3 ay içinde tazmin kararı almasına bağlıdır. Yatırımcıların Tazmini ve Tedrici Tasfiyeye İlişkin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴⁹'in 5. maddesine göre SPK tarafından alınan tazmin kararı aynı gün yatırımcı kuruluşu, YTM, MKK ve diğer ilgili kuruluşlara bildirilir. YTM de aynı Yönetmeliğin 32. maddesi uyarınca 3 işgünü içinde ulusal iki gazete, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, KAP ve diğer yerlerde ilan ederek, yatırımcıların YTM'ye belgeleri ile birlikte yazılı başvuruları istenir. Başvuruda zamanaşımı süresi ilandan itibaren bir yıldır. Başvurular ve tutulmuş kayıtlı bilgiler çerçevesinde tazmin kararından itibaren 3 ay içinde alacaklılar cetveli hazırlanır ve aynı usulle ilan edilir. Alacaklılar cetveline bir ay içinde itiraz edilebilir. Alacaklılar cetvelinin ilanından itibaren de 3 ay içinde de ödemeler gerçekleştirilir.

V. YÖNETİM VE TAHSİL FONKSİYONU YÖNÜYLE TMSF VE YTM

A. TMSF'İN YÖNETİM VE TAHSİL KURUMU FONKSİYONU

5411 sayılı Kanununun 111. maddesinde TMSF'nin fonksiyonları, görev alanları olarak sayılırken, ilk önce sigortacı kurum niteliği belirtilmiş devamında ise, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satış ve tasfiyesi olarak yönetime ilişkin fonksiyonları sa-

Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, s. 826.

⁴⁸ 23.02.2007 T. ve 26443 sayılı RG.

⁴⁹ 29.03.2014 T. ve 28956 sayılı RG.

yılmıştır. Aynı fıkra içinde devamında da, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi denilerek TMSF'nin tahsil kurumu niteliği de gösterilmiştir. TMSF'nin kurulmuş olduğunda 1983 yılında asli fonksiyonu sigortacı kurum niteliği iken, mülga 3182 sayılı Kanuna 538 sayılı KHK⁵⁰ ile yapılan değişiklikle bankaların mali bünyelerini güçlendirmek ve yeniden yapılandırmak şeklindeki fonksiyonlarla görev alanı genişletilmiş bugünü haline gelmiştir.

Bir bankanın faaliyet izninin BDDK tarafından kaldırılması, yönetim ve denetiminin TMSF'ye geçmesi sonucunu doğurur. TMSF'nin yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların 5411 sayılı Kanununun 106 maddesine göre sigortalı mevduat ve katılımı fonu tutarını ödedikten sonra iflasını isteme ve bizzat tasfiyeyi gerçekleştirme görevi bulunmaktadır. Bunun dışında TMSF'nin asıl idareci kurum niteliği BDDK tarafından 71. madde uygulaması nedeniyle bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin kendisine devredilmesinde görülmektedir. Ancak başlangıçta bir bankanın yönetim ve denetiminin TMSF'ye geçmesi tüm sonuçlarıyla bankanın TMSF'ye devri demek değildir. Çünkü gerek 71. madde de gerekse de 107. maddede "temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin" TMSF'ye intikalini öngörmektedir. Bu durumda bankaya ait tüm pay sahipliği de TMSF'ye geçmemekte temettü hakkını pay sahipleri kullanmakta bunun dışındaki tüm hakları TMSF kayyım gibi⁵¹ kullanmaktadır.

TMSF 5411 sayılı Kanununun 107 maddesi doğrultusunda yönetim ve denetimi kendisine devredilen banka için, maliyet etkinliği, mali sistemin güven ve istikrarını koruma ilkeleri doğrultusunda banka faaliyetinin geçici olarak dur-

durulması veya faaliyet izninin kaldırılmasını BDDK'dan isteme yetkisi de bulunmaktadır. Bu aşamada banka aktiflerinin, teşkilatının, personelinin ve mevduatlarının mevcut bir bankaya veya kurulacak bankalara devretme yetkisi de bulunmaktadır. Bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesine yönelik çalışmalar için 9 aylık süre öngörülmüştür. Söz konusu 107. maddede belirtildiği üzere ödenen banka zararları karşılığı tutarda hisseler TMSF'ye geçtiği için yönetim kapsamında sermaye artırımı, mevduat yatırma, alacak ve borç devralma, varlıkları paraya çevirme gibi bir çok görev kapsamında olacaktır. 1997 tarihi ile 2003 yılları arasında ekonomiyi çok etkileyen çalkantılı bir dönem olarak TMSF'ye yönetim ve denetimi intikal eden banka sayısı 22 olmuş ve sadece tasarruf mevduatı sigortası kapsamında devlete maliyeti 16.8 milyar doları⁵² geçmiştir. 2003 yılından günümüze kadar ise 5411 sayılı Kanun döneminde yaşanan krizlerden ders almış bir bankacılık uygulamasıyla da sadece bir banka TMSF'ye devredilerek toplam sayı 23'e çıkmıştır. TMSF'nin bu kadar çok sayıda banka ile ilgili olarak iflas tasfiyesi, iradi tasfiye, birleştirme ve satış işlemlerini yürüterek yönetim görevini başarı ile yerine getirmeye çalıştığı söylenebilir. Hatta 674 sayılı KHK⁵³ m. 19 ve 677 sayılı KHK⁵⁴ m. 7 uyarınca terör örgütleriyle aidiyeti, irtibatı ve iltisakı bulunmasına bağlı işlem yapılan şirketlere TMSF kayyım olarak görevlendirilmiştir. Bu durum da TMSF'nin yönetici kurum görevine ilave görevler vermiş olmaktadır.

5411 sayılı Kanununun 106-142. maddeleri arasında TMSF'ye idareci kurum ve tahsil kurumu niteliğinde genel hükümlerden farklı birçok kanuni yetki verilerek bankacılık alanında doğabilecek sıkıntılar temizlenmeye çalışılmaktadır. Banka kaynaklarının istismarına bağlı olarak

⁵⁰ 22.06.1994 T. ve 21968 mükerrer sayılı RG.

⁵¹ TEKİNALP, Ünal, (2003), **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul, s. 20.

⁵² Türk Bankacılık Sektörünün Güçlendirilmesine Yönelik Çabalar ve İmar Bankası Olayı Raporu. http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/basintoplantisi_sunus_23102003.pdf (erişim 10.05.2017).

⁵³ 01.09.2016 T. ve 29818 sayılı RG.

⁵⁴ 22.11.2016 T. ve 29896 sayılı RG.

TMSF'ye devredilen bankalarla ilgili olarak ödenmeyen tutarlara yönelik banka yöneticileri ve hakim ortaklarından şahsi sorumluluk gereği TMSF alacağı haline geldiği için kamu alacağı takibi yapılabilecektir. 5411 sayılı Kanununun 132. maddesinde de TMSF'nin alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin yetkileri de kamu alacağı niteliğinde geniş bir şekilde açıklanmıştır.

B. YTM'NİN YÖNETİM VE TAHSİL KURUMU FONKSİYONU

YTM ise yeni kurulmuş bir kamu kurumu olarak yönetim görevi çok sınırlıdır. Adından da anlaşıldığı gibi bu anlamda iki esaslı görevi bulunmaktadır. Bunlardan biri SPK tarafından yatırımcılar lehine tazmin kararı alınmasından itibaren başlayan görevi olan tazmin süreci, ikincisi ise 6362 sayılı SerPK'nın 86. maddesinde belirtildiği şekliyle yatırım kuruluşu hakkında SPK'nın tedrici tasfiye kararı vermesi üzerine sadece tedrici tasfiye işlemlerini tamamlama şeklindeki yönetim görevleridir.

YTM, yatırım kuruluşu hakkında tazmin sürecini tamamladıktan sonra veya eş zamanlı olarak SPK bu yatırım kuruluşu hakkında tedrici tasfiye kararı da verebilmektedir. Bugüne kadar SPK bu anlamda Toros Menkul Kıymetler A.Ş hakkında 08.01.2016 tarihinde yatırımcılarının tazminine ve tedrici tasfiyesine karar vermiş ve tedrici tasfiyesi tamamlanmak üzere olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵. Bu durumda tedrici tasfiye işlemlerini YTM yürütmektedir. Tazmin süreci sonunda yatırımcıların tazmin edilmeyen bakiye alacakları veya YTM'nin yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacakların ödenmesi amacıyla yapılan tedrici tasfiye işlemleri, TTK ve İcra İflas Kanunu hükümleri dışında SPK tarafından hazırlanan Yatırımcıların Tazmini ve Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca yapılacaktır. Bu Yönetmeliğin 20-31 maddeleri arasında düzenlendiği şekliyle

de tedrici tasfiye işlemleri YTM tarafından yürütülecek ve yatırım kuruluşunun organlarına ait tüm görevler YTM'nin olacaktır. YTM'nin 6362 sayılı SerPK'nın 86. maddesi ve ayrıca 97. madde uyarınca yatırımcı tazmini dışında yatırım kuruluşlarının mali bünyelerinin bozulması sonucuna göre alınacak tedrici tasfiye kararlarını yürütme görevleri, TMSF'nin yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların tasfiyelerine yönelik görevleri ile benzerlik göstermektedir. Sadece tedrici tasfiyeyi tamamlama şeklinde olduğu için dar kapsamlıdır. TMSF bakımından iflas ve tasfiyeye yönelik açık hükümlere yer verilmiş iken, YTM bakımından SerPK m. 83/(3) de tüm malvarlığı üzerinde tasarruf edebilmekten, 86'da nakde çevirme ve paraya çevrilerek alacakların ödenmesinden bahsedildiği için satış gibi yetkisinin bulunduğu söylenebilecektir. Ancak bu yatırım kuruluşunun malvarlığına ilişkin yetkilerin kullanılarak tedrici tasfiyenin tamamlanmasına matuf olacaktır. YTM ancak SPK'nın uygun görüşü üzerine yatırım kuruluşu hakkında iflas isteyebilecektir.

SerPK. m.83/(3) uyarınca YTM, bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlaliyle sınırlı olarak bankalar üzerinde de tazmine ilişkin yetkilerini kullanabilecektir. TMSF'nin ise yatırım kuruluşları üzerinde bu anlamda bir yetkisi bulunmamasıyla birlikte sadece Olağanüstü Hal KHK ile verilen görevleri yerine getirebilmektedir.

YTM'nin idareci kurum görevinde 6362 sayılı Kanunun geçici 3. madde ile 1999 öncesi yetki belgeleri iptal edilen aracı kurumlardan alacaklı olan yatırımcıların bu alacaklarının kısmen ödenmesini teminen kurulan Özel Fonun idare ve temsili de bulunmaktadır.

YTM, idareci kurum görevini yatırımcı tazmini ve tedrici tasfiye işlemleri yaparak yerine getirirken, yatırımcı kuruluşun malvarlığına yönelik, koruma tedbirleri, satış işlemlerini de gerçekleştirdiği ve alacakları da kamu alacağı olduğu

⁵⁵ www.ytm.gov.tr (erişim 11.05.2017).

için takip kurumu niteliği de zorunlu olarak doğmaktadır.

TMSF ve YTM'nin idareci ve takip kurumu fonksiyonlarını karşılaştırdığımızda, TMSF'nin çok daha geniş yetkilere sahip olduğu bugüne kadar 23 banka hakkında işlem yürüttüğü, YTM'nin ise benzer nitelikteki yatırımcı tazmini ve tedrici tasfiyesinde aynı yolu takip edeceğini söyleyebiliriz.

SONUÇ

Bankacılık ve sermaye piyasası alanında yapılan düzenlemeler hep yaşanmış bir takım tecrübelerle dayanmaktadır. Bir tarafta kazancıdan artırdığı tasarruflarını değerlendirmek isteyen kişiler, bir tarafta da paraya ihtiyacı olanlar bulunmakta, her iki tarafın amacını da gerçekleştiren kurumlar sayesinde para ve sermaye piyasaları işlemektedir. Burada kaynak konumunda olan tasarruf sahipleri olduğu için, tasarrufların bankalarda veya sermaye piyasasında değerlendirilerek tasarruf sahiplerinin de iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılması sağlanmaktadır. Bunun sağlanması da ancak tasarruf sahiplerinin tereddüt duymadan güvenli bir şekilde yatırım yapmalarına bağlıdır. 1980'li yılların acı tecrübesi 1983 yılında TMSF'nin kurulmasına, 1993-2000 arasında yaşanan krizler önce YKF sonrasında da YTM'nin kurulması ile sonuçlanmıştır. Dünyada da benzer olaylar, ülkeleri de güveni sağlamaya yönelik güvence kuruluşları oluşturmaya yöneltmiştir.

Gerek TMSF gerekse de YTM'nin asıl fonksiyonları, tasarruf sahiplerinin daha fazla gelir elde etme amacıyla bankalara ya da sermaye piyasasındaki yatırım kuruluşlarına yatırdığı paraları geri alamamaları şeklindeki riski teminat altına almaktır. Güvenliğin sağlanması özel hukuk kişiliğinden ziyade devlet anlamına gelecek kamu tüzel kişiliği ile sağlanmıştır. TMSF, başta TCMB, akabinde BBK bünyesindeki kamu tüzel kişiliği 5411 sayılı Kanunla da kendi içinde

yönetimi ile tam idari ve mali özerkliğe kavuşmuştur. TMSF yolundan giden YTM ise daha işin başında olarak SPK bünyesinde kamu tüzel kişiliğini sürdürmektedir. YTM'nin de idari ve mali özerkliğe SerPK değişikliği yapılarak dönüştürülmesi gerekmektedir.

TMSF'nin tasarrufları sigortalama fonksiyonunun işleyişine bakıldığında Kanunda açıkça sigortalama denildiği için tamamen sigorta hukuku dışına çıkılmadığı, ancak gerçekleşen riskin ödenen primlerden fazla olduğu durumlarda Kanunda belirlenen tutara kadar ödeme yapılmasının da bir garantörlük olduğu dikkate alındığında, TMSF'nin kendine özgü karma nitelikte bir sigortalama kurumu olduğu söylenebilecektir. YTM için de açıkça sigortalamadan bahsedilmese de, yöntemin aynı olması, ödenen primlerden daha yüksek oranda risk gerçekleşse bile Kanunda belirlenen tutara kadar ödeme yapılması da bir garantörlüğü gösterdiği için TMSF gibi sigorta ve garanti işlevi olan bir kurum olduğu kabul edilmelidir. Ancak yapılacak Kanun değişikliğiyle yatırım araçlarına yönelik olarak risk esaslı sigortalama görevi olduğu belirtilerek açığa kavuşturulmalıdır.

TMSF için garanti limitini Fon Kurulu Yönetmelikle belirlemektedir. Oysa YTM için SerPK'da belli bir limit belirlenmiş ve her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artmakla birlikte SPK'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca beş katına kadar artırma yetkisi verilmiştir. Bu durumda her iki kurum açısından bir fark olmakla birlikte kanunilik açısından TMSF için, Kanunda bir alt limit ve belli bir kata kadar artırma yetkisi verecek şekilde düzenlenme yapılırsa daha iyi olacağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, (2017), **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara.

AYDIN, Sema, (2009), **Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, İstanbul.

AYHAN, Rıza, (1997), “**Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Hukuki Niteliği**”, Prof. Dr. N. Kınacıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, s. 14-27.

AYMERGEN, Yasemin/ BABUŞÇU, Şenol/ İNANÇ, Candan/ SAVAŞ, Mehmet, (1996), **Mevduat Sigorta Sistemi ve Türkiye İçin Model Önerisi**, İstanbul.

AYOĞLU, Tolga, (2008), **Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul.

BATTAL, Ahmet, (2006), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara.

BÜLBÜL, Özgür, (2007) **Yatırımcıları Koruma Fonu Özelinde Yatırımcı Tazmin Sistemimiz ve Avrupa Birliği Yatırımcı Tazmin Sistemine Uyum Çerçevesinde Yapılması Gerekenler**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

ÇEKER, Mustafa, (2004), **Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı**, Adana.

ÇEKER, Mustafa, (2015), **Sigorta Hukuku**, 12. Baskı, Adana.

ÇEVİK, Kemal, (2009), **Banka Hukuku**, Ankara.

ÇETİN, Nusret, (2017), “**6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Yatırımcıların Korunması**”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut.), Ankara, s. 437-476.

İNAL, Emrehan, (2011), **Sonuca Katılımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımını İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul.

KAPLAN, İbrahim, (1996), **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C. I, Ankara.

KARA, M. Sencer, (2006), **Sermaye Piyasası Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcıların Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, Ankara.

KARAYALÇIN, Yaşar, (1984), “**Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu**” Bankalar ve 70 Sayılı KHK Sempozyumu Ankara, s. 285-313.

KAYTAZ, Ali İhsan, (2016), “**6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi**”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 1625-1648.

KUBİLAY, Huriye, (2013), “**Kaydileştirilmesi Gereken Pay Senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, s. 805-829

KUNTALP, Erden, (1980), **Sonuca Katılımlı Ödünç Sözleşmesi**, Ankara.

ÖNDER, M. Fahrettin, (2002), **Türk Hukukunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Bankaları Denetimi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul.

ÖNDER, M. Fahrettin, (2003), “**Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi**”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, C.8, S.1, s.91-102.

REİSOĞLU, Seza, (2015), **Bankacılık Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, C.I , Ankara.

SÖNMEZ, Y. Ziyaeddin, (2017), “**Sermaye Piyasası Araçlarını Konu Alan Teminat Sözleşmeleri**”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut), Ankara.

TANÖR, Reha, (2003), **Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası**, İstanbul.

TEKİNALP, Ünal, (2003), **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul.

TEKİNALP, Ünal, (2009), **Banka Hukukunun Esasları**, 2. Baskı, İstanbul.

TİFTİK, Mustafa, (2007), **Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi**, Ankara.

TURANBOY, Asuman,(2001), “**Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı**”, BATİDER, C. XXI, S.2, s.65-80.

TURANBOY, Asuman, (2017), “**Yatırım Kuruluşları**”, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, 6-7 Haziran 2013 İstanbul, (BATİDER Yayını, Editör ÖZKORKUT, Korkut), Ankara, s. 83-100.

TURANBOY, K. Nuri, (1997), “**Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 254-264.

TÜRKOĞLU, Ferah, (2007) **Aracı Kurumlarda Mali Durumun Bozulması ve Yatırımcıları Koruma Fonu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul.

ÜNAL, O. Kürşat, (2005), **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara.

YAHYAOĞLU, Güran, (2012), **Bankacılık Hukuku**, Ankara.

DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARININ SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUKLARI

RESPONSIBILITIES OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON THE CARRIAGE OF PASSENGERS BY SEA

Mustafa ÖZEN*

ÖZET

Bu makalede, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin tarafları olan taşıyan ve yolcunun sorumlulukları incelenmiştir. İnceleme kapsamında, ilk önce, sözleşmenin tarafları ayrı ayrı ele alınarak sorumluluklarına değinilmiştir. Bu kapsamda, önemi gereği taşıyanın sorumluluğu, asıl ve fiili (alt) taşıyan ayrımı yapılarak incelenmiştir. Asıl ve fiili (alt) taşıyanın sorumluluğun türü, sözleşmeye dayanan ve sözleşme dışı (haksız fiil) sorumluluk olarak ikiye ayrılmıştır. Daha sonra, sorumluluğun koşulları incelenmiştir. En sonunda da, kusura dayalı ve kusursuz sorumluluk hususu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yolcu, bagaj, sözleşmeye dayanan sorumluluk, taşıma sözleşmesi.

ABSTRACT

In this article, the responsibilities of the carrier and the passenger who are the Parties to the contract in the contract of carriage by sea. Within the scope of the review, firstly, the Parties to the Convention were dealt with separately and their responsibilities were discussed. In this context, the responsibility of the carrier due to its importance has been examined by making the distinction between the real carrier and sub-carrier. The type of liability of the real carrier and the sub-carrier is divided into two types, contractual and non-contractual (tort) liability. Later, the conditions of liability were examined. In the end, the faulty responsibility and objective responsibility has been addressed.

Keywords: Passenger, baggage, contractual liability, transport contract.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(e-mail: mustafaozen33@hotmail.com) (Geliş Tarihi: 21.02.2018 / Kabul Tarihi: 22.05.2018)

I. GİRİŞ

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, 29/6/1956 tarih ve 6762 sayılı yürürlükten kaldırılan Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK) 1119 ile 1132 maddeleri arasında düzenlenmişti. eTTK'nin me hazı (dayanağı/alındığı kanun) 15 Mayıs 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu (ATK) (Handelsgesetzbuch/HGB) dur. ATK'nın deniz ticaretini düzenleyen maddelerinin me hazı (dayanağı/alındığı kanun) ise büyük oranda 1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu'nun (Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch/ ADHGB) deniz ticaretine ilişkin hükümleridir¹.

eTTK'da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerin me hazını teşkil eden 15 Mayıs 1897 tarihli ATK'daki hükümler, *'buharlı gemi işletilmeye başlanmasının üzerinden sadece 50 yıl kadar bir süre geçtikten sonra hazırlanmış olan ve daha ziyade yelkenli gemi ile yolcu taşınması devrinin özelliklerini taşıyan 1861 tarihli Alman Kanunnamesinin tedvin olunduğu zamana aitt'*². Dolayısıyla o yılların zamanının ihtiyaçlarına göre hazırlanmıştı. Bu nedenle, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin günümüz koşullarına göre tekrar hazırlanması gerekmektedir. Bu amaçla, 6102 sayılı TTK hazırlanırken bu hassasiyet gözetilmiştir. Bu nedenle de, yolcu taşımacılığının gelişmesi açısından son derece isabetli ve çağdaş düzenlemeler içeren 2002 Atina Sözleşmesi esas alınmıştır. Tasarının deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri hazırlanırken Alman Kanun Koyucunun tercih ettiği sistem izlenerek milletlerarası kuralların iç hukuka işlenmesi yolu benimsenmiştir³.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, 13/1/2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1247 ile 1271 maddeleri arasında dü-

zenlenmiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, 6102 sayılı TTK'nın konuya ilişkin düzenlemesinde, 2002 Atina Sözleşmesinin hükümleri esas alınmıştır. Bu nedenle, 6102 sayılı TTK'nın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerinde eTTK'nın konuya ilişkin düzenlemelerine göre önemli yenilik ve buna bağlı olarak da değişiklik yapılmıştır.

2002 tarihli Atina Sözleşmesi ve bu sözleşmeyi esas alan TTK ile getirilen yenilikler şu şekilde ifade edilebilir:

1) Sorumluluk sınırları değiştirilmiştir.

2) Sorumluluk koşulları değiştirilmiştir.

3) Taşıyanların yolcuların ölümü ve yaralanmasından doğan sorumluluklarını sigorta ettirmeleri zorunluluğu öngörülmüştür⁴.

Bu makale çalışmasında, bahse konu olan yenilik ve değişiklik içeren düzenlemeler incelenecektir.

II. SORUMLULUĞUN KAYNAĞI

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, TTK m. 1247-1271 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 1256'da asıl taşıyanın 1257'de fiili (alt) taşıyanın hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. TTK m. 1261'de ise sözleşmenin taraflarının birlikte kusurlu olması durumunda kusur paylaşımı düzenlenmiştir. TTK m. 1256'da; yolcunun ölüm, yaralanma, yolcunun bagajının zıya ve hasara uğraması durumlarına ilişkin sorumluluk düzenlenmiştir. Bu düzenleme, aynı zamanda sorumluluğun kapsamını da belirlemektedir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin uygulanması sırasında meydana gelen şahsi ve malvarlığına ilişkin zararlardan doğan sorumluluğun kaynağı kanuna dayanmaktadır. Buradaki kanun, hukuki sorumlulukların kaynağı olan TBK gibi genel bir kanun değildir. Başka bir genel kanun olan TTK'dır.

¹ Can, Mertol (2001), Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara, s. 2.

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısı gerekçesi. Madde gerekçesinde 18 inci yüzyılın ihtiyaçlarına göre hazırlanmıştır ifadesine yer verilmiştir. Oysa, 1861 yılı 19 uncu yüzyıla tekabül etmektedir.

³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısı gerekçesi.

⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tasarısı gerekçesi.

III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği sözleşmeye dayanan sorumluluktur. Bu nedenle, yolcunun ölüm veya yaralanması durumları, özünde haksız fiil niteliğine sahip olsa da, bu haksız fiilin dayanağı sözleşme olduğu için haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, bazı durumlarda, sözleşme dışı sorumluluk doğabilir. TTK m. 1256/7'de, *'Taşıyanın bu maddeye göre sorumluluğu, sadece taşıma sırasında meydana gelen kazaların sebep olduğu zararlara ilişkindir'* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, kanton koyucunun deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu, sözleşmeye dayanan sorumluluk olarak kabul ettiğini göstermektedir. Sözleşme dışı sorumluluk durumlarının söz konusu olduğu halleri, ayrı bir başlık altında incelemeyip ilgili konu içinde alt başlıkta ele almayı uygun görmekteyiz.

Sözleşmeye dayanan bu sorumluluğun hangi tür sözleşme olduğu konusu öğretide tartışmalıdır. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu farklı görüşlere birinci bölümde değinildiği için burada değinilmeyecektir.

A. SÖZLEŞMEYE DAYANAN SORUMLULUK

1. Sözleşmeye Dayanan Sorumlulukta Tarafların Sorumluluğu

a. Yolcunun Sorumluluğu

TTK'nin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinde yolcunun sorumluluğu konusu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, sözleşmeye dayanan sorumluluklarda ve özellikle iki tarafa tam borç (yükümlülük) yükleyen sözleşmelerde, işin doğası gereği sözleşmenin taraflarının borçlarını ifa etmemesi nedeniyle sorumluluklarının doğacağı aaktır. Bu nedenle, yolcunun sorumlu olduğu durumlar bulunmaktadır.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından biri olan yolcunun hukuki sorumluluğunu, kusursuz ve kusura dayalı sorumluluk olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekir.

(1) Borcun (Yükümlülüğün) Kusursuz Olarak Yerine Getirilmemesi ya da Getirilememesi=Sorumluluğu Kaldıran Durumlar

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından biri olan yolcunun kusursuz sorumluluğu konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda sorumluluğa ilişkin genel hükümlere bakmak gerekir. Özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk istisnai bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk yoluna ancak kanunda açıkça ve ayrıca yer verilen durumlarda başvurulabilir. Kusursuz sorumluluk durumları, TBK ve TMK'da açıkça ve sınırlayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. TBK'da düzenlenen kusursuz sorumluluk şekilleri şu şekilde ifade edilebilir: 1) Hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65). 2) Özen sorumluluğu: (a) Adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m. 66). Hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67). Yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69). 3) Tehlike sorumluluğu (TBK m. 71). TMK'nde düzenlenen kusursuz sorumluluk şekilleri şu şekilde ifade edilebilir: 1) Ev başkalarının sorumluluğu (TMK m. 369). 2) Taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730). Bu iki temel kanton dışında 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu m. 85'te düzenlenen İşleten ve Teşebbüs Sahibinin Hukuki Sorumluluğu da kusursuz sorumluluk şeklidir.

Özel hukuk alanında kusursuz sorumluluk istisnai bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk yoluna ancak kanunda açıkça ve ayrıca yer verilen durumlarda başvurulabileceği için, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından biri olan yolcunun kusursuz sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde (TTK m. 1247-1271) bu yönde açıkça ve ayrıca bir düzenleme yer verilmemiştir.

(2)Borcun (Yükümlülüğün) Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi/Borçlunun Temerrüdü (Kusurlu Sorumluluk)

(aa)Borcun (Yükümlülüğün) Gereği Gibi Yerine Getirilmemesi

TTK'nin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin (TTK m. 1247-1271) düzenlemelerinde yolcunun kusura dayalı sorumluluğu açıkça düzenlenmemiştir⁵. Ancak, bazı maddelerinde dolaylı olarak bu konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından biri olan yolcunun borcunu (yükümlülüğünü) gereği gibi yerine getirmemesi taşıyana karşı sorumlu olmasına neden olabilir.

Yolcunun borcunu (yükümlülüğünü) gereği gibi yerine getirmemesi, zaman ve yer bakımından gerektiği gibi yerine getirmeme şeklinde karşımıza çıkabilir.

TTK m. 1253/1'de yolcunun, yolculuk başlamadan önce hareket limanında veya yolculuk devam ederken ara limanlarda gemiye zamanında gelmemesi durumunda, kaptan kendisini beklemeden yolculuğa başlamış veya devam etmiş olsa bile, yolcunun taşıma ücretinin tamamını ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu ücret ödeme yükümlülüğü, yolcunun kendisine düşen yükümlülüğü zamanında ve yerinde yerine getirmemesi niteliğindedir. Benzer düzenleme, eTTK m. 1121'de de yer almaktaydı.

(bb)Borcun (Yükümlülüğün) Hiç Yerine Getirilmemesi

TTK'nin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin (TTK m. 1247-1271) düzenlemelerinde yolcunun borcunu hiç yerine getirmemesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda eTTK m. 1122'de açık bir düzenlemeye yer verilmiştir⁶.

⁵ Konu, eTTK ve gerek 1974 gerekse 2002 tarihli Atina Sözleşmesinde da ayrıca ve açıkça düzenlenmemiştir.

⁶ eTTK m. 1122'ye göre, 'Yolcu, yolculuk başlamadan önce taşıma mukavelesinden caydığını bildirir veya öbür yahut hastalık veya şahsına taallük eden diğer bir umulmayan hal yüzünden yolculuktan vazgeçmeye mecbur olursa taşıma ücretinin ancak yarısını öder'.

eTTK m. 1122'deki bu düzenleme, hem yolcunun kusura dayalı ve kusursuz olarak yükümlülüğünü yerine getirmemesi hem de sözleşmenin sona ermesi nedenlerini kapsamaktaydı. Bu nedenle, çifte özellik barındırmaktaydı. eTTK m. 1122'deki bu düzenlemenin TTK'da yer almamış olması karşısında, yolcunun gemi hareket etmeden önce sözleşmeden cayması halinde genel hükümlere göre sorumluluk yoluna gidilebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, yolcunun borcu olarak belirttiğimiz bu durumlar, aynı zamanda başka bir açıdan bakıldığında yolcunun haklarıdır. Ancak, sözleşmeden kaynaklanan bu hakların yerine getirilmemesi, taşıyanın kanundan doğan ücret isteme hakkını da doğuracağı için aynı zamanda yolcunun taşıyana karşı borcunu da beraberinde getirmektedir.

Bu düzenlemeler dışında yolcunun kaptanın gemi güvenliğine ilişkin talimatlara uymaması ve bununla bağlantılı olarak sözleşmenin doğal bir parçası olarak gemideki genel kurallara uymaması sonucu taşıyana verdiği zararlardan da sorumludur. Örneğin, gerek kasten gerekse ihmali olarak gemiye zarar vermesi, kendisine ayrılan kabindeki eşyaları kırması gibi. Bu gibi durumların haksız fiil sorumluluğu kapsamına girdiği düşünülebilir. Ancak, sözleşmenin bir parçası olan gemi düzenine uyma ve kendisine emanet edilen eşyalara zarar vermeme sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

b)Taşıyanın Sorumluluğu

Taşıyanın sorumluluğunu asıl taşıyan ve fiili (alt) taşıyan bakımından ayrı ayrı ele almak konunun daha iyi anlaşılması ve bu iki taşıyanın birbirine karıştırılmaması açısından isabetli olacaktır.

(1)Asıl Taşıyanın Sorumluluğu

Asıl taşıyanın sorumluluğu incelenirken, ilk önce asıl taşıyanın sözleşme dışı ve sözleşmeye dayanan sorumluluğu ayırımına yer verilecektir. Bu ayırmada ilk önce sözleşmeye dayanan, daha sonra sözleşme dışı/haksız fiil sorumluluğu incelenecektir.

(aa)Asıl Taşıyanın Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğu

Taşıyan, TTK'da düzenlenen konularda (taşıma sözleşmesi kapsamında ve taşıma süresiyle sınırlı olarak, kusurlarından dolayı meydana gelen ölüm, yaralama, bagajın zıyayı (ve/veya kaybolması ve hasarından dolayı) sözleşmeye aykırılıktan sorumludur. Bu anlamda sözleşmeye dayalı sorumluluğun kapsamı sınırlandırılmıştır⁷.

(aaa)Asıl Taşıyanın Kendi Sorumluluğu

(aaaa)Asıl Taşıyanın Kusursuz Olması (Borcun-Yükümlülüğün-Kusursuz Olarak Yerine Getirilmemesi ya da Getirilememesi)=Sorumluluğu Kaldırıcı Durumlar

TTK m. 1256/1-ilk cümlede *taşıyanın kusursuz sorumluluğu* düzenlenmiştir.

Kusura dayalı sorumluluklarda, ilk önce, zarara neden olan fiil ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının kurulması gerekir. Nedensellik bağı kurulduktan sonra sorumlu tutulacak kişinin meydana gelen zarar bakımından kast veya ihmali kusurunun bulunması gerekir. Kusursuz sorumluluklarda ise, kişinin meydana gelen zarar bakımından sorumlu tutulabilmesi için zarara neden olan fiil ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının kurulması yeterlidir. Bu nedenle kusursuz sorumluluk hallerine *sebeplendirme sorumluluğu* da denilmektedir⁸.

Kusura dayalı sorumluluklar, haksız fiilden kaynaklanabileceği gibi sözleşmeden de kaynaklanabilir. Çünkü, sözleşmeye dayanan sorumlulukta da kural kusurun bulunmasıdır. Nitekim bu husus, TBK m. 114/1'de borçlunun her türlü kusurdan sorumlu olduğu belirtilmiştir⁹.

Gerek kusura dayalı gerekse kusursuz sorumluluk durumlarında sorumluluk için ilk, ortak ve zorunlu unsur, zarara neden olan fiil ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunmasıdır.

Bu nedenle, zarara neden olan fiil ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunmadığı durumlarda, hukuki sorumluluk yoluna gidilemez. Zarara neden olan fiil ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunmadığı durumlarda cezai sorumluluk yoluna da gidilemez. Bu nedenle, somut olayda belirlenmesi gereken ilk unsur, nedensellik (illiyet) bağıdır.

Doğal anlamda nedensellik (illiyet) bağının kesen nedenler, hukukta da kabul edilmiştir. Bu nedenler şu şekilde ifade edilebilir:¹⁰ 1) Mücbir sebep, 2) Beklenmeyen hal, 3) Zarar görenin kusuru, 4) Üçüncü kişinin kusuru.

Doğal anlamda nedensellik (illiyet) bağını kesen nedenlerin bulunması, kusuru kaldırmaktadır. Ancak, aslında bu gibi durumlarda kusurdan çok daha önce sorumluluk gerektiren bir fiilin bulunmadığı söylenmelidir.

Doğal anlamda nedensellik (illiyet) bağını kesen nedenlerin bulunduğu durumlarda, borçlunun borcunu (yükümlülüğünü) yerine getirememesi hali, dört farklı ihtimale göre değişebilir. Bu dört farklı ihtimal şu şekilde ifade edilebilir. 1) *Geçici (sürelili) imkânsızlık*. Bu gibi durumlarda, nedensellik (illiyet) bağını kesen nedenler belirli bir süreliğine devam etmiştir. Örneğin, terör veya doğa olaylarına bağlı belirli süre gemi yolculuğunun durdurulması gibi. 2) *Sürekli imkânsızlık*. Bu gibi durumlarda, nedensellik (illiyet) bağını kesen nedenler ne zaman sona ereceği önceden bilinmeyen bir süre devam edecek nitelik göstermektedir. Örneğin iki ülke arasında çıkan savaş nedeniyle artık bir daha gemi yolculuğunun yapılamayacak olması gibi. 3) *Kısmi imkânsızlık*. Bu gibi durumlarda, edimin ifasında bir kısıtlama söz konusudur. Örneğin, 1000 kişilik gemilerin yola çıkmasının yasaklanıp 100 kişilik gemilerin çıkmasına izin verilmesi veya hareket ve ulaşma noktalarında farklılık oluşturularak daha kısa mesafeli yolculuklara izin verilmesi gibi. Örneğin, Antalya-Barcelona seferinin iptal edilip, Antalya-Sicilya seferine izin

⁷ Önder, Salih (2011), Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, s. 226.

⁸ Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s. 495.

⁹ Eren, s. 1060.

¹⁰ Eren, s. 557 vd.

verilmesi gibi. 4) *Tam imkânsızlık*. Bu gibi durumlar, çoğu zaman sürekli imkânsızlık ile aynı sonucu doğurmaktadır.

TTK m. 1256/1-ikinci cümlede, mücbir sebep ve beklenmeyen hallere yer verilerek bu hallerin varlığının ispatı halinde taşıyanın sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir¹¹.

eTTK'da *Taşıyanın Sorumluluğu* başlığı altında ayrıca ve açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, TTK m. 1256/1-ikinci cümledeki hükmün aynısı veya benzeri bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, *Tazminat* başlığı altında eTTK m. 1125'te¹² sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı sorumlu olmayacağı kabul edilmişti. Bu düzenleme, eTTK m. 1123 ve 1124'e atf yapmıştı. eTTK m. 1125'teki düzenleme konuyu dolaylı olarak düzenlemiştir. TTK ile eTTK'nın konuya yaklaşımı birlikte değerlendirildiğinde, TTK'da sorumluluk başlığı altında hem asıl hem de fiili (alt) taşıyanın sorumluluğunun ayrıca ve açıkça ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu yeni bakış açısı ve düzenleme, oldukça isabetli olmuştur. TTK'nın eTTK'dan farklı ve isabetli düzenlemesinin sebebi, TTK'nin Mevzuat Kanunu

olan Alman Ticaret Kanunu'nun 2002 tarihli Atina Sözleşmesini esas alması ve dolayısıyla da TTK'nin da Atina Sözleşmesine göre şekillenmiş olması etkili olmuştur.

TTK m. 1256'nın madde gerekçesinde bu düzenlemenin 2002 Atina sözleşmesinden alındığı ifade edilmiştir.

Kanada deniz hukukunda, kusursuz sorumluluk kabul edilmemiştir¹³.

(bbbb)Asıl Taşıyanın Sözleşmeye Dayanan Kusurlu Sorumluluğu (Borcun-Yükümlülüğün-Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi/Borçlunun Temerrüdü

TTK m. 1257/1-ilk cümle ve 1257/2'ye göre, taşıyan kendi kusurlarından sorumlu tutulmuştur¹⁴.

Asıl taşıyanın sözleşmeden kaynaklanan kusura dayalı sorumluluğu için sözleşmenin tarafı olması yeterlidir. Bu nedenle, sözleşmede kullanılan geminin maliki olması zorunlu değildir. Nitekim *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi* verdiği iki kararında bu noktaya işaret etmiştir¹⁵.

