

TFM

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

Cilt/Volume | Sayı/Issue
5 | 2019/1

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

ARŞ. GÖR. DR. İFAKAT BALIK
ARŞ. GÖR. İBRAHİM BEKTAŞ

MARKANIN KORUMA KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE AYIRT EDİCİLİK GÜCÜNÜN ETKİSİ VE TANINMIŞ MARKANIN ZAYIF UNSURUNUN DURUMU -MCDONALD'S KARARLARI YÖNÜNDEN BİR İNCELEME-/THE IMPACT OF DISTINCTIVENESS IN DETERMINING THE SCOPE OF TRADEMARK'S PROTECTION AND THE SITUATION OF WEAK ELEMENT OF WELL-KNOWN TRADEMARK -AN ANALYZING FROM THE PERSPECTIVE OF MCDONALD'S CASES-

PROF. DR. HAYRİ BOZGEYİK • SEFA ER

TASARIMLAR İÇİN KÜMÜLATİF KORUMA/CUMULATIVE PROTECTION FOR DESIGNS

DOÇ. DR. OZAN CAN

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKANIN İDARI KARARLA İPTALİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI/UNCONSTITUTIONALITY OF CANCELLATION OF TRADEMARK BY ADMINISTRATION DECISION ACCORDING TO INDUSTRIAL PROPERTY CODE NUMBERED 6769

DR. HATİCE KÜBRA KANDEMİR

CONVERGENCE OF LAWS AND ITS LIMITS: A CASE STUDY OF TURKISH AND EU LAWS ON AUDITING/HUKUKTA YAKINSAMA VE SINIRLARI: TÜRK VE AB BAĞIMSIZ DENETİM YASALARININ ÖRNEK OLAY İNCELEMESİ

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ SİNAN MİSİLİ

KARAYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIMANIN ÜSTLENİLMESİ VE EŞYA KAVRAMI/TRANSPORT COMMITMENT IN CARRIAGE OF GOODS BY ROAD AND THE CONCEPT OF GOODS

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ EDA ŞAHİN

TÜKETİCİLER İÇİN İYİ HABER Mİ KÖTÜ HABER Mİ?: AŞIRI FİYAT UYGULAMALARINDA AB MAHKEMELERİNİN YENİ İSTİKAMETİ/IS IT BAD NEWS OR GOOD NEWS FOR CONSUMERS?: A NEW DIRECTION OF THE EU COURTS' JURISPRUDENCE ON EXCESSIVE PRICES

PROF. DR. SEVİLAY UZUNALLI

SÖZLEŞMEYİ FESHEDEN ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİNE HAK KAZANMASI/EQUALIZATION CLAIM FOR THE AGENCY TERMINATING CONTRACT

DR. HASAN KADİR YILMAZTEKİN

A BRIEF OVERVIEW OF THE REMEDIES AVAILABLE TO A MINORITY SHAREHOLDER UNDER THE UK LAW/İNGİLİZ HUKUKUNDA BİR AZINLIK ORTAĞIN KULLANABİLECEĞİ HUKUKİ ÇARELERE GENEL BİR BAKIŞ



HUKUK FAKÜLTESİ



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



AYBÜ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

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

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet
hukukuna dair herhangi bir konuda,

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

bekliyoruz.

We invite you to submit your

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

related to commercial and intellectual
property law.

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

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

İletişim/Contact : tfm@ybu.edu.tr

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. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (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. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule İŞİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen yılda iki kez yayımlanan 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.*

Grafik Tasarım/Graphic Design: Safure Arslan

Basım Tarihi/Date of Publication: Haziran/June 2019

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

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

Tel : +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax: +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: <http://www.aybu.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
Technical University of Munich, Department Economy an Intellectual Property Law, Munich/Germany

Prof. Dr. Mehmet Emin BILGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye
Ankara Sosyal Bilimler University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Mertol CAN
ankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye
ankaya University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Christoph Van der ELST
Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İŞletme Hukuku Bölümü, Tilburg/Hollanda
Department of Business Law, Tilburg University Law School, Tilburg/Netherlands

Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD
Universitt zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Köln/Deutschland
Cologne University, Faculty of Law, Departments of Civil Law and Economy Law, Cologne /Germany

Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakltesi, Ankara Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Jan LIEDER
In haber der Professur fr Brgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Albert - Ludwigs - Universität Freiburg, Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts fr Wirtschaftsrecht, Arbeits-und Sozialrecht, Albert- Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg/Deutschland
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

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Ankara/Türkiye
Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Enrique Moreno SERRANO

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid/Spain
Rey Juan Carlos University, Madrid/Spain

Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS

Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Regensburg/Deutschland
Regensburg University, Department of Civil Law and Commercial Law, Regensburg/Germany

Prof. Dr. Sreenivasulu Neeruganti
SHANMUKA

Hukuk Bilimleri Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Kolkata/Hindistan
National Law School, National University of Juridical Sciences (NUJS), Kolkata/India

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Rektörü, Eskişehir/Türkiye
Eskişehir Osmangazi University Rector, Eskişehir/Turkey

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı, Ankara/Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University Dean of Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı, İzmir/Türkiye
Yaşar University, Dean of Faculty of Law, İzmir/Turkey

EDİTÖRDEN

Değerli Okuyucular,

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi'nin (TFM) 5. cildinin ilk sayısını sizlerle buluşturmanın sevinç ve gururunu yaşıyoruz. Zira TFM, dünya çapında yüzlerce akademisyen ve uygulamacının eline fiziki olarak ve binlercesine de Dergipark, HeinOnline ve diğer popüler veritabanları üzerinden dijital olarak ulaşmaktadır. Bunu görmek bir yandan bizi mutlu etmekte bir yandan da omuzlarımıza yüklenen yükün ağırlığını fark etmemizi sağlamaktadır.

TFM'nin bu sayısında Rekabet Hukuku, Şirketler Hukuku, AB Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ticari İşletme Hukuku ve Taşıma Hukuku konuları ile ilgili makaleler bulacaksınız. Söz konusu makalelerin tespitinde bilimsel ve objektif bir süreç işletmek için azami çaba sarf ettiğimizin bilinmesini isteriz. Bu vesileyle makaleleri ile katkıda bulunan değerli yazarlara ve hakemlik talebimizi geri çevirmeyen saygıdeğer meslektaşlarımıza teşekkürü bir borç biliriz.

Sizler TFM'nin bu sayısındaki makaleleri okuma ve inceleme keyfini yaşarken bizler de TFM'nin 5. cildinin ikinci sayısının çalışmalarının keyifli meşguliyeti içerisinde olacağız.

Katkılarınız için teşekkür eder, iyi okumalar dileriz.

TFM Yayın Kurulu

EDITORIAL

Dear Readers,

We are happy and proud to present you the first issue of the fifth volume of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM). Hundreds of academics and practitioners across the world have access to the TFM through its printed versions, as thousands of them digitally through Dergipark, HeinOnline and other popular databases. Seeing this makes us happy on the one hand and realise the burden we carry on the other hand.

In this issue of the TFM, you can find articles regarding competition law, company law, EU law, IP law, law on commercial enterprises and transportation law. We would like to declare that we have spent the maximum effort to provide a scientific and objective process in determining these articles. Hereby, we owe many thanks to precious authors who have contributed with their works and to our respectable colleagues who had not refused to be our referee.

We will be working on the second issue of the fifth volume of the TFM, while you enjoy reading and examining the articles of this issue of the TFM.

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

TFM Editorial Board.

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'te 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 adedi 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 TÖMÖ BÖYÖK HARF

A. KALIN ve TÖMÖ BÖYÖK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

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. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde aşağıdaki atıf kuralları uyarınca tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin adının kısaltılmış hali belirtilerek (Yazarın Soyadı, Eserin Adının Kısaltılmış Hali, atıf yapılacak sayfa) ve kısaltmanın hangi şekilde yapıldığı kaynakçada gösterilerek atıf yapılmalıdır.
6. Kaynakçada ise aşağıdaki atıf kurallarına uygun olarak ancak son kısımdaki atıf yapılacak sayfa numarası çıkarılarak kaynaklar yazarın soy isimlerine gÖre sıralanmalıdır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

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

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

Çoklu yazar durumunda:

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

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

Seçkin, s. 46.

Editörlü Kitap

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

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

Kitap Bölümü

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

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

Çeviri Kitap

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

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

Elektronik Kitap

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

Örnek: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

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

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

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

Elektronik Makale

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

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

Konferans Tebliği

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

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

Tez

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

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

Mahkeme Kararı

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

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

İnternet Adresi

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

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

Raporlar

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

Örnek: **Keser Berber**, Leyla & **Kaya**, Mehmet Bedii, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku & TEPAV (2014), Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, <http://www.tepav.org.tr/upload/files/1421853130-9.Turkiyede_Kisisel_Verilerin_Korunmasinin_Ekonomik_ve_Hukuki_Analizi.pdf> s.e.t. 24.11.2018.

PUBLICATION AND CITATION 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, Heinonline 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. 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, An-

kara, 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 & Kocabaş, 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: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost), p. 43.

Electronic Books

Author's Surname, Name (^Year) Book's Title, <WEBPAGE> 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.

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 <WEBPAGE> 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: **Keser Berber**, Leyla & **Kaya**, Mehmet Bedii, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku & TEPAV (2014), Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, <http://www.tepav.org.tr/upload/files/1421853130-9.Turkiyede_Kisisel_Verilerin_Korunmasinin_Ekonomik_ve_Hukuki_Analizi.pdf> s.e.t. 24.11.2018.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

MARKANIN KORUMA KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE AYIRT EDİCİLİK GÜCÜNÜN ETKİSİ VE TANINMIŞ MARKANIN ZAYIF UNSURUNUN DURUMU-MCDONALD'S KARARLARI YÖNÜNDE BİR İNCELEME-
THE IMPACT OF DISTINCTIVENESS IN DETERMINING THE SCOPE OF TRADEMARK'S PROTECTION AND THE SITUATION OF WEAK ELEMENT OF WELL-KNOWN TRADEMARK -AN ANALYZING FROM THE PERSPECTIVE OF MCDONALD'S CASES-

Arş. Gör. Dr. İfakat BALIK • Arş. Gör. İbrahim BEKTAŞ..... 1-17

TASARIMLAR İÇİN KÜMÜLATİF KORUMA

CUMULATIVE PROTECTION FOR DESIGNS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK • Sefa ER 19-38

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKANIN İDARİ KARARLA İPTALİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI
UNCONSTITUTIONALITY OF CANCELLATION OF TRADEMARK BY ADMINISTRATION DECISION ACCORDING TO INDUSTRIAL PROPERTY CODE NUMBERED 6769

Doç. Dr. Ozan CAN.....39-46

CONVERGENCE OF LAWS AND ITS LIMITS: A CASE STUDY OF TURKISH AND EU LAWS ON AUDITING

HUKUKTA YAKINSAMA VE SINIRLARI: TÜRK VE AB BAĞIMSIZ DENETİM YASALARININ ÖRNEK OLAY İNCELEMESİ

Dr. Hatice Kübra KANDEMİR..... 47-68

KARAYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIMANIN ÜSTLENİLMESİ VE EŞYA KAVRAMI

TRANSPORT COMMITMENT IN CARRIAGE OF GOODS BY ROAD AND THE CONCEPT OF GOODS

Dr. Öğretim Üyesi Sinan MİSİLİ69-86

TÜKETİCİLER İÇİN İYİ HABER Mİ KÖTÜ HABER Mİ?: AŞIRI FİYAT UYGULAMALARINDA AB MAHKEMELERİNİN YENİ İSTİKAMETİ

IS IT BAD NEWS OR GOOD NEWS FOR CONSUMERS?: A NEW DIRECTION OF THE EU COURTS' JURISPRUDENCE ON EXCESSIVE PRICES

Dr. Öğretim Üyesi Eda ŞAHİN..... 87-114

SÖZLEŞMEYİ FESHEDEN ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİNE HAK KAZANMASI
EQUALIZATION CLAIM FOR THE AGENCY TERMINATING CONTRACT

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI 115-130

A BRIEF OVERVIEW OF THE REMEDIES AVAILABLE TO A MINORITY SHAREHOLDER UNDER THE UK LAW
İNGİLİZ HUKUKUNDA BİR AZINLIK ORTAĞIN KULLANABİLECEĞİ HUKUKÎ ÇARELERE GENEL BİR BAKIŞ

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN 131-142

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

RESEARCH ARTICLES

**MARKANIN KORUMA KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE AYIRT EDİCİLİK GÜCÜNÜN
ETKİSİ VE TANINMIŞ MARKANIN ZAYIF UNSURUNUN DURUMU
-MCDONALD'S KARARLARI YÖNÜNDE BİR İNCELEME-**

**THE IMPACT OF DISTINCTIVENESS IN DETERMINING THE SCOPE OF TRADEMARK'S
PROTECTION AND THE SITUATION OF WEAK ELEMENT OF WELL-KNOWN TRADEMARK
-AN ANALYZING FROM THE PERSPECTIVE OF MCDONALD'S CASES-**

Arş. Gör. Dr. İfakat BALIK* • Arş. Gör. İbrahim BEKTAŞ**

ÖZ

Marka hakkı sahibi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki koşullar çerçevesinde, markasının aynı veya benzerini içeren tescil taleplerine itiraz edebilmekte ve üçüncü kişilerin hukuka aykırı kullanımlarını tecavüz davaları aracılığıyla engelleyebilmektedir. Ancak bu yetkiler, yalnızca markanın koruma kapsamına giren durumlarda kullanılabilir. Markanın koruma kapsamının belirlenmesinde ise tescilli işaretin sicilde nasıl gösterildiği, özgünlüğü, tanınmış olup olmadığı ve işaretin tescilli olduğu sınıflar gibi çeşitli unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır. Aynı şekilde, sonraki işaret ile tescilli marka arasında karıştırılma, haksız yarar sağlama yahut ayırt ediciliğe zarar verme gibi ihtimallerin var olup olmadığı tek tek değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, korumanın kapsamı asıl olarak, tescil edilen işaretin ayırt edicilik gücü ile bağlantılıdır. Ayırt ediciliği yüksek olan işaretlerin koruma kapsamı bu doğrultuda artmakta, zayıf olanları ise azalmaktadır.

Bu çalışmada ayırt edicilik unsurunun markanın koruma kapsamına etkisi incelenmekte, özellikle ayırt ediciliği yüksek olan "tanınmış markalar" ile ayırt ediciliği düşük olan "zayıf markalar"ın durumu ortaya konulmaktadır. Ayrıca, tanınmış markalar ile zayıf işaretlerin aynı markada bir arada bulunması ihtimalinde, markanın koruma kapsamının bundan nasıl etkileneceği sorusuna cevap aranmaktadır. Bu noktada Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, McDonald's davasındaki farklı yaklaşımları değerlendirilmektedir. Zira anılan mahkemeler, tanınmış markanın ("McDonald's") zayıf unsurunun ("Mc") koruma kapsamına dâhil olup olmadığı konusunda farklı kararlar vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Ayırt Edicilik, Zayıf Marka, Zayıf Unsur.

ABSTRACT

Proprietor of a trademark can object to application for registration of trademarks because of identity or similarity of marks within framework the conditions in the Industrial Property Law No. 6769. S/he can also hinder to illegal use of trademark by force of an action for infringement. However, these rights can be used only if the scope of trademarks protection covers the existing case. Determining the scope of trademarks protection depends on several criterions such as originality of registered trademark, registered classes of goods or services and whether trademark is well-known or not. Similarly, it is also important whether there is likelihood of confusion or possibility to take unfair advantages from registered trademark or potentiality to harm distinctive character of trademark. Besides all these, scope of protection is mainly connected to power of distinctiveness of registered mark. The stronger distinctiveness mark has, the wider protection it acquires.

In this study, we examine the effects of distinctiveness on the scope of trademark's protection. In this context, "well-known trademark" as an example of strong distinctiveness and "weak trademark" as an example of weak distinctiveness are examined. Especially, we try to figure out the consequences of trademarks that are both well-known and include weak elements at the same time. We evaluate the two different approaches in McDonald's cases of Turkish Court of Cassation and Court of Justice of European Union. Both courts evaluate the problem whether the scope of protection of well-known trademark ("McDonald's") includes the weak element ("Mc"), differently.

Keywords: Distinctiveness, Weak Trade Mark, Weak Element.

* Kırklareli Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ifakat-balik@gmail.com; ORCID: 0000-0002-6516-3332).

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ibektas@ankara.edu.tr; ORCID: 0000-0003-0198-1683).

(Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 09.10.2018 / Kabul Tarihi: 10.01.2019).

GİRİŞ

Bir işaretin Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)¹ bağlamında marka olarak tescili, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir inhisarî bir hak doğurmaktadır². Ancak marka sahibi bu hakkını, kural olarak, tescile konu mal veya hizmetlerle sınırlı olarak kullanabilmektedir (SMK m. 7.2.a). Markanın tescilli olmadığı sınıflarda üçüncü kişiler tarafından kullanımının yasaklanabilmesi ise, istisnâî bazı hâllerde söz konusu olabilmektedir. Marka korumasının kapsamının genişlemesine yol açan bu hâller, SMK m. 7.2.b ve c’de düzenlenmiştir. Bunlardan ilki karıştırılma ihtimali (SMK m. 7.2.b), diğeri ise tanınmışlıktır (SMK m. 7.2.c).

Marka korumasının kapsamını genişleten hâller gibi daraltan hâller de ayırt edicilik kavramıyla ilgilidir. Bu bağlamda korumanın kapsamının daraldığı, marka sahibinin üçüncü kişilerin benzer veya yakın kullanımlarına katlanma zorunluluğunun doğduğu hâl “zayıf marka” ihtimâlidir.

Çalışmamızda, yargı kararlarında -özellikle Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı [ABAD - *Court of Justice of European Union (CJEU)*] kararlarında- markanın koruma kapsamını belirleyen esas unsurun ne olduğuna ve tanınmış marka yönünden ayırt ediciliğin etkisine odaklanılmaktadır. Özellikle markanın koruma kapsamını genişleten ve daraltan hâllerin bir arada bulunması durumunda markanın koruma kapsamının nasıl belirleneceği araştırılmaktadır.

I. MARKANIN ZORUNLU BİR UNSURU OLARAK ‘AYIRT EDİCİLİK

A. AYIRT EDİCİLİK UNSURUNUN KORUMANIN KAPSAMINI BELİRLEYEN ESAS UNSUR OLMASI

SMK m. 4 uyarınca bir işaretin marka korumasından yararlanabilmesi için sicilde gösterilebilir olması ve ayırt edici nitelikte olması gerekmektedir³.

Sicilde gösterilebilir olma unsuru marka korumasının başlamasında bir ön şart niteliğindedir. Zira her şeyden önce koruma konusunun belirlenmesi, işaretin açık ve kesin biçimde sicilde gösterilebilmesine bağlıdır. Bir başvurunun incelenmesi yahut bir tecavüz iddiasının değerlendirilmesinde, işaretin tescilli marka ile aynı ya da benzer olup olmadığı tespit edilirken sicilde gösterilen işaret esas alınmaktadır.

Ayırt edicilik unsuru ise, bunun ötesinde, sicildeki işaretin tescilli olduğu mal veya hizmetler dışında korunup korunmayacağına, korunacaksa hangi kapsamda korunacağına tespiti yönünden önem taşımaktadır. Gerçekten de tescilli işaretler, sicilde gösterilebilir olma özelliğini taşırlar; ancak bu işaretlerden birinin diğerine göre sicilde daha az ya da daha çok gösterilebilir olmasından bahsedilmez. Diğer bir deyişle sicilde gösterilebilir olma unsuru, tescilli işaretler arasında ortaktır, farklılaşmaz. Farklılaşan husus, olsa olsa mal veya hizmetin türüne göre işaretin sicilde gösterilme yöntemi olabilir. Oysa her işaretin ayırt ediciliği diğerine göre daha zayıf ya da güçlü olabilmektedir. İşaretlerin koruma kapsamı da buna paralel olarak birbirinden farklılaşabilmekte, ayırt edicilik gücü arttıkça koruma kapsamı genişlemektedir⁴. Bu anlamda ayırt edicilik unsurunun korumanın kapsamını belirlemede esas unsur olduğu savunulabilir.

¹ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG, 10.01.2017, S. 29944).

² İnhisarî yetki ve mutlak hak konusunda bkz. *Kaya, Arslan*: (2006) Marka Hukuku, İstanbul, s. 37 vd.

³ ABAD, marka tescili için aranan unsurları şu şekilde açıklamaktadır: Marka tescili için, öncelikle bir işaret bulunmalı, bu işaret sicilde gösterilebilir olmalı ve üçüncü olarak bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt edebilecek nitelikte olmalıdır (ABAD Basın Bülteni, No 98/14; ABAD, 10.07.2014, C-421/13 (Apple Inc. v Deutsches Patent- und Markenamt), N. 17. Türk öğretisindeki benzer sa-

yım için örnek olarak bkz. *Tekinalp, Ünal* (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, s. 360; *Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel* (2017) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, s. 160.

⁴ İşaretlerin ayırt edicilik gücü; zayıf, orta düzeyde veya güçlü olabilir. Tanınmış markalar, güçlü ayırt ediciliğe sahip işaretler hâline geldiklerinden, bu markaların koruma kapsamı da genişlemektedir. Günlük hayatta kullanılan kelimelerden veya yaygın işaretlerden oluşan markaların ise zayıf ayırt ediciliğe sahip olduklarından koruma kapsamı daralmaktadır. Bu konuda bkz. *Städeli, Matthias/Brauchbar Birkhäuser, Simone* (2017) Basler Kommentar - Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz (Herausgebers: Lucas David/Markus R. Frick), Basel, Art. 3 MSchG, N. 45.

Markanın koruma alanının ayırt edicilik gücü ile paralel biçimde genişlediği hususu SMK m. 7.2 hükmünden de anlaşılmaktadır. Hükmün (b) ve (c) bentlerinde markanın ayırt ediciliğini güçlendirmesi nedeniyle koruma kapsamını genişleten hâllere yer verilmektedir. Bu hâller ise karıştırılma ihtimali ve tanınmışlık olarak belirtilmektedir.

B. AYIRT EDİCİLİĞİ BULUNMAYAN İŞARETLER HAKKINDA

SMK m. 4'te markanın, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan işaret olduğu öngörülmekte; ancak "ayırt edicilik" kavramına ilişkin bir tanım yapılmamaktadır. Bununla birlikte ayırt ediciliği bulunmayan işaretler, mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5'te büyük ölçüde sıralanmaktadır⁵. Bu sıralamadan hareketle ayırt edicilik kavramı daha iyi anlaşılabilir.

İlgili düzenlemede öncelikle genel olarak, soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği öngörülmüş (SMK m. 5.1.b); sonraki bentlerde ise ayırt edici niteliği bulunmayan diğer bazı işaretler örnek olarak sıralanmıştır⁶. Söz gelimi fıkranın c bendinde, mal veya hizmetin cinsini, çeşidini, vasfını, kalitesini, miktarını vb. özelliklerini gösteren işaretlerin tescili yasaklanmaktadır.

SMK m. 5.1.c, d, ve e'de belirtilen söz konusu işaretlerin ortak özelliği, bir kişinin tekeline verilemeyecek nitelikte olmaları; diğer bir deyişle herkesin ya da en azından ilgili çevrelerin kullanımına bırakılmalarıdır. Bu noktada ayırt edicilik özelliği ile toplumun kullanımına bırakılma arasında karşılıklı bir ilişki bulunmaktadır. Bu işaretler ayırt edici nitelikte olmayıp, belirli bir mal veya hizmetle ilgili

olarak toplumun kullanımına bırakıldıklarından, üzerlerinde tek hak kurulamamaktadır⁷.

Buna karşılık yaygın olarak kullanılmayan, bir malın özelliklerini içermeyen, teknik olarak malın zorunlu şeklinden oluşmayan, çoğunlukla yaratıcı bir fikrin ürünü olan, özgün işaretler ise ayırt edici niteliktedir⁸. Diğer taraftan sözü edilen özellikleri taşıyan tüm işaretlerin aynı ayırt edicilik gücüne sahip olmadığını da belirtmek gerekir. Söz gelimi; tamamen anlamsız (yaratıcı bir fikrin ürünü olarak türetilmiş) bir sözcük karşısında, yaygın kullanımı bulunmasa dahi anlamlı bir sözcüğün ayırt ediciliğinin zayıf olduğu ileri sürülebilir.

II. AYIRT EDİCİLİK DÜZEYİNE BAĞLI OLARAK MARKANIN KORUMA KAPSAMININ DEĞİŞTİĞİ HÂLLER

A. AYIRT EDİCİLİK DÜZEYİNE BAĞLI OLARAK MARKANIN KORUMA KAPSAMINI GENİŞLETEN HÂLLER (ÖZGÜNLÜK VE TANINMIŞLIK)

Ayırt edicilik düzeyine bağlı olarak markanın koruma kapsamını genişleten hâller, karıştırılma ihtimalinin yükseldiği hâllerdir. Bu hâlleri, özgün marka ve tanınmış marka olarak belirtmekteyiz.

1. Karıştırılma İhtimalini Artıran Özgün İşaretler

Marka korumasında kural olan marka sahibinin inhisar hakkına dayanan yetkisini, tescile konu mal veya hizmetlerle sınırlı olarak kullanabilmesidir (SMK m. 7.2.a). Ancak SMK m. 7.2.b'de, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu durumda, marka sahibinin "tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan" işaretlerin kullanılmasını yasaklayabileceği öngörülmektedir⁹. Diğer bir deyişle

⁵ Bu konuda bkz. Doğan, Beşir Fatih (2006) Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR, C. 6, S. 3, s. 27.

⁶ Soyut ve somut ayırt edicilik kavramları hakkında bkz. İmirlioğlu, Dilek (2018) 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara, s. 21 vd.; Doğan, s. 20 vd.

⁷ "Serbest bırakılması gereken işaretler" kavramı için bkz. Çağlar, Hayrettin (2013) Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara, s. 48 vd.

⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 366-367.

⁹ Bu ihtimal kendi içerisinde marka korumasının kapsamının genişlemesi sonucu doğuran iki durumu barındırmaktadır. Bunlar; marka ile aynı işaretin benzer mal/hizmetlerde kullanılması ile benzer işaretin aynı veya benzer mal/hizmetlerde kullanılmasıdır. Her ne kadar hüküm, tescilli marka ile aynı işaretlerin aynı mal veya hizmet sınıfında

SMK m. 7.2.b uyarınca ayırt ediciliği ve bu doğrultuda somut olayda karıştırılma ihtimali bulunan markalar yönünden koruma alanı *benzer* mal veya hizmetleri de kapsayacak biçimde genişlemektedir.

Hiç şüphesiz bu noktada önem arz eden, karıştırılma ihtimali bulunan marka ile ne kastedildiğidir. Esasen tanınmış markada olduğu gibi bu markalar yönünden de daha geniş korumayı gerektiren, güçlü bir ayırt ediciliğin varlığıdır. Ancak bu markalar için güçlü ayırt edicilik sağlayan markanın reklâm, sponsorluk faaliyetleri gibi yollarla güçlenen bilinirliği değil; markanın özgünlüğüdür¹⁰. Özgünlük ise, tüketiciler nezdinde kullanıldığı mal veya hizmetle ilgili olarak işaretin belli bir işletme ile ilişkilendirilmesini sağlayan bir özelliği ifade etmektedir. Bu özellik çoğu hâlde yaratıcı bir fikrin ürünü olarak ortaya çıkan işaretler bakımından söz konusu olmaktadır. Yoksa mal veya hizmetle doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmet yönünden ilk akla gelen kelimeleri içeren sözcüklerin -ayırt edicilik gücünden tümüyle yoksun olmaları da- zayıf bir ayırt edici güce sahip oldukları açıktır.

SMK m. 7.2 bağlamında koruma kapsamını genişleten bir hâl olan karıştırılma ihtimalinin tespitinde her somut olay ayrıca incelenmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; karıştırılma ihtimali, zayıf veya güçlü her marka için söz konusu olabilir; ancak bu tehlike bütün markalar için eşit değildir. Zira markaların ayırt edicilik gücü birbirinden farklıdır. "Hususiyet" ya da "orijinallik" olarak da ifade edilen¹¹ markanın özgünlüğü, onun ayırt ediciliğini güçlendirmektedir. Anılan düzenleme çerçevesinde öngörülen koruma da özellikle karıştırılma ihtimali

yüksek, yaratıcı, özgün markaları kapsamaktadır. Yargıtay pek çok kararında; özgün (yaratıcı bir fikrin ürünü) olmayan, ticarî hayatta veya günlük dilde sıklıkla kullanılan sözcükleri marka olarak seçen kişilerin bu işaretlerin aynı veya benzerlerinin kullanımına katlanmaları gerektiğini vurgulamaktadır¹². Ayrıca özgün markaların üçüncü kişiler tarafından tesadüfen seçilme ihtimalinin düşüklüğüne işaret ederek, bu durumda, karıştırılma ihtimali yaratma niyetinin, diğer bir deyişle kötünüyetin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan hüküm, benzerlik yaratmak suretiyle tescilli markadan haksız yarar sağlanmasına ilişkin kötünüyetli tescillerin tespiti yönünden de anlam ifade etmektedir.

Sonuç olarak markaların SMK 7.2.b uyarınca karıştırılma tehlikesine karşı korundukları alan¹³, özellikle güçlü ayırt ediciliğe sahip, özgün markalarda bu güce paralel biçimde genişlemektedir. Burada tescil ile sağlanan korumanın kapsamını genişleten husus, karıştırılma ihtimalinin yükselmesine neden olan güçlü ayırt ediciliktir¹⁴

2. Tanınmış Markalar

Marka korumasının kapsamını genişleten diğer hâl tanınmışlıktır (SMK m. 7.2.c)¹⁵. Tanınmışlıkta, markanın ayırt edicilik gücünü artıran husus, kural olarak işaretin özgünlüğü değil, mal veya hizmetin alıcı çevresi dışında kalan çok daha geniş bir çevrede bilinirliğidir. Tanınmış markanın elde ettiği yüksek ayırt edicilik, markanın yalnız aynı veya benzer mal veya hizmetler için değil, farklı mal veya hizmetler için de korunmasını gerektirmiştir. Ancak tanınmışlığın markaya daha geniş bir koruma sağlaması için SMK m. 7.2.c ile 6.5'de öngörülen düzeyde olması gerekmektedir. Buna göre; ta-

kullanılmasını da kapsayacak şekilde kaleme alınmış ise de, belirtmek gerekir ki bu tür bir kullanımın marka sahibi tarafından yasaklanabilmesi hükmün ilk fıkrasında zaten düzenlenmiş olup, karıştırılma ihtimalinin varlığını gerektirmemektedir.

¹⁰ *Bilge*, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, s. 65.

¹¹ *İmirlioğlu*, Dilek (2017) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti, BÜHFD, C. 3, S. 3, s. 89.

¹² Örnek olarak bkz. Y. 11. HD, 04.11.2015, E. 2015/4404, K. 2015/11573; Y. 11. HD, 22.02.2007, E. 2005/11752, K. 2007/3310 (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı). Hukuk Genel Kurulu'nun 2007 tarihli bir kararında yer alan "*Davalının aynı sınıftaki ürünler için bu sözcük dışında sayısız kelime seçme imkanı varken, ticaret unvanının ayırt edici eki ile birlikte*

... kelimesini de ekleyerek marka olarak tescil ettirmesi, davalının bu markayı taşıyan ürünler için tüketiciler nezdinde tesis ettiği güven itimattan haksız olarak yararlanması sonucunu doğurabileceğinden..." ifadeleri de bu hususu ortaya koymaktadır (HGK 07.06.2007, E. 2006/338, K. 2006/11-338, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³ Markaların karıştırılma ihtimaline karşı korundukları alan, öğretide "benzerlik alanı" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. *Bilge*, Karıştırılma Tehlikesi, s. 65.

¹⁴ *Bilge*, Karıştırılma Tehlikesi, s. 65.

¹⁵ Tanınmışlığın marka korumasının kapsamını genişleten bir hâl oluşturduğuna ilişkin bkz. *Battal*, Ahmet: Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Bazı Düşünceler, Batider 2009, C. XXV, S. 4, s. 259; *Städli/Brauchbar Birkhäuser*, Art. 3 MSchG, N. 45.

nınmışlık, markadan haksız yararlanılmasına, markanın itibarına zarar verilmesine ya da ayırt edici karakterinin zedelenmesine neden olabilecek düzeyde ise tanınmış marka sahibi, markası ile aynı veya benzer olan işaretin *farklı mal veya hizmetlerde* kullanımını yasaklayabilmektedir¹⁶.

Tanınmış markanın farklı mal veya hizmetler için dahi korunması sonucunu doğuran güçlü ayırt edicilik de esasen karıştırılma ihtimali ile yakından ilişkilidir¹⁷. Zira ayırt edicilik gücü ölçüsünde, farklı mal veya hizmetlerde dahi karışıklığa yol açma ya da ilgili tanınmış marka ile ilişkilendirilme ihtimali artmaktadır¹⁸. Öyle ki, tanınmış markanın sadece o mal veya hizmetin ticareti ile uğraşan kişiler ya da ilgili alıcılar tarafından değil; üçüncü kişiler tarafından da biliniyor olması¹⁹, uzak çağrışımlarda bile tüketicinin tanınmış markayı hatırlamasına, işareti onunla ilişkilendirmesine neden olmakta ve karıştırılma tehlikesini artırmaktadır. Gerçekten de tüketicinin, yıllar süren bir emekle toplum genelinde bilinirlik kazanmış, reklâm ve garanti işlevi güçlü olan tanınmış markayı, benzer bir işaret ile ilişkilendirme ihtimali, diğer markalara göre daha yüksektir. Bu ihtimal, tanınmış markanın itibarından haksız yararlanılmasına, markanın itibarına zarar verilmesine ya da ayırt edici karakterinin zedelemesine yol açabilmektedir.

B. AYIRT EDİCİLİK DÜZEYİNE BAĞLI OLARAK MARKA KORUMASININ KAPSAMINI DARALTAN HÂLLER (ZAYIF MARKA VE ZAYIF UNSUR)

1. Zayıf Marka

Marka korumasının kapsamını genişleten hâller gibi daraltan hâller de ayırt edicilik unsuru ile ilgilidir. Bu bağlamda korumanın kapsamının daraldığı, marka sahibinin üçüncü kişilerin benzer

veya yakın kullanımına katlanma zorunluluğunun doğduğu ilk hâl, markanın ayırt ediciliğinin zayıf olması hâlidir. Markanın ayırt ediciliğinin zayıf olarak değerlendirilmesine yol açan temel husus ise, tescili istenen işaretin niteliğidir. Söz gelimi; ticari hayatta yaygın kullanılan sözcük ve işaretler, özellikle cins isimleri, bir ülkede yaygın kullanılan kişi ad ve soyadları, günlük dilde sıklıkla kullanılan sözcükler, bir malın şekli veya ambalajından oluşan işaretler nitelikleri gereği sınırlı düzeyde ayırt ediciliğe sahiptir. Bütün olarak, sadece bu tür işaretlerden oluşan markaların koruma kapsamı da aynı ölçüde daralmaktadır.

Zayıf ayırt ediciliğin sonucu olarak, daha dar bir koruma alanına sahip olan bu markalar öğretilde “zayıf marka” (*schwache Marke*) olarak adlandırılmaktadır²⁰. Esasen “güçlü” ya da “zayıf” marka ayırımının kanunî bir dayanağı bulunmamaktadır; ancak markaya tanınacak korumanın kapsamının belirlenmesinde önemli bir ayırım olarak öğretilde ve yargı kararlarında kabul edilmektedir²¹.

Zayıf markalara, özgün markaların aksine benzer mal veya hizmetleri ya da tanınmış markanın aksine farklı mal veya hizmetleri kapsayacak biçimde koruma sağlamak olanaklı değildir. Zayıf bir marka tescil ettiren kişi, o işaret ile normal koşullarda iltibas oluşturabilecek benzer işaretlerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına katlanmak durumundadır. Zira marka olarak tescil edilmiş olsa bile zayıf bir işaret üzerinde bir kişiye tüm mal veya hizmetleri kapsayacak şekilde inhisarî hak tanınmaz²². Bu husus, yukarıda koruma kapsamının genişlediği hâller arasında sayılan ve karıştırılma ihtimalinin yükselmesine neden olan özgün markanın tam tersi bir durumu ifade etmektedir.

¹⁶ Tanınmışlık bazı durumlarda hakkın korunduğu mal veya hizmetlerin kapsamında değil de, koruma şartlarında değişiklik yaratabilmektedir. Örneğin, *Türkiye’de tescilli olmasa dahi*, Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesi bağlamındaki tanınmış markalar, aynı veya benzer nitelikteki marka başvurularına karşı, *aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından* korunmaktadırlar (SMK m. 6.4).

¹⁷ *Bilge*, Mehmet Emin (2015) Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, TFM, S. 2, s. 11.

¹⁸ *Bilge*, Ayırt Edicilik, s. 65.

¹⁹ *Yasaman*, Hamdi (1978) Tanınmış Markalar, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, s. 695, 707; *Arkan*, Sabih (2018) Ticarî İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara, s. 308.

²⁰ *Städeli/Brauchbar Birkhäuser*, Basler Kommetar, MSchG Art. 3, N. 45 vd; *Memiş*, s. 386 vd.

²¹ *Öztek*, Selçuk (2004) İlaç Markaları, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 4, N. 5.

²² Örneğin, ilaçlarda kullanılan hammaddelerin adları kimse-nin tekeline bırakılmayacağından, bu hammaddenin adından esinlenerek oluşturulan markalar zayıf marka olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle ilaç sanayinde farklı şirketlerin ürettiği ilaçlar aynı hammadde kökünden türetilmiş benzer markaları taşıyabilmektedir (*Öztek*, N. 7-9).

2. Markanın Zayıf Unsurları

Markanın birden fazla unsurdan oluştuğu hâllerde unsurların ayırt edicilik düzeyleri birbirinden farklı olabilir. Bu doğrultuda, bir marka zayıf unsurlar içerse dahi, bir bütün olarak değerlendirildiğinde zayıf marka olarak nitelendirilmeyebilir. Şüphesiz zayıf markada olduğu gibi, zayıf unsurlar içeren markada da unsurların ayırt ediciliği koruma kapsamını etkilemektedir. Şöyle ki; marka sahibi, markasının ayırt edicilik gücü yüksek unsurları bakımından SMK m. 7.2 çerçevesinde koruma elde edebilirken; zayıf unsurlarının üçüncü kişilerce kullanılmasına ise kural olarak katlanmak zorundadır.

Bu nedenle, bir işaretin tescilli markaya tecavüz oluşturup oluşturmadığı iddiası değerlendirilirken, özellikle işaretin tescilli markanın zayıf unsurundan ziyade baskın unsurunu taklit edip etmediğine dikkat edilmelidir.²³

Markanın zayıf unsurları ayrıca, markanın kullanıldığının ispatı konusunda da önem taşımaktadır. Şöyle ki SMK m. 9.2.a'ya göre markanın ayırt edici karakteri değiştirilmemek kaydıyla, tescil edilmiş farklı şekilde kullanılması da markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir. Markanın farklı unsurlarla/değiştirilerek kullanılmasına rağmen ayırt edici niteliğini koruyabilmesi ise, bu değişikliğin zayıf unsurdaki gerçekleştirilmesi hâlinde

söz konusu olabilir. Zira baskın unsurlarda değişiklik yapılması, ayırt edici karakteri değiştirmektedir.²⁴

3. Zayıf Marka veya Zayıf Unsur Oluşturan Bazı İşaretler

a. Ticarî Hayatta Yaygın Biçimde Kullanılan Sözcükler ve İşaretler

Ticarî hayatta sıklıkla kullanılan, belirli bir meslek, sanat grubuna mensup olanları gösteren işaretleri ya da cins, çeşit, vasıf, kalite, coğrafi kaynak, miktar gibi mal veya hizmetlerin özelliklerini belirten sözcükleri münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler, marka olarak tescil edilememektedir.²⁵ Tasvirî işaretler olarak da ifade edilen²⁶ bu işaretler üzerinde bir kişiye tek hak tanıma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle ayırt ediciliği bulunmayan bu işaretlerin tescili, mutlak ret nedenlerinin sıralandığı SMK m. 5.1.c ve d uyarınca yasaklanmıştır.

Bununla birlikte söz konusu işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içermeyen bazı sözcük veya işaretlerin marka olarak tescili sağlanabilir.²⁷ Özellikle bir sektör için tasvirî nitelikte olan sözcük veya işaretlerin başka bir ticaret alanında kullanılmak üzere tescilinde hâl böyledir. Örneğin, elektronik ürünler için “apple”²⁸ ya da

²³ Bilge, Ayırt Edicilik, s. 64. Zayıf unsur, çoğu hâlde markanın tâli unsurunu oluşturmaktadır.

²⁴ Markanın ayırt edici niteliğini değiştirmeksizin kullanımı ve zayıf unsur ilişkisi hakkında bir ABAD kararı için bkz. ABAD, 13.09.2018, T-146/15 (hyphen GmbH v. EUIPO), N. 29, 52. Bir diğer kararda, “Vieta” markası; özgün, anlamsız ve ayırt ediciliği yüksek bir kelimedenden oluştuğu için, markanın şekil unsurunda değişiklik yapılarak kullanılmasına rağmen ayırt edici karakterinin değişmediği kabul edilmiştir (ABAD, 10.12.2015, T-690/14 (Sony Computer Entertainment Europe Limited v. OHIM), N. 47). Makalede yararlanılan ABAD kararlarına <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en> adresinden elektronik olarak erişilebilmektedir.

²⁵ Yargıtay'ın, vasıf bildirici olması nedeniyle “Deriden” ibaresinin çeşitli deri ve deri ürünlerinin yer aldığı 18. sınıfta bütün olarak tescil edilemeyeceği yönündeki kararı ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. Bozgeyik, Hayri (2016) Vasıf Belirten İbarelerin Marka Olarak Tescili, TFM, S. 1, s. 94, 95. Yazar'ın ifade ettiği üzere, “vasıf belirten ibare” ile “zayıf marka” olgusu birbirinden farklıdır. Bir mal ve hizmetin vasıfından türetilmiş ibareleri içeren markalar “zayıf marka” niteliğini taşıyabilir. Ancak bir markanın “zayıf marka” olması, onun vasıf bildirici olduğu anlamına gelmez ve sırf bu nedenle SMK m. 5.1.c uyarınca tescili engellenemez (s. 95).

²⁶ Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku, C. I, Ankara, s. 77.

²⁷ Gerçekten de, belirli bir tip eşyayı gösteren ya da cins isim hâline gelen işaretlerin tescili, sadece bu işaretlerin herhangi bir zihni çaba gösterilmeye gerek kalmaksızın, doğrudan mal veya hizmetin kendisini çağrıştırdığı durumda engellenmektedir. Yoksa, o malın adını, çeşidini, coğrafi kaynağını veya niteliğini göstermeye elverişli olmayan sözcükler, sırf başka bir şeyin ismini oluşturdukları için tescil yasağına tâbi tutulmazlar (Bkz. Tekinalp, Ünal (1988) Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Kalan Markalar, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, s. 73, 76). Ancak bu durumda da, belirli mal veya hizmetler bakımından tescil yasağına tâbi olmasa dahi; cins isim, coğrafi alan adı vb. olarak seçilen işaretin zayıf marka olma olasılığı oldukça yüksektir. Örneğin coğrafi bölge, il veya semt isimleri, marka kapsamındaki mal veya hizmetler bu alana özgü nitelik taşımadıkça, marka olarak tescil edilebilmektedir (“Beşiktaş” gibi). Ancak coğrafi adlardan oluşturan markalar zayıf nitelikte olup, bölge adının başkaları tarafından kullanılması engellenemez. Bu konuda bkz. Arkan, Marka Hukuku, s. 79, 80; Yasaman, Hamdi (2008) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, İstanbul, s. 214-215; Yıldız, Burçak (2018) Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar, İnÜHFD, C. 9, S. 2, s. 134 vd.

²⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 367.

sigara için “camel” sözcüklerinin tescili tasvirî nitelikte oldukları gerekçesiyle reddedilemez²⁹. Zira bu sözcükler ilgili oldukları ticaret alanının dışında ayırt edici nitelik kazanmaktadır³⁰. Ayrıca zayıf bir kelimenin dilde ikinci anlamının bulunması, bazı durumlarda o işaretin marka olarak ayırt ediciliğinin güçlenmesini sağlayabilmekte ve tescilini olanaklı hale getirebilmektedir³¹. Zayıf nitelikteki kelimelerin birleştirilerek özgün şekilde kullanılması durumu da böyledir³².

Benzer şekilde bir mal veya hizmetle ilgili olan ya da bir mal veya hizmeti hatırlatan sözcüklerin de tasvirî nitelikte olmadıkça marka olarak tescili mümkündür. Örneğin, yün iplik için “Ören Bayan³³” markası malı hatırlatan bir sözcük olmakla birlikte tescile engel oluşturmamaktadır.

b. Halk Arasında Bilinen Yabancı Sözcükler

Anlamsız sözcükler genellikle ayırt ediciliği yüksek olan işaretlerdir. Ülkede yaygın olarak bilinmeyen bir yabancı dile ait sözcükler için de aynı durum savunulabilir. Öte yandan yabancı dilde olsa dahi toplumda yaygın şekilde bilinen cins adlarının ayırt ediciliği bulunmamaktadır³⁴. Örneğin ülkemizde belirli tür mal veya hizmetlerin kalitesini ya da vasfını gösterecek şekilde yaygın olarak kullanılan “lux³⁵”, “zero³⁶”, “smart³⁷” gibi yabancı sözcükler ayırt edicilikten yoksundur. Yaygın kullanımına rağmen tüketicide kalite ya da vasıf algısı uyandırmayan yabancı sözcükler ise ayırt edicilik gücünden

tümüyle yoksun olmasalar da zayıf nitelikli kabul edilebilecektir: Örneğin, “XL³⁸”, “extra³⁹”, “happy”, “sport”, “baby”, “love”, “bonus” gibi.

c. Bir Malın Şeklinden ya da Ambalajından Oluşan İşaretler

Malın doğası gereği ortaya çıkan ya da mala aslı değerini veren şeklin tescili talebi SMK m. 5.1.e uyarınca mutlak ret nedenine dayanılarak reddedilmektedir. Ancak teknik bir zorunluluktan doğmayan mal veya ambalaj şeklinin marka olarak tescili olanaklıdır. Nitekim bu şekilde oluşturulan şekiller belli bir ayırt edicilik düzeyine sahiptir. Bununla birlikte kural olarak söz konusu mal veya ambalaj şekli özgün bir sözcük veya işaretle bir arada kullanılmadıkça yüksek ayırt edicilik düzeyine ulaşamaz; zayıf ayırt edicilik düzeyinde kalır. Ancak mal veya ambalajın yaygın biçimde kullanılan şeklinin dışındaki özgün bir şekil, ayırt edici başka bir işaretle birleştirilirse dahi, tek başına güçlü bir ayırt ediciliğe sahip olacaktır⁴⁰.

d. Kişi Adı veya Soyadı

SMK m. 4'e göre kişi adları marka olarak tescil edilebilmektedir. Ancak bir ülkede çok rastlanan kişi ad veya soyadları zayıf ayırt ediciliğe sahip sözcüklerin başında gelmektedir⁴¹. Bu nedenle Tür-

²⁹ Benzer örnekler için ayrıca bkz. *Arkan*, Marka Hukuku, s. 79.

³⁰ Bir işaret, belirli bir mal veya hizmet grubunda yaygın şekilde kullanıldığı için zayıf nitelikte iken, başka mal veya hizmetler için orta derecede veya güçlü ayırt ediciliğe sahip olabilmektedir (*Fezer*, Karl-Heinz (2009) Markenrecht, 4. Auflage, München, MarkenG § 14, N. 379).

³¹ *Gómez Segade*, José A. (1995) Unterscheidungskraft und “Secondary Meaning” im Kennzeichenrecht, GRUR Int., s. 948.

³² *Yılmaz*, A. Lerzan (2008) Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, s. 161-162.

³³ *Tekinalp*, Fikri Mülkiyet, s. 367.

³⁴ *Çolak*, Uğur (2016) Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, s. 147; *İmirlioğlu*, Kişi Adı Markaları, s. 93. “Diamond” kelimesinin, kuyumculukla ilgili mal ve hizmetler açısından tanımlayıcı olduğu ve bu kelimeyi içeren markaya dayanılarak, işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engellemeyeceği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. *Aktekin*, Uğur/Doğan Alkan, Güldeniz/Özcebe, Zeynep C. (2015) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.2013 Tarihli 2013/11-52-E. ve 2013/1416K. Sayılı Kararı (“Diamond Kararı”) ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi, FMR, C. 17, S. 2, s. 17 vd.

³⁵ *Arkan*, Marka Hukuku, s. 81.

³⁶ *Yargıtay*, “zero” ibaresinin, tüketicinin zihninde “şekersiz, yağsız, sıfır kalori” anlamlarını çağrıştırdığını, bu yönüyle tasvirî işaret olarak kabul edilmesi gerektiğini ve iltibas tehlikesi oluşturmadığını içtihat etmiştir. Bkz. 11. HD, 09.03.2017, E. 2016/14857, K. 2017/1442 (Batider 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 276 vd.)

³⁷ *Yargıtay*'ın kabul ettiği üzere, “smart elektronik kitap” ibaresinin marka olarak tescili olanaklı değildir. Bu ibare mal veya hizmetin kaynağına işaret etmemekte, sadece genel olarak bir teknolojik ürünün türü ve karakteristik özelliğini tanımlamaktadır. Günlük hayatta “akıllı e-kitap” şeklinde yaygın kullanımlar bulunduğu için, “akıllı” anlamına gelen “smart” kelimesinin söz konusu işarete ayırt edici nitelik kattığı kabul edilemez. Bkz. 11. HD, 12.03.2018, E. 2016/8510, K. 2018/1875 (Batider 2018, C. XXXIV S. 2, s. 493 vd.)

³⁸ ABAD, 24.03.2012, T-169/10 (Grupo Osborne, SA v. OHIM). Karar hakkında bkz. EUIPO, Guidelines, Part C, Section 2, Chapter 7, s. 11-12.

³⁹ *Tekinalp*, Fikri Mülkiyet, s. 367.

⁴⁰ TPE, Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 15 vd.

⁴¹ *Memiş*, s. 389. Soyadların ayırt edicilik gücünün, ön adlara göre daha yüksek olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte zayıf nitelikteki bu işaretlerin gerçek anlamda ayırt edicilik kazanması aslında ya kullanım yolu ile ya da işarete

kiye’de birçok sektörde mal veya hizmet sağlayıcıları tarafından isimlere eklenen unvan veya sıfatlarla işarete daha güçlü ayırt edicilik sağlanması yönünde bir teamül oluşmuştur⁴². Örneğin; Marka İnceleme Kılavuzu’nda, “Kebapçı Adem Usta” ile “Adem Ustanın Tatlıları” markalarında yer alan isimler aynı olsa dahi, bu markaların ayırt edilebileceğini belirtmektedir⁴³.

e. Günlük Dilde Sık Kullanılan Sözcükler ve Bilinen Şekiller

Temelde bir sözcüğün anlamsal içeriği o sözcüğün ayırt ediciliğini belirleyen en önemli husustur. Zira bir ülkenin konuşma dilinde yaygın olan sözcüklerin üçüncü kişiler tarafından kullanımının tümüyle engellenerek, sözcüğün sadece marka sahibinin tekeline verilmesi olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hâllerde marka sahibi, üçüncü kişilerin dürüst kullanımına katlanmak zorundadır⁴⁴.

Aynı şekilde güneş, yıldız, ay gibi tabiat şekillerini ya da örneğin eczacılık ürünleri yönünden yılan veya kartal figürü gibi yaygın olarak bilinen belirli motif, sembol ya da kelimeleri içeren işaretlerin orijinalliği, diğer bir deyişle özgünlük derecesi düşüktür. Bu nedenle, bu şekillerle oluşturulan işaretlerin ayırt ediciliğinin zayıf olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

III. MARKA KORUMASINI GENİŞLETEN VE DARALTAN HÂLLERİN BİR ARADA BULUNMASININ MARKA KORUMASINA ETKİSİ

A. PROBLEMİN ORTAYA KONULMASI

SMK uyarınca karıştırılma ihtimali yüksek özgün markalar ve tanınmış markalar tescilli oldukları mal veya hizmetler dışında da korunabilmekte-

dir (SMK m. 7.2.b ve c). Marka korumasının kapsamını genişleten bu iki hâlin bir arada bulunmasının daha güçlü bir koruma alanı yaratacağına şüphe bulunmamaktadır. Zira markanın tanınmış olma niteliği, tüketicideki çağrışım gücünü artırırken; özgünlük, tesadüfi olarak seçilme ihtimalinin zayıflamasına neden olmaktadır. Bu nedenle tanınmış ve özgün bir markanın üçüncü kişilerce kullanılması durumunda, bu kullanımın SMK m. 6.5’te aranan markadan haksız yarar sağlama, markanın itibarına zarar verme ya da markanın ayırt edici karakterini zedeleme koşullarını sağladığı kolayca ortaya konulabilecektir⁴⁶.

Marka korumasını genişleten ve daraltan hâllerin aynı marka üzerinde birleşmesi ihtimalinde ise koruma kapsamını belirlemek daha güçtür. Zira bu ihtimalin korumanın kapsamına etkisi SMK’da düzenlenmemektedir. Oysa pek çok olayda marka korumasını genişleten veya daraltan hâllerin bir arada bulunduğu görülmektedir. Söz gelimi ayırt edicilik gücü zayıf bir işaret marka olarak tescil edildikten sonra tanınmış marka niteliği kazanırsa, bunun marka korumasının kapsamını ne ölçüde genişleteceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada akla gelen ilk soru; özgün nitelikte olmayan bir işareten oluşan markanın üçüncü kişilerce kullanımlarının sadece tanınmış marka koruması gerekçe gösterilerek yasaklanıp yasaklanamayacağıdır. Benzer şekilde tanınmış markanın zayıf unsurları için, ayırt edici unsuru ile birlikte farklı mal veya hizmetleri kapsayan geniş bir alanda koruma sağlanıp sağlanamayacağı tartışmaya açık bir başka sorudur.

Aşağıda örnek kararlar ışığında bu husustaki ihtimallere ve özellikle özgün nitelikte olmayan, zayıf bir işareten oluşan yahut böyle bir işareti içeren tanınmış markanın durumuna yer verilmektedir.

eklenen diğer unsurlar sayesinde olmaktadır. Kişi adlarının ayırt ediciliği konusunda bkz. *İmirlioğlu*, Kişi Adı Markaları, s. 99 vd.

⁴² TPE, Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 49.

⁴³ TPE, Marka İnceleme Kılavuzu 2015, s. 50.

⁴⁴ *Memiş*, s. 387. Yargıtay, “Eti Benim’o” markasındaki “benim” sözcüğünün zayıf unsur olduğuna, tasvirî ve vasıf bildirici sözcüklerden esinlenilerek oluşturulduğundan bu unsura benzer bir işaretin tescilinin, markadan haksız biçimde yarar sağlanacağı, markanın reklâm gücünden ya-

rarlanılacağı veya markanın kaynağını belirtme fonksiyonunun azaltılacağı gibi gerekçelerle engellenemeyeceğine hükmetmiştir [Y. 11. HD. 01.06.2016, E. 2015/11147, K. 2016/6028 (Batider 2016, C. XXXII, S. 3, s. 256-258)].

ABAD kararlarında da “bingo”, “club”, “gourmet”, “aqua”, “water” gibi kelimelerin zayıf ayırt ediciliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. EUIPO, Guidelines, Part C, Section 2, Chapter 7, s. 12-13.

⁴⁵ *Fezer*, MarkenG § 14, N. 381.

⁴⁶ *Çolak*, s. 344.

B. TANINMIŞ MARKANIN ÖZGÜN NİTELİKTE OLMAYAN (ZAYIF) BİR İŞARET İÇERMESİ

1. Genel Olarak

Özgünlük, bir markaya ayırt edicilik kazandıran ve bu çerçevede koruma alanını genişleten hâllerdendir. Çünkü işaretin yaygın kullanılmaması ya da yaratıcı bir fikrin ürünü olması üçüncü kişilerce taklit edilebilirliğini veya tesadüfi olarak seçilme ihtimalini düşürmektedir. Oysa özgün nitelikte olmayan, yaygın kullanılan zayıf işaretlerin, üçüncü kişilerce dürüst şekilde kullanımına kural olarak engel olunamaz. Ancak bu sonucu, tanınmış markalarda yer alan zayıf unsurlar bakımından kabul etmek, her durumda uygun olmayabilir. Bu nedenle tanınmış marka söz konusu olduğunda, meselenin her somut olay bakımından ayrıca incelenmesi ve “tanınmışlığın zayıf unsura sirayet edip etmediğinin değerlendirilmesi” önem taşımaktadır. Aşağıdaki örnek kararlar çerçevesinde bu hususa değinilecektir.

2. Örnek Kararlar

a. Yargıtay’ın 2017 tarihli “McDonalds” Kararı

Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararda⁴⁷, önceki tarihli tanınmış markanın içerdiği zayıf unsuru taşıyan bir başvuruyu hukuka aykırı kabul etmemiştir. Karara konu olayda “McDonalds” olarak tescilli tanınmış markanın “Mc” eki zayıf bir unsur olarak değerlendirilmektedir. Yüksek Mahkeme “Mc” kısaltmasının İngilizce’de farklı anlamlarının bulunduğunu, esasen ilk anlamı itibariyle İngilizce konuşulan ülkelerde ad ve soyadlarında sıkça kullanıldığını ve bunun ülkemizin ortalama tüketicilerinin de bilgisi dâhilinde olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle zayıf bir ayırt ediciliğe sahip olan “Mc” ibaresinin gıda tüketicisi tarafından her koşulda tanınmış marka ile ilişkilendirilmesi mümkün görülmemiştir. Dolayısıyla marka her ne kadar tanınmış olsa da, onun sadece zayıf unsurunu içeren “Elden Ele Mc Mallow” şeklindeki başvurunun karıştırılma,

bağlantı kurulma, tanınmışlığından haksız yararlanma, tanınmışlığı ve ayırt ediciliği zedeleme ihtimali bulunmadığına hükmedilmiştir.

Karar şu şekildedir:

“Davacı vekili, müvekkilinin “Mcchicken”, “Mcmuffin”, “Mcroyal”, “Mccafe+şekil”, “Mccrispy”, “Mcdelivery” ibareli ve “Mc” tanınmış markaların sahibi olduğunu, davalının, bu markalar ile karıştırma ihtimali bulunacak derecede benzer nitelikteki “ELDENELE MC MALLOW ÇİKOLATA KAPLAMALI MARSMALLOWLU SANDVIÇ BİSKÜVİ + ambalaj” ibaresini marka olarak tescil ettirmek üzere davalı TPE’ye başvuruda bulunduğunu, [...] müvekkili markalarının tanınmış olduğunu ve başvurunun karıştırılma ihtimali bulunacak düzeyde benzer olduğunu, tanınmışlığından haksız yararlanacağını, kararın hukuka aykırı olduğunu belirterek [...] YİDK kararının iptalini, tescili halinde markanın hükümsüzlüğünü ve sicilden terkinini talep ve dava etmiştir. [...]

Mahkemece, [...] “Mc” kısaltmasının İngilizce’de farklı anlamları olduğu, esasen ilk anlamı itibariyle ad ve soyadlarında İngilizce konuşulan ülkelerde sıkça kullanıldığının ülkemizin ortalama tüketicilerinin de bilgisi dahilinde olduğu, bu nedenle oldukça zayıf bir ayırt ediciliği olduğu, özel yazım biçimiyle “Mc” ibaresi veya bir bütün olarak “Mc Donald’s” ibaresinin davacı ile bütünleştiğinde kuşku yok ise de; davacının ürünlerle birlikte gerçekleştirilen tescilleri arasında “Mc Mallow” şeklinde bir markası ve fiili kullanımının olmadığı, gıda tüketicisinin “Mc” ibaresinin açıklanan zayıf anlamı nedeniyle her koşulda ibareyi davacı ile ilişkilendirmeyeceği; karıştırılma, bağlantı kurulması ihtimali ve tanınmışlığından haksız yararlanma, tanınmışlığı ve ayırt ediciliğini zedeleme ihtimali ve koşulları bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. [...]

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA [...] 11.09.2017 tarihine oybirliğiyle karar verildi.”

⁴⁷ Y. 11. HD, 11.09.2017, E. 2016/1609, K. 2017/4212 (yayımlanmamıştır).

b. Yargıtay'ın 2003 tarihli "Mc Donald's" Kararı

Yargıtay'ın yukarıdaki kararı, 2003 yılında verdiği "Mc Uno" kararı⁴⁸ ile aynı yödedir. Yargıtay bu kararında, hamburger ekmeği için kullanılan "Mc Uno" ve "Uno Mc Uno" ibarelerinin, dünyaca tanınmış ve Türkiye'de tescilli olan "McDonald's", "McNuggets", "McRoyal", "McEËpres", "McChicken" ve "McMuffin" gibi markalar ile iltibas yaratıcı nitelikte olmadığına karar vermiştir. Bu kararda da, "Mc" ibaresinin Türkçe karşılığının "oğlu" anlamına geldiğine, bu nedenle herkesçe kullanılabilen bir mahiyet arz ettiğine değinilmektedir.

c. ABAD'ın 2016 tarihli "McDonalds" Kararı

2016 yılında ABAD, "McDonalds" tanınmış markasıyla ilgili benzer bir olaya ilişkin inceleme-sinde, Yargıtay'ın aksine bir sonuca ulaşmaktadır⁴⁹. Karara göre; "Mc" veya "Mac" eki, marka ailesine dâhil "McMuffin", "McNuggets", "McChicken" gibi çok sayıda markanın ortak unsuru olup ayırt edici karakterdedir. "Mc/Mac" unsurunun Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın kullanılması, bilhassa İskoç ve İrlandalı ailelerin soyadlarında ortak bir ön ek olması ise ABAD'a göre sonucu değiştirmemektedir⁵⁰.

Divan, tescili istenen "MacCoffee" markası ile "McDonalds" tanınmış markasında yer alan "mac" unsurunun benzerlik oluşturduğunu ve iki markanın ilişkilendirmesi için yeterli olduğunu kabul etmiştir. Bu değerlendirmedeki en etkili hususun; tanınmış markanın ayırt ediciliği olduğu görülmektedir. Öyle ki; kararda "McDonalds" markasının dünyada en çok tanınan on marka arasında yer aldığı vurgulanmaktadır. Bunun sonucu olarak

ABAD'a göre; markanın tanınmışlığı ne kadar güçlü ise, benzerliğin zarar yaratma ihtimali de o denli yüksek olmaktadır⁵¹. Öte yandan özellikle gıda sektöründe kullanılacak olması da tescili talep edilen markanın, tanınmış marka ailesine dâhil olduğu algısını uyandırmaya elverişli görülmektedir⁵².

d. Alman Federal Patent Mahkemesinin 2017 tarihli "McDonald's" Kararı

ABAD'dan sonra, Almanya Federal Patent Mahkemesi de (*Bundespatentsgericht*) "McDonald's" markasının tanınmış bir marka olduğunu, bu nedenle "McSportnahrung.de" işletinin toplamda bu tanınmış marka ailesinin bir üyesi gibi algılanacağını belirtmiş ve tescil talebini reddetmiştir⁵³. Federal Mahkeme, tescili istenen "McSportnahrung.de" işletinin *fast food* ürünlerinde değil, spor ve sağlık besinlerinde kullanılmasının tek başına karıştırılma ihtimalini veya tanınmışlıktan yararlanma şartlarının oluşmasını engelleyemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü Federal Mahkeme, "Mc" ekinin "Mc Donalds" tarafından da sağlıklı yaşam amacıyla özellikle "Mc Salad", "Mac Fish" gibi ürünlerde hızlı tüketime yönelik kullanıldığını göz önünde bulundurmaktadır.

Bu bakımdan Federal Mahkeme, Yargıtay'ın aksine, "Mc" ifadesinin zayıf unsur olmasından hareketle tescil talebini reddetmemiştir. Bunun yerine, zayıf unsurun yer aldığı markanın tanınmış marka olması, bu marka ailesinin pek çok ürününün söz konusu zayıf unsur ile temsil edilmesi ve tescili istenen markanın da gıda alanında olmasından hareketle, tanınmış markanın ayırt edicilik gücünün yüksekliğine öncelik tanımıştır.

⁴⁸ Y. 11. HD, E. 2003/4319, K. 2003/10775, 11.11.2003 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁹ ABAD, 05.07.2016, T-518/13 (Future Enterprises Pte Ltd v. EUIPO), N. 61.

⁵⁰ Gerçekten de öğretilde, zayıf markaların (veya zayıf unsurların) da, zamanla reklâm ve yaygın kullanım yoluyla daha yüksek bir ayırt ediciliğe ulaşabileceği kabul edilmekte, bu duruma özellikle seri marka olarak bilinen ve mal veya hizmetlerin tamamında ortak olarak tekrar edecek şekilde kullanılan işaretler örnek gösterilmektedir (*Städell/Brauchbar Birkhäuser*, Basler Kommentar, MSchG Art. 3, N. 45, 51). Seri markalardan yalnızca birinin tanınmış olması dahi, o işareti içeren diğer seri markaların koruma kapsamını etki-

lemektedir. Bu nedenle, "Mc" ön adı ile tanınmış hâle gelen "McDonald's" markasının tanınmışlığının etkisi, "Mc" eki ile birleştirilerek oluşturulan marka ailesindeki diğer markaları da kapsayacak şekilde genişlemektedir. Bkz. *Folliard-Monguiral*, Arnaud/Rogers, David: EU Trade Mark Round-up 2016, JIPLP 2017, Vol. 12, No. 4, s. 291.

⁵¹ ABAD, 05.07.2016, T-518/13, N. 95.

⁵² ABAD, 05.07.2016, T-518/13, N. 90.

⁵³ BPatG, 28. Senat, 28 W (pat) 508/15, 31.5.2017 (<http://juris.bundespatentgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bpatg&Art=en&sid=02ca516f7c2a025af373618917188ebe&nr=29191&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>).

3. Değerlendirme

a. Kararların Karşılaştırılması

Yargıtay ile ABAD (ve bu doğrultuda Almanya Federal Patent Mahkemesi) kararlarında aynı sorunlar tartışılmasına rağmen farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Söz konusu sorunlardan ilki markaların benzer olup olmadığıdır. Benzerlik incelemesi; işletmelerin görsel ve işitsel benzerlikleri, kapsadıkları mal veya hizmetler ile ayırt edicilikleri dikkate alınarak tespit edilmektedir⁵⁴. Yargıtay ve ABAD önündeki uyuşmazlıklarda işletmelerin görsel ve işitsel açıdan benzer olduklarına şüphe bulunmamaktadır. ABAD kararına konu olaydaki “MacCoffee” ile Yargıtay kararındaki “Mc Mallow” ve “Mc Uno” ibarelerinin ortak unsurunu oluşturan ön eklerinin okunuş ve yazılışları itibarıyla benzer oldukları açıktır. Markaların kapsadıkları mallar yönünden de aynı durum geçerli olup, her iki davada da incelemeye konu markalar gıda sektöründe kullanılmaktadır.

Mahkemelerin kararlarına konu olaylarda benzerlik değerlendirmesi ile ilgili en önemli sorun ise tanınmış markanın “Mc” ya da “Mac” unsurunun ayırt edici olup olmadığıdır. Yargıtay, “Mc” ekinin yaygın kullanımına ve bunun ülkedeki tüketici tarafından bilindiğine işaret ederek marka unsurunun her durumda tanınmış marka ile ilişkilendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Kararda davacının gıda sektöründe “Mc” ortak ekli çok sayıda tescilli marka kullanması hususu da ilişkilendirme için yeterli görülmemiştir. Oysa ABAD kararında “Mc” ekinin marka ailesine dâhil bulunan tüm markalarda ortak unsur oluşturduğu belirtilmektedir. “Mc” ekinin kişi ad veya soyadlarında yaygın kullanılması hâlinin ise markanın dünyada kazandığı tanınmışlık karşısında unsurun ayırt ediciliğini ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır. Bu kapsamda tescilli istenen “MacCoffee” markasının “Mc” ön ekli marka ailesinin bir parçası olarak algılanacağına ve markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlanacağına karar verilmiştir.

b. Tanınmışlık, Zayıf Unsurun Ayırt Ediciliğini ve Tanınmış Marka ile İlişkilendirilme İhtimalini Artırmaktadır

Belirtilmelidir ki; “Mc” ekinin ayırt edici olup olmadığı temelde tanınmışlığın yaratacağı etki bağlamında cevaplanabilecek bir sorun oluşturmaktadır. Zira “Mc” ekinin yaygın kullanılan bir sözcük olduğu ve “McDonalds” markasının da dünya çapında tanınmış olduğu her iki kararda da tespit edilmiş bir husustur. Mahkemelerce varılan farklı sonuç büyük ölçüde tanınmışlığın yaratacağı etki yönünden ortaya çıkmıştır. Yargıtay, ekin yaygın kullanımını dikkate alarak her halükârda tanınmış marka ile ilişkilendirilmenin mümkün olmayacağına hükmetmişken; ABAD markanın tanınmışlığı güçlendikçe ilişkilendirilme ihtimalinin de artacağı tespitinde bulunmuştur.

Bu noktada temel sorunun tanınmışlığın yarattığı etki olduğu savunulabilir. Acaba tanınmışlık markanın benzerlerinden ayırt edilmesini kolaylaştıran bir etki mi yaratmaktadır, yoksa aksine benzer markaların tanınmış marka ile ilişkilendirilme ihtimalini mi artırmaktadır? Türk öğretisinde markanın tanınmışlığının karıştırılma ihtimalini artıran bir unsur olduğu savunulmaktadır⁵⁵. Bunun aksine tanınmışlığın karıştırılma ihtimalini zayıflatacağını, tüketicinin küçük farklılıkları bile tespit edebileceğini savunmak ise mümkün değildir. Dolayısıyla her iki dava bakımından da “McDonalds” markasının dünya çapında sahip olduğu tanınmışlığın “Mc” ekine yüksek bir ayırt edicilik sağladığı ve benzer kullanımların marka ile ilişkilendirilme ihtimalini güçlendirdiği kabul edilmelidir.

c. Seri Marka Olarak Kullanılması da Dikkate Alınarak, Tanınmışlığın Zayıf Unsura Sıra Yet Edip Etmediğinin İncelemesi Gerekmemektedir

Kanımızca “Mc” ekinin kişi ad veya soyadlarında yaygın olarak kullanılması zayıf işaretlerin özelliklerinden olmakla birlikte, bu zayıf unsurun tanınmış markada yer alması ile tanınmış olmayan markada yer alması arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Tanınmışlığın ayırt ediciliği güçlendiren

⁵⁴ Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s. 64 vd.

⁵⁵ Şenocak, s. 151; Bilge, Karıştırılma Tehlikesi, s. 65.

bir hâl olduğu tespit edildiğine göre⁵⁶, artan ayırt ediciliğin tanınmış markanın zayıf unsuruna sirayet edip etmediği de değerlendirilmelidir. Bu değerlendirilmede, zayıf unsurun tanınmış marka ile birlikte ne kadar süredir ve hangi sıklıkta kullanıldığı, markanın ticaret hayatında zayıf unsurdan arı olarak da kullanılıp kullanılmadığı, markanın diğer unsurlarının baskın olup olmadığı⁵⁷ gibi hususlar dikkate alınabilir.

Bu bakımdan Yargıtay'ın ilkel olarak zayıf işaretlerin tek bir kişinin tekeline bırakılamayacağı yönündeki görüşünün de somut olay bakımından sorgulanması gerekmektedir. Yargıtay'ın, zayıf işaretler ile marka korumasını genişleten işaretlerin (somut olayda tanınmış markanın) bir arada bulun-

ması ihtimalinde, bunun zayıf işarete etkisini tartışmaması uygun olmamıştır. Kanımızca bu noktada, tanınmış markanın yüksek ayırt ediciliğinin ve *seri marka* olarak kullanımının da dikkate alınması⁵⁸, zayıf unsuru içeren yeni başvurunun reddedilmesi yerinde olurdu⁵⁹.

Bu husus, esasen kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma ihtimaline (SMK m. 5.2, 25.4) benzetilmektedir. Burada, başlangıçta zayıf olan bir unsur ("Mc"), tanınmış markanın yüksek ayırt ediciliğinden etkilenmekte ve herhangi bir markadaki zayıf unsorda bulunmayan bir özellik kazanmaktadır. Bu özellik toplumda o marka ile ilişkilendirilme ihtimalidir.

⁵⁶ Bkz. yukarıda, I, 2.

⁵⁷ Söz gelimi, mahkeme kararlarında değinilmemekle birlikte, "Mc Donalds" markasındaki diğer unsur olan "Donalds" kelimesinin de aslında bir soyadı olduğu için tek başına zayıf işaret niteliğinde olduğu; ancak tanınmış marka içerisinde yer alması nedeniyle yüksek bir ayırt ediciliğe ulaştığı, unsurlardan birinin diğerine baskın olmadığı dikkate alınabilirdi. Ya da "McFish", "McChicken" gibi kullanımlarda *chicken* ve *fish* kelimelerinin de tek başına ayırt edici işaretler olmadığı, bu nedenle "Mc" ön ekinin önem kazandığından bahsedilebilir ve koruma kapsamına marka ailesindeki "Mc" işaretinin alınmasına bu husus da gerekçe olarak gösterilebilirdi.

⁵⁸ Daha önce belirtildiği üzere, öğretilde, zayıf unsurların da, zamanla yaygın kullanım yoluyla daha yüksek bir ayırt ediciliğe ulaşabileceği kabul edilmekte, bu duruma özellikle tekrar edecek şekilde kullanılan seri marka örnek gösterilmektedir (*Städelli/Brauchbar Birkhäuser*, Basler Kommentar, MSchG Art. 3, N. 45). Olaydaki "Mc" zayıf unsuru da, bir seri marka olarak marka ailesindeki pek çok üründe kullanıldığından, ABAD'ın kabul ettiği üzere, herhangi bir zayıf markanın aksine koruma kapsamının genişlediğinin kabul edilmesi yerindedir. Üstelik bu seri marka bir tanınmış marka içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle ABAD'ın kararı, Yargıtay'ın bakış açısına göre kanımızca daha isabetlidir.

Elbette bu durum, seri marka olarak kullanılan zayıf işaretlerin her durumda korunacağı anlamına gelmemektedir; ancak seri markalar -özellikle tanınmış markaların seri marka yaratılarak belirli bir marka ailesi içinde kullanılması durumunda- marka sahibini koruma alanı bakımından daha avantajlı bir konuma kavuşturmaktadır. ABAD'ın "McDonald's" kararındaki yaklaşım da bunu desteklemektedir. Bu konuda bkz. *Basire*, Yann: Family of Marks and Protection of Marks with a Reputation in the McDonald's Case, JIPLP 2016, Vol. 11, No. 11, s. 805.

⁵⁹ Nitekim Yargıtay bir diğer kararında, "Bizim" zayıf unsurunu taşıyan tanınmış markanın, davacı tarafından "Bizim Mutfak", "Bizim Kasap", "Bizim Kasabımız" gibi seri marka

olarak kullanıldığına, bu nedenle uyumsuzluk konusu olan "Bizim Dürüm" işaretinin de bu marka ailesine dâhil zannedilebileceğine değinmiştir. Karardaki ifade şu şekildedir: "... Davacının 'BİZİM' ibareli markasının tüketicilerce bilindiği, davacının 'BİZİM' ibareli seri markalarının olduğu ve bu ibarenin yanına ek olarak kullandığı, ortalama tüketici geçmişte öğrendiği bu bilgiler ışığında davalı markasındaki 'BİZİM DÜRÜM' ibaresini gördüğünde markayı davacının seri markası olarak algılayabileceği, ortalama tüketicilerin en azından taraflara ait çekişmeli marka ve işaretleri taşıyan mal ve hizmetlerin, aynı işletmeden veya ekonomik, ticari ya da idari olarak bağlantılı işletmelerden geldiği zannına kapılması, biri yerine diğerini alması riski yüksek olduğu [...] gerekçesiyle davanın kabulü ile YDK kararının iptaline, 2012/45698 sayılı markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir." [Y. 11. HD, 18.06.2018, E. 2016/13343, K. 2018/4516 (yayımlanmamıştır)].

Yargıtay başka bir kararında da, zayıf nitelikteki "Gold" unsurunun, davacıya ait "Goldmaster" gibi- pek çok işaretin başında seri marka olarak kullanıldığını belirtmiş, bu nedenle sonraki tarihli "Goldmatik" markasının sicilden terkinine hükmetmiştir. Karar şu şekildedir: "... Taraf markalarında 'gold' ibaresinin ortak olduğu, İngilizce bir ibare olup 'altın' anlamına geldiği, dilimizde kullanımı oldukça yaygın olması karşısında ortalama tüketicinin anlamını bilebileceği, davalı markasına eklenen 'matik' ibaresi 'otomatik' ibaresinin kısaltması olup 'mekanik yollarla hareket ettirilen veya kendi kendini yöneten' anlamına geldiği ve bu ibarenin davacı faaliyet konusunu çağrıştırmaması nedeniyle anlamsal açıdan bir benzerlik kurulabileceği, [...] markaların bütünsel olarak değerlendirilmesinde, 'gold' ibaresinin markalarda aynen yer almasından kaynaklı benzerlikler içerdiği, davacı markasının bu ibareyle oldukça fazla sayıda seri marka yarattığı, taraf markaları arasında ayırt etmeyi sağlayacak görsel farklılıkların bulunmadığı [...] gerekçesi ile davanın kabulü ile 2014-M-10594 sayılı kararın iptaline, 2012/29879 sayılı markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir." [Y. 11. HD, 19.06.2018, E. 2016/13339, K. 2018/4548] (yayımlanmamıştır)].

d. Zayıf Unsurun Tanınmış Marka ile Birlikte Ne Kadar Zamandır Kullanıldığı Önem Taşımaktadır

ABAD'ın yukarıda anılan kararı göstermektedir ki, herhangi bir markanın zayıf unsurundan farklı olarak, tanınmış markanın zayıf unsuru, özellikle marka ailesine dâhil pek çok markada ön ek olarak kullanıldığı durumda marka korumasının kapsamına dâhil olabilmektedir. Zira o durumda, zayıf unsurun tanınmış marka ile ilişkilendirilme ihtimali oldukça yükselmektedir.

Bununla birlikte zayıf unsurun marka korumasının kapsamına girmesinin istisnai olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, bütün tanınmış markaların içerdikleri zayıf unsurların her koşulda markanın koruma kapsamında olduğundan bahsedilemez. Mc Donalds kararlarında bu sonuca ulaşılmışta, tanınmış markanın "Mc" işareti ile birlikte çok uzun yıllardır kullanılması ve Mc Donalds aile markasına dâhil her markanın da bu ön ek ile kullanılması etkili olmaktadır. Gerçekten de markanın tanınmış hâle gelme sürecindeki kullanımlarda daima "Mc" unsuru bulunmaktadır. Diğer bir deyişle bu zayıf unsur tanınmış işaretin kendisidir.

Tanınmış markaya, zayıf bir unsurun sonradan eklenmesi ihtimali ise bundan farklı değerlendirilmelidir. Bu durumda zayıf unsurun doğrudan tanınmış markanın yüksek ayırt ediciliğinden etkilenerek koruma kapsamına dâhil edilmesi söz konusu olamaz. Önemli olan, markanın tanınırlık düzeyine bu zayıf unsurla birlikte ulaşmasıdır. Bu bakımdan Yargıtay'ın "Mc Donalds" kararına katılmamakla birlikte, Turkcell TV Plus⁶⁰ ve Eti Benim⁶¹ kararlarındaki sonucunu yerinde bulmaktayız. Bu kararlardan ilkinde Yargıtay, "TV" ve "Plus" işaretlerinin, ikincisinde ise "Benim" işaretinin zayıf unsur olduğuna, tekel altına alınamayacağına hükmetmiş ve bu doğrultuda "Artı TV" ile "Torku Buda Benim" markalarının tesciline izin vermiştir. Yargıtay'ın bu kararlardaki değerlendirmesi yerindedir. Ancak kanımızca bu kararlar ile "Mc Donalds" kararı arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Çünkü "Turkcell" ve "Eti" markaları tanınmış olmakla birlikte, bu özelliklerini dava konusu "TV", "Plus" ya da "Benim" işaretleri ile birlikte kullanılmak suretiyle kazanmış değillerdir. Esasen "Turkcell" markası "TV" ve "Plus" zayıf unsuru ile birlikte

kısa bir süredir kullanılmaktadır. Eti markası için de bu geçerlidir. Ayrıca bu tanınmış markalar, söz konusu zayıf işaretten bağımsız olarak pek çok alanda tek başlarına da kullanılmaktadır. Dolayısıyla tanınmış markanın yüksek ayırt edicilik gücünün zayıf unsuru etkilemesine yetecek seviyede birlikte kullanımları bulunmamaktadır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere "Mc" unsuru için durum tam tersidir.

e. Tanınmış Markada Yer Alan Zayıf Unsur Benzer Mal veya Hizmetlerde Korunabilir

Belirtmek gerekir ki, "Mc Donalds" örneğinde olduğu gibi, tanınmış markanın bünyesindeki zayıf unsurun koruma kapsamına girmesi olanaklıdır. Ancak bu *unsurun* her yönüyle *tanınmış marka* gibi korunacağı anlamına gelmemektedir. Zira tanınmış marka koruması, tescilli olmayan mal veya hizmetleri kapsamakta iken, tanınmış markanın zayıf unsuruna ilişkin koruma, ABAD ve Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında, aynı veya benzer alanla sınırlı olarak bahşedilmektedir.

O hâlde, tanınmış markadaki zayıf unsur ("Mc"), herhangi bir zayıf unsurun aksine marka korumasının kapsamına girebilmekte, diğer bir deyişle üçüncü kişilerin bu zayıf unsuru kullanmaları engellenebilmektedir. Üçüncü kişilerin tanınmış markayı bütün olarak ("Mc Donalds") kullanmaları ihtimalinde, tescilli olmayan mal veya hizmetler için de koruma sağlanabilirken (SMK m. 7.2.c); sadece zayıf unsurun ("Mc") kullanılması ihtimalinde, kullanımın aynı veya benzer alanda olup olmadığı önem taşımaktadır. Diğer bir deyişle, tanınmış markanın zayıf unsur içerdiği durumda, zayıf unsur da koruma kapsamına dâhil olmakla birlikte bu koruma, zayıf unsur içermeyen bir tanınmış marka düzeyine yükselmemektedir (zayıf unsur, tanınmış markanın aksine farklı mal veya hizmetlerde korunmamaktadır).

Bunun nedenini kanımızca tanınmış markaya bahşedilen geniş korumanın şartlarında aramak gerekmektedir. Şöyle ki, tanınmış markaların, farklı mal veya hizmetler için de korunabilmesi için; tanınmış markadan haksız yararlanma, tanınmış markanın itibarına zarar verme ya da ayırt edici karakterini zedeleme hâllerinden biri de bulunmalıdır

⁶⁰ Y. 11. HD. 01.06.2016, E. 2015/11147, K. 2016/6028 (Batider 2017, C. XXXIII, S. 4, s. 326-327).

⁶¹ Y. 11. HD. 01.06.2016, E. 2015/11147, K. 2016/6028 (Batider 2016, C. XXXII, S. 3, s. 256-258).

(SMK m. 6.5, 7.2.c)⁶². Tanınmış markanın sadece zayıf unsurunun kullanılmasının tanınmış markadan yararlanma, tanınmış markanın itibarına zarar verme ya da ayırt edici karakterini zedeleme sonucuna yol açması ise ancak aynı ya da benzer mal/hizmetler söz konusu ise gündeme gelebilir. Zayıf bir unsurun, tanınmış markanın tescilli olmadığı alanlarda kullanılması, çoğu durumda bu koşulları sağlayacak nitelikte olmayacaktır⁶³. İşte ABAD ve Alman Federal Mahkemesi'nin, McDonald's markasının "Mc" unsuruna koruma tanıyan kararlarında, mal veya hizmetlerin benzer alanda olduğuna özellikle değinmelerinin nedeni de burada yatmaktadır⁶⁴.

f. Çeşitli Örnekler

ABAD'ın yaklaşımına göre farazî bir örnek ortaya koymak gerekirse, gıda sektöründe tanınmış "McDonalds" markasına veya bilgisayar sektöründeki "Macbook" markasına dayanılarak, otomotiv sektöründe faaliyet gösteren "McWagen" markasının tescili engellenemez. Peki, otomobil sektöründe

tanınmış "McLaren" ve "Volkswagen" markaları farazi "McWagen" işaretin tescilini engelleyebilir mi? Kanımızca "McLaren" tanınmış otomobil markası, tasviri "Mc" işaretine dayanarak; tanınmış "Volkswagen" markası ise, Almanca "taşıt" anlamına gelen, tasviri "wagen" işaretine dayanarak; (bu işaretler dünyaca tanınmış bir markanın içerisinde uzun zamandır kullandıkları ve markalarını bu zayıf unsurla birlikte tanınmışlık düzeyine ulaştırdıkları için), artık bu unsuru taşıyan diğer işaretlerin ("McWagen"), *otomobil sınıfında* faaliyet gösterecek şekilde tescilini engelleyebilecektir.

ABAD'ın bu yöndeki kararı sonrasında, iPhone, iPad, iMac, iTunes, gibi marka ailesine dâhil pek çok tanınmış marka kullanan Apple firmasının, zayıf unsur olarak kabul edilen "i" işaretini taşıyan diğer markalara karşı yaklaşımının ne olacağı uygulamadaki önemli bir örnek olarak cevap beklemektedir.

⁶² Bu üç ihtimalin değerlendirilmesi konusunda bkz. *Dirikkan, Hanife* (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, s. 194 vd.; *Şenocak, Kemal* (2009) Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m. 8/IV), Batider, C. XXV, S. 2, s. 147 vd.

⁶³ Başka örnekler vermek gerekirse; tanınmış "Koç" markası, ülkemizde yaygın kullanılan bir soyadı olduğundan aynı zamanda zayıf marka niteliğindedir. Bu markanın tanınmışlık düzeyi yüksek olmasına rağmen, işaretin diğer mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda bu kullanımın tanınmış markaya dayanılarak engellenmesi güçtür. Zira markanın zayıf olması nedeniyle, SMK m. 6.5'te aranan hâllerin gerçekleşmesi olasılığı da zayıftır. Bkz. *Çolak*, s. 344; *İmirlioğlu, Ayırt Edicilik*, 261. Benzer şekilde, banka sektöründe tanınmış, zayıf marka olan "Advantage" işaretine dayanılarak; telekomünikasyon sektöründe "ev avantaj 300" markasının kullanılması engellenemeyecektir (11. HD, 30.09.2013, E. 2012/18818, K. 2012/17019 (*Çolak*, s. 330). Yargıtay'ın bir diğer kararına göre de, "Derby" ibaresi ulusal ve uluslararası alanda birçok şirket tarafından farklı ürün gruplarında kullanılan, ayırt ediciliği zayıf bir sözcüktür. Tıraş bıçağı ürünü için tescilli olan bu işaretin, el arabası ürünü için de tescil edilmesi iki işaret arasında bağlılık yaratmaz; tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedelemeyebilir. Zira el arabaları ile tıraş bıçağı ürünlerinin dağıtım kanalları, kullanım yöntemleri ve hedeflenen tüketici kesimleri farklı olup birbirlerini tamamlama veya birbiri yerine ikame edilebilme özellikleri bulunmamaktadır. Bkz. 11. HD, 30.10.2017, E. 2016/4066, K. 2017/5857 [Batider 2018, C. XXXIV, S. 1, s. 212 vd.]

Tanınmış markanın sulandırılmasının tespitinde, AB hukukunda mal veya hizmetlerin tescilli oldukları sınıfların özellikle incelendiği; Amerika Birleşik Devletleri hukukunda ise kullanılan mal veya hizmetlerin türünün öneminin daha az olduğu ifade edilmektedir. Bu farklılık temelde iki hukuk sisteminde, tanınmış markanın tanımının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, tanınmış marka için toplumun genelinin markayı tanınması koşulu aranırken; AB hukukunda, belirli bir alandaki uzmanlar tarafından bilinen markalar da tanınmış marka olarak nitelendirilebilmektedir (Bkz. *Sitko, Joanna* (2017) Trade Marks With a Reputation and Famous Marks: Differences in Approach Between the European Union, Poland and the United States in Relation to the Principle of Speciality, QMJIP, Vol. 7, No. 3, s. 340, 342).

⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi, daha önce de; zayıf unsurdan oluşan, tanınmış "Camel" markasına dayanılarak, seyahat sektöründe faaliyet gösteren "Camel Tours" markasının tesciline engel olunamayacağına içtihat etmişti. 1987 tarihli bu karar hakkında bkz. *Arkan, Marka Hukuku*, s. 107. Varılan bu sonuç, ABAD, 18.05.2015, T-384/13 (Intermark Srl v. OHIM) kararı ile de uyumludur. Bu kararda da, tanımlayıcı bir kelime olan "Cola" kelimesi ile yine zayıf bir unsur olan "kırmızı zemin renginin", üçüncü kişiler tarafından kullanılması değerlendirilmekte ve neticede, bu zayıf unsurları içeren ancak dünyaca tanınmış olan "Coca Cola" markasının, *içecek sektöründe* tescili talep edilen "Rienergy Cola" işaretinin tescilini engelleyebileceğine hükmedilmektedir.

SONUÇ

1- Markanın koruma kapsamına ilişkin SMK m. 7.2 düzenlemesi öğretici görüşleri ve inceleme konumuzu oluşturan kararlarla birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki; tescil ile sağlanan korumanın kapsamını belirleyen asıl unsur ayırt ediciliktir. Marka olarak tescil edilen işaretin ayırt edicilik gücü arttıkça korumanın kapsamı genişlerken, bu gücün zayıflamasına paralel olarak koruma alanı daralmaktadır. Bir işaretin ayırt edicilik gücünü artıran temel hususlar ise özgünlük ve tanınmışlık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tanınmış markalar, markadan haksız yararlanma, markanın itibarına zarar verme ya da ayırt edici niteliğini zedeleme koşulları bulunuyorsa farklı mal veya hizmetler için de korunmaktadır. Özgün markalar ise yaratıcı bir fikrin ürünü olduklarından, benzer mal veya hizmetlerde kullanılacak işaretler arasındaki karıştırılma ihtimalinin tespitinde, tasvirî işaretlere nazaran, kolaylık sağlamaktadır. Üstelik özgün bir markanın üçüncü kişiler tarafından tesadüfî olarak seçilmiş olamayacağı kabul edilmekte, bu durum kötüniyetin varlığını ispat için önem taşımaktadır.

Özgün markanın tam tersi ise markanın bilinen, yaygın kelimelerden oluşması nedeniyle zayıf olmasıdır. Bu durum marka korumasının kapsamını daraltmaktadır.

2- Markanın koruma kapsamını genişleten ve daraltan hâllerin aynı işaret üzerinde birleştiği durumlar özellik taşımaktadır. Tanınmış markanın ayırt ediciliği zayıf bir işareten oluştuğu ya da zayıf bir unsur içerdiği hâllerde böyle bir durum söz konusudur. Bu durumda tanınmışlığın zayıf unsura sırayet edip etmediği değerlendirilmelidir.

Bu değerlendirmede, zayıf unsurun tanınmış marka ile birlikte ne kadar süredir ve hangi sıklıkta kullanıldığı, markanın ticarî hayatta zayıf unsurdan arî olarak da kullanılıp kullanılmadığı, zayıf unsur kullanılarak tanınmış seri markalar oluşturulup oluşturulmadığı, markanın diğer unsurlarının baskın olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Zayıf unsurun tanınmış markanın yüksek ayırt ediciliğine dâhil olduğu ve toplumda tanınmış marka ile ilişkilendirilme ihtimali kazandığı tespit edilirse, tanınmış markadaki zayıf unsurun, herhangi bir zayıf unsurun aksine, korunması olanaklı hâle gelmektedir. Bu koruma, tanınmış markanın zayıf unsurunun seri marka olarak kullanılması durumunda

özellikle ortaya çıkmaktadır. Böylece zayıf işaretlerin tek bir kişinin tekeline bırakılmayacağı kuralının bir istisnası ile karşılaşılmaktadır. Tanınmış markadaki zayıf unsurun korunması, ABAD kararlarında benzer mal veya hizmetlerle sınırlı olarak kabul edilmektedir.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JIPLP	: Journal of Intellectual Property Law and Practice
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
N.	: Paragraf numarası
No.	: Number/Issue

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih** (2018) Ticarî İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara.
- Arkan, Sabih** (1997) Marka Hukuku, C. I, Ankara (*Marka Hukuku*).
- Aktekin, Uğur/Doğan Alkan, Gülденiz/Özcebe, Zeynep C.** (2015) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.2013 Tarihli 2013/11-52E. ve 2013/1416K. Sayılı Kararı ("Diamond Kararı") ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi, FMR, C. 17, S. 2, s. 17-24.
- Basire, Yann** (2016) Family of Marks and Protection of Marks with a Reputation in the McDonald's Case, JIPLP, Vol. 11, No. 11, s. 803-805.
- Battal, Ahmet** (2009) Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Bazı Düşünceler, Batider, C. XXV, S. 4, s. 255-274.
- Bilge, Mehmet Emin** (2015) Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, TFM, S. 2, s. 7-22 (*İltibas*).
- Bilge, Mehmet Emin** (2014) Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara (*Karıştırılma Tehlikesi*).
- Bozgeyik, Hayri** (2016) Vasıf Belirten İbarelerin Marka Olarak Tescili, TFM, S. 1, s. 93-95.
- Çağlar, Hayrettin** (2013) Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara.
- Çolak, Uğur** (2016) Türk Marka Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.
- Dirikkan, Hanife** (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara.
- Doğan, Beşir Fatih** (2006) Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR, C. 6, S. 3, s. 17-42.
- European Union Intellectual Property Office (EUIPO):** Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, Version 01.10.2017, (<https://euipo.europa.eu/ohimportal/trade-mark-guidelines>), s.e.t: 01.09.2018 (*Guidelines*).
- Fezer, Karl-Heinz** (2009) Markenrecht, 4. Auflage, München.
- Folliard-Monguiral, Arnaud/Rogers, David** (2017) EU Trade Mark Round-up 2016, JIPLP, Vol. 12, No. 4, s. 278-296.
- Gómez Segade, José A.** (1995) Unterscheidungskraft und "Secondary Meaning" im Kennzeichenrecht, GRUR Int., s. 944-954.
- İmirlioğlu, Dilek** (2018) 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara (Ayırt Edicilik).
- İmirlioğlu, Dilek** (2017) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti, BÜHFD, C. 3, S. 3, s. 87-114 (Kişi Adı Markaları).
- Kaya, Arslan** (2006) Marka Hukuku, İstanbul.
- Memiş, Tekin** (2012) Örneklerle Zayıf Marka Kavramı, Fikri Mülkiyet Yıllığı, Ankara 2013, s. 385-422.
- Öztek, Selçuk** (2004) İlaç Markaları, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 4, s. 66-72 (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-selcukoztek-4.htm>, s.e.t: 11.09.2018).
- Sitko, Joanna** (2017) Trade Marks With a Reputation and Famous Marks: Differences in Approach Between the European Union, Poland and the United States in Relation to the Principle of Speciality, QMJIP, Vol. 7, No. 3, s. 331-342.
- Städli, Matthias/Brauchbar Birkhäuser, Simone:** Art. 3 MSchG [in Basler Kommentar - Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz (Herausgebers: Lucas David/Markus R. Frick), Basel 2017].
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2017) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul.
- Şenocak, Kemal** (2009) Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m. 8/IV), Batider, C. XXV, S. 2, s. 133-176.
- Tekinalp, Ünal** (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul (*Fikrî Mülkiyet*)

Tekinalp, Ünal (1988) Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Kalan Markalar, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, s. 69-78.

TPE: Marka İnceleme Kılavuzu 2015, (<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>, s.e.t.:01.09.2018).

Yasaman, Hamdi (1978) Tanınmış Markalar, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, s. 691-708.

Yasaman, Hamdi (2008) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III, İstanbul.

Yıldız, Burçak (2018) Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar, İnÜHFD, C. 9, S. 2, s. 1325-156.

Yılmaz, A. Lerzan (2008) Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul.

TASARIMLAR İÇİN KÜMÜLATİF KORUMA

CUMULATIVE PROTECTION FOR DESIGNS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK* • Sefa ER**

ÖZ

Kümülatif koruma, karşılığını tam olarak fikri mülkiyet hukuku ve tasarımlar konusunda bulmaktadır. Tasarım olarak korunabilir çalışmalar için, farklı özellikleri sebebiyle, farklı hukuki koruma söz konusu olabilmektedir. Böylece hak sahibi, örneğin tasarım hukukunun yanı sıra, telif, marka, patent-faydalı model ve haksız rekabet hükümlerine de dayanabilmektedir.

Tescilli ve tescilsiz tasarımlar fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunmaktadır. Fikri mülkiyet koruması ile haksız rekabet koruması arasındaki ilişki tartışma konusudur. Öğretide, fikri mülkiyet koruması sona eren tasarımların haksız rekabet hukukuna göre korunmasının, tasarım korumasının amacını aştığı ve piyasadaki rekabet ortamını olumsuz etkilediği dile getirilmektedir.

Tescilli ve tescilsiz tasarımların kümülatif korunmasında, uygulanacak hukuki korumanın konusu ve amacı gözetilerek korumanın şartları ve sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet hakları, tasarım, kümülatif koruma.

ABSTRACT

The cumulative protection finds its meaning in intellectual property law and design law. Due to the different characteristics of the designs, many legal protection may be in question. Thus, the design owner can also rely on copyright, trademark, patent-utility model and unfair competition provisions, as well as design law.

Registered and unregistered designs are protected under intellectual property law. The relationship between intellectual property protection and unfair competition protection is a matter of debate. It is stated in the doctrine that the protection of designs ending intellectual property protection according to unfair competition law exceeds the purpose of design protection and adversely affects the competitive environment in the market.

It is important to determine the conditions and limits of protection by considering the subject and purpose of protection to be applied in the cumulative protection of registered and unregistered designs.

Keywords: IP rights, designs, cumulative protection.

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (hbozgeyik@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9974-7459).

** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi (sefaer@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5738-8224).
(Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 07.02.2019 / Kabul Tarihi: 19.05.2019).

GİRİŞ

Türk Hukukunda tasarımlar için fikri mülkiyet koruması 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (554 sayılı KHK) ile başlamıştır. 554 sayılı KHK hazırlanırken Avrupa Birliği (AB) mevzuatı dikkate alınmış ise de bu tarihten sonra AB mevzuatında kabul edilen 98/71/AT sayılı Tasarımların Korunması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi¹ ve 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımı Hakkında Konsey Tüzüğü² ile “topluluk tasarımı” alanında getirilen sistem Türk tasarım mevzuatı ile AB mevzuatı arasında farklar ortaya çıkarmıştır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 10 Ocak 2017 tarihli ve 29944 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte, tasarımlar ve diğer sınai mülkiyet haklarına ilişkin hükümler aynı kanunda düzenlenmiştir. SMK ile tasarımlar açısından büyük değişiklikler yapılmış ve tasarım hukuku yeni baştan şekillendirilerek hem AB mevzuatı ile uyum sağlanmış hem de uygulamada karşılaşılan sorunları çözmeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır³.

Tasarım, bir ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çeşitli özelliklerden kaynaklanan görünümü şeklinde tanımlanabilir (SMK 55/1). Ürünün görünümü, insan duyarına hitap etmekle birlikte bazı fonksiyonel özellikler de içerebilir. Bu nedenle bazı tasarımlar sanat eseri, bazı tasarımlar tamamen fonksiyonel, bazıları ise her iki özellikte olabilir. Bunun sonucunda tasarım, tasarım hukukunun yanı sıra, şartları varsa, ayrıca fikir ve sanat eserleri, marka, patent-faydalı model ve haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabilir. Bu durum, birden fazla farklı koruma sistemi ile korunabilme anlamına gelen kümülatif koruma ilkesiyle açıklanmaktadır.

Kümülatif koruma, fikri mülkiyet hakları içinde en çok tasarımlar bakımından söz konusu

olmaktadır. Zira bunlar birbirinden farklı birden fazla karakteri bir arada taşıyabilmektedir. Örneğin, sahibinin hususiyetini taşıyan ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) belirtilen eser gruplarından birine giren tescilli veya tescilsiz tasarımlar ayrıca “eser” olarak da korunacaktır⁴. Bunun gibi, bir tasarımın haksız rekabet hükümlerine göre korunması da mümkündür.

Çalışmada öncelikle genel olarak tasarımlarda kümülatif koruma kavramı üzerinde durulmuş, akabinde tasarımların ayrıca telif hukuku ile korunmasının şartları ve bu korumanın kapsamı incelenmiştir. Daha sonra tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunup korunamayacağı, korunacak ise haksız rekabetle korumanın kapsamı, haksız rekabet hükümlerinin süre yönünden sınırsız koruma sağlaması karşısında, bu korumanın, belirli bir süre ile sınırlı olan ve sahibine inhisarî yetkiler veren tasarım hakkıyla çatışıp çatışmayacağı incelenmiştir.

I. TASARIMLARDA KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİ

A. TASARIM KAVRAMI ve KORUMANIN KAPSAMI

1. Tasarım Kavramı

Tasarım sözcüğü, Latince kökenli “designare” sözcüğünden türetilmiş olup, “biçim vermek”, “temsil etmek” anlamına gelmektedir. Tasarımın sözlük anlamı ise “zihinde canlandırılan biçim ve tasavvur”dur⁵. SMK'nin 55/1 maddesinde tasarım; “ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü” şeklinde tanımlanmıştır. 554 sayılı KHK'de ise tasarım; “bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyarları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütün” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu iki tanım genel olarak aynı olmakla birlikte, 554 sayılı KHK'de “insan duyarları ile algı-

¹ ATRG, 28.10.1998, No: L 289/28, Bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1998/71/oj>> s.e.t. 15.12.2018.

² ATRG, 5.1.2002 No: L 003/1, Bkz.<<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2002/6/oj>> s.e.t. 15.12.2018.

³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Suluk**, Cahit (2018), “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler (Yenilikler)”, TFM, S:1, C:4, s. 91-109.

⁴ **Ateş**, Mustafa, (2007), Fikri Hukukta Eser (Eser), 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 251.

⁵ Bkz. <www.tdk.gov.tr> s.e.t. 15.12.2018.

lanma” ifadesinin ve SMK’de ise “görünüm” ifadesinin kullanılması bu iki tanım arasındaki farkı oluşturur. Gerçekten, SMK’nin tasarım tanımı ile birlikte artık “görme duygusu” dışındaki diğer duyuların tasarımın algılanması hususunda etkin olmayacağı, görme duygusunun daha ön planda olduğu açıkça belirtilmiştir⁶. Buna göre tasarım, bir ürünün tamamının veya bir kısmının özellikle görme duygusuyla algılanabilen dış görünümüdür⁷.

Ürünün sahip olduğu dış görünüm, insan duyu ve zevklerine hitap ederek ürüne değer katar. Bu görünüm içinde, bazen ürünün kullanım amacı doğrultusunda fonksiyonel özellikler de bulunabilir⁸. Bir başka deyişle, tasarım, belli bir amaç gözetilerek oluşturulan bir eylem olup, bu amaç doğrultusunda tasarımcı, duyu, düşünce ve hayal gücünü, çeşitli araçlarla dışa aktarıp ortaya çıkarmaktadır⁹.

Bu aşamada “ürün” kavramının da incelenmesi gerekmektedir. Ürün kavramı SMK’nin 55/2 maddesinde; “ürün, bilgisayar programları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçaları, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarını, grafik sembolleri ve tipografik karakterleri ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır. Tasarım hukukunda “ürün” kavramı oldukça geniş tanımlanmış olmakla birlikte, bilgisayar programlarının “ürün” tanımı içinde yer almadığı görülmekte, bu da bilgisayar programlarının tasarım hukuku kapsamında korunamayacağı anlamına gelmektedir¹⁰.

2. Tasarımın Koruma Şartları

Bir tasarımın hukuken korunabilmesi için yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Bu özelliğe sahip bir tasarım, beşer yıllık sürelerle yenilenmek kaydıyla yirmi beş yıl korunur (SMK m. 69/1). Tescilsiz tasarımlarda bu özelliklere ilave olarak “ilk kez Türkiye’de kamuya sunulma” şartı da vardır. Tescilsiz tasarımların koruma süresi, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır (SMK m. 69/2).

Kanunda “yenilik” ile ilgili olarak “bir tasarımın aynısı; tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce; tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce; dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir ve karşılaştırılan tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorsa aynı kabul edilir” tanımlaması yer almaktadır (SMK m. 56/4). SMK’de tasarım korumasında aranan yenilik kriterinde bir değişiklik olmadığı, 554 sayılı KHK dönemindeki yenilik kriterinin korunduğu anlaşılmaktadır. Bu da tasarım korumasında “mutlak yenilik” şartının benimsendiği anlamına gelmekte¹¹, mutlak yenilik ise, tasarımın dünya çapında daha önce kamuya hiç sunulmamış olmasını ifade etmektedir¹².

“Ayırt edicilik” ile ilgili olarak ise; “bir tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim; tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce; tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce; kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı ise bu tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir” şeklinde bir ölçü söz konusudur (SMK m. 56/5). Hükmün devamı; “Ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğünün derecesi dikkate alınır” şeklindedir (SMK m. 56/6).

Bu düzenleme ile iki tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izleniminin “farklı” olması yeterli görülmüş; böylece 554 sayılı KHK döneminde ayırt edicilik kriteri için aranan “belirgin” bir şekilde farklı olması aranmamıştır.

⁶ Yurduseven, Şeyma (2017), “6769 sayılı SMK ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem”, TAAD, S: 31, s. 671.

⁷ Suluk, Cahit (Karasu, Rauf & Nal, Temel) (2018), Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 309; Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitap, s. 16.

⁸ Şehirli, Feyzan Hayal (2004), “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Sempozyumu, <<http://cv.ankara.edu.tr/duzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf>> s.e.t. 15.12.2018, s. 2.

⁹ Suluk, Cahit (2001), “AB ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Kümülatif Koruma)” FMR, S. 3, s. 44.

¹⁰ Suluk, s. 311.

¹¹ Şehirli, Tasarımlar, s. 4.

¹² Suluk, s. 316.

Ayrıca “kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilmesi” kuralı da kaldırılmıştır.

Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığına dair inceleme, bir kalite testi olmayıp, farklılık testi niteliği taşıdığından, bir tasarımın teknolojik ya da sanatsal açıdan diğerlerine göre daha düşük düzeyde olması onun ayırt edici niteliğini etkilemez¹³.