Taşıyanın kusurlu olarak borcunu yerine getirememesi ve buna bağlı olarak yolcunun uğradığı zararlardan sorumlu tutulabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşulları

¹¹ TTK m. 1256/1-ikinci cümle ve göre, 'Şu kadar ki, kazanın savaşı, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayından veya tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya ihmalden kaynaklandığını ispatlayan taşıyan, sorumluluktan kurtulur'.

¹² eTTK m. 1125/1'e göre, 'Taşıma mukavelesinin, 1123 ve 1124 üncü maddeler gereğince hükümden düşmesi halinde taraflardan hiçbirini diğerine tazminat vermekle mükellef değildir'. eTTK m. 1123'e göre, 'Gemi 1082 nci maddenin birinci fıkrasının birinci bendinde yazılı umulmayan hal yüzünden ziyaa uğrarsa taşıma mukavelesi hükümden düşer'. eTTK m. 1124'e göre, '(1) Bir harb çıkarsa ve bunun neticesi olarak gemi artık serbest sayılmayıp da zaptadilmek tehlikesine maruz bulunursa yahut gemiye taallük eden bir amme tasarrufla yolculuk durdurulursa yolcu mukaveleden caymak hakkını haizdir. (2) Yukarıki fıkra yazılı sebeplerden dolayı veyahut gemi esas itibarıyla yük taşımaya tahsis edilmiş olup da kendi kusuru olmaksızın yük taşıma işinin yapılamaması halinde taşıyan dahi akitten cayabilir'.

¹³ **Dion**, Daniele (1998), 'Cruise Ships and Pleasure Boats: The Law in Canada', *Journal of Maritime Law & Commerce*, April, 29, s. 4.

¹⁴ **Atamer**, Kerim (2008), 2002 Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 168.

¹⁵ Öte yandan, taşıyıcının mutlaka taşıma yapan aracın maliki olması zorunluluğu bulunmamakta olup, taşıma işini fiilen kimin yaptığı önemlidir ve malikin değil, yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olarak taşımayı yapanın sorumluluğu asıldır. *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi*, Esas No: 2009/8169. Karar No: 2011/7328.; ...mahkemece, olay sonucunda oluşan zarardan yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı taşıyıcı davalı Birlik'in sorumlu tutulması gerektiği, davalılardan feribotun maliki Elazığ İl Özel İdare Müdürlüğü'nün taşıyıcı olmadığı gözetilerek, hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, malik olduğu gerekçesiyle sorumluluğuna gidilmesi doğru olmamış... *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi*, Esas No: 2009/8169. Karar No: 2011/7328.

belirlerken borçlar hukukunda sözleşmeye dayanan sorumluluğun koşulları temel alınacaktır.

(aaaaa)Taşıyan Sözleşmeden Kaynaklanan Borucunu (Yükümlülüğünü) Yerine Getirmemiş Olmalıdır

Taşıyanın sözleşmeden kaynaklanan borcu (yükümlülüğü), yolcu ve eşyasını sözleşmede belirtilen zaman ve yerden alarak sağ-salim (kazasız-belasız) bir şekilde yine sözleşmede belirtilen yer ve zamanda yolculuğun biteceği (sona ereceği) yere yolcu ve eşyasını ulaşmasını sağlamaktır.

Taşıyanın sözleşmeden kaynaklanan borcunun doğabilmesi için, yolcunun daha önce kendisi ile birlikte varsa eşyalarını yolculuğun başlayacağı yerde hazır bulundurması gerekir. Yolcu, yanında eşya getirmiş ise, bu eşyalarını, kaptana veya eşyaların teslimi için görevlendirilmiş olan kişiye teslim etmesi gerekir¹⁶. Bu koşul, eTTK m. 1128/2'de açıkça ifade edilmişti. Ancak, TTK'da açıkça düzenlenmemiştir. Teslim edilmemiş eşyaların hasar veya zayıandan taşıyan sorumlu tutulamaz. Ancak, yolcunun el ve kabin bagajı yolcunun hâkimiyeti ve muhafazası altında olduğu için bu bagajların hasara uğramasından taşıyan sorumlu tutulamaz¹⁷. Gemiye getirilen bagaj ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğü TTK m. 1252'de düzenlenmiştir. Konuya yukarıda ilgili bölümde değinildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

Taşıyanın sözleşmeden kaynaklanan borucunu yerine getirmemesi, 1) Borcun gereği gibi yerine getirilmemesi, 2) Borcun hiç yerine getirmemesi olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleşebilir.

(aaaaaa)Borcun (Yükümlülüğün) Gereği Gibi Yerine Getirilmemesi

Borcun gereği gibi yerine getirilmemesi, zamanında yerine getirmeme ve yerinde yerine getirmemek şeklinde ikiye ayrılabilir.

Borcun zamanında yerine getirilmemesi, sözleşmede kararlaştırılan zamanda yerine getirilmemesi şeklinde olabilir. Bu durum, ilk hareket

zamanında olabileceği gibi ara dinlenme zamanları belirlenmiş ise bu ara dinlenmeden sonraki hareket zamanında da olabilir.

Borcun zamanında yerine getirilmemesi, zamanında başlamış olan yolculuğun zamanında bitirilememesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu durumda, yolculuk gerek ilk hareket gerekse ara dinlenmelerdeki dinlenme süresi ve dinlenmeden sonraki harekete tekrar başlama zamanında sorun çıkmamaktadır. Ancak, sözleşmede belirtilen hareket zamanı ile yolculuğun sona ereceği zaman diliminde süreye uymama söz konusu olmaktadır. Örneğin, oniki saatte tamamlanacak olan yolculuk, harekete zamanında başlanmış olmakla birlikte yirmi saatte yolculuk tamamlanmaktadır.

Borcun yerinde yerine getirilmemesi, yolcu taşıma borcunun sözleşmede belirtilen yerde yerine getirilmemesini ifade eder. Yerinde yerine getirilmeme, sözleşmede belirtilen ilk hareket yerinde yerine getirmeme şeklinde olabileceği gibi ara dinlenme yerleri belirtilmiş ise bu ara dinlenme yerlerinde yerine getirmeme şeklinde de olabilir. Örneğin, sözleşmede ilk hareket yeri İstanbul gösterilmiş olmakla birlikte Yalova'dan hareket edilmesi gibi. Aynı durum, ara dinlenme yerleri için de geçerlidir.

(bbbbbb)Borcun (Yükümlülüğün) Hiç Yerine Getirilmemesi

Borcun hiç yerine getirilmemesi, borcun sözleşmede kararlaştırılan yer ve zamanda hiç yerine getirilmemesini ifade eder. Bu durum, bir önceki başlıkta yer alan borcun geç veya gereği gibi yerine getirilememesi durumunun zıddını ifade eder. Bu durumda, borç yerine getirilmemektedir.

(bbb)Asıl Taşıyanın Gemi Adamlarının Kusurlarından Doğan Sorumluluğu

1961 Brüksel Konvansiyonu, m. 12'ye göre, meydana gelen zararlardan dolayı, taşıyanın gemi adamlarının kusurlarından dolayı gemi adamları aleyhine dava açılmışsa, gemi adamları (müstahdemler) tamamen görevleri içinde hareket ettikle-

¹⁶ Can, s. 81, 82.

¹⁷ Can, s. 81, 82.

rini ispat edebilirlerse, taşıyana tanınan sorumluluk ve bağışlıklardan yararlanır¹⁸.

961 Brüksel Konvansiyonu, m. 12'ye göre, gemi adamlarına karşı doğrudan dava açılabilir. Gemi adamları, tamamen görevleri içinde hareket ettiklerini ispat edebilirlerse, taşıyanın kusurlu sorumluluk durumundan yararlanacaklardır. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk kabul edilmeyecektir.

Taşıyan, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklere uymaması halinde, bu yükümlülükler gerek bizzat kendisi gerekse onun adamları uymamış ise, meydana gelen zararlardan dolayı TBK m. 96 ve 100'e göre sorumlu olur¹⁹.

(ccc)Asıl Taşıyanın Aynı Zamanda Donatan Olması Halinde Donatanın Gemi Adamlarının Verdikleri Zararlardan Dolayı Sorumluluğu

Donatanın gemi adamlarının verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu konusunda iki ayırım yapılmalıdır. Buna göre, 1) Donatan aynı zamanda taşıyandır. 2) Donatan taşıyan değildir²⁰. Bu ayırım, taşıyanın bizzat sorumlu olduğu durumlar için de geçerlidir.

1) Donatan aynı zamanda taşıyan ise, sorumluluğu sözleşmeye dayanmaktadır. Bu durumda, TBK m. 66 uygulanacaktır²¹. TBK m. 66, adam çalıştırmanın adamlarının üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğunu ifade eder.

2) Donatan taşıyan değil ise, sorumluluğu sözleşme dışı (haksız fiil sorumluluğu) sorumluluğuna dayanmaktadır. (TBK m. 49, eTBK m. 55).

Bu durumda, TTK m. 1062 uygulanacaktır²². TTK m. 1062'ye göre sorumluluğun koşulları şu şekilde ifade edilebilir²³: 1) Zarar veren gemi adamı olmalıdır. 2) Zarar gemi adamı tarafından görevini yerine getirirken verilmiş olmalıdır. 3) Gemi adamının kusuru bulunmalıdır. 4) Gemi adamının fiili hukuka aykırı olmalıdır. 5) Üçüncü kişinin zararı ile gemi adamının fiili arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

Donatanın sözleşme dışı (haksız fiil sorumluluğu) sorumluluğunun hukuki niteliği, gemi adamının sorumluluğunun yanında ek bir sorumluluktur. Bu nedenle, ikincil derecede sorumluluk değildir²⁴.

TBK m. 49'a dayanan sorumluluk, kusursuz sorumluluk şeklidir. Bu hükme göre adam çalıştıran kurtuluş beyyinesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir²⁵.

TBK m. 49'da çalıştıran ile zarara uğrayan arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekmektedir. TBK m. 66'da ise çalıştıran ile zarara uğrayan arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekmektedir. TBK m. 66'daki sorumluluk bir kusur sorumluluğu değildir²⁶.

Bir olayda, TBK m. 49 ve TTK m. 1062'nin birlikte uygulanma ihtimali ortaya çıkarsa hangisi uygulanmalıdır?

Yargıtay'ın konuya bakan ticaret dairesi eTTK ve eTBK'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği birçok kararında, eTTK m. 947'nin eTBK m. 55'e göre özel norm olduğunu, bu nedenle, bu özel normun uygulanması gerektiğini belirtmişti. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aksi yönde karar vermişti. Bunun üzerine özel ticaret dairesi genel kurulun kararına uymaya başlamıştı. Ancak, bu seferde donatana kurtuluş beyyinesinden yarar-

¹⁸ **Kender**, Rayegan, 'Deniz Yolu İle Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonal Hukukta Birleştirilmesi', (29 Nisan 1961 Tarihli Brüksel Konvansiyonu), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXVIII, Sayı 1, s. 738.

¹⁹ **Okay**, M. Sami (2010), Deniz Ticareti Hukuku, Cilt II, İstanbul, 1971, s. 262; **Kender**, Rayegan/ **Çetingil**, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, İstanbul, s. 169. Zararlara göre, taşıyan gemi adamlarının kusurlarından dolayı eTBK m. 100'e göre (TBK m. 66) değil, TTK m. 806'ya göre sorumlu tutulmalıdır.

²⁰ **Çağa**, Barbaros (1973-1974), 'Gemi Adamlarının Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlardan Donatanın Sorumluluğu', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt VI, Sayı 3, s. 452.

²¹ **Çağa**, s. 452., Yazar makalesini eTBK'nın yürürlükte olduğu dönemde yazdığı için sorumluluğu eTBK m. 100'e dayandırmıştı.

²² **Çağa**, s. 452. Yazar makalesini eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde yazdığı için sorumluluğu eTTK m. 947'e dayandırmıştı. TTK m. 1062 ile TTK m. 947'de, donatanın gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu düzenlenmiştir.

²³ **Çağa**, s. 452 vd.

²⁴ **Çağa**, s. 456.

²⁵ **Çağa**, s. 456.

²⁶ **Çağa**, s. 457.

lanma imkânı tanımamıştır²⁷. Konu öğretide de tartışma konusu olmuştu. Öğretide bir görüş, eTTK m. 947'nin eTBK m. 55'e göre özel norm olduğunu, bu nedenle, bu özel normun uygulanması gerektiğini belirtmekte iken başka bir görüş, eTBK m. 55'in uygulanması gerektiğini belirtmekteydi²⁸.

Çağa'ya göre, eTBK m. 100 (TBK m. 66) ile eTTK m. 947 (TTK m. 1062) arasındaki ilişkiye bakıldığında, eTBK m. 100 (TTK m. 66), donatan ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığını aramakta ve fakat kusuru aramamaktadır. eTTK m. 947 (TTK m. 1062) ise donatan ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığını aramamaktadır. Ancak, eTTK m. 947'de, sözleşme ilişkisinin varlığının aranmamış olması, sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda uygulanmayacağı anlamına gelmez. Çünkü, bu konuda bir yasad bulunmamaktadır²⁹. eTBK m. 55, 100 (TBK m. 49, 66) ve eTTK m. 947 (TTK m. 1062)'de, ortak amaç, zarar gören üçüncü kişinin zararlarının karşılanmasıdır. Bu nedenle, bir olayda koşulları gerçekleştiği takdirde her üç madde de uygulanabilecektir³⁰.

Taşıyanın gemi adamları, taşıyanın yardımcılarıdır. Bu nedenle, taşıyanın yardımcılarının geminin elverişsizliğinden dolayı sorumluluğunda, taşıyanın sorumluluğu TBK m. 66'ya göre olacaktır. Yani, taşıyan yardımcılarının yerinde bizzat kendisi olsaydı ve gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı zarar yine meydana gelecekti denilebilen durumlarda sorumluluktan kurtulacaktır. Yani, gemi adamlarının kusurunun bulunup bulunmaması önemli olmayacaktır. Ancak, bu durum, taşıyanın aynı zamanda donatan olmaması halinde geçerlidir³¹.

Taşıyan aynı zamanda donatan ise, gemi adamlarının zararlardan dolayı donatan sıfatıyla TTK m. 1062'ye (TTK m. 947, 948) göre sorumludur. Ancak, gemi adamlarının kusurunun bulunmadığını ispat ederek kurtulabilir³².

Taşıyan, gemi adamı (yardımcı kişiler) sınıfa girmeyen kişilerin verdikleri zararlardan da sorumludur. Ancak, bu sorumluluk TBK m. 66'ya göre dir. Kurtuluş beyyinesi ile sorumluluktan kurtulabilir³³.

Taşıyan, gemi adamlarının şahsi kusurları (görevleri vesilesiyle veya görevleri dolayısıyla değil) ile verdikleri zararlardan sorumlu değildir. Bu gibi durumlarda, gemi adamı (yardımcı) haksız fiil hükümlerine göre kendisi sorumlu olacaktır³⁴.

(ddd)Asıl Taşıyanın Kendi Adamlarının Fiillerinden Sorumluluğu

Taşıyanın kendi adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusurlu fiillerden sorumluluğu, TTK m. 1256/5-b'de düzenlenmiştir. TTK m. 1256/5-b'ye göre, *'Taşıyanın kusuru, taşıyanın adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusuru da kapsar'*.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyan, çoğunlukla, bizzat taşıma işini yerine getirmez. Taşıyan, sözleşmeden kaynaklanan borcunu gemide çalıştırdığı (istihdam ettiği) çalışanları (gemi adamları) vasıtasıyla yerine getirir³⁵. Taşıyan adına gemide çalışan kişilerin sözleşme kapsamında taşıma faaliyeti çerçevesinde yolcu ve bagajına verdikleri zararlardan dolayı sorumluluk durumu önem taşır. Kanun koyucu, bu durumu dikkate alarak, TTK m. 1256/5-b'de açıkça düzenleme yapmıştır.

TTK m. 1256/5-b'deki hüküm ile taşıyanın meydana gelen zarar bakımından doğrudan kast veya ihmali bulunmamasına rağmen, onun adına çalışanların kast veya ihmeline dayalı kusurundan

²⁷ Çağa, s. 458'den naklen.

²⁸ Çağa, s. 458'den naklen.

²⁹ Çağa, s. 461.

³⁰ Çağa, s. 462.

³¹ Sözer, Bülent (1987-1988), Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, s. 99.

³² Sözer, s. 99.

³³ Sözer, s. 101.

³⁴ Kender/Çetingil, s. 169.

³⁵ Can, s. 83.

sanki kendi kast veya ihmali varmış gibi sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, üçüncü kişiler korunmak istenmiştir. Bu düzenlemenin temel mantığı ve sebebi, taşıyan, çalışanlarını seçerken titiz ve özverili hareket etmesi gerektirir. Bu bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğe uymadığı durumlarda meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, burada dikkatli ve özenli hareket etmeme bir ihmali gösterir. Ancak, taşıyan, bu ihmali sonucu çalışanın ihmali ve/veya kastından sorumlu tutulabilecektir. Taşıyanın çalışanın kastında da sorumlu tutulacak olması, kusurun ağırlığı ve derecesine göre sorumluluk esasından çelişki doğurmaktadır. Çünkü, kast ve ihmali durumlarında farklı tazminat sorumluluğu kabul edilmemiştir. Yine, bu düzenlemeye göre, taşıyanın dikkatli ve özenli (titiz) hareket ederek çalışanın seçmiş olmasına rağmen çalışanın kasten veya ihmali hareket ettiği durumlarda da sorumlu tutulacaktır.

Konu eTTK'da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin bölümde açıkça düzenlenmemiştir. TTK m. 1128/2'de navlun (eşya taşıma) sözleşmesine ilişkin hükümlere atıf yapılmakla yetinilmişti³⁶. eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde konuya ilişkin olarak öğretide Can, navlun (eşya taşıma) sözleşmesine ilişkin eTTK m. 1062'nin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kanunun lafzından anlaşılmadığını, eTTK m. 1128/2'deki atıf hükmüne bakıldığında, eTTK m. 1062'nin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından uygulanmayacağına dile getirilebileceğini belirtmişti. Ancak, yazar, eTTK'nın mehzasını teşkil eden Alman Ticaret Kanunu m. 673'te eTTK m. 1062'deki düzenlemeye karşılık gelen Alman Ticaret Kanunu m. 607'ye atıf yapılmış olması, maddenin çevirisinde hata yapıldığının kabul edilmesini gerektirdiği ve yine eTTK m. 1061 ile 1062'nin birbirini tamamlayan hükümler olduğu için eTTK m. 1128/2'deki atıfta hata olduğunu

³⁶ Can, s. 83.

belirtmişti³⁷. Yazar, dolaylı olarak, taşıyanın çalışanlarının fiillerinden dolayı navlun (eşya taşıma) sözleşmesinde kabul edilen sorumluluğun eTTK'da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceğini belirtmişti.

TBK m. 116'da *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk* düzenlenmiştir³⁸.

Taşıyanın çalışanlarının (gemi adamları) kusurlu davranışı, öğretilerde teknik ve ticari kusur şeklinde ikiye ayrılmaktadır³⁹. Taşıyanın çalışanlarının (gemi adamları) teknik kusuru, geminin sevk ve idaresine ilişkin kusuru ifade eder⁴⁰. Taşıyanın çalışanlarının (gemi adamları) ticari kusuru, yolcu tarafından taşıyanın çalışanlarına (gemi adamları) teslim edilen bagajın bu çalışanlar tarafından dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmayarak bagajın zıyanına veya hasara uğramasına neden olunmasını ifade eder⁴¹.

Bir zararın teknik kusurdan mı yoksa ticari kusurdan mı kaynaklandığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa (hâsıl olursa), *ticari kusur karinesi* gereği (eTTK m. 1062/3) kusurun ticari kusur olduğu kabul edilir⁴². Yangından kaynaklanan zararlar, aksi ispat edilene kadar *teknik kusur karinesi* gereği teknik kusur sayılır⁴³.

Taşıyanın, gemi adamları ve diğer çalıştırdığı kişilerin yolculara verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu, sözleşmeye dayanmaktadır⁴⁴. Bu

³⁷ Can, s. 84.

³⁸ TBK m. 116'ya göre, '(1) Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. (3) Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.'

³⁹ Can, s. 85.

⁴⁰ Can, s. 85.

⁴¹ Can, s. 85.

⁴² Can, s. 85.

⁴³ Can, s. 85.

⁴⁴ Doğanay, İsmail (1990), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara, s. 2696; Kender, Rayegan/ Çetingil, Ergon

durumda, davacı, olay ile zarar arasındaki, illiyet bağıını ispat etmesi yeterlidir. Ayrıca kusuru ispat etmesi gerekmez⁴⁵. Ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanlar, taşıyana karşı, haksız fiil hükümlerine göre başvurabilirler⁴⁶. Bu durumda, davacılar, taşıyıcın kusuru ve kusur ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispatlamaları gerekir⁴⁷.

Taşıyan donatan olabileceği gibi donatan olmaya da bilir⁴⁸. Donatanın yolcuya karşı sorumluluğu iki nedene dayanabilir. Bunlardan ilki, sözleşmeye dayanmasıdır. Donatanın yolcuya karşı sözleşmeye dayanan sorumluluğunun doğabilmesi için donatanın aynı zamanda taşıyan olması gerekir⁴⁹. İkincisi ise, sözleşme dışı (haksız fiil) sorumluluktur. Bu durumda, donatan aynı zamanda taşıyan değil ise, yolcuya karşı sözleşme dışı (haksız fiil, eTTK m. 947, TTK m. 1062) sorumlu olacaktır⁵⁰.

Taşıyan donatan değilse (gemi işletme müteahhidi ise), taşıyanın sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk esasına tabidir. Bu nedenle, yolcu taşıyana karşı, eTTK m. 947 (TTK m. 1062), eTBK m. 41 vd (TTK m. 49), ile gemi alacaklısı hükümlerine dayanarak dava açabilir⁵¹.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de açıkça taşıyanın bizzat kendisinin ve yardımcıları veya temsilcilerinin kusurlarından sorumlu olacağı düzenlenmişti. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/b'de taşıyanın adamlarının kusurlarından sorumlu tutulacağı açıkça düzenlenmiştir.

2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/b'deki hüküm ile TTK m. 1256/5-b'deki hüküm bire bir

aynı değildir. Çünkü, 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/b'de, 'Taşıyanın kastı veya ihmali, taşıyanın adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kast veya ihmali de kapsar' şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

1974 Atina sözleşmesinde, asıl taşıyanın gemi adamlarının kusurundan sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir. 2002 Atina sözleşmesi m. 4/2 ve TTK m. 1256/5'te gemi adamlarının kusuruna yer vermemiş, bu kişilerin kusuru asıl taşıyanın kusuru içinde kabul edilmiştir. Bu durumda, sadece bir anlatım farkı söz konusudur. Sonuç değişmemiştir. Asıl taşıyan adamlarının kusurundan sorumlu olacaktır⁵².

(eee)Asıl Taşıyanın Fiili (Alt) Taşıyanın Adamlarının Fiillerinden Sorumluluğu

Taşıma faaliyeti fiili (alt) taşıyana bırakılmış (kısmen veya tamamen) ve kaza ve kazaya bağlı zarar fiili taşıyanın gemi adamlarının kusurundan kaynaklanmış ise, hem taşıyan hem de fiili (alt) taşıyan bu zarardan dolayı sorumlu olacaktır. (1974, 2002 m. 4/2, TTK m. 1257/2)⁵³. Her ne kadar, TTK m. 1257/2'de açıkça fiili (alt) taşıyanın adamlarının kusurundan dolayı fiili (alt) taşıyanın da sorumlu tutulacağı açıkça ifade edilmemiş olsa da, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan dolayı sorumlu tutulacağına ilişkin kuralın kıyasen burada da uygulanması mümkündür⁵⁴. TTK'nin kabul ettiği sistemde, gemi adamı kusurlu ise, gemi adamı kimin emrinde çalışıyorsa, bu kusur onun kusuru sayılacaktır. Bu nedenle, asıl veya fiili (alt) taşıyanın ayrıca kusurunun olup olmadığı araştırı-

(1998); Deniz Ticareti Hukuku (Temel Bilgiler), İstanbul, s. 138; **İlgin**, Canan Özlem (2007) 'Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 6, Sayı 12, s. 242.

⁴⁵ **Kender/Çetingil**; (1998), s. 138.

⁴⁶ **Doğanay**, s. 2696.

⁴⁷ **Doğanay**, s. 2696., İlgin, s. 242.

⁴⁸ **Tekil**, Fahiman (1973), Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul, s. 166.

⁴⁹ **Tekil**, s. 166.

⁵⁰ **Tekil**, s. 166; **İlgin**, s. 242.

⁵¹ **Okay**, s. 264; **Doğanay**, s. 2701.

⁵² **Atamer**, s. 169. 1961 Madrid Konvansiyonu, m. 1'e göre, taşıyan gerek kendisi gerekse adamlarının görevlerini ifa ederken kusur ve ihmalleri ile yolculara verdikleri zararlardan sorumludurlar. Sorumluluk için kusur aranmamıştır. Sorumluluk için, yolcunun, taşıyanın fiilleri ile zarar arasındaki nedensellik bağının varlığını ispat etmesi gerekir. 1961 Brüksel konvansiyonu, 1961 Brüksel Konvansiyonu, m. 4'e göre, taşıyan gerek kendisi gerekse adamlarının görevlerini ifa ederken kusur ve ihmalleri ile yolculara verdikleri zararlardan sorumludurlar. Buradaki zarar, ölüm ve yaralamayı içermektedir. Zarar, maddi ve manevi olabilir, **Kender**, s. 728, 731.

⁵³ **Atamer**, s. 169.

⁵⁴ **Atamer**, s. 169.

ılmayacaktır⁵⁵. Ashında bu yeni anlayış veya sistem, yolcu lehine sonuç doğurmaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafı olan yolcu lehine pozitif bir ayırmacılık yapılmıştır.

2002 ve TTK'da asıl veya fiili (alt) taşıyanın gemi adamlarının kusurlu fiillerinden dolayı doğrudan kendilerinin sorumlu tutulacaklarına dair bir hükme yer verilmemiştir⁵⁶. Bu konuda açık bir hükme yer verilmemiş olması, gemi adamlarına karşı doğrudan sorumluluk yoluna başvurulmasına engel bulunmamaktadır. Çünkü, 2002 tarihli Atina sözleşmesi m. 11 ve TTK m. 1356/1'deki düzenleme, gemi adamlarına karşı doğrudan dava açıldığı durumlarda, savunma hakkı ve sorumluluk sınırı kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler, gemi adamlarına karşı doğrudan dava açılabilirliğine işaret etmektedir⁵⁷. Gemi adamlarına karşı dava, genel hükümlere göre, yani, haksız fiil (sözleşme dışı sorumluluk) hükümlerine göre açılacaktır.

Dava, asıl veya fiili (alt) taşıyana karşı açılırsa, asıl veya fiili (alt) taşıyan sözleşme hükümlerine göre sorumlu tutulmaktadır. Gemi adamları ise, TTK'da sözleşme hükümlerine göre sorumlu tutulamamakta (TTK m. 1257/1) ve fakat gemi adamları sözleşme hükümlerindeki savunma imkânlarından yararlanabilmektedir⁵⁸. Başka bir ifadeyle, gemi adamlarına karşı sözleşme dışı sorumluluk yoluna başvurulacak ve fakat gemi adamları sözleşmeye göre sorumluluk esasına göre savunma yapabilecektir. Bu durumun en önemli noktası ise, kusur karinesinde yatmaktadır. Çünkü, sözleşmeye dayanan sorumlulukta, sorumlu tutulacak kişi, karine olarak kusurlu sayılmaktadır. Buna göre, gemi adamı kusurlu olmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır. Bu durumda, bu hal, yolcu lehinedir.

(fff)Asıl Taşıyanın Fiili (Alt) Taşıyanın Kusurlu Fiillerinden Sorumluluğu

Taşıyan, TTK m. 1257/1-ilk cümle ve 1257/2'ye göre, fiili (alt) taşıyanın kusurlarından sorumlu tutulmuştur. (1974 ve 2002, m. 4/1-ilk cümle ve 4. 4/2)⁵⁹. Asıl taşıyanın bu sorumluluğu, TBK m. 100'deki düzenlemeye uygundur. Yani, ifa yardımcılarının kusurlarından dolayı sorumluluk düzenlemesine uygundur⁶⁰.

Madde metine sıkıca bağlı kalınırsa, yani, madde metni dar yorumlanırsa, gemi kazalarından dolayı taşıyanın fiili (alt) taşıyanın fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, fiili (alt) taşıyanın kusurlu olması gerekecektir. Bu nedenle, fiili (alt) taşıyanın kusurlu olmaması durumunda bu maddeye göre sorumluluk yoluna gidilemeyecektir⁶¹. Öğretide Atamer'e göre, 2002 Atina sözleşmesinin amacı dikkate alındığında, madde metni dar yorumlanırsa, yolcunun himayesi zorlaşacaktır. Bu nedenle, madde metni geniş yorumlanmalı ve fiili (alt) taşıyanın kusuru olmasa da asıl taşıyan gemi kazasından doğan zararlardan sorumlu tutulabilmelidir⁶².

Asıl taşıyan, yolcu veya mirasçılara karşı yaptığı ödemedan dolayı, TTK m. 1257/5'e göre, (1974, 2002 m. 4/5) fiili taşıyana rücu hakkına sahiptir⁶³.

2. Fiili (Alt) Taşıyanın Sorumluluğu

a. Fiili (Alt) Taşıyanın Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğu

Fiili (alt) taşıyan, eTTK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinin uygulanmasında fiili (alt) taşıma işlerine başvurulmaktaydı. Aynı zamanda, öğretide de asıl ve fiili (alt) taşıyan ayırımı yapılmakta ve bu ayırma bağlı olarak da fiili (alt) taşıyan kabul edilerek incelenmekteydi.

⁵⁵ Atamer, s. 169.

⁵⁶ Atamer, s. 170, 171.

⁵⁷ Atamer, s. 171.

⁵⁸ Atamer, s. 171.

⁵⁹ Atamer, s. 168; Önder, s. 217.

⁶⁰ Atamer, s. 168.

⁶¹ Atamer, s. 168.

⁶² Atamer, s. 168, 169.

⁶³ Atamer, s. 169.

Kanun koyucu, TTK m. 1248'de fiili (alt) taşıyanı açıkça düzenlemiştir⁶⁴. Gerek uygulamada sıkça başvurulmuş bir taşıma yöntemi olması gerekse öğretide kabul edilip incelenmekte olması nedeniyle, kanun koyucunun asıl ve fiili (alt) taşıyanı ayrı ayrı düzenleyip bu taşıyanlar arasındaki ilişki ve fiili (alt) taşıyan ile yolcu arasındaki ilişkiyi açıkça düzenlemiş olması, oldukça yerinde ve isabetli olmuştur.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde fiili (alt) taşıyan ile yolcular arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmaz⁶⁵. Nitekim bu husus, TTK m. 1248/1'de de açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin taşıyan sıfatına sahip tarafı asıl taşıyandır. Sözleşmenin tarafı olan asıl taşıyan, sözleşmeden kaynaklanan taşıma borcunu, fiili (alt) taşıyan ile yaptıkları ikinci bir sözleşme ile fiili (alt) taşıyana devretmektedir. Ancak, bu ikinci sözleşme ve bu sözleşme ile yapılan taşıma borcunun devri, sözleşmenin tarafı olan yolcuyla bağlanmaz. Dolayısıyla, sözleşme gereği taşıma borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi veya hiç yerine getirilmemesi durumunda meydana gelen zararlardan dolayı yolcunun başvuracağı muhatap, sözleşmenin tarafı olan asıl taşıyandır.

Fiili (alt) taşıyan ile yolcu arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel hükümlere göre, fiili (alt) taşıyan (taşıma faaliyetinin yerine getirildiği geminin maliki veya kiracısı olabilir) yolcuya karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır⁶⁶. Fiili (alt) taşıyanın genel hükümlere göre haksız fiile göre sorumlu tutulması, yolcu açısından zayıf bir koruma sağlamaktadır. Yolcu bakımından daha güçlü koruma sağlamak için sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir. TTK'da bu esas-

tan hareket edilerek, fiili (alt) taşıyanın taşıma faaliyetini yerine getirdiği bölüm ve süre bakımından (2002 m. 4/1-ikinci cümle, TTK m. 1257/1-ilk cümle) taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumluluk benimsenmiştir⁶⁷. Bu durumda, esasında sözleşmenin tarafı olmayan fiili taşıyan, yolcuya karşı sözleşme varmış gibi sorumlu tutulmuştur⁶⁸.

TTK'nin konuya ilişkin düzenlemeleri bakımından eTTK'da önemli farklarından biri, fiili (alt) taşıyan konusundadır. Fiili (alt) taşıyan, sözleşmenin tarafı olan asıl taşıyanın sözleşmenin ifası için kendi aralarında yaptıkları sözleşme gereği onun adına taşıma faaliyetini yerine getiren kişidir. Bu nedenle, TBK m. 100 anlamında ifa yardımcısı konusundadır⁶⁹.

Fiili (alt) taşıyanın sözleşmeye dayanan sorumluluğu yoluna başvurulabilmesi için şu koşulların birlikte bulunması gerekir:

a) Asıl taşıyan ile fiili (alt) taşıyan arasında *taşımanın tamamının veya bir kısmının yapılması* için asıl taşıma sözleşmesinden bağımsız ikinci bir taşıma sözleşmesinin yapılmış olması gerekir.

b) Fiili (alt) taşıyan, asıl taşıyan ile yaptıkları bu sözleşme üzerine taşıma faaliyeti yerine getirmiş olmalıdır.

c) Yolcunun kendisi (ölüm veya yaralanma) veya bagajı zarara (zıyaı veya hasar) uğramış olmalıdır.

d) Yolcunun kendisi (ölüm veya yaralanma) veya bagajının zarara (zıyaı veya hasar) uğraması fiili (alt) taşıyanın hareketinin sonucu olmalıdır. Yani, nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu durumda, TTK m. 1256/1-üçüncü cümlede yer alan mücbir sebeplerin varlığı halinde, fiili (alt) taşıyan da asıl taşıyan gibi meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü, mücbir sebep, nedensellik bağını kesecektir.

⁶⁴ TTK m. 1248'e göre, '(1) Taşıyan, taşıma ister bizzat onun tarafından, isterse bir başkası, fiili taşıyan, tarafından gerçekleştirilmiş olsun, taşıma sözleşmesini yapan veya taşıma sözleşmesi adına ve hesabına yapılan kişidir. (2) Fiili taşıyan, taşıyandan farklı bir kişi olup, bir geminin maliki, kiracısı veya işleteni olarak, taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişidir.'

⁶⁵ **Can**, Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta, s. 104.

⁶⁶ **Atamer**, s. 170.

⁶⁷ **Atamer**, s. 170.

⁶⁸ **Atamer**, s. 170.

⁶⁹ **Atamer**, s. 169, 170.

e) Yolcunun kendisi (ölüm veya yaralanma) veya bagajının zarara (zıyı veya hasar) uğraması bakımından fiili (alt) taşıyanın kusuru bulunmalıdır. Bu kusur, kast veya ihmal şeklinde olabilir. Nitekim bu husus, TTK m. 1257/2'de, '*...fiili taşıyanın kusurundan...*' ifadesi ile açıkça dile getirilmiştir.

Fiili taşıyanın taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmeye dayanan sorumluluğu, kanundan kaynaklı olarak, müteselsil sorumluluktur. Yani, kanuna dayanan müteselsil sorumluluk esasına dayanmaktadır. Çünkü, TTK m. 1257/4'te, '*Taşıyan ile fiili taşıyanın sorumlulukları, birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsildir*' hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkra hükmünde, '*...birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsildir*' ifadesi, TTK m. 1257/1⁷⁰ ve 2⁷¹ ile bağlantılıdır.

TTK m. 1257/1'de, asıl taşıyanın sorumluluğunun bu bölüm hükümlerine göre devam edeceği, fiili (alt) taşıyanın da, taşımanın kendisi tarafından yapılan bölümü için, bu bölüm hükümlerine göre sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu bölüm hükümlerinden anlaşılması gereken, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerin olduğu bölümdür. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler, sözleşmeye dayanan sorumluluğu esas almıştır. Fiili (alt) taşıyan ile yolcular arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmadığına göre, bu bölüm hükümlerine göre, yani, sözleşmeye dayanan sorumluluktan ne anlaşılacaktır? Bu sorunun cevabı, TTK m. 1257/2'deki düzenleme ile birlikte verilmelidir. TTK m. 1257/2'de, asıl taşıyanın fiili (alt) taşıyanın kusurundan ve onun adamlarının görevlerini yerine getirdikleri

sırada işledikleri kusurdan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu durumda, kural olarak, dış ilişki bakımından yolcuların uğradıkları zararlara karşı yolcular veya onun mirasçılara karşı sözleşmeye dayanan sorumluluk gereği, asıl taşıyan sorumlu olacaktır. Yolcu veya onun mirasçıları tazminat davasını doğrudan asıl taşıyana karşı açacaktır. Ancak, TTK m. 1257/4'te müteselsil sorumluluk kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, müteselsil sorumluluğun uygulanacağı durumlarda, yolcu ister fiili (alt) taşıyana karşı isterse asıl taşıyana karşı doğrudan dava açabilecektir. Müteselsil sorumluluğun uygulanamayacağı durumlarda ise, yolcu doğrudan asıl taşıyana karşı dava açacaktır. Asıl taşıyan daha sonra fiili (alt) taşıyana kusuru oranında rücu edebilecektir.

Somut olayda, asıl taşıyan ile fiili (alt) taşıyan birlikte sorumlu tutulabiliyorlarsa, sorumluluk müteselsil olacaktır. (2002, m. 4/5, TTK m. 1257/5).

Sorumluluğun müteselsil olduğu durumlarda, yolcu (veya mirasçıları) her ikisine birden tek bir dava dilekçesiyle dava açabileceği gibi farklı dava dilekçeleriyle dava açabilir. Ancak, hangi yol uygulanırsa uygulansın tek tazminat isteyebilecektir⁷². Fiili (alt) taşıyan, ödeme yapmış ise, asıl taşıyan ile aralarındaki iç ilişkiye dayanarak, asıl taşıyana rücu hakkına da sahiptir⁷³. Ödemeyi asıl taşıyan yapmış ise, asıl taşıyan ödediği tazminattan fiili (alt) taşıyanın kusuru oranında rücu edebilecektir.

TTK m. 1257/3'te⁷⁴ fiili (alt) taşıyan bakımından sorumlu tutulamayacağı durum ve koşullara yer verilmiştir.

Asıl taşıyan, TTK'da açıkça düzenlenmemiş olan bir borç veya yükümlülük altına girmeyi (örneğin kusursuz sorumluluk anlaşmasını) yolcu

⁷⁰ TTK m. 1257/1'e göre, 'Taşımanın tamamının veya bir kısmının yapılması, bir fiili taşıyana bırakılmış olsa bile, taşıyan taşımanın tamamından bu Bölüm hükümlerine göre sorumlu kalmakta devam eder. Fiili taşıyan da, taşımanın kendisi tarafından yapılan bölümü için, bu Bölüm hükümlerine göre sorumludur'.