Bir tasarımın korunabilmesi için “yenilik” ve “ayırt edicilik” özelliklerinin yanı sıra daha önce kamuya sunulmamış olması da gerekir. Bu husus kanunda; “sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım, tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Tasarımın gizlilik şartıyla üçüncü bir kişiye açıklanması kamuya sunma sayılmaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Belirtilen kamuya sunma halleri sınırlı sayıda olmayıp benzer durumlar da kamuya sunma sayılabilir¹⁴. Başka bir deyişle tasarımın kişinin gizlilik alanından çıkması kamuya sunma olarak kabul edilir.

Kamuya sunulan tasarımın yeniliği ve ayırt ediciliği iki durumda etkilenmez. Bu durum Kanun’da; “koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden veya rüçhan talebi varsa rüçhan tarihinden önceki on iki ay içinde tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından veya tasarımcı ya da halefleri ile olan ilişkinin kötüye kullanımı sonucu kamuya sunulması hâlinde bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez” şeklinde ifade edilmiştir (SMK m. 57/2). Bu nedenle, tescilli tasarım korumasından yararlanabilmek için, bir tasarım, gerek tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile gerekse ilişkilerin kötüye kullanılması suretiyle kamuya sunulmuşsa, bu sunumdan itibaren on iki ay içinde tescil başvurusu yapılabilir. Aksi halde söz konusu tasarım yeni kabul edilemez.

3. Tescilli Tasarım Koruması

Tasarım hukukunda asıl olan tescilli tasarım korumasıdır. Tescilli tasarımlar, sahibine inhisarı nitelikte yetkiler verir ve bu münhasırlık

tasarım sahibine mutlak hak sağlar¹⁵. Mutlak hakların hak sahibi dışındaki kişilerin hak konusu ürünlere ilişkin fiillerini engellemek suretiyle ortaya çıkan etkisi çok kuvvetli olduğundan, bu hakların edinilmesi maddi ve şekli olarak belli şartlara bağlanmıştır. Tasarımın maddi şartı onun yeni ve ayırt edici nitelik taşıması, şekli şartı ise bunun tescil edilmiş olmasıdır¹⁶.

Tasarım hakkının kapsamı kanunda; “Tasarımdan doğan haklar münhasıran tasarım sahibine aittir. Üçüncü kişiler, tasarım sahibinin izni olmadan koruma kapsamındaki tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünü üretmez, piyasaya sunamaz, satamaz, ithal edemez, ticari amaçlı kullanamaz veya bu amaçlarla elde bulunduramaz ya da bu tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunamaz” şeklinde belirtilmiştir (SMK m. 59/1). Hükmün devamı; “Tescilsiz tasarım, sahibine birinci fıkrada belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verir. Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.” şeklindedir (SMK m. 59/2).

Hakkın “münhasır” olması, üçüncü kişiler aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir başka tasarımı tamamen bağımsız meydana getirmiş olsa dahi tescilli tasarımdan doğan korumanın devam etmesini ifade eder. Tescilsiz tasarımlar bakımından durum farklıdır. Bunlarda tasarım koruması, sadece korunan tasarımın aynısı veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak izinsiz alınması hâlinde ortaya çıkar. Tescilsiz tasarım korumasında hak sahibi, sadece tasarımın üçüncü kişilerce kopyalanmasını veya aynısının üretilmesini önleyebilir. Bu halde hak sahibinin, sonraki tasarımın kendi tasarımına benzediğini ispat etmesi yetmez; ayrıca

¹³ Suluk, s. 317.

¹⁴ Suluk, s. 316.

¹⁵ Suluk, Cahit & Erzurumluoğlu Er, Özlem (2012), “Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme” Ankara Barosu, Erzurumluoğlu Armağanı, s. 729.

¹⁶ Şehirli, Tasarımlar, s. 6.

sonraki tasarımın, kendi tasarımından kopyalandığını da ispatlaması gerekir¹⁷. Başka deyişle üçüncü kişi tarafından meydana getirilen bir ürün, tescilsiz tasarıma benzese dahi bundan kopyalanmadığı takdirde kullanımı engellenemez.

Tescilli tasarım hakkının sağladığı inhisarî hak herkese karşı ileri sürülebilir olduğundan, hem bu hakka tecavüz ederek ürünü satana, hem de söz konusu ürünü elinde bulundurana karşı ileri sürebilir¹⁸.

4. Tescilsiz Tasarım Koruması

Tescilsiz tasarımların tasarım hukukuna göre korunması ilk defa SMK ile düzenlenmiş, böylece tasarım hukukunda hem tescilli hem de tescilsiz tasarımlar hukuken koruma altına alınmıştır. Kanunda bu husus; “*tasarım; bu Kanun hükümleri uyarınca tescil edilmiş olması halinde tescilli tasarım, ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması halinde ise tescilsiz tasarım olarak korunur*” şeklinde ifade edilmiştir (SMK m. 55/4).

554 sayılı KHK döneminde sadece tescilli tasarımlar koruma kapsamına alınmış, tescilsiz tasarımların korunması 554 sayılı KHK’nin 1/2 maddesi ile genel hükümlere bırakılmıştı. Bu nedenle FSEK kapsamında eser sayılan tescilsiz tasarımlar FSEK hükümlerine ve haksız rekabet hükümlerine göre, eser özelliği göstermeyen tescilsiz tasarımlar ise sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktaydı¹⁹.

Tescilsiz tasarım koruması, tescilli tasarıma göre sınırlı niteliktedir. Buna göre, tasarım hakkı, sahibine, üçüncü kişilerin SMK’nin 59/1 maddesinde belirtilen fiillerini engelleme hakkı vermesine karşın, tescilsiz tasarım, sahibine SMK’nin 59/1 maddesinde belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması halinde verir.

Ayrıca, tescilsiz tasarım korumasının süresi tescilli tasarım korumasına göre daha kısa olup,

kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır (SMK m. 69/2).

Tescilsiz tasarım koruması, tasarımın dünyanın hiçbir yerinde kamuya sunulmamış olması ve ilk kez Türkiye’de kamuya sunulması ile başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden başlar²⁰. İlk kez yurt dışında kamuya sunulan tasarımlar ise tescilsiz tasarım korumasından yararlanamaz²¹. Tasarım hakkı sahibi bir tescilsiz tasarımı kamuya sunduktan sonra on iki ay içinde tescili için başvurarak bu korumayı tescilli tasarım korumasına çevirebilir.

Tescilsiz tasarım korumasına özellikle moda, tekstil ve takı sektörü gibi sezonluk üretim yapan ve hızlı tüketimin söz konusu olduğu sektörler bakımından ihtiyaç duyulmaktadır.

B. KÜMÜLATİF KORUMA

Bir tasarım, gösterdiği farklı özellikler nedeniyle, tasarım hukuku yanında ayrıca marka, patent-faydalı model veya telif hukukunun da konusu olabilir²². Tasarımlar bazen telif hukuku anlamında eser, bazen fikri mülkiyet hukuku anlamında bir hak veya bunların ikisini de içinde barındıran bir ürün olarak karşımıza çıkabilir²³. Bu itibarla bir tasarımın hangi hükümler dâhilinde korunabileceği, bunun nitelik ve özelliğine göre belirlenir²⁴. Bir fonksiyonel tasarım patent veya faydalı model hükümleri ile korunabileceği gibi, estetik ve sanatsal tasarımlar da FSEK kapsamında korunabilir²⁵.

Tasarımların birbirinden farklı birden fazla karakteri bir arada taşıyabilmesi, “mevzuattaki birden fazla hükümlerle korunabilme” anlamına gelen “kümülatif koruma” ilkesiyle ifade edilmektedir²⁶. AB mevzuatında 98/71/AT sayılı Yönergenin 16. ve 17. maddeleri ile 6/2002 sayılı Tüzüğün 96. maddesinde düzenlenen bu ilke Türk hukukunda da geçerlidir²⁷.

¹⁷ Suluk/Erzurumluoğlu Er, s. 730.

¹⁸ Suluk/Erzurumluoğlu Er, s. 730.

¹⁹ Suluk, s. 311.

²⁰ Yurduseven, s. 678.

²¹ Suluk, Yenilikler, s. 101.

²² Şehirli, Tasarımlar, s. 4.

²³ Tekinalp, s. 17.

²⁴ Suluk, Kümülatif Koruma, s. 46.

²⁵ Şehirli, Tasarımlar, s. 3.

²⁶ Tekinalp, s. 37.

²⁷ Şehirli, Tasarımlar, s. 5.

Kümülatif koruma ihtiyacı, fikri mülkiyet hakları içinde en fazla tasarımlar bakımından ortaya çıkar²⁸. Buna göre, tasarımlar, tasarım hükümlerinin yanı sıra ayrıca fikir ve sanat eserleri, patent, faydalı model ve haksız rekabet hükümleri ile de korunabilir²⁹.

“Kümülatif” kavramı, sözlükte³⁰ kümelenmişlik ve birikmişlik anlamına gelmektedir. “Kümülatif koruma” ise, aralarında genel hüküm - özel hüküm ilişkisi bulunmayan hukuki sebepler arasındaki yığılmayı ifade etmektedir³¹. Bir başka deyişle, her korumaya ilişkin özel şartları taşımak kaydıyla³², hak sahibinin, fikri mülkiyet hakları veya haksız rekabetten birine, birkaçına veya tamamına dayanarak koruma talep edebilmesini ve bu sebepleri dilediği gibi seçebilmesini ifade etmektedir³³. Tasarım hukukunda kümülatif koruma, tasarım sahibinin, tasarım hükümlerinin yanında ayrıca şartları varsa diğer sınai mülkiyet hakları, eser sahipliği hakları veya haksız rekabet hükümlerinden bir veya birkaçı yahut tamamına birlikte başvurabilecek olmasını ifade etmektedir³⁴.

²⁸ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 47.

²⁹ **Karaman Odabaşı**, Fatma (2015), Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 63.

³⁰ Bkz. <www.tdk.gov.tr> s.e.t. 15.12.2018.

³¹ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 45.

³² “...davacının hak sahibi olduğunu iddia ettiği fuar standı tasarım projesinin teknik ve ilmi mahiyet taşımadığı gibi eser sayılmayı gerektirecek hususiyet barındırmadığı, fuar stantları genel itibarıyla onu yaratanın bireysel özelliğinin üslubunu göstermekten ziyade genellikle hep aynı genel geçer ve özgün olmayan biçim ve şekillerle ifade olunduğu, bu nedenle eser vasfını haiz olmadığı, davacının fuar standı tasarım projesi ile davalının fuardaki standı arasındaki belirgin benzerlikler bulunduğu, ancak benzerliğin bütün standın tamamı için olmadığı, davacının projesinin %50’sine tekabül eden kısmının davalı standında iltibas yaratacak şekilde kullanıldığı, davalının davacının stant tasarım projesini teknik bir zorunluluktan kaynaklanmayacak şekilde kullanmasının haksız rekabet teşkil ettiği...” Yargıtay 11. HD’nin 20.11.2017 tarih, 2016/3475 E., 2017/6314 K.

³³ **Suluk**, Cahit & **Orhan**, Ali (2008), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Tasarımlar, Ankara, Seçkin, s. 117.

³⁴ “...Dava, endüstriyel tasarım hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, durdurulması ve önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davalıların eylemi davacının endüstriyel tasarım hakkına tecavüz niteliğinde olduğundan bahisle mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmesine rağmen endüstriyel tasarım hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespit ve men’i talebi yönünden davacı yararına vekalet ücreti takdir edilmemiştir. Oysa davacı tarafın her biri ayrı bir davaya konusu olabilecek istemlerini tek bir dava

Kümülatif koruma ilkesi gereğince, hak sahibi, ihlal olunan hakları için ayrı talepte bulunabilse de ihlal edilen bu haklar için ayrı tazminata hükmedilemez³⁵. Çünkü bu durumda ihlal olunan haklar yarışmakla birlikte bir talep yığılması söz konusu değildir³⁶. Hak sahibi, tazminat miktarı bakımından seçimlik hakka sahip olacak ve farklı hukuki dayanaklara göre belirlenen tazminattan birisini seçecektir.

Örneğin bir porselen tabak üzerine işlenen grafik tasarımı, tasarım hukuku yanında telif hukukuna göre de korunabileceğinden, hak sahibi, SMK’nin tasarım, FSEK’in eser sahipliği ve TTK’nin haksız rekabet hükümlerine birlikte dayanabilir. Bu hukuki sebeplerin tamamına dayanan hak sahibi, açacağı davada, diğer taleplerinin yanında, tasarım hakkı yönünden SMK’nin 150. maddesi gereğince; eser sahipliği hakkı yönünden FSEK’in 68. ve 70. maddeleri gereğince; haksız rekabet yönünden TTK’nin 56. maddesi gereğince maddi ve manevi tazminat taleplerini ileri sürebilecektir. Ancak mahkemece, tasarım hakkı, eser sahipliği hakkı veya haksız rekabet nedeniyle ayrı ayrı maddi ve manevi tazminata karar verilemeyecek, tespit edilen tazminat miktarı üzerinden hak sahibinin seçimlik hakkı doğacak ve birisini seçecektir³⁷.

Tazminatın işlevi, hak sahibi nezdinde oluşan zararın giderilmesi olduğundan, aynı haksız eylem birden fazla hukuk kuralını ihlal etse de oluşan zarar tek olduğu için sadece uğranılan zarar tazmin edilecektir³⁸. Ancak bu zarar klasik haksız sorumluluğunda (TBK m. 49/1) olduğu gibi münhasıran uğranılan belli bir miktar olmayıp, farklı hukuki dayanaklara göre hesaplanabilen ve miktarı

içinde talep etmiş olması HMK’nin 110. maddesi gereğince dava yığılması niteliğinde olup, kabul edilen bu istemlerin her biri için davacı yararına ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiği...” Yargıtay 11. HD’nin 18.04.2018 tarih ve 2016/9281 E., 2018/2849 K.

³⁵ Yargıtay 11. HD. 14.07.2006 tarih ve 2005/5095 E., 2006/8411 K.

³⁶ **Karaman Odabaşı**, s. 65.

³⁷ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 45.

³⁸ **Karaman Odabaşı**, s. 65.

da buna göre değişebilen bir karakter arz etmektedir. Hak sahibinin tazminat dışı talepleri de bu şekilde farklılık gösterebilmektedir.

Tasarımların korunması bakımından kümülatif koruma ilkesinin uygulanması özellikle koruma süresi yönünden önem arz etmektedir. Çünkü fikri mülkiyet hukuku kapsamındaki haklar için öngörülen koruma belirli süreyle sınırlıdır. Kümülatif koruma gereği, hak sahibi, dayandığı fikri mülkiyet haklarından birisi için koruma süresi dolmuş olduğunda, kural olarak, koruma süresi dolmayan diğer bir hakka dayanabilecektir. Örneğin tasarım hukukunda tescilli tasarımın koruma süresi beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek suretiyle toplam yirmi beş yıl; tescilsiz tasarımların koruma süresi ise kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıl olduğundan, bu sürelerin dolmasıyla artık tasarım sahibinin, tasarım hukukuna dayalı hakkı sona ermektedir. Ancak, bu tasarım aynı zamanda eser niteliğine sahipse, eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra yetmiş yıl daha korunması mümkündür. Bu açıdan, tasarım korumasının sona erdiği noktada, korumanın eser sahipliği kapsamında devam etmesinin bütün şartlarının mevcut olması gerekir.

Bir tasarımın haksız rekabet hükümlerine göre korunması bakımından bir süre öngörülmediğinden, süresi dolan tasarım için haksız rekabet hükümlerine dayanılıp dayanılamayacağı tartışma konusudur³⁹. Çünkü koruma süresi dolan tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunmaya devam etmesi tasarımın kamuya mal olmayacağı anlamına gelecektir.

II. TASARIMLARIN TELİF HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

A. TASARIMLARIN ESER NİTELİĞİ

FSEK tasarımların korunmasına dair doğrudan hükümler içermemektedir. Kanunda yer alan tanıma (FSEK m. 1/B-a) göre bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için iki şart söz konusudur. Bunlar; eserin, sahibinin hususiyetini taşıması (sübjektif şart) ve eserin kanunda sınırlı olarak sayılan eser kategorilerinden (FSEK m. 2-5) birine

girmesidir (objektif şart)⁴⁰. Buna bazı yazarlar tarafından “tasarrufa elverişlilik” ve “üçüncü kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olma” şartları da ilave edilmektedir⁴¹.

“Eser” koruması bakımından, fikri ürünün “yeni” olmasının, belli bir amacının bulunmasının, belirli bir kesime hitap etmesinin, kaliteli olmasının, harcanan emek ve sermaye miktarının, alenileşmiş olmasının veya meydana gelme yönteminin bir önemi yoktur⁴².

Bir tasarımın telif hukuku kapsamında korunabilmesi için tasarım sahibinin hususiyetini taşıması ve FSEK’te sınırlı olarak sayılan eser gruplarından birine girmesi gerekmektedir⁴³. Tasarım, bir ürünün tamamı veya bir kısmının özellikle görme duyusuyla algılanabilen dış görünümü olduğu için konunun eser korumasının unsurları açısından ele alınması gerekir. Tasarım, FSEK anlamında eser niteliği taşıdığı takdirde bu Kanun kapsamında da korunabilecektir⁴⁴.

Bir fikri ürünün telif hukuku anlamında “eser” olarak korunabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması gerekir (FSEK m. 1/B-a)⁴⁵. Bu şart eser korumasının temel unsuru olmakla birlikte hususiyetin yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle hususiyet kavramı yargı kararları ve öğretilerde yer alan görüşler istikametinde tanımlanmaktadır⁴⁶.

Tasarım niteliği taşıyan bir çalışmanın “eser” (FSEK m. 1/B-a) olarak da korunabilmesi için, tasarım sahibinin (SMK m. 59/1) hususiyetini taşıması gerekir. Hususiyet, bir eserin şekli ve içeriği ile ilgili her çeşit özelliğinde görülebilir. Örneğin FSEK’in 2/3 maddesi kapsamında yer alan eserlerde hususiyetin eğitici, öğretici ve açıklayıcı niteliğinde bulunması gerekir. Hatta anonim bir ögenin sunumunda da hususiyet bulunması müm-

³⁹ Suluk, Kümülatif Koruma, s. 54.

⁴⁰ Yavuz, Levent (Alica, Türkay & Merdivan, Fethi) (2013), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.62; Ateş, Eser, s. 28; Ateş, Mustafa (2003), Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, Seçkin, s. 56.

⁴¹ Nal/Suluk, s. 42.

⁴² Nal/Suluk, s. 42; Ateş, Eser, s. 28

⁴³ Ateş, Eser, s. 251.

⁴⁴ Fidan, İsmail (2012), “Endüstriyel Tasarımların FSEK Kapsamında Korunması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 2, s. 445.

⁴⁵ Nal/Suluk, s. 42.

⁴⁶ Bozgeyik, Hayri (2009), “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet” Batider, S: 3, C: 25, s. 200.

kündür⁴⁷. Yargıtay, hususiyeti “özellik”, “yenilik”, “özgünlük”, “orijinallik”, “hiçbir kaynaktan kopya edilmemiş olma”, “eserin yaratıcı özellik taşıması” gibi kavramlarla tanımlamaktadır⁴⁸. Hususiyetin her eser türü bakımından uzmanları tarafından belirlenmesi gerekir⁴⁹. Eserde sahibinin hususiyetinin tespiti ile ilgili olarak öğretide de farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁰. Hâkim görüşüne göre⁵¹, bu şart “yenilik” gibi ağır değildir.

Eser koruması için “yenilik” şartı gerekmele birlikte⁵² bir eserin tıpkı tasarımda olduğu gibi “yeni” ve “ayırt edici” niteliğe sahip olması mümkündür. Bu halde eser, telif hukukunun yanı sıra tasarım hukuku kuralları ile de korunabilir. Tasarıma ilişkin özellikleri taşımayan eserler, yenilik kriterini karşılamadıkları takdirde tescilli veya tescilsiz tasarım olarak korunamaz. Buradan hareketle, pratik olarak karşılaşılması zor olsa da, mutlak yenilik özelliklerini gösteren bir tasarımın da sahibinin hususiyetini taşıması halinde telif hukuku korumasından yararlanamayacağı söylenebilir.

Tasarım niteliği taşıyan bir çalışmanın “eser” (FSEK m. 1/B-a) olarak da korunabilmesinin ikinci şartı, kanunda sayılan eser gruplarından (FSEK m. 2-5) birine de girmesidir. Bu açıdan tasarım niteliği taşıyan bir çalışma FSEK’in 2. maddesinde düzenlenen ilim ve edebiyat eserleri veya FSEK’in 4. maddesinde düzenlenen güzel sanat eserleri kategorilerinde yer alabilir⁵³.

Tasarım koruması için FSEK’in 2. maddesi anlamında “bedii vasıf taşıyama”, “teknik ve ilmi mahiyette olma” veya FSEK’in 4. maddesi anlamında “estetik değere sahip olma” şeklinde bir

zorunluluk bulunmamaktadır. “Ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümün” bulunması halinde artık bunun bilimsel bir eser mi (FSEK m. 2) yoksa güzel sanat eseri mi (FSEK m. 4) olduğuna bakılmayacaktır.

Bu noktada, FSEK’te sayılan bazı eser türleri tasarım hukuku anlamında görünümü korunan bir “ürün” niteliği taşımadığı için bunların tasarım olarak korunması mümkün olmayacaktır⁵⁴. Örneğin FSEK’in 2/1 maddesinde düzenlenen bilgisayar programları, tasarım hukuku anlamında “ürün” sayılmadığı için tasarım hukuku korumasından yararlanamayacaktır.

FSEK’in 2/3 maddesi kapsamında eser olma şartlarını sağlayan ancak estetik vasfı bulunmayan tasarımlar telif hukuku korumasından da yararlanabilir⁵⁵. Bu koruma, FSEK’in 4. maddesinde düzenlenen bazı güzel sanat eserleri için de söz konusu olabilir. FSEK’in 4. maddesinde, tasarım huku-kundan farklı olarak, “estetik değere sahip olma” şartı aranmaz. Örneğin moda tasarımına konu bir modelin ayrıca güzel sanat eseri vasfının varlığı için ürünün basit, günlük ve normal kullanım ile işlevsel amaçtan ziyade, sanatsal bir faaliyet sonucu estetik duygusuna hitap etmesidir⁵⁶. Bu nedenle tasarımların sadece küçük bir oranının bu şartları taşıdığı ve FSEK’in 4. maddesi kapsamında eser olarak değerlendirileceği anlaşılmaktadır⁵⁷.

⁴⁷ **Bozgeyik**, s. 200.

⁴⁸ **Nal/Suluk**, s. 43; **Fidan**, Endüstriyel Tasarımlar, s. 429.

⁴⁹ **Bozgeyik**, s.169 vd.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Bozgeyik**, s. 171-174.

⁵¹ **Öztañ**, Fırat (2008), Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 97; **Ayiter**, Nuşin (1981), Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, S Yayınları, s. 44; **Beşiroğlu**, Akın (2004), Düşünce Üzerindeki Haklar Fikir Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 75; **Tekinalp**, s. 106; **Fidan**, İsmail (2011), “Tescilsiz Tasarımların Korunması”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 87.

⁵² Aynı yönde Bkz. **Şehirli**, Tasarımlar, s. 36.

⁵³ Yargıtay 11. HD. 22.04.2015 tarih ve 2015/4618 E, 2015/5706 K.

⁵⁴ **Şehirli**, Tasarımlar, s. 37.

⁵⁵ **Tekinalp**, s. 114.

⁵⁶ **Kalender**, Emre (2015), “Almanya Federal Mahkemesinin “Doğum Günü Treni” Kararının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Önemi ve Türk Hukukuna Etkisi”, TFM, S:1, s. 113.

⁵⁷ “... Davacı tarafça uyumsuzluk konusu deri ceket modelinin grafik eser olduğu ileri sürülmüş ise de; moda tasarımına konu bir modelin güzel sanat eseri vasfının varlığı için ürünün basit oluşumundan uzak günlük ve normal kullanımın ötesinde, işlevsel bir amaçtan ziyade, sanatsal bir faaliyet sonucu estetik duygusuna hitap etmek amacıyla oluşturulan ve sanatsal özelliği yüksek bir ürün olması gerekir (**Kalender**, s.113). Bir moda tasarımına konu deri ceket ürününün çok tanınmış bir marka veya markasız olarak piyasaya sürülmesi, daha önceki moda tasarımlarından farklı olması, fiyatının çok yüksek veya düşük olması, güzel sanat eseri vasfı açısından önem taşımayacaktır. Mahkemece, görüşüne başvuru bilirkşi heyeti dava konusu deri ceket modelininin 5846 sayılı

B. TELİF HUKUKU KORUMASININ KAPSAMI

Tasarım sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK’te belirtilen eser gruplarından birine giren tescilli veya tescilsiz tasarımlar ayrıca FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilecektir⁵⁸. Bu durum kümülatif koruma ilkesinin bir gereği olup, ayrıca tasarımın özelliğinden de kaynaklanan bir ayrıcalık içermektedir⁵⁹. Zira eser gibi tasarımın temelinde de soyut fikir bulunmakta ve bu soyut fikrin sahibinin hususiyetiyle şekillenmesi sonucunda görme duyusuyla algılanabilen ürünün tamamının veya bir kısmının dış görünümüne tasarım denmektedir.

Tasarımların telif hukuku kapsamında korunması, 554 sayılı KHK’nin 1/son maddesi ile kümülatif koruma ilkesinin kabul edilmesiyle başlamıştır. Aynı hüküm SMK’nin 58/3 maddesinde de kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme, “*Bu Kanun kapsamında sağlanan tasarım koruması, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan şartları taşıması hâlinde söz konusu Kanunla öngörülen korumaya hâlel getirmez*” şeklindedir. Bu, tasarımların FSEK’te aranan şartları taşıması halinde FSEK kapsamında da korunacağı, böylece tasarım hukuku ile FSEK arasında kümülatif koruma ilkesinin benimsendiği anlamında gelmektedir⁶⁰. SMK’de diğer sınai mülkiyet haklarının FSEK kapsamında korunacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tasarımların, FSEK kapsamında korunabileceğine dair bir başka kanuni dayanak ise FSEK’in 4/son maddesidir⁶¹. Buna göre “*krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez*”. Bu madde kapsamında tasarımların eser olarak koruna-

bilmeleri, FSEK’te belirtilen koşulları sağlamasına bağlıdır⁶².

FSEK kapsamında eser niteliği taşıyan tasarımlar, sahiplerine tasarım hukukunun tanıdığı hakların yanında FSEK kapsamında mali ve manevi haklar da sağlamaktadır. Manevi haklar FSEK’in 14 ila 17. maddelerinde, mali haklar ise FSEK’in 20 ila 25. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Mali haklar FSEK’in 20. maddesinde “*bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir*” denilmek suretiyle sınırlı sayı (*numerus clausus*) esasına göre belirlenmiştir.

Mali haklar eser sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma imkânı sağlar. FSEK’de belirtilen mali haklar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, işaret ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır. Mali haklar, eseri çoğaltma (kopyalama) hakkından doğmuştur⁶³.

FSEK’de belirtilen manevi haklar ise umuma arz hakkı, adının belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını engelleme hakkı, başkasının zilyetliğinde bulunan eserin aslına ulaşma hakkıdır. Manevi haklar, eser sahibinin mutlak haklarından olup, bir başkasına devredilemez. Eser veya eser üzerindeki mali haklar üçüncü kişilere devredilmiş olsa dahi manevi haklar eser sahibinde kalır⁶⁴. Manevi haklar eser sahibinin ölümü halinde mirasçılara intikal etmez, ancak FSEK’in 19. maddesinde belirtilen kişiler sınırlı bir süre ile bu hakları kullanma yetkisine sahiptir.

Eser sahipliğinden doğan manevi hakların, mali haklar gibi sınırlı sayı esasına göre belirlenip belirlenmediği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş⁶⁵ manevi hakların da mali haklar gibi sınırlı sayı esasına göre belirlendiğini savunurken bir diğer görüş⁶⁶ manevi haklarda sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığını savunmaktadır.

FSEK 4. maddesi kapsamında güzel sanat eseri olduğunu mütalaa etmiş ise de, raporda ürünün haiz olduğu özellikler tarif edilmekle birlikte yukarıda açıklanan hususları içermediğinden hüküm tesisine yeterli kabul edilemez...” Yargıtay 11. HD’nin 16.03.2017 tarih ve 2016/2193 E., 2017/1563 K.

⁵⁸ Ateş, Eser, s. 251.

⁵⁹ Suluk, Kümülatif Koruma, s. 57.

⁶⁰ Kalender, s. 108.

⁶¹ Ateş, Eser, s. 251.

⁶² Yavuz, s. 144.

⁶³ Suluk, Cahit (2003), Tasarım Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 602.

⁶⁴ Ateş, Eser, s. 15.

⁶⁵ Tekinalp, s. 162; Öztan, s. 293; Ateş, Eser, s.15; Fidan, Endüstriyel Tasarımlar, s. 435; Merdivan, s. 723.

⁶⁶ Arslanlı, Halil (1954), Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 79.

Eser olarak da korunan tasarım sahiplerine FSEK kapsamında mali ve manevi haklarının ihlali halinde çeşitli davaları açma hakkı tanınmıştır. Tasarımların FSEK kapsamında korunması kapsamında mahkemeden ihtiyati tedbir, gümrüklerde geçici el koyma ve hükmün ilanı gibi talep edilebilir⁶⁷. Ayrıca tasarım sahipleri, FSEK kapsamında tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası biçiminde hukuk davaları ile ceza davası açma hakkına da sahip olurlar⁶⁸. Tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davalarının açılabilmesi için kusur şart değildir. Kusur varsa, bu davalara ek olarak tazminat davaları açılabilir⁶⁹.

FSEK kapsamında korunan tasarım sahibi diğer taleplerinin yanında, tasarım hakkı yönünden SMK'nin 150. maddesi gereğince; eser sahipliği hakkı yönünden FSEK'in 68. ve 70. maddeleri gereğince aynı davada maddi ve manevi tazminat taleplerini ileri sürebilecektir. Ancak, mahkemece, tasarım hakkı ve eser sahipliği hakkı nedeniyle ayrı ayrı maddi ve manevi tazminata karar verilemeyecek, tespit edilen tazminat miktarı üzerinden tasarım sahibinin seçimlik hakkı doğacak ve birisini seçecektir⁷⁰. Çünkü tasarım sahibinin bir kez tatmin edilmesi halinde aynı nitelikteki ikinci bir talep sona erecek ve hak sahibinin zararı yalnızca bir kez karşılanacaktır.

FSEK kapsamında korumada tasarım sahibine, tecavüzün ref'i davası kapsamında üç kat bedel isteme hakkı tanınmaktadır. Buna göre eser sahibi mali haklarını ihlal eden kişi ile bir sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği varsayımsal sözleşme bedelinin "en çok üç kat fazlasını" mütecavizden isteyebilecektir. FSEK'in 68. maddesine dayanılarak açılan bir davada ayrıca FSEK'in 70/2 maddesi gereğince maddi tazminat talep edilmesi mümkün değildir⁷¹. Çünkü FSEK'in 68/1 maddesi gereğince varsayımsal sözleşme bedelin üç katına hükmedilmesiyle hak sahibinin zararı rahatlıkla karşılanacaktır. Ancak hükmedilen varsayımsal sözleşme

bedelinin üç katı hak sahibinin zararının altında kalıyorsa, mütecavizin kusurunun ispat edilmesi şartıyla FSEK'in 70/2 maddesi gereğince maddi tazminat talebinde bulunulmasının önünde engel yoktur⁷².

C. TASARIM HUKUKU İLE TELİF HUKUKU TARAFINDAN SAĞLANAN KORUMANIN FARKLARI

Telif ve tasarım hukuku farklı disiplinler olmakla birlikte, fikir ve sanat eseri gibi tasarım da insan fikrinin bir ürünü olduğu için bunlar arasında benzer ve farklı noktalar bulunmaktadır. Farklılıklar her şeyden önce bu iki korumanın amacı açısından karşımıza çıkmaktadır⁷³. Tasarım, temelde ürün ile kullanıcı arasındaki etkileşimi esas almaktadır. Kanun'da tasarım korumasının amacı; teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleşmesine katkı sağlamak şeklinde tanımlanmış (SMK m. 1), telif korumasının amacı ise; eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin eser üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek ve korumak şeklinde belirlenmiştir (FSEK m. 1). Bu nedenle FSEK kapsamında eser, eser sahibi için korunurken, tasarım hukukunda koruma teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerleme açısından ele alınmaktadır⁷⁴.

Bir tescilli tasarım sahibine inhisari yetkiler verirken, eser sahipliği mali ve manevi hakların kaynağını oluşturmaktadır. Telif hukukunda, sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla, üçüncü kişiler tarafından meydana getirilen benzer eserler de korunur. Ancak, tescilli tasarımlar açısından, üçüncü kişinin oluşturduğu benzer tasarım, ilk tasarımın sahibinin haklarını ihlâl edeceğinden korunmaz⁷⁵. Bunun sonucu olarak, telif hukuku korumasına dayanan tasarım sahibinin, sonraki tasarımın, kendi tasarımına benzediğini ispat etmesi yetmez; ayrıca sonraki tasarımın, kendi tasarımından kopyalandığını da ispatlaması gerekir⁷⁶. Oysa tasarım hukukuna dayanan tasarım

⁶⁷ **Fidan**, Endüstriyel Tasarımlar, s. 448.

⁶⁸ 6769 sayılı SMK ile sadece marka suçlarına yer verilmiş olup, diğer sınai haklar yönünden cezai müeyyide öngörülmemiştir.

⁶⁹ **Fidan**, Endüstriyel Tasarımlar, s. 440.

⁷⁰ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 45.

⁷¹ **Öztaş**, s. 650.

⁷² **Alıcı**, s. 2214.

⁷³ **Tekinalp**, s. 113.

⁷⁴ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 58.

⁷⁵ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 58.

⁷⁶ **Şehirli**, Tasarımlar, s. 34.

sahibinin kendi tasarımı ile sonraki tasarımının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğunu ispatlaması gerekli ve yeterlidir (SMK m. 81/1-a)⁷⁷. Çünkü sonraki tasarımın öncekinin kopyası olduğu yönündeki karinenin aksini ispat yükü sonraki tasarımcı üzerindedir⁷⁸. Bu noktada ispat külfeti açısından telif hukuku korumasının tasarım korumasından daha zor şartlar içerdiği söylenebilir. Bununla birlikte, eser olma şartlarını karşılayan ve kopyalamanın ispatına elverişli tescilsiz tasarımların FSEK kapsamında korunmasının en elverişli koruma olduğu anlaşılmaktadır⁷⁹.

Bir diğer farklılık ise koruma süreleri bakımından söz konusudur. Tescilli tasarımın koruma süresi beşer yıllık dönemler halinde en fazla yirmi beş yıl (SMK m. 69/1), tescilsiz tasarımın koruma süresi kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıl (SMK m. 69/2), telif hukukunda eser için öngörülen koruma süresi ise eser sahibinin hayatı boyunca ve ondan sonraki yetmiş yıldır (FSEK m. 27/1). Bir tasarım, telif mevzuatı ile de korunduğunda, hak sahibi, tasarım hukukunda öngörülen koruma süresinin dolması halinde, telif mevzuatına dayanabilecektir.

III. TASARIMLARIN HAKSIZ REKABET KAPSAMINDA KORUNMASI

A- HAKSIZ REKABET HUKUKU İLE TASARIM HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tescilli veya tescilsiz tasarımların korunması için ayrıca haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Fikri mülkiyet haklarına tecavüz halleri, temelde haksız fiil niteliği taşımaktadır. Bu fiiller, ticari hayat içinde gerçekleştiği takdirde aynı zamanda haksız rekabet (TTK m. 54) oluşturacaktır. Bu durumda, tasarım hakkına yönelik her türlü haksız fiil karşısında özel hükümlere alternatif olarak haksız rekabet hükümlerine dayanmak mümkün olabilecektir⁸⁰.

TTK'nin 54 ila 63. maddeleri arasında haksız rekabete ilişkin hükümler düzenlenmiştir. TTK'nin 54. maddesinde "amaç ve ilke" başlığı altında haksız rekabete ilişkin genel ilke gösterilmekte, TTK'nin 55. maddesinde ise haksız rekabet oluşturan, dürüstlük kuralına aykırı davranışların ve ticari uygulamaların başlıcaları sayılmaktadır. Buradaki "başlıca" ifadesi maddede gösterilen haksız rekabet hallerinin sınırlı sayıda olmadığını, bunların örnek olarak sayıldığını ifade etmektedir.

TTK'nin 54/1 maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerinin amacı "*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*" olarak gösterilmiştir. TTK'nin 54/2 maddesinde ise hangi davranış ve uygulamaların haksız rekabet teşkil edeceği "ilke" olarak "*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*" şeklinde belirtilmiştir. Bu madde haksız rekabete ilişkin temel ilkeyi gösteren tanım ve haksız rekabetin tespitini doğrudan belirlemeye yarayan bir genel hüküm niteliğindedir⁸¹.

Bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediği konusunda öncelikle TTK'nin 55. maddesine bakılması gerekir. Bu maddede sayılan hallerden birisi veya bu maddede sayılan hallere örnekseme yoluyla dâhil edilebilen başka haller söz konusu ise haksız rekabetin bulunduğu, başka bir deyişle, dürüstlük kuralına aykırı davranış veya ticari uygulamanın varlığı kabul edilir. Söz konusu davranış veya uygulama TTK'nin 55. maddesinde sayılan haksız rekabet hallerine uymuyorsa veya burada sayılan hallere örnekseme yoluyla dâhil edilemiyorsa bu durumda genel hüküm niteliğindeki TTK'nin 54/2 maddesine başvurulabilir⁸².

⁷⁷ **Fidan**, Endüstriyel Tasarımlar, s. 446.

⁷⁸ **Şehirli**, Tasarımlar, s. 34.

⁷⁹ **Fidan**, Endüstriyel Tasarımlar, s. 446.

⁸⁰ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 60.

⁸¹ **Nomer Ertan**, Füsün & **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan (2015), Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 530; **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2014), Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Korunması – Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 145.

⁸² **Nomer Ertan**, s. 530.

TTK'nin 55. maddesinde düzenlenen özel haksız rekabet hallerinin bir kısmı doğrudan tasarımların korunmasıyla ilgili olup, bu hallerden tasarımlara ilişkin en önemli haksız rekabet hali TTK'nin 55/1-a-4 maddesinde “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” şeklinde belirtilen haksız rekabet halidir. Buna göre, TTK'nin 54/2 maddesi de gözetildiğinde, bir kişi tarafından, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işlerinin bir benzerini veya aynısının, iş ve faaliyetlerinde ticari amaçlı olarak kullanılması ve söz konusu malın veya iş ürününün piyasaya sunulması karıştırılma (iltibas) teşkil eder ve haksız rekabet oluşturur⁸³.

TTK'nin 55/1-a-4 maddesinde karıştırılmaya yol açabilecek hususlar belirtilirken, mülga 6762 sayılı TTK'nin 57/5 maddesinde yer alan ve kullanılmasının haksız rekabet teşkil ettiği ifade edilen “tanıtma vasıtalarına” yer verilmemiştir. Oysa mülga 6762 sayılı TTK'nin 57/5 maddesinde “başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak” da haksız rekabet olarak kabul edilmişti. TTK'nin 55/1-a-4 maddesinde tanıtma vasıtalarından özellikle bahsedilmemiş olması, hükmün kapsamını daraltan değil, genişleten bir tercihtir⁸⁴. SMK'nin 55/1 maddesindeki tasarım tanımından hareketle SMK kapsamında tasarım sayılan ürünlerin TTK'nin 55/1-a-4 maddesinde belirtilen “mallar, iş ürünleri, faaliyetler veya işler” kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁸⁵. Ayrıca TTK'nin 55/1-a-4 maddesinin gerekçesinde yer alan “karıştırılmanın dış görünüm koruması, takdim, şekil, tasarım ve donanın koruması olduğu” şeklindeki açıklama da tasarımların madde kapsamında yer aldığını göstermektedir.

Tasarımların haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunması sadece TTK'nin 55/1-a-4 maddesiyle sınırlı değildir. TTK'nin 55. maddesi kapsamında örnek olarak sayılanlardan olmayan bir haksız davranış veya uygulama da TTK'nin 54/2 maddesi kapsamında haksız rekabet oluşturabilir⁸⁶.

SMK kapsamında getirilen koruma genel olarak tescil ilkesine dayanmakta ve tescil ile birlikte hak sahibine verilen inhisarî yetkiler kapsamında mutlak haklar sağlanmaktadır⁸⁷. Buna göre, tescilli bir tasarımın izinsiz kullanımı veya taklit edilmesi doğrudan tasarım hakkına tecavüz oluşturmakta; fail bakımından ek bir subjektif şart aranmamaktadır⁸⁸. Dolayısıyla, tescil ile tanınan mutlak hakların ihlali halinde üçüncü kişinin iyi niyetli olması, hak sahibine kanunen tanınan yetkileri bilmemesi veya ihlal fiilinin araç ve yöntemleri önem taşımaz⁸⁹. O halde bir hak, inhisarî yetkiler vermiyorsa ve bu hak, sahibinin rızası dışında üçüncü kişiler tarafından haksız olmayan bir şekilde kullanılıyorsa haksız rekabetin varlığından söz edilemeyecektir⁹⁰. Burada haksız rekabet hukuku kapsamında koruma sağlanabilmesi için fiili gerçekleştiren kişinin eylemi belirleyici olacak, tecavüz eyleminin hangi araç veya metotlar kullanılarak gerçekleştirildiği önem taşımayacaktır⁹¹.

TTK'nin 55/1-a-4 maddesinden bir ürünün sadece aynen üretilmesi veya taklit edilmesi değil, ayrıca karıştırılma tehlikesine sebebiyet verilmesinin haksız rekabet olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁹². Kısaca, taklit halinde karıştırılma ihtimali yüksek ise de taklit eylemi kendiliğinden, başlı başına haksız rekabet için yeterli olmamakta, ister kusurlu ister kusursuz olarak yapılan bir üretim veya kullanım olsun, herhalde karıştırılma tehlikesinin oluşması gerekmektedir⁹³.

⁸³ Nomer Ertan, s. 543

⁸⁴ Nitekim 6102 sayılı TTK'nin genel gerekçesinde emek ilkesinin güçlendirildiği ve etki alanının genişletildiği belirtilmiştir. TTK'nin 55/1-(a)-4 maddesinde “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Bu hükmün gerekçesinde mülga 6762 sayılı TK'nin 57/5 maddesine denk geldiği ayrıca belirtilmiştir.

⁸⁵ Şehirli Çelik, Haksız Rekabet, s. 168.

⁸⁶ Şehirli, Tasarımlar, s. 17.

⁸⁷ Tekinalp, s. 7.

⁸⁸ Şehirli, Tasarımlar, s. 7.

⁸⁹ Şehirli, Tasarımlar, s. 7.

⁹⁰ Suluk, Çoklu Tasarım, s. 61.

⁹¹ Şehirli, Tasarımlar, s. 8.

⁹² Karaman Odabaş, s. 165.

⁹³ Aslan, İ.Yılmaz (2001), “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri:

Tasarım hukuku ve haksız rekabet hukukunun sağladığı koruma arasındaki en önemli fark bu iki kurumun konusu ve amacıdır. Gerçekten, tasarım hukukunun konusu fikri bir çaba sonucu ortaya çıkan ürün iken, haksız rekabet hukukunun konusu rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmesidir⁹⁴. Yine tasarım hukukunun amacı tasarımı ve bu tasarımın sahibini korumak iken, haksız rekabetin amacı, emeğin korunması sonucunda dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının oluşturulması ve bunun korunmasıdır⁹⁵.

B. TESCİLLİ TASARIMLARIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

AB mevzuatında tescilli ve tescilsiz tasarımların korunmasında kümülatif koruma ilkesi açıkça benimsenmiş ve topluluk düzenlemelerinde tasarımların, topluluğun diğer fikri mülkiyet mevzuatı ile korunmasının üye ülke hukuklarındaki fikri mülkiyet mevzuatına ve haksız rekabet hükümlerine göre ayrıca korunmasına engel olmayacağı açıkça ortaya konulmuştur⁹⁶. 6/2002 sayılı Topluluk Tüzüğü'nün 96. maddesinde bu husus "*Bu tüzüğün hükümleri, Topluluk hukukunun hükümlerine veya tescilsiz tasarımlar, markalar veya diğer ayırt edici işaretler, patentler ve faydalı modeller, kişilik hakları ve haksız rekabete ilişkin üye ülke hukuklarına hâle gelmeksizin uygulanır. Topluluk tasarımı ile korunan bir tasarım, tasarımın meydana getirildiği veya herhangi bir şekilde tespit edildiği tarihten itibaren üye ülkelerin fikri hak korumasından da yararlanır. Yararlanılan korumanın kapsamı, koşulları ve aranan orijinallik düzeyi her üye ülke tarafından belirlenir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Türk Hukukunda tasarım hukuku ile haksız rekabet hukuku arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte tescilli tasarımların korunmasında önceliğin hangi hü-

kümlerde olduğu açısından tartışma bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, haksız rekabet hukuku ile tasarım hukuku arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunduğu ve özel hükmün öncelikle uygulanması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, özel hüküm-genel hüküm ilişkisinde özel hüküm öncelikli, genel hüküm ise bunu tamamlayıcı olarak uygulanacak, özel hükümde yer alan boşlukların, bunun amacına uygun olarak genel hükümler çerçevesinde tamamlanması gerekecektir⁹⁷.

Diğer görüş ise, haksız rekabet hükümlerinin tasarım hukuku ile birlikte kümülatif uygulanması gerektiği yönündedir.⁹⁸ Bu görüşe göre, tescilli tasarım sahibi, koruma süresi içerisinde aynı anda hem tasarım hem de haksız rekabet hükümlerine dayanabilir⁹⁹. Buna göre, korumanın dayandığı ilkeler farklı olduğu için haksız rekabet hükümleri tasarım hukuku yanında, ikinci derecede değil, gereğinde ve şartları varsa, doğrudan ve birinci dereceden uygulanır. Zira telif ve sınai mülkiyet hukukunun konusu, eser ve sınai mülkiyet haklarının korunması iken, haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticari uygulamalara karşı, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır¹⁰⁰. Ayrıca tasarım hukuku ile haksız rekabet hükümleri arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğundan, tasarım sahibi kural olarak genel hüküm olan haksız rekabete de dayanabilecekse de özel hüküm, bir konuda sınırlama öngörerek korumayı esirgemişse o konuda genel hükme dayanılarak korumadan yararlanılamayacaktır¹⁰¹. Hak sahibi, özel

Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler", FMR, C: 1, S: 1, s. 24.

⁹⁴ **Şehirli**, Tasarımlar, s. 7.

⁹⁵ **Karaman Odabaş**, s. 165.

⁹⁶ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 48.

⁹⁷ **Şehirli Çelik**, Haksız Rekabet, s. 49; **Karaman Odabaş**, s. 168.; **Nomer Ertan**, s. 544.

⁹⁸ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 45; **Tekinalp**, s. 37; **Oruç**, Murat; Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul, 2009, On İki Levha, 1. Baskı, s. 19.

⁹⁹ **Tekinalp**, s. 37; **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 60; **Oruç**, s. 19; **Suluk & Orhan**, s. 117. Yazarlar, tasarımlarda kümülatif korumanın, ne tam olarak yığılmayı ne de yarışmayı ifade ettiğini, özel hüküm ve genel hüküm ilişkisi yoksa bir nevi hukukî sebepler yığılması olduğunu, seçme zorunluluğunun olmadığını, hak sahibinin şartları varsa patent, marka, fikir ve sanat eserleri mevzuatından birine, bir kaçına veya tamamına aynı anda dayanabileceğini, özel hüküm karşı tarafı koruyorsa genel hükme dayanılamayacağını, genel hüküm özel hükme göre daha elverişli olmamakla birlikte, hak sahibi genel hükme dayanmış ise bu halde taleple bağlılık ilkesinin devreye gireceğini vurgulamaktadır.

¹⁰⁰ **Tekinalp**, s. 37.

¹⁰¹ **Suluk**, Tasarım Hukuku, s. 670.

hükme göre daha elverişli olmayan genel hükme dayandığı takdirde hakim için taleple bağlılık söz konusu olacaktır.

Kanaatimizce de tasarım hukuku kapsamındaki koruma ile haksız rekabet hükümlerine ilişkin korumanın amacı, konusu ve korunan menfaatler birbirinden farklı olduğuna göre kümülatif koruma ilkesinin benimsenmesi ve şartların oluşması halinde, bir sıraya tabi olmadan her iki korumadan da yararlanılması mümkündür. Kümülatif koruma ilkesi, özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin yok sayılmasını gerektirmemektedir¹⁰². Bir ihlal halinde tasarım sahibi, özel hüküm aksini öngörmediği sürece, genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet kurallarına dayanabilir¹⁰³.

Tescilli tasarım, sahibine inhisarî yetkiler verdiği için tasarımın başka birisi tarafından izinsiz kullanılması tecavüz oluşturur. Hak sahibi tasarım veya haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep edebilir. Gerekli şartların bulunması halinde haksız rekabet hükümleri tasarım hukuku yanında doğrudan uygulanabilir¹⁰⁴. Uygulamada tasarıma ilişkin olarak açılan davalarda sıklıkla eylemin hem özel hükümle korunan hakka tecavüz teşkil ettiği hem de haksız rekabet teşkil ettiği belirtilerek koruma talep edildiği görülmektedir¹⁰⁵.

Koruma süresi dolan veya tescili yenilenmeyen tescilli tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korumasının devam edip etmeyeceği hususu tartışılması gereken bir başka konudur. Bu nitelikte bir tasarımın, haksız rekabet hükümleri ile korunmasının “tasarımın süresiz korunması” anlamına gelip gelmediği tereddüt oluşturmaktadır¹⁰⁶. Zira haksız rekabet hükümleri kapsamında koruma süreyle sınırlı olmamakla birlikte, tasarım koruması sona erdikten sonra devam edecek koruma yine bir tasarım koruması olmayacaktır.

Ayrıca, ilk korumanın sona erdiği noktada yeni bir korumanın devreye girebilmesi için bu ikinci korumanın gerektirdiği şartların mevcut olması gerekir¹⁰⁷.

Bu nedenle, süresi dolan tasarım koruması yerine haksız rekabet korumasının devam etmesi, bireysel menfaatlerini toplumun menfaatlerine tercih etmek¹⁰⁸ şeklinde yorumlanamaz. Tasarım sahibine, fikri mülkiyet hukukunda tanınan sınırlı süreli koruma, onun bu alandaki yatırımını teşvik niteliği taşır. Tasarım sahibine, sınırlı koruma süresi sonunda kümülatif koruma kapsamındaki bütün haklarını topluma terk etmenin yeterli bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Tasarım sahibinin, tasarım için yaptığı emek ve masrafların karşılığını fikri mülkiyet koruması ile elde etmiş ve bu konuya ilişkin yatırımlarının geri dönüşümünü sağlamış olması da korumanın tamamen sona ermesini yeterince izah etmez¹⁰⁹. Ancak, koruma süresi dolan tasarım için haksız rekabet hukukunun aradığı koruma şartları da bulunmuyorsa artık tasarımın kamuya mal olduğundan söz etmek mümkündür¹¹⁰. Koruma süresi bitmesine rağmen, haksız rekabet hükümlerine başvurarak koruma sağlamak bu temel ilkeye aykırılık oluşturacaktır.

Tasarımın koruma şartları bulunmadığı halde tescil edilmiş olması karşısında¹¹¹ veya sürenin dolması halinde haksız rekabet korumasının devam edip etmeyeceği hususunda farklı ihtimaller olabilir. Tescil öncesi, haksız rekabet koruması kapsamında yer almakla birlikte tasarım korumasının gerektirdiği şartları taşımayan bir tasarım, koruma süresi dolduğu durumda, önceki koruma şartlarını muhafaza etmeye devam ettiği takdirde tescil öncesi duruma dönmüş olacaktır.

¹⁰² Benzer görüş için Bkz. **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 60.

¹⁰³ **Suluk**, Cahit (2014), “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması (Karşılaştırmalı Hukuk Işığında)”, FMR Dergisi, S:1, s. 186.

¹⁰⁴ **Tekinalp**, s. 37; **Suluk**, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında, s. 187.

¹⁰⁵ **Oytaç**, Kutlu (2003), “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması”, FMR, C. 3, s. 59.

¹⁰⁶ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 63; **Karaman Odabaşı**, s. 174.

¹⁰⁷ “...davacı tasarımının özgün bir tasarım olduğu, davalıların bir zorunluluk olmamasına rağmen davacı tasarımının birebir aynısını kullandıkları, ... tecavüz ve haksız rekabetin gerçekleştiği...” Yargıtay 11. HD.’nin 30.10.2017 tarih ve 2016/3608 E., 2017/5835 K.

¹⁰⁸ **Suluk**, s. 22; **Fidan**, Tescilsiz Tasarımlar, s. 62.

¹⁰⁹ Karş. **Karaman Odabaşı**, s. 175.

¹¹⁰ **Suluk**, Kümülatif Koruma, s. 63.

¹¹¹ Yargıtay 11. HD. 20.11.2017 tarih ve 2016/4184 E., 2017/6317 K.

Koruma süresi dolan bir tasarımın, izinsiz olarak ve kaynağı konusunda kamuoyunu yanıltıcı şekilde kullanılması da gerekli şartlar altında marka hakkı ihlali ile birlikte haksız rekabet oluşturur¹¹². Bir tasarımın, üzerindeki tasarım sahibine ait ticaret unvanı, işletme adı ve sair tanımlayıcı ve ayırıcı unsurlarla kopyalanması halinde de durum böyledir.