⁷¹ TTK m. 1257/2'ye göre, 'Taşıyan, taşımanın fiili taşıyan tarafından yapıldığı hâllerde, fiili taşıyanın kusurundan ve onun adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusurdan sorumludur'.

⁷² Atamer, s. 170.

⁷³ Atamer, s. 170.

⁷⁴ TTK m. 1257/3'e göre, 'Taşıyanın, kanunen kendisine yükletilmeyen bir borç veya yükümlülüğü üstlenmesi veya ona tanınan bir haktan vazgeçmesi sonucunu doğuran özel anlaşmalar, açık ve yazılı bir kabul olmadıkça, fiili taşıyan hakkında hüküm ifade etmez'.

taşıma sözleşmesiyle kabul etmiş ise veya kusura dayalı sorumluluk hakkından vazgeçmiş ise, bu anlaşmayı fiili (alt) taşıyan kabul etmemiş ise, bu anlaşma fiili taşıyan için geçerli olmayacaktır⁷⁵. Bu durumda, fiili (alt) taşıyan kusursuz fiillerinden dolayı sorumlu olmayacak ve fakat asıl taşıyan sorumlu olacaktır. (2002, m. 4/3, TTK m. 1257/3).

Fiili (alt) taşıyanın taşıma faaliyetini yerine getirdiği süre içinde kendi kusurundan sorumludur. Bu süre içinde asıl taşıyanın da kusuru varsa, ondan sorumlu tutulamaz⁷⁶.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 1/1-1.b'de fiili (alt) taşıyan, TTK m. 1248/2'deki düzenlemedeki aynı ifadeler ile düzenlenmişti. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. m. 2/1-1.b'de fiili (alt) taşıyan, TTK m. 1248/2'deki düzenlemedeki aynı ifadeler ile düzenlenmiştir.

b. Fiili (Alt) Taşıyanın Sözleşme Dışı (Haksız Fiil) Sorumluluğu

Fiili (alt) taşıyan, taşıma sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verdikleri zararlardan ve sözleşmenin ifası ile bağlantılı olmayan durumlarda gerek yolcu gerekse üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı, sözleşme dışı, yani, haksız fiil hükümlerine göre doğrudan kendileri tek başına sorumludurlar.

Öğretide Can'a göre, fiili (alt) taşıyan ile yolcular arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, taşıma faaliyeti sırasında yolcunun uğradığı zararlara karşı, yolcu veya yakınları, fiili (alt) taşıyana karşı eTTK'da taşıyanın sorumluluğu hükümlerine dayanarak başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu durumda, yolcu veya yakınları, fiili (alt) taşıyan veya onun adamlarının sebep oldukları zararlara karşı, sözleşme dışı sorumluluk (eTBK m. 41/TBK m. 49, eTTK m. 947/TTK m. 1062) hükümlerine başvurabilirler. Yani, yolcu veya yakınları, fiili (alt) taşıyanın sözleşmenin ifası sırasında yolculara karşı verdiği zarardan dolayı söz-

leşme dışı, yani, haksız fiil hükümlerine göre doğrudan kendileri tek başına sorumlu olacağı kabul edilmiştir⁷⁷. Burada, fiili (alt) taşıyan veya onun adamlarının asıl taşıyanın ifa yardımcıları (eTBK m. 100/TBK m. 66) konumunda oldukları açıktır. Buna göre, yolcu veya yakınları uğradıkları zararlara karşı, asıl taşıyana karşı sözleşmeye dayanan sorumluluk yoluna başvurabilirler⁷⁸.

Bize göre, eTTK'da fiili (alt) taşıyan ve sorumluluğu konusunun ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olması karşısında TTK'da açıkça düzenlenmiş olmasından yola çıkılarak, sözleşmenin ifası sırasında yolcunun uğradığı zararlar bakımından TTK m. 1257'de fiili (alt) taşıyan bakımından da bu bölüm hükümlerine göre (sözleşmeye dayalı) sorumluluğun kabul edildiği söylenmelidir. Çünkü, TTK m. 1257/4'te asıl taşıyan ile fiili (alt) taşıyan arasında *birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsil sorumluluk* kabul edilmiş, TTK m. 1257/1-son'da ise, birlikte sorumlu olunamayacak duruma yer verilerek, bu durumda sözleşmeye dayanan sorumluluğa yer verilmiştir. Asıl taşıyan ile fiili (alt) taşıyan arasında *birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsil sorumluluk* kabul edildiği durumlarda da sözleşmeye dayalı sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak, bu sözleşmeye dayalı sorumluluk, asıl taşıyan ile fiili (alt) taşıyan arasındadır. Fiili (alt) taşıyan ile yolcu ve üçüncü kişiler arasında sözleşme olmadığı için sözleşmeye dayalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

c. Fiili (Alt) Taşıyanın Asıl Taşıyana Karşı Sorumluluğu

Fiili (alt) taşıyanın asıl taşıyana karşı sorumluluğu, kendi aralarında yaptıkları taşıma sözleşmesine dayanmaktadır. Buna göre, fiili (alt) taşıyan, sözleşme gereği taşıma faaliyetini yerine getirirken yolcuya verdiği zarardan dolayı sorumludur. TTK m. 1257/4'te, taşıyan ile fiili taşıyanın sorumlulukları, birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsil olduğu kabul edilmiştir. Buna

⁷⁵ Atamer, s. 170.

⁷⁶ Atamer, s. 170.

⁷⁷ Can, s. 25, 104, 120.

⁷⁸ Can, s. 25.

göre, yolcu, müteselsil sorumluluk gereği, ister doğrudan fiili (alt) taşıyana isterse asıl taşıyana tazminat davası açabilir. Eğer, doğrudan asıl taşıyana dava açarsa, asıl taşıyan yolcuya ödediği tazminat miktarı için fiili (alt) taşıyana kusuru oranında rücu edebilir⁷⁹. Bu durumda, fiili (alt) taşıyanın asıl taşıyana karşı sorumluluğu, kusuru oranındadır.

TTK 1256/8'de, '*Bu Bölüm hükümleri, taşıyanın üçüncü kişilere karşı sahip olduğu rücu hakkı...haklarını ihlal etmez*' hükmüne yer verilerek, asıl taşıyan bakımından rücu hakkının ortadan kaldırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra düzenlemesi, sistematik yorum yoluyla hareke edildiğinde, rücu hakkının kısıtlanamayacağı kişi olarak, sadece asıl taşıyanı kapsadığı söylenebilecektir. TTK m. 1257/5'te, '*Bu madde hükümleri, taşıyan ile fiili taşıyan arasındaki rücu ilişkisini etkilemez*' hükmüne yer verilerek asıl taşıyanın TTK 1256/8'deki düzenleme ile uyum sağlanmış ve ortaya çıkabilecek tereddütler kaldırılmıştır.

Fiili (alt) taşıyan, gemi adamlarının kusurları ile yolcu ve bagajına verdikleri zararlardan dolayı gemi adamlarına rücu hakkını kullanabilir. Bu konuda bir yasak bulunmamaktadır.

B. ASIL TAŞIYAN İLE FİİLİ (ALT) TAŞIYANIN SÖZLEŞME DIŞI HUKUKİ SORUMLULUĞU/ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

TTK'da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerde sorumluluğun kaynağı veya temeli sözleşme olarak kabul edilmiştir. Çünkü, *beşinci bölümün kenar bağılığı, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesidir*. Ancak, deniz yoluyla yolcu taşımalarında sözleşmeye dayanan sorumluluk, sözleşmenin ifası sırasında (zaman bakımından) ve ifası ile ilgili (konu bakımından) olmalıdır. Nitekim bu husus, TTK m. 1256/7'de açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda, deniz yoluyla yolcu taşımalarında sözleşmenin ifası sırasında ve fakat ifası ile ilgili olmayan, yolcu ve/veya bagajının zarara uğ-

ramasına neden olan durumların veya olayların meydana gelmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda, söz konusu zararlar, asıl veya fiili (alt) taşıyanın kusurlu fiilinden kaynaklanmış ise, asıl veya fiili (alt) taşıyan, kusurlu fiilinden kaynaklanan zararlardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklardır. Örneğin, taşıma sırasında yolcu ile asıl veya fiili (alt) taşıyan arasında şahsi nedenlere dayalı tartışma çıkar ve bunun üzerine asıl veya fiili (alt) taşıyan yolcu ve/veya bagajına zarar verirse, bu zarardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

Öğretide bir görüşe göre, taşıma faaliyeti sırasında yolcunun ölmesi veya yaralanması durumunda, ölen yolcunun yakınları veya yaralanan yolcu, asıl ve/veya fiili (alt) taşıyana karşı sözleşmeye aykırılığa dayanarak başvurma hakkı olsa bile ölüm ve/veya yaralamaya neden olanlara karşı haksız fiili hükümlerine dayanarak da başvurabilirler⁸⁰.

IV. SORUMLULUĞUN KOŞULLARI VE KAPSAMI

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde, asıl ve fiili (alt) taşıyanın sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan koşullar, alt unsurlara ayrılarak incelenebilir.

A. YOLCUNUN VE/VEYA BAGAJININ TAMAMEN VEYA KISMEN ZARAR GÖRMESİ VEYA HASARA UĞRAMASI=BİR ZARARIN MEYDANA GELMESİ

Yolcunun ve/veya bagajının kısmen veya tamamen zarar görmesi veya hasara uğraması, kendi içinde farklı ihtimaller içermektedir. Kanunda bu farklı ihtimaller, yolcunun ölümü, yaralanması, bagajın zıyı ve hasara uğraması şeklinde

⁷⁹ Can, s. 121.

⁸⁰ Can, s. 121; Çetingil, Ergon A., 'Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta', Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu İle Yolcu ve Bagaj Taşıma, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşıyıcılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 24-25 Ocak 1985, Maçka-Istanbul, s. 145, 41 nolu dipnot.

ifade edilmiştir. Biz de konuyu kanundaki ayrımı esas alarak farklı bir sınıflandırma ile inceleyeceğiz.

1. Tam Zarar

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında taşıyanın kusurlu hareketi nedeniyle yolcu ve/veya bagajı tam zarara uğrayabilir. Yolcunun tam zarara uğraması, ölüm şeklinde, bagajın tam zarara uğraması, eşyanın zıyayı/yok olması (artık bir daha kullanılamaz hale gelmesi) şeklinde gerçekleşebilir.

a. Yolcunun Ölümü

TTT m. 1256/1-ilk cümleye göre, *‘Taşıyan, yolcunun gemi kazası yüzünden ölmesi ... doğan zarardan sorumludur’*.

Taşıyanın yolcunun ölümünden sorumluluğu, eTTK m. 1130/1’de açıkça düzenlenmiştir. TTK’da sorumluluğun kapsamı ve sınırı, yolcunun ölümü ve yaralanması şeklinde belirlenmiştir⁸¹.

Taşıyanın yolcunun ölümünden sorumlu tutulabilmesi için ölümün taşıma faaliyeti sırasında gerçekleşmesi gerekir. Taşıma faaliyetinin kapsamı, yer ve zaman olarak belirlenecektir. Buna göre, yer olarak, gemiye binme, gemide bulunma ve gemiden inme yeri, zaman olarak ise, gemiye binme, yolculuk sırası ve gemiden inme zamanını kapsar. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında yolcunun feribotun batması⁸², diğer

kararında ise vapurdan inerken⁸³ öldüğü olayda taşıyanı yolcunun ölümünden sorumlu tutmuştur.

Taşıyan, kendisi, gemi adamları ve başka adamlarının (yardımcılarının) kusurlu filleri üzerine yolcunun ölmesi durumunda onun mirasçılara, yaralanması halinde kendisine karşı sorumludur⁸⁴. (TTK m. 1130’dan 806/2’ye atfen). Buradaki sorumluluğun kaynağı, sözleşmeye dayanmaktadır⁸⁵.

Öğretide Çetingil’e göre, taşıyan donatan veya gemi işletme müteahhidi değilse, yani başkasına ait bir gemiyi kiralayarak yolcu taşımakta ise; donatan, gemi işletme müteahhidi ve gemi adamları taşıyanın yardımcıları kapsamında değerlendirilmeli, bu kişilerin kusurlarından sorumlu tutulmalıdır. Sorumluluk, eTBK m. 100’e göre değil, eTTK m. 806’ya göre olmalıdır⁸⁶. Ancak, öğretide Okay, bu gibi durumlarda, eTBK m. 100’e göre sorumluluk yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁷.

Sorumluluk, maddi ve manevi niteliktedir⁸⁸.

⁸¹ Atamer, s. 158.

⁸² Davacılar vekili, davalıların malik, işletmecisi ve kaptanı olduğu feribotta bir kısım müvekkillerinin annesi, kardeşi ve yeğenin yolcu olarak bulunduğu sırada feribotun battığını ve müvekkillerinin yakınlarının vefat ettiğini, bu nedenle müvekkillerinin manevi olarak zarara uğradıklarını, yine bir kısım müvekkillerinin kamyonlarının aynı feribotta suya battığını ve bu nedenle maddi zararların bulunduğunu ileri sürerek, dava dilekçesinde ayrıntılı olarak belirtilen toplam 124.000 YTL manevi ve 41.716 YTL maddi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı Köylere Hizmet Götürme Birliği vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2012/7654. Karar No :2012/10212. Tarihi: 22/09/2010.

⁸³ Davacı vekili, asıl ve birleşen davasında, müvekkillerinin murisinin davalı şirkete ait Bahçekapı adlı vapur ile Eminönü’ne gitmek üzere Kadıköy’den vapura bindiğini, vapurun iskeleye tam yanaşmadan güvenlik zincirlerini açtığını ve tedbirleri alınmamış güvensiz inişleri sırasında arkadan gelenlerinde itmesiyle vapurdan inerken dengeğini kaybettiğini, vapur ile iskele arasına düşerek sıkışan murisin, kafatasının ezilmesi sonucu hayatını kaybettiğini, taşıma mukavelesinden kaynaklanan gemi kazası nedeniyle davalının maddi ve manevi zararlardan sorumlu bulunduğunu ileri sürerek asıl davada fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile müvekkillerinden eş ve çocukların her biri için ayrı ayrı 1.000 TL maddi, 50.000 TL manevi, ölenin kardeşi Metin Polat için 15.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, birleşen davasında da ölen Gülay Polat’ın desteğinden yoksun kalan eşi ve çocukları için 60.000 TL maddi ve manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

⁸⁴ Okay, s. 264; Çetingil, s. 143; Ilgın, s. 243.

⁸⁵ Ilgın, s. 243.

⁸⁶ Çetingil, s. 143.

⁸⁷ Okay, s. 262.

⁸⁸ Okay, s. 264; Tekil, Deniz Ticareti Hukuku, s. 166; Doğanay, s. 136; Çetingil; bulunmayacağı hem öğreti hem de uygulamada tartışmalı bir konudur. Bu konudaki geniş tartışmalar için bkz, Nisim, Franko, ‘Yargıtay Kararları Açık-

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında, manevi tazminata hükmedilebilmesi için ölen yolcu ile belirli derece (üçüncü ve dördüncü derece kan hasımlığı) akrabalık ilişkisinin varlığını yeterli görmemiş, bu akrabalık ilişkisinin yanında ayrıca duygusal yakınlığın var olması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi manevi tazminata hükmettiği başka bir kararında manevi tazminatın gerçek anlamda bir tazminat olmadığını ifade etmiştir⁹⁰.

Ölen yolcunun mirasçıları, haksız fiil hükümlerine dayanarak da dava açabilirler⁹¹. Bu durumda ispat yükü, davacıya ait olacaktır⁹². Davacı, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağına ispatlayacaktır⁹³.

Yolcunun ölümü, deniz yoluyla taşıma sırasında meydana gelmemiş ise, doğan zararlardan sorumluluk için, taşıyan kusurlu olmalıdır. Kusu-

run varlığını ispat, davacıya düşer⁹⁴. Ölüm, taşıma sırasında meydana gelmiş ise, taşıyan sadece meydana gelen zarar ile sorumludur ve davacı, zararın taşımadan kaynaklandığını ve zararın miktarını ispatlamalıdır⁹⁵.

Yolculuğun gecikmesi, yolcunun ölümü dışında başka bir sözleşme ihlalidir. Bu nedenle, gecikme durumlarında, ölüme dayanılmaz⁹⁶.

Yolcunun ölümünden anlaşılması gereken beyin ölümüdür. Bu nedenle, bitkisel hayatta bulunma hali, ölüm değildir.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de ve 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de taşıyanın yolcunun ölümünden sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir.

b. Bagajın Zıyaı/Yok Olması

TTK m. 1256/3-ilk cümleyle göre, '*Kabin bagajının zıya ... uğramasına yol açan kazanın gerçekleşmesinde kusuru bulunan taşıyan, bu yüzden uğranılan zarardan sorumludur*'.

Taşıyanın bagajın zıyaından dolayı sorumluluğu, eTTK m. 1128/2'de⁹⁷ açıkça düzenlenmişti. eTTK m. 1128/2'deki düzenlemenin aynısı veya benzerine TTK'da yer verilmemiştir. eTTK m. 1128/2'deki düzenleme, aslında sorumluluğun doğabilmesi için gerekli olan ön koşulu düzenlemektedir. Bu ön koşul, eşyanın yetkili kişiye teslim edilmiş olmasıdır.

sından Taşıyıcının Mes'uliyetine Müteallik Bazı Mes'eleler', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 20-21 Mart 1987, 317 vd. Yazar, manevi zarara hükmedilebileceği görüşündedir. Bkz, s. 318; **Tekil**, s. 344.

⁸⁹ Öte yandan mahkemece ölenlerle davacılar arasındaki duygusal yakınlıklar araştırılmadan belirli bir rayiç esas alınarak yeğen, enişte, yenge, kayınbirader, amca, hala, hala oğlu, amca kızı, teyze, teyze oğlu yararına manevi tazminat takdir edilmesi de doğru olmamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/8169. Karar No: 2011/7328. Tarihi: 16/03/2009.

⁹⁰ ...manevi tazminat isteminin ise, maruz kaldığı deniz kazası sonucu %8,1 oranında sürekli iş göremez olan davacının yaşadığı acı ve üzüntü nedeniyle manevi zarara uğradığının sabit olması, manevi tazminatın gerçek anlamda bir tazminat olmayıp, mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmemesi ve bir ceza da olmaması, tarafların sıfatları, davacının ekonomik sosyal durumu nazara alınarak kısmen kabulü ile 10.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihi olan 14.01.2008 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2014/17455. Karar No: 2015/2566. Tarih: 25/02/2015.

⁹¹ **Okay**, s. 264; **Doğanay**, İsmail (1976), 'Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi', Yargıtay Dergisi, s. 135; **İlgin**, s. 244. Yazar, hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanılabileceğini ifade etmektedir.

⁹² **Okay**, s. 264; **İlgin**, s. 244.

⁹³ **Okay**, s. 264.

⁹⁴ **Algantürk**, Didem (2003), 'Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonu'na 2002 Protokolü ile Getirilen Temel Değişiklikler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 585.

⁹⁵ **Algantürk**, s. 585.

⁹⁶ **Atamer**, s. 158.

⁹⁷ TTK m. 1128/2'ye göre, '*Bagaj kaptan veya bu hususa memur edilen şahıs tarafından teslim alınmış olursa zıya veya hasarı halinde 1061, 1063 üncü ve 1065 - 1068 inci maddeler hükümleri tatbik olunur. Kıymetli eşya, sanat eserleri, para ve kıymetli evrak için ancak malın cinsi ve kıymeti teslim sırasında kaptana veya memur edilen şahsa bildirilmiş olduğu takdirde taşıyan mesul olur*'.

Tam zıya, eşyanın tamamen kullanılamaz hale gelmesi veya teslim edilemez hale gelmesidir⁹⁸. Başka bir ifadeyle, bagajın zıyaı, bir eşyadan yararlanma imkânının tamamen sona ermesini ifade eder. Bir eşyadan yararlanma imkânının tamamen sona ermesi, söz konusu eşyanın tamamen yok olması (yanması, denize düşmesi) şeklinde olabileceği gibi, kullanma imkânının tamamen ortadan kalkması (kullanılamaz şekilde kırılması, parçalanması) şeklinde de olabilir⁹⁹.

Bagajın belirli bir süre yolcuya iade edilememesi bagajın zıyaı olarak kabul edilemez¹⁰⁰. Öğretide Can'a göre, bagajın geç iade edilmesi durumunda iadede gecikilen süre, bagajın zıyaı olması durumunda olduğu gibi bir sonuç doğuracak nitelik taşıyorsa, bagajın zıyaının koşullarının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir¹⁰¹.

Bagajın bir başkası tarafından çalınması veya yanlışlıkla alınması sonucu bagaj yolcuya zamanında teslim edilememişse, bagajın zıyaının sonuçları doğabilir. Bu gibi durumlarda, bagaj tekrar bulunur veya ele geçirilir ise, bu durum yolcuya bildirilmelidir. Yolcu, bu durumda dilerse, kendisine ödenen tazminatı geri vererek bagajını geri alabilir¹⁰².

Bagajın geç teslimi durumunda bir zarar meydana gelmişse, borçlar hukuku genel hükümlerine göre tazminat istenebilir¹⁰³.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de taşıyanın bagajın zıyaından dolayı sorumluluğuna yer verilmişti. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/3'te TTK m. 1256/3-ilk cümledeki hükmün büyük oranda benzeri yer almaktadır. Aralarındaki fark, TTK m. 1256/3-ilk cümlede '*kusur*' kelimesine yer verilmiş olup, 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/3'te '*kast veya ihmâl*' kelimelerine yer verilmiş olması noktasındadır.

⁹⁸ **Çağa, Tahir/ Kender, Rayegan** (2010), *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi*, İstanbul, s. 141.

⁹⁹ **Can**, s. 86.

¹⁰⁰ **Can**, s. 86.

¹⁰¹ **Can**, s. 86.

¹⁰² **Can**, s. 86.

¹⁰³ **Can**, s. 86.

2. Kısmi Zarar

a. Yolcunun Yaralanması

TTT m. 1256/1-ilk cümleye göre, '*Taşıyan, yolcunun ... yaralanmasından doğan zarardan sorumludur*'.

eTTK'da yolcunun ölümü halinde sorumluluk açıkça düzenlenmiş (eTTK m. 1130/1) iken yolcunun yaralanması düzenlenmemiştir. eTTK m. 1130'un kenar başlığı, '*Taşıyanın ölüm veya cismani zarar halindeki mükellefiyetleri*' şeklindeydi. Maddenin kenar başlığında yolcunun yaralanması (cismani zarara uğraması) durumuna açıkça yer verilmiş olmakla birlikte, madde içeriğinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, TTK m. 1256/1-ilk cümledeki düzenleme ile yolcuların yaralanması durumunda taşıyanın sorumluluğunun açıkça düzenlenmiş olması isabetli olmuştur.

eTTK'da yolcunun yaralanması açıkça düzenlenmediği için, bu hükmün eTTK m. 1128/2'de navlun (eşya taşıma) sözleşmesine ilişkin TTK m. 1061, 1063, 1065-1068 arasındaki madde hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Yolcunun yaralanması, deniz yoluyla taşıma faaliyeti kapsamında gerçekleşmiş olması gerekir. *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi* bir kararında, deniz kazasına bağlı meydana gelen yolcu yaralanmasında, taşıyanın gemiyi denize ve yola elverişli bulundurmamakla yükümlü uymadığı¹⁰⁴, başka bir kararında iskele ile vapur arasına konulan seyyar merdivenin ıslak ve kaygan olması nedeni ile kayarak düşüş

¹⁰⁴ Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı fiili taşıyan Aynacıoğlu Deniz Taşımacılığı Turizm Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. ile davalı kaptan Orhan'ın her durumda gemiyi denize ve yola elverişli bulundurmamakla yükümlü olduğu, geminin denize elverişlilik belgesinin bulunmasının denize elverişli olduğunu tek başına ispata yeterli olmadığı, donatan ve kaptanın geminin gerekli ve yeterli bakımını, servis hizmetlerinin zamanında yerine getirmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu, gemi jurnaline kazanın iskele makinasının şanzıman telinin kopması sonucu meydana geldiğinin kaydedildiği... *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi*, Esas No: 2014/17455. Karar No: 2015/2566. Tarih: 25/02/2015.

yaralanması¹⁰⁵ başka bir kararında ise, görevlilerinin sorumluluğu altındaki merdivenin iyi sabitlenmemesi nedeni ile davacının merdiven üzerinden kayarak düşerek yaralandığı¹⁰⁶ olaylarda taşıyanı, gerçekleşen yaralama neticesinden sorumlu tutmuştur.

Yolcunun yaralanması, deniz yoluyla taşıma sırasında meydana gelmemiş ise, doğan zararlar-dan sorumluluk için, taşıyan kusurlu olmalıdır. Kusurun varlığını ispat, davacıya düşer¹⁰⁷. Yaralanma, taşıma sırasında meydana gelmiş ise, taşıyan sadece meydana gelen zarar ile sorumludur ve davacı, zararın taşımadan kaynaklandığını ve zararın miktarını ispatlamalıdır¹⁰⁸.

Yolcunun gecikmesi, yolcunun yaralanması dışında başka bir sözleşme ihlalidir. Bu nedenle, gecikme durumlarında, ölüm veya yaralama dayanılmaz¹⁰⁹.

b. Bagajın Zarar Görmesi/Hasara Uğraması

TTT m. 1256/3-ilk cümleye göre, 'Kabin bagajının ... hasara uğramasına yol açan kazanın gerçekleşmesinde kusuru bulunan taşıyan, bu yüzden uğranılan zarardan sorumludur'.

Taşıyanın bagajın zıyaından dolayı sorumluluğu, eTTK m. 1128/2'de açıkça düzenlenmiştir. eTTK m. 1128/2'deki düzenlemenin aynısı veya benzerine TTK'da yer verilmemiştir. eTTK m. 1128/2'deki düzenleme, aslında sorumluluğun

doğabilmesi için gerekli olan ön koşulu düzenlemektedir. Bu ön koşul, eşyanın yetkili kişiye teslim edilmiş olmasıdır.

Hasar, eşyanın değerini azaltan her türlü maddi anlamda kötüleşmeyi ifade eder. Başka bir ifadeyle, eşyadaki maddi anlamda kötüleşmenin eşyanın değerini azaltmış olması gerekir¹¹⁰. Azaltmamış ise, hasardan bahsedilemez¹¹¹. Eşyanın kısmen kullanılmaz veya teslim edilemez hale gelmesi ise kısmi zıya kapsamındadır¹¹². Bize göre, hasara uğrama, salt değer azalması ölçütü ile açıklanamaz. Bu nedenle, malın hasara uğramadan önceki haline göre sağlığını, kullanıma elverişliliğini, asli şeklini bozucu her türlü olumsuz etki, hasar olarak kabul edilmelidir. Hasara uğrayan eşya, tamir edilerek eski haline göre daha değerli hale getirilebilir. Bu durum, hasara uğramış olma halini ortadan kaldırmamalıdır.

Yolcu, hasara uğramış olan bagajı oluşturan eşyayı/malı taşıyandan geri alır¹¹³. Ancak, meydana gelen hasar, bagajı oluşturan eşyanın/malın değerini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte ise, hasar değil, zıyadan bahsedilecektir. Bu durumda, bagajı oluşturan eşyanın/malın geri alınması söz konusu olmayacaktır¹¹⁴. Meydana gelen hasar, bagajı oluşturan eşyanın/malın değerini önemli ölçüde düşürmüş ise, yolcudan bagajı oluşturan eşyayı/malı geri alması istenmemelidir¹¹⁵.

TTK m. 1256/6'da bagajın zıyaı veya hasarının kapsamını genişleten bir hükme yer verilmiştir. TTK m. 1256/6'ya göre, 'Bu Bölümün uygulanmasında, "bagajın zıyaı veya hasarı", gemide taşınmış veya taşınmış olması gereken bagajın, iş hukuku uyumsuzluklarından kaynaklanan gecikmeler hariç, geminin varmasından itibaren uygun bir

¹⁰⁵ Davacı vekili; müvekkilinin 18.03.2011 tarihinde davalı şirkete ait yolcu vapurunun Karşıyaka iskelesine yanaşıp yolcuların vapurdan inmesi amacı ile iskele ile vapur arasına konulan seyyar merdivenin ıslak ve kaygan olması nedeni ile kayarak düşüp yaralandığını, bu nedenle manevi üzüntüye uğradığını ileri sürerek 10.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2015/15122. Karar No: 2017/2801. Tarih: 10/05/2017.

¹⁰⁶ ...yolcuların vapurdan inmesi amacı ile davalı şirketin görevlilerinin sorumluluğu altındaki merdivenin iyi sabitlenmemesi nedeni ile davacının merdiven üzerinden kayarak düşerek yaralandığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2015/15122. Karar No: 2017/2801. Tarih: 10/05/2017.

¹⁰⁷ Algantürk, s. 585.

¹⁰⁸ Algantürk, s. 585.

¹⁰⁹ Atamer, s. 158.

¹¹⁰ Can, s. 87.

¹¹¹ Çağa/Kender, s. 141; Demirçivi Mineliler, Zeynep (2007), 'Deniz Yoluyla Taşımacılıkta Yükün Zıyaı ve Hasarından Doğan Sınırlı Sorumluluk', Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı İzmir, s. 961.

¹¹² Çağa/Kender, s. 141.

¹¹³ Can, s. 87.

¹¹⁴ Can, s. 87.

¹¹⁵ Can, s. 87.

süre içinde yolcuya geri verilmemesinden doğan malvarlığı zararını da içerir’.

eTTK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmişti. Bu düzenleme, yolcu lehine getirilmiş bir düzenleme niteliğindedir.

TTK’da ziya ve hasar düzenlenmiş ve fakat kaybolma düzenlenmemiştir. Bagajın kaybolması, bagajın cismen bulunmaması veya bulunmakla birlikte ondan yararlanmanın mümkün olmamasını ifade eder¹¹⁶. Bagajın kaybolması, ziya kapsamında değerlendirilmelidir.

Bagajın ziyayı veya hasara uğradığının bildirimini TTK m. 1269’da¹¹⁷ düzenlenmiştir.

Uluslararası hukuk bakımından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1’de ve 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/3’te taşıyanın bagajın hasarından dolayı sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir.

Kanada deniz hukukunda, yolcunun bagajı konusunda asıl taşıyanın tam sorumluluğu bulunmaktadır¹¹⁸.

Kanada deniz hukukunda taşıyan, yolcunun kişisel bagajının kaybolmasından sorumlu değildir. Çünkü, yolcu bagajını teslim etmemiştir¹¹⁹.

2. Bagajın Hasar Görmesi/Zarara Uğraması Şekilleri

Bagajın hasar görmesi/Zarara uğraması kendi içinde farklı şekillerde alt sınıflara ayrılabilir.

a. Maddi Zarar

Maddi zarar, sözleşmenin konusunu oluşturan malın zarara uğramadan önceki değeri ile zarara uğradıktan sonraki değer arasındaki farkı ifade eder¹²⁰.

b. Manevi Zarar

Manevi zarar, sözleşmenin yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi (ihlali) sonucu sözleşmenin taraflarından birinin (hakkı zarara uğrayan taraf) uğradığı manevi anlamdaki duyduğu üzüntü ve acıyı ifade eder.

Sözleşmeye uyulmaması sonucu manevi yönden zarar gören kişi, TBK m. 114/2 gereğince, TBK m. 56’ya¹²¹ göre tazminat davası açabilir¹²².

c. Müspet Zarar

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararı ifade eder. Başka bir ifade ise, borç, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alınacak malvarlığında meydana gelecek değişiklik (artış) ile borcun tam ve gereği gibi yerine getirilmediği durumda malvarlığının gösterdiği durum (artışın olmaması) arasındaki farkı ifade eder¹²³.

d. Menfi Zarar

Menfi zarar, sözleşmenin kurulamaması veya kurulmuş olsa bile geçersiz olmasından doğan zararı ifade eder. Menfi zararda, sözleşmeye bağlanan güven duygusunun boşa çıkmasından doğan zarar söz konusudur¹²⁴.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde, sözleşmenin kurulamamasına bağlı menfi zarardan bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Ancak, kurulan sözleşmenin geçersiz hale gelmesinden

¹¹⁶ Önder, s. 223.

¹¹⁷ TTK m. 129’a göre, ‘(1) Yolcu, bagajın ziyayı veya hasarını; a) Haricen belli ise, kabin bagajının indirilmesinden önce veya indirilirken, diğer bagajın tesliminden önce veya teslimi sırasında, b) Haricen belli değilse, bagajın indirilmesinden veya tesliminden ya da teslim edilmesi gereken tarihten itibaren onbeş gün içinde, taşıyana veya temsilcisine yazılı olarak bildirir. (2) Yolcu bu bildirim yapmadıysa, aksi ispat edilene kadar, bagajı iyi hâlde aldığı kabul edilir. (3) Bagajın durumu, teslimi sırasında bir ortak inceleme veya tespit işlemine konu olmuşsa, yazılı bildirim gerek yoktur’.

¹¹⁸ Dion, s. 2.

¹¹⁹ Dion, s. 3.

¹²⁰ Eren, s. 1052.

¹²¹ TBK m. 56’ya göre, ‘(1) Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. (2) Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir’.

¹²² Eren, s. 1054.

¹²³ Eren, s. 1056.

¹²⁴ Eren, s. 1057.

doğan müspet zarar söz konusu olabilir. Örneğin, yolcunun satmak üzere yanına aldığı değerli eşya ve sevgilisine hediye etmek için hazırlamış olduğu eşyanın yolculuk sırasında kaza nedeniyle zıyı veya hasara uğraması nedeniyle duyulan üzüntü, manevi tazminatı, meydana gelen maddi kayıp maddi tazminatı gerektirir. Bu durumda, satmak için yanına aldığı eşya açısından müspet zarardan bahsedilebilir.

TTK m. 1256/5-d'de tazminata konu edilemeyecek zarar türüne yer verilmiştir. TTK m. 1256/5-d'ye göre, '*Zarar, cezalandırıcı veya caydırıcı nitelikteki tazminatı kapsamaz*'.

Madde gerekçesinde, cezalandırıcı veya caydırıcı nitelikteki tazminattan ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu ifadelerin sözleşmelerdeki cezai şart ve cayma akçesi olarak anlaşılması mümkün olabilir.

Böyle bir düzenlemeye eTTK'da yer verilmemiştir.

Yolcu ve bagajının zarar görmesine neden olan durum, gemi kazasıdır. Gemi kazasından ne anlaşılması gerektiği, TTK m. 1256/5-a'da belirtilmiştir.

TTK m. 1256/5-a'ya göre, '*Gemi kazası, geminin enkaz hâline gelmesini, alabora olmasını, karaya oturmasını, çatmayı, gemideki infilâkı, yangını ve arızayı ifade eder*'.

Böyle bir tanıma eTTK'da yer verilmemiştir.

Yolcuların yaralanması, bagajın zıyı veya hasara uğramasına neden olabilecek bir durum, gemi arızasıdır. Gemi arızasından ne anlaşılması gerektiği, TTK m. 1256/5-c'de belirtilmiştir.

TTK m. 1256/5-c'ye göre, '*Gemideki arıza, yolcuların gemiyi terkinde, tahliyesinde, gemiye binmeleri ve inmelerinde; geminin yürütülmesinde, dümen tutulmasında, güvenli seyrüseferinde, yanaşmasında, demirlemesinde, rıhtıma ve demirleme yerine varmasında veya buradan ayrılmasında; gemiye su yürümesi hâlinde, zararın kontrolünde; can kurtarma araçlarının suya indirilmesinde kullanılan gemi kısımlarının veya teçhizatının hiç veya*

gereği gibi çalışmaması ya da denizde güvenlik kurallarına uygun olmaması anlamına gelir'.

Böyle bir tanıma eTTK'da yer verilmemiştir.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesinde böyle bir tanım-lamaya yer verilmemiştir. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/5-a'da, TTK m. 1256/5-c'teki tanım-lamanın birebir aynısı yer almaktadır. TTK m. 1256'nın madde gerekçesinde, TTK m. 1256'daki düzenlemede 2002 tarihli Atina Sözleşmesinin temel alındığı belirtilmiştir.

3. Zarara Uğrayan Bagajın Teslim Edilen ve Teslim Edilmeyen Bagaj Olması

a. Teslim Alınmamış Bagaj

Öğretide Okay'a göre, bagaj, taşıyan veya adamları tarafından *teslim alınmamış ise*, sorumluluk eTBK m. 96'ya (TBK m. 112) göre olacaktır¹²⁵. Bagajın teslim alınmamış olması durumundaki sorumluluk, *sözleşme dışı sorumluluktur*¹²⁶. Teslim alınmayan bagaja örnek olarak, yolcunun el ve kabin bagajı verilebilir¹²⁷. Bagaj, taşıyan veya adamları tarafından *teslim alınmamış ise*, bu kişilerin bagajı koruma yükümlülüğü olmadığı için yolcu bu kişilerin kusurunun varlığını ispat ederek sorumluluk yoluna gidebilir¹²⁸. Öğretide Çetingil'e göre, bagaj, taşıyan veya adamları tarafından *teslim alınmamış ise, sözleşme dışı* sorumluktan dolayı eTBK m. 41 (TBK m. 49) yoluna başvurulabilir. Çünkü, bu gibi durumlarda taşıyanın bagajı koruma yükümlülüğü bulunmayacaktır¹²⁹. Bu durumda, gemi adamlarının kusurunu ispat yükü yolcudadır¹³⁰. Taşıyan aynı zamanda donatan ise, yolcu eTTK m. 947'de (TTK m. 1062) de dayanabilir.

¹²⁵ Okay, s. 266; Ilgın, s. 244.

¹²⁶ Önder, s. 223, 224.

¹²⁷ Önder, s. 224.

¹²⁸ Okay, s. 266; Tekil, s. 168. Öğretide Arkan'a göre, eşya taşıyıcıya teslim edilmemiş ise, haksız fiil hükümlerine göre sorumluluk yoluna gidilebilir. Karada yolcu taşımacılığı hakkında görüşler için bkz, Arkan, Sabih (1983), 'Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XII, Sayı 1, s. 21.

¹²⁹ Çetingil, s. 152. Benzer yönde görüşler için bkz, Ken-der/Çetingil, s. 141; Önder, s. 224.

¹³⁰ Tekil, s. 344.

Her iki durumda da, yolcu, taşıyan ve/veya gemi adamlarının kusurunu ispatlamakla yükümlüdür¹³¹.