SMK'nin 59/4 maddesinde; bileşik ürünün görünümüne bağlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve “*bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla*” tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra kullanılmasının tasarım hakkının ihlali sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu maddede geçen, parça tasarımlarının piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra üçüncü kişilerin “*bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla*” kullanabilecekleri hükmü, koruma süresi dolan tasarımların kaynağı konusunda kamuoyunu yanıltıcı şekilde kullanılmaması şartıyla haksız rekabet korumasından yararlanamayacağı düşüncesini destekler niteliktedir¹¹³. Aynı şekilde SMK'nin 59/4 maddesi gereğince, parça tasarımlarının, koruma süreleri dolmasından sonra, bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla kullanılması tasarım hakkını ihlal etmez.

Tescilli bir tasarım, koruma süresi içinde yaygın olarak kullanılan bir tasarım haline gelmişse artık haksız rekabet korumasından da yararlanamayacaktır¹¹⁴. Çünkü bu durumda tasarımın özgünlüğü ve haksız rekabet koruma şartları mevcut olmayacağından böyle tasarımın kullanılması veya taklit edilmesi haksız rekabet oluşturmazdır. Bunun için de taklit edilen kaynak açısından korumayı gerektiren bir unsur bulunmaması gerekir.

Tescil edildikten sonra yenilik ve ayırt edici niteliği bulunmadığı için hakkında hükümsüzlük kararı verilen tasarımların haksız rekabet hükümleriyle korunması bakımından da bir ayırım yap-

mak gerekir. Böyle bir tasarım, tescil edildiği esnada, başkasının kullanımını engellemeye dönük bir hak ve yetki barındırıyorsa, hükümsüzlük kararı ile yine bu ilk hale dönülmüş olur. Hükümsüzlük kararı, tasarımın örneğin ülke veya dünyanın birçok yerinde herkes tarafından bilinen ve kullanılan bir tasarım olmasından kaynaklanıyorsa, karar sonrasında yine bu duruma dönülmüş olacaktır¹¹⁵.

C. TESCİLSİZ TASARIMLARIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA KORUNMASI

AB mevzuatında 6/2002 sayılı Topluluk Tüzüğü'nün 12. maddesinde, tescilli tasarımların koruma şartları olan yenilik ve ayırt edici nitelik taşıyan tescilsiz tasarımların, Toplulukta kamuya sunulmasından itibaren üç yıl süreyle koruma göreceği düzenlenmiştir. Böylece Topluluk Tüzüğü'nde “topluluk tescilsiz tasarımı” adı altında yeni bir koruma modeli benimsenmiş, bu bazı üye ülkelerin, bu tasarımları fikir ve sanat eserleri mevzuatına göre korumamasından dolayı kabul edilmiş ve “topluluk tescilsiz tasarımı”nın şekillenmesinde özellikle tekstil ve moda gibi ömrü kısa olan ürünlerin bulunduğu sektörlerin ihtiyaçları etkili olmuştur¹¹⁶.

Tescilsiz tasarımların korunmasına, tasarım sayısının çok olduğu ve sürekli yeni tasarımların geliştirildiği tekstil, moda ve takı sektörü gibi sezonluk üretim yapan, hızlı tüketimin olduğu ve tasarımların da hızla değiştiği sektörler bakımından ihtiyaç duyulmaktadır¹¹⁷. Çünkü tescil sisteminin yavaş işlemesi veya tescil işleminin ihmal edilmesi özgün birçok tasarımın korumadan tamamen mahrum kalmasına sebep olabilmektedir. Ayrıca, fikri emek, çaba ve sermaye harcanarak üretilen ve geliştirilen bazı tasarımların, sırf pazar şartları nedeniyle tescil edilemediği, tescilin ekonomik bulunmadığı, küçük ve orta ölçekli sanayi

¹¹² Suluk, Kümülatif Koruma, s. 63; Şehirli Çelik, Haksız Rekabet, s. 311.

¹¹³ Suluk, Kümülatif Tasarım, s. 63.

¹¹⁴ Karaman Odabaşı, s. 174.

¹¹⁵ Karş. Suluk, Çoklu Koruma, s. 62.

¹¹⁶ Suluk, Kümülatif Koruma, s. 52.

¹¹⁷ Şehirli, Tasarımlar, s. 11.

kuruluşları için tescil prosedürü ve giderlerinin sorun olduğu durumlar da olabilmektedir¹¹⁸.

Türk Hukukunda 6/2002 sayılı Topluluk Tüzüğü dikkate alınarak tescilsiz tasarımların tescilli tasarımlar kadar geniş olmasa da tasarım hukuku kapsamında korunması ilk defa SMK ile gündeme gelmiştir. Bu husus SMK'nin 55/4 maddesinde “tasarım; bu Kanun hükümleri uyarınca tescil edilmiş olması halinde tescilli tasarım, ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması halinde ise tescilsiz tasarım olarak korunur” şeklinde belirtilmiştir. 554 sayılı KHK döneminde yalnızca tescilli tasarımlar tasarım hukuku kapsamında korumaya alınmış, tescilsiz tasarımların korunması ise 554 sayılı KHK'nin 1/2 maddesi gereğince genel hükümlere tabi kılınmıştır. Genel hükümlerden kasıt; TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümleri, FSEK, TMK'nin kişilik hakkına ilişkin hükümleri ve TBK'nin haksız fiillere ilişkin hükümleridir¹¹⁹.

SMK ile getirilen tescilsiz tasarım koruması, tescilli tasarım koruması kadar geniş bir koruma değildir¹²⁰. Gerçekten, SMK'nin 59/1 maddesinde belirtildiği üzere, tasarımdan doğan haklar münhasıran tasarım sahibine ait olduğu için, üçüncü kişiler, tasarım sahibinin izni olmadan koruma kapsamındaki tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünü üretmez, piyasaya sunamaz, satamaz, ithal edemez, ticari amaçlı kullanamaz veya bu amaçlarla elde bulunduramaz ya da bu tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunamaz. Tescilsiz tasarım ise sahibine, bu fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması halinde verir (SMK m. 59/2). Ayrıca korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez (SMK m. 59/2).

Tescilsiz tasarımlar için sağlanan hakların tescilli tasarım hakkına göre daha sınırlı kaldığı SMK'nin 59/2 maddesinin gerekçesinde; “Tescilsiz tasarım hakkı tekel hakkı olmayıp, sadece tasarımın kopyalanmasını önleyici bir hak sağlamaktadır. Tescilli tasarımdan farklı olarak, tescilsiz tasarım hakkının kullanılabilmesi için ihlal durumunda kötü niyetin varlığı şarttır. Tescilsiz tasarım hakkının varlığından haberdar olamayacak kişilere karşı bu hakkın kullanılması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla tescilsiz tasarım hakkından haberdar olmayan kişinin, bu tasarımdan bağımsız olarak bir tasarım geliştirmesi durumunun kopyalama sayılmayacağı” ifadeleriyle belirtilmiştir¹²¹. Bu, tescilsiz tasarım korumasının sadece kötü niyetli kopyalamaya (taklide) karşı ileri sürülebileceği, tescilli tasarım sahibinin sahip olduğu diğer hakların tescilsiz tasarım sahibi tarafından kullanamayacağı anlamına gelmektedir.

554 sayılı KHK döneminde tescilsiz tasarımların genel hükümler çerçevesinde korunacak olması ve özellikle haksız rekabet hükümleri noktasında koruma süresi yönünden bir düzenlemeye gidilmemesi tasarım korumasıyla bağdaşmamaktaydı¹²². Gerçekten, tescilli tasarımlar en fazla yirmi beş yıl korunurken ve koruma süresi dolduktan sonra hiçbir emek harcanmadan aynen taklit edilse dahi başlı başına haksız rekabet hükümlerine göre koruma görmezken, tescilsiz tasarımların süresiz olarak korunması söz konusu olabilmekteydi. Yine, tescilsiz tasarımın, haksız rekabet hükümlerinin süresiz ve kapsamlı korumasından, tescilli tasarımların ise sadece özel düzenlemenin sağladığı korumadan yararlanması, bazı konularda tescilsiz tasarımların tescilli tasarımlardan daha avantajlı bir duruma gelmesi sonucunu ortaya çıkmaktaydı¹²³. Bu nedenle tescilsiz tasarımlara, haksız rekabet hükümleri gereğince taklide karşı süresiz koruma sağlanmasının tasarım korumasıyla bağdaşmadığı ve tasarım tescilinin önemini azalttığı gerekçesiyle eleştiri konusu olmaktadır¹²⁴.

¹¹⁸ Güneş, İlhami (2007), “Endüstriyel Tasarım Tescilinin Sağladığı Hukuksal ve Cezai Koruma ile Uygulama Sorunları”, FMR, S: 3, C: 7, s. 29.

¹¹⁹ Suluk, s. 311.

¹²⁰ Yurduseven, s. 681.

¹²¹ Bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss3.pdf>>, s.e.t. 15.12.2018.

¹²² Suluk, Kümülatif Koruma, s. 65.

¹²³ Karaman Odabaşı, s. 136.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Suluk, Kümülatif Tasarım, s. 66.

Ayrıca 554 sayılı KHK döneminde Yargıtay istikrarlı olarak tescilsiz tasarımların taklit edilmesini başlı başına haksız rekabet olarak kabul etmekte ayrıca tescilsiz tasarım tanınmış olsa dahi ürünler arasındaki benzerliğin iltibasa yol açmasını aramaktaydı¹²⁵. Bu durum özellikle tekstil ve moda

gibi efektif ticari anlamda kısa bir ömre sahip olan ürünlerin yoğun olduğu sektörlerde taklidin artmasına sebep olmaktadır.

554 sayılı KHK döneminde sıkça rastlanılan bu gibi sorunlar nedeniyle tescilsiz tasarım koruması öngörülmüştür. Bu husus SMK'nin 55. maddesinin gerekçesinde; *"Tescilsiz tasarımlar için sağlanan korumanın genel hükümlere bırakılmış olması tescilsiz tasarım korumasında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleriyle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmuştur. Tescilsiz tasarımlarla ilgili somut olaylarda Türk Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabetin bulunup bulunmadığı veya tasarımın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser sayılıp sayılmayacağına tespiti ve adı geçen hükümlerin ne ölçüde uygulanacağına belirlenmesinde birtakım güçlüklerle karşılaşabilmektedir. Bazı durumlarda (tescili iptal edilmiş olan veya koruma süresi sona ermiş tescilli tasarımlar için dahi) bu düzenlemelerin kapsamı çok geniş yorumlanabilmektedir. Tescilsiz tasarımlar için özel koruma olmaması nedeniyle bunlarla ilgili koruma süresi için bir sınırın varlığından söz edilememektedir. Aynı şekilde bu hükümlerin dar çerçevede yorum-*

¹²⁵ "Dava, Türkiye'de tescilli bulunmayan tasarıma dayalı haksız rekabetin önlenmesi ve tazminat istemlerine ilişkin olup mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de yapılan inceleme ve değerlendirme hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mülga 6762 sayılı TTK'nın 56. maddesi uyarınca, haksız rekabet aldatıcı hareket ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir. Aynı Yasa'nın 57/5. fıkrasında haksız rekabet olarak kabul edilen eylemler; "başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka gibi tanıtma vasıtalarını kullanmak" olarak belirtilmiştir. Dava konusu tasarım uzun yıllar önce yurt dışında piyasaya sunulmuş ve Türkiye'de herhangi bir kişi adına tescilli tasarım niteliğinde olmadığına göre, ilke olarak söz konusu tescilsiz tasarımlar herkesin serbestçe kullanımına açık olup, bu tasarımların uygulandığı ürünler nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluklar da genel hükümlere göre çözümlenecektir. O halde, somut uyumsuzlukta da yukarıda açıklanan ilke ve TTK'nın 56. ve 57/5. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Dairemizin 30.05.2002 tarih ve 2240/5406 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ilk defa yurt dışında kamuya sunulmuş bir tasarımın belli bir süre sonra Türkiye'de kullanılması durumunda şayet, Türkiye'de bu tasarımı ilk defa kullanan kişi büyük emek ve para harcıyarak bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan istifadeye yönelik olarak bu tasarımı aynen kullanmaya kalkışır ise, bu davranışın haksız rekabet olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, haksız rekabetin varlığı için; ilk defa yurtdışında piyasaya sunulan ve Türkiye'de de herhangi bir tescilli sınai hak ile korunmayan tasarımın uygulandığı ürünün, Türkiye'de ilk kez piyasaya sunulup, büyük emek ve para harcanarak tanınmış olması yeterli olmayıp, bir başkasının bu emek ve tanınmışlıktan haksız surette yararlanması ve iltibasını önleyecek tedbirleri almaması gereklidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmek suretiyle rekabet kurallarına uygun olarak piyasada faaliyet göstermesi ve sonuçta; mal ve hizmetlerin nihai tüketicilerinin aldatılmasına izin verilmeksizin kaliteli mal ve hizmetlerin piyasa kurallarına göre oluşan en uygun fiyatla satışa sunulmasıdır. Bu durumda, sonradan aynı sektörde faaliyet gösteren kişiler ticari hayatta dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde ve iltibastan kaçınmak suretiyle piyasaya mal veya hizmet ürettikleri takdirde, piyasada ilk kez üretim yapan ürü-

nün tanınmasını sağlayan kişinin üstün hakkı bulunduğundan bahisle, sonradan faaliyete başlayan kişilerin eylemleri haksız rekabet olarak nitelendirilemez. Böyle bir üstün hakkın varlığının kabulü aynı zamanda, rekabet hukuku ilkelerine aykırı olarak piyasada o mal veya hizmetle ilgili tekel yaratılması ve serbest rekabetin ortadan kaldırılması suretiyle ekonominin sağlıklı bir biçimde gelişmesini engelleyeceğinden kabul edilemez. Somut uyumsuzlukta, mahkemece alınan bilirkişi raporunda taraflarca kullanılan tasarımlar arasında benzerlik ve iltibas bulunup bulunmadığı denetime elverişli bir biçimde incelenmemiş, dava açılmazdan evvel davacı tarafından yaptırılan tespit sonucu düzenlenen ve davalı tarafça itiraz edilen rapora atıfla kanaat bildirilmiştir. Dosya kapsamından da davalıların söz konusu ürünler üzerinde davacının haklı olarak kullandığı tanıtma vasıtalarıyla iltibas oluşturacak şekilde işaret ve benzeri tanıtma vasıtalarını kullanıp kullanmadıkları anlaşılamamaktadır. O halde mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde davalıların eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için yeni bir bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir." Yargıtay 11. HD'nin 30.06.2015 tarih ve 2015/1456 E., 2015/8754 K.

lanması ise tasarımcının fikri emeğinin hak ettiği ölçüde değerlendirilmemesi anlamına gelmektedir. Ayrıca tasarım hukukuyla korunan ürünün görünümü iken, haksız rekabet hükümleriyle düzenlenen rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde uygulanmasıdır. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında tasarımlarla ilgili haksız rekabetin varlığının belirlenmesinde çeşitli kriterler uygulanmaktadır. Bu kriterlerin en önemlilerinden birisi de ürünler arası benzerliğin karışıklığa (iltibasa) yol açıp açmadığıdır. Bu husus değerlendirilirken bazı durumlarda birbirine benzeyen ürünlerde farklı markalar kullanılmış olmasının iltibas olasılığını azalttığı veya ortadan kaldırdığı kabul edilebilmektedir. Bu nedenle haksız rekabetin varlığına dair bir sonuç çıkmaması ile birlikte tasarımlar koruma elde edememektedirler. Uygulamadaki belirsizliklerin giderilmesi, tescilsiz tasarımlara sağlanacak korumanın sınırlarının süre ve içerik açısından tescilli korumayı anlamsız kılmayacak şekilde çizilmesi gerekmektedir” şeklinde belirtilmiştir¹²⁶.

Görüldüğü üzere SMK'nin 55. maddesinin gerekçesinde, 554 sayılı KHK döneminde tescilsiz tasarımların genel hükümler çerçevesinde korunmasında özellikle haksız rekabet şartlarının oluşup oluşmadığı, tescilsiz tasarım korumasının kapsamının oldukça geniş yorumlandığı, iltibas değerlendirmesinde bazı hallerde farklı marka kullanımının haksız rekabeti ortadan kaldırdığı ve bu durumun tescilsiz tasarımları korumasız bıraktığı, ayrıca tescilsiz tasarımlara sağlanacak korumanın sınırlarının süre ve içerik açısından tescilli korumayı anlamsız kılmayacak şekilde çizilmesi gerektiği belirtilerek tescilsiz tasarım korumasının uygulamadaki belirsizliklerin giderilmesi amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Gerekçede 554 sayılı KHK döneminde tescilsiz tasarımların haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmasında yaşanan sorunların açıkça ifade edilmesi karşısında yeni düzenleme ile bu sorunların giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. SMK'nin 55. maddesinin gerekçesinde “tescilsiz tasarımlara sağlanacak korumanın sınırları-

nın süre ve içerik açısından tescilli korumayı anlamsız kılmayacak şekilde çizilmesi gerektiği” açıkça vurgulandığına göre SMK döneminde tescilsiz tasarımların ayrıca haksız rekabet hükümleri kapsamında korunup korunamayacağı ve SMK ile öngörülen koruma süresinden sonra haksız rekabet hükümlerine dayanılıp dayanılmayacağı tartışılması gerekecektir.

Tescilsiz tasarımlar da artık tasarım hukukuna kapsamında kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıl süreyle sadece tasarımın kopyalanması ile sınırlı olarak korunduğuna göre bu süre içerisinde kümülatif koruma ilkesi gereğince aynı zamanda haksız rekabet hükümlerine de dayanılabilecektir. Tasarım hukuku ile haksız rekabet hükümleri arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olmakla birlikte, özel korumanın genel korumayı devre dışı bırakması mümkündür.

Tescilsiz tasarımlar için SMK'da öngörülen koruma, tescilli tasarım korumasına göre dar kapsamlı olsa da, genel hükümlere göre daha etkili bir koruma içermektedir. Bu halde üç yıllık koruma süresinin dolması ile tescilsiz tasarımın artık hiçbir şekilde korunmayacağı, topluma mal olacağı sonucuna doğrudan gidilemez. Zira bu konuda da tasarımın özel koruma süresinin dolduğu anda taşıdığı şartlara bakılması gerekir. Korumanın artık haksız rekabet kapsamında dahi olsa devam edemeyeceği bir zemin oluşmuş olabileceği gibi, tasarımın ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olduğu zamanın şartlarına da dönülmüş olabilir. Doğrudan, tasarım koruması ile birlikte haksız rekabet korumasının da sona erdiği sonucuna gidilemez.

Tescilsiz tasarım koruması esnasında haksız rekabet hükümlerine dayanılabilmesi için, tasarım koruması değil, haksız rekabet korumasının kendine özgü şartlarının mevcut olması gerekir.

Haksız rekabet hukukundan doğan farklı bir koruma dayanağı bulunmadığı takdirde, üç yıllık süre dolduktan sonra tescilsiz tasarım aynen taklit edilmiş olsa da haksız rekabet hükümlerine dayanılarak koruma talep edilemez¹²⁷. Böyle bir

¹²⁶ Bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>> s.e.t. 15.12.2018.

¹²⁷ Yargıtay 11. HD. 08.12.2014 tarih ve 2014/13234 E., 2014/19203 K.

tasarım, koruma süresinin sonunda üçüncü kişiler tarafından serbestçe kullanılabilir.

SONUÇ

Kümülatif koruma, tasarım sahibinin, tasarım hükümlerinin yanı sıra, şartları varsa diğer sınai mülkiyet hukuku kurallarına, eser sahipliği haklarına veya haksız rekabet hükümlerine dayanma imkânını ifade etmektedir.

Sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK'te belirtilen eser grupları kapsamında mütalaa edilebilen tescilli veya tescilsiz tasarımlar, eser (FSEK 1/B-a) olarak da korunur. Bu durum kümülatif koruma ilkesinin bir gereği olup, tasarımın farklı koruma alanlarına girebilme özelliğine dayanır.

Sahibine inhisarî yetkiler veren tescilli bir tasarımın sahibinden izinsiz kullanılması tecavüz oluşturur. Böyle bir halde hak sahibi ister tasarım, isterse haksız rekabet hükümlerine dayanarak koruma talep edebilir.

Tasarım ile haksız rekabete özgü hukuki korumalar; amaç, konu ve korunan menfaattan farklı olduğundan, bir tasarım, gerekli şartları taşıması halinde haksız rekabet korumasından da yararlanabilir. Özel hüküm - genel hüküm ilişkisi kümülatif koruma ile birlikte geçerliliğini korumaya devam eder. Tasarım sahibi tecavüz karşısında tasarım koruması yerine haksız rekabete dayanabilirse de özel hükmün bunu sınırladığı haller olabilir.

Koruma süresi dolan tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunması kendiliğinden gerçekleşmez. Bu tür tasarımların haksız rekabet hükümleri ile korunup korunmayacağı sonucuna kendiliğinden varılamaz. Bu nedenle, söz konusu çalışmaların, tasarım korumasının bittiği anda haksız rekabet korumasına layık bir konumda olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira tasarım hukuku yerine veya bundan sonra haksız rekabet korumasının devreye girebilmesi için, bunun kendi şartlarının mevcut olması gerekir.

Tescilsiz tasarımlar için özel hukuki koruma mevzuata ilk olarak SMK ile girmiştir. Koruma süresi boyunca tescilsiz tasarımlar için de kümülatif koruma ilkesi gereği haksız rekabet hükümleri-

ne dayanmak mümkündür. Tescilsiz tasarım korunması için öngörülen süre dolduktan sonra haksız rekabet koruması kendiliğinden sonra ermez. Bu konuda, koruma süresinin sona erdiği esnada mevcut şartlara göre karar verilir.

KAYNAKLAR

- Arslanlı**, Halil (1954), Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Aslan**, İ. Yılmaz (2001), “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler”, FMR, C: 1, S: 1, s. 19-42.
- Ateş**, Mustafa (2007), Fikri Hukukta Eser, 1. Baskı, Ankara, Turhan (Eser).
- Ateş**, Mustafa (2003), Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Sınırlandırılma), 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayiter**, Nuşin (1981), Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, Ankara, S Yayınları.
- Beşiroğlu**, Akın (2004), Düşünce Üzerindeki Haklar Fikir Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bozgeyik**, Hayri (2009), “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet” Batider, S: 3, C: 25, s. 169-220.
- Fidan**, İsmail (2011), “Tescilsiz Tasarımların Korunması” (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Tescilsiz Tasarımlar).
- Fidan**, İsmail (2012), “Endüstriyel Tasarımların FSEK Kapsamında Korunması” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 2, s. 423-449 (Endüstriyel Tasarımlar).
- Güneş**, İlhami (2007), “Endüstriyel Tasarım Tescilinin Sağladığı Hukuksal ve Cezai Koruma ile Uygulama Sorunları”, FMR, S: 3, C: 7, s. 11-42.
- Kalender**, Emre (2015), “Almanya Federal Mahkemesinin “Doğum Günü Treni” Kararının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Önemi ve Türk Hukukuna Etkisi”, TFM, S:1, s. 103-114.
- Karaman Odabaşı**, Fatma (2015), Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Oruç**, Murat (2009), Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Oytaç**, Kutlu (2003), “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması”, FMR, S:2, C: 3, s. 57-67.
- Öztan**, Fırat (2008), Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Suluk**, Cahit (2003), Tasarım Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Suluk**, Cahit (2018), “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler (Yenilikler)”, TFM, S: 1, C: 4, s. 91-109.
- Suluk**, Cahit (2014), “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması (Karşılaştırmalı Hukuk Işığında)” FMR, 2014/1, s. 169-189.
- Suluk**, Cahit (2001), AB ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması, FMR, S: 3, C:3, s. 43-72, (Kümülatif Koruma).
- Suluk**, Cahit & **Erzurumluoğlu Er**, Özlem (2012), “Türkiye’de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme” Ankara Barosu Erzurumluoğlu Armağanı, s. 719-737.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2018), Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Suluk**, Cahit & **Orhan**, Ali (2008), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku (Tasarımlar), Ankara, Seçkin.
- Şehirali**, Feyzan Hayal (2004), “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar” Türkiye’de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Sempozyumu, <<http://cv.ankara.edu.tr/düzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf>> s.e.t. 15.12.2018 (Tasarımlar).
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (2014), Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Korunması-Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme (Haksız Rekabet), 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Tekinalp**, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitap.
- Yavuz**, Levent & **Alıca**, Türkay & **Merdivan**, Fethi (2013), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yurduseven**, Şeyma (2017), “6769 sayılı SMK ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem”, TAAD, S: 31, s. 669-689.

**6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKANIN İDARİ KARARLA İPTALİNİN
ANAYASAYA AYKIRILIĞI**

**UNCONSTITUTIONALITY OF CANCELLATION OF TRADEMARK BY ADMINISTRATION
DECISION ACCORDING TO INDUSTRIAL PROPERTY CODE NUMBERED 6769**

Doç. Dr. Ozan CAN*

ÖZ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26. maddesinde markanın iptali düzenlenmiştir. Markanın iptali, kanunda belirtilen hâllerin varlığı hâlinde, Türk Patent ve Marka Kurumu'nun, talep edilmesi halinde, tescilli bir marka üzerindeki hakkı ortadan kaldırmasıdır. İptal kararı ile idare, mülkiyet hakkına müdahale etmiş ve hakkı ortadan kaldırmış olmaktadır. Marka hakkı bundan başka, mahkeme tarafından verilen hükümsüzlük kararı ile ortadan kaldırılabilir. Temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından mülkiyet hakkını ortadan kaldıran müdahalelerin mahkeme kararı ile yapılması yerindedir. Hükümsüzlüğün mahkeme kararı ile, ancak onunla aynı etkiyi doğuran iptalin ise idari bir makam tarafından gerçekleştirilmesi kendi içerisinde bir tutarsızlık barındırmaktadır. Diğer yandan kaleme alınış tarzı nedeniyle, iptale ilişkin hükmün, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine aykırılık taşıdığını düşünmekteyiz.

Anahtar Sözcükler: Marka, markanın iptali, anayasaya aykırılık.

ABSTRACT

Brand cancellation has been regulated in Article 26 of Industrial Property Law, Law No: 6769. In short, cancellation is for the Turkish Patent and Brand Office to release the rights on a registered brand upon request, when the conditions specified in the law exist. In this aspect, an administrative office is interfering with the right of ownership and is abolishing the right. Another condition that abolishes the right of brand is invalidity. Invalidity of a brand is realized by the court. In terms of protecting the basic rights and freedoms, any intervention that abolishes the right of ownership should be exercised through a court order. There is a contradiction in the fact that invalidity is reached through a court decision while cancellation, which has the same effect as invalidity, is exercised by an administrative body. On the other hand, based on the wording style of it, we believe that the provision related to cancellation is in violation to the freedom of seeking right regulated in Article 36 of the Constitution of the Turkish Republic.

Keywords: Brand, cancellation of brand, violation of constitution.

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ozancan06@gmail.com; ORCID: 0000-0001-7016-966X) (Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 30.01.2019 / Kabul Tarihi: 24.05.2019).

I. GENEL OLARAK

Tescilli bir markanın hükümsüzlüğü¹ ve iptali, mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42. vd. maddelerinde düzenlenmiş ve iptal ile hükümsüzlük 42 ve 59. maddede eş anlamlı olarak, yargıya ait bir yetki olarak kurgulanmıştır Buna karşın SMK ilk defa² iptal müessesesini hükümsüzlükten farklı bir şekilde, Kurum tarafından tescilli bir markada hak sahipliğini ortadan kaldırıcı şekilde düzenlemiştir. Böylece SMK açısından hükümsüzlük, mahkeme tarafından; iptal ise Kurum tarafından marka hakkının ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilir.

Kanun koyucu, SMK'nin 19/f.1 (a) bendinde, iptali düzenleyen 26. maddenin yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceğini hükme bağlamıştır. Hükmün gerekçesinde, *idareye idari iptal müessesinin altyapısını düzenlemek için süre verildiği kadar, az sonra yer verilecek paralel Avrupa Birliği düzenlemesi de bu hüküm hazırlanırken dikkate alınmıştır* şeklinde bir açıklama yapılmıştır³.

II. İPTAL HÂLLERİ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26. maddesi, Türk Patent ve Marka Kurumunun iptal yetkisini hükme bağlamaktadır. Buna göre, aşağıdaki hâllerde talep üzerine Kurum tarafından markanın iptaline karar verilir:

a) 9 uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâllerin mevcut olması.

b) Marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi.

c) Marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması.

ç) 32 nci maddeye aykırı kullanımın olması

İptal hâlleri kanunda sınırlı sayma şeklinde belirlenmiştir (SMK 26)⁴. Bu hâller aşağıda ele alınacaktır:

A. KULLANMAMA SEBEBİYLE İPTAL

Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir (SMK 9/1)⁵. 26. maddenin 4. fıkrasına göre ise, markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine ilişkin iptal talepleri reddedilir. İptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.

B. MARKANIN TESCİLLİ OLDUĞU MAL VE HİZMETLER İÇİN YAYGIN BİR AD HÂLİNE GELMESİ SEBEBİYLE İPTAL

Mülga 556 sayılı KHK'de de hükme bağlanmış olan ve kısaca jenerik ad hâline gelme SMK

¹ Hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan, Sabih** (1998), Marka Hukuku, Ankara, s. 160 vd.; **Kırcı, N. Berkay** (2006), Markanın Hükümsüzlüğü, TBB Dergisi, S. 66, s. 95 vd.

² **Çağlar, Hayrettin** (2017), Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, (Sınai Mülkiyet Kanunu Önemli Yenilikler), s. 148.

³ Söz konusu hükmün kanunlaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünsal, Önder Erol**, İdari İptal Müessesesi – Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Önemli Bir Değişiklik, <https://iprgezgini.org/2017/01/08/itari-iptal-muessesesi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-getirilen-onemli-bir-degisiklik/>, s.e.t. 05.01.2019.

⁴ **Abacıoğlu Viskuşenko, Melis** (2018), Markalar İle İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler, Ankara FMR S.1, s. 82.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bahadır, Zeynep** (2018), Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Ankara 2018, s. 183 vd.; **Çağlar, Hayrettin** (2017), "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1, s. 3 vd. 556 Sayılı KHK dönemindeki hükme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaya, Arslan** (2005), "Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali", I. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 195 vd.; **Güneş, İlhami** (2015), Kullanılmayan Markanın İptali Sorunu, FMR, S. 1, s. 41 vd.; **Alhas, Zeynep Seda & Dernekoğlu, Umut** (2014), Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi", FMR, S. 1, s. 17 vd.

ile hükümsüzlük hâli değil, iptal sebebi olarak düzenlenmiştir⁶.

C. MARKANIN TESCİLLİ OLDUĞU MAL VEYA HİZMETLERİN NİTELİĞİ, KALİTESİ VEYA COĞRAFİ KAYNAĞI KONUSUNDA HALKI YANILTMASI SEBEBİYLE İPTALİ

SMK'nin 26/1-c bendi kapsamında marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması halinde iptal yoluna gidilmektedir. Madde çerçevesinde iptalin gündeme gelebilmesi için halkın yanıltılmasına neden olan durum, markanın tescilinden sonraki kullanımlar sonucu olmalıdır⁷. Kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin sadece niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması gerekmez. Başka hususlar bakımından da marka, halkı yanıltacak niteliğe bürünmüşse iptale gidilir. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere hükümde geçen "özellikle" ifadesi sayılanların sınırlı sayıda olmadığını ortaya koymaktadır⁸. Bu başlık ve paragraf yeniden gözden geçirilmelidir.

D. GARANTİ VE ORTAK MARKANIN TEKNİK ŞARTNAMEYE AYKIRI KULLANIM NEDENİYLE İPTALİ

Daha önce 556 sayılı KHK'de de düzenlenmiş olan garanti⁹ ve ortak markanın teknik şartnameye aykırı kullanılması hâlinde iptal hükmü SMK'de de düzenlenmiştir. SMK'nin 32. maddesinin 7. fıkrasına göre, *marka sahibinin, garanti markası veya ortak markanın devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı olarak kullanılma-*

sını engellemek için gerekli önlemleri almaması sebebiyle ilgili kişilerin, Cumhuriyet savcısının veya ilgili kamu kurum ve kuruluşunun başvurusu üzerine tanınan süre içinde söz konusu aykırı kullanımın düzeltilmemesi hâlinde, markanın iptaline karar verilir.

III. İPTAL USULÜ

İlgili hüküm yürürlüğe girdiğinde iptale karar verecek olan makam Türk Marka ve Patent Kurumu'dur. 26. maddenin 2. fıkrasına göre, ilgili kişiler, Kurumdan markanın iptalini isteyebilecektir. Dolayısıyla marka, Kurumca re'sen incelemeyle iptal edilemez. Kurum, talep üzerine harekete geçip inceleme yaparak iptale karar verebilir.

Marka iptal talepleri, talep tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı ileri sürülür. İptal süreci devam ederken, markanın 3. kişilere devrini önlemek bakımından Kurum gerekli önlemleri alabilecektir. İptal hâlleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi iptale karar verilir. Kısmi iptal, hükümsüzlük bakımından da kabul edilmiştir. Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerden bir veya bir kaç bakımından iptal gündeme geldiğinde söz konusu mal ve hizmetlerin iptali yoluna gidilecektir. Ayrıca marka örneğini değiştirecek biçimde iptal kararı verilemez. İptal incelemesi sırasında hak sahibinin değişmesi hâlinde, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı işlemlere devam edilir.

İptal talepleri, iptali istenen markanın sahibine tebliğ edildikten sonra marka sahibi bir ay içinde talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunar. Söz konusu bir aylık süre içinde talep edilmesi hâlinde Kurum bir aya kadar ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını isteyebilir. Kurum, iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden kararını verir. Kurumun vermiş olduğu kararlara karşı fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde dava açılabilir¹⁰.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilge**, Mehmet Emin (2005), Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, Batider, C. 23, S.1, s. 126 vd; **Çolak**, Uğur (2013), Markanın Jenerik Ad Haline Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası, Fikri Mülkiyet Yıllığı, Ankara, s. 182 vd.; SMK anlamında iptal halleri için ayrıntılı bilgi için bkz. **Bahadır**, s. 210 vd.

⁷ **Bahadır**, s. 212.

⁸ **Bahadır**, s. 212.

⁹ Garanti markası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozgeyik**, Hayri (2013), Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İÜHF, C. LXXI, S. 2, s. 91 vd.

¹⁰ **Suluk**, Cahit (2018), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler, TFM, C. 4, S: 1, s. 96.

IV. İPTAL YETKİSİNİN KURUMA VERİLMESİNİN GEREKÇESİ

Sınai Mülkiyet Kanunu ilk defa iptal başlığı altında iptal yetkisini kuruma vermiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun iptal yetkisini kuruma vermesinin nedeni AB mevzuatına uyum zorunluluğudur¹¹. 2015 yılında yürürlüğe giren 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin "*Bir Markanın İptal veya Hükümsüzlüğüne İlişkin Usûl*" başlıklı 45. maddesi, tüm AB üyesi ülkeler için idari iptal ve hükümsüzlük mekanizmalarının tescil ofisleri bünyesinde oluşturulmasını zorunlu hâle getirmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Ancak direktifin 45. maddesi ve benzer şekilde Alman Marka Kanunu ile birçok farklılık içeren SMK 26/son hükmünün Türk hukuku açısından 1982 Anayasasına aykırılık taşıdığı düşünülmektedir. Bu hususa aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

V. İPTAL MÜESSESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİMİZ

Marka hakkı, hukuki açıdan sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasının önlenmesine yarayan ve aynı etkileri olan mutlak bir haktır¹². Marka, sınai mülkiyet hakkının kapsamı içinde yer almakta olup gayri maddi mallar arasında önemli bir yer tutmaktadır. Başka bir anlatımla marka üzerindeki hak, mülkiyet hakları içinde yer alır. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi 2001 yılında vermiş olduğu kararda aynen, marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; *gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Ayrıca Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere de konu oluşturabilir* şeklinde hüküm kurmuştur¹³.

Günümüzde mülkiyet hakkı özellikle geleneksel olan taşınır ve taşınmaz mülkiyeti dışında

gayri maddi mallar üzerinde de yoğunlaşmaya başlamıştır. Bu anlamda, son yüzyılda özellikle marka, patent, tasarım, fikri haklar gibi hakların sayısında önemli artışlar gözlenmektedir. Bu nedenle günümüzde birçok hukuk sistemi mülkiyet hakkına bu unsurların da dahil edilmesi yönünde kanun ve içtihat değişikliğine gitmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında da fikri ve sınai mülkiyet haklarının ve bu arada markanın sözleşme kapsamına girdiği yönünde birçok mahkeme içtihadı bulunmaktadır¹⁴. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası'nın da 35. maddesinde, koruma altına alınan mülkiyet hakkının, sadece taşınır ya da taşınmazları değil, marka ve patent hakları, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi bir varlığı olmayan hakları da kapsadığına karar vermiştir¹⁵. Zaten Anayasanın 35. maddenin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmektedir¹⁶. Markanın da parasal bir değerinin olduğu nazara alındığında, mülkiyet hakkı içinde yer alması gerektiği açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁷. Bu noktada şunu vurgulamamız gerekir ki, marka üzerindeki mülkiyet hakkı, tescille kazanıldığından taşınır veya taşınmazlardan farklı özellikler taşır. Bu noktada iptalle birlikte marka hakkının sadece sicilden silindiği, marka hakkının ortadan kalmadığı ileri sürülebilir. Fakat belirtmemiz gerekir ki,

¹⁴ Bkz. *Anheuser-Busch INC/Portekiz*, BN 73049/01 kararı, Karar Tarihi: 11.10.2005). Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz**, Haydar, Burak (2019), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında 'Adil Denge' İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXIX, S. 1-2, s. 347 vd.

¹⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 31.1.2008 tarihli ve E: 2004/81, K:2008/48 sayılı karar, *Resmî Gazete*, T. 20.03.2008 sayı. 26822; **Akıllıoğlu**, Tekin (2012), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler", İÜİHD, C. 5, S. 2, s. 12; **Şimşek**, Suat (2010), Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Karşılaştırmalı Bir Analiz –I, TBB Dergisi, S. 91, s. 188.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertaş**, Şeref (2006), "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 137.

¹⁷ **Tiryaki**, Refik (2008), Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara, s. 69.

¹¹ Bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu Madde Gerekçesi, (<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-14B783211D78.pdf>; jsessionid=6881D9AFFB815C9F7AD9B5B71C7F46E8).

¹² **Tekinalp**, Ünal (2004), Fikri Mülkiyet Hukuku, B.3, s. 21; **Karayalçın**, Yaşar (1968), Ticaret Hukuku Dersleri-I. Giriş Ticari İşletme", B. 3, Ankara, s.412.

¹³ Yargıtay 11. HD, 9.4.2001, E.2001/844, K.2001/3429 (bkz. www.kazanci.com.tr).

marka, 6769 sayılı Kanun bakımından hukuki açıdan tescille koruma altına bir hak niteliğindedir. Marka hakkının doğumu bakımından tescil kurucu etkiye sahiptir. Tıpkı, tapuya kayıtlı bir arazi üzerindeki hak gibidir. Bu yönüyle tescille koruma altına alınmış bir hakta, tescil korumasının kaldırılması tescilli bir mülkiyet hakkını ortadan kaldırma anlamına gelmektedir¹⁸.

Marka ve mülkiyet ilişkisine bu şekilde değindikten sonra mülkiyet hakkının bir yansıması olan markadaki iptale ilişkin şunları belirtmek isteriz:

Mülkiyet hakkının kapsamında yer alan marka üzerinde hakkı ortadan kaldıran düzenlemeler kanunla yapılmak zorundadır¹⁹. Nitekim 556 sayılı KHK döneminde mülkiyet hakkına müdahale eden birçok hüküm kanunla değil kanun hükmünde kararname ile yapıldığından Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

İptalin, marka hakkını ortadan kaldırdığı göz önüne alındığında, SMK ile yapılan getirilen bu düzenlemenin yerindeliğinin irdelenmesi gerekir:

Mülkiyet hakkının kapsamında yer alan markada hakkın ortadan kaldırılmasına veya kısıtlanmasına yönelik olarak getirilmiş olan iptal hükmünün Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddeye uygun olması gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere iptal ile marka üzerindeki tescilli hak ortadan kaldırılmaktadır. Keza hükümsüzlük davasıyla da marka üzerindeki tescilli hak ortadan kaldırılmaktadır. Ancak marka üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldıran hükümsüzlükte kararı veren mahkemeler iken, aynı etkiye sahip

olan -yani mülkiyet hakkını ortadan kaldıran iptalde yetki, idareye verilmiştir. Bu bakımdan aynı etkiye sahip olan iki müesseseden iptalde idare yetkili iken; hükümsüzlükte mahkemeler görevlidir. İptalde de hükümsüzlükte de aynı hukuki sonucun yani tescilli bir markanın sicilden silinmesinin söz konusu olması karşısında iptal yetkisini Kuruma, hükümsüzlük yetkisini ise mahkemeye vermek yerinde olmamıştır. Başka bir deyişle, hükümsüzlük davası olarak zikredilmiş olan SMK m. 25'te açıkça adli yargı görevli iken, aynı hukuki etkiyi doğuran iptalde yetkinin idarede olması tutarsızlık oluşturmaktadır. Bu yönüyle kanun koyucunun hangi hususu mahkemelerin görevlerinin içine dâhil edeceği bir hukuk politikası olsa da mülkiyet hakkı gibi önemli ve temel bir hakkın ortadan kaldırılmasının Kurumun idari kararına bırakılması yerinde bir tercih olmamıştır. Dolayısıyla iptalin, hükümsüzlük halleri altında mahkemelerce icra edilmesi daha yerinde olurdu.

Diğer yandan kanun koyucunun, iptale ilişkin yetkiyi idareye verme tercihi bazı sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki, iptal hâllerinin eskisi gibi yargılama yetkisi içinde kalması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılıp kullanılmadığı veya kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilip verilmediği, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelip gelmediği, marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltıp yanıltmadığı ve son olarak garanti ve ortak markanın teknik şartnameye aykırı kullanılıp kullanılmadığının tespiti yargılamayı gerektirir konulardır²⁰. Bu hususlarda bilirkişi incelemesi, yeri geldiğinden keşif, defter

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2018), Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK M. 155 Vesilesiyle Bir İncelemesi, Batider, C. 34, S. 2, s. 47, 48.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi 9.4.2014 tarih ve 2013/147 E., ve 2014/75 K. sayılı kararında, marka hakkının mülkiyet hakkı kapsamında bir temel hak olduğunu ve temel hakların kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğinden bahisle kullanmama nedeniyle markanın hükümsüzlüğünü düzenleyen 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinin 1. fıkrasının c bendini anayasaya aykırı bulup iptal etmiştir. Karar metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140724-19.pdf>.

²⁰ Nitekim öğretilerde *Bahadır*, sürekli olarak, yargılama faaliyeti ile idari işlemin iç içe geçmesinden bahsetmekte ve mesela sırf iptal tehdidinden kurtulmak için gerçekleştirilen kullanımlara ilişkin hazırlık sürecinin alt ve üst sınırlarının belirlenebilmesinin bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkarılabilecek bir husus olduğunu vurgulamaktadır (**Bahadır**, s. 95).

incelemesi vs. yapılmak suretiyle karar verilmelidir. Çünkü markanın Türkiye’de ciddi kullanım, kullanıma ara verilip verilmediği, yaygın bir ad haline gelip gelmediği, marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltıp yanıltmadığı ve son olarak garanti ve ortak markanın teknik şartnameye aykırı kullanılıp kullanılmadığının tespiti salt dosya üzerinden karar verilebilecek konular değildir. Bu konular özü itibarıyla yargılamayı gerektirmektedir. Çünkü bu hususların tespiti çoğu zaman bilirkişi incelemesi, keşif gibi delillerle ortaya konulabilecektir. Sadece mahkemelerce uygulanabilecek olan keşif ve bilirkişi gibi delillerin idare tarafından uygulanmasının yerinde olduğu de şüphe götürmektedir. Dolayısıyla iptal kararının kurumca sağlıklı şekilde verilmesi mümkün olmayacaktır. Dahası mahkeme olmayan idarelerin, bilirkişi incelemesi, keşif vs. yapması da mümkün olmayacağından şimdiden verilen iptal kararlarının dava konusu olacağı açıktır. Bunun sonucunda ise mahkemelerin iş yükü de azaltılmış olmayacaktır. Sonuç olarak yargılama faaliyeti sonucu ortaya çıkması gereken kararları, idareye vermek yerinde değildir.

Öte yandan iptal sürecinde idarenin kullandığı yetki, yargılama yetkisi mahiyetindedir. SMK m. 26/son fıkrasına göre, *iptal talepleri, iptali istenen markanın sahibine tebliğ edilir. Marka sahibi bir ay içinde talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunar. Söz konusu bir aylık süre içinde talep edilmesi hâlinde Kurum bir aya kadar ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını isteyebilir. Kurum, iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden kararını verir.* Bu hükümde geçen *iptal talebi, talebe ilişkin deliller, cevaplar, ek süre, iddia ve savunma terimleri, karar vermek* ifadeleri yargılama faaliyetine ilişkin konulardır. Hâl böyle olunca, Kurumun iptal işlemi yaparken, yargılama faaliyetine ilişkin müesseseleri kullanacağı anlaşılmaktadır. Bu ise, anayasanın 36. maddesine aykırılık taşımaktadır. Zira hak arama hürriyetini düzenleyen, 36. maddeye göre, *herkes, meşru vasıta ve*

yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Dolayısıyla Anayasanın 36. maddesi, açıkça, iddia ve savunmanın yargı mercileri önünde yapılacağına işaret etmektedir. Anayasanın iddia ve savunmanın yargı mercilerin önünde olmasını istemesinin sebebi, bunların hak aramanın en önemli aracı olması ve iddia ve savunmayı değerlendirecek olan makamların mahkemeler olmasını istemesidir. Çünkü mahkemeler, iddia ve savunmanın amacını ve işlevini bilen bunları en iyi uygulayabilen yerlerdir. Dolayısıyla idarenin, iddia ve savunmayı ne derece yerinde uygulayabileceği şüphelidir. Çünkü idarenin ajanları hâkim olmayıp, yargılama bilgisine sahip değildir. Dolayısıyla iddia ve savunmanın olduğu her yerde bunları değerlendirecek olan makam mahkemeler olmalıdır. Sonuç olarak SMK m. 26 hükmünde, delillerin Kuruma sunulacağı, iddia ve savunmanın Kuruma verileceği ve Kurumun bu konuda delilleri değerlendirerek karar vereceğini belirtmektedir. Açıkça iddia ve savunmanın ve delillerin değerlendirileceğini ve kararı kurumun vereceğini belirten SMK m. 26 hükmü, yargılamanın mahkemelerde olduğuna belirten Anayasanın 36. maddesine aykırılık taşımaktadır.

Bu noktada şunu da ifade etmek gerekir. Kurumun iptal kararı ile birlikte bu karara karşı mahkemelere müracaat edildiğinde, mahkemeler, kurumun kararının yerinde olduğunu irdelenecektir. Bu dahi başlı başına anayasal sorun teşkil etmektedir. Zira bu hükümle birlikte mahkemeler, sadece kurumun aldığı kararları kanuna uygunlukla sınırlı bir inceleme yapacaktır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına idari bir kararla müdahalenin yerindeliğinin incelenmesi, sınırlı bir inceleme olacağından, bu durum, yargı yetkisinin başka bir makama devri anlamına da gelebileceğinden yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce yerine getirileceğine ilişkin Anayasanın 9. maddesine aykırılık da gündeme gelebilecektir.

Sonuç olarak, bir an için iptal müessesesinin bir yargılama faaliyetini gerektirmesine rağmen kanun koyucu tarafından Kuruma verilen bir yetki çerçevesinde kabul edilse dahi SMK m. 26/son hükmünde yer verilen *iptal talebi, talebe*

ilişkin deliller, cevaplar, ek süre, iddia ve savunma, karar vermek ifadeleri yargılama faaliyetinin unsurları olduğundan, Türk hukuku bakımından idari işlem ile iptal usulünün anayasa hukuku açısından sorunlu olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenle, henüz hüküm yürürlüğe girmese de yürürlüğe girene kadar en azından 26. maddenin son fıkrasının Anayasanın 36. maddesine uygun şekilde kaleme alınmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

değişikliğin dahi anayasal yönden sorunu ortadan kaldırmayacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

SMK m. 26'da belirtilen hâllerde idari bir kararla marka, iptal edilmektedir. İptal, Kuruma ilk defa verilmiş olan bir yaptırım yetkisidir. Kanun koyucu 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin etkisiyle iptalin idari bir süreçle işlemesi yolunu tercih etmiştir. Tescilli bir hakkı ortadan kaldırma etkisi olan hükümsüzlük, mahkeme kararı ile icra edilirken, aynı işleve sahip iptalin idari bir kararla yapılması, tutarsızlık teşkil etmektedir. Ancak hükmün getiriliş gayesinin AB mevzuatına uyum olduğu göz önüne alındığında, kanun koyucunun tercihiye yönelik söylenecek bir sözümüz yoktur. Ancak SMK'nin 26. maddesinin son fıkrasında iptal usulüne ilişkin olarak, *iptal talebi, talebe ilişkin deliller, cevaplar, ek süre, iddia ve savunma, karar vermek* ifadelerinin Türk hukuku bakımından Anayasanın 36. maddesine aykırılık taşıdığı düşünülmektedir. Bu bakımdan SMK m. 26/son hükmünün yeniden kaleme alınmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Çünkü Anayasanın 36. maddesi yargılama faaliyetinin sadece mahkemeler nezdinde yapılacağına işaret etmektedir. Ayrıca iptal kararı ile birlikte mahkemenin incelemesi sadece kurumun vermiş olduğu karar çerçevesinde olacağından bu durumun da yine yargılama yetkisinin bağımsız mahkemelerce yürütüleceğini düzenleyen Anayasanın 9. maddesine de aykırılık taşıyabileceği düşünülmektedir. Ancak iptalin kanundaki düzenlenme şekli ve işleyişi ise yargılama faaliyetinden başka bir şey değildir. Sadece, yargılamayı yapan, mahkeme değil, Kurumdur. Durum bu olunca hükümde yapılacak

KAYNAKLAR

- Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), Markalar İle İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler, FMR, Ankara, S. 1, s. 82.
- Akıllıoğlu**, Tekin (2012), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler", İÜHİD, C. 5, S. 2, s. 9 vd.
- Alhas**, Zeynep Seda & **Dernekoğlu**, Umut (2014), Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi", FMR, S. 1, s. 17 vd.
- Arkan**, Sabih (1998), Marka Hukuku, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, Ankara.
- Bahadır**, Zeynep (2018), Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali, Ankara.
- Bozgeyik**, Hayri (2013), Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İÜHF, C. LXXI, S. 2, s. 91 vd.
- Bilge**, Mehmet Emin (2005), Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, Batider, C. 23, S. 1, s. 126 vd.
- Çağlar**, Hayrettin (2017), Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, (Sınai Mülkiyet Kanunu Önemli Yenilikler), s. 148.
- Çağlar**, Hayrettin (2017), "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1, s. 3 vd.
- Çolak**, Uğur (2013), Markanın Jenerik Ad Haline Gelmesi Nedeniyle Hükümsüzlük Davası, Fikri Mülkiyet Yıllığı, Ankara, s. 182 vd.
- Ertas**, Şeref (2006), "Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu", in. Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 137.
- Gemalmaz**, Haydar Burak (2011), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında 'Adil Denge' İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXIX, S. 1-2, s. 347 vd.
- Güneş**, İlhami (2015), Kullanmayan Markanın İptali Sorunu, FMR, S. 1, s. 41 vd.
- Kaya**, Arslan (2005), "Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali", I. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 195 vd.
- Karayalçın**, Yaşar (1968), Ticaret Hukuku Dersleri-I. Giriş Ticari İşletme, B. 3, Ankara.
- Kırcı**, N. Berkay (2006), Markanın Hükümsüzlüğü, TBB Dergisi, S. 66, s. 95 vd.
- Suluk**, Cahit (2018), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler, TFM, C. 4, S. 1, s. 91 vd.
- Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2018), Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK M. 155 Vesilesiyle Bir İncelemesi, Batider, C. 34, S. 2, s. 33 vd.
- Şimşek**, Suat (2010), Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I, TBB Dergisi, S. 91, bs. 181 vd.
- Tekinalp**, Ünal (2004), Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 3, İstanbul.
- Tiryaki**, Refik (2008), Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara.
- Ünsal**, Önder Erol, İdari İptal Müessesesi - Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Önemli Bir Değişiklik, (<https://iprgez.gini.org/2017/01/08/idari-iptal-muessesesi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-getirilen-onemli-bir-degisiklik/>).
- <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB14B783211D78.pdf;jsessionid=6881D9AFFB815C9F7AD9B5B71C7F46E8>.

CONVERGENCE OF LAWS AND ITS LIMITS: A CASE STUDY OF TURKISH AND EU LAWS ON AUDITING

HUKUKTA YAKINSAMA VE SINIRLARI: TÜRK VE AB BAĞIMSIZ DENETİM YASALARININ ÖRNEK OLAY İNCELEMESİ

Dr. Hatice Kübra KANDEMİR*

ABSTRACT

Classifications on the world's legal systems have long been the subject to studies in comparative law. The modern comparative approach however, no longer relies solely on the classic categorisation of common-civil law countries. This general classification fails to consider that legal systems can change through time and not all areas of law share the same patterns. For instance, firms (and countries) adopt international rules and standards voluntarily. This kind of convergence can mostly appear in the field of commercial law, including the field of auditing where the effect of economic integration of markets is in place. In this respect, in order to be a part of the global economy and to attract foreign direct investment, Turkey reformed its commercial law and capital markets law. In addition, there are political forces for convergence such as the EU requirement for Turkey to adopt EU laws. This paper critically investigates the forces for convergence and questions to what extent the laws on auditing are converging between EU and Turkey. It concludes that despite the formal convergence, actual convergence has not been achieved fully and differences still persist due to the institutional disparities.

Keywords: Corporate governance, External audit, Convergence.

ÖZ

Dünya'da hukuk sistemlerindeki sınıflandırmalar karşılaştırmalı hukuk alanındaki çalışmalara uzun zamandan beri konu olmuştur. Bununla birlikte, modern karşılaştırmalı yaklaşım, artık sadece Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası Hukuk sistemleri klasik sınıflandırmasına dayanmamaktadır. Bu genel sınıflandırma, yasal sistemlerin zaman içinde değişebileceğini ve hukukun bütün alanlarının aynı kalıpları paylaşmadığını dikkate almaz. Örneğin, şirketler (ve devletler) gönüllü olarak uluslararası kural ve standartları benimseyebilirler. Bu tür bir yakınsama, piyasaların ekonomik entegrasyonunun etkisinin olduğu bağımsız denetim alanı da dahil olmak üzere çoğunlukla ticaret hukuku alanında ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, küresel ekonominin bir parçası olmak ve doğrudan yabancı yatırımları çekmek için Türkiye ticaret kanununu ve sermaye piyasası kanununu yeniden düzenledi. Ayrıca, Türkiye'nin AB mevzuatını benimsemesi gerekliliği gibi politik güçlerden de bahsedilebilir. Bu makale, yakınsama kuvvetlerini eleştirel bir şekilde incelemekte ve bağımsız denetim yasaları açısından AB ile Türkiye arasında ne derece yakınsama olduğunu sorgulamaktadır. Makalede, resmi yakınsamaya rağmen, gerçek anlamda bir yakınsamaya tam olarak ulaşamadığı ve kurumsal uyumsuzluklar nedeniyle farklılıkların görüldüğü sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim, Bağımsız denetim, Yakınsama.

* Assist. Prof., Faculty of Economics and Administrative Sciences, Izmir Katip Celebi University, Merkezi Ofisler 2, Balatçik, Izmir/TURKEY (e-mail: haticekubra.kandemir@ikc.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9722-1798)
This work is an updated and revised version of a part of the author's doctoral thesis. I am grateful to Professor Mathias Siems for his valuable comments. All errors and views are of my own.
(Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 07.02.2019 / Kabul Tarihi: 19.05.2019).

I. INTRODUCTION

The world's legal systems are commonly grouped under common and civil law countries in terms of legal history, legal thinking and positive rules.¹ However, this core division might also 'over-emphasise' differences (and similarities) and hence, it can lead to misleading conclusions about a country's legal environment.²

This paper starts with questioning whether there is an approximation on legal systems and how this affects laws on auditing internationally. In this respect, the first section looks at the debates on legal systems differences and questions whether traditional grouping on legal systems are valid for laws on external auditing. It will be suggested that, in the field of auditing, the classification of legal families matter less due to the adoption of international standards and global integration of markets.

The second section sets the framework for a possible convergence of auditing between Turkey and the EU through identifying the forces for convergence, and the methods and feasibility of convergence. Turkey, as a candidate for the EU membership, is required to align its laws with the EU *acquis*.³ In 2012, both commercial law and capital markets law were reformed presenting new requirements for the statutory audits of companies. This raises the question to what extent, Turkey has successfully been adopting EU laws on auditing. The theoretical underpinnings of regarding drivers and obstacles for auditing convergence will be based on Hansmann & Kraakman's explanation of important economic forces for convergence with respect to the drivers of convergence, as well as Bebchuk & Roe's path dependency theory with respect to obstacles

for convergence. Berkowitz et al.'s 'transplant effect' theory will also be applied to explain whether legal families could be obstacle for auditing convergence. In this respect, in addition to the comparison of the 'law in context', this paper considers the historical, social, cultural and economic circumstances and background in evaluation of the law in order to understand Turkey's receptivity of the imported laws. Exploring the convergence level between the EU and Turkish laws on auditing could be a good basis for the future legal reforms for further harmonisation.

Lastly, the paper will conclude that the EU membership aspiration, integration of capital markets, and the need for improvement of laws are drivers for convergence while weak legal environment, multi-headed supervision mechanism, and functional dissimilarities still stand in the way of actual convergence between EU and Turkish laws on auditing.

II. DIFFERENT LEGAL SYSTEMS AND EXTERNAL AUDITING

Traditionally, the world's legal systems are grouped under common (Anglo-Saxon) and civil (Romanic-German) law families.⁴ This broad classification is made in accordance with the core differences in legal ideology, structural system of law, structure of court system, sources of law, and legal method and procedure.⁵ According to this broad classification, it is said that countries belonging to the common-law family group show the patterns of US and English laws while countries belonging to the civil-law family group show the typical features of French and German laws.⁶

¹ **René, D. & Brierley, J. E. C.** (1985) *Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to The Comparative Study of Law*, London, Stevens; **La Porta, R.** et al. (1997) 'Legal Determinants of External Finance' *Journal of Finance* 52:3, p. 1131.

² **Siems, M.** (2014) *Comparative Law*, Cambridge University Press, pp. 80-82. See also **Örücü, E.** 'A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"' in Örücü, E. & Nelken, D. (Editors) (2007) *Comparative Law: A Handbook*, Hart, p. 169.

³ The EU *acquis* includes EU legislation to date, as well as additional standards set by the courts and practices developed by the institutions.

⁴ There are also other approaches in the taxonomy of legal systems, such as cultural taxonomy, which distinguishes four broad cultures: the African, the Asian, the Islamic and the Western (Europe, America, and Oceania). See **Hoecke, M. & Warrington, M.** (1998) 'Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law' *International and Comparative Law Quarterly*, 47, p. 495.

⁵ **Husa, J.** (2011) 'The Method is Dead. Long Live the Methods! European Polynomia and Pluralist Methodology' *Legisprudence* 5:3, 249 in Siems (2014) pp. 74-78.

⁶ **Siems** (2014) p. 75.

It is believed that legal systems change through time and not all areas of law share the same patterns within a particular legal family. To be sure, there are differences in legal systems in different parts of the world; these differences might be derived from geographical, social, economic, traditional, historical, or other differences that might have affected the course of a country's history and the way its legal system works. This could be war, revolution, colonisation, or other factors originating from religion, ethics, or the influence of the interest groups and parties.⁷ Although there might be a direct impact of these factors on the characteristics of a country's legal system, sharing a particular historical or geographical element does not automatically suggest parity between two countries' legal systems. Some geographical taxonomy might be true in terms of a shared cultural history. However, social, political, and economic developments through time might have different influences on countries that share the same geography. Therefore, their legal systems might remain distinct or, alternatively, come closer over time.

In this vein, on the one hand, legal family classifications could be a useful tool to understand foreign laws better by identifying similarities and differences. However, on the other hand, a general categorization of legal systems does not always provide a fair picture. To give an example, all continental European countries classified as civil law family, yet there is great diversity in some fundamental legal areas.⁸ Similarly, underlying the role of culture and customs in Eastern countries' legal systems in order to emphasise differences from the Western countries could be misleading in the era where there has been influence of legal ideas, especially in the field of commercial law.⁹

Moreover, a kind of taxonomy based on geographical or regional similarities does not necessarily apply to different areas of law within a particular legal system. For example, Arabic countries belong to Islamic law tradition with respect of family law; however there is a great influence from European jurisdictions, namely France and Italy, in terms of commercial law due to their colonial history in those countries¹⁰ (i.e. Algeria; Tunisia). Alternatively, although African countries stayed under British rule, the rules of customary African law in effect are especially in the areas of family and succession law.¹¹ Apart from geographical, religious, or colonial influences, there might be a voluntarily reception of foreign law, as it is the case in Turkish legal system. For instance, at the beginning of the 20th century, with the establishment of the Turkish Republic, Turkey voluntarily adopted Swiss civil law under the reformist package of Mustafa Kemal Atatürk, and abandoned Islamic law. Furthermore, the current legal system of Turkey has been shaped by different European legal sources, mainly German, Swiss, French and Italian over the period 1850-1927.¹² For instance, the Commercial Code of 1926, the first modern commercial code of Turkey, was based on the German Code of 1897.¹³

Turkey is a transplant country and the legal system in Turkey can be categorised as a hybrid (mixed) system where both legal and socio-cultural transmission is still on-going.¹⁴ Ogus approached this transition of Turkey from a legal and economic perspective, explaining that Turkey needed to import legal cultures from abroad to provide a more "sophisticated legal input" for industrialization and commercial development.¹⁵ Moreover, in the pursuit of full membership of the EU, Turkey has begun harmonising its law with the EU *acquis*. In this respect, Turkey is in the process of modernization in

⁷ **Zweigert, K. & Kötz, H.** (1998) *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Oxford University Press (translated by Tony Weir), p. 36.

⁸ Similarly, the Scandinavian countries are classified as Germanic civil law, yet their welfare state model indicates uniform Nordic legal family. See *ibid*, p. 79.

⁹ *ibid*, p. 89.

¹⁰ **Zweigert & Kötz**, p. 65.

¹¹ *ibid*, 230.

¹² The Civil Code of 1926 from the Swiss Civil Code and the Code of Obligations, the Penal Code of 1926 from the Italian Code of 1889, the Code of Civil Procedure of 1929 from

the Swiss Canton of Neuchatel, the Code of Criminal Procedure of 1929 from the German Code of 1877 and others again from Swiss and German sources. See **Örücü E.** (2000) 'Turkey facing the European Union- old and new harmonies' *European Law Review*, 25:5, pp. 523, 524. See also; **Berkowitz D.** et al, (2003a) 'The Transplant Effect' *American Journal of International Law*, 51:1, p. 199

¹³ **Örücü** (2000) p. 525.

¹⁴ **Örücü** (2007) p. 181.

¹⁵ **Ogus, A.**, 'The Economic Approach: Competition between Legal Systems' in Örücü, E. & Nelken, D. (Editors) (2007) *Comparative Law: A Handbook*, Hart, p. 165.

improving its legal system. It is likely that the process of the EU membership will also have an impact on legal transmission in Turkey.

The above examples may suggest that one should not rely solely on the classic 'legal family' categorizations.¹⁶ Örucü sees all legal systems as mixed and overlapping, meaning that all legal systems are combinations of various legal sources.¹⁷ Moreover, in the current conditions of the 21st century, with worldwide globalisation of systems occurring, categorising legal systems into strict groups is not valid anymore. Although reasons and intentions can differ, the "legal systems are crosses".¹⁸ An approximation of legal systems can be seen, especially in commercial law due to internationalisation of economy around the world (e.g. cross-listings and cross-border investments).¹⁹ Therefore, whether similar approximations are possible in terms of external auditing regulation will be examined.

The governance function of external auditing is closely linked to the ownership structures of firms. Before going into detail, it might be useful to review the literature on the different legal systems and the use of external auditing.

Based on the common-civil legal families theory, a number of studies carried out by La Porta et al. controversially argued that differences in legal systems have influenced the economic development of these countries and their governance functions.²⁰ In short, La Porta et al. established a general distinction of family groups arguing that capital markets in countries that belong to the civil law legal systems

are less developed because of their weak legal protection of minority shareholders,²¹ whereas common law legal systems offer more protection of minority shareholders, and therefore the legal environment is more suitable for market growth in these countries.²² La Porta et al. argued that concentrated systems are associated with weak legal environment (e.g. a lack of sufficient legal rules and enforcement mechanisms).²³ Based on these findings, Francis et al. suggested that countries with stronger investor protection are more likely to have higher quality auditing, while countries with weak investor protection have a lower demand for external audits.²⁴ However, this conclusion cannot be fully accepted for a number of reasons. First, the relevance of legal families has been challenged. For example, it is argued that the UK law on shareholder protection is closer to the Continental European legal system than it is to US law.²⁵ Secondly, such categorization of dispersed and concentrated ownership structures with strong and weak legal systems is misleading, since controlling shareholders may exist in countries with good laws (e.g. Sweden).²⁶ Thirdly, the effects of legal systems on the quality of accounting might not be that clear. Instead of a common *versus* civil law distinction, other factors (e.g. language, ownership concentration, management powers and incentives, auditor quality, regulation, enforcement, and other institutional factors) may have a greater effect on accounting quality.²⁷ Moreover, cultural factors might also have an influence on accounting standards and practices.²⁸ Fourthly, the

¹⁶ Zweigert & Kötz, p. 41.

¹⁷ Örucü (2007) p. 177.

¹⁸ Örucü, E., 'Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach': Hoecke, M. (Editor) (2004) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart, p. 359.

¹⁹ Siems, M. (2008) *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, pp. 250-296.

²⁰ La Porta et al. (1997). See also La Porta, R. et al., (1999) 'Corporate Ownership around the World' *Journal of Finance*, 54:2, p. 471.

²¹ La Porta et al. (1997) p. 1142.

²² La Porta, R. et al., (1998) 'Law and Finance' *Journal of Political Economy*, 106:6, p. 1113; La Porta, R. et al., (2000) 'Investor Protection and Corporate Governance' *Journal of Financial Economics*, 58:3; La Porta, R. et al., (2002) 'Investor Protection and Corporate Valuation' *Journal of Finance*, 57, p. 1147.

²³ La Porta et al. (1998) pp. 1141, 1146.

²⁴ Francis J. R. et al., (2003) 'The Role of Accounting and Auditing in Corporate Governance and The Development of

Financial Markets Around the World' *Asia-Pacific Journal of Accounting and Economics*, 10:1.

²⁵ Lele, P. P. & Siems, M. M. (2007) 'Shareholder Protection: A Leximetric Approach' *Journal of Corporate Law Studies*, 7: 17.

²⁶ Sweden is a good example of controlling shareholder structure and effective monitoring mechanisms that prevent the exploitation of minority shareholders. See Gilson, R. J. (2006) 'Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy' *Harvard Law Review*, 119:6, p. 1641.

²⁷ Lindahl, F. & Schädewitz, H. (2013) 'Are Legal Families Related to Financial Reporting Quality' *Abacus*, 49:2, p. 242. For empirical evidence on cultural differences on international accounting practices see Nobes, C.W. (2011) 'IFRS Practices and the Persistence of Accounting System Classification' *Abacus*, 47:3, p. 267-283 (showing national influence on accounting practices in eight countries). See also Hellman et al. (2015) 'The Persistence of International Accounting Differences as Measured on Transition to IFRS' *Accounting and Business Research*, 45:2, pp. 166-195.

²⁸ Gray, S. J. (1988) 'Towards a Theory of Cultural Influence on the Development of Accounting Systems Internationally'

distinction between common and civil law is becoming less relevant after increased regulatory scrutiny over auditing (and securities) regulation and harmonisation forces, in particular at EU level. Lastly, developments in the international economy might eventually lead to a convergence between legal systems, including in auditing. This approximation is explained as ‘convergence through congruence’,²⁹ and will be detailed in section III-A below.

Nevertheless, the role of external auditing might still vary in different market systems, mainly due to the different ownership structures of firms. For instance, in market-based governance systems (outsider systems), such as in the US and UK, high-quality public financial disclosures and reporting are much more developed because public disclosure plays a more central role in these systems.³⁰ In contrast, in civil law legal regimes (insider or concentrated systems), where political influences are greater, financial reporting is much more focused on taxation.³¹ In market-based systems, companies are more likely to be subject to agency costs due to asymmetric information.³² Here, external auditing can function as a monitoring mechanism on the management and can help to reduce the agency cost by mitigating information asymmetry.³³ The role of auditing in outsider systems is more to check on managers.³⁴ It is said that the incentives to commit fraud are different in insider corporate governance

systems, where controlling shareholders have a tendency to make use of the corporate assets for their personal benefits.³⁵ This was notably seen in the Imar Bank³⁶ scandal in Turkey. Large private benefits of control, for example illegally transferring assets to other corporations, can be seen as a proof of weak corporate governance. Investors would be reluctant to invest in those companies. Thus, here - with greater problems of private benefits of control³⁷ - companies may have incentives to improve their corporate governance to attract outside investors. In concentrated systems, firms tend to use external auditing as an assurance of the credibility of the information in the financial reports and subsequently gaining public confidence to attract investors.³⁸ It can be claimed that high-quality audits would tell an outsider investor that the financial reporting is credible and the information asymmetry is reduced that will provide less room for managers’ opportunistic behaviours.³⁹

In conclusion, these analyses may imply that although the original demand might differ, external auditing does have an important governance function in dispersed systems as well as in concentrated systems. Yet, these findings do not suggest that different corporate governance systems cannot approximate in terms of laws in auditing. The effects of

Abacus, 24:1, p. 1 (explaining four dimensions of accounting values based on cultural influence). See also section III-D below.

²⁹ See **Siems** (2008) pp. 250-296.

³⁰ **Ball, R.** (2001) ‘Infrastructure Requirements for an Economically Efficient System of Public Financial Reporting and Disclosure’ *Brookings-Wharton Papers on Financial Services*, p. 127.

³¹ *ibid*, 146.

³² **Jensen, M. C. & Meckling, W. H.** (1976) ‘Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure’ *Journal of Financial Economics*, 3:4, p. 305.

³³ **Ashbaugh, H. & Watfield, T. D.** (2012) ‘Audit as a Corporate Governance Mechanism: Evidence from the German Market’ *Journal of International Accounting Research*, 2, p. 1.

³⁴ **Watts, R. L. & Zimmerman, J. L.** (1983) ‘Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence’ *Journal of Law and Economics*, 26:3, p. 613.

³⁵ **Coffee J. C. Jr.**, (2005) ‘A Theory of Corporate Scandals: Why the USA and Europe Differ’ *Oxford Review of Economic Policy*, 21:2, pp. 198, 204.

³⁶ For the Imar Bank case, see also section III-D below.

³⁷ This does not imply that corporate scandals occur only in concentrated ownership systems. In fact, accounting scandals evidenced in dispersed systems as well (e.g. the Enron scandal) but the nature of the fraud and thus the role of the gatekeeper (i.e. the auditor) was different. See **Coffee** (2005), p. 200.

³⁸ Empirical studies also found that companies which are in needs of external capital tend to choose to appoint Big Five auditors. See **Fan, J. P. H. & Wong, T. J.** (2005) ‘Do External Auditors Perform a Corporate Governance Role in Emerging Markets? Evidence from East Asia’ *Journal of Accounting Research*, 43:1, pp. 35, 44; **Copley P. et al.**, (1995) ‘Simultaneous estimation of the supply demand of differentiated audits: evidence from the municipal audit market’ *Journal of Accounting Research*, 33:1, p. 137; **Johnson, W. B. & Lys, T.** (1990) ‘The market for audit services: evidence from voluntary auditor changes’ *Journal of Accounting and Economics*, 12:1-3, p. 281.

³⁹ **Guedhami, O. & Pittman, J. A.** (2006) ‘Ownership Concentration in Privatized Firms: The Role of Disclosure Standards, Auditor Choice, and Auditing Infrastructure’ *Journal of Accounting Research*, 44:5, pp. 889, 895.

international developments on accounting and auditing are enormous because of their growing importance in international markets. Public financial reporting is crucial for global markets in terms of ensuring trust in the markets via ensuring the accuracy of financial information.⁴⁰ For a country that seeks to be a part of the global investment area it is essential to keep up with international developments and provide a secure and trustworthy investment environment for foreign investors. Regardless of its legal origin, a country might like to voluntarily adopt laws on auditing in line with the highest standards, as in the US and UK. How successful this adoption will be, depends on a number of factors related to the country's economic adaptability, reception of legal rules, and historical and cultural elements. This paper takes Turkey as a case example in the adoption of laws in auditing with the EU *acquis*. In this respect, this paper will investigate the obstacles for a successful adoption of these rules, and will illustrate the limitations of and forces for convergence in the law of auditing between EU and Turkey.

III. CONVERGENCE OF AUDITING BETWEEN EU AND TURKISH LAWS

There are a number of justifications for the convergence of auditing in Turkey with EU laws. These are the EU membership aspiration, globalisation and capital market integration, and the reformation of commercial and capital markets laws. These in fact are closely linked to each other.

A. FORCES FOR CONVERGENCE

This section will adopt Hansmann & Kraakman's⁴¹ explanation of important economic forces on convergence to auditing convergence with respect to Turkish and EU laws. Apart from the important economic forces, this paper submits harmonisation with EU law as another force for auditing convergence. These two principal forces for auditing convergence will be explained respectively.

1. Important Economic Forces

International mergers, foreign investors, and cross-listings prompt internationalisation of the economy, and therefore result in more integrated financial markets. On the one hand, the integration of financial markets results in legal similarities, in particular in securities regulation and corporate governance regimes.⁴² In case of cross-border mergers and acquisitions, the home country's securities regulation and governance structures can affect the governance practices of an acquired firm or, alternatively, new models may be imported from other systems and two models may co-exist. Therefore, convergence through cross-border mergers and acquisitions is possible.⁴³

On the other hand, global capital markets prompt firms and jurisdictions to adopt more efficient governance mechanisms. For example, most of advanced economies require listed firms to make regular financial disclosure and to have audit committees.⁴⁴ In global capital markets, to compete with other jurisdictions, lawmakers may choose to demand less in order to make the law easier for businesses and to attract new investors. This may lead

⁴⁰ See also **Shapiro**, S. P. (1987) 'The Social Control of Impersonal Trust' *American Journal of Sociology*, 93:3, p. 623.

⁴¹ They also noted (i) failure of alternative models and (ii) the rise of shareholder group as the other drivers for convergence. See **Hansmann**, H. & **Kraakman**, R. (2001) 'The End of History for Corporate Law' *Georgetown Law Journal*, 89, pp. 443-451. The reference to this article is not meant to endorse all views presented by Hansmann & Kraakman (such as that of 'the end of history for corporate law').

⁴² *ibid.*

⁴³ **Yoshikawa T. & Rasheed**, A. A. (2009) 'Convergence of Corporate Governance: Critical Review and Future Directions' *Corporate Governance: An International Review*, 17:3, p. 388.

⁴⁴ To give an example, the Securities and Exchange Commission (SEC) in the United States requires every public company to have an audit committee or its equivalent as part of its board of directors and to disclose certain types of financial and non-financial information on a regular basis. See The Sarbanes-Oxley Act, 107th Congress, H.R. 3763 (The SOX), respectively section 301(2) and section 401.

to a “*race to the bottom*”.⁴⁵ In terms of disclosure and best practice (e.g. effective protection of shareholder rights⁴⁶), it seems that regulatory competition leads in the opposite direction.⁴⁷ It is said that if domestic law or domestic firms fail to sustain the application of the best governance mechanism, investment capital can flow to other jurisdictions that can offer better standards.⁴⁸ For example, more than one-half of the Fortune 500 firms choose to incorporate in Delaware, a small state in the US.⁴⁹

A similar justification can also apply to auditing. Investors would not invest in a company whose external audit mechanism does not assure investors in terms of reliability of the financial statements. In such case, investors would choose other companies in an alternative country who offer better auditing standards. As a result, public companies that seek to attract investors would voluntarily adapt the highest auditing standards in their home country. Alternatively, public companies may voluntarily choose to bind themselves to comply with the highest standards by listing on a foreign exchange.⁵⁰ Firms choose to list on foreign stock exchanges because of the expectation of the so-called ‘bonding effect’: it is believed that listing abroad increases the share value of the firm.⁵¹ The other reasons for listing abroad might be to reach a broader range of investors, to easily acquire foreign firms, and/or to increase the prestige of firms.⁵² Thus, public companies that seek to be listed on foreign

exchanges and seek to raise external capital have to improve their governance and disclosure practices to gain advantages in the global market. Similarly, jurisdictions that seek to attract foreign direct investment would promote the best governance mechanisms, including the adoption of the highest auditing standards.

The other force for convergence is the advantages of having a single set of standards in global capital markets. Having a single set of standards would reduce companies’ transactions costs and offer them the advantage of comparability.⁵³ International investors who seek to reduce transaction costs and benefit from comparability advantage might prefer to invest in countries that have adopted professional standards (e.g. international standards on auditing - ISAs⁵⁴). Listing on a foreign market with higher standards would increase the reliability of audited financial reports, and investors would therefore be ensured that their investments were secure.

These economic factors may force firms and jurisdictions whose auditing standards and regulations are weaker to make their standards and regulations similar with advanced governance mechanisms. In short, internationalisation of the economy can lead to the integration of capital markets. This can be via cross-listing and/or acquisitions and mergers. Both prompt the use of uniform auditing

⁴⁵ **Kraakman** R. et al., (2009) *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, pp. 25-27.

⁴⁶ As **Armour** suggested, regulatory competition will lead to a ‘race to the top’ because businesses will choose a state whose laws are most protective in terms of the rights of shareholders. See **Armour**, J. (2005) ‘Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition’ *Current Legal Problems*, 58, p. 369.

⁴⁷ **Rasheed**, A. A. & **Yoshikawa**, T., ‘The Convergence of Corporate Governance: Promise and Prospects’: **Rasheed**, A. A. & **Yoshikawa**, T. (Editors) (2012) *The Convergence of Corporate Governance*, Palgrave Macmillan, p. 7.

⁴⁸ **Easterbrook**, F. H. & **Fischel**, D. R. (1991) *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, pp. 212-218.

⁴⁹ **Black**, L. S. Jr, (2012) ‘Why Corporations Choose Delaware’ Delaware Department of State Division of Corporations. Available at https://corpfiles.delaware.gov/whycorporations_web.pdf accessed March 29, 2019.

⁵⁰ **Hansmann & Kraakman**, pp. 463-464.

⁵¹ **Coffee**, J. C. Jr., (1999) ‘The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications’ *New York University Law Review*, 93:3, p. 641.

⁵² **Licht**, A. N. (1998) ‘Regulatory Arbitrage for Real: International Securities Regulation in A World Interacting Securities Markets’ *Virginia Journal of International Law*, 38, p. 563.

⁵³ **Geiger**, U. (1997) ‘The Case for the Harmonization of Securities Disclosure Rules in the Global Market’ *Columbia Business Law Review*, p. 241. See also **White**, L. J. ‘Competition versus Harmonization-An Overview of International Regulation of Financial Services’: **Barfield**, C. E. (Editor) (1996) *International Financial Markets: Harmonization Versus Competition*, AEI Press, pp. 5-48.

⁵⁴ ISAs are issued in 1992 by an international private organization; the International Federation of Accountants (IFAC). ISA is also accepted on capital markets as a reference for international auditing standards by the International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

standards and regulations. This may suggest that integrated markets facilitate the use of uniform standards that can lead to convergence in auditing.

These theoretical underpinnings can be applied to auditing convergence between Turkish and EU law, explaining the economic forces for Turkey to adopt similar rules with EU laws in terms of auditing. Turkey is considered an emerging market economy that seeks investment from other countries. If Turkey wants to use its growing market advantage and to be an attractive venue for foreign direct investment, it should use an international language that anybody who is interested to invest can understand for business in Turkey. Today, major states in the world, including EU Member States, have adopted ISAs.⁵⁵ Uniform accounting and auditing standards are advantageous for all major economies in terms of comparability, but they are much more crucial for emerging economies, such as Turkey. Through the adoption of international standards, investors in Turkey will benefit from the same standards as are applied in other major countries. Moreover, the use of improved laws on auditing would be a signal for foreign direct investment, as it will increase the reliability of financial reports.

2. Harmonisation with EU Law

Harmonisation with EU law, such as the adoption of the Audit Directive 2014/56/EU, and also of some recommendations (e.g. auditor independence⁵⁶ and liability limitation⁵⁷) can also be a driver for convergence. Approximation of the laws

on auditing will help Turkey to move its law closer to the EU *acquis* and may help to adopt other areas of law more easily.

Turkey is a candidate country to the EU since 1999 and accession negotiations opened in 2005. Throughout accession negotiations, the European Commission monitors the candidate country with regards its alignment with the EU *acquis*.⁵⁸ Although the EU suspended negotiations in 2006, the screening process continues.⁵⁹

Turkey aspires to be a part of the world economic, investment, and trade communities. Full EU membership for Turkey is an important pillar in the pursuit of this objective. In this respect, the new Turkish Commercial Code⁶⁰ came into force in July 2012 with more harmonised provisions with EU law, especially in auditing and financial reporting fields.⁶¹ In short, the new Code expands the application of external auditing, authorising public oversight authority of Turkey (the POAT) to oversee the audit profession,⁶² requiring the use of Turkish Financial Reporting Standards (TFRS)⁶³ in the financial reports of public interest entities (PIEs)⁶⁴ and to have audited those reports by an independent external auditor (SMMM or YMM)⁶⁵ in accordance with Turkish Auditing Standards (TAS).⁶⁶

One could question the efficiency of a possible convergence of Turkish laws in auditing with the EU *acquis*. There are a number of advantages of approximation with EU law. First, it is believed that harmonisation of disclosure standards would miti-

⁵⁵ EU law requires that audit reports shall indicate that the statutory audit was conducted in accordance with the ISAs. See Directive 2014/56/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, art. 26(1).

⁵⁶ Commission Recommendation of 16 May 2002 Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles 2002/590/EC OJ L 191/22.

⁵⁷ Commission Recommendation of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms 2008/473/EC OJ L 162/39.

⁵⁸ See European Council, 'Conclusions of the Presidency' DOC/93/3, Copenhagen, 21-22 June 1993.

⁵⁹ Engert, S. (2010) EU Enlargement and Socialization Turkey and Cyprus, Routledge, New York, p. 51.

⁶⁰ Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, Official Gazette No. 27846 (January 13, 2011).

⁶¹ In fact, reforming laws and regulations came on to Turkey's agenda in the mid-1990s. Although one of the incentives was to catch up with the privatization trend in Europe, the main motivation behind reforms was joining the EU. See Draft Turkish Commercial Code General Justification. See also Baç, p.17.

⁶² Statutory Decree on the organization and duties of the public oversight, accounting and auditing standards No. 660, Official Gazette No. 28103, (April 6, 2011).

⁶³ In 2006, Turkish Accounting Standards Board translated the IFRS and named as Turkish Financial Reporting Standards. Since 2011, the responsibility to issue accounting and auditing standards is overtaken by the public oversight authority of Turkey: the POAT.

⁶⁴ Statutory Decree No. 660, art. 23.

⁶⁵ SMMMs are the Certified Public Accountants and YMMs are the Sworn-in Certified Public Accountants in Turkey.

⁶⁶ TCC No. 6102, art 397(1).

gate transaction costs while providing a comparability advantage. Second, an improved legal environment would provide greater protection for minority shareholders and other investors, while the risk of expropriation by insiders would be reduced.⁶⁷ This is particularly important for Turkey, where controlling shareholders are dominant and can potentially use company assets for private benefits.⁶⁸ Due to the lack of legal protections for minority shareholders, investors would depend on relationships, not law. As a consequence, the governance of companies would be based on relationships that would discourage new investors.⁶⁹ Therefore, advanced auditing laws are crucial, especially for the protection of (minority) shareholders and investors.

The combination of these forces may result in a market-driven convergence. However, it needs to be examined whether Turkish laws on auditing have actually converged with EU law. The evidence of this will be detailed in Section III-D below. Before that, the methods of convergence will be discussed next.

B. METHODS FOR CONVERGENCE

In Turkey, harmonisation with EU laws on auditing has been through the adoption of international accounting and auditing standards and recent law reforms issued in the field of company and capital markets law. The Capital Markets Board of Turkey (the CMB), the regulatory authority in capital markets, issued a regulation requiring public companies in Turkey to prepare financial statements in accordance with International Financial Reporting Standards (IFRS) as of 2005.⁷⁰ Since 2005, public companies are required to report according to the CMB's IFRS-compatible accounting standards. In terms of auditing standards, for the first

time in 2006, the CMB introduced ISAs to Turkish capital markets by the Communiqué Series: X, No: 22.⁷¹ Also, the new TCC requires audits of financial reports to be conducted in accordance with TAS: the Turkish translation of ISAs.⁷² Before the TAS was introduced to the capital markets in 2006, there had been no uniform standard in external auditing. This situation was especially difficult for international audit firms who were not familiar with the accounting system in Turkey. TAS are compatible with ISAs, and therefore both international audit firms and international users of the audit reports can take advantage of that compatibility - not only the foreign and/or multinational firms who aspire to invest in Turkey, but also Turkish companies, who will benefit from the use of those uniform standards. Therefore, the adoption of international standards through TFRS and TAS can be considered an effective tool for convergence.

With the regulatory improvements made in 2012 under the TCC, statutory audits can only be assigned to professional and independent auditors whose requirements are set by law.⁷³ In this respect, the public oversight auditory body of Turkey, sets specific requirements for the audits of (PIEs).⁷⁴ Second, the independence requirements were strengthened. A maximum 7-year period for auditors performing audits for the same client was introduced.⁷⁵

Furthermore, the establishment of the POAT can also be considered as tools for convergence. In this respect, the European Commission considered the establishment of the POAT as a good progress for Turkey as regards complying with the EU *acquis*.⁷⁶ According to the Commission, the establishment of the POAT improved the legal and institutional framework in auditing in Turkey.⁷⁷

⁶⁷ Coffee (1999) p. 705.

⁶⁸ Yurtoğlu, B. B. (2000) 'Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms' *Empirica*, 27, p. 193.

⁶⁹ Coffee (1999) p. 706.

⁷⁰ Communiqué Series: XI, No: 25 on accounting standards in capital markets, last amended by Communiqué II-14.1.a on financial reporting standards in capital markets (February 03, 2017).

⁷¹ Communiqué Series: X, No: 22 regarding Independent Audit Standards in Capital Markets, last amended by Communiqué Series: X, No: 28 (June 28, 2013).

⁷² TCC No. 6102, art. 397.

⁷³ *ibid*, art. 400.

⁷⁴ Regulation on independent auditing, Official Gazette No. 28509 (December 26, 2012), art. 11.

⁷⁵ TCC No. 6102, art. 400(2).

⁷⁶ European Commission Staff Working Document Turkey 2012 Progress Report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-13 Brussels October 10, 2012 SWD (2012) 336 final.

⁷⁷ *ibid*.

C. THE FEASIBILITY OF CONVERGENCE

So far it is submitted that auditing convergence is necessary for Turkey especially regarding its EU membership objective and the aim to be a part of global financial markets. The latest law reforms under TCC No. 6102 and Capital Markets Law No. 6362⁷⁸ are the methods using for auditing convergence.⁷⁹ Despite these reforms and formal approximation of laws and regulations on auditing, actual convergence may still not be possible.

This part will explain the feasibility of auditing convergence between Turkish and EU law according to the path dependency theory of Bebhuk & Roe⁸⁰ and the transplant effect theory of Berkowitz et al.⁸¹ Within this context, this section will question Turkey's adoption of EU law on auditing with respect to first, reasons arising from the initial conditions with which countries started (i.e. its path dependencies) and second, its institutional capacity to receive the imported law (i.e. the transplant effect).

To begin with, Turkey and the countries of the EU are at different levels of economic development. The adoption of EU law may be hindered due to institutional differences resulted from unequal economic development. Less developed institutional infrastructure, such as insufficient capacity of economic institutions, e.g. deficient budget and expertise, can be seen in less economically developed countries. Ineffective institutional frameworks can also be found in other countries than Turkey. Pistor et al. found that the failure of the former Soviet Union countries' legal reform on the protection

of shareholder and creditor rights was caused by the absence of effective legal institutions.⁸² Despite the fact that these countries have adopted advanced laws on the protection of shareholder and creditor rights, ineffective legal institutions failed to enforce these laws.⁸³

Political incentives as well as the incentives of interest groups also play a role in understanding a country's legal development. As public choice theory notes, politicians, namely governments and bureaucrats, do not often pursue to increase the social welfare when law-making.⁸⁴ Instead, politicians are self-interested and pursue, for example, political power, re-election, and rent-seeking.⁸⁵ In addition, other interest groups, for example, lawyers and auditors, may have political influence in the law-making process through lobbying.⁸⁶ There might also be other influential actors, such as the EU that might have role in the law-making process, as in the case in Turkey.

Institutional transformation is considered as one of the issues that challenged most the political economy of Turkey in terms of forming the country's institutional structure.⁸⁷ Institutional reform in Turkey has mainly started following the crisis of 2000 to 2001; only the Capital Markets Board of Turkey (the CMB) was already established in 1981. International influence through the IMF and World Bank has also encouraged Turkey to reform its economic institutions.⁸⁸ The main principle of institutionalising in Turkey is isolating the regulatory process from political influence.⁸⁹ To achieve this, independent regulatory authorities are established to operate in respective sectors, such as banking, finance, energy, and telecommunications.⁹⁰ A

⁷⁸ Capital Markets Law (CML) No. 2499 amended with Law No. 6362, Official Gazette No. 28513 (December 6, 2012).

⁷⁹ See section III-A above.

⁸⁰ **Bebchuk, L. A. & Roe, M. J.** (1999) 'A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership' *Stanford Law Review*, 52:127, p. 157.

⁸¹ **Berkowitz, D. et al.**, (2003b) 'Economic Development, Legality, and the Transplant Effect' *47 European Economic Review*, 47, p. 167.

⁸² **Pistor, K. et al.**, (2000) 'Law and Finance in Transition Economies' *Economics of Transition*, 8:2, p. 325.

⁸³ *ibid*, p. 356.

⁸⁴ **Siems** (2008) p. 235.

⁸⁵ **Baldwin, R. & Cave, M.** (2012) *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, 2nd edition, Oxford University Press, p. 41.

⁸⁶ **Siems** (2008) p. 239.

⁸⁷ **Onis, Z. & Kutluay, M.** (2013) 'Rising Powers in a Changing Global Order: The Political Economy of Turkey in the Age of BRICS' *The Washington Quarterly*, 34:8, p. 1417.

⁸⁸ **Atiyas, I.** (2012) 'Economic Institutions and Economic Change in Turkey during the Neoliberal Era' *New Perspectives on Turkey*, 14, p. 54.

⁸⁹ *ibid*, p. 60.

⁹⁰ For the development of regulatory agencies in Turkey, see **Ozel I. & Atiyas, I.** 'Regulatory Diffusion in Turkey: A Cross-Sectoral Assessment': Cetin, T. & Oguz, F. (Editors) (2011)

rule on independence ensures that these agencies are given financial autonomy and their decisions cannot be overturned by the ministries, but are subject to appeal mechanism undertaken by the Council of State (*Danıştay*).⁹¹ There is controversy regarding the level of independence and delegation of the authority of economic institutions in Turkey. For example, it is argued that the independence of telecommunication regulatory institution of Turkey has been impaired and institutional quality of the regulatory agency in the electricity sector has been insufficient.⁹²

In line with the institutional independence policy, in the field of auditing, the public oversight authority of Turkey was established as an independent body that is free from political pressure. However, it has been argued that political intervention on the regulatory authorities has been the case in Turkey.⁹³ Politicians and bureaucrats have been involved in the control of the regulatory agencies, for example, through the appointment of the board members of these bodies as these agencies are 'affiliated' to the respective ministries,⁹⁴ e.g. POAT, as well as CMB are affiliated to the Ministry of Treasury and Finance of Turkey. This arrangement may suggest that operations of these institutions cannot be separated from the incentives and politics of the politicians and bureaucrats since there is a link between these institutions and the political institutions, i.e. ministries.

In addition to the independence issue, the fragmented institutional structure is the other shortcoming in auditing sector in Turkey. Before the establishment of the POAT, the supervision of audit firms had a multi-headed structure. The CMB used to govern audit firms that audited firms listed on the Borsa Istanbul⁹⁵ and the Banking Regulation

and Supervision Agency (BRSA), the regulatory and supervisory body in the banking sector, used to govern firms that audited banks and financial institutions.⁹⁶ Regarding oversight mechanisms, oversight of those who are excluded in the list of CMB and BRSA is the responsibility of the POAT. To put it differently, while the CMB and the BRSA govern audits in their subject areas (i.e. respectively financial markets, and banking sector), the POAT governs the audit firms and auditors that fall outside of the scope of CMB and BRSA (e.g. the audits of non-listed firms). As regards the certification of auditors, since 2013, auditors and audit firms are required to be certified by the POAT initially, in order to perform audits in financial markets.⁹⁷ Yet, the CMB has the right to withdraw approval of an audit firm approved by the POAT⁹⁸ and the POAT receives opinions from the CMB and the BRSA on the approval of audit firms that audit PIEs.⁹⁹ These provisions reserve the rights of the CMB and the BRSA as to external audits of PIEs in the sectors that they are authorised to regulate and supervise. So, the POAT carries out its duty in coordination with the CMB and the BRSA.

It can be concluded that the establishment of the POAT has not terminated the multi-headed regulatory structure entirely, since the CMB and BRSA still have supervisory rights over audits in their regulatory area. Having more than one regulatory in the field of auditing may cause obstruction, in particular with respect to the application of the standards and investigations over audit firms. However, one should take into account that it would be politically and economically difficult to abolish the roles of the other institutions. This would make existing institutional and professional

The Political Economy of Regulation in Turkey, New York, Springer, pp. 51-73.

⁹¹ Atiyas, p. 61.

⁹² Atiyas p. 65.

⁹³ Ozel, I. (2012) 'The Politics of De-delegation: Regulatory (In)dependence in Turkey' 6 Regulation and Governance, 6, p. 122.

⁹⁴ *ibid*, p. 124.

⁹⁵ Capital Markets Law No. 6362, art. 35 (1) (c). With the enactment of the Capital Markets Law No. 6362 on 30 December 2012, the Istanbul Stock Exchange was renamed as Borsa Istanbul (BIST) and started to operate on 3 April 2013.

⁹⁶ Banking Law No. 5411, Official Gazette No. 25983 (December 1, 2005), art. 15, 33, and 36.

⁹⁷ Communiqué Series: X, No: 28 amending communiqué on independent audit standards in capital markets, Official Gazette No. 28691 (June 28, 2013), s. 2, art. 3.

⁹⁸ CML No. 6362, art. 62.

⁹⁹ Also, the Capital Markets Law and Banking Law provisions with respect of the regulation of external auditing and audit firms are reserved. See Statutory Decree No.660, art. 23(2)-(4).

infrastructure ill-fitting and clearly would require new investments. Overall, the Turkish government has chosen to avoid these costs however, in turn; this has resulted in a fragmented supervisory framework in the field of auditing.

Furthermore, Turkey is not yet a member of the EU. In terms of the implementation and enforcement of the rules, Turkey therefore does not have the same options and choices as current Member States. For instance, other areas of law show that differences and institutional infrastructure of other institutions are not at the same level as in the EU Member States. In addition, practices and relations prevailing in the business environment might be another reason for differences that still persist after the adoption of EU law.

So far, this section argued that the insufficient institutional structure in Turkey could be the basis for differences that still persist. One could also question the reasons for these institutional impediments. Berkowitz et al. acknowledged that there would be social, economic, and institutional differences between an origin and the transplant country. To reduce the effects of these differences in the adoption of the new law, a transplant country has to meet with familiarity and/or adaptability. In their explanation, they claimed that countries with familiarity (who share a legal history or belong to the same legal family) and/or adaptation would have more effective institutions compared those who do not share a common legal history with the transplanted concepts or have not made necessary modifications to adapt its initial conditions with the origin country.¹⁰⁰ If the necessary modifications were not made to adapt the local conditions, there would be “*a substantial mismatch between pre-existing and the imported legal order*” causing the

“*transplant effect*”.¹⁰¹ The ‘transplant effect’ would cause the malfunction of the imported legal order and legal intermediaries (e.g. judges, lawyers, politicians) would also be affected negatively in terms of reception of the new law.¹⁰² These findings may suggest that the transplant effect theory can be used to explain the ineffective institutions in a transplant country.

In terms of Turkey’s adoption of EU law, it is necessary for Turkey to make the appropriate modifications. To give an example, the EU requirement for the establishment of a public oversight body should not be attributed only to the mere establishment of such body. Adequate resource allocation, including an adequate budget for inspections, and the employment of sufficient number of experts for these inspections, and the continuing training of the member staff are important pillars for the efficient functioning of such body. They are also crucial for serving the ultimate objective to form such body, i.e. increased audit quality and improved investor protection.

Another example is the rule on private litigation in terms of auditor liability. Although, the law on auditor liability has now been improved with the enactment of the new TCC¹⁰³ and Capital Markets Law¹⁰⁴, private litigation in terms of auditor liability in Turkey has not yet been applied as it has been in other countries, such as the UK.¹⁰⁵ However, it is said that for imported rules to be functional, there should be a demand for it in the first place and legal intermediaries (e.g. judges, lawyers, politicians) should understand the real meaning of the law.¹⁰⁶ Accordingly, for the private litigation on auditor liability to be functional in Turkey, first, there should be a demand for it; second, investors should be informed with the new

¹⁰⁰ Berkowitz et al. (2003b) pp. 180-181.

¹⁰¹ *ibid.*, pp. 167-168.

¹⁰² *ibid.*

¹⁰³ TCC governs civil liability rules for auditors based on fault principle. See TCC No. 6102, art. 554. The POAT also provides rules related to auditor liability under Statutory Decree No. 660.

¹⁰⁴ CML imposes liability on auditors (together with other issuers) for misleading prospectuses and other disclosure requirements. See CML No. 6362, art. 10, 32. In addition, in line with ISA 240, CMB Communiqué Series: X, No: 22 governed

the responsibility of auditors with respect of fraud and material misstatement detection in financial accounts. See Communiqué Series: X, No: 22, art. 7.

¹⁰⁵ The UK common law rules specify the elements of civil liability action for auditors with cases dated back to 19th century, e.g. *Re London and General Bank* (No. 2) [1895] 2 Ch. 673, Court of Appeal; *Re Kingston Cotton Mill Co.* (No. 2) [1896] 2 Ch. 279, Court of Appeal; *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 A.C.

¹⁰⁶ Berkowitz et al. (2003b) pp. 173-174.

rule, and third both the investors and the legal intermediaries should be able to understand the meaning of the private litigation on auditor liability and its relevance with the cases in capital markets. If necessary, lawyers could be trained in the application of the private litigation. If the real meanings of the auditor liability rules were not understood properly, there is a risk that these rules would not be applied at all or could be applied in a way that is against its principal intention.¹⁰⁷ Nevertheless, before drawing a direct conclusion, it should also be acknowledged that some time might be required after the enactment of the new laws for the society in Turkey to understand and to observe their meaning and to apply them when necessary.

From another perspective, it may be also questionable to what extent Turkey is subject to the transplant effect. Berkowitz et al. categorised Turkey as an “*unreceptive*” transplant.¹⁰⁸ However, they made this categorization based on the findings from data collected during 1980-95. This is the period when Turkey was in the process of transmission, and had therefore not completed its economic and legal development. After this period, Turkey’s legal environment developed rapidly and shifted to another era, the so-called ‘Europeanization period’ that helped Turkey make breakthroughs in economic and political developments. After the Customs Union agreement between Turkey and the EU in 1995, the European Council granted Turkey EU candidacy status in 1999. Since then, Turkey has issued major reforms and adopted a number of adjustment packages under the National Programme for the Adoption of the EU *acquis*.¹⁰⁹ The regulatory measures in the fields of business law and financial markets under the Europeanization process have helped Turkey to move its legal system closer to EU law. Thus, a categorization that places Turkey as ‘*unreceptive*’ cannot be applied today, if one takes into account Turkey’s on-going financial and legal development ever since.

Furthermore, the ‘transplant effect’ might be less valid for auditing convergence between the EU and Turkish laws. It is because there is also a strong effect of market-driven convergence namely through the integrated audit market and acceptance of international auditing standards. It can be expected that the audit and business society would be eager to support and also to adapt the reforms on auditing in the expectations of positive economic outcomes of integration of financial markets. Yet, it should be highlighted that necessary adaptations will still be required for the law and institutions to be operated effectively.

D. A CONCEPTUAL FRAMEWORK FOR THE CONVERGENCE BETWEEN THE EU AND TURKISH LAWS ON AUDITING

Turkey has made good progress in the areas of company law and financial markets over the last twenty years in terms of increasing the level of its law and regulations to world standards. In this respect, the alignment of company law regulations with the EU *acquis* is almost complete, as the European Commission has stated that Turkey is “*advanced*” in the company law area with “*significant progress in auditing*”.¹¹⁰ It appears that Turkey made distinctive changes in its laws in auditing similar to EU Directive 2014/56/EU.¹¹¹ This could probably result in formal convergence that requires a political support and a change in legal infrastructure.¹¹²

In the previous section, three factors, namely the EU membership aspiration, the objective of the integration of capital markets, and the need for improvement of laws were discussed in justifying the need for convergence.¹¹³ These three factors can also be considered as drivers for convergence between EU and Turkish laws on auditing. Nevertheless, there could still be differences in terms of legal mentalities in national preferences.

¹⁰⁷ *ibid*, p. 174.

¹⁰⁸ Berkowitz et al. (2003a) p. 195.

¹⁰⁹ Baç, M. M. (2005) ‘Turkey’s Political Reforms and the Impact of the European Union’ South European Society and Politics Journal, 10, p. 17.

¹¹⁰ European Commission Progress Report p. 50.

¹¹¹ See section III-A(2) above.

¹¹² Siems called convergence through international or regional organizations (i.e. here, the EU Audit Directive) as “*convergence from above*”. See Siems (2008) p. 375.

¹¹³ See section III-A above.

For instance, a weak legal environment, a multi-headed supervision mechanism, and functional dissimilarities (e.g. not being an EU member country)¹¹⁴ may stand in the way of actual convergence. As the Table below details, there are four dimensions of audit convergence that need to be considered when evaluating convergence between Turkish and EU laws on auditing. The following will show that there are reasons that support each of those four dimensions; thus, overall, it will be concluded that the Turkish situation is a mixed one.

		Convergence in law	
		Yes	No
Convergence in practice	Yes	Level 1 Harmonisation with the EU <i>acquis</i> , e.g. adoption of ISAs, and aim to integrate markets	Level 2 Path dependencies of law (including case law), e.g. reflecting differences in the role of courts
	No	Level 3 Differences in practice, e.g. due to 'multi-headed supervision', ineffective monitoring mechanisms and cultural factors	Level 4 Functional dissimilarities: Turkey being a candidate country and having a less developed capital market, as well as costs of harmonisation

Table 1: Dimensions of auditing convergence between EU and Turkish laws

On the Table above, at level one, harmonisation attempts are carried out through two general factors: the EU membership process and the integration of markets. Turkish law is harmonising with the EU *acquis* as a requirement for EU membership.

Also, the integration of markets forced Turkey to adopt international professional standards in accounting and auditing. At this level, the influence of EU membership and internationalization of the economy on convergence is very high.

At level two, path dependencies may stand in the way of legal convergence despite harmonisation attempts, in particular as regards the relevance of 'case law'. To begin with, Turkey is a transplant country whose legal order is based on a civil law legal system. Therefore, there might be differences in the application of laws and rules. For instance, in the field of auditing, laws are applied mainly through statutory laws and regulations, e.g. the provisions of the TCC, CML, and POAT regulations, and CMB communiqués. Although the effects of this may not directly obstruct the convergence of auditing rules, this may generate institutional and legislative issues that may indirectly result in differences in rules or its application. For instance, due to institutional and legislative differences, private litigation practice has not developed well in Turkey. Although the law issued liability on auditors to third parties under CML No. 6362,¹¹⁵ there is currently no common practice in redressing auditor liability.

As in other countries, in Turkey courts deal with commercial disputes. Even though their application is rare, alternative dispute resolution methods, such as arbitration and mediation are also available in Turkey. For instance, the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey offers arbitration services under the Arbitration Council (*TOBB Tahkim Kurulu*) to ensure the settlement of economic, commercial and industrial disputes among the firms.¹¹⁶ Mediation is another alternative method.¹¹⁷ The number of commercial disputes settled with mediation has increased in the past few years since the mediation process becomes

¹¹⁴ See also section III-C above.

¹¹⁵ CML No. 6362, art. 10, 32.

¹¹⁶ For more information, see TOBB Arbitration website available at <http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/Eng/Arbitration.php> accessed February 06, 2019. Istanbul Arbitration Centre (ISTAC) also provide arbitration and mediation services both domestic and foreign commercial matters. See ISTAC website at <https://istac.org.tr/en/dispute-resolution/arbitration/> accessed March 25, 2019.

¹¹⁷ In order to make the application more effective Turkey has initiated recent legislative changes with the enactment of the Code of Mediation in Legal Disputes No. 6325 that is available for disputes arising from business operations, including those having a foreign element. See The Code of Mediation in Legal Disputes No. 6325, Official Gazette No. 28331 (June 7, 2012), art. 1.

mandatory before initiating a lawsuit for commercial disputes regarding payment of a certain amount of money and compensation claims as of December 2018.¹¹⁸ Besides, the new TCC assigns commercial courts, e.g. Commercial Courts of general jurisdiction (*Asliye Ticaret Mahkemeleri*) to deal with auditor liability claims. However, it is said that the capacity of these courts is not sufficient to handle this task.¹¹⁹ For instance, the average number of judges per 100.000 persons is below to the average rates in European countries.¹²⁰ in terms of efficiency of the courts, it was reported that the clearance rates¹²¹ of civil and commercial litigious cases in 2016, was below of the European average indicating that the courts handle fewer cases than they receive.¹²² The workload of the courts results in long trials and lengthy procedures in the courts and subsequently creates a cumbersome judicial system in Turkey.¹²³

In addition to the capacity of the courts, court fees and the duration of the trials are the main obstacles that might hinder the wide application of private litigation in Turkey. A claimant has to pay 44,40 Turkish Liras (TL) (approximately €7,48) for filling an action in Commercial Courts of general jurisdiction (*Asliye Ticaret Mahkemeleri*) and 6.831 TL per cent relative fee of the dispute value for written judicial decree. Another 218,50 TL (approximately €36,84) has to be paid to file an appeal in Court of Cassation (*Yargıtay*).¹²⁴ There will be attorney fees and other expenses during the court proceedings as well, such as expert fees and other charges

that the claimant needs to pay.¹²⁵ This can create a burden on investors who seeks justice. As a result, they may choose not to sue. To conclude, inadequacies in institutional setting of Turkish judiciary system, for example the number of judges, the structure of courts, the cost of litigation, and long trials and lengthy procedures could be the factors that affect the low litigation rates in Turkey. In addition, the reason for the non-application of auditor liability rules in Turkey could be the lack of understanding of the law by the lawyers and investors.¹²⁶

On the Table above, differences in practice are seen at level three. Some of these differences are related to the failure of the Turkish law-maker to consider the practicality of new laws. For instance, prior to the adoption of the new TCC no regulatory impact analysis was carried out in order to foresee the effects of the rules and predict the outcomes.¹²⁷ If carried out, such assessment would have been beneficial in order to understand whether the rules are appropriate in the present institutional framework. Lack of such prior assessment may result in non-application of the rules, or rules that are applied differently than intended. Instead of carrying out such regulatory impact analysis, the law-makers set different dates for the enactment of the law and for their application. For instance, the new TCC was issued in January 2011 while rules on external auditing were only applicable as of January 2013. The law-makers made an assumption that two years would be enough for adjustments of the existence

¹¹⁸ TCC No. 6102, art. 5/A.