Yolcunun zilyetliğinde kalan kabin bagajının zarara uğramasından dolayı, taşıyanın kendisinin, (2002, m. 3/3-ilk cümle, TTK m. 1256/3-ilk cümle) gemi adamlarının, (2002, m. 3/5-b, TTK m. 1256/5-b) fiili taşıyanın ve fiili taşıyanın gemi adamlarının kusuru (2002, m. 4/2, TTK m. 1257/2) varsa, taşıyan sorumludur¹³².

b. Teslim Alınmış Bagaj

Sorumluluk için, kural olarak, bagajın taşıyan veya onun gemi adamlarına teslim edilmiş olması gerekir¹³³. Bagaj, taşıyan veya onun gemi adamlarına *teslim edilmiş ise*, taşıyan sorumluluktan kurtulabilmek için zarara neden olma konusunda kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır¹³⁴. Bagajın teslim edildiği, bagaj fişi veya tankla ispat edilebilir¹³⁵.

Taşıyan gerek kendisi gerekse gemi adamlarının verdikleri zararlar bakımından sorumluluktan kurtulabilmesi için, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özenin gösterilmiş olması halinde bile kazanın ve buna bağlı olarak zararın önlenemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Bu durumda, taşıyan için ağırlaştırılmış kusur kabul edilmiş olmaktadır¹³⁶.

Bagajın; kıymetli eşya, mücevher, sanat eseri, para olması durumunda, bunların taşıyan, kapitan veya yetkili bir kişiye teslim edilmiş ve aynı zamanda teslim edilirken cins ve değerinin de bildirilmiş olması gerekir¹³⁷. Cins veya değerden sadece birinin bildirilmiş olması sorumluluk için yeterli değildir¹³⁸.

Öğretide Atamer'e göre, bagajın zıya ve hasara uğraması konusunda sorumluluk alanı geniş tutulmuştur. Bu nedenle, taşıyan sadece bagajın zıya ve hasarı değil, yolculuğun gecikmesinden dolayı da uğranılan zararlardan sorumludur¹³⁹. Yazara göre, TTK m. 1256/6'daki düzenlemenin tasarı halinde *gecikme kavramı* tanımlanmıştı.

Bagajın yolcuya geri verilmesi, taşıyana teslim edilmiş eşyalar için geçerlidir. Bu nedenle, teslim edilmemiş eşyalar bakımından gecikme söz konusu olmaz¹⁴⁰.

Taşıyanın zilyetliğinde olan bagaj bakımından taşıyanın sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Taşıyan, kendi kusuru, kendi gemi adamları, fiili (alt) taşıyan ve fiili (alt) taşıyanın gemi adamlarının kusurlarından dolayı, gemi kazası ve gemi kazası dışındaki kazalardan dolayı sorumludur¹⁴¹.

B. Borcun Yerine Getirilmemesi ile Meydana Gelen Zarar (Ölüm, Yaralama ve Bagajın Zıya veya Hasarı) Arasında Nedensellik Bağının Bulunması=Nedensellik Bağı

Yolcunun uğradığı zarar, taşıyan veya taşıyanın fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin (yardımcılarının) fiillerinden kaynaklanmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yolcunun uğradığı zarar ile taşıyan veya taşıyanın fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin (yardımcılarının) fiilleri arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir¹⁴².

Nedensellik bağı, nedensellik bağı kuran nedenin varlığı ile bu nedenin yokluğunu içinde barındırır. Bu nedenle, ilk önce, nedensellik bağı kurulmasında ilk etken olan *kaza*, daha sonra nedensellik bağı ortadan kaldıran (nedensellik bağının yokluğunu ifade eden) durumlara değinmek gerekir.

¹³¹ Çetingil, s. 152; Kender/Çetingil, s. 141.

¹³² Atamer, s. 177.

¹³³ Okay, s. 266; Önder, s. 221.

¹³⁴ Tekil, s. 168; Çetingil, s. 153.

¹³⁵ Karada yolcu taşımacılığı hakkında görüşler için bkz, Arkan, s. 22.

¹³⁶ Çetingil, s. 154.

¹³⁷ Çetingil, s. 155.

¹³⁸ Çetingil, s. 155; Doğanay, s. 2694; Kender/Çetingil, s. 143.

¹³⁹ Atamer, s. 158.

¹⁴⁰ Atamer, s. 158.

¹⁴¹ Atamer, s. 178.

¹⁴² Can, s. 87.

1. Nedensellik Bağının Varlığına Neden Olan Kaza Durumları

Kaza, iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. 1) Gemi kazası (Shipping accident) 2) Kaza (Accident). 2002 tarihli Atina sözleşmesinde yer alan bu ayırım, tercüme edilirken dikkate alınmamış ve gemi kazası kaza olarak kabul edilmiş ve kaza kelimesi içinde değerlendirilmiştir¹⁴³.

2002 tarihli Atina sözleşmesinde yer alan bu ayırım dikkate alınarak konuya yaklaşılması daha isabetlidir. Bu nedenle konu, bu ayırma göre incelenecektir.

a. Gemi Kazası

Gemi kazası, geminin tamamının veya belirli bir kısmının ya hiç çalışmaması ya da gereği gibi çalışmamasını ifade eder¹⁴⁴.

Gemi kazası şu halleri kapsamaktadır¹⁴⁵: 1)Geminin enkaz haline gelmesi, 2) Geminin alabora olması (batması), 3) Geminin karaya oturması, 4) İki veya daha çok geminin çatması, 5) Gemi-de patlama meydana gelmesi, 6) Geminin yanması, 7) Gemide arıza meydana gelmesi.

Gemi kazası sayılan haller sınırlı sayıdadır. Bu nedenle yorum yoluyla genişletilemezler. Çünkü, zorunlu sigorta yapılırken bu hallere dayalı yapılmaktadır. Ancak, gemi kazası sayılan bu hallerin her biri yorumlanabilir. Bu hallerin her biri yorum yoluyla genişletilebilir¹⁴⁶. Bu durumda, sınırlı sayıda belirtilen durumların dışında başka durumlar gemi kazası sayılmaz. Ancak, gemi kazası sayılan durumlar, yoruma tabi tutularak genişletilebilir.

Taşıyanın gemi kazasından kaynaklanan sorumluluğu TTK m. 1256'da ayrıca ve açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, TTK m. 1256/2'de taşıyanın gemi kazasından kaynaklanan sorumluluğunun ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olmasından yola

çıkılarak bir sonuca ulaşılabilir. Buna göre, bu düzenleme hükmünün tersi yorumundan (mefhumu muhalifinden) hareket edilip TTK m. 1256/1'de taşıyanın gemi kazasından kaynaklanan sorumluluğunun *dolaylı bir şekilde* düzenlendiği sonucuna ulaşılabilir.

TTK m. 1256/1'de yolcunun ölümü halinde taşıyanın hangi zararlardan sorumlu olacağı açıkça belirtilmemiştir. Konu, eTTK'da da belirsiz bırakılmıştı. Ancak, eTTK m. 1130'da eTTK m. 806'ya atfı yapılmıştı. eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde öğretide Can'a göre, yolcunun ölümü halinde yolcunun mirasçıları (yolcunun ölümünden dolayı onun yardımından mahrum kalanlar) genel hükümlere göre hareket etmeliydi. Bu durumda eTBK m. 45'e (TBK m. 53) göre sorumluluğun kapsamı belirlenmeliydi¹⁴⁷.

Yolcunun ölümü halinde yolcunun mirasçıları (yolcunun ölümünden dolayı onun yardımından mahrum kalanlar), uğradıkları manevi zararların da tazminini isteyebilirler. Manevi zararların tazminini TBK m. 56'ya göre (eTBK m. 47) isteyebileceklerdir¹⁴⁸.

Gemi kazalarında, kural, taşıyanın kusura dayalı sorumlu olmasıdır. Buradaki kusur, taşıyanın bizzat kendi kusurunu, gemi adamlarının kusurunu, fiili (alt) taşıyanın kusurunu ve fiili taşıya-

¹⁴⁷ **Can**, Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta, s. 108. TBK m. 53'e göre, 'Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özelliklerle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar'.

¹⁴⁸ **Can**, s. 109. TBK m. 56'ya göre, 'Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir'.

¹⁴³ **Atamer**, s. 160.

¹⁴⁴ **Atamer**, s. 161.

¹⁴⁵ **Atamer**, s. 160.

¹⁴⁶ **Atamer**, s. 163.

nın gemi adamlarının kusuru (2002, m. 4/2, TTK m. 1256/2) ifade eder¹⁴⁹.

Taşıyanın kusurunun bulunması, tehlike sorumluluğu esasına dayalı kusursuz sorumluluk için kabul edilen 250.00 ÖÇH miktarının üzerine çıkan miktarlar bakımından önem taşımaktadır. Bu sınırı aşan zararlar kusura dayalı sorumluluk yoluna gidilebilecektir¹⁵⁰.

Yolcunun ölümü halinde taşıyan, cezai anlamda, olası kast veya taksirine (bilinçli veya bilinçsiz taksir) göre sorumlu tutulabilecektir.

TTK m. 1256/1'de yolcunun yaralanması halinde taşıyanın hangi zararlardan sorumlu olacağı açıkça belirtilmemiştir. Konu, eTTK'da de belirsiz bırakılmıştı. Ancak, eTTK m. 1130'da eTTK m. 806'ya atf yapılmıştı. Buna göre, yolcunun yaralanması halinde genel hükümlere göre hareket etmek gerekir. Sonuç olarak, eTBK m. 46/1'e göre (TBK m. 54) sorumluluğun kapsamı belirlenmelidir¹⁵¹.

Yolcunun yaralanması; bedensel anlamda yaralanma, sakatlanma veya hastalığa maruz kalma şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵². Yolcunun yaralanması halinde, yolcu, uğradığı manevi zararların da tazminini isteyebilir¹⁵³.

Ancak, gerek ölüm gerekse yaralanma durumlarında zararın nasıl tespit edileceği konusu TBK m. 55'te düzenlenmiştir¹⁵⁴.

Yolcu, yaralanması dolayısıyla gelecek yaşamı bakımından iş ve çalışma gücünde azalma veya kayba uğramış ise, evlenme ihtimali azalmış veya kaybolmuş ise, bu zararları da isteyebilecektir¹⁵⁵.

b. Kaza

Kaza, gemi kazası dışında kalan diğer kaza durumlarını ifade eder. Bu durumlar, diğer sebepler olarak kabul edilmektedir¹⁵⁶.

Taşıyan, taşıma süresi içinde meydana gelen gemi kazası ve kaza (diğer sebepler) dolayısıyla meydana gelen zararlardan sorumludur¹⁵⁷. Bunun için; 1) Zararın taşıma sırasında meydana gelmiş olması, 2) Taşıyanın kusurunun bulunması, 3) Zarar ile taşıma faaliyeti arasında nedensellik bağının bulunması gerekir¹⁵⁸.

Bedensel zararlar, gemi kazası dışında başka bir nedene dayanmakta ise, taşıyan, ancak bu kaza olayında kusuru varsa sorumlu olacaktır. (2002, 3/2-ilk cümle, TTK m. 1256/2-ilk cümle)¹⁵⁹. Çünkü, 2002 Atina sözleşmesinde kaza, gemi kazası (shipping accident) ve kaza (accident) şeklinde ikiye ayrılmıştır¹⁶⁰. Bu durumda, yolcu bedensel zarara uğrarsa, zarar, taşıyanın, onun gemi adamlarının, fiili (alt) taşıyanın ve onun gemi adamlarının kusurundan kaynaklanmış ise, bu kişiler sorumlu olacaklardır¹⁶¹.

Bu ayrıma göre, gemi kazası dışında kalan kaza durumlarında tehlikeye dayanan kusursuz sorumluluk yoluna gidilemeyecektir. Yine, kazaya

¹⁴⁹ **Atamer**, s. 173. TTK m. 31/1-ikinci cümle, ve TTK m. 1256/5-b'deki taşıyanın kusuru ifadesinin kapsamına gemi adamlarının kusuru da girer.

¹⁵⁰ **Atamer**, s. 173.

¹⁵¹ **Can**, s. 111. TBK m. 54'e göre, 'Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar'.

¹⁵² **Can**, s. 111.

¹⁵³ **Can**, s. 112.

¹⁵⁴ TBK m. 55'e göre, '(1) Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözletilemez; zarar veya tazminatından indirilemez. Hesap-

lanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. (2) Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır'.

¹⁵⁵ **Can**, s. 111.

¹⁵⁶ **Atamer**, s. 162, 163.

¹⁵⁷ **Atamer**, s. 164.

¹⁵⁸ **Önder**, s. 220.

¹⁵⁹ **Atamer**, s. 174.

¹⁶⁰ **Atamer**, s. 174.

¹⁶¹ **Atamer**, s. 174.

dayalı sorumluluk, sadece bedensel zararlarda söz konusu olacaktır.

Taşıyanın gemi kazasından kaynaklanmayan sorumluluğu, TTK m. 1256/2'de, *'Taşıyan, yolcunun, gemi kazasından kaynaklanmayan ölüm ve yaralanmasının sebep olduğu zarardan, bu zarara yol açan kazanın meydana gelmesinde kusuru varsa sorumlu olur'* şeklinde düzenlenmiştir¹⁶².

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de bu hükmün aynısı veya benzeri yer almamaktaydı. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 5/2'de TTK m. 1256/2'deki hükmün aynısı bulunmaktadır.

2. Nedensellik Bağını Kesen Durumlar

Nedensellik bağını kesen durumların bulunması halinde, zarar meydana gelmiş olsa bile, taşıyan, meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaz. Nedensellik bağının kesildiği veya bulunmadığı durumlarda, sözleşmeye dayanan hukuki sorumluluk yoluna başvurulamaz.

Bu durumda ilk önce nedensellik bağını kesen nedenler üzerinde durmak, daha sonra TTK ve 2002 Atina sözleşmesinde bu konuya ilişkin bir hükme yer verilmiş ise bu hükme değinmek gerekecektir.

Nedensellik bağını kesen durumlar şu şekilde ifade edilebilir¹⁶³:

- 1) Mücbir sebep,
- 2) Zarar görenin kusuru,
- 3) Üçüncü kişinin kusuru.

Mücbir sebep, bir kişinin (borçlunun) fiili dışında meydana gelen, bir davranış normunun (borcun) ihlaline mutlak ve kaçınılmaz şekilde

neden olan, öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan olağanüstü olayları ifade eder¹⁶⁴.

Zarar görenin kusuru, borcun ihlaline yol açan fiile tamamen zarar görenin kusurunun neden olmasını ifade eder¹⁶⁵. Bu durumda, eğer, borcun ihlaline yol açan fiilde, zarar görenin kusuru ile borçlu veya üçüncü bir kişinin kusuru birleşerek bulunmuşlar ise, nedensellik bağının kesilmesinden bahsedilemez. Bu gibi durumlarda tazminat indirim söz konusu olacaktır¹⁶⁶.

Üçüncü kişinin kusuru; borcun ihlalinde üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması durumunda borçlunun borcun ihlalinden dolayı sorumlu tutulmaması gerektiğini ifade eder¹⁶⁷.

Bize göre, üçüncü kişinin kusurunun belirli yoğunlukta olmasının aranması isabetli değildir. Bu ölçüte göre, nedensellik bağının kesilebilmesi için, üçüncü kişinin kusurunun zarar görenin kusuruna göre daha yoğun olması gerekir¹⁶⁸. *'Daha yoğun olma'* ifadesi, yoruma açıktır. Bu nedenle, mutlak veya tam kusurlu olup olmama ölçütü kabul edilmelidir. Nitekim, zarar görenin kusurunda bu ölçü esas alınmaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra, konuya TTK ve 2002 Atina sözleşmesinde yer alan hükümler açısından bakmak yerinde olacaktır.

TTK m. 1256/1-ikinci cümlede¹⁶⁹ nedensellik bağını kesen durumlar düzenlenmiştir. TTK m. 1256/1-ikinci cümlede, yukarıda belirttiğimiz nedensellik bağının kesen nedenlerden, mücbir sebep ile üçüncü kişinin kusuruna yer verildiği görül-

¹⁶⁴ Eren, s. 557.

¹⁶⁵ Eren, s. 563.

¹⁶⁶ Eren, s. 563.

¹⁶⁷ Eren, s. 566.

¹⁶⁸ Eren, s. 566.

¹⁶⁹ TTK m. 1256/1-ikinci cümlede göre, *'...Şu kadar ki, kazanın savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayından veya tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya ihmalden kaynaklandığını ispatlayan taşıyan, sorumluluktan kurtulur'*.

¹⁶² eTTK'da TTK m. 1256/2'de yer alan hükmün aynısı veya benzeri yer almamaktaydı. eTTK m. 1130'da gemi kazasından kaynaklanma veya kaynaklanmama ayrımı yapılmaksızın yolcunun ölümü veya yaralanması (cismani zararlar) bakımından eTTK m. 806'ya (navlun sözleşmesinde taşıyanın sorumluluğu) atıf yapılmakla yetinilmişti.

¹⁶³ Eren, s. 557.

mektedir. Dolayısıyla, zarar görenin kusuru düzenlenmemiştir. Ancak, TTK m. 1256/2'deki düzenlemede, zarar görenin tam kusurlu olması durumunda nedensellik bağının kesileceği ve bu nedenle de taşıyanın kusurlu olmayacağına yer verildiği için, zarar görenin kusurunun da düzenlendiği şeklinde yorumlanabilir. Çünkü, bu düzenleme, aslında öncelikli olarak ve doğrudan taşıyanın kusurlu olması ile ilgilidir. Dolaylı olarak, zarar görenin kusuru ile ilgilidir.

TTK m. 1256/1-ikinci cümlede mücbir sebep halleri olarak; savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayına yer verilmiştir¹⁷⁰. Bu sayılan nedenlerin sınırlayıcı değil, örnekleyici olduğu kanaatindeyiz. Çünkü, insan iradesi dışında gelişen doğa olayları ile bir veya birkaç kişinin iradesini aşan ani veya beklenmedik toplumsal olayların niteliğini ve niceliğini önceden belirlemek mümkün değildir.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesinde nedensellik bağı kesen nedenlere yer verilmemiştir. Ancak, 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1-a ve b bendelerinde¹⁷¹ nedensellik bağının kesen nedenlere açıkça yer verilmiştir.

Açıkça görülmektedir ki, TTK m. 1256/1-ikinci cümledeki hükümler, 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1-a) ve b) bendelerindeki hükümler ile birebir aynıdır. TTK m. 1256'nın madde gerekçesinde, TTK m. 1256'daki düzenlemede 2002 tarihli Atina Sözleşmesinin temel alındığı belirtilmiştir.

¹⁷⁰ eTTK m. 1128/2'de, eTTK m. 1061 ve 1063'teki maddelere yollama yapılarak (ki bu maddelerde nedensellik bağının kesen nedenlere yer verilmiştir) nedensellik bağının kesen nedenlere dolaylı bir şekilde yer verilmişti.

¹⁷¹ 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'e göre, '...Şu kadar ki, (a) kazanın savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayından veya (b) tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya ihmalden kaynaklandığını ispatlayan taşıyan, sorumluluktan kurtulur'.

C. BORÇLUNUN KUSURU BULUNMAYIŞI (KUSURUN BULUNMASI)

Genel olarak, özel hukukta kusura dayalı sorumluluk şekli geçerlidir. Ancak, TBK ve TMK'de kusursuz sorumluluk hallerine de yer verilmiştir. Bu durumda, kusursuz sorumluluk şeklinin istisnai olduğu, ancak kanunda açıkça düzenlenen durumlarda kusursuz sorumluluğa başvurulabileceği sonucuna varılacaktır.

Bu başlık altında sorumluluğu, kusursuz ve kusura dayalı sorumluluk şeklinde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

1. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, nedensellik bağına dayalı sorumluluğu ifade eder. Kusursuz sorumlulukta, gerçekleştirilen fiil ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması (kurulması) yeterlidir. Nedensellik bağının kurulması durumunda, sorumluluk için ayrıca kusurun varlığı aranmaz.

Gemi kazasında taşıyanın kusuru olmasa bile, taşıyan meydana gelen zarardan sorumludur. (2002, m. 3/1-ilk cümle, TTK m. 1256/1-ilk cümle)¹⁷². Bu sorumluluk, *tehlike sorumluluğuna* dayanmaktadır¹⁷³. Tehlike sorumluluğu, hava taşımalarındaki gelişmelere bağlı olarak kabul edilmiştir¹⁷⁴. TTK m. 1256/1-ilk cümledeki kusursuz sorumluluk, *özel çekme hakkı* ile sınırlıdır. Bu hakkın üzerine çıkan miktarlar bakımından kusura dayalı sorumluluk söz konusu olacaktır.

TTK m. 1256/1-son cümlede yer alan, '*Taşıyan kusurlu ise, yolcunun yukarıdaki miktarı aşan zararından da sorumlu olur;...*' hükmü TTK m. 1256/1-ilk cümledeki düzenlemede kusursuz sorumluluğun kabul edildiğini göstermektedir. Şöyle ki, TTK m. 1256/1-ilk cümlede sorumluluk kabul edilmiştir. TTK m. 1256/1-ikinci cümledeki hü-

¹⁷² **Atamer**, s. 172; **Önder**, s. 220. TTK m. 1256/1-ilk cümleyle göre, 'Taşıyan, yolcunun gemi kazası yüzünden ölmesi veya yaralanmasından doğan zarardan sorumludur'.

¹⁷³ **Atamer**, s. 172.

¹⁷⁴ **Atamer**, s. 172.

kümde sorumlu olunacak miktar sınırlamasına gidilmiştir. TTK m. 1256/1-ikinci cümledeki hükümde nedensellik bağına kesen nedenler ve bu nedenlere bağlı olarak da sorumlu olunamayacak durumlar düzenlenmiştir. TTK m. 1256/1-son (dördüncü) cümledeki hükümde, taşıyanın kusurlu olması halinde, ikinci cümlede kabul edilen sorumlu olunacak miktarın aşılacağı belirtilmiş olması, ikinci cümledeki sorumlu olunacak miktarın kusursuz sorumluluk halinde ödenecek miktarı ifade ettiği sonucuna götürmektedir.

TTK m. 1256/1-son (dördüncü) cümledeki hüküm, TTK m. 1256/1-ilk ve ikinci cümle ile birlikte değerlendirildiğinde, TTK m. 1256/1-ilk cümlede kusursuz sorumluluğun kabul edildiğini, kusursuz sorumluluk durumunda TTK m. 1256/1-ikinci cümledeki miktardan sorumlu olunacağı, kusurlu durumun varlığı halinde bu miktarın aşılacağı anlamına gelmektedir.

TTK'nin bu konuda temel aldığı 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 31/1-son cümlede bakıldığında, *'Taşıyan yukarıdaki miktarı aşan zarardan kusuru olmadığını ispat etmedikçe sorumlu olur'* ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeye göre, taşıyan kusurlu ise, 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 31/1-ikinci cümledeki (TTK m. 1256/1-ikinci cümlede karşılık gelmektedir) tazminat miktarını aşan miktardan da sorumlu olacaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği iki farklı kararda taşıyanın kusursuz sorumluluğu kabul etmiştir¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Karar-1: Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin; iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, geminin yanaşma sırasında uyguladığı kontrolsüz manevra tarzına bağlı olarak meydana geldiği, iskelede bulunan usturmaçaların, usturmaç tekniğine uygun yapıda olmadığı, *davalı işletmenin kusursuz sorumluluğu bulunduğu*, hükmün ilanında davacının yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 5.000.000.000 TL.sı manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline karar verdiği dosyada ilk derece mahkemesinin kararını isabetli bulmuş, sadece, ilk derece mahkemesinin kararının aksine, haksız fiil faillerinin eylem tarihinden itibaren faiz ile sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2006/1514. Karar No: 2007/4794., Karar-2: Yalova 1.

Tehlike sorumluluğu esasına bağlı kusursuz sorumluluk, nedensellik bağına kesildiği durumlarda sona erer¹⁷⁶. Nedensellik bağına kesildiği durumlar, TTK m. 1256/1-üçüncü cümlede (2002 m. 3/1-ilk cümle,-a,b) düzenlenmiştir.

2002 Atina sözleşmesinde kabin bagajı dışındaki bagajlar bakımından kusursuz sorumluluk kabul edilmiştir¹⁷⁷.

2. Kusura Dayalı Sorumluluk

Kusura dayalı sorumluluk, işlenen fiil ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağına kurulması ve fiilin işlenmesinde fiili işleyen kişinin kusurlu olmasını arayan sorumluluğu ifade eder. Kusura dayalı sorumlulukta, ilk önce, nedensellik bağı, daha sonra fiili işleyen kişinin kusuru tespit edilecektir. İkisi birlikte bulunmak zorundadır.

TBK m. 112'de sözleşmeye dayanan sorumluluklarda kusura dayalı sorumluluk kabul edilmiştir¹⁷⁸. TBK m. 112'de kusur karinesi kabul edilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının olay tarihi itibarı ile herhangi bir yaralamasının söz konusu olmadığı, olayın etkisi ile belinde ve bacaklarında ağrının meydana geldiği, hastanede bir gece kaldığı, ceza mahkemesince verilen beraat kararı doğrultusunda *davalı Hasan Dinçer Dalkara'nın kazada kusuru olduğunun tespit edilemediği, ancak davalı şirketin kaza yapan deniz aracının sahibi olması sebebiyle kusursuz sorumluluğunun bulunduğu*, davacının kaza sırasında ve sonrasında yaşadığı stres ve sıkıntılar da dikkate alınarak takdiren 1.500 TL manevi tazminatın hükmü altına alınması gerektiği sonucuna varılarak, davalı Hasan Dinçer Dalkara hakkında açılan davanın kusuru ispat edilemediğinden reddine, davalı şirket hakkındaki davanın kusursuz sorumluluk ilkeleri doğrultusunda kısmen kabulü ile takdiren 1.500 TL manevi tazminatın olay tarihi olan 14.09.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte bu davalıdan tahsiline dair verilen karar davacı vekili ile davalı İstanbul Deniz Otobüsleri A.Ş. vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 18.09.2014 tarihli kararı ile onanmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2015/445. Karar No: 2015/5400. Tarih: 17/04/2015.

¹⁷⁶ **Atamer**, s. 172; **Önder**, s. 220.

¹⁷⁷ **Önder**, s. 220, 221.

¹⁷⁸ TBK m. 112'ye göre, 'Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür'.

TTK m. 1256/1-son cümlede yer alan, ‘*Taşıyan kusurlu ise, yolcunun yukarıdaki miktarı aşan zararından da sorumlu olur;...*’ hükmü, kusursuz sorumluluk sınırını aşan durumlarda, kusura dayalı sorumluluğun kabul edildiğini ifade etmektedir.

eTTK’da deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde açıkça kusura dayalı sorumluluk düzenlenmemiştir. Ancak, eTTK m. 1128/2’de navlun (eşya taşıma) sözleşmesine ilişkin kusura dayalı sorumluluğun düzenlendiği eTTK m. 1061’e atıf (yollama) yapılmıştır. Yani, atıf hükmü ile kusura dayalı sorumluluk kabul edilmiştir. Bu açıdan iki düzenleme karşılaştırıldığında, TTK’daki düzenlemenin daha isabetli olduğu ifade edilmelidir. Çünkü, TTK’da eTTK’da olduğu gibi atıf hükmüne yer verilmemiş, kusura dayalı sorumluluk açıkça düzenlenmiştir.

Gerek TBK m. 112’de gerek TTK m. 1256/2’de kusurun tanımı yapılmamıştır. Kusur en genel tanımlama ile, borçlunun hukuk düzeninin kendisinden beklemediği ve bu nedenle kınadığı, kabul etmediği veya onaylamadığı bir davranışta bulunmasıdır¹⁷⁹.

Sözleşmeye dayanan kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır¹⁸⁰. Kast, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan borcunun bilerek ve isteyerek yerine getirmemesini ifade eder. Kast, doğrudan ve dolaylı kast şeklinde olabilir¹⁸¹. İhmal, borçlunun borcunu yerine getirmek için aynı meslek çevresinde aynı koşullarda bulunan bir kişiden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak borcunu yerine getirmemesini ifade eder. İhmal, ağır ve hafif ihmal şeklinde ikiye ayrılabilir¹⁸².

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında, *davacının, davalıya ait vapurda yolcu olarak bulunduğu sırada bu vapurun başka bir gemiyle çatışması sonucu yaralandığı* olayda kusura dayalı

sorumluluğu kabul etmiştir¹⁸³. Karara konu olayda, icrai harekete bağlı ihmali kusur bulunmaktadır. Yani, taşıyan, yapmaması gereken bir fiili ihmalen (dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak) *yapmaktadır*.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği başka bir kararında, *dakikaların tedavide hayati önem taşıdığı bu hastalıkta hastaneye naklin gecikmeyle yapıldığı* olayda kusura dayalı sorumluluğu kabul etmiştir¹⁸⁴. Bu karara konu olayda, ihmali harekete bağlı ihmali kusur bulunmaktadır. Yani, taşıyan, yapması gereken bir fiili ihmalen (dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak) *yapmamaktadır*.

Kusura dayalı sorumlulukta, sorumluluğun kast ve ihmal şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Kast ve ihmal kusur çeşitleridir¹⁸⁵. Gerek TBK m.

¹⁷⁹ Eren, s. 1060.

¹⁸⁰ Eren, s. 1061.

¹⁸¹ Eren, s. 1061.

¹⁸² Eren, Borçlar Hukuku, s. 1061.

¹⁸³ Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin; iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının, davalıya ait vapurda yolcu olarak bulunduğu sırada bu vapurun başka bir gemiyle çatışması sonucu yaralandığı,%70 oranında kusurun davalı gemisinde olduğu, davacının yoğun çalışan bir müzisyen bulunduğu, manevi zararının doğduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne,10.000.YTL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verdiği dosyada ilk derece mahkemesinin kararını isabetli bulmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2006/12301. Karar No: 2007/14464.

¹⁸⁴ Mahkemece davacı istemlerinden yolculuğun yapılamayan bölümüne ilişkin ücretin iadesine karar verilmiş, diğer talepler reddedilmiştir. Dosyada mevcut ve deniz hukuku ve kardiyojoloji uzmanı bilirkişilerce düzenlenen raporda, hastanın gemide 5 saat 45 dakika süreyle beklediği, gemi doktorunun ifadesinde belirttiği yakınma ve bulguların 74 yaşındaki hele de hiç yakınması olmayan bir hastada var olduğunda ayırıcı tanıda ilk sırada düşünülmesi gereken kalp krizi olduğu, bu durumun gemi koşullarında üstesinden gelinemeyeceği bilindiğinden hastanın ivedi olarak tam teşekküllü bir hastaneye gönderilmesinin gerektiği, dakikaların tedavide hayati önem taşıdığı bu hastalıkta hastaneye naklin gecikmeyle yapıldığı, söz konusu gecikmenin hastada kardiyojenik şoktan başlayarak ICD takılmasına kadar uzanan sürece neden olduğu kanaatine varıldığı belirlenmiştir. Öte yandan, davacının her halükarda kalp krizi geçireceği bilinen bir vakia olup, davalı donatanın sadece gecikme nedeniyle oluşan zarardan TTK’nun 947. ve 1130/1.maddesi uyarınca sorumluluğunun bulunduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2008/7776. Karar No: 2010/3595.

¹⁸⁵ Aşçıoğlu, Çetin, ‘Kusurun Belirlenmesi ve Derecelendirilmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Fonksiyonları’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 25-26 Mart, 1988, s. 106; **Ataol**, Hüseyin (2000), ‘Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Si-

112 gerek TTK'da kusurun türüne bağlı olarak sorumluluğun miktarının farklı olabileceğine yer verilmemiştir. Başka bir ifadeyle, kusurun kast veya ihmal şeklinde gerçekleşmiş olmasının tazminat miktarının belirlenmesinde bir etkiye sahip olup olmayacağı konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, borçlu ister kasten ister ihmalen hareket etmiş olsun, meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Burada, borçlunun kusur türü veya derecesi değil, uğranılan zararın miktarı önemli olacaktır. Ancak, TBK m. 114/2'de¹⁸⁶ haksız fiil sorumluluğuna atıf yapılmıştır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 51/1'deki düzenlemeye göre, '*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*'.

Kusurun çeşidi, hukuki sorumlulukta tazminatın hem nitelik hem de nicelik açısından belirlenmesinde önem taşır¹⁸⁷.

Bize göre, TBK m. 112 ve TTK m. 1256 ve devamındaki düzenlemelerde tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun türünün dikkate alınacağı açıkça ifade edilmemiş olsa da, TBK m. 51/1'deki düzenleme dikkate alınarak tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun türü (kast veya ihmal ile kastın ve ihmalin kendi içindeki dereceleri) esas alınmalıdır.

Kusur, ağır ve hafif olarak derecelendirilmektedir¹⁸⁸. Kusurun belirlenmesinde nesnel değerlendirme yapılmalıdır. Buna kusurun objektifleştirilmesi denilmektedir¹⁸⁹.

Kusurun belirlenmesi konusunda hâkim mi yoksa bilirkişinin görüşünün mü esas alınması gerektiği tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar,

hâkimin değerlendirmesi gerektiğini ifade ederken, bazı yazarlar, kusuru hâkimin belirleyeceğini, ancak, derecesini bilirkişinin belirlemesi gerektiği ifade etmektedirler¹⁹⁰.

Uluslararası hukuk açısından konuya bakıldığında, 1974 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/1'de kusura dayalı sorumluluk açıkça düzenlenmiştir. Ancak, bu fıkra metinde '*...kusurundan veya ihmalden kaynaklanması...*' ifadesine yer verilerek, ihmali, kusurun bir alt türü/çeşidi olarak değil, sorumluluğun bir türü veya çeşidiymiş gibi kabul edilmişti. Bu isabetsiz düzenlemenin çeviri hatası olduğu kanaatindeyiz. 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/2 ve 3'te açıkça kusura dayalı sorumluluk kabul edilmiştir. TTK m. 1256/2 ile 2002 tarihli Atina Sözleşmesi m. 3/2 ve 3'teki hükümler ile birebir aynıdır.

V. SONUÇ

1) eTTK'da yolcunun ölümü halinde sorumluluk açıkça düzenlenmiş (TTK m. 1130/1) iken yolcunun yararlanması düzenlenmemiştir. eTTK m. 1130'un kenar başlığı, '*Taşıyanın ölüm veya cismani zarar halindeki mükellefiyetleri*' şeklindeydi. Maddenin kenar başlığında yolcunun yaralanması (cismani zarara uğraması) durumuna

nırlandırılmasına ilişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı', Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, s. 78.

¹⁸⁶ TBK m. 114/2'ye göre, 'Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır'.

¹⁸⁷ Aşçıoğlu, s. 106.

¹⁸⁸ Aşçıoğlu, s. 106.

¹⁸⁹ Aşçıoğlu, s. 108, 109.

¹⁹⁰ Aşçıoğlu, s. 113'ten naklen. Öğretide Baki Kuru, kusurun belirlenmesinde bilirkişiyeye başvurulamayacağını, hâkimin o konuda uzman olduğunu ifade etmekte iken, Ahmet İyimaya, kusurun derecesini bilirkişinin belirleyeceğini, kusuru ise hâkimin belirleyeceğini belirtmektedir. Bkz, s. 113. Çetin Aşçıoğlu ise, kusuru somut olayda, hâkimin ortak deneyimlere bakarak belirleyeceğini, teknik ve bilimsel konulardan bilirkişiyeye başvurulacağını belirtmektedir. Bkz, s. 118.; Hüseyin Hatemi, tazminatın belirlenmesinde tamamen bilirkişinin görüşünün esas alınmasının isabetli olmadığı, hâkimin tazminatın miktarını belirlemede tam yetkili olduğunu, bilirkişinin sadece uğranılan zararın boyutlarını belirlemede görüş sahibi olacağını belirtmektedir. Örnek olarak da, mağdurun beden bütünlüğünün hangi boyutta bozulduğunu bilirkişinin belirleyeceğini, bu belirleme üzerine hâkimin kusurun ağırlığı-hafifliği esasına dayanarak bilirkişi değerlendirmesindeki ölçü/miktar/derece/yüzdeler rakamına göre belirleme yapacağını ifade etmektedir. Bkz, Hatemi, Hüseyin (1993), Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Tespit Edilmesi Sempozyumu XII, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 10-11, s. 3, 6.

açıkça yer verilmiş olmakla birlikte, madde içeriğinde herhangi bir hükme yer verilmemişti. Bu durumda, TTK m. 1256/1-ilk cümle'deki düzenleme ile yolcuların yaralanması durumunda taşıyanın sorumluluğunun açıkça düzenlenmiş olması isabetli olmuştur.

2) TTK m. 1256/1-son (dördüncü) cümle'deki hüküm, TTK m. 1256/1-ilk ve ikinci cümle ile birlikte değerlendirildiğinde, TTK m. 1256/1-ilk cümle'de kusursuz sorumluluğun kabul edildiğini, kusursuz sorumluluk durumunda TTK m. 1256/1-ikinci cümle'deki miktardan sorumlu olunacağı, kusurlu durumun varlığı halinde bu miktarın aşılacağı sonucuna varılacaktır. Yani, TTK m. 1256'da hem kusursuz hem de kusura dayalı sorumluluk düzenlenmiştir.

3) TBK m. 112, TTK m. 1256 ve devamında tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun türünün dikkate alınacağı açıkça ifade edilmemiş olsa da, TBK m. 51/1'deki düzenleme dikkate alınarak tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun türü esas alınmalıdır.

4) eTTK döneminde öğretide fiili (alt) taşıyan ile yolcular arasında bir taşıma sözleşmesinin bulunmadığı gerekçesiyle, fiili (alt) taşıyanın sözleşmenin ifası sırasında yolculara karşı verdiği zarardan dolayı sözleşme dışı, yani, haksız fiil hükümlerine göre doğrudan kendileri tek başına sorumlu olacağı ifade edilmişti. Bize göre, eTTK'da fiili (alt) taşıyan ve sorumluluğu konusunun ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın TTK'da açıkça düzenlenmiş olmasından yola çıkılarak, sözleşmenin ifası sırasında yolcunun uğradığı zararlar bakımından TTK m. 1257'de fiili (alt) taşıyan bakımından da bu bölüm hükümlerine göre (sözleşmeye dayalı) sorumluluğun kabul edildiği söylenmelidir.

5) TTK m. 1256 ve 1257'deki hükümler eTTK'da bulunmamaktaydı. TTK'daki bu düzenlemeler ile kanun koyucu, yolcunun lehine olarak doğrudan fiili (alt) taşıyana karşı dava açma hakkını kabul ettiği sonucuna varılabilecektir. TTK m. 1257/1-ilk cümle gereği, fiili (alt) taşıyanın kusurlu davranışı nedeniyle asıl taşıyana dava açma hakkının kullanıldığı durumlarda, asıl taşıyan fiili (alt) taşıyana rücu edebilecektir.

KAYNAKÇA

Algantürk, Didem (2003), Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonu'na 2002 Protokolü ile Getirilen Temel Değişiklikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2.

Arkan, Sabih (1983), Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XII, Sayı 1.

Aşçıoğlu, Çetin (1988), 'Kusurun Belirlenmesi ve Derecelendirilmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Fonksiyonları', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 25-26 Mart.

Atamer, Kerim (2008), 2002 Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 3.