¹¹⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2012 -13 Brussels, October 10, 2012 COM (2012) 600 final, 69.

¹²⁰ In 2016, the number of professional judges that fall into 100.000 people was 14.1 in Turkey; while it was 24,2 in Germany; 10,4 in Italy; and 25,8 in Greece. See High Council of Judges and Prosecutors (HCJP), Annual Report 2018 edition (2016 data), October 2018, p. 16.

¹²¹ Clearance rate is a ratio, obtained by dividing the number of resolved cases with the number of incoming cases that shows how a judicial system cope with the flow of cases, *ibid*, p. 48.

¹²² *ibid*, p. 50.

¹²³ Imar Bank case can be given as an example of the slow judicial system of Turkey. In this case, the lawsuit against auditors is time-barred since no conclusion can be reached after seven years and six months of that the scandal was revealed to the markets between the years 2000-2003.

¹²⁴ The law determines the litigation fees and updates them each year. See Fees Act General Communication No. 82, Official Gazette No. 30642 (December 31, 2018).

¹²⁵ The claimant has to meet the litigation cost. However, if the claims were successful, the defendant must compensate the costs that the claimant was subject to during the litigation proceedings.

¹²⁶ See also section III-C above.

¹²⁷ An impact analysis was carried out at EU level regarding the proposals for amending Directive 2006/43/EC and Regulation for the audits of PIEs. See Commission Staff Working Paper Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts and a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities [COM (2011) 778 COM (2011) 779 SEC (2011) 1385] SEC (2011) 1384.

institutions (e.g. increasing the capacity and adequacy of commercial courts) With regard to differences in practice (i.e. level 3 on the Table), one should also consider the enforcement efficiency. The enforcement mechanism in Turkey is already weak and unwieldy. For instance, CMB monitoring over audit firms seems to be ineffective in terms of the number of investigations issued to audit firms.¹²⁸ To give an example, as the annual activity reports revealed, only a small number of audit firms investigated each year. For example, the number of investigations carried out by the CMB into the audit firms in 2017 was only 18, and 24 in 2016.¹²⁹ As a result of these investigations, the total number of sanctions was 7 in 2017 (8 in 2016) composed of audit activity sanctions and administrative fines.¹³⁰ These reports indicate that only a small number of audit activities are investigated by the CMB. This situation is a drawback for the law in action. In such circumstances, the function of the law would be hindered by an inefficient enforcement mechanism. Therefore, at level two, differences in practice are likely to obstruct an actual convergence.

Last but not least, cultural differences may stand in the way of convergence in practice. Coffee remarked that cultural norms might help managers to refrain from the expropriation of minority shareholders' interests.¹³¹ This influence is said to be more relevant where the legal rules on minority shareholder protection are weaker.¹³² As Coffee claims, in civil law regimes where the law is weaker, the influence of cultural norms can be more relevant than

legal rules on the business.¹³³ It is because in common law countries where legal rules provide more protection for minority shareholders¹³⁴ cultural norms become less important.¹³⁵ Similarly, Hofstede suggested that cultural values might influence managers' decisions and behaviours.¹³⁶ To give an example from Turkey, in the Imar Bank case the family connections and government contacts played a great role in the bank's businesses. The Uzan family members had a great control over the managers and they had close relations with the political actors of that time.¹³⁷ They expected that having close relations with the powerful bureaucrats at that time would provide them a greater comfort for their illegal transactions.¹³⁸ The family members had the absolute control over the bank's management and had no incentives to disclose business information to the public or government's officials, including the BRSA auditors. It seems clear that the cultural values that play a role in business relations could influence managers' behaviours. One could also question the relation between cultural values and auditors' behaviours. To put as a question, did cultural factors affect the work of the auditors,¹³⁹ for instance in Imar Bank case?

Societal factors might explain differences in accounting values in different countries. The accounting system of a country is shaped by its economic, historical and technological development as well as its legal system, capital market development and education. The list is not exhaustive. It has shown that cultural values also have a say on the development of accounting profession in a country. Thus, even if the law is formally converged, cultural

¹²⁸ The CMB can launch inspections of audit firms as a form of regular routine or as a result of a complaint or a denouncement. The CMB shall report to the POAT about these inspections. See CML No. 6362, art. 62(1), (2).

¹²⁹ According to the CMB's annual activity reports, the number of audit firms investigated by the CMB was 2 in 2017, and it was 6 in 2016.

¹³⁰ CMB's Annual Activity Reports are available online at <http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=7&pid=5> accessed February 06, 2019.

¹³¹ Coffee, J. C. Jr., (2000) 'Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation' University of Pennsylvania Law Review, 149:6, p. 2155.

¹³² *ibid*, p. 2175.

¹³³ Coffee noted that differences in corporate behavior could be explained by the existence of compliance of strong social norms in a society. See *ibid*, pp. 2156-2165.

¹³⁴ La Porta et al (2000) p. 8.

¹³⁵ Coffee (2000) p. 2175.

¹³⁶ Hofstede identified four societal value dimensions when explaining cultural differences: power distance, uncertainty avoidance, individualism, and masculinity. See Hofstede, G. (1980) *Culture's Consequences*, Sage, p. 11.

¹³⁷ Omurgonulsen, M. & Omurgonulsen, U. (2009) 'Critical thinking about creative accounting in the face of a recent scandal in the Turkish banking sector' *Critical Perspectives on Accounting*, 20, p. 659.

¹³⁸ *ibid*.

¹³⁹ The intention of asking this question is not to start a discussion on behavioral analysis of auditors. The aim here is to point out how can cultural factors in business relations – other than law – affect the work of the auditor.

values may still be effective on the business relations and practices, and thus might result in differences in practice.

The quality of the audit work highly depends on auditors' professional judgement that should be exercised with a questioning mind. As important as the professional expertise, it is important that auditors adopt an independent attitude when performing the audit work. Auditors' ability to exercise their individual and independent professional judgement depends on the development of the accounting profession in a country.¹⁴⁰ In societies with high professionalism there is more emphasis on independence in individual decisions.¹⁴¹ For instance, countries such as the UK, adopt a principle-based accounting regulation and the concept of 'a true and fair view' heavily depends on auditors' judgement on the financial accounts.¹⁴² In addition, the role of the professional associations in standard setting also helped the development of accountancy as a profession in the UK. As far as the period of the Imar Bank case in Turkey is considered, contrary to the UK standards, neither professional associations nor accountancy as a profession were highly developed. Instead, audit work used to be concerned primarily with the implementation of prescriptive legal requirements in terms of, for example tax compliance.¹⁴³ This audit work definition did not allow auditors to use freely their professional judgement in any case.

Furthermore, as suggested, secrecy (or confidentiality) in business relations also influences the accounting values.¹⁴⁴ According to Gray,¹⁴⁵ managers in less secretive societies (i.e. more transparent ones) tend to disclose information whereas they

tend to be more confidential in secretive environments and share business information only to those who are closely linked to the management.¹⁴⁶ For instance, in the Imar Bank case, as required by law, auditors checked the company's financial accounts whether they were prepared and presented in accordance to the law. Auditors however, did not critically question the accuracy of the financial accounts. Instead they completely relied on the information presented by the management who in fact designed the internal control system to ensure that the bank was run in accordance to the major shareholders' interests. The auditors' verification of the financial reports without critically questioning their accuracy may be related to lack of professionalism in the auditing society in Turkey at that time. Professionalism requires independence and expertise. However, in Turkey, auditors were involved as an organ within the companies during the time, thus not able to conduct an independent audit but worked as an employee of the management.¹⁴⁷ Auditors in the Imar Bank case also did not ask for more information from the management because of the likely influence of the cultural value of secrecy on auditors' work. The management's reluctance to disclose adequate financial information was not seen inappropriate by the auditors, as they perceived non-disclosure as normal.

The Imar Bank case was important in terms of illustrating a large scale of accounting fraud, audit and corporate governance failure. However, it happened more than a decade ago. Reforms, especially in the banking sector were enacted shortly after the case was revealed.¹⁴⁸ Moreover, since the last de-

¹⁴⁰ Gray identified that accounting values in a country can be related to the professionalism dimension of the society in question. Gray's accounting sub-culture values are professionalism, uniformity, conservatism, and secrecy. See **Gray**, p. 8.

¹⁴¹ *ibid*, p. 9.

¹⁴² *ibid*, p. 8.

¹⁴³ See **Uzay**, S. et al., 'Financial Auditing in Turkey: Historical Context and Expectations', 12th World Congress of Accounting Historians, July 20-24, 2008.

¹⁴⁴ **Gray**, p. 11.

¹⁴⁵ *ibid*, p. 8.

¹⁴⁶ It was also found that managers with a tendency to be secretive would have less incentive to choose higher quality

auditors because they would not want to share information with outsider investors. See **Hope**, O. K. et al., (2008) 'Culture and Auditor Choice: a test of the secrecy hypothesis' *Journal of Accounting and Public Policy*, 27, pp. 358-360.

¹⁴⁷ See **Uzay** et al. (2008).

¹⁴⁸ After the Imar Bank scandal, the BRSA took measures to strengthen Banking Law No. 5411, including measures on the audit of banks, internal audit, internal control, and transparency. CMB also issued specific regulations on the subject of corporate governance, independence of auditing, and ethical codes of accounting.

cade, there has been significant development on rules and regulations on auditing also since then auditing as a profession has developed with the adoption of international auditing standards.¹⁴⁹ Furthermore, the influence of national cultural factors is likely to be less relevant for the adoption of company and commercial law because they are linked to “*economic interests rather than national customs or sentiments*”.¹⁵⁰ As Turkey keeps following an international route in audit regulation – including the adoption of international standards and EU law on auditing – and promoting the interaction between its capital markets and international markets, it is suggested that the influence of national cultural values on auditing is likely to decrease.

On the Table above, at level four, the degree of functional dissimilarities is high. At this level, the costs of harmonisation should be considered. With the enactment of new laws, the number of regulations on auditing has expanded gradually in Turkey. For the following reasons compliance costs are likely to be substantial: first, Turkey is not currently a member country of the EU. Its laws and rules may differ in certain areas. Moreover, currently, there is no cooperation with the European Council in terms of law making.¹⁵¹ This may create a disadvantage for Turkey compared to the EU Member State countries, both in terms of law making and in the application processes. Second, an effective system of capital markets is necessary for the successful adoption of laws in the audit practice. Yet, the Turkish capital market is less developed and the economy is relatively fragile when compared with European countries. To reduce the negative effects of functional dissimilarities in convergence, it might be necessary to issue new laws in other areas as well. However, this is likely to increase compliance costs. Thus, functional dissimilarities can be seen to be a major impediment to convergence between EU and Turkish laws on auditing.

IV. CONCLUSION

Financial markets become more integrated every day. This integration has increased the number of cross-listed firms and international (and multinational) investments between countries. On the one hand, investors rely on auditing and assurance services for their investments to achieve the most return on their investments. In addition, companies use auditing services to provide a true picture of their financial situation. On the other hand, countries try to provide a secure and attractive investment environment for investors in their capital markets. An effective audit market can contribute to the stability and efficient operations of financial markets. As a result, the importance of external auditing has grown, not only for corporate governance in companies, but also in ensuring trust and confidence in financial markets.

The global need for auditing services has led to the creation of international professional standards in auditing. Ultimately, countries, such as Turkey, that aspire to benefit from a comparability advantage and to attract foreign investment have adopted this uniformity. As this paper has submitted, this kind of approximation is a kind of convergence through ‘congruence’.¹⁵² In addition to this natural convergence, there is also convergence of form through the adoption of EU laws on auditing that can be seen as convergence through ‘pressure’.¹⁵³

This paper has submitted that a current globalised world makes it difficult, if not impossible, to categorise systems into legal families. As worldwide globalisation and market integration increases, the trend will be for a convergence of laws on auditing between EU and Turkish laws. In Turkey, the effects of globalisation (i.e. adoption of ISAs) and EU membership process (i.e. harmonisation with EU law) have had a direct impact on the laws on audi-

¹⁴⁹ See also section III-A above.

¹⁵⁰ **Cabrelli, D. & Siems, M.** (2015) ‘Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis’ *American Journal of Comparative Law*, 63, p. 124.

¹⁵¹ Throughout negotiations, the Commission monitors Turkey with regards its alignment with the EU *acquis*. However, the European Council only gives explanatory information regarding the law in context.

¹⁵² The terms ‘convergence through congruence’ is borrowed from Siems. See **Siems** (2008) pp. 250-296.

¹⁵³ For ‘convergence through pressure’, see *ibid*, pp. 314-317.

ting and will continue to do so. However, the approximation of laws in this form does not necessarily result in actual convergence, suggesting that differences may still persist.

The main conclusions of this paper are as follows: If external auditing does not play a central and critical role in concentrated ownership structures, the enactment of audit reforms in Turkey can be read as the pressure of globalisation and worldwide integration of financial markets and the political and economic pressure of the EU membership process. This means that Turkey has succeeded in reforming its company and capital markets law in compliance with the EU Directive 2014/56/EU. Also, the positive effects of globalisation are likely to prompt the application of international auditing standards in businesses in Turkey. Nevertheless, despite harmonisation attempts, there are a number of impediments to the convergence of auditing between EU and Turkish laws. It is due to the institutional and legislative differences in the audit market in Turkey. As a result, actual convergence may not be easily achieved, although there seems to be convergence in form as a result of the adoption of EU *acquis*.

This paper noted the appearance of an ineffective institutional framework in the auditing industry in Turkey as an impediment to auditing convergence in practice. In particular, it proposed that the multi-headed structure of the audit oversight mechanism in Turkey should be terminated. In order to achieve this, the independence and institutional capacity of the POAT needs to be strengthened in the field of auditing both in terms of supervision and rulemaking. In addition, the cooperation and coordination with the other regulatory bodies operate in the auditing field need further enhancement.

Actual convergence cannot be achieved by approximation of laws alone, but requires institutional transformation as well. Institutional modification would make the adoption of imported law more successful.¹⁵⁴ There is a strong correlation between institutional structure in a country and the successful application of imported rules. In other words, the effectiveness of law is linked to the institutional set-up of economic institutions through, for example the enforcement force of these institutions. Without sufficient institutional set-up, the approximation of law alone is less likely to bring successful implementation. Institutions must operate efficiently for the law to make sense to the society. This should be understood as institutions work to familiarise the imported rules not only to the society (for the application of laws) but also to courts and other regulators (for the enforcement of laws). Unless these conditions are met it is unlikely that the imported law serve its purpose. If the society could not establish a familiarity with the imported law, there will be no implementation or the law will be implied in contradiction to its initial purpose. This is the case in the application of private litigation practice in Turkey. Institutional modification might be necessary to familiarize the private litigation system for investors in Turkey. In order to operate the system of paying compensation in Turkey, the capacity of courts must be improved to meet the demand for private litigation. To create such demand, it is necessary that the users understand the true meaning of the law. This could be achieved through increasing the public awareness on the legal remedies available within the judicial system in Turkey.

¹⁵⁴ Berkowitz et al. (2003b) pp. 180-181.

BIBLIOGRAPHY

- Armour, J.** (2005) 'Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition' *Current Legal Problems*, 58: pp. 369-413.
- Ashbaugh, H. & Watfield, T. D.** (2012) 'Audit as a Corporate Governance Mechanism: Evidence from the German Market' *Journal of International Accounting Research*, 2: pp. 1-21.
- Atiyas, I.** (2012) 'Economic Institutions and Economic Change in Turkey during the Neoliberal Era' *New Perspectives on Turkey*, 14: pp. 45-69.
- Baç, M. M.** (2005) 'Turkey's Political Reforms and the Impact of the European Union' *South European Society and Politics Journal*, 10: pp. 17-31.
- Baldwin, R. & Cave, M.** (2012) *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, 2nd edition, Oxford University Press.
- Ball, R.** (2001) 'Infrastructure Requirements for an Economically Efficient System of Public Financial Reporting and Disclosure' *Brookings-Wharton Papers on Financial Services*, pp. 127-169.
- Bebchuk, L. A. & Roe, M. J.** (1999) 'A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance' *Stanford Law Review*, 52: pp. 127-170.
- Berkowitz, D., Pistor, K., & Richard, J.** (2003a) 'The Transplant Effect' *The Journal of Comparative Law*, 51:1, pp. 163-203 (Berkowitz et al., 2003a).
- Berkowitz, D., Pistor, K., & Richard, J.** (2003b) 'Economic Development, Legality, and the Transplant Effect' *47 European Economic Review*, 47: pp. 165-195 (Berkowitz et al., 2003b).
- Black, L. S. Jr.,** (2012) 'Why Corporations Choose Delaware' Delaware Department of State Division of Corporations, https://corpfiles.delaware.gov/whycorporations_web.pdf accessed 29 March, 2019.
- Cabrelli, D. & Siems, M.** (2015) 'Convergence, Legal Origins, and Transplants in Comparative Corporate Law: A Case-Based and Quantitative Analysis' *American Journal of Comparative Law*, 63: pp. 109-153.
- Coffee, J. C. Jr.,** (1999) 'The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications' *Northwestern University Law Review*, 93:3, pp. 641-707 (Coffee, 1999).
- Coffee, J. C. Jr.,** (2000) 'Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation' *University of Pennsylvania Law Review*, 149:6, pp. 2151-2177 (Coffee, 2000).
- Coffee, J. C. Jr.,** (2005) 'A Theory of Corporate Scandals: Why the USA and Europe Differ' *Oxford Review of Economic Policy*, 21:2, pp. 198-211.
- Copley, P., Gavier, J., & Gaver, M.** (1995) 'Simultaneous Estimation of the Supply Demand of Differentiated Audits: Evidence from the Municipal Audit Market' *Journal of Accounting Research*, 33:1, pp. 137-155.
- Easterbrook, F. H. & Fischel, D. R.** (1991) *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press.
- Engert, S.** (2010) *EU Enlargement and Socialization Turkey and Cyprus*, Routledge, New York.
- Fan, J. P. H. & Wong, T. J.** (2005) 'Do External Auditors Perform a Corporate Governance Role in Emerging Markets? Evidence from East Asia' *Journal of Accounting Research*, 43:1, pp. 35-72.
- Francis, J. R., Khurana I. K., & Pereira, R.** (2003) 'The Role of Accounting and Auditing in Corporate Governance and The Development of Financial Markets Around the World' *Asia-Pacific Journal of Accounting and Economics*, 10: pp. 1-30.
- Geiger, U.** (1997) 'The Case for the Harmonization of Securities Disclosure Rules in the Global Market' *Columbia Business Law Review*, pp. 241-318.
- Gilson, R. J.** (2006) 'Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy' *Harvard Law Review*, 119:6, pp. 1641-1679.

- Gray, S. J.** (1988) 'Towards a Theory of Cultural Influence on the Development of Accounting Systems Internationally' *Abacus*, 24: pp. 1-15.
- Guedhami, O. & Pittman, J. A.** (2000) 'Ownership Concentration in Privatized Firms: The Role of Disclosure Standards, Auditor Choice, and Auditing Infrastructure' *Journal of Accounting Research*, 44:5, pp. 889-929.
- Hansmann, H. & Kraakman, R.** (2001) 'The End of History for Corporate Law' *Georgetown Law Journal*, 89: pp. 436-468.
- Hellman, N., Gray, S. J., Morris, R. D. & Haller, A.** (2015) 'The Persistence of International Accounting Differences as Measured on Transition to IFRS' *Accounting and Business Research*, 45:2, pp. 166-195.
- Hoecke, M. & Warrington, M.** (1998) 'Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law' *International and Comparative Law Quarterly*, 47: pp. 495-536.
- Hofstede, G.** (1980) *Culture's Consequences*, Sage.
- Hope, O. K. et al.,** (2008) 'Culture and Auditor Choice: A Test of the Secrecy Hypothesis' *Journal of Accounting and Public Policy*, 27: pp. 357-373.
- Husa, J.** (2011) 'The Method is Dead. Long Live the Methods! European Polynomia and Pluralist Methodology' *Legisprudence* 5:3, pp. 249-271.
- Jensen, M. C. & Meckling, W. H.** (1976) 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure' *Journal of Financial Economics*, 3:4, pp. 305-360.
- Johnson, W. B. & Lys, T.** (1990) 'The Market for Audit Services: Evidence from Voluntary Auditor Changes' *Journal of Accounting and Economics*, 12:1-3, pp. 281-308.
- Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H. B., Hertig, G., Hopt, K. J., Kanda, H., & Rock, E. B.** (2009) *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press.
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., & Shleifer, A.** (1999) 'Corporate Ownership around the World' *Journal of Finance*, 54:2, pp. 471-517 (La Porta et al, 1999).
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R.** (1997), 'Legal Determinants of External Finance' *Journal of Finance* 52:3, pp. 1131-1150. (La Porta et al, 1997).
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R.** (1998) 'Law and Finance' *Journal of Political Economy*, 106:6, pp. 1113-1155. (La Porta et al, 1998).
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R.** (2000) 'Investor Protection and Corporate Governance' *Journal of Financial Economics*, 58: pp. 3-27. (La Porta et al, 2000).
- La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R.** (2002) 'Investor Protection and Corporate Valuation' *Journal of Finance*, 57: pp. 1147-1170.
- Lele, P. P. & Siems, M. M.** (2007) 'Shareholder Protection: A Leximetric Approach' *Journal of Corporate Law Studies*, 7: pp. 17-50.
- Licht, A. N.** (1998) 'Regulatory Arbitrage for Real: International Securities Regulation in A World Interacting Securities Markets' *Virginia Journal of International Law*, 38: pp. 563-638.
- Lindahl, F. & Schadéwitz, H.** (2013) 'Are Legal Families Related to Financial Reporting Quality' *Abacus*, 49:2, pp. 242-267.
- Nobes, C. W.** (2011) 'IFRS Practices and the Persistence of Accounting System Classification' *Abacus*, 47:3, pp. 267-283.
- Ogus, A.,** 'The Economic Approach: Competition between Legal Systems': Örucü, E. & Nelken, D. (Editors) (2007) *Comparative Law: A Handbook*, Hart.
- Omurgonulsen, M. & Omurgonulsen, U.** (2009) 'Critical Thinking about Creative Accounting in the Face of a Recent Scandal in the Turkish Banking Sector' *Critical Perspectives on Accounting*, 20: pp. 651-673.

Onis, Z. & Kutluay, M. (2013) 'Rising Powers in a Changing Global Order: The Political Economy of Turkey in the Age of BRICS' *The Third World Quarterly*, 34:8, pp. 1409-1426.

Örücü, E. 'Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach': Van Hoecke, M. (Editor) (2004) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart.

Örücü, E. 'A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems": Örücü E. & Nelken, D. (Editors) (2007) *Comparative Law: A Handbook*, Hart (Örücü, 2007).

Örücü, E. (2000) 'Turkey Facing the European Union- Old and New Harmonies' *European Law Review*, 25:5, pp. 523-537.

Ozel, I. & Atiyas, I. 'Regulatory Diffusion in Turkey: A Cross-Sectoral Assessment': Cetin, T. & Oguz, F. (Editors) (2011) *The Political Economy of Regulation in Turkey*, New York, Springer.

Ozel, I. (2012) 'The Politics of De-delegation: Regulatory (In)dependence in Turkey' *6 Regulation and Governance*, 6: pp. 119-129.

Pistor, K., Raiser, M., & Gelfer, S. (2000) 'Law and Finance in Transition Economies' *Economic of Transition*, 8:2, pp. 325-368.

Rasheed, A. A. & Yoshikawa, T. 'The Convergence of Corporate Governance: Promise and Prospects': Rasheed, A. A. & Yoshikawa, T. (Editors) (2012) *The Convergence of Corporate Governance*, Palgrave Macmillan.

René, D. & Brierley, J. E. C. (1985) *Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to The Comparative Study of Law*, London, Stevens.

Shapiro, S. P. (1987) 'The Social Control of Impersonal Trust' *American Journal of Sociology*, 93:3, pp. 623-658.

Siems, M. (2008) *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press (Siems, 2008).

Siems, M. (2014) *Comparative Law*, Cambridge University Press (Siems, 2014).

Uzay, S. & Tanç, A. & Erciyes, M. 'Financial Auditing in Turkey: Historical Context and Expectations', 12th World Congress of Accounting Historians, July 20-24, 2008.

Watts, R. L. & Zimmerman, J. L. (1983) 'Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence' *Journal of Law and Economics*, 26:3, pp. 613-633.

White, L. J. 'Competition versus Harmonization-An Overview of International Regulation of Financial Services': Barfield, C. E. (Editor) (1996) *International Financial Markets: Harmonization versus Competition*, AEI Press.

Yoshikawa, T. & Rasheed, A. A. (2009) 'Convergence of Corporate Governance: Critical Review and Future Directions' *Corporate Governance: An International Review*, 17:3, pp. 388-404.

Yurtoğlu, B. B. (2000) 'Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms' *Empirica*, 27: pp. 193-222.

KARAYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIMANIN ÜSTLENİLMESİ VE EŞYA KAVRAMI

TRANSPORT COMMITMENT IN CARRIAGE OF GOODS BY ROAD AND THE CONCEPT OF GOODS

Dr. Öğretim Üyesi Sinan MİSİLİ*

ÖZ

Taşımanın üstlenilmesi taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. CMR Konvansiyonu bakımından taşımanın konusu sadece eşya taşımalardır. Türk Ticaret Kanunu bakımından taşıma sözleşmesinin konusu ise hem eşya ve hem de yolcudur. Taşıyıcı gönderene yönelik olarak, taşıdığı eşyayı teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar özen ve muhafaza borcu bulunmaktadır. Taşıma sözleşmesinin konusu olan eşya taşınır tüm maddi malları ifade etmektedir. Fakat CMR Konvansiyonu md. 1.4 hükmünde sayılan taşınma eşyası taşıması, cenaze taşıması ve uluslararası bir posta konvansiyonuna göre icra edilen posta taşıması, CMR Konvansiyonu kapsamında taşımanın konusuna girmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşımanın Üstlenilmesi, Eşya Kavramı, CMR Konvansiyonu Kapsamına Girmeyen Eşya Taşımaları.

ABSTRACT

Transport commitment is one of the fundamental elements of the contract of carriage. According to CMR Convention, the subject of the carriage is only goods. But according to Turkish Commercial Code, the subject of the carriage contract are both goods and passengers. From the moment the carrier receives the goods until the moment the goods are delivered, carrier owes maintenance and preservation of goods to the sender. The goods which are the subject of the carriage contract means the all chattel. But, furniture removal carriage, funeral consignments carriage and the carriage performed under the terms of any international postal convention, which are listed in article CMR Convention 1.4, are not within the scope of the CMR Convention.

Keywords: Transport Commitment, The Concept of Goods, The Carriages of Goods Which Are Not Within The Scope of CMR Convention.

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi (sinanmisili@yandex.com, ORCID: 0000-0002-6759-2317)
(Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 27.10.2018 / Kabul Tarihi: 10.01.2019).

I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) taşıma sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. TTK md. 850'de taşıyıcı ve 1138'de ise taşıyan tanımlanmıştır. Bununla birlikte TTK md. 850/2, her ne kadar taşıyıcıyı tanımlıyor gibi görünse de, fıkranın ortaya konuluş biçimine göre aynı zamanda taşıma sözleşmesinin tanımlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Taşıma sözleşmesini, 'taşıyıcının muhafazası ve nezareti altında'¹, bir ücret karşılığında eşyayı varma yerine götürüp gönderilene teslim etmeyi² ve yolcuyla da varma yerine ulaştırmayı üstlendiği³ bir sözleşme olarak ifade edebiliriz⁴. Öğretide⁵ taşıma sözleşmesi kısaca, taşıyıcının yolcu ve eşyayı ücret karşılığında bir yerden diğerine götürmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Eşya taşıma sözleşmesinde taşıyıcı ücret karşılığında eşyayı taşımayı üzerine alırken, yolcu taşımasında yolcuyla taşımayı üstlenmektedir.

Taşıma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶. Tarafların karşılıklı esas borçları, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır. Taşıma sözleşmesinin iki esaslı unsuru bulunmaktadır. Bunlar taşımanın üstlenilmesi ile ücret unsurlarıdır⁷. İş bu çalışmanın konusunu taşıma sözleşmelerinin ilk esaslı unsuru olan taşımanın üstlenilmesi unsuru ve bu unsur bağlamında eşya kavramı ile CMR Konvansiyonu⁸ kapsamında taşıma sözleşmesinin konusuna girmeyen eşya taşımaları oluşturmaktadır.

II. TAŞIMANIN ÜSTLENİLMESİ (TAŞIMA TAAHHÜDÜ) UNSURU VE GENEL ÖZELLİKLERİ

A. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN ESASLI UNSURU OLMASI

Taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından ilki eşya veya yolcu taşıma işleminin üstlenilmesi/taşımanın taahhüt edilmesidir. Taşıyıcının bu

¹ **Kaya**, Arslan (1998), 'Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşımına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)', İÜHM, Pr. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu Armağan Sayısı, S. 1 - 4, C. LVI, s. 239; **Franko**, Nisim (1992), Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 259, s. 15; **Belbez**, Hikmet (1946), 'Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu', AÜHFD, S. 2 - 4, C. III, s. 390; **Doğanay**, İsmail (Mart 1970), 'Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması', BATIDER, S. 3, C. V, s. 437; **Karan**, Hakan (2013), Law On International Carriage Of Goods, 3rd ed., Ankara, Turhan, s. 27; **Jesser - Huss**, Helga (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 7, 3. Auflage, München, C.H. Beck/Franz Vahlen, Art. 1 CMR RdNr. 3 (MünchKommHGB/Jesser-Huss); **Heymann**, Ernst & **Horn**, Norbert (2005), Heymann Handelsgesetzbuch (Ohne Seerecht) Kommentar Band 4 Viertes Buch § 343 - 475 h, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, De Gruyter, § 407 RdNr. 23; **Bozkurt Bozabalı**, Banu (2013), Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 20. 'Eşyanın, taşıyıcının korunmasına emanet edilmesi taşıma sözleşmelerinde zorunludur' bkz. **Becker**, Herman (1993), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi II. Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184 - 551, 1. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 24, (Çeviren Dura A. Suat), s. 856.

² **Paschke**, Marian & **Furnell**, Winfried (2011), Transportrecht, 1. Auflage, München, C.H. Beck, s. 3.

³ **Sözer**, Bülent (2009), Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 30; **Sözer**, Bülent (2012), Deniz Ticaret Hukuku (Gemi, Donatan, Taşıyan ve Deniz Ticaret

Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Hükümlerine Göre Hazırlanmış 2. Bası, İstanbul, Vedat, s. 521 (Deniz); **Sözer**, Bülent (2013), Deniz Ticaret Hukuku I (Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 295 (Ders Kitabı).

⁴ **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 3.

⁵ **Arkan**, Sabih (1982), Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 10; **Atabek**, Reşat (1960), Eşya Taşıma Hukuku (Deniz Hukuku Hariç), 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 24; **Zeyneloğlu**, Ahmet (1993), Taşıma Hukuku (Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları), 2. Baskı, Ankara, s. 29; **Tüzün**, Necat (1968), Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, s. 12; **Eriş**, Gönen (2010), Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 4 (678 - 815. Maddeler), Tümüyle Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin, s. 4544; **Becker**, 853; **Uslu**, Murat (2010), CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Legal, s. 36; **Bozkurt Bozabalı**, 2013, s.19.

⁶ **Akıncı**, Ziya (1999), Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 23; **Tüzün**, s. 12.

⁷ **Ülgen**, Hüseyin (1987), Hava Taşıma Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 41; **Gençtürk**, Muharrem (2006), Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar - Gecikmeden Doğan Sorumluluk), 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 13; **Karan**, s. 32 - 33; **Sözer**, s. 32 vd.; **Tüzün**, s. 12.

⁸ Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Muka-vele Sözleşmesi (Convention On The Contract For The International Carriage Of Goods By Road), RG., T. 04.01.1995, S. 22161. Bundan sonra sadece CMR olarak anılacaktır.

edimi taşıma sözleşmesinin merkezi olup⁹, temel¹⁰ aslı¹¹, ve ağırlıklı, tipik – karakteristik edimi olarak görülmektedir¹². Bir taşıma sözleşmesinden bahsedilmek için ayırt edici unsur olarak ortada bir taşıma taahhüdü bulunmalıdır¹³. Bu unsur sayesinde taşıma sözleşmesi diğer sözleşmelerden ayırt edilebilmektedir¹⁴. Diyebiliriz ki, taşıma sözleşmesinin bir tarafı diğer tarafına bir taşıma taahhüdünde bulunarak¹⁵, bu iradesini açıkça dışarı vurmakta ve taşıma işini asli edim olarak üstlenmektedir¹⁶. Taşıma taahhüdünün konusu ise yolcu veya eşyanın bir yerden diğer bir yere götürülmesidir¹⁷. Eşya taşımalarında taşıma taahhüdü eşyanın sadece taşınmasının taahhüdü değil aynı zamanda onun gönderilene teslim edilmesini de içermekte olduğundan taşıyıcının teslim etme borcu da onun asli borçlarından birisini oluşturmaktadır¹⁸. Buradan anlaşılacaktır ki, eşya taşıma sözleşmesinde yerine getirilmesi gereken taşıma işi sadece bir yer değiştirmeyi değil, aynı zamanda daha önemli ve esaslı olarak da şeyin gönderilene teslimini de gerekli kılmakta ve kapsamaktadır¹⁹. Aynı yönde yolcu taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesi, yolcunun varma yerine ulaşmasını da kapsamaktadır.

Taşıma işinin üstlenilmesi geniş olarak anlaşılmalı²⁰, bu kavrama sadece eşya veya yolcunun bir yerden bir yere taşınması değil, ayrıca taşıma boyunca taşıma işinin, taahhüt edenin denetim - gözetim ve sorumluluğunda (koruma – himaye sorumluluğu) yapılması da girmektedir²¹. Taşıyıcının taşımayı üstlendiği eşyaya yönelik koruma – himaye sorumluluğu onun asli borçlarından birini oluşturmaktadır²². Bu sorumluluk TTK md. 850'de yazılı olmasa da, hüküm fıkrasından kendiliğinden bir prensip – ilke olarak çıkarılmakta ve bu prensip taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan eşyanın gönderilene teslimine kadar eşyanın ziya ve hasarı nedeniyle doğabilecek zarardan koruma borcunu kapsamaktadır²³.

B. TAŞIMA TAAHHÜDÜ UNSURUNUN BULUNMAMASI HALİNDE

Taşıma taahhüdü unsuru bulunmuyorsa, sözleşme esaslı unsur eksikliğinden kurulmamış sayılacaktır²⁴. Taşıma taahhüdü yerine taşıma taahhüdünde bulunuluyor ise o sözleşme ne TTK ve ne de CMR bakımından bir taşıma sözleşmesidir²⁵. Bu

⁹ **Knorre**, Jürgen & **Demuth**, Klaus & **Schmid**, Reinhard (2015), Handbuch des Transportrechts, 2. Auflage, Freiburg, C.H. Beck, A.II RdNr. 14.

¹⁰ **Adıgüzel**, Burak (2018), Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç), 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 27.

¹¹ **Can**, Mertol (2017), CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt (Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri), 1. Baskı, Ankara, İmaj, s. 20.

¹² Bkz. **Basedow**, Jürgen (1987), Der Transportvertrag, 1. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr, s. 34; **Thume**, Karl-Heinz (Hrsg.) (2013), Kommentar CMR Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH, Vor Art. 1 RdNr. 1 (Thume & Bearbeiter); **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 20; **Akıncı**, s. 23; **Bozkurt Bozabalı**, s. 22.

¹³ **Sözer**, s. 32.

¹⁴ **Karan**, s. 28.

¹⁵ **Ülgen**, Hüseyin (1988), Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, 1. Baskı, İstanbul, İTO Yayın No: 1988 - 27, s. 5 (Taşımacılık); **Sözer**, s. 32.

¹⁶ **Arkan**, s. 13; **Aksoy**, Sami (2015), Taşıma Hukukunda Fıili Taşıyıcı, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 18; **Gençtürk**, s. 13; **Sözer**, s. 32.

¹⁷ **Ülgen**, s. 41; **Sözer**, s. 32 – 33; **Bozkurt Bozabalı**, s. 22.

¹⁸ **Paschke & Furnell**, s. 8.

¹⁹ **Thume & Bearbeiter**, Vor. Art. 1 RdNr. 28.

²⁰ **Aksoy**, s. 19.

²¹ **Sözer**, s. 33; **Arkan**, s. 13; **Thume & Bearbeiter**, Vor Art. 1, RdNr. 28; **Paschke & Furnell**, s. 6 – 7; **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 23; **Bozkurt Bozabalı**, s. 23.

²² **Paschke & Furnell**, s. 7.

²³ **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 23.

²⁴ **Ülgen**, Taşımacılık, s. 5; **Ülgen**, s. 43; **Gençtürk**, s. 13.

²⁵ **Karan**, Hakan (2011), Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 23 (Şerh); **Ülgen**, s. 43; **Gençtürk**, s. 13 - 14. Taşıma taahhüdünde bulunan uygulamada freight forwarder olarak bilinen TTK md. 917 - 930 arasında düzenlenen 'taşıma işleri komisyoncusudur'. Bkz. **Misili**, Sinan (2015), 'Yeni Türk Ticaret Kanunu ve 1998 Alman Taşıma Hukuku Reformu Işığında, Forwarder Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Forwarder Teriminin Karşılığı', İÜHF, S. 2, C. LXXIII, s. 288 ve 293 – 295; **Münch-KommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 5; **Clarke**, Malcolm A. & **Yates**, David (2014), Contracts of Carriage By Land and Air, 2nd ed. Oxon, Informa law from Routledge, s. 16; **Aydın**, Alihan (2006), CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Ankan, s. 7; **Özdemir**, Türkay (2006), Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 18.

tür bir sözleşme taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi olarak adlandırılmalıdır²⁶. Taşıma sözleşmesinde taşıyıcı taşımayı kendi koruma, himaye ve sorumluluğunda bizzat üzerine almalıdır²⁷, aksi halde taşımanın başkası aracılığı ile taahhüdü ya taşıma işleri komisyonculuğu veya bir başka aracılık işini meydana çıkarır²⁸. Taşıma işinde kullanılmak üzere aracın kiralanması bir taşıma sözleşmesi değildir²⁹. Yine aynı yönde taşıma aracının şoförü ile birlikte teminine yönelik bir anlaşma da taşıma sözleşmesine değil, kira sözleşmesine vücut verir³⁰. Bununla birlikte taşıma aracının taşıma taahhüdünde bulunmanın mülkiyetinde olması zorunlu olmadığından, taahhütte bulunan taşıma işlemini başkasının aracı ile de üstlenebilir³¹.

Belirtelim ki, taşıma işlemini üstlenen kişi taşımayı bizzat yapmak zorunda olmayıp, bunu yardımcı kişiler veya alt/fiili taşıyıcılar ile de yerine getirebilir³². Fiili taşıyıcı asıl taşıma sözleşmesine konu eşyayı, alt taşıma sözleşmesi ile taşımayı akid veya bir başka alt taşıyıcıya taahhüt eden ve taahhüt ettiği taşımayı kısmen dahi olsa gerçekleştiren kimsedir³³. Alt taşıyıcı ise asıl taşıyıcıya karşı taşımayı taahhüt eden, ancak taşıma işini gerçekleştirip gerçekleştirmemesine bakılmaksızın, sadece eşyayı taşımayı taahhüt etmesi yeterli olan kimsedir³⁴. Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere ne alt taşıyıcı ve ne de fiili taşıyıcı asıl taşıma sözleşmesi gönderenine yönelik bir

eşya taşıma taahhüdünde bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK md. 888/1'e göre taşıma, kısmen veya tamamen üçüncü bir kişi olan fiili taşıyıcı tarafından yerine getirilirse, bu kişi eşyanın zıyaı, hasarı veya gecikmesi nedeniyle kendisi tarafından yapılan taşıma sırasında ortaya çıkan zarardan asıl taşıyıcı gibi sorumludur.

C. TAŞINAN EŞYANIN TAŞIMA TAAHHÜDÜNDE BULUNAN TAŞIYICININ MÜLKİYETİNDE BULUNMASININ ZORUNLU OLMAMASI

Kural olarak taşıma taahhüdünün geçerliliği, taşınan eşyanın taşıma taahhüdünde bulunan taşıyıcının mülkiyetinde bulunmasına bağlanmamıştır. Diğer bir anlatımla, taşınan eşyanın kimin mülkiyetinde olduğu önemli olmadığından taşıyıcının mülkiyetinde de olabilir³⁵. Örneğin taşıyıcı maliki olduğu otomobilini bir başkasına kiralamış ve bu kimseyle yaptığı anlaşma uyarınca ücret karşılığı kendisine ait olan ancak kiracının kullanımında olan otomobilini taşıyor olabilir. Bununla birlikte taşıma taahhüdünde bulunan taşıyıcı bunu bir başka kimseye yönelik yapmalıdır³⁶. Aksi halde bir kimsenin kendi eşyasını satmak üzere taşınması³⁷ veya satıcının mallarını satış için sunmak amacıyla müşterisinin bulunduğu yere götürmesi³⁸ birer taşıma sözleşmesi değildir.

²⁶ Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi TTK md. 917 – 930 arasında düzenlenmiştir. *Karan* bu sözleşmeyi taşıma işleri yüklenme sözleşmesi (eşya gönderme sözleşmesi) olarak yorumlamaktadır. Bkz. *Karan*, Şerh, s. 23. Bu tür sözleşmeler yabancı hukukta 'forwarding contracts' olarak ifade edilmektedir. Bkz. *Clarke & Yates*, s. 16. TTK md. 917 - 930 arasında düzenlenen 'taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinin birer modern forwarder sözleşmesi olduğu hakkında yorum için bkz. *Misili*, s. 288 ve 295.

²⁷ *Thume*, Karl-Heinz (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, 3. Auflage, C.H., München, Beck/Franz Vahlen, § 407 RdNr. 20.

²⁸ *MünchKommHGB/Jesser-Huss*, Art. 1 CMR RdNr. 3; *Basedow*, s. 35 – 36; *Hartenstein*, Olaf & *Reuschle*, Fabian (Hrsg) (2015), Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Kap. 1. RdNr. 17.

²⁹ *Ülgen*, s. 5; *Aydın*, s. 7; *MünchKommHGB/Jesser-Huss*, Art. 1 CMR RdNr. 9; *Gençtürk*, s. 13; *Karan*, Şerh, s. 22; *Zeyneloğlu*, s. 94; *Erdil*, Engin (2015), Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi), 1.

Baskı, İstanbul, Vedat, s. 10; *Eriş*, s. 4545. Ayrıca bkz. Yargıtay. 11. Hukuk Dairesi, T: 17.10.2002, E: 5860, K: 9108 (*Karan*, Şerh, s. 62 - 64).

³⁰ *Clarke*, Malcolm A. (2014), International Carriage of Goods By Road: CMR, 6th ed., Oxon, Informa law from Routledge, s. 29; *Franko*, s. 10; *MünchKommHGB/Jesser-Huss*, Art. 1 CMR RdNr. 9.

³¹ *Doğanay*, İsmail (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 2 (md. 420 - 785), 4. Baskı, İstanbul, Beta, s. 2214 (Türk Ticaret Kanunu Şerhi); *Ülgen*, s. 42, *Aksoy*, s. 19.

³² *Ülgen*, s. 43.

³³ *Aksoy*, s. 103 ve 104.

³⁴ *Aksoy*, s. 110.

³⁵ *Çağa*, Tahir & *Kender*, Rayagen (2010), Deniz Ticaret Hukuku 2, Navlun Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 2; *Ülgen*, s. 42; *Arkan*, s. 12.

³⁶ *Çağa & Kender*, s. 2; *Ülgen*, Taşımacılık, s. 5; *Ülgen*, s. 42; *Gençtürk*, s. 14.

³⁷ *Çağa & Kender*, s. 2; *Ülgen*, Taşımacılık, s. 5; *Ülgen*, s. 42; *Gençtürk*, s. 13.

³⁸ *Gençtürk*, s. 14.

III. TAŞIMA TAAHHÜDÜ UNSURUNU YERİNE GETİRİRKEN KULLANILAN ‘ARAÇ’ VE ‘YOL’

A. ‘ARAÇ’

Taşıma sözleşmesi bakımından taşıma için hangi aracın kullanıldığı önemsizdir³⁹. Önemli olan yer değiştirme unsurunun sağlanması olup, bu unsur da her türlü vasıta ile gerçekleştirilebilir⁴⁰. Bununla birlikte hangi taşıma aracı ile taşımının yapıldığı CMR bakımından önemlidir. Zira CMR hükümlerinin uygulanabilmesi için taşımının belli araçlarla yapılmış olması şarttır (CMR md. 1.2)⁴¹. CMR md. 1.2 uyarınca taşıma ancak motorlu taşıtlar, dizi halinde taşıtlar, römorklar ve yarı römorklar ile yapıldığı takdirde CMR hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu anlamında karada eşya taşınması motorlu araçlarla yapılabileceği gibi, bizzat taşıyıcının fiziksel gücü (hamal)⁴² ile veya hayvanlarla da yapılabilir⁴³. Hayvanın cinsi önemli değildir⁴⁴. Şehirden dağa funikellerle yolcu veya eşya taşıma da bir taşıma sözleşmesi ve TTK kapsamındadır⁴⁵. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun taşıma hükümlerinin uygulanmasında taşıma faaliyetinin hangi araçla gerçekleştiği ya da insan gücüne veya hayvan gücüne dayalı olarak yapılması önem arz etmez.

B. ‘YOL’

Türk Ticaret Kanunu bakımından taşımının mutlaka karayolunda yapıyor olması gerekmektedir⁴⁶. Örneğin çok büyük alana yayılmış bir fabrikada, işletme binasının fabrika alanı içinde

başka bir binaya taşınmasında, büro eşyalarının taşınması için fabrika yönetiminin bir taşıyıcı ile yaptığı sözleşme, TTK anlamında taşıma eşyası taşıma sözleşmesidir. CMR’ye tabi bir taşıma ise ancak karayolu ile gerçekleştirilebilir⁴⁷.

Karayolu CMR Konvansiyonu’nda tanımlanmamıştır. *Karan*⁴⁸ 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolu Trafik Kanunu md. 3’den yararlanılabileceğini belirtmektedir. Bu anlamda, karayolu, trafik için, kamunun yararlanmasına açık haldeki arazi şeridi, köprüler ve alanlar olarak tarif edilmektedir (Karayolu Trafik Kanunu md. 3). CMR bakımından seferin asıl kısmı karayolunda geçmiş olmakla, arizi olarak karayolu dışında da seyredilmesinin CMR hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmektedir⁴⁹.

Taşıma için ne kadar yol katedildiği önemsizdir. Yani eşyanın Türkiye’nin bir ucundan diğerine taşınması bir taşıma olduğu gibi iki yakın kasaba veya ilçe arasında veya aynı bina da alt kattan üst kata eşya taşınmasında da ortada bir taşıma vardır⁵⁰. Bununla birlikte bina içinde katlar arası eşya taşınması, bir taşıma aracı ile değil de, çoğunlukla hammallar ile yapılacağından, böyle bir eşya taşınması, TTK anlamında bir eşya taşınması addedilebilirken, CMR bakımından eşya taşınması ancak md.1.2’de sayılan taşıtlarla yapılabileceğinden ve yüklenme – boşaltma yerlerinin aynı devlet sınırları içinde olması dolayısıyla (CMR md. 1.1) CMR kapsamına girmeyecektir. Kaldı ki, bina içinde yapılan böyle bir taşıma, taşınma eşyası taşınması olduğundan ve CMR md.1.4.c fıkrası bu tür taşımaları kapsam dışında bıraktığından da bu tür bir taşıma CMR kapsamına zaten girmeyecektir.

³⁹ **Koller**, Ingo (2016), *Transportrecht Kommentar zu Spedition Gütertransport und Lagergeschäft*, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, § 407 RdNr. 11; **Thume & Bearbeiter**, Vor. Art. 1 RdNr. 27; **Knorre & Demuth & Schmid**, A. II RdNr. 14.; **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 21; **Franko**, s. 4; **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2214.

⁴⁰ **Franko**, s. 4.

⁴¹ Bkz. **Thume & Bearbeiter**, Vor. Art. 1 RdNr. 27.

⁴² **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 21.

⁴³ **Arkan**, s. 12; **Atabek**, s. 27; **Franko**, s. 4; **Belbez**, s. 389; **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2214; **Doğanay**, s. 437; Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku bakımından da aynı yönde bkz. **Koller**, § 407 RdNr. 11; **Knorre & Demuth & Schmid**, A.II RdNr. 14; **Becker**, s. 855.

⁴⁴ **Franko**, s. 4.

⁴⁵ **Franko**, s. 5.

⁴⁶ **Arkan**, s. 13.

⁴⁷ **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 14; **Arkan**, Sabih (1979), ‘Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)’, *BATİDER*, S. 2, C. X, s. 404 (Uygulanma Koşulları); **Kaya**, Arslan (2012), ‘Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)’, (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan İstanbul 1998 s. 311 – 333), *Makalelerim I*, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 447 (CMR Uygulanma Şartları); **Aydın**, s. 17; **Erdil**, s. 38; **Akıncı**, s. 27; **Özdemir**, s. 21.

⁴⁸ **Karan**, Şerh, s. 25.

⁴⁹ **Karan**, Şerh, s. 25 – 26.

⁵⁰ **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2213. Taşıma işinin bir odadan diğerine veya bir binanın katından bir diğer katına olabileceği hakkında bkz. **Thume & Bearbeiter**, Vor. Art. 1 RdNr. 27 ve **Knorre & Demuth & Schmid**, A.II RdNr. 14.

IV. KARAYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA EŞYA KAVRAMI

A. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Taşıma sözleşmesinin konusu canlı ve cansız nesnelere aittir. Canlı nesne, sadece hayatta olan insan olup, taşıma hukukunda bunlar yolcu olarak nitelendirilirken, hayvanlar canlı veya cansız eşya (yük) olarak ifade edilmektedir⁵¹. CMR'nin uygulanabilmesi bakımından taşımanın konusu yalnız eşya'dır⁵². TTK hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından taşıma sözleşmesinin konusu ise eşya ve/veya yolcudur⁵³. Yani Türk Ticaret Kanunu'nun 4. kitabı hem eşya ve hem de yolcu taşımalarını düzenlerken, CMR sadece eşya taşımalarını düzenlemekte⁵⁴ ve yolcu taşımaları CMR'nin uygulama sahasına girmemektedir⁵⁵.

Cenazeler ve tüzel kişiler yolcu sayılmamaktadır⁵⁶. Zira yolcu taşınması, sadece (canlı) insan taşımalarını ifade etmektedir⁵⁷. Bu nedenlerle yolcu taşınması haricinde taşınan tüm nesnelere, canlı hayvan⁵⁸ ve cenaze dahil olmak üzere, eşya/yük olarak nitelendirilmektedir⁵⁹.

Taşımanın konusunun yolcu olmadığı halde, taşınan şeyi en iyi "yük" kelimesinin tanımlayacağı ifade edilse de⁶⁰, biz geleneksel hale gelen ve en geniş anlama sahip "eşya" ifadesini kullanmayı uygun görmekteyiz⁶¹. Nitekim TTK haklı olarak md. 850/1'de 'eşya her türlü yükü de kapsar' ifadesinde bulunmuştur. Bu hüküm uyarınca Türk Ticaret Kanunu'nun tercihinin de 'eşya' ifadesi olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte TTK md. 857/1 ve

864/1 fıkralarında eşya yerine 'mal' ifadesinin kullanılması TTK'da bir terim birliğinin tam sağlanamadığını göstermektedir⁶².

Taşıma sözleşmeleri, konusuna göre eşya taşıma ve yolcu taşıma sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Karayoluyla yapılan eşya taşımalarının konusu eşya olduğundan aşağıda eşya kavramı ele alınacaktır.

B. GENEL ÖZELLİKLERİ İLE EŞYA KAVRAMI

Eşyanın tanımı TTK'da yapılmamış⁶³, uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. TTK'da yalnız, md. 850/1'de 'eşya her türlü yükü de kapsar' denilerek eşyanın yükü de kapsayan bir kavram olduğu vurgulanmış ve yine bu ifadeyle eşya, yük kavramı ile de ilişkilendirilmiştir.