Ataol, Hüseyin (2000), 'Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı', Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul.

Can, Mertol (2001), Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara.

Çağa, Barbaros (1973-1974), 'Gemi Adamlarının Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlardan Donatanın Sorumluluğu', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt VI, Sayı 3.

Çağa, Tahir/ **Kender**, Rayegan (2010), Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, İstanbul.

Çetingil, Ergon A. 'Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta', Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Karayolu İle Yolcu ve Bagaj Taşıma, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşıyıcılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul.

Demirçivi Mineliler, Zeynep (2007), 'Deniz Yoluyla Taşımacılıkta Yükün Zıyı ve Hasarından Doğan Sınırlı Sorumluluk', Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, İzmir.

Dion, Daniele (1998), 'Cruise Ships and Pleasure Boats: The Law in Canada', Journal of Maritime Law&Mommerce, April, 29.

Doğanay, İsmail (1976), 'Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi', Yargıtay Dergisi.

Doğanay, İsmail (1990), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara.

Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.

Hatemi, Hüseyin (1993), Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Tespit Edilmesi Sempozyumu XII, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 10-11.

Kender, Rayegan/ **Çetingil**, Ergon (1998), Deniz Ticareti Hukuku (Temel Bilgiler), İstanbul.

Kender, Rayegan/ **Çetingil**, Ergon (2010), Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, İstanbul.

Kender, Rayegan, 'Deniz Yolu İle Yolcu Taşınmasına Dair Kaidelerin Enternasyonal Hukukta Birleştirilmesi', (29 Nisan 1961 Tarihli Brüksel Konvansiyonu), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXVIII, Sayı 1.

İlgın, Canan Özlem (2007), Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 6, Sayı 12.

Nisim, Franko, 'Yargıtay Kararları Açısından Taşıyıcının Mes'uliyetine Müteallik Bazı Mes'eleler', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 20-21 Mart 1987.

Okay, M. Sami (1971), Deniz Ticareti Hukuku, Cilt II, İstanbul.

Önder, Salih (2011), Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4.

Sözer, Bülent (1987-1988), Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, , Cilt 14, Sayı 1.

Turanboy, K. Nuri (1997), “Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 254-264.

Tekil, Fahiman (1973), Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul.

Türkoğlu, Ferah (2007), Aracı Kurumlarda Mali Durumun Bozulması ve Yatırımcıları Koruma Fonu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul.

Ünal, O. Kürşat (2005), Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara.

Yahyaoglu, Güran (2012), Bankacılık Hukuku, Ankara.

ÖZET

Türk Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girdi. Marka, patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları anılan yasada düzenlendi. Yasa koyucu bir yandan uluslararası anlaşmalar ve AB mevzuatıyla uyumlaştırmayı, diğer yandan uygulamada çıkan sorunları çözmeyi amaçlamıştır.

Bu çalışmada, fikri mülkiyet mevzuatımızın tarihi gelişimi ve SMK'nın yasalaşma süreci özetlendikten sonra SMK ile kabul edilen temel yenilikler incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: *Fikri Mülkiyet Hukuku, Türk Sınai Mülkiyet Kanunu, Marka, Patent, Tasarım, Coğrafi İşaret, Geleneksel Ürün Adı.*

ABSTRACT

Turkish Industrial Property Act (IPA) was entered into force on January 10, 2017. Trademark, patent, utility model, design, geographical indication and traditional product name were regulated under IPA. By preparing this act, the legislator aimed to harmonize Turkish intellectual property system with EU system and to solve the problems experienced in practice. In this study, the essential changes in Turkish industrial property system will be explained after putting across the historical development of Turkish intellectual property regulations and the enactment period of the IPA.

Keywords: *Intellectual Property Law, Turkish Industrial Property Act, Trademark, Design, Geographical Indication, Traditional Product Name.*

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, (e-mail : suluk@suluk.com.tr) (Geliş Tarihi: 01.03.2018 / Kabul Tarihi: 31.05.2018)

I. GİRİŞ

Türkiye'nin ilk Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girdi¹. Daha önce dört ayrı Kanun Hükmünde Kararnameyle (KHK)² korunan marka, patent-faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretler 6769 sayılı SMK'nın şemsiyesi altında birleştirildi.

Konuya ilişkin ülkemizdeki düzenlemeler Osmanlı dönemine kadar eskiye dayanır. Ancak günümüz ihtiyaçlarına uygun temel düzenlemeler, anılan KHK'larla 1995 yılında yapılmıştır. 1995 yılı, Avrupa Birliği (AB) ile gümrük birliğinin kabulü ve yine Dünya Ticaret Örgütüne (DTÖ)/TRIPS'e taraf olmamız nedeniyle Türk fikri mülkiyet mevzuatı bakımından bir milat idi. 6769 sayılı SMK'nın kabulüyle birlikte yirmi iki yıl sonra Türk sınai mülkiyet mevzuatı yönünden ikinci bir miladı yaşıyoruz.

Bu çalışmada, fikri mülkiyet mevzuatımızın tarihi gelişimi ve SMK'nın yasalaşma süreci özetlendikten sonra SMK ile kabul edilen temel yenilikler incelenecektir.

II. FİKRİ MÜLKİYET MEVZUATIMIZIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE SINAI MÜLKİYET KANUNUNUN YASALAŞMA SÜRECİ

1879 yılında Osmanlı döneminde kabul edilen ve dünyanın altınca patent kanunu olan İhtira Beratı (Patent) Kanunu bir tarafa bırakılırsa ülkemizde bugüne kadar hiçbir patent kanunu yasalaşmadı³. Yapılan pek çok çalışma, ilaçların patent kapsamına alınıp alınmayacağı tartışmaları nede-

niyle hep sonuçsuz kaldı⁴. Şimdi ise, SMK'nın bir parçası olarak 1923 doğumlu Türkiye Cumhuriyeti, ilk patent kanununu kabul etti.

Ülkemizdeki marka koruma serüveni de 1871 tarihli Alamet-i Farika (Marka) Nizamnamesine kadar eskiye dayanır⁵. Cumhuriyet döneminin ilk marka kanunu ise, 1965 tarihli Markalar Kanunudur⁶. Bu Kanun, 1995 yılındaki 556 sayılı MarKHK'nın kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. SMK, anılan KHK'yi yürürlükten kaldırarak marka hukukunu yeniden düzenledi.

Fikri mülkiyet mevzuatını modernize ederken Türkiye'nin en temel çekincesi ilaç patenti olmuştur⁷. Yaklaşık dokuz yıl süren TRIPS'e ilişkin Uruguay Round görüşmelerinde Türkiye'nin üzerinde durduğu tek konu ilaç patentidir. Uluslararası Beratlar Enstitüsünün kurucularından olan Türkiye'nin EPC'ye uzun süre taraf olmayışının nedeni de ilacı, patentin dışında tutma arzusudur. 1995 yılında bir yandan DTÖ/TRIPS'in kabulü, diğer yandan AB ile gümrük birliğine girilmesi nedeniyle ilaç patenti konusunda Türkiye'nin tutumu değişmiştir. Bu kapsamda 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren⁸ ilaçların patent kapsamına alınması üzerine Türkiye'nin EPC'yi kabul etmesinin önünde bir engel kalmamıştır. Nitekim Türkiye, çok kısa bir süre sonra 1 Kasım 2000 tarihinden itibaren anılan anlaşmaya taraf olmuştur⁹.

Küreselleşmenin de etkisiyle son yıllarda Türkiye, fikri mülkiyet mevzuatında önemli reformlar yapmıştır. Gerek DTÖ/TRIPS'in, gerekse 1/95 sayılı AB-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararının

¹ RG, 10.1.2017, No. 29944.

² 551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK'lar. Bkz. RG, 27.6.1995, S. 22326.

³ Bu düzenlemenin mehazı 1857 tarihli Fransız Markalar Kanunudur. Patentlere ilişkin ilk düzenleme ise 1844 tarihli Fransız Kanunundan iktibas edilen 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunudur. Bkz. **Ayiter**, Nuşin İhtira Hukuku, İstanbul 1968, s. 18. Yüz on yıl yürürlükte kalan bu kanun, dünyanın altıncı patent kanunu unvanını da taşımaktadır.

⁴ Bu tartışmalara örnek olarak bkz. **TBMM Sanayi, Ticaret ve Teknoloji Komisyonu**: Patent Kanunu Tasarısı Görüşmeleri, Ankara, Mayıs 1993.

⁵ **Arseven**, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 4.

⁶ RG, 12.3.1965, S. 11951.

⁷ Bu tutumun izleri SMK'da da görülebilir. Şöyle ki, SMK'da teknolojinin her alanındaki buluşların patentlenebilirliği kabul edilmekle birlikte biyoteknoloji patentlerine ilişkin EPC'de bulunan hükümler metne dahil edilmemiştir.

⁸ Bkz. 566 sayılı KHK -RG, 22.9.1995, S. 22412.

⁹ Anlaşma metni için bkz. RG, 25.2.1995, S. 22213 Mük.

(OKK)¹⁰ getirdiği yükümlülükler çerçevesinde Türk fikri mülkiyet mevzuatı, AB hukuku ve uluslararası anlaşmalarla hızla uyumlaştırılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda hem telif, hem de sınai haklarla ilgili bir dizi mevzuat yürürlüğe konulmuştur. Bu bağlamda 1995 ve izleyen yıllarda patent ve markaya ilişkin eski mevzuatımız tümüyle değiştirildi. Telif mevzuatımızda ise önemli yenilikler yapıldı. Yine 1995’de tasarım, faydalı model ve coğrafi işaret gibi alanlarda *ilk kez* hukuki düzenlemeler yapıldı¹¹. İzleyen yıllarda entegre devre topografyaları¹² ve ıslahçı haklarına¹³ ilişkin *ilk düzenlemeler* yürürlüğe konuldu.

1995 yılında kabul edilen KHK’ların üzerinden yirmi yılı aşan bir süre geçmesine ve pek çok teşebbüse rağmen SMK’ya kadar bu KHK’lar bir türlü kanun haline getirilemedi.

İhtiyaçların zorlaması üzerine Türk Patent Enstitüsü (*TPE-bundan böyle Türk Patent*)¹⁴ marka, patent-faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretlerle ilgili ayrı ayrı kanun hazırlıkları yaptı. TBMM’ye kadar gelen bu metinler, 2008 yılında yasalasamadı. Yine ihtiyaçların zorlaması üzerine Türk Patent tarafından 102 maddelik bir Sınai Haklar Paketi hazırlanarak 2013 yılında Meclise sunuldu. Bu paket, önemli değişiklikler öngörmekle birlikte KHK’lara yama yapmaktan ibaretti. Meclis Genel Kuruluna kadar gelen bu Tasarı da tüm çabalara rağmen yasalasamadı.

Bunun üzerine sınai hakların tamamını kapsayacak şekilde yeni bir taslak metin hazırlandı ve 6 Nisan 2016 tarihinde Meclise sunuldu. İşte bu metin, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) adıyla altısı geçici olmak üzere 199 madde olarak yasalasandı ve 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girdi¹⁵.

6769 Sayılı Kanun; marka, patent, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin KHK’ların tamamını yürürlükten kaldırarak bu konuları tek bir kanun çatısı altında yeniden düzenledi. Bunların yanında geleneksel ürün adları da hukukumuzda *ilk kez* koruma kapsamına alındı. Ayrıca SMK 166 ve devamı hükümleriyle 5000 Sayılı Türk Patentinin kuruluş yasasında da bazı önemli değişiklikler yapıldı. Bu bağlamda bir yandan marka ve patent vekillerine dönük özellikle denetim hükümlerine yer verildi. Ayrıca Türk Patent’in hem adı değişti hem de teşkilat yapısında yenilikler yapıldı. SMK’ya ilişkin ikincil mevzuat da yürürlüğe konuldu.

2004 yılında Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakları ile Entegre Devre Topografyaları KHK’larla değil de ayrı ayrı kanunlarla düzenlendiği için bunlar SMK’ya alınmadı. Bu düzenlemeler ayrı kanunlar şeklinde yürürlüğünü sürdürmektedir. Yine fikri mülkiyet mevzuatımızın bileşenlerinden olan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹⁶ ayrı bir kanun olduğu için SMK’nın dışında bırakıldı.

Türkiye 1925 yılında Paris, 1952 yılında Bern gibi fikri mülkiyete ilişkin bazı uluslararası anlaşmalara taraf olmuştur. 1995 ve izleyen yıllarda ise DTÖ/TRIPS, EPC, PCT, Madrid Protokolü, Lahey, Roma, WCT ve WPPT gibi fikri mülkiyete ilişkin tüm temel anlaşmalar kabul etmiştir¹⁷.

¹⁰ OJ, 96/142/EC, 13.2.1996, L 35/1, p. 43.

¹¹ Bkz. Yukarıda dpn 1.

¹² RG, 30.4.2004, S. 25448.

¹³ RG, 15.1.2004, S. 25347.

¹⁴ TPE’nin adı değiştirilerek Türk Patent ve Marka Kurumu (kısa adı; Türk Patent) olmuştur (SMK 188).

¹⁵ Bkz. Yukarıda dpn. 1.

¹⁶ RG, 13.12.1951, S. 7938. Sonraki yıllarda FSEK’te onbir kez değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler için bkz. **Suluk**, Cahit (**Karasu**, Rauf / **Nal**, Temel), Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 2017, s. 459-460. Son günlerde FSEK’in yaklaşık yarısını değiştirecek çapta yeni bir taslak metin hazırlandı. Makalenin yazımı aşamasında bu metin Bakanlar Kuruluna sunulmuştur.

¹⁷ Konuya ilişkin uluslararası anlaşmalar ve Türkiye’nin hukuki statüsüne ilişkin bilgi için bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 457-458.

III. MARKALAR

1. Yeni Marka Türleri

SMK ile markanın tanımında değişikliğe gidildi. Marka tescilinde aranan *çizimle görüntülenebilme şartı* yerine, marka korumasının açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde *sicilde gösterilebilir olması şartıyla her tür işaretin marka olabileceği* hükme bağlandı (SMK 4/1). Böylece Türk hukukuna kaynaklık teşkil eden AB marka hukukundaki *esnek yaklaşım* benimsenerek renk, ses, hologram, pozisyon ve hareket markaları gibi geleneksel olmayan işaretlerin de marka olabileceği benimsendi. Yine Türkiye'nin de imza koyduğu, fakat Türkiye bakımından henüz yürürlüğe girmeyen Singapur Anlaşmasıyla da uyum sağlandı.

2. Onay Mektubu Kabul Edildi

Eski mevzuatımız ışığında gerek Türk Patent gerekse mahkemeler, markada teklik ilkesini kamu düzeninden kabul ediyordu¹⁸. Aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir markanın farklı kişiler adına tescili kimi zaman bir ihtiyaç olarak belirse de markada teklik ilkesi buna izin vermiyordu. Bu sert yaklaşım bazen uygulamada kilitlenmelere yol açıyordu. Zira uygulamada aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir markanın farklı kişiler adına tescili bir ihtiyaç olarak zaman zaman belirmektedir. Marka sahipleri, piyasada birlikte var olma iradesine rağmen kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşılıyordu.

SMK'da onay mektubunun kabulü ile bu ihtiyaç karşılandı. Yeni düzenlemeye göre, önceki hak sahibinin noterden onayı olması şartıyla, bir markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzeri birden çok kişi adına tescil edilebilecek ve marka sahiplerinin iradesiyle piyasada birlikte var olabilecektir (SMK 5/3). Bu düzenleme özellikle ekonomik ve diğer yönlerden birbirine bağlı teşebbüsleri rahatlatıcı niteliktedir.

¹⁸ Örnek olarak bkz. 11. HD, 5.2.2007, E. 2005/14600, K. 2007/1303; 11. HD, 23.12.2015, E. 2015/6134, K. 2015/13829.

3. Tanınmış Markalar Mutlak Red Nedeni Olmaktan Çıkarılıp Nispi Red Nedenleri Arasına Alındı

MarKHK'daki düzenlemeden farklı olarak tanınmış bir markanın sahibinin rızası olmaksızın marka başvurusu yapılması halinde artık Türk Patent böyle bir başvuruyu reddedemeyecek, ancak itiraz üzerine inceleme yapabilecektir (SMK 6).

4. Markanın Koruma Kapsamı Genişletildi

2009 yılında Türk marka mevzuatında yapılan değişiklikle başkasına ait bir markayla aynı veya benzer işaretin, internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde alan adı, yönlendirici kod (*meta-tag*), anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması marka ihlali kabul edildi. Bunlara ilave olarak SMK'da şu eylemler de marka ihlali sayıldı (SMK 7/3): *a*) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, *b*) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, *c*) İşaretin *hukuka uygun olmayan şekilde* karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması. Böylece markanın, üçüncü bir kişi tarafından izinsiz şekilde ticaret unvanı veya işletme adı olarak ve yine mevzuata aykırı bir şekilde karşılaştırmalı reklamda kullanılması marka ihlalidir.

5. Markanın Dürüst Ticari Kullanımı

Bir markanın şu hallerde kullanılması durumunda marka sahibinin iznine ihtiyaç yoktur (SMK 7/5):

- Gerçek kişilerin kendi ad veya adreslerini belirtmesi,
- Malların veya hizmetlerin çeşidine, kalitesine, coğrafi kaynağına ya da diğer niteliklerine yönelik açıklamalarda bulunmak,
- Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parçalarda malın veya hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerdeki kullanım. Sözelimi, bağımsız yedek parça imalatı yapan X kaporta firması, imal

ettiği çamurluğun üzerine, *yan sanayi mali olup, BMW arabaları için imal edilmiştir* şeklinde bir ibare yazabilir. Yine bağımsız bir oto servis firması, yetkili servis imasında bulunmaksızın *BMW, Mercedes, Audi arabaların servisi yapılır* şeklinde reklam yapabilir. Bunun için anılan marka sahiplerinin iznine ihtiyaç yoktur.

6. Hükümsüzlük ve İptal Ayırımı Netleşti

Önceki düzenlemedeki belirsizlik nedeniyle uygulamada hükümsüzlük ve iptal halleri birbirine karışıyordu. SMK'da hükümsüzlük (SMK 25) ve iptal halleri (SMK 26) ayrı ayrı maddelerde açık bir şekilde düzenlendi. Ayrıca aşağıda belirtileceği üzere *idari iptal* müessesesi de kabul edildi. Hükümsüzlük kararları geriye yürürken, iptal kararları kural olarak ileriye etkilidir (SMK 27/1-2). Ancak SMK'ya göre, geçmiş tarihte bir iptal nedeni ortaya çıkmışsa bu halde davacının talebi üzerine iptal kararı o tarihe kadar geriye yürür (SMK 27/2).

7. Kullanılmayan Markalar İşlevsiz Hale Getirildi

Markalar, tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından koruma görür. Uluslararası düzeyde mal ve hizmetler Nis Anlaşmasına uygun şekilde 45 sınıf olarak gruplandırılmıştır. Ülkemizde pek çok kişi, kullanmadığı ve hatta hiçbir zaman da kullanmayacağı mal ve hizmetlerde marka tescili yapmaktadır. O kadar ki binlerce marka, 45 sınıfın tamamında tescillidir. Bu durum marka sicilini, adeta marka çöplüğüne dönüştürdü. İşte yasa koyucu, marka sicilindeki bu aşırı kirlenmeyi temizlemek istemektedir.

Durum şöyle örneklenebilir: Gökkuşuğu markası, ayakkabılar ve inşaat malzemeleri için tescillenmesine rağmen sadece ayakkabılarda kullanılmaktadır. Marka sahibi, beş yıl geçmesine rağmen hala markasını inşaat malzemeleri için kullanmamaktadır. Bu sefer başka bir kişi, Gökkuşuğu markasına *benzer* bir markanın inşaat malze-

melerinde tescil başvurusunu yapmıştır. Bu başvuruya, Gökkuşuğu markasının sahibi itiraz ederse, artık başvuru sahibinin talebi üzerine Türk Patent, Gökkuşuğunun sahibinden kullanım kanıtı/delili sunmasını talep edecektir (SMK 19/2). Bu kullanım Türkiye'de gerçekleşmelidir. Sunamazsa itiraz reddedilecek ve inşaat malzemelerinde sonraki başvuru tescillenecektir.

Önemle belirtelim ki kullanım kanıtı savunması, *aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer* markaları, yani re'sen (kendiliğinden) inceleme aşamasını kapsamamakta; sadece *benzer* markaları kapsamaktadır (SMK 5). Zira aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer yeni marka başvurularını Türk Patent daha önceki uygulamada olduğu gibi zaten kendiliğinden reddedecektir. Örneğin Erikli markası, içecekler için tescillidir. Bir başkası Erikli markasını içecekler için kendi adına tescil ettirmek isterse Türk Patent bu başvuruyu re'sen reddedecektir. Buna karşılık Türk Patent **Erikli** markasından biraz farklı olan **Ereqli** marka başvurusunu reddetmeyerek yayına çıkaracaktır. Yayına çıkan bu başvuruya, Erikli markasının sahibi *benzer* marka olduğu gerekçesiyle itiraz edebilir. Bu itiraz aşamasında kendisinden kullanım kanıtı istenebilecek ve Erikli, kullanımını ispatlarsa Ereqli marka başvurusunun tescilini engelleyecektir. Aksi halde Ereqli markası da tescillenecektir.

Özetle, aşağıdaki şartların varlığı halinde önceki tescilli marka sahibi, sonraki marka başvurusuna itiraz etse bile itirazı reddedilecek ve sonraki marka tescillenecektir (SMK 19/2):

- Önceki marka ile sonraki başvuruya konu marka birebir aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmamalı; yani sonraki marka mutlak red nedenine takılmamalı,
- Önceki markanın Türkiye'deki tescil tarihinden itibaren beş yıl geçmeli,
- Önceki marka, tescil edildiği mal ve hizmetlerde, sonraki markanın başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıl içerisinde haklı bir neden olmaksızın ciddi şekilde Türkiye'de kullanılmamış olmalı,

d) Sonraki başvuru sahibi, önceki marka sahibinden kullanım kanıtını Türk Patente sunmasını istemeli.

Kullanım kanıtı, Türk Patent aşamasındaki itirazların yanında sonraki markanın mahkeme nezdindeki hükümsüzlük ve hatta tecavüz davalarında da istenebilecektir. Kısaca, bir markayı tescil ettirip de beş yıl boyunca kullanmayan kişinin Türk Patentte yapacağı itirazlar reddedileceği gibi açacağı hükümsüzlük (SMK 25/7) ve hatta tecavüz davaları (SMK 29/2) da reddedilecektir. Böylece kullanılmayan bir marka, önemli ölçüde işlevsiz hale gelmiştir.

8. Türk Patent Markayı İptal Edebilecek

Marka sicilindeki temizliğin diğer ayağı ise idari iptaldir. Önceki düzenlemeye göre tescilli bir markanın iptali veya hükümsüzlüğü ancak mahkemelerde ileri sürülebilmekteydi. SMK'ya göre, hükümsüzlük yine mahkemelerde ileri sürülecek, fakat markanın iptali artık Türk Patent nezdinde talep edilebilecektir (SMK 26). Yani Türk Patent, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılmayan bir markayı iptal edebilecektir. Böylece çok daha kısa bir sürede ve daha az bir maliyetle şartların varlığı halinde bir markanın sicilden terkinin mahkemelerde dava açmadan sağlanabilecektir. Türk Patent'in verdiği kararlar elbette yargı denetimine tabidir.

İdari iptal nedenleri şunlardır: a) Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılmaması, b) Markanın jenerik hale gelmesi, c) Markanın halkı yanıltır hale gelmesi, d) Garanti ve ortak markaların teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması.

Bu hüküm, oldukça radikal bir düzenleme olduğu için yürürlüğe girmesi yedi yıl süreyle ertelendi. Yani bu imkân, 2024 yılından itibaren kullanılabilir (SMK 192). Bu tarihe kadar iptal talepleri, eskiden olduğu gibi sadece mahkemelerde ileri sürülebilecektir (SMK Ek m. 4/1).

9. Marka Başvurularına İtirazda Uzlaşma İmkânı

Son zamanlarda hukuki ihtilafların arabuluculuk ve uzlaşma ile çözümlenmesi için gayret gösterilmektedir. Markalarla ilgili önceki düzenlemede de esasen konuya ilişkin bir hüküm olmakla birlikte SMK, bu durumu daha formel hale getirdi. Buna göre marka yayınına ve yine karara itirazlarda uygun bulması halinde Türk Patent, tarafları 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereği uzlaşmaya teşvik edebilir (SMK 19/4). Uzlaşma halinde konu mahkemeye intikal etmeksizin çözüme kavuşacaktır.

10. Yayına İtiraz Süresi Kısaltıldı

Resmi Marka Bültenindeki yayından itibaren marka başvurularına, üç ay içinde itiraz edilebilmekteydi (PatKHK 35/1). SMK'da bu süre iki aya indirildi (SMK 18/1). Bu düzenleme, bir taraftan tescil sürecini kısaltırken diğer yandan marka başvurusuna itiraz edecek kişilerin itiraz süresini de kısaltmış oldu. Şunu da belirtelim ki, 1.7.2014 tarihinden itibaren Türk Patent, Resmi Marka Bültenlerinin fiziki baskısını yapmamakta; sadece dijital baskı yapmaktadır. Ayrıca bültenler önceden aylık yayımlanırken, artık on beş günde bir yayımlanacaktır.

11. Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı

Mahkeme kararlarıyla uygulanmaya konulan sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi artık yasal bir kural haline geldi. Buna göre bir marka sahibi, kendi markasına benzeyen ve sonradan tescil edilen başka bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili, kötü niyetli olmadıkça artık bu markanın hükümsüzlüğünü isteyemez (SMK 25/6).

SMK'da tecavüz hali bakımından sessiz kalma ilkesine yer verilmedi. Ancak mahkeme kararları bu ilkeyi, tecavüz halinde de uygulamaktadır. Bir farkla ki, bu halde kesin bir süre yoktur;

ilgili mahkeme, her somut olaya bakarak süreyi belirlemektedir¹⁹.

12. Marka Suçlarının Kapsamı Genişletildi

Önceki düzenlemede marka korumasının esasına dönük üç ayrı suç bulunuyordu. Bir markaya tecavüz ederek; *a*) mal veya hizmet üretmek, *b*) satışa arz etmek veya *c*) satmak eylemleri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasını gerektiriyordu (MarKHK 61/A).

SMK'ya göre bir markaya tecavüz ederek; *a*) mal üreten veya hizmet sunan, *b*) satışa arz eden, *c*) satan, *d*) ithal veya ihraç eden, *e*) ticari amaçla satın alan, *f*) bulunduran, *g*) nakleden veya *h*) depolayan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilecektir (SMK 30).

13. Kötü Niyetli Başvuru ve Tesciller

Önceki düzenlemede kötü niyet, marka başvurularına karşı bir itiraz nedeniydi (MarKHK 35). Mahkeme kararlarında kötü niyet bir hükümsüzlük nedeni sayılmıştı²⁰. Yeni düzenlemede kötü niyet, hem itiraz hem de hükümsüzlük nedenleri arasında yer aldı (SMK 6/9; 25/1).

14. Kısmi Yenileme

SMK'ya göre onar yıllık dönemler halinde yapılan marka yenilemesi, tescil edilen mal ve hizmetlerin tamamında yapılabileceği gibi artık tescildeki bir kısım mal ve hizmetler yönünden de yapılabilecektir (SMK 23/3).

IV. PATENTLER VE FAYDALI MODELLER

1. Biyoteknolojik Buluşlar ve İkincil Tıbbi Kullanımlar

SMK'da, Türkiye'nin taraf olduğu DTÖ/TRIPS anlaşmasının 27. maddesine uygun şekilde teknolojinin her alanındaki buluşlara; yeni olması,

buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilebileceği düzenlendi (SMK 82/1). Yine patent koruması bakımından teknoloji alanına bağlı bir ayırım yapılmayacağı özel olarak vurgulandı.

Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa Patent Sözleşmesinin (EPC) hükümleri bir tarafa bırakılırsa, Türk patent hukukunda biyoteknolojik buluşların patentlenebilirliğine ilişkin düzenleme yoktur. SMK'da da biyoteknolojik buluşlar özel olarak düzenlenmedi. Bununla birlikte SMK'da konuya ilişkin bitki çeşidi, biyolojik materyal, geleneksel bilgi gibi biyoteknoloji terimlerine yer verildi. Yine evrensel olarak kabul gören biyoteknolojik buluşların patentlenebilirliğinin istisnaları da düzenlendi. Bu bağlamda SMK'ya göre şu hususlar patentlenemez (SMK 82/2):

- İnsan klonlama işlemleri, insan eşey hattının genetik kimliğini değiştirme işlemleri, insan embriyosunun sınai ya da ticari amaçlarla kullanılması, insan ya da hayvanlara önemli bir tıbbi fayda sağlamaksızın hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanlar,
- Mikrobiyolojik işlemler veya bu işlemler sonucu elde edilen ürünler hariç olmak üzere, bitki çeşitleri veya hayvan ırkları ile bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik işlemler,
- Oluşumunun ve gelişiminin çeşitli aşamalarında insan bedeni ve bir gen dizisi veya kısmi gen dizisi de dahil olmak üzere insan bedeninin öğelerinden birinin sadece keşfi.

Sayılan bu istisnalar bir tarafa bırakılırsa, Türk Patent ve mahkeme uygulaması, biyoteknolojik buluşların patentlenebileceğini kabul etmektedir.

Diğer yandan ikincil ve daha sonraki tıbbi kullanıma ilişkin EPC'nin 54/ IV ve V hükmüne karşılık gelen hükümlere SMK'da yer verilmedi; bu konularda SMK sessiz kaldı.

¹⁹ Bir olayda Yargıtay, on aylık sessiz kalma süresini yeterli bulmuştur. Bkz. 11. HD, 21.11.2000, E. 2000/9012, K. 2000/9189.

²⁰ HGK, 16.07.2008, E. 2008/11-501, K. 2008/507.

2. Usul Patentlerinde İspat Külfeti

SMK'ya göre usul patentleri yönünden mahkeme, suçlanan ürünün üretim usulünün patentli usulden farklı olduğunu davalıdan kanıtlamasını isteyebilir. Ancak mahkemenin bu noktada bir takdir hakkı vardır. Buna karşılık eğer patentli usulle elde edilen ürün veya madde *yeni* ise suçlanan ürünün, patentli usulle elde edilmiş olduğu varsayılır. Bu ihtimalde mahkemeye takdir hakkı bırakılmamış olup davalı, kendi usulünün, patentli usulden farklı olduğunu ispat etmek zorundadır. İspat külfetinin yer değiştirmesi durumunda davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur (SMK 141/2).

3. Patent İhlaline Cezai Yaptırım Öngörülmedi

PatKHK ile patente tecavüz halinde bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülüyordu (m. 73/A). Bu düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi, suçta kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etti²¹. Bir politika gereği SMK'da patent ihlaline sadece hukuki yaptırım getirildi; cezai yaptırım kabul edilmedi. Bunun da ötesinde SMK'da sadece marka suçları düzenlenmiş (SMK 30); patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının ihlali hallerinde cezai yaptırım kabul edilmemiştir²². Buna göre anılan haklardan birini ihlal eden kişi, sadece hukuk mahkemesinde yargılanacak; savcılık ve ceza mahkemesi nezdinde yargılanmayacaktır²³.

²¹ AYM, 5.2.2009, E. 2005/57, K. 2009/19 - RG, 10.6.2009, S. 27254.

²² Diğer yandan Entegre Devrelerle ilgili cezai yaptırım maddesi yürürlükten kaldırılmıştır (SMK 191/2). Buna karşılık Bitki Çeşitlerine ilişkin cezai yaptırım bugün de yürürlükte (BÇK 66).

²³ TRIPS 61 gereği üye ülkeler telif korsanlığı ile taklit markalı ürünler bakımından cezai yaptırımı kabul etmek durumundadır. Bunun dışındaki konularda cezai yaptırım TRIPS plus bir uygulama olacaktır. Patent ihlalinin ceza boyutuna ilişkin bkz. **Suluk, Cahit, "Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Tartışmaları"**, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, No: 1/2012, s. 79 vd.

4. Tescil Sonrası İtiraz Kabul Edildi

Önceki düzenlemede gerçek anlamda patent başvurusuna itiraz sistemi bulunmuyordu. SMK'da üçüncü kişilere itiraz imkanı sağlanarak patent sisteminde kalitenin artırılması ve dava sayılarının azaltılması hedeflendi. Üçüncü kişiler, patent verilmesi (tescili) kararının resmi patent bülteninde yayınından itibaren altı ay içinde aşağıdaki hallerde itiraz edebilir (SMK 99/1):

- Patentin koruma kriterlerini karşılamadığı,
- Buluşun yeterince açıklanmadığı,
- Patent konusunun, başvurunun ilk halinin kapsamını aştığı.

Faydalı modellerde üçüncü kişiler sadece görüş bildirebilir (SMK 143/8). Tescil sonrası itiraz imkanı sadece patentler bakımından geçerli olup faydalı modellere uygulanmaz; faydalı modelin hükümsüzlüğü sadece mahkeme nezdinde ileri sürülebilir (SMK 143/11).

5. İncelemesiz Patent Sistemi Kaldırıldı

Patent ofisleri tarafından düzenlenen araştırma raporu (*search report*) deyim yerindeyse buluşun karnesi niteliğindedir. Eğer karne geçer notlardan oluşuyorsa başvuru sahibi bu sefer inceleme raporunun (*examination report*) hazırlanmasını talep eder ve bu rapor da olumlu gelirse başvuruya incelemeli patent belgesi verilir.

Eğer karne kırık notlarla doluyorsa başvuru sahipleri, inceleme raporu talep etmeksizin kendilerine incelemesiz patent belgesi verilmesini Türk Patentten talep edebiliyordu. Böylece aslında *koruma şartlarını karşılamayan* başvurulara incelemesiz patent belgesi veriliyordu. İncelemeli patentler yirmi yıl, incelemesiz patentler ise yedi yıl korunuyordu. Yani koruma şartlarını taşımayan bir belge sahibi, ilgili buluş üzerinde tekel imkanına kavuşuyor ve rakiplerine karşı bu belgeyi kullanıyordu.

İncelemesiz patentin, patent sistemini zaafa uğrattığını dikkate alan kanun koyucu SMK ile incelemesiz patent sistemini tümüyle yürürlükten kaldırdı (SMK 191/3). Ülkemizde artık dünya stan-

dartlarında *gerçek (incelemeli) patent belgeleri* verilebilecektir.

6. Faydalı Modeller Yeniden Düzenlendi

SMK'ya göre şu konulardaki buluşlara faydalı model belgesi verilemez (SMK 142/3): *a) Biyoteknolojik buluşlar, b) Kimyasal ve biyolojik maddelere veya kimyasal ve biyolojik usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar, c) Eczacılıkla ilgili maddelere veya eczacılıkla ilgili usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar, d) Usuller veya bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar.*

Önceki düzenlemeye göre faydalı model başvuruları herhangi bir araştırma ve incelemeye tabi değildi. Yani herhangi bir buluşun dünya çapında yeni ve sanayiye uygulanabilir olduğunu beyan ederek herkes buluşlara faydalı model belgesi alabiliyordu. Bu beyanların gerçeğe uygunluğunu Türk Patent kontrol etmiyordu. Böylece aslında yüzyıllardır bilinen buluşlar tescillenmekteydi. Bu belgelere dayanılarak rakip firmalara karşı davalar açılıyordu. Bu durum sistemin en zayıf noktalarından birisi idi.

SMK'da faydalı modeller bakımından araştırma raporu alma şartı getirildi (SMK 143/5). Buna göre başvuru sahibi, başvurudan itibaren ki ay içinde araştırma raporu hazırlanması için talepte bulunacak, aksi halde başvuru geri çekilmiş sayılacaktır. Araştırma raporu olumlu olursa belge verilecek; aksi halde başvuru reddedilecektir (SMK 143/10).

7. Çalışanların Buluşları

İşin gereği olarak çalışanlar tarafından geliştirilen buluşların sahibi işverenlerdir (SMK 113/1). Ancak çalışan *makul bir bedelin* kendisine ödemesini işverenden isteyebilir (SMK 115/6). Bedelin hesabında hizmet buluşunun ekonomik olarak değerlendirilebilirliği, çalışanın işletmedeki görevi ve işletmenin buluşun gerçekleştirilmesindeki payı dikkate alınır (SMK 115/7).

Kamu görevlileri de kural olarak özel sektörde çalışanların hukuki statüsüne tabidir. Ancak bu kurala önemli iki istisna getirilmiştir (SMK

113/4): *a) Kamu görevlileri bakımından diğer kanuni düzenlemeler ile taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri saklıdır. b) Özel sektördeki hizmet buluşları için çalışana verilecek bedel ile kamu görevlisine verilecek bedelin hesaplanması birbirinden tamamen farklıdır. Buna göre özel sektör çalışanı, makul bir bedel talep edebilirken kamu çalışanlarının buluşları için ödenecek bedel, buluştan elde edilen gelirin 1/3'ünden az olamaz. Eğer ilgili kamu kurumu, buluşu kullanıyorsa ödenecek bedel en fazla buluşçunun net maaşının on katından fazla olamaz (SMK 113/5).*

Çalışanların buluşlarına ilişkin ikincil mevzuat yürürlüğe konulmuştur²⁴.

8. Üniversitelerdeki Patent Potansiyeli Harekete Geçiriliyor

Kural olarak işçi buluşlarının sahibi işverendir. Önceki düzenlemede üniversiteler bu kuralın istisnasını oluşturuyordu. Buna göre üniversite öğretim elemanlarınca geliştirilen buluşların sahipleri, bunları geliştiren öğretim elemanlarıydı (PatKHK 41). Uygulamada öğretim elemanları, geliştirdikleri buluşlara maddi imkansızlık gibi nedenlerle patent başvurusu dahi yapamadıkları için pek çok nitelikli buluş, koruma şemsiyesine bürünmeden oyun dışında kalıyordu.

SMK'ya göre yükseköğretim kurumlarında²⁵ yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonu-

²⁴ Bkz. Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik - RG, 29.9.2017, S. 30195.

²⁵ Doktrinde SMK 121'de geçen yükseköğretim kurumu veya kurumlarından maksadın YÖK olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Tekinalp, Ünal**, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-19 Mart 2017) kitabı, (Ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik), BTHAE, Ankara 2017, s. 79-80. Kanaatimizce bu yorum tarzı tamamen hatalıdır. Bu yorum hem amaca hem de hükmün lafzına uygun değildir. Hükümde hiçbir şekilde YÖK işaret edilmemektedir. Kastedilen yükseköğretim kurumları olup, bunların da hangileri olduğunu SMK 121 açık bir şekilde belirlemiş durumdadır. Özetle, YÖK'ün çalışanların buluşlarıyla ilgili herhangi bir hak ve yükümlülüğü bulunmamaktadır.

cunda bir buluş gerçekleştiğinde bunların sahibi, buluşçular yerine, ilgili yükseköğretim kurumları olacaktır (SMK 121/1). SMK'da "yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar" dendiği için öğretim elemanlarının yanında üniversite öğrencileri ya da başkaca uzmanlar tarafından yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlar da aynı hukuki rejime tabidir²⁶. Patentli buluşun ticarileştirilmesinden elde edilecek gelirin en az 1/3'ü buluşçulara verilecektir (SMK 121/8). Böylece yükseköğretim kurumlarında deyim yerindeyse bir patent iklimi oluşturulması hedeflenmektedir.