Eşya maddi bir malvarlığı olan – elle tutulabilen, üzerinde hakimiyet kurulabilen, bir yerden alınıp başka bir yere taşınabilen veya aynı yere geri taşınabilen canlı – cansız nesnelere aittir⁶⁴. Taşıma sözleşmesinin konusu olan eşya hem TTK ve hem de CMR bakımından, taşınır tüm maddi malları ifade etmektedir⁶⁵. Taşınacak eşyanın taşınabilir olması gerektiğinden, taşıma sözleşmesinin konusuna taşınmazlar doğal olarak girmemektedir⁶⁶. Taşıma sözleşmesinin konusu da yalnız maddi – elle tutulabilen şeyler olabilir⁶⁷. Maddi varlığı olmayan haberin iletilmesi (radyo, televizyon, uydu veya internet aracılığıyla olması önemsizdir) taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmaz⁶⁸. Bu nedenle de telefon

⁵¹ **Sözer**, Deniz, s. 524; **Sözer**, Ders Kitabı, s. 320; **Doğanay**, s. 437; **Atabek**, s. 28; **Tüzün**, s. 26.

⁵² **Clarke**, s. 30; **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 12; **Arkan** Uygulanma Koşulları s. 402; **Akıncı**, s. 27; **Yeşilova**, Ecehan (2004), Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR md. 3, 34), 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 22; **Ülgen**, s. 42; **Karan**, s. 28; **Uslu**, s. 40. **Franko**, s. 15.

⁵³ **Aydın**, s. 10; **Erdem**, Ercan (2013), CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Bilge, s. 117.

⁵⁴ **Hoeks** Maria Anna Ida Henriette (2009), Multimodal Law, Breda, Kluwer Law International, s. 157; **Karan**, s. 28; **Karan**, Şerh, s. 25; **Yeşilova**, s. 22.

⁵⁵ **Sözer**, Deniz, s. 524; **Sözer**, Ders Kitabı, s. 320; **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2214.

⁵⁶ **Ülgen**, s. 42; **Sözer**, s. 122.

⁵⁸ Bkz. **Belbez**, s. 390.

⁵⁹ **Sözer**, s. 122; **Arkan**, Uygulanma Koşulları, s. 402 - 403.

⁶⁰ **Sözer**, Deniz, s. 527; **Sözer**, Ders Kitabı, s. 317.

⁶¹ Bkz. **Karan**, Şerh, s. 23; **Aksoy**, s. 16.

⁶² **Kıran**, Süleyman (2015), Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 10.

⁶³ **Kıran**, s. 7.

⁶⁴ **Karan**, Şerh, s. 23 - 24; **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2214; **Atabek**, s. 26.

⁶⁵ **Arkan**, s. 11; **Ülgen**, s. 42; **Belbez**, s. 390; **Eriş**, s. 4544; **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 12; **Özdemir**, s. 24; **Karan**, Şerh, s. 24; **Kıran**, s. 8.

⁶⁶ **Aksoy**, s. 15; **Karan**, Şerh, s. 24; **Kıran**, s. 8.

⁶⁷ **Guhl**, Theo & **Merz**, Hanz & **Kummer**, Max (1972), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, s. 466.

⁶⁸ **Belbez**, s. 390; **Guhl & Merz & Kummer**, s. 466.

ve telgraf haberleşmesi⁶⁹ ve telli – telsiz muhabere sistemleri⁷⁰ taşıma işinin konusuna dahil değildir⁷¹. Yine bu sebeple internet servis sağlayıcıları ile internet temini sözleşmesi de bir taşıma sözleşmesi değildir⁷².

CMR'de de eşya tanımı yapılmamıştır⁷³. CMR'de eşyanın tanımı yapılmamış olduğundan, bu konuda ulusal hukuktan yararlanılıp, yararlanılmaması tartışmalıdır⁷⁴. CMR konusunda birliğin sağlanması adına mümkün olduğunca eşya tanımı hakkında ulusal hukuka başvurmaktan uzak durulmalıdır⁷⁵. CMR bakımından eşya, özellikle konvansiyonda hariç tutulmamış eşyalar olarak görülmektedir⁷⁶. Diğer bir anlatımla CMR md. 1.4 hükmünün dışında kalan, canlı hayvanlar dahil, tüm taşınabilir eşyanın karayoluyla taşınması CMR taşımasının konusuna girmektedir⁷⁷.

Taşınacak olan eşyanın ticari bir değerinin bulunması zorunlu olmadığından⁷⁸, herhangi bir atık, eşya - çöp taşıma sözleşmesinin konusuna girilmemektedir⁷⁹. Taşınacak eşyanın aynı zamanda bir satış sözleşmesine konu olabilecek bir ticari mal olması da zorunlu olmadığından, bir dine ait kutsal emanetler, milli sanat eserleri, devlet mühür ve sembollerini de taşıma sözleşmesinin konusuna girmektedir⁸⁰. Taşınacak eşyanın aynı zamanda hareket etmesini sağlayan tekerleklere sahip olup olmasının taşınan şeyin eşya olarak tanımlanıp tanımlanmamasını etkilememektedir⁸¹.

C. AMBALAJ, PAKET VE KONTEYNERİN EŞYA KAVRAMINA DAHİL OLUP OLMADIĞI SORUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Eşya kavramına onu dış risklerden korumak amacıyla eşyayı sarmak için kullanılan ambalaj – paketin veya konteynerin dahil olup olmadığı tartışmalıdır⁸². *Clarke/Yates* ve *Carr*⁸³ ayırım yapmadan paketin ve konteynerin eşya kavramına dahil olduğunu ifade etmektedir⁸⁴. *Clarke*⁸⁵ genellikle eşya kavramına paketin de dahil olduğunu söylerken, konteyner eğer içindeki ile aynı kişiye aitse, ki bunu gönderen olarak düşünebiliriz, konteyner de eşya kavramına dahildir demektedir. *Karan*⁸⁶ her ne kadar CMR Konvansiyonu geleneksel anlamda eşya kavramını esas almış ise de, kıyas yoluyla, CMR'nin konteyner ve içindeki eşyaya birlikte uygulanabileceğini belirtmektedir. Yine *Karan*⁸⁷ dış risklerden korumak amacıyla eşyayı sarmak için gönderence kullanılan ambalaj da eşya kavramına dahildir demektedir. TTK md. 862 ve 864 dikkate alınca ambalajın/paketin gönderence temin edildiği ve kullanıldığı varsayılabilir⁸⁸. Bu yönüyle TTK bakımından eşya kavramına onu dış risklerden korumak amacıyla eşyayı sarmak için kullanılan ambalaj – paketin dahil olduğu söylenebilir. *Yeşilova*⁸⁹, CMR md. 23 kapsamında ambalaj ve paketin eşya kavramına dahil olduğunu belirtmektedir.

Türk Hukuku'nda bizim de katıldığımız görüşe göre, genel olarak gönderene ait olup da, taşı-

⁶⁹ **Zeyneloğlu**, s. 89.

⁷⁰ **Sözer**, s. 123.

⁷¹ **Atabek**, s. 27.

⁷² **Sözer**, Deniz, s. 525; **Sözer**, s. 123; **Gençtürk**, s. 14.

⁷³ **Clarke**, s. 30; **Kaya**, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; **Karan**, Şerh, s. 23; **Kıran**, s. 8.

⁷⁴ **Carr**, Indira (2010), International Trade Law, 4th ed., Oxon, Routledge - Cavendish, s. 379.

⁷⁵ **Clarke**, s. 31; **Hoeks**, s. 157.

⁷⁶ **Clarke**, s. 31; **Carr**, s. 379; **Yeşilova**, s. 22 -23; **Kaya**, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; **Akıncı**, s. 27; **Özdemir**, s. 24. Belirtelim ki, aslında CMR Konvansiyonu, md.1.4 fıkrasında sayılan şeylerin birer eşya olmadıklarını değil, sadece konvansiyon bakımından eşya taşımasının konusuna girmediğini buyurmaktadır.

⁷⁷ **Clarke & Yates**, s. 17; **Clarke**, s. 31; **Arkan**, Uygulanma Koşulları, s. 402; **Yeşilova**, s. 23; **Özdemir**, s. 24; **Uslu**, s. 40 - 41.

⁷⁸ **Clarke**, s. 31.

⁷⁹ **Arkan**, s. 12; **Kaya**, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; **Karan**, Şerh, s. 24; **Aydın**, s. 10 - 11; **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 12; **Gençtürk**, s. 14 - 15; **Özdemir**, s. 24; **Erdem**, s. 114; **Yeşilova**, s. 24; **Uslu**, s. 41; **Adıgüzel**, s. 27; **Kıran**, s. 8.

⁸⁰ **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 12.

⁸¹ **Clarke**, s. 31.

⁸² **Carr**, s. 379; **Clarke**, s. 31.

⁸³ "Muhtemelen" ifadesini kullanmıştır. Bkz. **Carr**, s. 379 ("Presumably").

⁸⁴ **Clarke & Yates**, s. 17 - 18.

⁸⁵ **Clarke**, s. 31.

⁸⁶ **Karan**, s. 29.

⁸⁷ **Karan**, Şerh; s. 24

⁸⁸ Bununla birlikte taşınma eşyası taşımasında TTK md. 894/2'ye göre gönderen 864 üncü maddenin beşinci fıkrasında tanımlanan tüketici ise, taşınma eşyasının ambalajlanmasında ve işaretlenmesi gibi taşıma ile ilgili diğer işlerin yerine getirilmesi de taşıyıcının yükümlülüğündedir.

⁸⁹ **Yeşilova**, s. 25

nacak eşyayı muhafazaya yarayan konteyner ve paletlerin de eşya kavramına dahil olduğu⁹⁰, CMR md. 23.3 gereğince belirtilen brüt ağırlığın hesabına dahil edildiği ifade edilmektedir⁹¹. Oysa taşıyıcıya ait konteyner ve palet CMR anlamında eşya kavramına dahil değildir⁹². TTK'ya göre de gönderene ait olan konteyner ve palet, taşınan eşya kavramına dahil sayılmamalıdır⁹³. Yargıtay bir kararında⁹⁴ konteynerin, doğrudan doğruya bir yük (eşya) olmadığı gibi, nakil vasıtası ve ambalaj da olmadığını ifade ederken, taşımada sürati sağlayan ve masrafları azaltan hareket edebilir ambarlar olarak tasvir edilebileceğine hükmetmiştir.

D. EŞYANIN TAŞIYICININ EŞYAYA NEZARET VE MUHAFAZA BORCU' ALTINDA TAŞINMASI BAKIMINDAN EŞYA KAVRAMI

Taşıyıcı, gönderen tarafından temin edilmiş bir römorkun taşınmasını taahhüt etmiş ise bu sözleşme CMR kapsamında bir eşya taşıma sözleşmesi ve römork da eşya sayılmaktadır⁹⁵. Aynı hususun TTK bakımından kabul edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

Hem CMR (md. 22) ve hem de TTK (md. 861) bakımından silah ve tehlikeli eşyalar da eşya taşıma sözleşmesinin konusuna dahildir⁹⁶. Hem TTK ve hem de CMR bakımından tehlikeli eşyaların tanımı yapılmamış ve sınırlayıcı olarak da sayılmamış olduğundan, hangi eşyanın tehlikeli eşya olarak sayılması gerektiği somut olayda hakim tarafından bilirkişi incelemesi vasıtasıyla belirlenmesi gerektiği öğretide⁹⁷ haklı olarak ifade edilmektedir.

Hasara uğramış bir otomobil sahibi ile çekici şirketi arasında yapılan sözleşme, hasara uğrayan otomobil bir eşya olduğundan ve bunun karşılığında bir ücret alınarak, kaza mahallinden tamir servisine, otoparka vb. yere otomobil çekiliyor ise ortada bir eşya taşıma sözleşmesi vardır⁹⁸.

E. EŞYANIN 'TAŞIYICININ EŞYAYA NEZARET VE MUHAFAZA BORCU' ALTINDA TAŞINMASI BAKIMINDAN EŞYA KAVRAMI

Taşıyıcı gönderene yönelik olarak, taşıdığı eşyaya teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar denetim, bakım, koruma/muhafaza, özen gösterme ve nezaret etme borcu⁹⁹ altındadır¹⁰⁰. Eşyanın teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar taşıyıcıya ait olan eşyanın bakım ve muhafaza borcu, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisidir¹⁰¹. Bu borç esasen taşıma sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt edici bir unsurdur¹⁰². Bu borç TTK md. 875/1 ve CMR md. 17/1 ifadelerinden anlaşılmaktadır¹⁰³. Taşıyıcı taşıyacağı eşyaya emin sıfatıyla zilyet bulunmalıdır¹⁰⁴. Yani eşya tamamıyla taşıyıcının nezareti ve muhafazası altına girmelidir¹⁰⁵. Eşyanın, taşıyıcının korunmasına emanet edilmesi taşıma sözleşmelerinde zorunludur¹⁰⁶. Taşıyıcı, taşınmak üzere gönderen tarafından kendisine tevdi olunan eşyayı tamamen nezaret ve hüsnü - muhafaza altına aldıktan sonra, verilecek talimata göre bir eşyayı ücret karşılığında taşımayı üstlenen kimse olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷.

⁹⁰ **Kaya**, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; **Aydın**, s. 11; **Yeşilova**, s. 25; **Erdil**, s. 13; **Erdem**, s. 115 - 116. Ayrıca bkz. **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 13. Bu konunun CMR bakımından tartışmalı olduğuna ve bir olayda konteynerin CMR kapsamında sayılmadığı hakkında bkz. **Carr**, s. 379 ve orada dpn. 23.

⁹¹ **Kaya**, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; **Aydın**, s. 11; **Özdemir**, s. 24; **Yeşilova**, s. 25. Ayrıca bkz. **Clarke & Yates**, s. 17 - 18; **Carr**, s. 379.

⁹² **Yeşilova**, s. 25; **Erdem**, s. 115.

⁹³ **Gençtürk**, s. 15.

⁹⁴ Bkz. Yargıtay. 11. Hukuk Dairesi, T: 11.05.1984, E: 2184, K: 2760 (**Erdem**, s. 115).

⁹⁵ **Karan**, Şerh, s. 23 - 24.

⁹⁶ **Yeşilova**, s. 24; **Uslu**, s. 41.

⁹⁷ **Kıran**, s. 12 ve orada ayrıca bkz. dpn.40'da yer alan Yargıtay Kararı; **Karan**, Şerh, s. 568.

⁹⁸ **Zeyneloğlu**, s. 30.

⁹⁹ Kısaca 'bakım ve muhafaza borcu'.

¹⁰⁰ **Karan**, s. 32; **MünchKommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 3.

¹⁰¹ **Çağa & Kender**, s. 3; **Adıgüzel**, Burak (2012), Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ge-nişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 50 (Karayolu).

¹⁰² **Çağa & Kender**, s. 3; **Arkan**, s. 47; **Kaya**, s. 239; **Münch-KommHGB/Jesser-Huss**, Art. 1 CMR RdNr. 3; **Franko**, s. 15.

¹⁰³ **Adıgüzel**, Karayolu, s. 50 ve 59.

¹⁰⁴ **Karan**, s. 32.

¹⁰⁵ **Belbez**, s. 390; **Çağa & Kender**, s. 3.

¹⁰⁶ **Becker**, s. 856.

¹⁰⁷ Bkz. **Doğanay**, s. 437.

Taşıma hukuku bakımından eşya; katı, sıvı ve gaz şeklinde olabilirse de¹⁰⁸, kural olarak bir taşıma aracı ile ve taşıyıcının zilyetliği altında taşınmaya elverişli her türlü maddi cisim olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. Taşıma işlemi taahhüt eden o eşyayı denetim, koruma, himaye, özen gösterme ve nezaret etme sorumluluğunda taşınması gerektiğinden¹¹⁰, buna müsait olmayan boru hatlarından akar-yakıt, su veya doğalgaz iletilmesi veya kablolardan 'elektrik nakli veya ısı taşıma¹¹¹' taşıma sözleşmesinin konusuna girmemektedir¹¹². Bununla birlikte doğalgaz, petrol, su veya süt taşımacılığı, tır, kamyon arkasında tanker vb. veya gemi ile taşınması birer eşya taşıma sözleşmesidir. Çünkü bu hallerde söz konusu cisimler, bir taşıma aracı ile taşıyıcının/taşıyanın zilyetliği - denetim, koruma, özen gösterme ve nezaret etme sorumluluğu altında taşınabilen ve belli bir şekilde diğer cisimlerden ayrılmış, tartılabilir ve ölçülebilir hale gelmişlerdir¹¹³.

Fikrimizce eşya taşımasının konusunu oluşturan eşyanın tespitinde sadece 'eşyanın yer değiştirip değiştirmediği' değil, 'bu yer değiştirmenin taşıyıcının bakım, muhafaza, nezaret etme borcunu yerine getirir şekilde yapıp yapılmadığı' unsurunun da varlığı dikkate alınmalıdır. Boru içinde sıvı/gaz naklinde taşıyıcının geleneksel anlamda eşyanın yer değiştirmesinde bir fonksiyonu olmadığı gibi, taşıma sözleşmesinin esaslı unsuru olan bakım, muhafaza, denetim, himaye ve nezaret etme borcunu tam olarak yerine getirmesi de mümkün görünmemektedir. *Adıgüzel*¹¹⁴ göre boru hattı taşımaları, taşımayı gerçekleştiren bir araç olmadığından, bir

yol vasıtasıyla ve mekanik bir itiş ile taşıma olduğundan klasik anlamda bir taşıma sayılmaz ve TTK kapsamında da bulunmaz. Biz de bu görüşe katılıyor ve boru hattı ile taşınmanın TTK kapsamı dışında olduğunu düşünüyoruz. Fikrimizce boru hattı ile gaz ve sıvı nakli sözleşmesi, içinde satış ve taşıma sözleşmesi unsurlarının da yer aldığı karma nitelikli bir sözleşmedir.

F. EŞYA KAVRAMINA DAHİL OLMAYAN BAGAJ TAŞIMASI VE HAYVAN REFAKATÇİSİNİN TAŞINMASI

Yolcu taşıma sözleşmelerinin konusuna yolcunun yanında getirdiği bagajı da dahil olup, bagaj taşınması eşya taşıma sözleşmesinin konusuna girmektedir¹¹⁵. Bagaj taşınması yolcu taşıma sözleşmesinin bir yan edimidir¹¹⁶. Dolayısıyla yolcunun yanında getirdiği bagajı eşya kavramına dahil değildir. Bununla birlikte yolcu ile birlikte taşınmayan bagaj taşınması hakkında özel ve ayrı bir taşıma sözleşmesi yapılmış ise bu bir eşya taşıması sayılmalı ve CMR buna tatbik edilmelidir¹¹⁷. Aynı durum TTK bakımından da geçerlidir.

Karayolu taşımalarında, denizyolu taşımalarında olduğu gibi taşınacak eşya canlı hayvan olup da, hayvanları gözetmek, bakmak ve beslemek üzere taşıma aracına taşıyıcının onayı ile binen kişi de yolcu sayılmalıdır¹¹⁸. Bu halde canlı hayvanlar için bir eşya taşıma sözleşmesi, o canlı hayvanlara refakat eden kişi yönünden yolcu taşıma sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Doğal olarak hayvan refakatçisi eşya kavramına dahil değildir.

¹⁰⁸ Can, s. 20.

¹⁰⁹ Sözer, s. 123.

¹¹⁰ Sözer, s. 33; Arkan, s. 13; Thume & Bearbeiter, Vor Art. 1, RdNr. 28; Paschke & Furnell, s. 6 - 7; Heymann & Horn, § 407 RdNr. 23; Bozkurt Bozabalı, s. 23.

¹¹¹ Arkan, s. 11 - 12.

¹¹² Sözer, Deniz, s. 525; Sözer, s. 123. Petrol, su ve doğalgaz yönünden karşı görüş için bkz. Gençtürk, s. 14; Zeyneloğlu, s. 90; Atabek, s. 27; Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2213. CMR yönünden içine konuldukları nesneyle bütünleşen sıvı ya da gazların eşya sayıldığı hakkında bkz. Karan, Şerh, s. 24. Elektrik ve benzer doğal güçlerin CMR kapsamında birer eşya sayılmadıkları hakkında bkz. Özdemir, s. 24. Atabek elle tutulmayı esas almakta olduğundan elektrik naklini taşıma sözleşmesi konusu olarak saymaz

iken, eşyanın yer değiştirmesi gerekçesi ile borularla benzin, mazot ve süt naklini eşya taşıması olarak saymaktadır. Bkz. Atabek, s. 27 ve aynı yönde Zeyneloğlu, s. 90.

¹¹³ Sözer, s. 123.

¹¹⁴ Adıgüzel, s. 28.

¹¹⁵ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 12; Sözer, Deniz, s. 524; Aksoy, s. 18; Aydın, s. 11; Erdem, s. 117; Özdemir, s. 24; Arkan, s. 14, Karan, Şerh, s. 25; Karan, s. 28; Erdil, s. 13; Uslu, s. 41; Clarke, s. 31, dpn. 260; Adıgüzel, s. 27.

¹¹⁶ Aydın, s. 11; Karan, Şerh, s. 25; Özdemir, s. 24; Erdil, s. 13.

¹¹⁷ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 12.

¹¹⁸ Deniz taşımaları için bkz. TTK md. 1249/1: 'Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak veya bu bölüm hükümlerine tabi bulunmayan bir navlun sözleşmesinin konusu olan aracı veya canlı hayvanları gözetmek üzere, taşıyanın onayı ile gemide taşınan kişiler yolcu sayılır'.

V. TTK İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK CMR KAPSAMINA GİRMEYEN EŞYA TAŞIMALARI

CMR md. 1.4 hükmünde sayılan taşımalar CMR kapsamı dışına alınmıştır¹¹⁹. Belirtelim ki, CMR Konvansiyonu, md.1.4 hükmünde sayılan şeylerin birer eşya olmadıklarını değil, sadece konvansiyon bakımından eşya taşımalarının konusuna girmediğini buyurmaktadır¹²⁰. Bu sebeple, CMR md. 1.4 hükmünde sayılan taşınma eşyası taşınması, cenaze taşınması ve uluslararası bir posta konvansiyonuna göre icra edilen posta taşınması, CMR kapsamında taşımanın konusuna girmemektedir.

A. CENAZE TAŞIMALARI

Türk eşya hukuku yönünden eşya sayılmayan cesetler, Türk taşıma hukuku yönünden eşya kavramına dahildir¹²¹. Böylece TTK bakımından cenaze taşınması bir eşya taşıma sözleşmesidir¹²². Bununla birlikte CMR kapsamında bir eşya taşıma sözleşmesinin konusuna cenaze girmektedir (CMR md. 4.b)¹²³. Cenazenin, cenazeler için özel üretilmiş bir araçla taşınmasında dahi cenaze taşınması CMR'nin konusuna girmemektedir¹²⁴. CMR bakımından cenaze, defnetmek amacıyla taşınan hem insan ve hem de hayvan cesetleri anlamındadır¹²⁵. Türk Hukuku bakımından hayvan ölüsü cenaze kavramına girmemektedir¹²⁶. Ancak hayvan ölüsü de bir eşya olup, ücret karşılığı taşınması halinde Türk Hukuku bakımından ortada bir taşıma sözleşmesi bulunmaktadır. Cenaze merasimi için

tabutla/cenaze ile birlikte taşınan çelenk ve çiçek taşınması da CMR kapsamı dışındadır¹²⁷. Aksi durumda, yani cenaze merasimi için gönderilen, ancak cenaze ile birlikte taşınmayan, tabut, çiçek ve çelenk taşınması ise CMR kapsamındadır¹²⁸.

Bilimsel araştırma ve inceleme de kullanılmak üzere taşınan mumya veya kadavra CMR kapsamında değerlendirilmektedir¹²⁹. Aynı şekilde organ taşımaları da CMR kapsamında eşya olarak nitelendirilmektedir¹³⁰. Hayvanlar eşya hukuku anlamında birer eşya sayılmazken, canlı hayvan taşınması hem Türk Ticaret Kanunu'nun (md. 878/1.f) ve hem de CMR'nin (md. 17/4.f) uygulanması bakımından eşya kavramına girmektedir¹³¹.

B. TAŞINMA EŞYASI TAŞIMALARI

Taşınma eşyası, CMR md. 1.4.c gereğince taşıma sözleşmesinin konusu dışında iken¹³², TTK md. 894'e göre taşıma sözleşmesinin konusudur. CMR Konvansiyonu düzenlenirken taşınma eşyası taşımaları hakkında ayrı özel bir konvansiyon düzenlenmesi arzu edilmiş ve bu sebeple taşınma eşyaları CMR kapsamına alınmamışsa da, taşınma eşyalarının taşınması hakkında ayrı bir konvansiyon da halen yapılmamıştır¹³³. Bununla birlikte uluslararası taşınma eşyası taşımaları hakkında ECE¹³⁴ tarafından genel şartlar düzenlenmiştir¹³⁵. Bu genel şartlar ancak taraflarca benimsenip sözleşmelerine geçirilirse, Türk Hukuku bakımından Türk Borçlar Kanunu md. 20 vd.'da yer alan genel işlem koşulları hakkındaki emredici hükümlere aykırı olmamak ve ilgili hükümlerdeki denetime tabi olmak üzere geçerli olarak kabul edilebilir¹³⁶. TTK tarafından

¹¹⁹ Clarke, s. 31.

¹²⁰ Kıran, s. 9.

¹²¹ Arkan, s. 11; Atabek, s. 26; Eriş, s. 4544; Karan, Şerh, s. 24, dpn. 84; Kıran, s. 9, dpn. 26.

¹²² Aksoy, s. 17; Gençtürk, s. 15.

¹²³ Cenaze taşımaları hakkında 26.10.1973 tarihli bir Avrupa Antlaşması bulunmakta ise de, Türkiye bu antlaşmaya katılmamış ve Almanya da ise yürürlüğe girmemiştir. Bkz. MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 23 ve orada dpn. 84.

¹²⁴ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 25.

¹²⁵ Hoeks, s. 158; Clarke, s. 32; Uslu, s. 42; Özdemir, s. 25.

¹²⁶ Erdem, s. 121.

¹²⁷ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 25; Clarke, s. 32; Hoeks, s. 158.

¹²⁸ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 25; Hoeks, s. 158; Aydın, s. 12; Özdemir, s. 25; Erdem, s. 121; Erdil, s. 14; Uslu, s. 42.

¹²⁹ Karan, Şerh, s. 34; Erdem, s. 121; Özdemir, s. 25 ve dpn. 60; Erdil, s. 14; Uslu, s. 42.

¹³⁰ Hoeks, s. 158.

¹³¹ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 12; Atabek, s. 26; Yargıtay.11. Hukuk Dairesi, T: 04.02.2002, E: 2001/8732, K: 844 (Karan, Şerh, s. 55 – 56).

¹³² Arkan, Uygulanma Koşulları, s. 402; Kaya, CMR Uygulanma Şartları, s. 449; Clarke & Yates, s. 18; Carr, s. 379. Bkz. ayrıca Yargıtay.11. Hukuk Dairesi, T: 26.06.2014, E: 7144, K: 12156 (Erdil, s. 16).

¹³³ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 23 ve 26; Clarke, s. 32; Clarke & Yates, s. 18.

¹³⁴ United Nations Economic Commission for Europe.

¹³⁵ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 26.

¹³⁶ Tacirler bakımından da TBK md. 20 vd. genel işlem koşullarının geçerli olduğu hakkında bkz. Aydoğdu, Murat (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı,

'ev/büro eşyası' daha uygun bir ifade ile "taşınma eşyası" olarak tarif edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. kitabı 3. kısım başlığı "taşınma eşyası taşınması"dır'.

CMR taşınma eşyasının tanımını yapmamış olduğu gibi, CMR'nin iki resmi dilinden biri olan İngilizce metninde kullanılan "furniture removal" ifadesi sadece ev eşyalarını kapsıyor gibi durduğundan karışıklık yarattığı ifade edilmektedir¹³⁷. Buna karşılık CMR'nin diğer resmi dili olan Fransızca metninde "transport de déménagement" ifadesi ise "furniture removal" ifadesinden farklı olarak eşyanın türüne değil de, eşyanın yer değiştirmesine odaklandığı belirtilmektedir¹³⁸.

Fransızca metne öncelik tanınmalıdır¹³⁹. Nitekim hem Alman Ticaret Kanunu (HGB) ve hem de TTK Fransızca metni esas alarak 'taşınma eşyası (umzugsgut)' ifadesini haklı ve doğru olarak tercih etmiştir. Bu nedenlerle taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin konusu evden eve, ev eşyaları veya ofisten ofise, ofis (büro) eşyaları taşınması olabilmektedir¹⁴⁰. Hatta taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin konusu ticari amaçlı bir taşıma olmamak şartıyla, 'fabrika eşyaları', 'tiyatrodaki eşyalar' veya 'sergi eşyaları' da olabilir¹⁴¹.

TTK md. 894/1'e göre bir evden, bürodan veya benzeri bir yerden alınıp benzeri bir yere taşınan eşya "taşınma eşyası"dır. Taşınma eşyası teriminden evden veya iş yerinden (büro, yazıhane, mağaza) her türlü kullanılmış taşınır ev veya mobilya eşyası anlaşılmalıdır¹⁴². Ev konut/mesken olarak, büro ise belli bir mesleği icra edenlerin çalışma yeri olarak kullanılan bina ve bina içinde kapalı bağımsız bölüm olarak anlaşılmalıdır¹⁴³. Ta-

şınma eşyası terimi kişilere ait evlerdeki mobilya eşyasını kapsadığı gibi, iş yerleri, bürolar, okullar, kamu – özel işletmeler veya enstitüler, klinikler, atölye - fabrikalar, yurtlar ve müzelerdeki mobilya eşyalarını da kapsamaktadır¹⁴⁴. Sanayi tesisine ait kullanılmış mobilya eşyası olmayan ticari mobilyalar ile, makina ve teçhizatlar taşınma eşyası değildir¹⁴⁵. Bu sayılan yerlerden taşınan eşya, taşınma sırasında o yerlerde ne amaçla halihazırda kullanılıyorsa, taşındığı o yerlerde de aynı amaca hizmet etmelidir¹⁴⁶. Ek olarak taşınan eşyanın önceki kullanım ile yeni kullanım amacı sadece geçici olarak değil sürekli birbirine uyumlu olmalıdır¹⁴⁷. Burada önemli olan taşınma eşyasının eski bulunduğu yerden yeni yerine taşınırken aynı amaca hizmet etmeye devam etmesidir¹⁴⁸. Belirtelim ki taşınma eşyası bir eşya birliği kavramını ifade eder, sadece tek bir kişisel eşyanın taşınması taşınma eşyası taşıma sözleşmesine vücut vermez¹⁴⁹.

Taşınma eşyası bakımından belirleyici olan, eşyanın objektif nitelikleri değil de, taşıyıcının bakış açısına göre eşyanın fark (ayırt) edilebilen fonksiyonlarıdır¹⁵⁰. Taşıyıcının bakış açısının esas olduğu zaman ise sözleşmenin tamamlanma – kurulma anıdır¹⁵¹. O halde taşıyıcının sorumluluğunun hangi hükümlere tabi olduğunun önceden bilebilmesi için belirleyici olan husus taşıyıcı bakımından eşyanın taşınma eşyası niteliğine sahip olduğunun biliniyor veya bilinmesi gerekiyor olmasıdır¹⁵².

Taşınma eşyası kavramına çeyiz ve miras eşyası da dahildir¹⁵³. Taşınma eşyasının geniş anlamda doğrudan yaşamla ilgili olan tüm eşyaları kapsadığı ifade edilmektedir¹⁵⁴. Örneğin çok sayıda saksısı bulunan ve içinde çiçek yetiştiren bir kimsenin evin-

Prof.Dr. Aydın ZEVLİLİLER'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, C. 8, s. 597 ve orada dp. 88'de anılan yazarlar.

¹³⁷ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 26.

¹³⁸ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 26.

¹³⁹ Clarke, s. 32.

¹⁴⁰ Karan, s. 34; Erdil, s. 14; Gençtürk, s. 48. Bkz. ayrıca TTK md. 894 madde gerekçesi.

¹⁴¹ MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 26.

¹⁴² Ebenroth, Carsten Thomas & Boujong, Karlheinz & Joost, Detlev & Strohn, Lutz, Bearbeiter (2015), Handlungsgesetz-buch: HGB Kommentar, Band 2 §§ 343 – 475 h., Transportrecht, Bank Und Börsenrecht, 3. Auflage, München, C. H. Beck Vahlen, § 407 Rn. 2; Adigüzel, s. 244.

¹⁴³ Can, s. 121.

¹⁴⁴ Ebenroth & Boujong & Joost & Strohn, Bearbeiter, § 407 Rn. 2.

¹⁴⁵ TTK md. 894 gerekçesi ve ayrıca bkz. Akdeniz, Umut (2013), '6102 Sayılı TTK'da Taşıma Hukukuna Dair Yeni Bir Düzenleme 'Taşınma Eşyası Taşınması'', LHD, S. 130, C.11, s. 86.

¹⁴⁶ Ebenroth & Boujong & Joost & Strohn, Bearbeiter, § 407 Rn. 2.

¹⁴⁷ Ebenroth & Boujong & Joost & Strohn, Bearbeiter, § 407 Rn. 2.

¹⁴⁸ Paschke & Furnell, s. 135; Can, s. 121; Akdeniz, s. 87.

¹⁴⁹ Akdeniz, s. 85.

¹⁵⁰ Koller, § 451 Rn. 3; Akdeniz, s. 86.

¹⁵¹ Koller, § 451 Rn. 3.

¹⁵² Akdeniz, s. 86.

¹⁵³ Paschke & Furnell, s. 135; Akdeniz, s. 86.

¹⁵⁴ Paschke & Furnell, s. 135.

den başka bir eve, bu saksı ve çiçeklerin diğer ev eşyaları ile birlikte taşınması da bir taşınma eşyası taşınması sayılmalıdır. Nitekim TTK md. 898/1.f uyarınca ev – bürodan başka bir ev – büroya taşınan canlı hayvan ve bitki de taşınma eşyası sayılmaktadır. Bu yönüyle taşınma eşyası uygun bir ifadeyle ‘insanların sosyal yaşamı için kullandıkları eşya¹⁵⁵’ olarak da tanımlanabilir.

Taşınma eşyası olarak adlandırılan eşyalara, normal bir taşımadaki eşyalara nazaran daha özel bir ele alma – davranma gerekmektedir¹⁵⁶.

Taşınma eşyası taşınmasını diğer eşya taşımalarından ayıran unsurlar şöyle sıralanabilir;

- taşınma eşyasını taşınması için taşıyıcı ile anlaşan kimsenin, yani gönderenin, ticari bir gayesinin bulunmaması unsuru¹⁵⁷ ve genellikle tüketici sıfatına sahip olması¹⁵⁸;

- taşıyıcının asli taahhüt olarak sadece taşımayı üstlenmesinin yeterli olmaması unsuru;

- ayrıca taşımadan önce eşyaların toplanıp paketlenmesi, demontesi, sökülmesi, sandıkların boşaltılması vb. eylemli unsurlarının da bulunması;

örneğin muşambaları, perdeleri, avizeleri, aplikleri takmak – sökmek ve eşyaları teslim yerinde alelade bırakılmayarak, ev sahibinin zevkine uygun olarak paketlerinden çıkarılarak, yerleştirilmesi, takılması ve monte edilmesinin (vb.) de taahhüt edilmesi gibi unsurlar¹⁵⁹.

Yukarıda sayılan eylemli unsurların hem yüklemeye yani eşyanın teslim alındığı yerde ve hem de eşyanın boşaltıldığı yani teslim edildiği yerde yerine getirilmesi gerekmektedir. Yani taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşınma eşyası taşıyıcısı, teslim aldığı yerde demontesini yaptığı eşyaların, montesini teslim yerinde de yapmalıdır.

Yoksa taşınma eşyası taşıma sözleşmesinden doğan taşıma taahhüdü esaslı borcunu tam olarak yerine getirmiş sayılmaz. Bununla birlikte demonte edilen eşyaların taşınan yerde monte edilmesi için uygun fiziki özellikleri sağlamak gönderenin yükümlülüğündedir.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesine ayırt edici özelliğini veren sözleşmenin konusu olan “taşınma eşyasıdır”. Taşıma aracının tipi/türü taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin belirlenmesinde rol oynamaz¹⁶⁰.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinde normal taşıma sözleşmesine göre taşıyıcıya ait taşıma sözleşmesini aşar şekilde farklı borç ve görevlerinin bulunması veya yukarıda ifade edildiği gibi ayırt edici unsurlarının yer alıyor olması bu sözleşmeyi ‘karma sözleşme’ haline getirmesi gerekirdi¹⁶¹. Ancak kanun koyucu taşınma eşyası taşıma sözleşmesini ‘Taşıma İşleri’ başlıklı TTK 4. kitap 3. kısımda ‘Taşınma Eşyası Taşınması’ başlığı altında “Özel Bir Taşıma Sözleşmesi’ olarak düzenlemiştir¹⁶². Bu sebeple öncelikle taşınma eşyası taşıma sözleşmesi bir taşıma sözleşmesi çeşididir. Taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği taşıyıcının edimi esas alınarak belirlenmelidir¹⁶³. Taşıma sözleşmesi, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinden farklı olarak sadece eşyanın bir yerden diğer bir yer taşınma işinin organizasyonu değil aksine, taşıyıcı eşyanın bir yerden diğer bir yere taşınması ve ulaştırılmasını, yani belli bir sonucu borçlanmakta¹⁶⁴ ve taşıyıcının sonucu taahhüt etmesi esas olduğundan öğretilde çoğunlukla taşıma sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵. Daha doğru bir nitelendirme ile taşıma sözleşmesi eser sözleşmesinin bir alt – özel

¹⁵⁵ Akdeniz, s. 84 – 85.

¹⁵⁶ Hoeks, s. 158.

¹⁵⁷ Karan, Şerh, s. 35; MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 26.

¹⁵⁸ Adıgüzel, s. 243.

¹⁵⁹ Bkz. Yargıtay. 11. Hukuk Dairesi, T: 17.06.1996, E: 4002, K: 4432 (Eriş, s. 4567 - 4568) ve TTK md. 894 madde gerekçesi. Ayrıca bkz. MünchKommHGB/Jesser-Huss, Art. 1 CMR RdNr. 27; Carr, s. 379; dpn. 22; Atabek, s. 30; Gençtürk, s. 49; Özdemir, s. 25 – 26; Clarke, s. 32 -33.

¹⁶⁰ Clarke, s. 33 Akdeniz, s. 87.

¹⁶¹ Andresen, Bernd (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, 3. Auflage, München, C.H.

Beck/Franz Vahlen, § 451 Rn 1 (MünchKommHGB/Andresen); Gençtürk, s. 49.

¹⁶² MünchKommHGB/Andresen, § 451 Rn. 1.

¹⁶³ Becker, s. 854.

¹⁶⁴ Paschke & Furnell, s. 4; Koller, § 407 RdNr. 12 ve 35; Becker, s. 854; Thume & Bearbeiter, Vor Art. 1 RdNr. 28; Heymann & Horn, § 407 RdNr. 3; Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2255.

¹⁶⁵ Paschke & Furnell, s. 3 - 4; Thume & Bearbeiter, Vor Art. 1 RdNr. 28; Koller, § 407 RdNr. 12; Arkan, s. 30; Belbez, s. 391; Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 2255; Doğanay, s. 434 ve 441; Akıncı, s. 23; Erdem, s. 99; Adıgüzel, Karayolu, s. 33. Aksi görüşte Can, s. 18.

türü olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶. Biz de bu görüşlere iştirak etmekteyiz. Bu sebeplerle kanun gereğince 'özel bir taşıma sözleşmesi' olarak düzenlenmiş olan taşıma eşyası taşıma sözleşmesi hukuki niteliği bakımından bir eser sözleşmesi, daha doğru bir ifadeyle eser sözleşmesinin alt/özel türü olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda ifade edilen görüşümüz doğrultusunda, taşıma eşyası taşıma sözleşmesine öncelikli TTK 4. kitap 3. kısım hükümleri uygulanacaktır. Boşluk bulunması halinde TTK 4. kitap 1. ve 2. kısımları tamamlayıcı olarak uygulanacaktır. Böylece taşıma eşyası taşıma sözleşmesinden doğan uyumsuzluklara öncelikli TTK md. 894 – 901, burada boşluk olması halinde ise, taşıma eşyası taşıma sözleşmesi hakkında uygulanması gerekli milletlerarası bir sözleşme olmadığından, TTK md. 850 – 893 hükümleri uygulanır (TTK md. 894). Bu hükümlerde de boşluk bulunması halinde, taşıma sözleşmesinin bir eser sözleşmesi niteliğinde olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) eser sözleşmesi hükümleri uygun düşükçe kıyasen uygulanabilecektir.

Yeni olsa da, alınan eşyayı taşımaya taahhüt edenin, bu eşyaların taşınacak yerde ayrıca uygun şekilde yerleştirilmesi ve monte edilmesini de taahhüt etmiş olması halinde, bunun taşıma eşyası taşıma sözleşmesi sayılacağı ve CMR kapsamı dışına çıkacağı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Bununla birlikte *Clarke*¹⁶⁸ Londra'dan Paris'e, alıcının Paris'te yeni açtığı ofisine yeni alınan mobilyanın taşınmasını bir taşıma eşyası taşıma sözleşmesi olarak görmediğinden Londra Paris arası yeni mobilya taşıma sözleşmesini CMR kapsamında sayarken, bir Londra firmasının Paris ofisine kullanılmış mobilyanın taşınmasını taşıma eşyası taşıma sözleşmesi saydı-

ğından CMR kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir. Fikrimizce de örneğin bir mağazadan yeni alınan eşyaların taşınması için yapılan anlaşma CMR kapsamında olup¹⁶⁹, bu yeni eşyaların taşınması birer taşıma eşyası taşıması sayılmamalıdır¹⁷⁰. Zira taşıma eşyası nitelemesinin yapılabilmesi için eşyanın öncelikle bir evden veya bir bürodan alınıp benzeri bir yere taşınması ve kullanılmış olması söz konusu olmalıdır. Türk taşıma hukuku bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. IKEA'dan alınan yeni eşyanın taşıyıcı tarafından evde montesi de taahhüt edilmiş olsa, bu bir taşıma eşyası taşıma sözleşmesi değil, eşya taşıma sözleşmesidir. Çünkü bu tür taşımalarda, taşıyıcının taahhüdünün kapsamına monte - demonte dahil olmayıp, taşıyıcının bunu ayrıca taahhüt etmesi gerekir. Oysa taşıma eşyası taşıma sözleşmesinde taşıyıcının gönderenle akdettiği sözleşmede bu hizmetleri ayrıca taahhüt etmesine gerek bulunmamaktadır. Taşınma eşyası taşıyıcısının taşıma taahhüdünün kapsamına kendiliğinden taşıma eşyasının monte – demonte vb. eylemleri de girmektedir. Sonuç olarak fikrimizce, taşıma eşyası yeni olarak mağaza vb. yerden alınmış, evde – ofiste (büro) halihazırda kullanılan/kullanılmış eşyadır.

C. POSTA TAŞIMALARI

CMR md. 1.4.a gereğince uluslararası bir posta konvansiyonuna göre icra edilen posta taşınması CMR kapsamında bir eşya taşıma sözleşmesinin konusu değildir. Böylece kişisel mektupların uluslararası karayoluyla taşınması CMR kapsamı dışındadır¹⁷¹. Uluslararası posta taşımaları hakkında Türkiye'nin de tarafı olduğu ve yürürlüğe 13.03.1969 tarih ve 1131 sayılı kanun ile giren Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası¹⁷² (*Universal Post Union*¹⁷³) uygulanır. Unutulmamalıdır ki,

¹⁶⁶ **Koller**, § 407 RdNr. 35; **Hartenstein & Reuschle & Bearbeiter**; Kap. 1. RdNr. 28; **Knorre & Demuth & Schmid**, B. I RdNr. 56; **Heymann & Horn**, § 407 RdNr. 3.

¹⁶⁷ **Özdemir**, s. 26; **Erdil**, s. 14 - 15.

¹⁶⁸ **Clarke**, s. 33.

¹⁶⁹ **Karan**, Şerh, s. 35.

¹⁷⁰ **Akdeniz**, s. 85.

¹⁷¹ **Karan**, s. 28.

¹⁷² RG, 25.03.1968 T., S. 13157.

¹⁷³ **Karan**, Şerh, s. 33; **Erdem**, s. 118; **Erdil**, s. 13 – 14; **Carr**, s. 379. Türkiye Dünya Postalar Birliği (UPU) üyesidir. Bkz. <<http://uidb.ptt.gov.tr/uyelik/upu.html>> ve <<http://www.upu.int/en.html>> s.e.t. 20.08.2018. Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası 10 Temmuz 1964 yılında Uluslararası Posta Konvansiyonu'nda kabul edilerek, 1 Ocak 1966 yılında yürürlüğe girmiştir. (1969 Tokyo, 1974 Lausanne, 1984 Hamburg, 1989 Washington, 1994 Seoul, 1999 Beijing, 2004 Bucharest, 24th Congress – 2008 and 2016 Istanbul Ek Protokolleri yapılmıştır. Bkz. <<http://www.upu.int/uploads/txsbdwnloader/actsLast-CongressActsEn.pdf>>s.e.t. 20.08.2018.

CMR'nin kapsam dışına aldığı sadece bir uluslararası posta konvansiyonuna tabi posta taşımalarıdır¹⁷⁴.

Türk Hukuku bakımından da posta taşımaları TTK 4. kitap kapsamında da bir eşya taşımasının konusuna girmemektedir (TTK md. 852)¹⁷⁵. Ulusal posta taşımaları ve posta hizmetleri hakkında TTK değil, 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu¹⁷⁶ ve 27.03.1973 tarih ve 7/6156 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükte olan Posta Tüzüğü uygulanmaktadır¹⁷⁷. Evrensel posta hizmetleri ve bu hizmetlerin kimler tarafından verilebileceği hakkında ayrıca 29.02.2016 tarih ve 29639 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği uygulanır. Posta Hizmetleri Kanunu md. 3.u'ya göre posta gönderisi, göndericinin bizzat kendisi veya talimatıyla, üzerinde belirtilen yer ve adrese, gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderileri ile kitap, katalog, gazete ve süreli yayınları, görme

engellilere özgü yazıları, ticari değeri olsun veya olmasın eşya içeren en fazla beş kilogram ağırlığa veya elli desimetreküp hacme sahip posta maddesi ile posta kolisi veya kargosunu ifade etmektedir.

Posta Tüzüğü md. 3.1 uyarınca açık ve kapalı mektuplarla üzerinde haberleşme mahiyetinde yazılar bulunan kartların kabul, taşıma ve dağıtımının P.T.T.'nin tekeli altında olduğunu belirtmektedir. Mülga 5584 Posta Kanunu md. 2. A ve B fıkraları uyarınca da açık ve kapalı mektuplar ile üzerlerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartlar P.T.T. İdaresinin tekeli altındaydı. Ancak yürürlükteki Posta Hizmetleri Kanunu'nda mülga kanundaki gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Üstelik Posta Hizmetleri Kanunu md. 5, posta gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimini kapsayan posta hizmetlerinin, bu Kanun hükümlerine göre faaliyet gösteren hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirildiğini belirtmektedir. Bu hüküm uyarınca haklı olarak P.T.T.'ye verilen tekel yetkisinin kaldırıldığı ifade edilmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Hoeks, s. 158; Carr, s. 379.

¹⁷⁵ Arkan, s. 12.

¹⁷⁶ RG, 23.05.2013, S. 28655.

¹⁷⁷ Eriş, s. 4544; Adıgüzel, s. 14.

¹⁷⁸ Adıgüzel, s. 14. Posta Hizmetleri Kanunu md.6.1.a uyarınca temel ücret göz önünde bulundurularak kurumun önerisi ve Bakanlığın teklifi ile Cumhurbaşkanı tarafından ağırlığı veya ücreti belirlenen yurt içi ve yurt dışı haberleşme gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimi posta hizmet yükümlüsü tekeli altındadır. Posta Hizmetleri Kanunu md. 3.u uyarınca posta gönderisi, göndericinin bizzat kendisi veya talimatıyla, üzerinde belirtilen yer ve adrese, gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderileri ile kitap, katalog, gazete ve süreli yayınları, görme engellilere özgü yazıları, ticari değeri olsun veya olmasın eşya içeren en fazla beş kilogram ağırlığa veya elli desimetreküp hacme sahip posta maddesi ile posta kolisi veya kargosu olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrası ile evrensel posta hizmet sağlayıcısı, evrensel posta hizmetini yetki belgesi uyarınca yürütmekle yetkili kılınan hizmet sağlayıcısı ve h fıkrası uyarınca da evrensel posta hizmet yükümlüsü, evrensel posta hizmetini görev sözleşmesi uyarınca sağlamakla yükümlü kılınan hizmet sağlayıcısı olduğu ifade edilmiştir. Posta Hizmetleri Kanunu md. 6.1.a'da haberleşme gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimi posta hizmet yükümlüsü tekeli altındadır demiş olsa da, Posta Hizmetleri Kanunu'nda evrensel

posta hizmet yükümlüsünün kim olduğu yer almamaktadır (Posta Hizmetleri Kanunu md.9.3'e göre PTT, bu Kanun çerçevesinde yurt içi ve yurt dışında posta hizmetlerini yürütmeye ve gerekli altyapıyı kurmaya yetkili olmakla birlikte, md. 9.1'e göre posta hizmeti verilebilmesi veya bunun için gerekli altyapının kurulup işletilebilmesi için Kurum (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu m.3.p) tarafından bu hususta yetkilendirilmiş olmak gerekir denmekte ve posta hizmetleri bakımından bir ayırım öngörülmezsizin Kurum tarafından başka özel hukuk tüzel kişileri olan şirketlere de posta hizmetleri yetkisi verilebileceği md. 9.2 'Yetkilendirme, yetki belgesi verilmesi yoluyla yapılır. Yetki belgesi almak isteyen şirketler faaliyete başlamadan önce Kurum düzenlemeleri çerçevesinde Kuruma başvuruda bulunur' fıkrası ile açıkça yer almaktadır). Halbu ki mülga 5584 Posta Kanunu md. 2. A ve B fıkralarında haberleşme gönderilerinin tekeli açıkça P.T.T.'deydi. 29.02.2016 tarih ve 29639 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği (Yönetmelik) md. 1 amaç kısmında bu Yönetmeliğin amacı, evrensel posta hizmeti gelirlerinin tahsili ve giderlerinin yapılması ile evrensel posta hizmetinin sağlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir şeklinde iken, md.2'ye göre yönetmelik, evrensel posta hizmeti gelirlerinin tahsili ve giderlerinin yapılması, net maliyetin belirlenmesi, ödeme şekli ile evrensel posta hizmet sağlayıcısının belirlenmesi, evrensel posta hizmet yükümlüsü ya da sağlayıcısının evrensel posta hizmetine ilişkin yükümlülükleri ve bu işlemlere iliş-

Posta Hizmetleri Kanunu md. 21 uyarınca, P.T.T İdaresi yerine geçmek üzere, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) kurulmuş olup, 05.02.2017 tarih ve 29970 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 24.01.2017 tarih 2017/9756 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile PTT'nin sermayesinin tamamı Hazine Müsteşarlığı'ndan Varlık Fonuna devredilerek tescil ve ilan edilmiştir.

VI. SONUÇ

Taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından ilki eşya veya yolcu taşıma işinin üstlenilmesi/taşımının taahhüt edilmesidir. Taşıyıcının bu edimi taşıma sözleşmesinin merkezi olup, temel, asli ve ağırlıklı, tipik – karakteristik edimi olarak görülmektedir. Taşıma taahhüdü yok ise sözleşme esaslı unsur eksikliğinden kurulmamış sayılacaktır

Taşıma sözleşmesi bakımından taşıma için hangi aracın kullanıldığı önemsizdir. Ancak CMR bakımından ancak belli taşıtlarla taşıma yapılabilir. TTK bakımından taşımının mutlaka karayolunda yapılıyor olması gerekmektedir. CMR'ye tabi bir taşıma ise ancak karayolu ile gerçekleştirilmektedir.

CMR bakımından taşımının konusu yalnız eşyadır. TTK bakımından taşıma sözleşmesinin ko-

nusu ise hem eşya ve hem de yolcudur. Taşıma sözleşmesinin konusu olan eşya taşınır tüm maddi malları ifade etmektedir. CMR bakımından eşya, konvansiyonda hariç tutulmamış eşyalar olarak görülebilir.

Eşya kavramına onu dış risklerden korumak amacıyla eşyayı sarmak için kullanılan ambalaj – paket ve gönderen tarafından temin edilen konteyner dahildir. Taşınacak olan eşyanın ticari bir değerinin bulunması zorunlu değildir. Taşıyıcı, gönderen tarafından temin edilmiş bir römorkun taşınmasını taahhüt etmiş ise bu sözleşme bir eşya taşıma sözleşmesi ve römork da eşya sayılır. Silah ve tehlikeli eşyalar da eşya taşıma sözleşmesinin konusuna dahildir. Hasara uğramış bir otomobil sahibi ile çekici şirketi arasında yapılan sözleşme eşya taşıma sözleşmesidir.