9. Kamu Destekli Proje Buluşları Ekonomiye Kazandırılıyor

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşlar, destekten yararlanan kişilere ait olacaktır. Destekten yararlanan kişi, hak sahipliği talep ederse, patent başvurusu yapmakla da yükümlüdür. Eğer bu kişiler, buluş üzerinde hak sahipliği talep etmezse o zaman ilgili buluş, destek veren kamu kurum veya kuruluşuna ait olacaktır (SMK 122/1).

Bu düzenleme, yenilikçi projelerin TÜBİTAK ve KOSGEB gibi kamu kurum ve kuruluşlarınınca desteklenmesini, ortaya çıkacak buluşların da sahipliğini, proje sahibine vermeyi hedeflemektedir. Böylece buluşların etkin bir şekilde ticarileştirilmesi amaçlanmaktadır.

10. Zorunlu Lisans Halleri Genişletildi

PatKHK 99'da aşağıda belirtilen sadece ilk üç hali zorunlu lisans nedeni kabul ediyordu. SMK bunlara üç adet daha ilave yaptı (SMK 129/1): *a*) Patentli buluşun kullanılmaması, *b*) Patent konularının bağımlı olması, *c*) Kamu yararı, *d*) TRIPS anlaşmasını değiştiren Protokolde belirtilen şartların

²⁶ Önemle belirtelim ki, öğrenciler ile bir süreye bağlı olmaksızın ücretsiz çalışan stajyerlerin geliştirdikleri buluşlar, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümlere tabidir (SMK 113/3). Eğer öğrenci, yükseköğretim kurumundaki bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucunda buluşu gerçekleştirmişse bu ihtimalde buluş yükseköğretim kurumuna aittir (SMK 121/1).

sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatı, *e*) İslahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi, *f*) Patent sahibinin, patentini kullanırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması.

11. Patent-İslahçı Hakkı Kesişiminde Çiftçi İstisnası

Son yıllarda EPO, "teknik unsur barındıran bitki çeşitlerinin" patentlenebileceği eğilimindedir. O kadar ki bugün patent-ıslahçı çizgisi iyice incelmış vaziyettedir. Bu eğilime bağlı olarak patent-ıslahçı hakkı kümülasyonu uygulamada büyük önem kazandı.

SMK, konuya ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre küçük çiftçi, kendi işlediği arazisinde patentli bir ürün ile yaptığı üretim sonucunda ortaya çıkan üründen elde edeceği çoğaltım materyalini, yine kendi işlediği arazisinde yapacağı yeni üretimler için kullanabilecektir (SMK 85/4).

Yine küçük büyük ayırımı olmaksızın bir çiftçi, patentli damızlık veya diğer hayvan üreme materyalini, tarım amaçlı kullanabilecektir (SMK 85/5). Bu hak, çiftçinin kendi tarım etkinliğini sürdürme amacıyla hayvan veya diğer hayvan üreme materyalinin kullanılmasını kapsar.

Son olarak, eğer ıslahçı, patenti ihlal etmeksizin yeni bitki çeşidi geliştiremiyorsa bu patent zorunlu lisansa konu olabilecektir (SMK 129/1-d).

12. Hakların Yeniden Tesisi Yoluyla Hak Kayıplarının Önüne Geçildi

Uygulamada patent ve faydalı model başvurusu yapanlar, başvuru aşamasındaki birtakım sürelerle uymadıkları için hak kayıpları yaşıyordu. SMK, bu kayıpların önüne geçebilmek için telafi süreleri öngördü.

Buna göre başvuru sahibi, başvuru aşamasındaki bazı basit işlem sürelerine uymaması halinde süreye uyulmamanın sonucunun bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde, ücretini ödeyerek işleme-

re devam edilmesini talep edebilecektir (SMK 107/1). Önceki düzenlemede böyle bir hüküm olmadığından en ufak bir hatada başvuru ya reddediyor ya da geri çekilmiş sayılıyordu.

SMK'da basit işlem ile telafi edilemeyen haller bakımından ayrı bir süre daha öngörüldü. Buna göre, başvuru sahibinin gerekli özeni göstermesine rağmen bir süreye uymadığı için hak kaybı yaşamışsa, bir yılı geçmemek kaydıyla, uymama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde ücret ödeyerek hakların yeniden tesisini isteyebilecektir (SMK 107/2). Esasen bu düzenleme mücbir sebep (*force majeure*) hallerine karşılık gelmektedir.

Basit işlem sürelerine uymama halinde iki aylık süre için bir gerekçe göstermek gerekmez. Buna karşılık *force majeure* hallerinde mutlaka süreye uyulmama gerekçesi sunulmalıdır.

Son olarak mücbir sebep süresi esnasında başvuruya konu buluşu Türkiye'de iyi niyetli bir şekilde kullanan ya da kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler alan kişiler, sahip oldukları işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde buluşu ücretsiz bir şekilde kullanmaya devam edebilir. Yani arada kullanımı gerçekleştiren kişilere bedelsiz bir *kanuni lisans hakkı* tanınmıştır.

V. TASARIMLAR

1. Tasarım Kavramı

EndTasKHK'nın başlığında "*endüstriyel tasarım*" kavramına yer verilmişti. Ürün tanımında ise "*endüstriyel yolla veya elle üretilen*" ifadesi kullanılmıştı (m. 3). Bu durum doktrinde eleştirilmekteydi²⁷. Eleştirileri de dikkate alan yasa koyucu SMK'nın Üçüncü Kitabında "*tasarım*" kavramını tercih etmiştir.

2. Tescilli ve Tescilsiz Tasarım Koruması Birlikte Kabul Edildi

Türk tasarım mevzuatı büyük ölçüde AB mevzuatından *olduğu gibi* alınmıştır. Bir farkla ki, SMK'dan önceki düzenlemede sadece tescilli tasma-

rimlar düzenlenmişti. Buna göre tescil edilen tasarımlar başvuru tarihinden itibaren beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek kaydıyla maksimum yirmi beş yıl süreyle korunmaktadır. AB hukukuyla uyumlu bir şekilde SMK'da modası sık değişen moda ve tekstil gibi sektörlerin ihtiyacını karşılamak amacıyla tescilsiz tasarım koruması da kabul edildi (SMK 55/4).

Dünyanın hiçbir yerinde kamuya sunulmamış ve *ilk kez* Türkiye'de kamuya sunulmuş tescilsiz tasarımlar, kamuya ilk sunulma tarihinden itibaren üç yıl süreyle korunacaktır (SMK 69/2). *İlk kez yurt dışında kamuya sunulan* tasarımlar ise, tescilsiz tasarım korumasından yararlanamayacaktır (SMK55/4). Bu uygulama AB'de de vardır²⁸. Örneğin, ilk kez AB'de değil de, ABD'de veya Türkiye'de kamuya sunulan tasarımlar AB'de tescilsiz tasarım korumasından faydalanamaz.

3. Tescilsiz Korumanın Kapsamı Daha Sınırlı Tutuldu

Mehaz AB hukukunda olduğu gibi SMK'ya göre tescilsiz tasarım koruması, tescilliye oranla daha zayıftır. Tescilli tasarımlar yenilemelerle birlikte toplam yirmi beş yıl süreyle korunurken; tescilsiz tasarımlar sadece üç yıl korunmaktadır. Diğer yandan tescilli tasarıma tecavüz için iki tasarımın birbirine benzemesi yeterlidir. Buna karşılık ihlalin varlığı için tescilsiz tasarımlardan birinin, diğerinden kopyalanması gerekir (SMK 59/2)²⁹. Bu bağlamda sonraki tasarım sahibinin, korunan tasarımın daha önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün değilse, tasarımının öncesinden kopyalandığı kabul edilmez.

Tescilli bir tasarım başvurusu, yayımlanmaya kadar aynen tescilsiz tasarımlar gibi koruma görecektir (Topluluk Tasarım Tüzüğü 19/2; SMK 59/2); başvurunun yayımlanmasıyla birlikte tescilli tasarımın koruma kapsamından yararlanacaktır.

²⁷ Suluk, Cahit, *Tasarım Hukuku*, Seçkin, Ankara 2003, s. 40.

²⁸ Musker, David, *Community Design Law* (Sweet & Maxwell, London, 2002), p.lviii.

²⁹ Council Regulation (EC) 6/2002 of 12 December 2001 Community Designs [2001] OJ L3/1 Art 19(2).

4. Görünmeyen Parça Tasarımları Koruma Dışında Bırakıldı

SMK'ya göre bileşik ürünler bakımından sadece görülebilir kısımlar korunacak; görülmeyen kısımlar koruma dışında kalacaktır (SMK 56/2). Tasarımın bakım, tamir ve servis esnasında görülmesi yeterli kabul edilmemektedir (SMK 56/3). Böylece bir otomobilin motor kapağının altındaki buji, motor, klakson ve rezistans gibi binlerce parçanın tasarımı koruma dışında bırakıldı.

5. Eşdeğer Parçanın Önü Açıldı

Birleşik ürünün görünümüne bağımlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl sonra kullanılması tasarım hakkının ihlali etmez (SMK 58/4). Yani onarım amaçlı kullanıma tabi "must match" parça tasarımlarının korunması üç yıl süreyle sınırlıdır.

Buna karşılık Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yayımlanan eşdeğer parçaların, tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl içinde kullanımı tasarım hakkının ihlali sayılmaz (SMK 59/5). Yani Bakanlığın yayımladığı listede yer alacak eşdeğer parçalar bakımından bu üç yıllık koruma da geçerli değildir. Böylece özellikle otomotiv sektöründe yerli parça üretiminin önünün açılması hedeflendi. Bu kapsamda bir otomobilin kapısı, kaportası ve çamurluğu gibi sıkça değişen parçaları, yan sanayi firmaları tarafından, ilgili otomotiv firmasının iznine ihtiyaç olmaksızın üretilebilecektir.

6. Çoklu Başvuru İmkânının Kapsamı Genişletildi

Önceki düzenlemeye göre aynı alt sınıftaki tasarımları, tek başvuru (çoklu başvuru) ile dosyalamak mümkündü. SMK'ya göre aynı sınıftaki tasarımlar çoklu başvuruya konu olabilecektir

(SMK 61/7). Örneğin, önceden tencere ve bıçak tasarımları için ayrı ayrı dosyalama yapmak gerekirken artık bunlar tek dosyada başvuruya konu olabilecektir.

Diğer yandan süslemelerin tamamı 32. sınıfta yer almaktadır. Eğer bir süsleme, ilgili ürünle ilişkilendirilebiliyorsa, o ürünle birlikte çoklu başvuruya konu olabilecektir. Örneğin, bardaklar 07. sınıftadır. Bardağın deseni 32. sınıfta olmasına rağmen bardak ve onun deseni, aynı dosyada çoklu başvuruya konu olabilecektir. Böylece tasarım sahiplerine, önceden sağlanmış başvuru kolaylığı daha da ileri götürülmektedir.

7. Başvuru Prosedürü Kolaylaştırıldı

Tasarım başvurularına itiraz süresi, altı aydan üç aya indirildi (SMK 67/2). Yine önceki düzenlemeye göre her başvuru için tarifname verme zorunluluğu vardı. SMK'ya göre artık tarifname vermek ihtiyari hale getirildi (SMK 61/3).

8. Yenilik İncelemesi Öngörülerek Sadece Özgün Tasarımların Tescillenmesi Hedeflendi

Türk Patent tarafından yeni olmadığı anlaşılan tasarım başvuruları reddedilecektir (SMK 64/6). Yani Türk Patent, re'sen (kendiliğinden) bir tasarımın yeni olmadığını belirlerse, bu başvuruyu reddedecektir. Başvuru sahibi, ret kararına karşı iki ay içinde itiraz edebilir. Oldukça sorunlu olan bu düzenlemenin, uygulamada nasıl bir şekil alacağını zaman gösterecektir. Şu kadarını belirtelim ki, Türk Patent'in kararlarına itiraz sayısı artacaktır.

9. Kısmi Ret ve Kısmi Hükümsüzlük Kabul Edildi

Önceki düzenlemede Türk tasarım hukukunda kısmi iptal ve kısmi hükümsüzlük kabul edilmiyordu. SMK ise, mehz AB hukukuna uygun şekilde tasarımlar bakımından kısmi iptal ve kısmi hükümsüzlüğü kabul etti. Buna göre Türk Patent, bir tasarım başvurusunu kısmen kabul edip kısmen reddedebilir (SMK 68/5). Ancak bunun için kısmi

ret sonucunda tescilin devamı için kalan kısmın koruma şartlarını sağlaması ve tasarımın önceki kimliğini muhafaza etmesi şarttır. Bu iki şart hükümsüzlük bakımından da aynen geçerlidir (SMK 77/2). Örneğin, bir ayakkabı ve üzerindeki desen tasarımında eğer ayakkabı modeli yeni ve fakat desen özgün değilse, desen çıkarılır ve ayakkabı modeli tescillenir. Ters durumda ise, tasarımın tamamı iptal edilir. Zira ikinci halde ayakkabı tasarımı, ayakkabı kimliğini artık muhafaza etmez.

10. Çalışanların Tasarımları

SMK'ya göre çalışanların tasarımı üzerindeki hak sahibi işverendir (SMK 73/1). Hizmet ilişkisi dışındaki tasarımlar bakımından ise, hak sahipliği taraflar arasında akdedilecek sözleşme hükümleriyle belirlenir (SMK 73/4).

Diğer yandan öğretim elemanlarının bilimsel çalışma veya araştırma sonucunda geliştirdiği tasarımlar, öğrenciler ile bir iş yerinde stajyer olarak çalışanlar hakkında da bu kural uygulanır. Oysa önceki düzenlemede tasarımın sahibi, tasarımı geliştiren öğretim elemanıydı (EndTasKHK 15/1).

SMK 73/2 hükmü çerçevesinde geliştirilen tasarımın önemi dikkate alınarak çalışana bir bedel ödenir. Uyuşmazlık halinde bedelin miktarını mahkeme belirler (SMK 74/1). Buna karşılık çalışanların SMK 73/1 gereği geliştirdikleri tasarımlardan bir bedel talep edilemez.

Yükseköğretim kurumunun tasarımı ticari olarak değerlendirmesi halinde elde edilecek gelirin en az ½'si, tasarımı geliştiren öğretim elemanına verilir (SMK 74/2).

11. Kötü Niyetli Başvuru ve Tesciller

Markalara benzer şekilde, tasarımlarda da kötü niyet hem itiraz hem de hükümsüzlük nedeni kabul edildi (SMK 67/2 ve 77/1-a).

VI. COĞRAFİ İŞARETLER VE GELENEKSEL ÜRÜN ADLARI

1. Gıda, Tarım, Maden, El Sanatları ve Sanayi Ürünleri Koruma Altına Alındı

Türkiye'de coğrafi işaret koruması 555 sayılı CoğışKHK ile 1995 yılında kabul edildi. Konuyu yeniden düzenleyen SMK, coğrafi işaretlerin yanında geleneksel ürün adlarını da koruma altına aldı (SMK 34/3). Yani yöresel ve geleneksel ürün koruması genişletildi. Böylece doğal ve beşeri unsurların bir araya gelmesi sonucu gıda, tarım, maden, el sanatları ve sanayi ürünlerinden şartları karşılayanlar coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tescillenebilecektir. Bu koruma modeliyle özellikle kırsal kalkınmaya katkı hedeflenmektedir.

Coğrafi işaret kapsamına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan adlar, şu şartlardan en az birini sağlaması halinde geleneksel ürün adı olarak tescillenebilir (SMK 34/3): a) Geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması, b) Geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olması. Pastırma ve döner gibi.

2. Tescil Prosedürü ve Maliyetleri İyileştirildi

Önceki düzenlemeden farklı olarak coğrafi işaret tescili yaptıracakların mutlaka gerçek veya tüzel kişiliği olması gerekmiyor; artık üretici grupları da bu tescili yaptırabilecek (SMK 36). Ürünün tek üreticisi varsa bu kişi de tescil yaptırabilecek. Yine ürünle ilgili kamu yararına çalışan veya üyelerinin ekonomik çıkarlarını korumaya yetkili dernekler, vakıflar ve kooperatifler başvuru yapabilecekler. Ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da tescil yaptırabilecektir.

Coğrafi işaretlerin resmi gazete ile ulusal ve yerel gazetede ilan şartları kaldırıldı. Başvurular sadece Türk Patent Resmî Bülteninde yayımlanacak (SMK 38/5). Böylece başvuru maliyetleri 5.000 - 8.000 TL daha azaldı.

Coğrafi işaret başvurularına itiraz süresi, altı aydan üç aya indirilerek tescil süreci kısaltıldı (SMK 40/2). Başvuruya karşı yapılacak itirazlar ücrete tabidir. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı itirazlardan ücret alınmayacaktır.

3. Coğrafi İşaret ile Marka Çakışmasının Hukuki Sonuçları Belirginleştirildi

SMK'ya göre coğrafi işaretin tescilinden sonra tescile konu coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için yapılan marka başvurusu reddedilir, tescil edilmiş ise dava yoluyla hükümsüz kılınır (SMK 48). Buna karşılık coğrafi işaretle aynı veya benzer bir marka, coğrafi işaretin korunmasından önce iyi niyetle tescil edilmiş veya bu markanın kullanım hakkı iyi niyetle kazanılmışsa, coğrafi işaretin hak sahiplerine verdiği yetkiler, marka başvurusunun tesciline ve iyiniyetli kullanımına zarar vermez.

Diğer yandan tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurularak bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların, coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tesciline, önceki marka sahibinin itirazı üzerine izin verilmez.

4. Denetim Mekanizması Güçlendirildi

Uygulamada coğrafi işaret kullanımının denetiminde aksaklıklar yaşıyordu. SMK'da hem coğrafi işaret hem de geleneksel ürün adları bakımından daha güçlü bir denetim mekanizması kuruldu (SMK 49). Buna göre denetim raporu sunma zorunluluğu on yıldan bir yıla indirildi. Böylece uygulamada tüketici talebinin ve güveninin artırılması hedefleniyor. Ayrıca hem coğrafi işaret hem de geleneksel ürün adlarında amblem kullanılacaktır³⁰. Bu kullanım coğrafi işaretlerde zorunlu olmakla birlikte geleneksel ürün adlarında ihtiyaridir (SMK 46). Ancak amblem kullanılmaz-

sa SMK hükümleri uygulanmayacaktır. Amblem kullanma zorunluluğuna ilişkin düzenleme SMK'nın yayınından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir (SMK 192). Amblem kullanımıyla birlikte ürünün tescille garanti edilen niteliklerinin tüketiciler tarafından anlaşılması ve bunlara ilişkin farkındalığın artması beklenmektedir.

5. Tescilin İçeriğinde ve Hak Sahipliğinde Değişiklik

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler, üretimde yeni yöntemlerin geliştirilmesi, iklim değişikliği ve diğer yasal düzenlemelerdeki değişiklik gibi nedenlerle ürünün tesciline konu özelliklerinde zamanla değişiklik olabilir. İşte bu nedenle yasa koyucu, tescilin içeriğinin değiştirilmesine imkan sağladı (SMK 42). Yine başvuru ve tescil ettirenlerde de değişikliğin önünü açtı (SMK 43).

VII. ORTAK HÜKÜMLER

1. Türk Patent Enstitüsünün Adı Artık “Türk Patent ve Marka Kurumu”

Bugüne kadar Türk Patent Enstitüsü (TPE) olarak bilinen idari yapının adı değişti. Yeni adı Türk Patent ve Marka Kurumu (kısa ismi; Türk Patent) oldu (SMK 188).

2. Uluslararası Tükenme İlkesi Benimsendi

Hak sahibi, üzerinde fikri mülkiyet hakkı bulunan ürünleri bir kez satınca, artık sonraki satışlara müdahale edemez. Buna *hakkın tükenmesi ilkesi* denir. Bu ilke *ilk satış doktrini* olarak da bilinir.

İlkenin uygulanabilmesi için iki şart birlikte gerçekleşmelidir:

a) Ürün, hak sahibi tarafından veya onun izniyle (örneğin, lisans sahibince) piyasaya sunulmalı, **b)** Sonradan satışı yapılan ürün, orijinal olmalı. Eğer markalı ürün taklit edilerek piyasaya sürülmüşse, yani hak sahibinin rızası dışında piyasaya sunulmuşsa tükenme ilkesi uygulanmaz. Ben-

³⁰ Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği için bkz. RG, 29.12.2017, S. 30285.

zer şekilde orijinal markalı bir ürün değiştirilerek ya da kötüleştirilerek piyasaya sürülmüşse hak tükenmez ve ihlal gerçekleşir. Bununla birlikte hasarlı bir otomobilin kaportasının ya da teybinin orijinal olmayanla değiştirilmesi marka hakkını ihlal etmez. Benzer şekilde belirli kurallara uymak kaydıyla, başka bir ülkeden ithal edilen bir ürünün ambalajı değiştirilerek Türkçeleştirilmesi ve Türkiye'deki gramaja/dozaja uygun şekilde yeniden paketlenmesi kural olarak hak ihlali değildir.

Hakkın, bir ülke içinde tükeneceği herkesçe kabul edilmektedir. Peki, hak sahibinin izniyle bir ülkede piyasaya sürülen ürünlerin, ithal edilerek başka bir ülkede satışı yapılabilir mi? Bu soruya bağlı olarak üç tür tükenmeden söz edilir: *i) Ülkesel tükenme*, *ii) Bölgesel tükenme* ve *iii) Uluslararası tükenme*.

i) Ülkesel Tükenme: Bir ülkede markalı ya da patentli bir ürünün, hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra, o ülke içindeki dolaşımına hak sahibi engel olamaz. Sözelimi, Coca Cola markalı içecekleri, dileyen kişi Türkiye'nin dilediği bölgesinden satın alarak başka bir bölgesinde satabilir. Coca Cola firmasının, Türkiye'yi bölgelere bölerek her bir bölgede bayileri yoluyla satış yapması, bu durumu değiştirmez. Zira Coca Cola firması ile bayiler arasındaki bayilik sözleşmesi üçüncü kişileri bağlamaz. Çünkü hak sahibinin marka hakkı, ürünü Türkiye'de bir kez satmakla Türkiye'nin tamamında tükenmiştir.

ii) Bölgesel Tükenme: Bu türde tükenme ilkesi, ilgili bölgenin tümü tek pazar kabul edilerek uygulanmaktadır. AB'de bölgesel tükenme kabul edilmiştir. Buna göre, bugün itibarıyla yirmi sekiz üyesi bulunan AB'nin herhangi bir ülkesinde hak sahibinin izniyle ürün piyasaya sürülünce hak bölgenin tamamında, yani yirmi sekiz ülkede tükenmektedir. Ayrıca Avrupa Ekonomik Alanındaki (AEA) ülkeler de bu bölgeye dâhil edilmiştir. Örneğin, Nike firması, ayakkabılarını Almanya'da piyasaya sunmuşsa, üçüncü bir kişi Nike'tan izin almaksızın bu ayakkabıları Almanya'dan satın

olarak İtalya'da ya da Macaristan'da satabilir. AB ile gümrük birliği oluşturmamıza rağmen Avrupa'nın itirazları nedeniyle bu bölgeye Türkiye dâhil edilmedi.

iii) Uluslararası Tükenme: Bu halde ise, markalı ya da patentli bir ürün dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibinin izniyle piyasaya sürülünce hak tükenir ve hak sahibi o ürünün başka bir ülkedeki satışına engel olamaz. İlkenin kabul edilmesi durumunda örneğin, hak sahibi tarafından Güney Afrika'da satışı yapılan bir ürün, hak sahibinin izni olmadan üçüncü kişilerce Türkiye'de satılabilir.

Bugün gelinen noktada ülkeler genellikle ülkesel tükenmeyi tercih etmektedir. Önceki düzenlemede Türkiye de bu akıma uygun olarak ülkesel tükenmeyi benimsemiş; yalnızca entegre devre topografyaları bakımından uluslararası tükenmeyi kabul etmişti.

Ancak SMK ile birlikte Türkiye, büyük bir politika değişikliğine giderek tüm sınai mülkiyet hakları bakımından uluslararası tükenme ilkesini benimsedi (SMK 152). Özetle SMK, tüm hak kategorileri bakımından uluslararası tükenme ilkesine geçmiştir. Buna göre markalı ya da patentli bir ürün, dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürüldükten sonra artık ilgili marka ya da patent sahibinin iznine ihtiyaç kalmaksızın o ürün Türkiye'ye ithal edilebilecektir.

3. Önceki Tarihli Hakların Etkisi

Türk mahkeme uygulamasına göre³¹, tescilli bir hak sahibine karşı tecavüz davası açılacaksa; ihlali gerçekleştiren kişinin öncelikle bu tescilli hükümsüz kaldırılmalı ve ardından tecavüz davası açılmalıdır. Bir hükümsüzlük davası ortalama beş yıl sürdüğü için kötü niyetli kişiler sınai mülkiyet sistemini dolanıyordu. Zira uygulamada kötü niyetli kişiler, başkalarına ait markaların itibarından

³¹ Örnek olarak bkz. 11. HD, 12.10.2004, E. 2003/13394, K. 2004/9665; 11. HD, 17.5.2010, E. 2008/13589, K. 2010/5398.

yararlanmak ya da başkalarının patentli buluşunu kullanmak için marka, patent, faydalı model veya tasarım belgesi almaktadır. Kendisine karşı açılan tecavüz davasında ise, sonradan aldığı bu sınai mülkiyet belgesine dayanarak; *belgesi geçerli olduğu sürece kendisine dava açılmayacağı* savunmasını geliştirmektedir. Bu nedenle sınai mülkiyet belgeleri, kötü niyetli kişiler için *güvenli limana* dönüşmüş idi.

SMK, sistemi bu şekilde dolanmanın önünü tamamen kapattı. Buna göre marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki tarihli hak sahiplerinin açtıkları tecavüz davasında artık kendi belgesine dayanarak savunma geliştiremeyecektir (SMK 155). Yani belgesi olan kişiye karşı da tecavüz davası açılabilir. Böylece tescil belgeleri, gerçek hak sahibine karşı güvenli liman olmaktan çıkmıştır.

4. Hukuki İşlemlerin Şekli

Sınai mülkiyete ilişkin işlemler yazılı şekle tabidir. Ancak devir işlemleri, resmi şekle tabi olup, noterde yapılması zorunludur (SMK 148/4).

5. İhlallerde Daha Fazla Tazminat

İhlal durumunda ödenecek tazminat miktarının hesaplanma yöntemi değişti. Buna göre ödenmesi gereken tazminat, tecavüz yoluyla elde edilen net kazanç şeklinde hesaplanarak tazminat miktarı artırılacaktır. "*Sınai mülkiyet hakkının kullanımı yoluyla*" ibaresi çıkarıldığı için *hakkın, gelirdeki payına* artık bakılmayacaktır. Yoksun kalınan kazancın hesabında ihlalin nitelik ve boyutu dikkate alınacaktır (SMK 151).

Şunu da belirtelim ki, tüm sınai mülkiyet hakları bakımından tecavüz halleri arasında "*muhtemel tecavüzün önlenmesi*" ibaresine yer verilmiştir (SMK 149/1-b). Bu düzenleme hak sahiplerinin elini oldukça kuvvetlendirmiştir.

6. Taklit Markalı Mallara Ekspres İmha Prosedürü Getirildi

Türkiye’de bir davanın sonuçlanması yıllar almaktadır. Bu süre zarfında suçla konu ürünlerle adliye ve yedi emin depoları dolup taşmaktadır. SMK’ya göre daha yargılamanın başında suçla konu taklit markalı mallardan yeteri kadar numune alınarak kalan suç eşyası, mahallin maliye teşkilatına gönderilecektir. Şu şartların varlığı halinde daha işin başında suç eşyası imha edilecektir: *a) Malın zarara uğraması, b) Değerinde esaslı ölçüde kayıp tehlikesi bulunması, c) Muhafazası ciddi külfet oluşturması.* Bu şartlardan birinin varlığı halinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak soruşturma aşamasında savcının talebi üzerine hâkim, kovuşturma aşamasında hükümden önce dosyaya bakan mahkeme tarafından suçla konu malların imhasına karar verilecektir. Böylece uygulamada adli emanet ve yedi emin depolarını dolduran suçla konu taklit markalı mallar hızlı bir şekilde imha edilecektir (SMK 163).

Ne var ki, anlatılan bu ekspres imha prosedürü sadece suçla konu taklit markalı mallar bakımından geçerlidir. Çünkü SMK’da sadece marka suçları kabul edilmiş; patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından sadece hukuki koruma getirilmiştir. Bu nedenle belirtilen haklar bakımından ekspres imha prosedürü çalıştırılmayacaktır. Diğer hak kategorileri bakımından ise, sadece 2009 öncesinden elde kalmış mallar bakımından bu prosedüre başvurulabilecek ama bu tarihten sonra ele geçirilen mallar bakımından bu prosedür işlemeyecektir. Şöyle ki 1.1.2009 tarihinden önce suçla konu eşyanın müsaderesine ilişkin kesinleşen mahkeme kararına rağmen infaz edilmemiş kararlar yönünden suçla konu eşyanın, eşya sahiplerine iadeleri için tebligat gönderilecektir. Bir ay içinde iade alınmayan eşya, savcılığın talebi üzerine mahkeme kararıyla imha edilecektir.

7. Türk Patentin Kurumsal Kapasitesi ve İnsan Gücü Artırılıyor

Türk Patentin var olan yapısında değişikliğe gidilerek yeni daire başkanlıkları kuruldu (SMK 169): *a)* Yenilik ve Tanıtım Dairesi Başkanlığı, *b)* Coğrafi İşaretler Dairesi Başkanlığı, *c)* Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı.

Özellikle Yenilik ve Tanıtım Dairesi Başkanlığı aracılığıyla teknoloji transferi faaliyetlerine katkı sağlanması amaçlanıyor.

Coğrafi işaretler ise, Markalar Dairesinden ayrılarak yeni bir başkanlığa kavuştu. Bu Daire, coğrafi işaretlere ilişkin farkındalık çalışması yapacağı gibi bunların etkin denetimini de üstlenecek.

SMK, Türk Patentte çalışan marka ve patent uzmanı gibi ayrımlara son vererek tamamına Sınai Mülkiyet Uzmanı unvanını verdi. Yine SMK ile Türk Patent bünyesinde 281 kadro ihdas edilerek insan gücü artırılıyor.

8. Fikri Mülkiyet Akademisi Kurulacak

Türkiye'deki üniversitelerde fikri mülkiyet hukuku ayrı bir anabilim dalı olmadığı için sadece bu alana özgü eğitimler gerçekleştirilemiyor. Bu alanda yoğun bir uygulama olmasına rağmen eğitim ayağı ciddi şekilde aksıyor. SMK gereği bir Fikri Mülkiyet Akademisi kurulacak (SMK 168). Hem Türk Patent hem de Telif Hakları bünyesinde birer adet de eğitim merkezi oluşturulacaktır. Böylece sınai hakların yanında telif haklarına ilişkin eğitim faaliyetleri de etkin hale getirilecektir.

9. Marka ve Patent Vekilleri Yasal Statüye Kavuşturuldu

Marka ve patent vekilliği meslek kuralları tanımlanarak disiplin hükümleri getirildi (SMK 181/2). Bu meslekle ilgili bir disiplin kurulu kurulmak suretiyle vekillik mesleğinin disipline edilmesi ve bu nedenle oluşan hak kayıplarının önlenmesi amaçlanıyor³².

³² Türk Patent ve Marka Kurumu Patent Vekilleri ve Marka Vekilleri Meslek Kuralları ve Disiplin Yönetmeliği için bkz. RG, 18.5.2017, 30070.

10. Teknoloji Transferine Yeni Yaklaşım

Türk Patent uzun süredir Patent Ajansı üzerinde çalışma yürütüyordu. SMK gereği teknoloji transferlerine dönük Türk Patent bünyesinde *Yenilik ve Tanıtım Dairesi Başkanlığı* kuruldu (SMK 169). Böylece Türk Patent, sınai mülkiyet haklarının tanıtımı, ekonomik değerlemesi, teknoloji transferi ve yenilik destekleri gibi konularda yasal olarak görevlidir.

11. Tebligatta Elektronik Sisteme Geçiliyor

Türk Patent tarafından yapılacak tebligatlar, kişinin önceden rızası alınarak o kişiye tahsisli posta kutusu aracılığıyla elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir (SMK 160). Buna göre Türk Patent, tebligatları ilgili kişinin posta kutusuna koymaktadır. Posta kutusuna konulmasını müteakip muhatabın, posta kutusuna ilk giriş yaptığı tarihte ve her halde belgenin posta kutusuna konulduğu tarihi izleyen onuncu günün sonunda tebligat yapılmış sayılmaktadır.

12. Önceki Mevzuatın ve Yeni Mevzuatın Uygulanacağı Konular

SMK'nın yayımlandığı ve yürürlüğe girdiği 10.01.2017 tarihinden önce yapılmış marka, patent, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaret başvuruları; başvuru tarihindeki mevzuata, yani KHK'lara göre sonuçlandırılır. Uluslararası veya bölgesel anlaşmalar gereği yapılan patent ve faydalı model başvuruları, başvurunun Türkiye'ye giriş yaptığı tarihteki mevzuat hükümlerine göre yürütülür.

Önceki mevzuat hükümlerine göre verilmiş patent ve faydalı modeller için burada belirtilen konular yönünden önceki mevzuat (PatKHK) hükümleri, diğer konularda yeni mevzuat (SMK) hükümleri uygulanır (SMK Geçici Madde 1): *a)* İtiraz ve itirazın incelenmesi, *b)* Hükümsüzlük halleri, *c)* Çalışanların buluşlarının hizmet buluşu olduğuna ilişkin hüküm, *d)* Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların hukuki

durumu. Bu nedenle PatKHK'nın hükümsüzlüğe ilişkin hükümleri yirmi yılı aşkın bir süre daha uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme sadece patent ve faydalı modeller için geçerli olup; marka, tasarım ve coğrafi işaretler yönünden uygulanmayacaktır. Belirtilen hakların hükümsüzlüğü yönünden SMK hükümleri uygulanacaktır. Bunların sadece başvuru işlemleri, önceki mevzuata göre sonuçlandırılacaktır.

VIII. SONUÇ

SMK'nın kabulü Türk fikri mülkiyet mevzuatı bakımından önemli kırılmalardan birisidir. Önceki düzenlemelerle kıyaslandığında SMK yeni bir anlayış getirmemiştir. Başka bir deyişle, sınai mülkiyet haklarıyla ilgili 1995 yılında kabul edilen KHK'larla SMK'nın beslendiği kaynaklar ve temel ilkeleri ile felsefesi benzer niteliktedir. Gerçekten hem KHK'lar hem de SMK, esas itibarıyla konuya ilişkin uluslararası anlaşmalar ile AB mevzuatından ilham alınarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte KHK'larla kıyaslandığında SMK'nın önemli yenilikler içerdiği burada vurgulanmalıdır.

SMK'nın kabulünü doğuran temel nedenler şöyle özetlenebilir³³: *i)* Anayasa Mahkemesinin (AYM) KHK'larda yaptığı iptaller üzerine çöken mevzuat alt yapısını yeniden kurmak, *ii)* Daha nitelikli bir sınai mülkiyet yapısına geçmek, *iii)* Uygulamada yaşanan sorunları gidermek, *iv)* Tescil süreçlerini hızlandırmak, *v)* AB mevzuatı ve uluslararası anlaşmalarla uyum sağlamak, *vi)* Türk Patent'in kurumsal kapasitesini güçlendirmek. Özellikle AYM'nin, KHK'larla ilgili çok sayıda iptal kararı vermesi süreci hızlandırmıştır³⁴.

Yasa koyucu tüm bu ihtiyaçları karşılayacak şekilde bir metni kaleme almayı çalışmıştır. Fakat metnin hazırlanma süreci aceleye getirildiği için yasanın gerek dili gerekse bazı düzenlemeleri sorunludur. Yasanın üzerinden bir yıl gibi kısa bir süre geçmesine rağmen *kullanmamaya dayalı iptal davaları* ve *çalışanların buluşları* gibi konularda uygulamada daha şimdiden önemli tereddütler yaşanmaya başlanmıştır. Tüm bunlara rağmen önceki mevzuat ile kıyaslandığında SMK'nın kabulü önemli bir adımdır. Bu çerçevede ticaretin çok önemli ayaklarından sınai mülkiyet haklarını düzenleyen SMK'nın, önümüzdeki yirmi-otuz yıllık dönemde Türkiye'nin ticaretini derinden etkileme potansiyeli taşıdığı söylenebilir.

³³ Bkz. **Suluk (Karasu/Nal)**, s. 32.

³⁴ AYM, en son marka hukukunda kullanmamaya dayalı yeni bir iptal kararı daha vermiş olup, bu karar SMK'nın yürürlüğe girmesinden dört gün önce Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. AYM, 14.12.2016, E. 2016/148, K. 2016/189 - RG, 06.01.2017, No. 29940.

KAYNAKÇA

Suluk Cahit/Karasu Rauf/Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 2017.

Suluk Cahit, “*Patent İhlaline Cezai Yaptırımın Uygunluğu Tartışmaları*”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, No: 1/2012.

Suluk Cahit, Tasarım Hukuku, Seçkin, Ankara 2003.

Musker David, Community Design Law (Sweet & Maxwell, London, 2002).

Arseven Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.

Ayiter Nuşin, İhtira Hukuku, İstanbul 1968.

Tekinalp Ünal, “*Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri*”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-19 Mart 2017) kitabı, (Ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik), BTHAE, Ankara 2017.

ZUSAMMENFASSUNG

Sedes materiae des „Delisting“ ist § 39 des Börsengesetzes (BörsG)¹ n.F. der bis zu seiner Neuregelung innerhalb von 18 Jahren fünf unterschiedlichen Regelungsregimen unterlag. Geprägt ist die Neufassung vom Zwiespalt des Gesetzgebers, die deutsche Börse im europäischen Wettbewerb weiterhin attraktiv zu gestalten, ohne gleichzeitig Anlegerinteressen zu konterkarieren.² Dabei versucht er in einer einheitlichen Regelung stringent seiner Grundentscheidung für eine börsenrechtliche Verortung treu zu bleiben und regelt die Voraussetzungen konsequent – mit wenigen Ausnahmen – nach der kapitalmarktrechtlichen Lösung. Der vorliegende Beitrag untersucht die Neuregelung insbesondere unter Anlegergesichtspunkten und unterzieht diese einer kritischen Würdigung.

Schlüsselwörter: Delisting; Neuregelung; § 39 BörsG; Anlegerschutz

ABSTRACT

Sedes materiae of the "Delisting" is § 39 of the German Stock Exchange Act (BörsG)³ new version which had been subject to five different regulatory regimes within 18 years of its revision. The new version is shaped by the conflict of the legislative to increase the attractiveness of the German stock exchange in the European competition, without at the same time counteracting investors' interests. Thereby, the legislative strives to remain faithful to its basic decision to settle the new regulation in the German Stock Exchange Act and regulates the requirements consequent – with few exceptions – according to the capital market solution. The present article examines the new regulation, especially by considering the interests of investors and undertakes it a critical evaluation.

Keywords: Delisting, New Regulation, § 39 German Stock Exchange Act, Investors' Interests

* Juristin/Lawyer (e-mail: ebru_yildirim@hotmail.com) (Geliş Tarihi : 13.10.2017 / Kabul Tarihi : 02.01.2018)

¹ Börsengesetz vom 16.07.2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 30.06.2016 (BGBl. I S. 1514).

² Siehe hierzu: Groß, ZHT 165 (2001), 141 (143); Bt-Drucks. 13/8933, S. 74.

³ Stock Exchange Act of 16.07.2007 (BGBl. I S. 1330, 1351), last change by Article 5 of the Act dated 30.06.2016 (BGBl. I page 1514).

I. EINFÜHRUNG

Nach § 39 BörsG a.F. orientierte sich der Schutz der Anleger nur an der in § 39 Abs. 2 S. 2 BörsG a.F. aufgestellten Voraussetzung, wonach ein Delisting dem Anlegerschutz nicht widersprechen durfte. Inhaltlich wurde dieser allerdings in § 39 Abs. 2 S. 5 BörsG den einzelnen Börsenordnungen⁴ zugewiesen. Da sie in den einzelnen Ausgestaltungen voneinander abwichen⁵, trugen sie dem Anlegerschutzbedürfnis nicht ausreichend Rechnung.⁶ Die Börsenordnungen sahen häufig eine mehrmonatige Karenzfrist zwischen Verkündung und Wirksamwerden des Delistings vor, die durch ein Barabfindungsangebot an die Minderheitsaktionäre verkürzt werden konnte.⁷ Diese unzufriedene Rechtslage versuchte die Rechtsprechung durch Rechtsfortbildung zu schließen. Obwohl das Bundesverfassungsgericht⁸ die Macrotron-Trias als zulässig bewertete, vollzog der BGH mit seiner „Frosta“-Entscheidung aus dem Jahr 2013 eine Kehrtwende, indem er das Delisting nicht mehr an einen Hauptversammlungsbeschluss⁹ sowie an ein im

Rahmen eines Spruchverfahrens¹⁰ überprüfbares Barabfindungsangebot¹¹ koppelte.¹² Daraufhin folgte eine Welle an abfindungsfreien Börsenrückzügen,¹³ wie beispielsweise die Kabel Deutschland Holding AG mit Ad-hoc-Mitteilung vom 03. September 2015¹⁴. Die erheblichen Kursverluste in der Zeit zwischen der Ankündigung und dem Wirksamwerden des Delistings wirkten sich auf Kosten privater oder unter Verkaufsdruck stehender institutioneller Anleger vorteilhaft für Großaktionäre aus¹⁵, die zum Zwecke einer vollständigen Übernahme der Gesellschaft die Aktien günstig „einsammeln“ konnten.¹⁶ Nach Aufgabe der Macrotron-Rechtsprechung durch den BGH¹⁷ sah sich der Gesetzgeber nach einer zweijährigen Phase des abfindungsfreien Delistings durch europarechtliche Vorgaben und unzureichende gesetzliche Regelungen veranlasst, § 39 BörsG in der Fassung vom 16. Juli 2007¹⁸ neu zu regeln.¹⁹

⁴ Vgl. etwa die Börsenordnungen der Baden-Württembergischen Wertpapierbörse, der Frankfurter Wertpapierbörse, der Hanseatischen Wertpapierbörse Hamburg, der Börse Düsseldorf, der Börsenordnung Berlin sowie der Börse München.

⁵ BGH, Urteil v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 (56). Die Börsenordnungen sahen lediglich eine gewisse Veräußerungsspanne vor; beispielhaft: § 22 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 3 BörsO BW (mindestens sechs Monate); § 46 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 3 BörsO FFM (sechs Monate); § 42 Abs. 7 S. 3 BörsO Hamburg (2 Jahre); § 51 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 3 S. 3 BörsO München (2 Jahre). In Düsseldorf waren ein zusätzlicher Hauptversammlungsbeschluss sowie ein Abfindungsangebot nach § 56 Abs. 4 BörsO notwendig, in Berlin ein Pflichtangebot (§ 51 Abs. 2 BrsO Berlin).

⁶ Habersack, JZ 2014, 147 (148); a.A. Thomale, ZGR 2013, 686 (718).

⁷ So beispielsweise § 46 Abs. 3 BörsO FFM; § 51 Abs. 3 BörsO München.

⁸ BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08.

⁹ Ungeschriebene Voraussetzung entsprechend der Holz-müller-Doktrin: BGH, Urteil v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122; BGH, Urteil v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 (55).

¹⁰ Siehe zur Anwendung des Spruchverfahrens vor der Neuregelung: Hoffmann, in: FS für Eberhard Stitz, S. 267 (279 f.).

¹¹ Sogenannte „Bedingungsloslösung“, Kubis in MüKo AktG, Band 3, § 119, Rn. 88; Spindler/Stilz-Hoffmann, AktG, § 119, Rn. 43.

¹² Siehe hierzu Koch/Widder, NJW 2014, 127.

¹³ So etwa Jetter AG mit Ankündigung vom 17.10.2013 (vollständiges Delisting), n.runs AG mit Ankündigung vom 17.02.2014 (vollständiges Delisting), centrotherm photovoltaics AG mit Ankündigung vom 26.03.2014 (Wechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr), Loewe AG mit Ankündigung vom 08.04.2014 (vollständiges Delisting), Marseille-Kliniken AG mit Ankündigung vom 10.06.2014 (vollständiges Delisting); siehe zum Kursverlust nach Frosta Bayer, AG 2015, R55; derselbe, AG 2015, R307; Karami/Schuster, Empirische Analyse, abrufbar unter: www.bewertung-im-recht.de (zuletzt abgerufen am 22.03.2018); Pils/Knoll, Der Betrieb 2016, 181 ff.

¹⁴ Abrufbar unter www.kabeldeutschland.com. Ein Antrag nach dem 07.09.2015 über den bis zum 26.11.2015 wahrscheinlich nicht bestandskräftig entschieden worden wäre, hätte nach § 52 Abs. 9 BörsG n.F. die Anwendung der neuen strengeren Regelungen zur Folge gehabt.

¹⁵ Zimmer/von Imhoff, NZG 2016, 1056 (1057).

¹⁶ BRAK, Stellungnahme, S. 3.

¹⁷ BGH, Urteil v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 (56); ausführliche Darstellung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung, Thomas, Delisting und Aktienrecht, S. 128; sowie ausführliche Darstellung zur Problematik um Art. 14 GG: Mülbart, FS für Klaus J. Hopt, S. 1039 ff.; Mülbart/Leuschner, ZHR 170 (2006), S. 614 ff.

¹⁸ BGBl. I S. 1330 (1351).

Den Gesetzgebungsprozess stieß der Bundesrat mit seiner Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014²⁰ an, in der er eine gesellschaftsrechtliche Lösung zugunsten des Anlegers favorisierte.²¹ Die Fraktionen der CDU/CSU und SPD plädierten in ihrem Änderungsantrag²² für die kapitalmarktrechtliche Lösung. Nach einer intensiven Diskussion in der Finanzausschusssitzung am 07. September 2015 wurde schließlich nach nur einem sieben-monatigen Gesetzgebungsprozess durch Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie²³ vom 20. November 2015²⁴ das Delisting neu geregelt; weitere Anpassungen an europarechtliche Regelungen folgten durch Gesetz vom 30. Juni 2016²⁵ sowie am 23. Juni 2017²⁶. Der Gesetzgeber entschied sich gegen die Einordnung des Delistings als gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahme und optierte stattdessen für die kapitalmarktrechtliche Lösung im Börsengesetz. Damit beabsichtigte der Gesetzgeber die 1998²⁷ begonnene legislative Initiative und die zwischen der Rechtsprechung, Vertretern von Anlegerschutzverbänden, der Wissenschaft sowie Praxis geführte Diskussion zu beenden. § 39 BörsG n.F. sollte einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Emittenten, der sich aus der Börse zurückzieht und dem Anlegerschutz darstellen.²⁸

II. DELISTING

A. KAPITALMARKTRECHTLICHER SCHLUSSPUNKT DURCH DIE NEUREGELUNG

1. Sachlicher Anwendungsbereich des § 39 BörsG n.F.

a. Definition

Das sogenannte „De-Listing“²⁹ kennzeichnet den Widerruf der Börsenzulassung durch den Rückzug eines Emittenten aus dem regulierten Markt³⁰ und ist als *actus contrarius* zum Listing einer Gesellschaft ein Verwaltungsakt, der durch die Börse als teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts erlassen wird.³¹ Es kann nach § 39 Abs. 1 BörsG in der Form eines „Zwangsdelisting“ oder nach § 39 Abs. 2 BörsG freiwillig auf Antrag des Emittenten erfolgen. Ein Zwangsdelisting erfolgt von Amts wegen bei Verstoß des Emittenten gegen börsenrechtliche Vorschriften auf Initiative der Börse, wenn ein ordnungsgemäßer Börsenhandel mit Wertpapieren auf Dauer nicht mehr gewährleistet ist und die Geschäftsführung die Notierung im regulierten Markt eingestellt oder der Emittent seine Zulassungspflicht nach einer angemessenen Frist nicht erfüllt hat.

Ein „reguläres oder freiwilliges Delisting“³² kann unterschiedliche Gründe haben. Ein Listing, für das sich Unternehmen u. a. entscheiden, um Eigenkapital aufzunehmen, ist für Gesellschaften mit einer geringen Marktkapitalisierung und einer geringen Handelsaktivität mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, denen keine erstrebenswerten Vorteile gegenüberstehen.³³ Illiquide Aktien sowie die damit verbundenen Kursschwankungen spiegeln nicht die tatsächliche Unternehmensentwicklung wider und führen unter Umständen zu einer negativen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit.³⁴ Durch ein freiwilliges Delisting von Wertpapieren gemäß § 39

¹⁹ Bayer, ZfPW 2015, S. 163 (223); Habersack, JZ 2014, S. 147 (149); Kals, EuZW 2016, S. 321 (322); siehe hierzu Dygala/Peres, LTO, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/hnterg-ruende/h/boersenrueckzug-delistinggesetzentwurf-aion-aere-hauptversammlungsbeschluss-gegenleistung/zuletzt-abgerufen-am-22.03.2018>.

²⁰ RegE. vom 07.01.2015.

²¹ Br-Drucks. 22/15 (B), S. 7 ff.; Siehe zur Äußerung und zustimmenden Gegenäußerung BT-Drucks. 18/4349, S. 42 f. Der Bundesrat schlug einen zivilrechtlichen Schutz der Aktionäre beispielsweise im Aktiengesetz oder im Umwandlungsgesetz vor.

²² Änderungsantrag zum Gesetzentwurf der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, abgedruckt Spruchverfahren aktuell v. 3.9.2015 Nr. 13, S. 280 ff. vom 22.10.2013 – RL 2013/50/EU.

²⁴ BGBl. I S. 2029.

²⁵ BGBl. I S. 1514.

²⁶ BGBl. I S. 1693.

²⁷ Drittes Finanzmarktförderungsgesetz vom 24.03.1998, BGBl. 1998 I, S. 529 ff.

²⁸ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84 (86).

²⁹ Bt-Drucks. 13/8933, S. 74.

³⁰ Habersack in Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung, § 40 Rn. 1.

³¹ Koch/Harnos, NZG 2015, 729; Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

³² Habersack in: Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung, § 40 Rn. 1.

³³ Aders/Muxfeld/Lill, CF 2015, 389 (399).

³⁴ Kastl, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 386.

Abs. 2 S. 1 BörsG auf Antrag des Emittenten können umfangreiche mit der Zulassung zum Handel im regulierten Markt verbundene Pflichten im Aktien-, Bilanz- und Wertpapierrecht (§ 3 Abs. 2 AktG³⁵, § 264d HGB³⁶, § 2 Abs. 5 WpHG³⁷, § 1 Abs. 1 WpÜG³⁸)³⁹ und die damit einhergehenden Kosten umgangen werden.⁴⁰

b. Downlisting gleich Delisting?

Der vollständige Rückzug („Going Private“⁴¹) einer börsennotierten Aktiengesellschaft i.S.v. § 3 Abs. 2 AktG vom staatlich überwachten regulierten Markt ist von einem „Downlisting“ abzugrenzen. Dieses findet als Wechsel von einem höheren in ein niedrigeres Marktsegment statt.⁴² Nach der früheren Rechtslage war im Rahmen eines Downlisting kein Erwerbsangebot notwendig. Der Wortlaut der Neuregelung spricht zwar nicht von einer Gleichstellung des Downlisting mit einem Delisting. In den Gesetzesmaterialien zieht der Gesetzgeber eindeutig ein Downlisting in den Schutzbereich des § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG ein.⁴³

c. Downlisting für den Anlegerschutz

Ein Downlisting wäre einem Delisting mit der Pflicht eines Erwerbsangebots zulasten des Emittenten

nur gleichzustellen, wenn der Anlegerschutz dies gebieten würde.⁴⁴ Im Rahmen eines Downlisting werden die Aktien nicht mehr an einem öffentlich-rechtlich organisierten Markt zugelassen, sondern nur noch im privatrechtlich organisierten Freiverkehr⁴⁵ gehandelt.⁴⁶ Ein gesetzlich geregelter Schutz wäre nicht notwendig, wenn die privatrechtlichen Satzungen den Emittenten Publizitätspflichten auferlegen, die eine verlässliche Preisbildung gewährleisten und die Fungibilität der Aktien nicht eingeschränkt wird.⁴⁷ Die Erfahrungen in der Vergangenheit haben gezeigt, dass die uneinheitlichen Börsenordnungen einen variierenden Schutzstandard aufstellen.⁴⁸ Der Schutz des einzelnen Anlegers kann nicht davon abhängen, an welcher Börse die Aktien notiert sind. Durch das Downlisting wird wie bei einem Delisting dem Aktionär einer börsennotierten Gesellschaft eine Rechtsstellung, die er im Vertrauen auf deren Fortbestand erworben hat, ohne seine Mitwirkung und ohne eine entsprechende Entschädigung genommen.⁴⁹ Da zahlreiche anlegerschützende Vorschriften⁵⁰ an eine Zulassung zum Handel an einem regulierten Markt anknüpfen, fallen nicht nur Teile des kapitalmarktrechtlichen Schutzes weg, sondern der Aktionär findet sich in einem Typus der Aktiengesellschaft wieder, für den zahlreiche zwingende Regelungen des Aktiengesetzes nicht mehr gelten⁵¹. Würde man trotz der vergleichbaren Lage ein Downlisting ohne ein Erwerbsangebot zulassen, könnte dies als Vorstufe für ein abfindungsfreies Delisting missbraucht werden.

³⁵ Aktiengesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.04.2017 (BGBl. I S. 802).

³⁶ Handelsgesetz vom 10.05.1897 (RGBl. I S. 219), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.04.2017 (BGBl. I S. 802).

³⁷ Wertpapierhandelsgesetz vom 09.09.1998 (BGBl. I S. 2708), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.04.2017 (BGBl. I S. 802).

³⁸ Wertpapier- und Übernahmegesetz vom 20.12.2001 (BGBl. I S. 3822), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.11.2015 (BGBl. I S. 2029, 2040).

³⁹ Siehe zum Anlegerschutz durch Informationspflichten Mülbart, ZHR 177 (2013), 184 ff.

⁴⁰ Bt-Drucks. 18/5010, S. 3.

⁴¹ Vgl. Habersack in Habersack/Mülbart/Schlitt, Unternehmensfinanzierung, § 40 Rn. 3; siehe zu den unterschiedlichen Bezeichnungen: Groß, Kapitalmarktrecht § 39 BörsG Rn. 11.

⁴² Groß, Kapitalmarktrecht § 39 BörsG Rn. 16.

⁴³ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84; zustimmend: Bayer, ZfPW 2015, 163 (223), Brellocks, AG 2014, 633 (645); Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, 373 (376); Habersack, Stellungnahme, S. 7; ZHR 176 (2012) 463 (465); Koch/Harnos, NZG 2015, 729 (732).

⁴⁴ Vgl. zum Downgrading nach altem Recht: BVerfG v. 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07 und 1 BvR 1569/08; ebenso Habersack ZHR 176 (2012), 463 (465).

⁴⁵ Freiverkehrssegment an der Börse München „M:access“, Börse Düsseldorf „Primärmarkt“, Frankfurter Börse „Entry-Standard“, Börse Stuttgart „Gate-M“.

⁴⁶ Groß, Kapitalmarktrecht § 39 BörsG Rn. 16.

⁴⁷ Dieser Ansicht: Bungert/Leyendecker-Langner, Der Betrieb 2015, 2251 (2256).

⁴⁸ Siehe hierzu A.II.

⁴⁹ Bayer, ZIP 2015, 853 (858).

⁵⁰ So z.B. des AktG, §§ 21 ff. WpHG, WpÜG.

⁵¹ Bayer, ZIP 2015, 853 (858); Harnos, ZHR 179 (2015), 751 (754); Koch/Harnos, NZG 2015, 729 (731).

2. Regelung im Börsengesetz

Der gesetzlichen Neuregelung zum Delisting ging eine Debatte über den Standort der Neuregelung voraus. Dem Gesetzgeber standen zwei⁵² Möglichkeiten zur Lösung des Problems zur Verfügung; die sogenannte bereits durch die Macroton-Rechtsprechung vertretene gesellschaftsrechtliche Regelung⁵³ oder die kapitalmarktrechtliche⁵⁴ Lösung. Die formale Verortung der Norm stellt die Weichen für alle Voraussetzungen eines zulässigen Delisting und ist somit von signifikanter Bedeutung.

a. Gesellschaftsrechtliches Lager

Die Befürworter der gesellschaftsrechtlichen Lösung sahen den Aktionär in seiner mitgliedschaftlichen Gesellschafterstellung betroffen und forderten eine Gesamtanalogie zu gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen (§§ 305, 320b, 327b AktG, §§ 29, 207 UmwG).⁵⁵ Entsprechend der Macroton-Trias sollten für ein Delisting ein Hauptversammlungsbeschluss sowie eine Barabfindung notwendig sein, deren Angemessenheit sich nach dem Unternehmenswert bemisst und unter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes⁵⁶ im Spruchverfahren⁵⁷ überprüft werden

kann.⁵⁸ Nach dieser Auffassung ist der Anleger durch ein Delisting und dem damit einhergehenden Wegfall der Handelbarkeit der Aktie zur Veräußerung gezwungen, so dass ihm die Chance auf einen zukünftigen höheren Ertrag und einen höheren Börsenkurs entgehe.⁵⁹ Der Gesellschafter könne sich vor diesem Wertverlust lediglich durch die Aufgabe seiner Gesellschafterposition schützen, so dass das Delisting den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen unterliegen müsse.

b. Kapitalmarktrechtliches Lager

Nach dieser Ansicht, der letztendlich sich der Gesetzgeber durch die Neuregelung der Voraussetzungen für den Widerruf der Zulassung von Wertpapieren in § 39 Abs. 2 bis Abs. 6 BörsG angeschlossen hat, wird der Aktionär allein als Kapitalanleger geschützt. Nach einem Delisting falle nur die Handelbarkeit der Aktie weg. Der Anleger verliere die Möglichkeit seine Anteile an der Aktiengesellschaft auf einem organisierten Markt zu dem jeweilig aktuell geltenden Marktpreis zu verkaufen, bleibe aber weiterhin Inhaber des Wertpapiers und somit Mitglied des Unternehmens.⁶⁰ Der Wertverlust richte sich nach dem Börsenkurs, dessen Angemessenheit vor den Zivilgerichten angefochten werden könne.

c. Schutz des Anlegers durch einen weiten Anwendungsbereich

Ausgehend von der Natur des Delisting, muss es als *actus contrarius* zur ursprünglichen Zulassung den Charakter als einen kapitalmarktrechtlichen Vorgang teilen.⁶¹ Ziel der Regelung ist es einen gerechten Kompromiss zwischen den widerstreitenden Interessen der Börse, des Emittenten und der Anleger zu finden. Eine

⁵² Eine Mindermeinung plädierte für eine Verankerung im Spruchgesetz: *Hirte*, Vorschlag vom 06.05.2015, S. 2, abrufbar unter: http://www.heriberthirte.de/images/Standpunkte/Delisting_Stand20150506.pdf (zuletzt abgerufen am 22.03.2018); kritisch dazu: *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (375); andere sprachen sich dafür aus, Einzelheiten in den Börsenordnungen zu regeln, siehe *Bellochs*, AG 2014, 633 (645).

⁵³ BRAK, Stellungnahme, S. 7; DSW, Stellungnahme, S. 5 ff.; Goetz, BB 2015, 2691 (2693); Wicke, DNotZ 2015, 488 (494 ff.).

⁵⁴ Bayer, ZIP 2015, S. 853 (857); *Brellochs*, AG 2014, S. 633 (645 f.); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, S. 373 (378 f.); *Groß*, Kapitalmarktrecht § 39 BörsG Rn. 25; *Habersack*, Stellungnahme, S. 7; *Koch*, Stellungnahme, S. 8; *Koch/Harnos*, NZG 2015, S. 729 (735), *Mülbert*, ZHR 165 (2001), 104 ff.); *Noack*, Stellungnahme, S. 8.

⁵⁵ Siehe Fn. 40.

⁵⁶ *Koch* in Hüffer/Koch, AktG, § 1 SpruchG Rn. 3; Siehe zur Anwendbarkeit des Spruchverfahrens im Rahmen des Delistings ausführlich: *Kubis* in MüKo zum Aktiengesetz, Band 5, § 1 SpruchG, Rn. 20 ff.

⁵⁷ Siehe zur Unternehmensbewertung als klassischen Verfahrensgegenstand: *Kubis* in: MüKo AktG, Band 5, Vorb. SpruchG, Rn. 6 ff.

⁵⁸ Bayer, ZIP 2015, 853 (857).

⁵⁹ Bayer, ZIP 2015, 853 (857); *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (730).

⁶⁰ *Harnos*, ZHR 179, 750 (758).

⁶¹ So Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

gesellschaftsrechtliche Anknüpfung hätte zur Folge, dass ein Hauptversammlungsbeschluss notwendig wäre. Ein solcher ist als erschwerende Bedingung zulasten des Emittenten nur zu rechtfertigen, wenn er einen besonderen Schutz des Anlegers garantiert. Das Abstimmungsergebnis in einer Hauptversammlung wird durch die Mehrheitsverhältnisse geprägt. Ein starker Hauptaktionär könnte das von ihm erwünschte Abstimmungsergebnis erzielen, auf das der Kleinanleger keinen Einfluss hätte.⁶² Im Rahmen der Macrotron-Rechtsprechung diente der Hauptversammlungsbeschluss als Grundlage für eine zukünftige Desinvestitionsentscheidung, in dessen Rahmen der Anleger die notwendigen Informationen erhielt. Diese Entscheidungsgrundlage wird dem Anleger durch die Erwerbsangebotsunterlage geliefert, so dass es nach Sinn und Zweck der Regelung keiner gesellschaftsrechtlichen Anforderung in Form eines Hauptversammlungsbeschlusses bedarf.

Ausländische Emittenten unterliegen nicht dem deutschen Gesellschaftsrecht und waren bis zur Neuregelung nicht verpflichtet, eine Abfindung zu zahlen, da sie nicht die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufgestellten Macrotron-Trias erfüllen mussten.⁶³ Durch die kapitalmarktrechtliche Anknüpfung werden alle Unternehmen erfasst, deren Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 2 WpÜG an einer deutschen Börse zum regulierten Markt zugelassen sind. Der gesellschaftsrechtliche Sitz des Emittenten ist irrelevant.⁶⁴

B. DELISTING MIT ERWERBSANGEBOT⁶⁵

Zusätzlich zu den alten Regelungen führte der Gesetzgeber in § 39 Abs. 2 S. 3 BörsG abschließend konkrete Anforderungen für ein Delisting für

Wertpapiere i.S.d. § 2 Abs. 2 WpÜG⁶⁶ ein.⁶⁷ Die Regelungen zu einem Delisting mit einem Erwerbsangebot nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG stellen den Dreh- und Angelpunkt der Neuregelung dar. Das Erwerbsangebot bildet das Fundament für die Bewertung der Angemessenheit des Angebots und die darauf folgende Desinvestitionsentscheidung des Anlegers.⁶⁸ Durch die abschließende Regelung im Gesetz verbleibt kein Raum mehr für weitere materielle Ergänzungen durch die Geschäftsordnungen der regionalen Börsen.⁶⁹

1. Erwerbsangebot nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG

In § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG hat der Gesetzgeber die im Rahmen der Macrotron-Rechtsprechung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufgestellte Abfindungspflicht gesetzlich manifestiert. Die Börse kann die Zulassung der Wertpapiere zum Handel im regulierten Markt auf Antrag des Emittenten widerrufen, wenn „bei Antragstellung unter Hinweis auf den Antrag eine Unterlage über ein Angebot zum Erwerb aller Wertpapiere, die Gegenstand des Antrags sind, nach den Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes veröffentlicht wurde“.

a. Selbstständiges Erwerbsangebotsverfahren

In einem ersten Schritt ist die der Börsengeschäftsführung und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) mitgeteilte Entscheidung zur Abgabe eines Angebots zu veröffentlichen.⁷⁰ Die Veröffentlichung richtet sich aufgrund der Verweisung in § 39 Abs. 3 S. 2 BörsG nach § 10 und § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG. Nach der gesetzgeberischen Begründung sind nur die Vorschriften über ein einfaches Erwerbsangebot

⁶² *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 311.

⁶³ *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (375); *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 297.

⁶⁴ Bt-Drucks. 18/6220, S. 86.

⁶⁵ Zur Bedeutung eines Erwerbsangebots ausführlich *Haselbach/Pröhl*, NZG 2015, S. 209.

⁶⁶ Gesetz vom 20.12.2001 (BGBl. I S. 3822), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.07.2016 (BGBl. I S. 1666).

⁶⁷ Siehe zu den gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft: *Wieneke/Schulz*, AG 2016, 809.

⁶⁸ *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (756).

⁶⁹ *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 49 (50).

⁷⁰ Dieser Zeitpunkt ist maßgeblich für die Berechnung der Sechsmonatsfrist.

nach dem WpÜG anzuwenden.⁷¹ Innerhalb von vier Wochen muss die erstellte Angebotsunterlage nach § 14 Abs. 1 WpÜG der BaFin zur materiellen Prüfung übermittelt werden.⁷² Die BaFin überprüft, ob die zu gewährende Gegenleistung nicht offensichtlich unangemessen ist, eine entsprechende Finanzierungsbestätigung vorliegt und der Börsenkurs zutreffend berechnet wurde.⁷³ Die Kontrolle der BaFin beschränkt sich auf eine Evidenzkontrolle.⁷⁴ Erst nach ihrer Gestattung oder dem Ablauf der 10-Tagesfrist⁷⁵ ist die Angebotsunterlage in einem zweiten Schritt als Ausfluss des Ad-hoc-Prinzips zu veröffentlichen.⁷⁶ Danach kann der Delisting-Antrag bei der Börsengeschäftsführung gestellt werden. Nach der Intention des Gesetzgebers führt die Börse lediglich eine formale Prüfung des Erwerbsangebots durch, dessen Prüfungsumfang sich auf die Veröffentlichung eines Angebots nach dem WpÜG beschränkt.

Dieser zweigliedrige Aufbau verdeutlicht, dass es sich hierbei um zwei selbstständige Verfahren handelt. Der Gesetzgeber ordnet in § 39 Abs. 6 BörsG an, dass die Rechtmäßigkeit des Widerrufs im Hinblick auf das Erwerbsangebot unberührt bleibt. Falls die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 BörsG entgegen der Entscheidung der BaFin doch nicht vorliegen, hat dies somit keinen Einfluss auf die Entscheidung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Börsenzulassung durch die Geschäftsführung. Dieser Grundentscheidung des Gesetzgebers folgend, gestaltet sich der Rechtsschutz auch zweigleisig.⁷⁷ Da die Börsengeschäftsführung über den Widerruf der Zulassung zum Handel am regulierten Markt

mittels Verwaltungsakt entscheidet, ist für Verfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.⁷⁸ Die Überprüfung der Angemessenheit der Höhe der Abfindung bleibt den Zivilgerichten vorbehalten.⁷⁹

b. Zeitlicher Abstand zwischen Delisting-Angebot und Delisting-Antrag

Der Wortlaut trifft zwar eine Aussage darüber, dass das Erwerbsangebot vor dem Delisting-Antrag vorliegen muss. Nicht vom Wortlaut erfasst ist jedoch die Frage, in welchem zeitlichen Abstand vor der Antragstellung das Erwerbsangebot veröffentlicht werden muss.⁸⁰ Zieht man die Gesetzesbegründung⁸¹ als Auslegungsgrundlage heran, definiert diese den zeitlichen Rahmen: Es muss ein „aktuelle[s] Erwerbsangebot als Zulässigkeitsvoraussetzung“ vorliegen.⁸² Als Erwerbsangebot könnte durch eine weite Auslegung des Begriffs ein vorhergehendes Übernahmeangebot unter den Begriff des „Angebots“ nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG subsumiert werden. Sinn und Zweck der Norm, das Delisting für den Emittenten nicht unnötig zu erschweren, spricht für eine weite Auslegung des Begriffs, wohingegen wiederum Anlegerschutzgesichtspunkte dagegen sprechen. Der mit dem Delisting-Angebot bezweckte Schutz der Aktionäre kann nicht erreicht werden, wenn das Delisting-Angebot mit einem freiwilligen Übernahme- oder

⁷¹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84 ff.

⁷² *Kocher/Seiz*, Der Betrieb 2016, 1053 (1054).

⁷³ Bt-Drucks. 18/6220, S. 86.

⁷⁴ *Krause*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, § 31 WpÜG Rn. 163.

⁷⁵ § 14 Abs. 1 WpÜG.

⁷⁶ *Zimmer/von Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1057).

⁷⁷ *Gegler*, BKR 2016, 273; *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 39 Rn. ; *Koch/Harnos*, in: NZG 2015, 729 (730).

⁷⁸ Vgl. hierzu und zur problematischen Antragsbefugnis des Aktionärs ausführlich *Groß*, AG 2015, 812 (818 f.), ZHR 2001, 157; sowie *Bayer*, ZIP 2015, 853 Fn. 86 und 87. Für eine drittsschützende Wirkung der § 39 Abs. 2 S. 2, Absatz 3 bis 5 BörsG: *Groß*, Kapitalmarktrecht § 39 BörsG Rn. 15; *Kumpan* in: Baumbach/Hopt, HGB, § 39 BörsG Rn. 6.

⁷⁹ Zur Leistungsklage entsprechend der Postbank-Entscheidung des BGH: BGH, Urteil v. 29.07.2014 – II ZR 353/12; siehe hierzu ausführlich *Verse*, Der Konzern 2015, 1 ff. Problematisch bleibt der Rechtsschutz im Hinblick auf die Entscheidungen der BaFin über die Finanzierungsbestätigung, die Bedingungsfreiheit des Angebots und die Gegenleistung in Euro; siehe hierzu ausführlich *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (735 ff.).

⁸⁰ *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 49 (52).

⁸¹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

⁸² *Bungert/Leyendecker-Langner*, ZIP 2016, 49 (52).

Pflichtangebot kombiniert oder durch ein solches ersetzt wird. Legt man die Norm historisch aus und zieht den Gesetzgebungsprozess heran, erschließt sich die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers Übernahmeangebote nicht unter den Anwendungsbereich zu fassen. Der Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie⁸³ enthielt in Nr. 2 die Regelung, dass Aktionären im Falle der Ablehnung eines nicht länger als sechs Monate zurückliegenden Übernahme- oder Pflichtangebots kein Anspruch auf eine Delisting-Abfindung zustehe.⁸⁴ Als tragendes Argument wurde angeführt, dass wer sich für den Verbleib in der Gesellschaft entscheide, das Risiko eines vorhersehbaren späteren Delistings tragen müsse und nicht gegenüber risikoaversen Anlegern begünstigt werden dürfe.⁸⁵ Der Gesetzgeber entschied sich in seiner finalen Version jedoch gegen die Anwendung der geringeren Anforderungen des § 31 WpÜG und stattdessen für den Anlegerschutz.⁸⁶ Daher ist *Bungert/Leyendecker-Langer*⁸⁷ nicht darin zuzustimmen, dass ein Übernahmeangebot ausreichend ist, wenn die gesamten Voraussetzungen der Nummer 1 erfüllt sind. Obwohl *Zimmer/von Imhoff*⁸⁸ dieser Auslegung u.a. aufgrund der verursachten Doppelkosten zustimmen, kommen sie zu dem Ergebnis, dass eine derartige Ausnahme gegen den Tatbestand des § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG verstoßen und der gesetzgeberischen Wertung widersprechen würde.⁸⁹ Der Vorschlag der

Fraktionen hätte zur Folge gehabt, dass auf die Gesamtheit der Aktionäre ein Verkaufsdruck bei Übernahme- und Pflichtangeboten ausgeübt worden und somit der angestrebte Anlegerschutz leergelaufen wäre.⁹⁰ Der Gesetzgeber betont die Besonderheiten eines Delisting-Verfahrens im Vergleich zum Übernahmerecht⁹¹ und modifiziert den Anwendungsrahmen des § 31 WpÜG für ein Delisting⁹². Nach § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BörsG muss die Angebotsunterlage einen Hinweis auf das Delisting enthalten,⁹³ so dass nicht jedes in der Vergangenheit liegende und abgeschlossene Angebot ausreicht.⁹⁴

c. Ausnahmslose Bedingungsfeindlichkeit

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 39 Abs. 3 S. 1 BörsG darf das Angebot nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden.⁹⁵ Im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Angebotsunterlage müssen alle gesetzlichen Voraussetzungen an das Delisting erfüllt sein. Das Angebot darf weder unter der Bedingung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung des Bieters gestellt werden, noch vom Erreichen einer bestimmten Mindestannahmequote abhängig gemacht werden.⁹⁶

d. Zulassung regulatorischer Bedingungen

*Mense/Klie*⁹⁷ sowie *Kocher/Seiz*⁹⁸ schlagen eine erweiternde Auslegung der Norm dahingehend vor, dass entsprechend der im Übernahmerecht getroffenen Regelung das Erwerbsangebot von regulatorischen Zustimmungen abhängig gemacht werden kann. Dieses Ergebnis ist jedoch mit der gesetzgeberischen Intention unvereinbar. Nach der

⁸³ Bt-Drucks. 18/5010; *Zimmer/Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1060); siehe zu den Änderungen durch die Transparenzrichtlinie III ausführlich: *Söhner*, ZIP 2015, 2451 ff.

⁸⁴ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 308.

⁸⁵ Zustimmend: *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (732); *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (377).

⁸⁶ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 308.

⁸⁷ ZIP 2016, 49 (53); bezeichnet ein zusätzlicher Erwerbsangebot als „unnötigen Formalismus“.

⁸⁸ NZG 2016, 1056 (1060).

⁸⁹ NZG 2016, 1056 (1061).

⁹⁰ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 308.

⁹¹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

⁹² *Wackerbarth* spricht von einer „neuen Angebotsart im WpÜG“, WM 2016, 385 (388).

⁹³ *Zimmer/Imhoff*, NZG 2016, 1056 (1059 Fn. 41).

⁹⁴ *Bungert/Leyendecker-Langner* sehen ein kombiniertes Angebot als zulässig an, ZIP 2016, 49 (52).

⁹⁵ Wie zum Beispiel einer Kartellfreigabe.

⁹⁶ *Kocher/Seiz*, Der Betrieb 2016, 1053 (1056).

⁹⁷ *Mense/Klie*, DStR 2014, 2782 (2784); *Zimmer/Imhoff*, NZG 2016, S. 1056 (1058).

⁹⁸ *Kocher/Seiz*, Der Betrieb 2016, 153 (156).

Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber die Bedingungsfeindlichkeit des Erwerbsangebots insbesondere für die Fälle eingeführt, in denen zum Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung das Angebotsverfahren nicht abgeschlossen ist.⁹⁹ Aus Rechts-sicherheitsgesichtspunkten sollte sichergestellt werden, dass das einmal veröffentlichte Angebot erfüllt werden kann. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber die §§ 18 und 25 WpÜG für unanwendbar erklärt.¹⁰⁰ Der Anleger solle nicht Gefahr laufen, die Aufgabe der Börsennotierung hinnehmen zu müssen, ohne die Möglichkeit gehabt zu haben, seine Anteile zu einem angemessenen Preis abgeben zu können.¹⁰¹ Alle mit dem Erwerbsangebot verbundenen Risiken soll der Bieter tragen.¹⁰² Zieht man den beispielhaften Fall heran, dass eine Bedingung zugelassen wird, wie zum Beispiel die Kartellrechtsfreigabe, und die Börse gestattet das Delisting, die Kartellrechtsfreigabe wird jedoch verweigert, dann würde dem Anleger kein Abfindungsanspruch und auch keinen Schadensersatzanspruch zustehen. Sollte man somit eine Bedingung zulassen, wenn auch nur eine regulatorische, wäre der Anleger rechtsschutzlos gestellt.¹⁰³ Dies würde dem angestrebten Anlegerschutz zuwiderlaufen.

2. Bemessung der Abfindungshöhe

Auf das Erwerbsangebot nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG ist nach der gesetzgeberischen Intention in Absatz 3 Satz 2 grundsätzlich § 31 WpÜG über einfache Erwerbsangebote anwendbar, mit der Modifikation, „dass die Gegenleistung in einer Geldleistung in Euro bestehen und mindestens dem gewichteten durchschnittlichen inländischen Börsenkurs der Wertpapiere während der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung [der Entscheidung zur Abgabe eines Angebots] nach § 10 Absatz 1 Satz 1 oder [der Kontrollerrlangung nach] § 35 Absatz 1 Satz 1 WpÜG entsprechen muss“. Bereits vor dem

Gesetzgebungsprozess war es stark umstritten, an welche Kriterien die Bestimmung der Gegenleistungshöhe knüpfen sollte. Es standen zwei Möglichkeiten zur Auswahl.

a. Bemessung am durchschnittlichen Börsenkurs

Einige Stimmen sprachen sich für eine Bemessung am durchschnittlichen Börsenkurs in Anlehnung an § 31 WpÜG aus.¹⁰⁴ Begründet wurde diese Ansicht damit, dass entsprechend der kapitalmarktrechtlichen Lösung der Verlust der Fungibilität der Aktie kompensiert werde, die Mitgliedschaft der Aktionäre als solche aber nicht berührt werde.¹⁰⁵ Der Verlust des bisherigen Marktes für einen Handel lasse sich anhand des Börsenkurses leicht beziffern.¹⁰⁶ Aufwendige Gutachten zur Ermittlung des Unternehmenswerts und ihre Überprüfung im Spruchverfahren würden vermieden werden.¹⁰⁷

b. Bemessung am Unternehmenswert

Die Gegenansicht befürwortete entsprechend der Macroton-Entscheidung die Bemessung der Abfindung anhand einer ertragsorientierten Unternehmensbewertung¹⁰⁸. Der Börsenkurs unterliege äußeren Faktoren und spiegele somit nicht wertmäßig exakt den Verlust der Fungibilität wider. Das Delisting werde verstärkt von Gesellschaften durchgeführt, deren Börsenwert unter dem wahren Unternehmenswert liege.¹⁰⁹

⁹⁹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 85.

¹⁰⁰ Bt-Drucks. 18/6220, S. 85.

¹⁰¹ Bt-Drucks. 18/6220, 62; Zimmer/Imhoff, NZG 2016, 1056 (1058).

¹⁰² Zimmer/Imhoff, NZG 2016, 1056 (1058).

¹⁰³ Zimmer/Imhoff, NZG 2016, 1056 (1058).

¹⁰⁴ So: Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, S. 373 (379); Bungert/Leyendecker-Langner, Der Betrieb 2015, 2251 (254); Habersack, Stellungnahme, S. 6; Noack, Stellungnahme, S. 8.

¹⁰⁵ BVerfG, Urteil v. 11.07.2012, 1 BvR 3242/07, 1 BvR 1569/08.

¹⁰⁶ Koch/Harnos, NZG 2015, 729 (730); Habersack, Stellungnahme, S. 6; Noack, Stellungnahme, S. 8; Bungert/ Leyendecker-Langner, Der Betrieb 2015, 2251 (2254); Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, 373 (375).

¹⁰⁷ Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, 373 (379).

¹⁰⁸ So: Bayer, ZfPW 2015, 163 (221 f.); ZIP 2015, 853 (857); BRAK, Stellungnahme, S. 4 f.; Brellocks, AG 2014, 633; DSW, Stellungnahme, S. 8; Koch, Stellungnahme, S. 7; Koch/Harnos, NZG 2015, 729 (732 f.) (Bewertung nach dem Börsenkurs mit der Modifikation einer Unternehmensbewertung in Sonderfällen).

¹⁰⁹ Bayer, ZIP 2015, 553 (857).

c. Grundsatzlösung des Gesetzgebers

Dogmatisch stringent folgte der Gesetzgeber seiner Grundentscheidung das Delisting als einen kapitalmarktrechtlichen Vorgang einzuordnen und bestimmte die Abfindung anhand des durchschnittlichen Börsenkurses.¹¹⁰ Dabei wählte er für die Wertermittlung einen Referenzzeitraum von sechs Monaten. Zur Diskussion stand zudem ein Dreimonatszeitraum, der näher am aktuellen Wert der Aktien ist.¹¹¹ Der Gesetzgeber entschied sich für den längeren Zeitraum, da es für den Emittenten schwieriger ist bei einem verlängerten Zeitraum von drei auf sechs Monate, durch die gezielte Wahl des Delisting-Zeitpunkts Einfluss auf die Abfindungshöhe zu nehmen, indem sofort in Zeiten einer Unterbewertung der Aktien das Delisting vollzogen wird.¹¹² Der maßgebliche Börsenkurs wird nach § 5 WpÜG-AngVO nach Umsätzen gewichteten Durchschnittskurs aller der BaFin nach § 9 WpHG „als börslich gemeldeten Geschäfte“ nach § 5 Abs. 3 WpÜG-AngVO berechnet.¹¹³ Der Gesetzgeber wollte durch die Festlegung auf den Börsenkurs dem von Übernahmesituationen abweichenden Börsenumfeld in Delisting-Fällen besser Rechnung tragen.¹¹⁴ Im Rahmen eines Delistings wird die Führungsebene der emittierenden Gesellschaft mit dem beherrschenden Großaktionär kooperieren, während sich bei einer Übernahme das Management der Zielgesellschaft regelmäßig für die Interessen der Aktionäre einsetzt.¹¹⁵

d. Kleinanlegerinteressen für die Unternehmensbewertung

Sinn und Zweck der Abfindungsregelung ist es, dem Anleger einen geldwerten Ersatz für den Verlust der Handelbarkeit an einem regulierten Markt zu bieten. Nach der vom Gesetzgeber

getroffenen kapitalmarktrechtlichen Entscheidung kann dieser Verlust effektiv und zeitnah anhand des Börsenkurses ermittelt werden. Der Anleger soll finanziell nach einem Delisting nicht besser dastehen, als er zu Zeiten uneingeschränkter Handelbarkeit der Aktien stand.¹¹⁶ Die Entscheidung des Aktionärs¹¹⁷, sein Geld als Kapitalanlage in die Aktie als liquide Geldquelle zu investieren, ist stets mit Risiken verbunden. Der Börsenwert wird neben der wirtschaftlichen Prosperität des Unternehmens vom Angebot und der Nachfrage nach den Aktien geprägt. Der Kleinaktionär hat während eines Listings die Möglichkeit seine Aktien auf dem Börsenplatz zu handeln, während der Großaktionär meistens außerbörslich seine Aktienpakete handelt. Für den Verkauf ist der Kleinanleger auf andere Kleinanleger angewiesen, die am Erwerb zu Anlagezwecken interessiert sind.¹¹⁸ Die nach der Frosta-Rechtsprechung des BGH gewonnenen Erkenntnisse zu den Folgen einer Delisting-Entscheidung verdeutlichen, dass verstärkt ein Kursverfall eintritt.¹¹⁹ Kleinaktionäre sind in der Regel nicht an einer langfristigen Beteiligung am Unternehmen interessiert, die gegebenenfalls zu einer Steigerung des Börsenwerts führen könnte.¹²⁰ Der Erwerb einer Aktie, für die ein Delisting angekündigt wurde, stellt sich regelmäßig für andere Kleinaktionäre ebenfalls unattraktiv dar. Die Nachfrage lässt nach und somit sinkt tendenziell der Wert der Aktien. Die Delisting-Entscheidung des Emittenten ist größtenteils überraschend für

¹¹⁰ Siehe zur Wertermittlung bei KMU: *Zwirner/Kähler*, BB 2016, 171 (172).

¹¹¹ *Probst*, Rechtsfragen des regulären Börsenrückzugs, S. 292.

¹¹² BRAK, Stellungnahme, S. 5; DSW, Stellungnahme, S. 9.

¹¹³ *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1174).

¹¹⁴ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

¹¹⁵ *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1175).

¹¹⁶ So auch *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379); *Bungert/Leyendecker-Langner*, Der Betrieb 2015, 2251 (2254).

¹¹⁷ Siehe zur Anlageentscheidung des Aktionärs *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160 (165).

¹¹⁸ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 390.

¹¹⁹ Der Bericht an den Finanzausschuss über die Erfahrungen mit der Neuregelung wurde erst für Ende 2017 abgesetzt, Bt-Drucks. 18/6220, S. 79; *Karami/Schuster*, Epirische Analyse, abrufbar unter: www.bewertung-im-recht.de (zuletzt abgerufen am 22.03.2018).

¹²⁰ *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (379) sowie *Bungert/Leyendecker-Langner*, Der Betrieb 2015, 2251 (2254) argumentieren, dem Anleger stehe es frei, auf eine spätere lukrativere Veräußerung zu spekulieren.

den Anleger, da es sich dabei nicht um die typische Laufrichtung der Aktiengesellschaft handelt.¹²¹ Sie beruht auf dem Entschluss des Großaktionärs, auf den er keinen Einfluss ausüben kann.¹²² Im Rahmen des Anlegerschutzes ist zwischen den Interessen des Großaktionärs und den Bedürfnissen der Kleinanleger als widerstreitende Parteien zu differenzieren. Der Bieter, bei dem es sich regelmäßig um den Großaktionär handeln wird, kann durch die gezielte Wahl eines geeigneten Zeitpunktes auf den Mindestpreis Einfluss nehmen.¹²³ Darauf hat ein verlängerter Referenzzeitraum von sechs Monaten keinen Einfluss. Das Unternehmen, für das ein Delisting angekündigt wurde, wird mit Sicherheit die regulierte Börse verlassen. Kleinanleger sind aufgrund dieses Wissens geneigter, ein unangemessenes Angebot anzunehmen.¹²⁴

Bei einer Verschmelzung einer börsennotierten auf eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft, das auch kaltes Delisting genannt wird, erfolgt die Wertermittlung anhand einer Unternehmensbewertung nach § 29 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Fall 2 UmwG.¹²⁵ Nach Absatz 3 der Regelung soll durch die getroffenen Modifikationen nach der gesetzgeberischen Intention den Besonderheiten des Delisting-Umfelds im Vergleich zu einer Übernahmesituation Rechnung getragen.¹²⁶ Daher ist es nur stringent, dem auch für die Ermittlung des Abfindungswertes gerecht zu werden. Der Bieter als außenstehender Dritter¹²⁷ hat in dem engen zeitlichen Rahmen zur Abgabe des Angebots im Rahmen eines Übernahmeverfahrens nicht die Möglichkeit, an die für eine Unternehmensbewertung nach der Ertragswerttheorie erforderlichen

Informationen zu gelangen.¹²⁸ Dies kann jedoch nicht im Falle eines Delistings gelten, da der Emittent als Antragsteller in das Delisting-Verfahren miteinbezogen ist.¹²⁹ Aufgrund der vergleichbaren Situation, insbesondere im Hinblick auf die Interessen der Kleinaktionäre, erscheint eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt. Bereits *Habersack* qualifizierte beide Arten des Delistings als „austauschbare Instrumente“.¹³⁰

e. Ausnahmelösung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass eine Ermittlung ausschließlich am Börsenkurs nach § 31 WpÜG an seine Grenzen gelangen kann. Der Börsenkurs unterliegt äußeren Faktoren, die zu einer Verfälschung des wahren Werts der Aktien führen können. Deshalb hat er die Ermittlung der Abfindungshöhe anhand des Unternehmenswerts in § 39 Abs. 3 S. 3 und S. 4 BörsG zugelassen. Es handelt sich um abschließend enumerativ aufgezählte Ausnahmetatbestände, die keine weiteren Ausnahmen einer Unternehmensbewertung entsprechend der Regelung einer angemessenen Gegenleistung in § 31 Abs. 1 S. 1 WpÜG zulassen.¹³¹

i. Kapitalmarktverstoß nach § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG

Der Wert des Erwerbsangebots wird anhand des Unternehmenswerts ermittelt, wenn der Emittent keine oder eine fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilung über Insiderinformationen veröffentlicht oder wenn er bzw. der Bieter in Bezug auf die Wertpapiere, die das Erwerbsangebot betreffen, gegen das Verbot der Marktmanipulation verstoßen hat, §§ 15 und 20a WpHG bzw. Artt. 17, 12 und 15 MAR¹³². Mangels

¹²¹ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 390.

¹²² *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (374).

¹²³ *Kocher/Seiz*, Der Betrieb 2016, 1053 (1055).

¹²⁴ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 316.

¹²⁵ So auch *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1173).

¹²⁶ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84.

¹²⁷ Mit Ausnahme von freundschaftlichen Übernahmen.

¹²⁸ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 320; *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (733); *Habersack*, ZIP 2003, 1123 (1126).

¹²⁹ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 320.

¹³⁰ *Habersack*, ZHR 176 (2012), 463 (465); a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.11.2015 – I-26 W 4/15 (AktE).

¹³¹ Abschließende Aufzählung in Bt-Drucks. 18/6220, S. 84 ff.

¹³² Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmiss-

Informationseffizienz bietet in diesen Fällen der Börsenkurs keine verlässliche Grundlage für die Wertermittlung. Der Angebotspreis bemisst sich nach dem anteiligen Unternehmenswert des Emittenten. Dies gilt nicht, soweit die Verstöße unwesentliche Auswirkungen auf den errechneten Durchschnittsbörsenkurs hatten. Zur Konkretisierung der Wesentlichkeit, dessen Beweislast der Bieter trägt, liefert das Gesetz keine Anhaltspunkte.¹³³

ii. Untergrabung des Kleinanlegerschutzes

Der Gesetzgeber hat aus Anlegerschutz Gesichtspunkten die Wertermittlung anhand des Unternehmenswerts ausnahmsweise zugelassen. Die fehlende oder fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilung und die Marktmanipulation müssen nach der Gesetzesbegründung durch die BaFin als zuständige Behörde rechts- oder bestandskräftig festgestellt werden, um die Ausnahme zu rechtfertigen. *Harnos*¹³⁴ sowie *Wackerbarth*¹³⁵ plädieren dafür, dass mangels Aufnahme in den Wortlaut der Verstoß lediglich objektiv vorliegen und durch den Anleger nur nachgewiesen werden muss. Die gesetzliche Begründung sei für den Richter nicht bindend. Indem der Gesetzgeber die Voraussetzung aufstellt, dass der jeweilige Verstoß rechts- oder bestandskräftig festgestellt werden muss, untergräbt er seinen angestrebten Kleinanlegerschutz.¹³⁶ Die BaFin wird nur im öffentlichen Interesse tätig, so dass der einzelne Anleger keinen Einfluss auf die Einleitung eines Verfahrens hat.¹³⁷

Ferner nimmt die Gesetzesbegründung eine Manipulation, die auf dem Verhalten eines Dritten beruht und dem Emittenten nicht zugerechnet werden kann, aus dem Anwendungsbereich der

Ausnahmeregelung heraus.¹³⁸ Dies scheint zwar auf Seiten des Emittenten gerechtfertigt, aus Anlegerschutz Gesichtspunkten kann diese Regelung jedoch nicht begrüßt werden, da der verfälschte Börsenwert trotzdem den (Klein-)Anleger benachteiligt.¹³⁹

iii. Markteng nach § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG

Die Gegenleistung kann nach Satz 4 ausnahmsweise anhand einer Unternehmensbewertung in Anlehnung an § 5 Absatz 4 der WpÜG-Angebotsverordnung¹⁴⁰ bestimmt werden, wenn der Durchschnittsbörsenkurs nach übernahmerechtlichen Maßstäben aufgrund mangelnder Liquidität der Aktien nicht aussagekräftig ist.¹⁴¹

iv. Zu geringer Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung

Dieser Sachverhalt umfasst insbesondere Unternehmen mit einem geringen Streubesitz und einem geringen Handel.¹⁴² Ein künstlich niedriger Börsenkurs soll nicht ausgenutzt werden können, um ein billiges Delisting zu ermöglichen.¹⁴³ Dabei handelt es sich jedoch um Gesellschaften mit geringem Handelsumsatz, für die ein Delisting aus unternehmerischer Sicht typischerweise am meisten Sinn macht. Sie müssen ein Abfindungsangebot nach dem Unternehmenswert vorlegen, während Unternehmen mit großem Handelsvolumen nur eine Abfindung anhand des Börsenkurses leisten müssen. Bieter könnten vorübergehende Krisenzeiten abpassen, in denen der echte Unternehmenswert nicht korrekt an der Börse abgebildet wird und so die Aktien günstig einsammeln.¹⁴⁴

brauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission.

¹³³ *Kocher/Seiz*, Der Betrieb 2016, 1053 (1055).

¹³⁴ *Harnos*, ZHR 176 (2015), 750 (767 f.).

¹³⁵ *Wackerbarth*, WM 2016, 385 (387).

¹³⁶ Bt-Drucks. 18/6220, S. 85.

¹³⁷ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 327.

¹³⁸ Bt-Drucks. 18/6220, S. 85.

¹³⁹ *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 324.

¹⁴⁰ Verordnung über den Inhalt der Angebotsunterlage, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots vom 27.12.2001, BGBl I S. 4263.

¹⁴¹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 85.

¹⁴² *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, S. 324.

¹⁴³ *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750 (760).

¹⁴⁴ *Bayer*, NZG 2015, 1169 (1175).

C. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Verpflichtete Emittenten

Die Neuregelung des Delisting umfasst sowohl inländische als auch ausländische Emittenten, die an einem deutschen regulierten Markt zugelassen sind. Dies wird durch § 39 Abs. 4 BörsG bestätigt, der das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz entsprechend für ausländische Emittenten für anwendbar erklärt. Eine analoge Anwendung ist notwendig, da das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz lediglich uneingeschränkt auf inländische Emittenten anwendbar ist.¹⁴⁵

Der aus Anlegerschutzgesichtspunkten weit gefasste Verpflichtetenkreis hat zur Auswirkung, dass auch ausländische Emittenten im Falle eines Delisting ein Erwerbsangebot vorlegen müssen. Negative Auswirkungen auf die Attraktivität des deutschen Kapitalmarkts im europäischen Wettbewerb müssen dabei aufgrund des bedeutenderen Gesichtspunkts des Kleinanlegerschutzes außer Acht bleiben.

2. Schuldner des Anspruchs

Die Neuregelung lässt offen, wer Schuldner der Abfindung ist. Nach dem Telos der Abfindungsregelung ist es unerheblich, wer den Abfindungsbetrag zahlt, solange der Anleger abgefunden wird.¹⁴⁶ In Betracht kommen die emittierende Gesellschaft, der Hauptaktionär oder ein externer Investor, solange er nach § 13 WpÜG seine Liquidität nachweist. Der Emittent unterliegt dabei den zusätzlichen Voraussetzungen über den Erwerb eigener Aktien gemäß § 71 AktG, so dass er über eine erforderliche Ermächtigung und Rücklagen verfügen muss.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Bt-Drucks. 18/6220, S. 86.

¹⁴⁶ Buckel/Glindemann/Vogel, AG 2015, 374 (380); Goetz, BB 2015, 2691 (2692).

¹⁴⁷ Brellochs, AG 2014, 633 (644 ff.); Bungert/Leyendecker-Langner, ZIP 2016, 349 (350); Brellochs, AG 2014, 633 (644 ff.).

D. GESETZLICH NORMIERTE AUSNAHMETATBESTÄNDE

Ein Erwerbsangebot entfällt bei einem Teildelisting nach § 39 Abs. 2 S.3 Nr. 2 lit. a BörsG sowie bei einem Delisting nach § 39 Abs. 2 S.3 Nr. 2 lit. b BörsG unter Beibehaltung des Listings an einer ausländischen Börse innerhalb eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum mit einem § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG entsprechenden Schutzstandard. Inländische anlegerschützenden Voraussetzungen des § 39 BörsG sollen über eine Zweitzulassung an einem ausländischen organisierten Markt nicht umgangen werden.¹⁴⁸ Es muss konstatiert werden, dass gleichzeitig Unternehmen benachteiligt werden, die ihre (Haupt-)Zulassung an einer US-amerikanischen Börse haben. Durch die Festlegung des räumlichen Anwendungsbereichs auf die Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum finden die strengeren Regelungen der Nummer 1 auf diese Anwendung, obwohl das Schutzniveau in diesen Fällen regelmäßig mit dem einer deutschen Börse vergleichbar ist.¹⁴⁹

E. WEITERE NEUREGELUNGEN IM DELISTING

Der Widerruf der Börsenzulassung ist nach § 39 Abs. 5 BörsG durch die Geschäftsführung unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. Der Zeitraum zwischen der Veröffentlichung und der Wirksamkeit des Widerrufs darf zwei Jahre nicht überschreiten. Nähere Bestimmungen über den Widerruf sind in der Börsenordnung zu treffen.

Nach § 52 Abs. 9 BörsG findet die strengere Neuregelung des Delisting rückwirkend Anwendung auf Anträge, die nach dem 7. September 2015 gestellt wurden und über die bis zum 1. Oktober 2015 noch nicht bestands- oder rechtskräftig entschieden

¹⁴⁸ Bt-Drucks. 18/6220, S. 86.

¹⁴⁹ Koch/Harnos, NZG 2015, 729 (731).

wurde.¹⁵⁰ In diesen Fällen kann das Erwerbsangebot nach dem Gesetzeswortlaut nach Antragstellung veröffentlicht werden.¹⁵¹ Die Neuregelung des § 39 Abs. 2 S. 3 BörsG fand rückwirkend auf laufende Delisting-Verfahren Anwendung, die nach dem Tag der öffentlichen Anhörung vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 07. September 2015 eingeleitet worden waren, da nach diesem Zeitpunkt nach der Gesetzesbegründung kein Vertrauensschutz mehr auf den Erhalt der Rechtslage durch Frosta bestand.¹⁵²

II. ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Neuregelung des Delisting begründet für ein Downlisting eine Abfindungspflicht nach § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BörsG. Der gesetzlich geregelte Schutz fällt im unterschiedlich geregelten Freiverkehr ohne eine Einflussmöglichkeit des Anlegers auf die Downlisting-Entscheidung weg. Der Anleger besitzt nun Aktien einer Gesellschaft, für die zahlreiche zwingende Regelungen des Aktiengesetzes nicht mehr gelten. Ein abfindungsfreies Downlisting könnte als Vorstufe für ein Delisting missbraucht werden.

2. Als *actus contrarius* zum Listing teilt das Delisting den Charakter als einen kapitalmarktrechtlichen Vorgang. Ein Hauptversammlungsbeschluss ist nicht erforderlich, da dieser keinen weitergehenden Schutz des Anlegers garantiert. Ein Hauptaktionär kann durch sein Stimmengewicht das Abstimmungsergebnis vorgeben. Der Anleger erhält die Informationen für seine Desinvestitionsentscheidung durch die neu eingeführte Erwerbsunterlage.

3. Die BaFin führt eine Evidenzkontrolle in Bezug auf das Erwerbsangebot durch, während die Börsengeschäftsführung lediglich formell überprüft, ob das Angebot nach dem WpÜG veröffentlicht

wurde. Bereits in diesem Stadium muss der Anlegerschutz verstärkt werden, da das Erwerbsangebot das Fundament für die Bewertung der Angemessenheit des Angebots und die darauf folgende Desinvestitionsentscheidung darstellt.

4. Ein vorhergehendes Übernahmeangebot, das die Anforderungen der Nr. 1 erfüllt, ist nach der gesetzgeberischen Intention nicht einem Erwerbsangebot gleichzustellen. Eine Gleichstellung hätte zur Folge, dass auf die Gesamtheit der Aktionäre ein Verkaufsdruck bei Übernahme- und Pflichtangeboten ausgeübt werden würde.

5. Regulatorische Bedingungen sind nicht zuzulassen, da ansonsten für den Fall, dass sie nicht erfüllt werden, dem Anleger trotz wirksamen Delisting kein Entschädigungsanspruch zustehen würde. Für den Fall eines undurchführbaren bedingungsfeindlichen Erwerbsangebots kann der Anleger einen Schadensersatzanspruch geltend machen.

6. Im Rahmen der Interessenabwägung sollte zwischen den Mehrheitsaktionären, Minderheitsaktionären sowie dem Emittenten differenziert werden. Die Belange der regionalen Börsen, insbesondere die Attraktivität des deutschen Kapitalmarkts im europäischen Wettbewerb, sind außer Acht zu lassen. Auf die Bedürfnisse des Kleinanlegers ist besonderer Wert zu legen, da er die geringste Einflussmöglichkeit auf die Delisting-Entscheidung hat und auf die Handelbarkeit der Aktien über die Börse angewiesen ist.

7. Die Bestimmung der Gegenleistungshöhe sollte aus (Klein-) Anlegerschutzgesichtspunkten am Unternehmenswert bemessen werden, bei dem der Durchschnittsbörsenkurs den Mindestwert darstellt.

8. Der Gesetzgeber untergräbt seinen angestrebten Anlegerschutz, in dem er fordert, dass ein Verstoß nach § 39 Abs. 3 S. 3 BörsG rechts- oder bestandskräftig festgestellt werden muss. Die BaFin wird lediglich im öffentlichen Interesse tätig, so dass der einzelne Anleger keinen

¹⁵⁰ Siehe zum Problem des nachträglichen Erwerbsangebots beispielhaft „Sachsenmilch“, Bayer, AG 2016, R3-R4; kritisch zur Rückwirkung: *Buckel/Glindemann/Vogel*, AG 2015, 373 (378).

¹⁵¹ Bt-Drucks. 18/6220, S. 84 f.

¹⁵² Bt-Drucks. 18/6220, S. 87.

Einfluss auf die Einleitung eines Verfahrens hat. Zudem nimmt er das dem Emittenten nicht zurechenbare Verhalten Dritter aus dem Anwendungsbereich der Norm heraus, obwohl ein verfälschter Börsenwert zulasten des (Klein-)Anlegers vorliegt.

9. Unternehmen mit geringem Streubesitz und einem geringen Handel müssen nach § 39 Abs. 3 S. 4 BörsG ein Erwerbsangebot nach dem Unternehmenswert vorlegen, während Emittenten mit großem Handelsvolumen nur eine Abfindung anhand des Börsenkurses leisten müssen.

10. Aus Kleinanlegersgesichtspunkten scheint daher trotz einer einheitlichen Regelung der Schlusspunkt noch nicht gesetzt zu sein. Vielmehr muss eine Lösung angestrebt werden, die den Besonderheiten des Delisting-Verfahrens durch eine eigenständige teleologische Beantwortung der Fragen gerecht wird und gesellschaftsrechtliche- und kapitalmarktrechtliche Voraussetzungen interessengerecht aus Kleinanlegersgesichtspunkten kombiniert. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Bemessung der Abfindungshöhe sowie dem damit einhergehenden Rechtsschutz. Dieser sollte grundsätzlich und nicht ausnahmsweise anhand des Unternehmenswerts ermittelt werden und kohärent dazu in einem Spruchverfahren überprüft werden können.

Auszug aus dem Börsengesetz (BörsG): § 39 Widerruf der Zulassung bei Wertpapieren

(1) Die Geschäftsführung kann die Zulassung von Wertpapieren zum Handel im regulierten Markt außer nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes widerrufen, wenn ein ordnungsgemäßer Börsenhandel auf Dauer nicht mehr gewährleistet ist und die Geschäftsführung die Notierung im regulierten Markt eingestellt hat oder der Emittent seine Pflichten aus der Zulassung auch nach einer angemessenen Frist nicht erfüllt.

(2) Die Geschäftsführung kann die Zulassung im Sinne des Absatzes 1 auch auf Antrag des Emittenten widerrufen. Der Widerruf darf nicht dem

Schutz der Anleger widersprechen. Bei Wertpapieren im Sinne des § 2 Absatz 2 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes ist ein Widerruf nur zulässig, wenn

1. bei Antragstellung unter Hinweis auf den Antrag eine Unterlage über ein Angebot zum Erwerb aller Wertpapiere, die Gegenstand des Antrags sind, nach den Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes veröffentlicht wurde oder

2. die Wertpapiere weiterhin zugelassen sind

a) an einer anderen inländischen Börse zum Handel im regulierten Markt oder

b) in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zum Handel an einem organisierten Markt, sofern für einen Widerruf der Zulassung zum Handel an diesem Markt Nummer 1 entsprechende Voraussetzungen gelten.

(3) Im Fall des Absatzes 2 Satz 3 Nummer 1 darf das Angebot nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden. Auf das Angebot ist § 31 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass die Gegenleistung in einer Geldleistung in Euro bestehen und mindestens dem gewichteten durchschnittlichen inländischen Börsenkurs der Wertpapiere während der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung nach § 10 Absatz 1 Satz 1 oder § 35 Absatz 1 Satz 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes entsprechen muss. Hat während dieses Zeitraums

1. der Emittent entgegen Artikel 17 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 oder einer entsprechenden Vorschrift des anwendbaren ausländischen Rechts eine Insiderinformation, die ihn unmittelbar betrifft, nicht so bald wie möglich veröffentlicht oder in einer Mitteilung nach Artikel 17 Absatz 1 dieser Verordnung oder einer entsprechenden Vorschrift des anwendbaren ausländischen Rechts eine unwahre Insiderinformation, die ihn unmittelbar betrifft, veröffentlicht, oder

2. der Emittent oder der Bieter in Bezug auf die Wertpapiere, die Gegenstand des Antrags sind, gegen das Verbot der Marktmanipulation nach Artikel 15 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 verstoßen,

so ist der Bieter zur Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen der im Angebot genannten Gegenleistung und der Gegenleistung verpflichtet, die dem anhand einer Bewertung des Emittenten ermittelten Wert des Unternehmens entspricht; dies gilt nicht, soweit die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Verstöße nur unwesentliche Auswirkungen auf den nach Satz 2 errechneten Durchschnittskurs hatten. Sind für die Wertpapiere des Emittenten, auf die sich das Angebot bezieht, während der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung nach § 10 Absatz 1 Satz 1 oder § 35 Absatz 1 Satz 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes an weniger als einem Drittel der Börsentage Börsenkurse festgestellt worden und weichen mehrere nacheinander festgestellte Börsenkurse um mehr als 5 Prozent voneinander ab, so ist der Bieter zur Zahlung einer Gegenleistung verpflichtet, die dem anhand einer Bewertung des Emittenten ermittelten Wert des Unternehmens entspricht.

(4) Auf Emittenten mit Sitz im Ausland finden im Hinblick auf das Angebot nach Absatz 2 die Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes nach Maßgabe des Absatzes 3 entsprechende Anwendung.

(5) Die Geschäftsführung hat einen Widerruf nach Absatz 2 unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. Der Zeitraum zwischen der Veröffentlichung und der Wirksamkeit des Widerrufs darf zwei Jahre nicht überschreiten. Nähere Bestimmungen über den Widerruf sind in der Börsenordnung zu treffen.

(6) Im Hinblick auf die Anforderungen des Absatzes 3 bleibt die Rechtmäßigkeit des Widerrufs unberührt.

§ 52 Übergangsregelungen

[...]

(9) Auf Anträge auf Widerruf der Zulassung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Absatz 2 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes zum Handel im regulierten Markt, die nach dem 7. September 2015 und vor dem 26. November 2015 gestellt worden sind und über die am 26. November 2015 noch nicht bestands- oder rechtskräftig entschieden worden ist, ist § 39 Absatz 2 bis 6 in der ab dem 26. November 2015 geltenden Fassung mit der Maßgabe anzuwenden, dass abweichend von § 39 Absatz 2 Satz 3 Nummer 1 in der ab dem 26. November 2015 geltenden Fassung ein Erwerbsangebot auch nach Antragstellung veröffentlicht werden kann.

LITERATURVERZEICHNIS

- Aders, Christian/ Muxfeld, Dennis/ Lill, Felix, Die Delisting-Neuregelung und die Frage nach dem Wert der Börsennotierung, CF 2015, 389.
- Asmann, Heinz-Dieter/ Pötzsch, Thorsten/ Schneider, Uwe H., Wertpapier- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2. Auflage, Köln 2013.
- Auer, Marietta, Der Rückzug von der Börse als Methodenproblem, JZ 2015, 71.
- Baumbauch, Adolf/ Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 37. Auflage, München 2016.
- Bayer, Walter, Aktionärsschutz beim Delisting: Empfehlungen an den Gesetzgeber, ZIP 2015, 853.
- Bayer, Walter, Delisting: Korrektur der Frosta-Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, NZG 2015, 1169.
- Bayer, Walter, Die Folgen von Frosta: Zur vorläufigen empirischen „Schadensbilanz“ von BGH v. 8.10.2013 – II ZB 26/12, AG 2013, 877, AG 2015, R55.
- Bayer, Walter, Die Delisting-Entscheidungen „Macrotron“ und „Frosta“ des II. Zivilsenats des BGH, Ein Lehrstück für die Suche nach der „richtigen“ Problemlösung und zugleich die Analyse einer unzulänglichen Gesetzgebung und einer gescheiterten Rechtsfortbildung, ZfPW 2015, 163.
- Bayer, Walter, Rechtsschutz gegen Delisting nach der Übergangsregelung in § 52 Abs. 9 BörsG n.F. im Fall Sachsenmilch, AG 2016, R3.
- Bayer, Walter/ Hoffmann, Thomas, Das „Forsta“-Zeitalter ist zu Ende – ein rechtstatsächlicher Nachruf, AG 2015, R307.
- Brellocks, Michael, Der Rückzug von der Börse nach "Frosta", AG 2014, 633.
- Buckel, Jochen/ Glindemann, Jan/ Vogel, Christian, Delisting nach „Frosta“ – Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung, AG 2015, 373.
- Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 37/2015 vom Oktober 2015 zum Änderungsantrag vom 31.08.2015 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (Delisting) – BT-Drucks. 18/5010 –, abrufbar über www.brak.de.
- Bungert, Hartwin/ Leyendecker-Langner, Benjamin E., Unternehmensbewertung oder Durchschnittsbörsenkurs beim Delisting? Der Betrieb 2015, 2251.
- Bungert, Hartwin/ Leyendecker-Langner, Benjamin E., Die Neuregelung des Delisting, ZIP 2016, 49.
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Stellungnahme vom 03.09.2015 für die Anhörung im Finanzausschuss am 07.09.2015, abrufbar über www.dsw-info.de.
- Gegler, Felix, Die Neuregelung des Delistings – Angemessener Aktionärsschutz oder „Dolchstoß“?, BKR 2016, 273.
- Goetz, Axel, Fragwürdige Neuregelung des Börsenrückzugs, BB 2015, 2691.
- Groß, Wolfgang, Rechtsprobleme des Delisting, ZHR 165 (2001), 141.
- Groß, Wolfgang, Die Neuregelung des Anlegerschutzes beim Delisting, AG 2015, 812.
- Groß, Wolfgang, Kapitalmarktrecht, Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungsverordnung und zum Wertpapierprospektgesetz, 6. Auflage, München 2016.
- Habersack, Mathias, „Macrotron“ – was bleibt?, ZHR 176 (2012), 463.
- Habersack, Mathias, Anmerkung zum BGH Urteil vom 8.10.2013, II ZB 26/12, JZ 2014, 147.

Habersack, Mathias, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2014), abrufbar über www.bundestag.de.

Habersack, Mathias/ Mülbert, Peter/ Schlitt, Michael, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 3. Auflage, München 2013.

Harnos, Rafael, Aktionärsschutz beim Delisting, ZHR 179 (2015), 750.

Hasselbach, Kai/ Pröhl, Maike, Delisting mit oder ohne Erwerbsangebot nach neuer Rechtslage, NZG 2015, 209.

Hirte, Heribert, Gesetzesvorschlag zum Delisting in der Beratung um die Aktienrechtsnovelle, abrufbar über www.heribert-hirte.de.

Hoffmann, Jochen, Möglichkeiten und Grenzen einer analogen Anwendung des Spruchverfahrens, in: Festschrift für Eberhard Stilz zum 65. Geburtstag, hrsg. von Habersack, Mathias u.a., München 2014, 267.

Hüffer, Uwe/ Koch, Jens, Aktiengesetz, 12. Auflage, München 2016.

Kalss, Susanne, Geregelte Märkte dürfen keine Einbahnstraße sein!, EuZW 2016, 321.

Karami, Behzad/ Schuster, René, Eine empirische Analyse des Kurs- und Liquiditätseffekts auf die Ankündigung eines Börsenrückzugs am deutschen Kapitalmarkt im Lichte der „Frosta“-Entscheidung des BGH, abrufbar über www.bewertung-im-recht.de.

Kastl, Stephanie, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse (diss. iur.), Baden-Baden 2016.

Koch, Jens, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014 und Änderungsanträgen vom 03.05.2015, abrufbar über www.bundestag.de.

Koch, Jens/ Harnos, Rafael, Die Neuregelung des Delistings zwischen Anleger- und Aktionärsschutz, NZG 2015, 729.

Koch, Heiko/ Widder, Oliver, Delisting ohne Hauptversammlungsbeschluss und Abfindungsangebot, NJW 2014, 127.

Kocher/Seiz, Das neue Delisting nach § 39 Abs. 2-6 BörsG, Der Betrieb 2016, 153.

Mense, Christian/ Klie, Marcus, Neues zum Going Private – Praxisfragen zur aktuellen Rechtslage zum Delisting, DStR 2015, 2782.

Mülbert, Peter O., Rechtsprobleme des Delisting, ZHR 165 (2001), 104.

Mülbert, Peter O., Grundsatz und Praxisprobleme der Einwirkungen des Art. 14 GG auf das Aktienrecht, in: Festschrift für Kalus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, hrsg. Mülbert, Peter O./ Wellenhofer, Marina u.a., Band I, Berlin 2010, 1039.

Mülbert, Peter O., Anlegerschutz und Finanzmarktregulierung – Grundlagen – , ZHR 177 (2013), 160.

Mülbert, Peter O. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 14 GG und Art. 2 Leuschner, Lars Abs. 1 GG für die Gesellschaftsstellung – wo bleibt die Privatautonomie?, ZHR 170 (2006), 614.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Wulf Goette/Mathias Habersack, Band 3, §§ 118-178 AktG, 3. Auflage, München 2013.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Wulf Goette/Mathias Habersack, Band 5, §§ 278-328 AktG, SpruchG, Österreich, 4. Auflage, München 2015.

Noack, Ulrich, Stellungnahme zur Aktienrechtsnovelle 2014 und zu einer Regelung des sog. Delisting, abrufbar über www.bundestag.de.

Pils, Ludwig/ Konoll, Leonhard, Delisting und Börsenkurs, Der Betrieb 2016, 181.

Probst, Melanie, Rechtsfragen des regulären Börsenrückzugs (diss. iur.), Baden-Baden 2013.

Söhner, Matthias, Die Umsetzung der Transparenzrichtlinie III, ZIP 2015, 2451.

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, München 2015.

Thomale, Chris, Minderheitenschutz gegen den Widerruf der Börsenzulassung– die Macrotron-Rechtsprechung zwischen Eigentumsgewähr und richterlicher Rechtsfortbildung“, ZGR 2013, 686.

Thomas, Gunther, Delisting und Aktienrecht: Verfassungs- und gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen des Rückzugs einer Aktiengesellschaft von der Börse (diss. iur.), Berlin 2009.

Verse, Dirk, Neues zum Rechtsschutz der Aktionäre im Übernahmerecht, Der Konzern 2015, 1.

Wackerbarth, Ulrich, Das neue Delisting-Angebot nach § 39 BörsG oder: Hat der Gesetzgeber hier wirklich gut nachgedacht?, WM 2016, 385.

Wieneke, Laurenz/Schulz, Stephan, Durchführung eines Delistings, Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft, AG 2016, 809.

Zimmer, Lutz/Von Imhoff, Julian, Die Neuregelung des Delisting in § 39 BörsG, Zur Bedingungsfeindlichkeit des Delisting-Angebots und dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Erwerbsangebot und Delisting-Antrag, NZG 2016, 1056.

Zwirner, Christian/ Kähler, Malte, (Unternehmens-) Bewertung beim Delisting: Auswirkungen der Neuregelung des § 39 BörsG auf KMU, BB 2016, 171.