Eşyanın teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar taşıyıcıya ait olan eşyanın bakım ve muhafaza borcu, taşıma sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisi olup, esasen taşıma sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt edici bir unsur olarak görülmektedir. Boru içinde sıvı/gaz naklinde taşıyıcının geleneksel anlamda eşyanın yer değiştirmesinde bir fonksiyonu olmadığı gibi, taşıma sözleşmesinin esaslı unsuru olan bakım, muhafaza, denetim, hi-

kin uygulama ve denetimleri kapsamaktadır. Posta Hizmetleri Kanunu md. 14.1.a ve Yönetmelik md.6.1'de evrensel posta hizmetinin iki kilografa kadar olan posta gönderilerini, kapsadığı belirtilmiştir. Posta Hizmetleri Kanunu md. 3.u uyarınca posta gönderisi üzerinde belirtilen yer ve adrese, gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderilerini de kapsamakta olduğundan kişisel mektuplar da Yönetmelik kapsamındadır. Yönetmelik md. 5.1 ise bakanlık, evrensel posta hizmet sağlayıcısını belirlemeye, buna ilişkin usul ve esaslar ile sözleşme düzenlemeye yetkilidir şeklindedir. Bu yönetmelik uyarınca kişisel mektupların gönderimi hakkında her ne kadar eskiden P.T.T. tekeli olsa da, bu tekel yumuşatılmış ve kişisel mektupların gönderimi dahil yönetmelikte 6. maddede yer alan evrensel posta hizmetleri Bakanlık aracılığıyla evrensel posta hizmet yükümlüsü ile yapılacak sözleşme ile evrensel posta hizmet sağlayıcısı adı verilecek olan P.T.T. dışında hizmet sağlayıcısına kısmen veya tamamen devredilebilecektir. Haliyle fikrimizce yukarıda anlatılan yeni mevzuat uyarınca, bundan böyle kişisel mektuplar

ve diğer sayılan gönderiler hakkındaki posta tekeli, sözleşme ile devredilebileceği anlaşılmalı ve devir anından itibaren eskiden var olan P.T.T.'nin posta tekeli de sözleşme şartları uyarınca kalkmış olacaktır. Özel bir kargo şirketi P.T.T.'nin tekelinde olan kişisel mektup gibi haberleşme gönderilerini taşımayı üstlenmiş ve bu taşıma esnasında ziya – hasar meydana gelmiş ise, ziya – hasar taleplerinin Türk Ticaret Kanunu'nun kapsamında olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Fikrimizce P.T.T.'nin tekeli kalkmış olsa da, TTK md. 852'nin açık hükmü karşısında yürürlükteki yeni Posta Hizmetleri Kanunu'na ve sonradan çıkan mevzuata göre kişisel mektupların taşınması P.T.T. dışında bir hizmet sağlayıcısına devredilmiş olsa da, kişisel mektupların taşınması sırasında ziya ve/veya hasar sebebiyle tazminat talepleri ve taşıyıcının sorumluluğu hakkında TTK tatbik edilemez. Bu tür bir uyumsuzluk hakkında fikrimizce öncelikle TTK md. 852 uyarınca özel hükümler (Posta Hizmetleri Kanunu ve alt mevzuatı), boşluk halinde Türk Borçlar Kanunu uygulanmalıdır.

maye ve nezaret etme borcunu tam olarak yerine getirmesi de mümkün görünmemektedir. Boru hattı taşımaları, taşımayı gerçekleştiren bir araç olmadığından, bir yol vasıtasıyla ve mekanik bir itiş ile taşıma olduğundan klasik anlamda bir taşıma da sayılmaz. Boru hattı ile taşımanın TTK kapsamı dışında olduğunu düşünüyoruz. Fikrimizce boru hattı ile gaz ve sıvı nakli sözleşmesi, içinde satış ve taşıma sözleşmesi unsurlarının da yer aldığı karma nitelikli bir sözleşmedir.

Yolcunun yanında getirdiği bagajı eşya kavramına dahil değildir. Canlı hayvanlara refakat eden kişi yönünden yolcu taşıma sözleşmesi kurulmuş sayılır.

CMR bazı eşya taşıma işlerini kapsamı dışına almıştır. CMR’de sayılan taşınma eşyası taşıması, cenaze taşıması ve uluslararası bir posta konvansiyonuna göre icra edilen posta taşıması, CMR kapsamında taşımanın konusuna girmemektedir.

TTK bakımından cenaze taşıması bir eşya taşıma sözleşmesidir. Bununla birlikte CMR kapsamında bir eşya taşıma sözleşmesinin konusuna cenaze girmektedir. Cenaze merasimi için tabutla/cenaze ile birlikte taşınan çelenk ve çiçek taşıması da CMR kapsamı dışındadır. Bilimsel araştırma ve inceleme de kullanılmak üzere taşınan mumya veya kadavra, organ, canlı hayvan taşımaları CMR kapsamında değerlendirilmektedir.

Taşınma eşyası, CMR taşıma sözleşmesinin konusu dışında iken, TTK’ya göre taşıma sözleşmesinin konusudur. Taşınma eşyası teriminden evden veya iş yerinden (büro, yazıhane, mağaza) her türlü kullanılmış taşınır ev veya mobilya eşyası anlaşılmaktadır. Sanayi tesisine ait kullanılmış mobilya eşyası olmayan ticari mobilyalar ile makina ve teçhizatlar taşınma eşyası değildir. Bununla birlikte taşıma eşyası taşıma sözleşmesinin konusu ticari amaçlı bir taşıma olmamak şartıyla, ‘fabrika eşyaları’, ‘tiyatrodaki eşyalar’ veya ‘sergi eşyaları’ da olabilir. Taşınma eşyası kavramına çeyiz ve miras eşyası da dahildir. Taşınma eşyası bakımından belirleyici olan, eşyanın objektif nitelikleri değil de, taşıyıcının bakış açısına göre eşyanın fark (ayırt) edilebilen fonksiyonlarıdır. Taşınma eşyası taşıyıcısının taşıma taahhüdünün kapsamına kendiliğinden taşıma eşyasının monte – demontesi vb. eylemleri de

girmektedir. Taşınma eşyası yeni olarak mağaza vb. yerden alınmamış, evde - ofiste halihazırda kullanılan/ kullanılmış eşyadır.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinde, taşıma eşyasını taşıması için taşıyıcı ile anlaşılan kimşenin, yani gönderenin, ticari bir gayesinin bulunmaması, taşıyıcının asli taahhüt olarak sadece taşımayı üstlenmesinin yeterli olmaması ve ayrıca taşımadan önce eşyaların toplanıp paketlenmesi, demontesi, sökülmesi, sandıkların boşaltılması gibi normal taşıma sözleşmesinden farklı unsurları bulunmaktır.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinden doğan uyumsuzluklara öncelikle TTK md. 894 – 901, burada boşluk olması halinde ise, taşınma eşyası taşıma sözleşmesi hakkında uygulanması gerekli milletlerarası bir sözleşme olmadığından, TTK md. 850 – 893 hükümleri uygulanır. Bu hükümlerde de boşluk bulunması halinde, taşıma sözleşmesinin bir eser sözleşmesi niteğinde olması nedeniyle TBK’nın eser sözleşmesi hükümleri uygun düşükçe kıyasen uygulanabilecektir.

CMR’ye göre uluslararası bir posta konvansiyonuna göre icra edilen posta taşıması CMR kapsamında bir eşya taşıma sözleşmesinin konusu değildir. Türk Hukuku bakımından da posta taşımaları TTK 4. kitap kapsamında da bir eşya taşımasının konusuna girmemektedir. Posta Hizmetleri Kanunu md. 5, posta gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimini kapsayan posta hizmetlerinin, bu Kanun hükümlerine göre faaliyet gösteren hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirildiğini belirtmektedir. Bu hüküm uyarınca haklı olarak P.T.T.’ye verilen tekel yetkisinin kaldırıldığı ifade edilmektedir.

KAYNAKLAR

- Adıgüzel**, Burak (2018), Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç), 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Adıgüzel**, Burak (2012), Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet (Karayolu).
- Akdeniz**, Umut (2013), ‘6102 Sayılı TTK’da Taşıma Hukukuna Dair Yeni Bir Düzenleme ‘Taşınma Eşyası Taşınması’, LHD, S. 130, C.11, s. 81 – 103.
- Akıncı**, Ziya (1999), Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aksoy**, Sami (2015), Taşıma Hukukunda Fİli Taşıyıcı, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha.
- Andresen**, Bernd (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, 3. Auflage, München, C.H. Beck/Franz Vahlen (Münch-KommHGB/Andresen).
- Arkan**, Sabih (1982), Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arkan**, Sabih (1979), ‘Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)’, BATIDER, S. 2, C. X, s. 397 – 414 (Uygulanma Koşulları).
- Atabek** Reşat (1960), Eşya Taşıma Hukuku (Deniz Hukuku Hariç), 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Aydın** Alihan (2006), CMR’ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Arıkan.
- Aydoğdu**, Murat (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof.Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, C. 8, s.571 - 621.
- Basedow**, Jürgen (1987), Der Transportvertrag, 1. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr.
- Becker**, Herman (1993), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi II. Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184 - 551, 1.Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 24, (Çeviren Dura A. Suat).
- Belbez**, Hikmet (1946), ‘Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu’, AÜHFD, S. 2 – 4, C. III, s. 387 - 402.
- Bozkurt Bozabalı**, Banu (2013), Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Can**, Mertol (2017), CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt (Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri), 1. Baskı, Ankara, İmaj.
- Carr**, Indira (2010), International Trade Law, 4th ed., Oxon, Routledge - Cavendish.
- Clarke**, Malcolm A. (2014), International Carriage of Goods By Road: CMR, 6th ed., Oxon, Informa law from Routledge.
- Clarke**, Malcolm A. & **Yates**, David (2014), Contracts of Carriage By Land and Air, 2nd. ed. Oxon, Informa law from Routledge.
- Çağa**, Tahir & **Kender**, Rayagen (2010), Deniz Ticaret Hukuku 2, Navlun Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul, XII Levha.
- Doğanay**, İsmail (Mart 1970), ‘Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması’, BATIDER, S. 3, C. V, s. 432- 479.
- Doğanay**, İsmail (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 2 (md. 420 - 785), 4. Baskı, İstanbul, Beta, (Türk Ticaret Kanunu Şerhi).
- Ebenroth**, Carsten Thomas & **Boujong**, Karlheinz & **Joost**, Detlev & **Strohn**, Lutz, **Bearbeiter** (2015), Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, Band 2 §§ 343 – 475 h., Transportrecht, Bank Und Börsenrecht, 3. Auflage, München, C. H. Beck Vahlen.
- Erdem**, Ercan (2013), CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Karayolu Taşıma Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Bilge.
- Erdil**, Engin (2015), Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi), 1. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Eriş**, Gönen (2010), Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 4 (678 – 815. Maddeler), Tümüyle Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin.
- Franko**, Nisim (1992), Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 259.

Gençtürk, Muharrem (2006), Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar - Gecikmeden Doğan Sorumluluk), 1. Baskı, İstanbul, Vedat.

Guhl, Theo & Merz, Hanz & Kummer Max (1972), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.

Hartenstein, Olaf & Reuschle, Fabian (Hrsg) (2015), Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag.

Heymann, Ernst & Horn, Norbert (2005), Heymann Handelsgesetzbuch (Ohne Seerecht) Kommentar Band 4 Viertes Buch § 343 – 475 h, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, De Gruyter.

Hoeks, Maria Anna Ida Henriette (2009), Multimodal Law, Breda, Kluwer Law International.

Jesser – Huss, Helga (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 7, 3. Auflage, München, C.H. Beck/Franz Vahlen (MünchKommHGB/Jesser-Huss).

Karan, Hakan (2013), Law On International Carriage Of Goods, 3rd ed., Ankara, Turhan.

Karan, Hakan (2011), Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Turhan, (Şerh).

Kaya, Arslan (1998), ‘Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)’, İÜHM, Pr. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu Armağan Sayısı, S. 1 - 4, C. LVI, s. 239 – 267.

Kaya, Arslan (2012), ‘Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (I)’, (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan İstanbul 1998 s. 311 – 333), Makalelerim I, 1. Baskı, İstanbul, Beta, (CMR Uygulanma Şartları), s. 443 - 462.

Kıran, Süleyman (2015), Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması, 1. Baskı, Ankara, Adalet.

Knorre, Jürgen & Demuth, Klaus & Schmid, Reinhard (2015), Handbuch des Transportrechts, 2. Auflage, Freiburg, C.H. Beck.

Koller, Ingo (2016), Transportrecht Kommentar zu Spedition Gütertransport und Lagergeschäft, 9. völlig neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck.

Misili, Sinan (2015), ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu ve 1998 Alman Taşıma Hukuku Reformu Işığında, Forvarder Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Forvarder Teriminin Karşılığı’, İÜHFM, S. 2, C. LXXIII, s. 269 – 304.

Özdemir, Türkay (2006), Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), 1. Baskı, İstanbul, Vedat.

Paschke, Marian & Furnell, Winfried (2011), Transportrecht, 1. Auflage, München, C.H. Beck.

Sözer, Bülent (2009), Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Vedat.

Sözer, Bülent (2012), Deniz Ticaret Hukuku (Gemi, Donatan, Taşıyan ve Deniz Ticaret Hukuku’nda Sorumluluk Rejimi), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Hükümlerine Göre Hazırlanmış 2. Bası, İstanbul, Vedat, (Deniz).

Sözer, Bülent (2013), Deniz Ticaret Hukuku I (Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Vedat, (Ders Kitabı).

Thume, Karl-Heinz (Hrsg.) (2013), Kommentar CMR Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im international Strassengüterverkehr, 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH (Thume & Bearbeiter).

Thume, Karl-Heinz (2014), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, 3. Auflage, München, C.H. Beck/Franz Vahlen.

Tüzün, Necat (1968), Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık.

Uslu, Murat (2010), CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Legal.

Ülgen, Hüseyin (1987), Hava Taşıma Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Ülgen, Hüseyin (1988), Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, 1. Baskı, İstanbul, İTO Yayın No: 1988 – 27 (Taşımacılık).

Yeşilova, Ecehan (2004), Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR md. 3, 34), 1. Baskı, Ankara, Yetkin.

Zeyneloğlu, Ahmet (1993), Taşıma Hukuku (Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları), 2. Baskı, Ankara.

TÜKETİCİLER İÇİN İYİ HABER Mİ KÖTÜ HABER Mİ?: AŞIRI FİYAT UYGULAMALARINDA AB MAHKEMELERİNİN YENİ İSTİKAMETİ

IS IT BAD NEWS OR GOOD NEWS FOR CONSUMERS?: A NEW DIRECTION OF THE EU COURTS' JURISPRUDENCE ON EXCESSIVE PRICES

Dr. Öğretim Üyesi Eda ŞAHİN*

ÖZ

Tekel ya da hâkim durumda bulunan teşebbüslerin aşırı fiyat uygulaması, tüketicileri aldıkları mal veya hizmete rekabetçi fiyatın çok üzerinde bir fiyat ödemeye mahkûm etmektedir. Doğrudan tüketici zararına yol açmasına rağmen aşırı fiyatın tanımı, aşırı fiyatlandırmanın nasıl tespit edileceği, tespit edilmesi halinde bu fiyatlara müdahale edilip edilmeyeceği ve müdahale edilecekse hangi pazarların müdahaleye uygun olduğu hususları belirsizliğini korumaktadır. Çalışmamız, tüm bu hususları şu ana dek Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından oluşturulan içtihatlar ve doktrindeki görüşler kapsamında inceleyecek, aşırı fiyatlandırma analizi ve bu analizde yaşanan sorunlara ışık tutacaktır. Bu noktada söz konusu sorunların rekabet hukukunun amaçlarından olan tüketici refahını sağlamanın önündeki engellerden biri olduğuna dikkat çekilecektir. Sonrasında Divan'ın son içtihadı ile ortaya çıkan yaklaşım değişikliği ve bu değişikliğin tüketiciler bakımından olası yansımaları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sömürücü Davranışlar, Aşırı Fiyatlandırma, Tüketici Zararı

ABSTRACT

Consumers have to pay over-competitive prices for the goods and services they purchased due to the excessive prices charged by monopolies and dominant undertakings. Although the infringement caused a direct loss to consumers, there has been uncertainty about the definition of excessive prices, the proper way to identify excessive prices, the need for intervention by competition authorities and which markets are candidates for intervention. This article seeks address these uncertainties, considering the EU case law and relevant literature and sheds light on the excessive pricing analysis and the problems associated with this analysis. It draws attention to the fact that these uncertainties make it difficult to realise one of the goals of competition law, ie consumer welfare. Subsequently, the article looks to the change in approach of the Court of Justice of the European Union in its recent decision and the possible implications of this change for consumers.

Keywords: Exploitative Practices, Excessive Pricing, Consumer Loss

* EBYÜ Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Lisans (İstanbul), LLM (University of East Anglia), PhD (Queen Mary University of London) (e.sahin@qmul.ac.uk; ORCID: 0000-0002-4741-2171) (Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 07.01.2019 / Kabul Tarihi: 06.04.2019).

I. GİRİŞ

Yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin tek taraflı davranışları ile rekabeti bozmalarının Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunun engellemeye çalıştığı ihlallerden biri olduğuna şüphe yoktur. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir. Söz konusu madde, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin rekabeti bozucu hem dışlayıcı ve sömürücü davranışlarını yasaklamakta hem de – sınırlı sayı esasına tabi olmamakla birlikte – hangi davranışların hâkim durumun kötüye kullanılmasını oluşturacağını örnek mukabilinde saymaktadır.¹

Görüldüğü üzere, hâkim durumun kötüye kullanılmasının iki görünümü vardır. Bunlardan ilki, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarıdır (*exclusionary practices*). Bu davranışlar, rakiplerin piyasadan çıkmasını sağlamayı ya da onların rekabetçi pozisyonlarına zarar vermeyi² veya potansiyel rakiplerin (*potential entrants*) pazara girişini engellemeyi ya da kısıtlamayı amaçlar.³ Söz konusu teşebbüslerin bu davranışları, doğrudan rakiplerine zarar verirken, tüketiciler dolaylı olarak ve orta/uzun vadede zarar görürler. Örneğin, yıkıcı fiyatlama (*predatory pricing*) yapan bir teşebbüs, ürün/hizmeti o kadar düşük fiyatla satmaktadır ki rakipleri onunla rekabet edemeyip piyasadan çıkmak zorunda kalır. Rakipler piyasadan çıktıktan sonra bozulan rekabetçi yapı sayesinde söz konusu

teşebbüs fiyatlarını fahiş fiyat seviyesine çıkarma imkanı bulur, böylelikle yıkıcı fiyatlama döneminde uğradığı zararı da çıkarır. Bu dönemde, yani yıkıcı fiyatlama ile rakipler piyasadan çıkarıldıktan sonra tüketiciler zarar görmeye başlar. Dolayısıyla, dışlayıcı davranışlar tüketicilere dolaylı ve orta/uzun vadede zarar verirler.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının ikinci görünümü ise sömürücü davranışlar (*exploitative practices*) olarak karşımıza çıkar. Bu davranışlar hâkim durumda bulunan teşebbüsün pazar gücünü kullanarak⁴ doğrudan tüketicilere zarar vermesi şeklinde gerçekleşir.⁵ İşte çalışmamızın konusunu oluşturan aşırı fiyatlama uygulamaları, hâkim durumunda bulunan teşebbüslerin sömürücü davranışlarından birisidir.⁶ Tüketicilerin en kolay ve açık şekilde fark edebilecekleri rekabet ihlali olan aşırı fiyatlama, 'tipik ekonomik şeytan', 'güçlü teşebbüslerin tüketicileri sömürmesi' ya da 'rekabet hukukunun engellemeye çalıştığı verimsizliğin kaynağı' olmak üzere çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır.⁷

Aşırı fiyatlama (*excessive pricing*) ile hâkim durumda bulunan teşebbüs, pazar gücünün kendisine sağladığı imkânları değerlendirerek hâkim durumda olmasaydı uygulamayacağı yüksek bir satış fiyatı belirlemekte ve tüketicileri aldıkları mal veya hizmete rekabetçi piyasa fiyatının çok üzerinde bir fiyat ödemek durumunda bırakmaktadır.⁸ Bu

¹ Akman, Pinar (2010), 'The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?', *Modern Law Review*, S:73, C:4, s. 606 ("Akman, The European Commission's Guidance"). Türk hukuku da aynı şekilde bir düzenleme içermektedir, bkz. 4054 sayılı Kanun'un Madde Gereklere, Madde 6'nın gerekçesi, <<https://www.rekabet.gov.tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gereklere>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

² Akman, Pinar (2008), 'Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 09-1, s. 4, <http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.105848!ccp09-1.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018 ("Akman, Exploitative Abuse").

³ Oxa & Komninos, Assimakis & others (2009), *Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the Commission (Luxembourg), s. iii; AB Komisyonu (2013), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union Accompanying the Communication*

from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (SWD(2013) 205, Strasbourg) para 180 ("Practical guide").

⁴ Akman, Exploitative Abuse, s. 3-4; Schmidt, Hedvig K.S. 'Private Enforcement - Is Article 82 EC special?': Mackenrodt, Mark-Oliver & Gallego, Beatriz C. & Enchelmaier, Stefan (editörler) (2010) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin, Springer, s. 151.

⁵ Akman, Exploitative Abuse, s. 8.

⁶ Whish, Richard & Bailey, David (2012), *Competition Law*, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press, s. 202.

⁷ Ezrachi, Ariel & Gilo, David (2008), 'Are Excessive Prices Really Self-Correcting?', *Journal of Competition Law and Economics*, S:5, s. 249.

⁸ OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies* (DAF/COMP (2011)25, s. 22.

yolla, tüketiciler sömürülmekte, tüketicilerden hâkim durumda bulunan teşebbüse bir kaynak transferi (*wealth transfer*) gerçekleşmekte ve dağılım verimsizliği (*allocative inefficiency-deadweight loss*), yani gelir dağılımı bozukluğu oluşmaktadır.⁹ Sonuç itibarıyla hâkim durumda bulunan teşebbüsün üretimi azaltması ve aşırı fiyat uygulaması tüketicilere iki şekilde zarar vermektedir: Tüketiciler *i.* aşırı fiyatlamaya konu mal/ hizmeti hiç almayarak ikame mal ve hizmetlere yönelmekte (*deadweight loss*)¹⁰ ya da *ii.* aşırı fiyatlamaya konu mal/hizmeti alarak daha fazla bedel ödemektedirler.¹¹

Çalışmamızın ilk bölümünde AB hukukunda sömürücü davranışlar ve ABİDA m.102'nin kapsamı açıklanacak, sonrasında aşırı fiyatlama tanımlanarak, aşırı fiyatlamaya rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilmemesine ilişkin tartışma doktrinin farklı yaklaşımları ışığında ele alınacak ve hangi pazarların müdahaleye uygun olduğu belirtilecektir. İkinci bölümde AB'de verilen aşırı fiyatlamaya ilişkin önemli kararlar dikkate alınarak aşırı fiyatlama analizi ve bu analizde yaşanan sorunlar incelenecektir. Üçüncü bölümde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın kısa bir zaman önce verdiği AKKA/LAA kararı¹² kapsamında aşırı fiyatlamaya ilişkin yeni yaklaşım ve bu yaklaşımın tüketiciler bakımından olası yansımaları tartışılacaktır.

II. AB HUKUKUNDA SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR VE AŞIRI FİYATLAMA

A. SÖMÜRÜCÜ DAVRANIŞLAR

Avrupa Birliği rekabet hukukunun ihdasının ilk zamanlarında o zaman yürürlükte olan anlaşma kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin maddenin (şimdi ABİDA m.102'nin) yalnızca sömürücü davranışları kapsadığına ilişkin görüşler ileri sürülmektedir.¹³ Bu tartışma, ABAD'nın 1973 yılında *Continental Can* kararında ilgili maddenin dışlayıcı davranışları da kapsadığını belirtmesiyle son bulmuştur. *Continental Can*, ABİDA m.102'nin kapsamına, tüketicilere doğrudan zarar veren sömürücü davranışların yanı sıra etkin rekabet ortamını bozarak tüketicilere dolaylı olarak zarar veren tek yanlı davranışların da girdiğini ifade etmiştir.¹⁴ Bu karar sonrası doktrinde ABAD'nın söylediğinin tam aksini savunarak ABİDA m.102'nin yalnızca dışlayıcı davranışları ya-saklaması gerektiği, rekabet otoritelerinin sömürücü davranışlara ya hiç müdahale etmemesi ya da çok kısıtlı oranda müdahale etmesi gerektiğini belirten yazarlar olmuştur.¹⁵

Sömürücü davranışlar, doğrudan tüketici refahını azaltan uygulamalar olsalar da¹⁶ son yıllarda AB Komisyonunun (Komisyon) da hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin politikasını daha

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

⁹ Sanlı, Kerem C. 'Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma': Perşembe Konferansları 10, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, s. 79; Ünal, Çiğdem (2010) 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar', Rekabet Dergisi, S:11, C:4, s. 134-135.

¹⁰ Leslie, Charles R. (2006), 'Antitrust Damages and Deadweight Loss', Antitrust Bulletin, S:51, C:3, s. 521.

¹¹ Sanlı, s. 85. Rekabet ihlallerinin tüketicilerin seçeneklerini azaltması, teknolojik ilerlemeyi yavaşlatması ve daha kalitesiz ürünlerin piyasaya sürülmesine sebep olması da mümkündür. Lande, Robert H. & Averitt, Neil W. (2007), 'Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law', Antitrust Law Journal, S: 74, s. 175.

¹² Case C-177/16 *Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* [2017] ECLI:EU:C:2017:689 (henüz rapor edilmemiş) ("AKKA/LAA").

¹³ Joliet, Rene (1970), *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, The Hague, Martinus Nijhoff; Paulis, Emil 'Article 82 EC and Exploitative Conduct': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, s. 515.

¹⁴ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 00215, para 26.

¹⁵ Evans, David & Padilla, Atilano J. (2005), 'Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules', *Journal of Competition Law and Economics*, S:97, C:1, s. 122; Motta, Massimo & de Streel, Alexandre 'Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law': Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasu, Isabella (editörler) (2006), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing, s. 91 vd.

¹⁶ O'Donoghue, Robert & Padilla, Atilano J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Hart Publishing, s. 732.

etkin ve şeffaf hale getirmeye yönelik olarak başlatıldığı çalışmalarının¹⁷ tümüyle dışlayıcı davranışlara odaklandığı yayınlanan Kılavuzdan¹⁸ da görülmektedir.¹⁹ Her ne kadar dışlayıcı davranışlara öncelik veren Kılavuz, bağlayıcı bir doküman olmasa da burada Komisyon, kısıtlı kaynaklarını, daha büyük rekabeti kısıtlayıcı etkileri bulunduğu gerekçesiyle dışlayıcı davranışları önlemeye ayırdığını belirtmektedir.²⁰ Önceliğin dışlayıcı davranışlara verilmesinin nedeni olarak da bu davranışların daha sonra sömürücü davranışlara yol açmak suretiyle tüketicilere zarar vermesi gösterilmiştir.²¹ Bu ifadenin bir paradoksu beraberinde getirdiği açıktır.²² Şöyle ki Komisyon birçok defa AB rekabet hukukunun temel amacının tüketici refahını sağlamak olduğunu vurgulamıştır.²³ Ancak doğrudan tüketiciye zarar veren sömürücü davranışlar yerine uzun vadede ve dolaylı olarak tüketiciye zarar veren dışlayıcı davranışlar, Komisyon'un öncelik verdiği davranışlar olmuştur. Sömürücü davranışlar tamamen Kılavuzun kapsamı dışında bırakıldıkları gibi, bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı saptanırken ilgili davranışın tüketici zararına sebep olduğuna ilişkin kanıt da aranmamaktadır.²⁴

Kaldı ki ABİDA m.102'nin hangi kötüye kullanma hallerini yasakladığına bakıldığı zaman madenin sömürücü davranışları yasakladığına dair bir şüphe bulunmamaktadır.²⁵ Fakat kanun koyucunun iradesinin aksine, şu ana kadarki m.102 uygulamalarının büyük ölçüde dışlayıcı davranışları hedef aldığı görülmektedir.²⁶ Gerçekten de 1998-2010 yılları arasında Komisyon tarafından 40 dışlayıcı davranışa ilişkin karar verilirken, sömürücü davranışa ilişkin kararlar 11 ile sınırlı kalmıştır.²⁷ Bu kararların ise çok az bir kısmının aşırı fiyatlamaya ilişkin olduğu görülmektedir.²⁸

B. ABİDA MADDE 102(A)'NİN KAPSAMI

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin pek çoğunun dolaylı olarak aşırı fiyatlamaya sebep olması mümkün olmakla birlikte, aşırı fiyatlamaya nihayetinde tek başına bir hâkim durumun kötüye kullanılması halidir. Buradaki soru, ABİDA m. 102(a)'nin kapsamına giren 'aşırı fiyatlama' ihlalinin ne olduğudur.

Gerçekten de 'anlaşma yapmayı reddetme' (*refusal to deal*) olarak adlandırılan kötüye kullanma hali, aslında hâkim durumda bulunan teşebbüsün anlaşma yapmayı direk reddetmesi şeklinde değil de anlaşma yapmak isteyen firmaya ekonomik

¹⁷ 2005 yılında ABİDA m.102'nin dışlayıcı kötüye kullanmalara uygulanmasına ilişkin bir Tartışma Metni yayınlanmıştır. **AB Komisyonu** (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses*, (Brussels), <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018 ("Discussion Paper").

¹⁸ **AB Komisyonu** (2009), *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, (Brussels, 2009/C45/02), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

¹⁹ **Ünal**, s. 113.

²⁰ **Whish & Bailey**, s. 176.

²¹ **Kroes**, Neelie 'Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82': Hawk, Barry (editör) (2006) *International Antitrust Law and Policy*: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2005, New York, Juris Publishing, s. 384.

²² **Lyons**, Bruce (2007) 'The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse': *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority, s. 65.

²³ **Almunia**, Joaquin (2010) 'Competition and Consumers: The Future of EU Competition Policy', speech at *European*

Competition Day, Madrid, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-233_en.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018; Discussion Paper, para 4, 54, 88.

²⁴ **Akman**, Pinar (2016) 'The Reform of The Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?', *Antitrust Law Journal*, S: 81, C:1, s.147 ("Akman, The Reform of Article 102 TFEU").

²⁵ **Akman**, Exploitative Abuse, s. 9.

²⁶ **Akman**, Exploitative Abuse, s. 11.

²⁷ **Hubert**, Patrick & **Combet**, Marie-Laure (2011), 'Exploitative Abuse: The End of the Paradox?', *Concurrences Doctrines*, S:1, C:1, s. 45.

²⁸ Bkz. **AB Komisyonu**, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, para 8; **AB Komisyonu**, 76/353/EEC *Chiquita* [1976] OJ L 95/1, para 8 ("*Chiquita kararı*"); **AB Komisyonu**, 84/379/EEC *British Leyland* [1984] OJ L 207/11 para 26; **AB Komisyonu**, *Deutsche Post AG — Interception of cross-border mail* [2001] OJ L 331/40, [2002] 4 CMLR 598 ("*Deutsche Post AG*") para 166-167; **AB Komisyonu**, 2001/463/EC *DSD* (Duales System Deutschland) (COMP D3/34493) [2001] OJ L 166/1, para 111-113; Case C-385/07P *Der Grüne Punkt - DSD v Commission* [2009] ECR I-06155, para 92-93.

olmayan erişim koşulları önermesi üzerine gerçekleşmektedir.²⁹ Aşırı fiyat isteme de bu koşullardan birisi olabilmektedir. Benzer şekilde, 'marj sıkıştırması' (*margin squeeze*) davalarında hâkim durumda bulunan teşebbüsün, perakende fiyatına oranla yüksek bir toptan satış fiyatı talep ederek kendisinden ürün almayı alt pazardaki alıcılar için kazançsız hale getirdiği gözlemlenmektedir.³⁰

Aşırı fiyatlama uygulamaları, 'paket satış ve bağlama' (*tying and bundling*) davalarında da görülmektedir. Örneğin, iki ürünün gerçekten birlikte satılması gerekip gerekmediği araştırmasında hâkim durumda bulunan teşebbüsün ürünleri ayrı ayrı satmayı reddetmesinin gerekçesi hem ürünlerin tek başlarına satıldıklarında fiyatlarının çok yüksek olması, hem de ürünlerin ayrı ayrı sağlanmasının pratik nedenlerle reddedilmesi olmalıdır.³¹ Hâkim durumda bulunan teşebbüsün benzer işlemlere farklı ticari koşullar uygulayarak fiyat avantajı sağlaması olarak tanımlanabilecek olan 'fiyat ayrımcılığı'³² (*price discrimination*) davalarında da hâkim durumda bulunan teşebbüsten mal/hizmet satın alan bir firmadan, diğer firmalardan farklı olarak, aşırı fiyat ödemesi istenmiş olabilir.³³

Ne çalışmamız ne de aşırı fiyatlandırmanın düzenlendiği ABİDA m.102(a) yukarıda sayılan kötüye kullanma hallerinden hiçbirini kapsamaz. ABİDA m.102(a), hâkim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak müşterisine uyguladığı haksız fiyat ya da başkaca haksız ticari koşulları kapsar.³⁴ İşte doğrudan tüketici refahı kaybına yol açan hâkim durumda bulunan teşebbüsün

haksız olarak aşırı fiyat uygulaması ABİDA m.102(a) kapsamında değerlendirilmektedir.³⁵ AB rekabet hukukunda aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesinin nedeni söz konusu yüksek fiyatların tüketici zararına yol açmasıdır.³⁶ Bu noktada, aşırı fiyatın tanımını yapmak ve aşırı fiyatlamaya müdahale edilip edilmemesine ilişkin tartışmaya yer vermek yerinde olacaktır.

C. AŞIRI FİYATLAMAYA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

1. Aşırı Fiyatlandırmanın Tanımı

Genel kabul görmüş bir haksız ya da aşırı fiyat tanımı bulunmamaktadır.³⁷ Doktrinde tekelci fiyat (*monopoly price*)³⁸, sömürücü fiyat (*exploitative/abusive*)³⁹ veya fahiş fiyat terimleri de kullanılan aşırı fiyat, adil fiyat (*fair price*) kabul edilebilecek bir fiyat düzeyinin üzerinde belirlenen haksız fiyatın (*unfair price*)⁴⁰ bir biçimi olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ Modern endüstriyel örgüt teorisyenleri⁴² de benzer şekilde aşırı fiyatı, pazar gücünü kullanmak suretiyle önemli ölçüde ve sürekli biçimde rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenen fiyat olarak tanımlamaktadırlar.⁴³ Bu tanımlar, aşırı fiyatı tespit edebilmek için öncelikle hangi düzeyde bir fiyatın adil ya da rekabetçi bir fiyat olduğunun belirlenmesini gerektirmektedir. Zira aşırı fiyat, adil ya da rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenmiş bir fiyat olacaktır.

Klasik iktisatçılar⁴⁴ adil fiyatı belirlemede maliyete dayalı teoriye ağırlık verirken,⁴⁵ neo-klasik

²⁹ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁰ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³¹ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³² Gerard, Damien M.B. (2005), 'Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities', Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, s. 3 <<http://ssrn.com/abstract=1113354>> s.e.t. 7 Aralık 2018.

³³ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 732.

³⁵ Evans & Padilla, s. 98.

³⁶ Sanlı, s. 100.

³⁷ O'Donoghue & Padilla, s. 733.

³⁸ Sanlı, s. 79; Gal, Michael S. (2004), 'Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?' New York University Law and Economics Working Papers, No: 15, s. 5

<http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=nyu_lewp> s.e.t. 17 Aralık 2018.

³⁹ Furse, Mark (2008), 'Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition' European Competition Journal, S:59, s. 67.

⁴⁰ Evans & Padilla, s. 97.

⁴¹ Ünal, s. 121, dipnot 39.

⁴² Bu teori, pazarın ve firmanın yapısını ve firmaların birbiriyle ilişkisini inceleyerek firmaların stratejik davranışlarını ortaya çıkarmayı amaçlar. Tirole, Jean (1988) The Theory of Industrial Organization, Cambridge, MA, MIT Press, s. 3.

⁴³ Tirole, s. 66 vd.; O'Donoghue & Padilla, s. 733.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Schumpeter, Joseph A., 'History of Economic Analysis': Schumpeter, E. Boody (editör) (1954), New York, Oxford University Press.

⁴⁵ Sanlı'ya göre, marjinal maliyetlerin üzerinde belirlenen fiyat, tekelci fiyatlandırma olarak adlandırılabilir, Sanlı, s. 79.

iktisatçılar⁴⁶ adil fiyatın arz ve talebe bağlı olarak tam rekabetçi piyasada⁴⁷ belirleneceğine inanırlar.⁴⁸ Neo-klasik iktisatçılara göre bir mal veya hizmetin adil fiyatı, onun rekabetçi fiyatıdır.⁴⁹ Adil fiyatın rekabetçi piyasa fiyatı olduğunu savunan bu görüş, hem skolastik ekonomik düşünce⁵⁰ hem de AB rekabet hukukunun gelişimine büyük etkisi olduğu iddia edilen ordoliberal düşünce⁵¹ tarafından da kabul edilmektedir.⁵²

Görüldüğü üzere, yukarıdaki tanımların muğlak oluşu⁵³ da aşırı fiyatlamayı ifade etmek için kullanılan birbirinden farklı terimler⁵⁴ de bu konuda bir fikir birliği bulunmadığına işaret etmektedir. Belirsizliğin aşılması, bir diğer deyişle, aşırı fiyatı belirlemede kesin ve belirli kistaslar olması hem rekabet otoritelerinin hem de mahkemelerin hangi seviyedeki fiyatın tüketici refahını azaltan aşırı fiyat olduğunu tespit etmeleri bakımından büyük öneme sahiptir.⁵⁵ Tüm bu belirsizlikler göz önüne alındığında rekabet hukukunda aşırı fiyatlamaya uygulamalarına müdahale edilmesi gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkmaktadır.

2. Aşırı Fiyatlamaya Müdahale Edilmeli mi?

Doktrinde rekabet hukuku uygulamalarının aşırı fiyatlamaya müdahale etmesi gerekip gerekmediğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Müda-

hale edilmemesi gerektiğini savunanların, buna ilişkin gösterdikleri gerekçeler beş ana başlık altında toplanabilir. Aşağıda bu gerekçeler incelenecek ve akabinde bunların her birini çürüten görüşlere yer verilecektir.

İlk olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, eğer bir tekel ya da hâkim durumda bulunan teşebbüs aşırı fiyat uygulamasıyla yüksek kazanç elde edebiliyorsa, bu durum, yeni firmalara cazip gelir ve onları pazara girmeye teşvik eder.⁵⁶ Hal böyle olunca da rekabet baskısı, orta ve uzun vadede hâkim durumda bulunan teşebbüsü fiyatları aşağıya çekmek zorunda bırakır.⁵⁷ Tüketiciler fiyatlar rekabetçi fiyat seviyesine gelene dek fazla fiyat ödedikleri için zarar görürler ancak bu zarar, orta/uzun vadede piyasa dengesinin kurulmasıyla telafi edilir.⁵⁸ O yüzden orta ya da uzun vadede pazarın doğal işleyişi içerisinde düzeltilebilecek olan aşırı fiyatlamaya rekabet otoritelerinin müdahale etmesi, söz konusu doğal işleyişi bozacaktır.⁵⁹ Amerikan rekabet uygulamasında bu görüş kabul görmüş ve aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi politikası benimsenmiştir.⁶⁰

Her ne kadar ikna edici gibi görünse de yukarıdaki görüşün değerlendirme dışı bıraktığı üç husus vardır. Öncelikle, pazara 'giriş engelleri'ni göz ardı edilmektedir.⁶¹ Hâlbuki tekel veya hâkim durumunda olan bir teşebbüs varsa pazarın bazı yapısal özellikleri gereği giriş engelleri olabilir. Buna

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Marshall**, Alfred (1890), *Principles of Economics*, London, Macmillan.

⁴⁷ Tam rekabetçi piyasa, çok sayıda firmanın bulunduğu, malların tam ikame edilebilirliğinin olduğu piyasadır. Böylece piyasada belirlenen fiyata göre, rekabet baskısıyla firmalar fiyatlarını belirlemede, bu da onları kârlarını aşağıya çekmek durumunda bırakmaktadır. **Sanlı**, s. 83.

⁴⁸ **Evans & Padilla**, s.100; **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁴⁹ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Spiegel**, Henry W. 'Scholastic Economic Thought': J. Eatwell, M. Milgate ve P. Newman (editörler) (1991), *The World of Economics*, London, The New Palgrave, s. 627 vd.

⁵¹ **Gerber**, David J. (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, s. 264. Aksi görüşte olan Akman, ABİDA m.102'nin hazırlık çalışmalarını inceleyerek bu maddenin aslında ordoliberal düşüncenin ürünü olmadığını ortaya koymuştur. **Akman**, Pınar (2009) 'Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC', *Oxford Journal of Legal Studies*, S:29, s. 269.

⁵² **Evans & Padilla**, s.101; **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵³ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁴ Sanlı, bunu terim karmaşası olarak ifade etmektedir. **Sanlı**, s. 88.

⁵⁵ **O'Donoghue & Padilla**, s. 733.

⁵⁶ **Whish & Bailey**, s. 719; **O'Donoghue & Padilla**, s. 735; **Bishop**, Simon & **Walker**, Mike (2010) *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Bası, London, Sweet & Maxwell, s.171; **Sanlı**, 89; **Pozdnakova**, Alla (2010), 'Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position', *World Competition*, S: 33, C:1, s. 122.

⁵⁷ **Ezrachi & Gilo**, s. 254; **Sanlı**, s. 89.

⁵⁸ **Sanlı**, s. 119.

⁵⁹ **Whish & Bailey**, s. 719; **Sanlı**, s. 89.

⁶⁰ **Fox**, Eleanor M. (1986), 'Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness', *Notre Dame Law Review*, S:61, s. 993-994; *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinkl* 540 US 398 [2004] ("Verizon").

⁶¹ **Sanlı**, s. 119.

örnek olarak, verimsizlik nedeniyle aşırı fiyatlandırma rağmen kârlılığın olmaması veya pazara giriş için büyük çapta yatırımın gerekmesi verilebilir.⁶² Benzer şekilde, pazara giriş hukuken mümkün olmayabilir. Örneğin, patent ya da imtiyaz korumasından yararlanan teşebbüs ya da kısıtlı doğal kaynakları veya hammaddeyi kontrol ederek doğal tekel konumunda bulunan teşebbüs, aşırı fiyatlandırma yapma olanağı bulur. Böyle yüksek giriş engellerinin bulunduğu pazarlara, aşırı fiyatlandırma yapılsa dahi, yeni rakiplerin (*new entrants*) girmesi mümkün olmaz.⁶³

Yukarıdaki görüşün göz ardı ettiği ikinci husus, pazara giriş engelleri düşük olsa da aşırı fiyatlandırmanın, yeni rakipleri pazara girmeye sevk etmeye bilecek olmasıdır.⁶⁴ Şöyle ki, Ezrachi ve Gilo'ya göre, potansiyel rakipler pazara girmeden önce pazara giriş öncesi – yüksek olan – fiyatları değil de girdikten sonra oluşacak fiyatı dikkate alarak pazara girip girmemeye karar verirler. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, yeni bir rakibin pazara girmesiyle birlikte genellikle hemen fiyatları çok alt seviyelere – yıkıcı fiyat (*predatory price*) seviyesine – çekerek fiyat savaşını başlatır. Eğer hâkim durumda bulunan teşebbüs, hâlihazırda o pazarda faaliyet göstermesinin avantajları nedeniyle – deneyim, markasının tanınması, müşteri bağlılığı ve ölçek ekonomisi (*economies of scale*)⁶⁵ – potansiyel rakibe göre ekonomik olarak daha verimli (ekonomik verimlilik – *efficiency*) ya da tüketicileri kendisine çekme bakımından daha başarılı ise, aşırı fiyat uygulamasına rağmen potansiyel rakip pazara girmeyecektir.⁶⁶ Eğer potansiyel rakip, hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüsten (*incumbent*) ekonomik olarak daha verimli olduğu kanısında ise aşırı fiyatlandırma olsun ya da olmasın o pazara girecektir.⁶⁷

Bu noktada giriş engellerinin düşük olduğu bir pazardaki aşırı fiyatlamaya rekabet otoritesi müdahale edene dek yılların geçeceği ve o sırada yeni rakiplerin pazara girerek pazarın aşırı olan fiyatı doğal işleyişi içinde çoktan düzeltilmiş olacağı eleştirisi öne sürülebilir.⁶⁸ Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki, rekabet hukukunun yalnızca meydana gelmiş bir ihlali durdurma amacı yoktur. Rekabet hukuku caydırıcılık amacı gereği ilk başta böyle bir ihlalin yapılmasını önlemeyi hedeflemektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsü aşırı fiyatlandırma yoluyla rekabet kurallarını ihlal etmekten alıkoyacak bir yaptırım olmazsa, müdahale uygulanıp sonuç verinceye dek geçen yıllar boyunca uygulanan aşırı fiyatlandırma optimal düzeyin altında ürün/hizmet alımına sebep olacak ve ekonomik verimsizliğe yol açacaktır.⁶⁹

Aşırı fiyatın yeni rakipleri pazara çekmesiyle ilgili göz ardı edilen son husus ise böyle aşırı bir fiyatlandırmanın kartel-benzeri bir fiyatlandırma yapılmasına olanak tanınmasıdır. Eğer tüketiciler hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüsün uyguladığı aşırı fiyatı ödemeyi kabul etmişlerse, potansiyel rakibin pazara girmesinden sonra da ödemeye devam edebilirler. Bu da demektir ki potansiyel rakip ile hâlihazırda pazarda faaliyet gösteren teşebbüs arasında aşırı fiyat uygulamaya ilişkin bir anlaşma yapılabilir. Yüksek ve rasyonel bir danışıklı hareket etme olasılığı içeren bir pazara giriş, aşırı fiyatlandırmanın pazarın doğal işleyişi içinde düzelmesini sağlamaz.⁷⁰

İkinci olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi firmaların yatırım ve yenilik yapma motivasyonlarını düşürür,⁷¹ bir diğer deyişle, motivasyon sorunu (*incentive problem*) yaratır.⁷² Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs yeterli büyüklükte kârlar elde etmeye devam etmelidir ki pahalı ve

⁶² Sanli, s. 89.

⁶³ Sanli, s. 89.

⁶⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 735; Ezrachi & Gilo, s. 249; Sanli, s. 89.

⁶⁵ Ölçek ekonomisi, büyük ölçekli üreterek sürümden kazanma olarak tanımlanabilir.

⁶⁶ Ezrachi & Gilo, s. 255-256. Aynı görüşte, O'Donoghue & Padilla, s. 735-736.

⁶⁷ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁶⁸ Ezrachi & Gilo, s. 263.

⁶⁹ Ezrachi & Gilo, s. 263.

⁷⁰ Ezrachi & Gilo, s. 256-257.

⁷¹ Whish & Bailey, s. 719; O'Donoghue & Padilla, s. 735; Ezrachi & Gilo, s. 250.

⁷² Sanli, s. 90; Akman, Pinar & Garrod, Luke (2010), 'When Are Excessive Prices Unfair?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 10-4, s. 3.

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181> s.e.t. 17 Aralık 2018.

riskli olan araştırma ve geliştirme (ar-ge) faaliyetlerine devam etsin.⁷³ Bu, aşırı fiyatlamanın ve dolayısıyla aşırı kazanç elde etmenin pozitif etkisi (*positive effects*) olarak adlandırılmaktadır.⁷⁴

Ancak bu görüş savunulacak olursa hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün yeterli büyüklükte kâr elde etmesinin önünü açmak için yaptığı rekabete aykırı hiçbir davranışa müdahale edilmemesi gerektiği gibi bir anlam çıkabilir. Sonuçta hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün dışlayıcı hareketler ile rakiplerinin pazardan çıkmasına sebep olması da ona yeterli büyüklükte kâr elde ettirecek bir uygulamadır. O yüzden de hâkim durumda bulunan bir teşebbüse yeterli büyüklükte kâr elde etmesi için rekabete aykırı aşırı fiyatlama yapma serbestisi değil, doğru motivasyonlar sağlanmalıdır.⁷⁵

Üçüncü olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, uygulamada rekabetçi fiyatı ve hâlihazırda piyasada uygulanan fiyatın aşırı olup olmadığını tespit etme belirsizlikler olduğundan zaten aşırı fiyata rekabet otoritelerinin müdahale etmesi beklenemez.⁷⁶ Müdahale edilmesi gerektiği kabul edilse bile fiyatın aşırı olduğunu belirleyecek gerçekçi bir hukuki test benimsenmesi ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün bu testi uygulamak suretiyle hukuka aykırı bir fiyat belirleyip belirlemediğini tespit etmesi çok zor gözükmektedir.⁷⁷

Fakat bu görüşün dikkate alınmadığı bir husus vardır, o da, marj sıkıştırması, ayrımcı fiyatlandırma, yıkıcı fiyatlandırma ya da şartlı indirim (*conditional rebates*) ihlallerinin hepsinin aşırı fiyatlama için yapılması gereken gibi karmaşık ve detaylı bir analiz gerektirmesidir. Rekabet otoriteleri ve mahkemeler zaten bu ihlaller için maliyet-fiyat karşılaştırması ve pazar analizi şeklindeki bu türlü incele-

meleri yapmaktadırlar.⁷⁸ Ayrıca, rekabet hukukunda sınırları kesin olarak çizilemeyen ve belirsizlikler içeren buna benzer pek çok husus vardır. Örneğin, 'rekabetin sınırlanması' kriterinin tam olarak nasıl yorumlanması ve ihlalin tespitinde nasıl uygulanması gerektiği ile ilgili de kesin sınırlar çizilememektedir. Rekabet hukukunun yapısı ve rekabet ihlallerinin kendine has niteliği gereği pratikte böyle sorunlarla karşılaşılması mümkün olduğundan, yalnızca bu neden aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesini gerektirmez.⁷⁹

Dördüncü olarak, müdahale edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, bir rekabet otoritesinin aşırı fiyatlamaya müdahale etmeye karar vermesi halinde karşılaşacağı bir diğer güçlük de buna nasıl bir hukuki yaptırım uygulayacağıdır. Aşırı fiyatlamaya baş edecek (*pro-competitive*) rekabetçi bir yaptırım türü belirlenmesi kolay değildir. Gerçekleşmiş ihlal için idari para cezası mı verilmelidir, yoksa gelecekte böyle bir ihlalin tekrar gerçekleştirilmesi için sürekli kontrol gerektiren bir yaptırım mı uygulanmalıdır?⁸⁰

Bu görüş karşısında ilk akla gelen, böyle bir sorunun marj sıkıştırması ve yıkıcı fiyatlandırma ihlallerinde de ortaya çıktığıdır. Söz konusu dışlayıcı uygulamalara da rekabete aykırı olduklarında müdahale edilmekte ve yaptırım uygulanmaktadır. Aşırı fiyatlamaya ilişkin rekabet ihlali, bu hususta, sayılan ihlallerden farklı değildir.⁸¹ O'Donoghue ve Padilla, giriş engellerini azaltan ya da ortadan kaldıran yapısal ya da benzeri yaptırımlar yoluyla doğru müdahalenin yapılabileceğini savunmaktadır.⁸² Sanlı da benzer şekilde, "piyasa kurallarının işleme-*sini ve rekabet baskısının yaratılmasını sağlayacak piyasa merkezli yaptırım ve tedbirlerin uygulanması*" gerektiğini savunmaktadır.⁸³

Son görüş tarafından ise, aşırı fiyatlamaya müdahale edildiğinde, müdahalenin, bir şekilde fiyatta düzenleme yapılması sonucunu doğuracağı

⁷³ **Whish & Bailey**, s. 719. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Verizon* kararı da bu görüşü desteklemektedir.

⁷⁴ **AB Komisyonu** (2011), Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Excessive Prices* (DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, Brussels), s. 3 ("AB Komisyonu, Excessive Prices").

⁷⁵ **Paulis**, s. 518. Sanlı motivasyon sorunu yaşanabilecek durumda aşırı fiyatlamaya muafiyet tanınabileceği, rekabet hukuku yaptırımları uygulanacağı durumlarda da olabildiğince sınırlı bir müdahale olması gerektiği görüşündedir. **Sanlı**, s. 91.

⁷⁶ **Whish & Bailey**, s. 719; **O'Donoghue & Padilla**, s. 735; **Ezrachi & Gilo**, s. 250.

⁷⁷ **Whish & Bailey**, s. 719.

⁷⁸ **O'Donoghue & Padilla**, s. 736.

⁷⁹ **Sanlı**, s. 125.

⁸⁰ **Whish & Bailey**, s. 719.

⁸¹ Bkz., **Paulis**, s. 517.

⁸² **O'Donoghue & Padilla**, s. 736.

⁸³ Soruşturma açıldığının ilanının dahi pazara yeni girişleri teşvik etmesi ve aşırı fiyatlamaya son verilmesi hususunda hâkim durumda bulunan teşebbüs üzerinde baskı yaratması mümkündür, **Sanlı**, s. 127.

öne sürülmektedir.⁸⁴ Müdahale edilmemesi gerektiğini savunan bu görüşe göre, rekabet otoriteleri fiyat belirleyen kuruluşlar değildir. Kaldı ki fiyat belirlemeye çalıştıklarında, pazar hakkında geniş bilgiye sahip olmadıkları için doğru fiyatı belirleme ihtimalleri de çok düşük olacaktır.⁸⁵

Ancak bu noktada gözden kaçırılmamalıdır ki, otoriteler ve mahkemeler hâlihazırda hem rekabet hem de tüketici hukuku alanında fiyat belirlemeyle ilgili müdahaleler yapmaktadırlar.⁸⁶ Aşırı fiyatlamayı belirlemek için tutarlı ve gerçekçi bir hukuki test benimsendiği takdirde fiyatta düzenleme anlamına gelen müdahaleler yapılması sorun teşkil etmeyecektir.⁸⁷

Tüm bu anlatılanlar ışığında, bir rekabet ihlali olan ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün sömürücü davranışı sebebiyle oluşan aşırı fiyatlandırma uygulamalarına hem rekabet otoritelerinin hem de mahkemelerin, şartları oluştuğunda, müdahale etmesi ve tüketicileri bu ihlaller karşısında koruma görevlerini yerine getirmeleri gerekir. Özellikle giriş engelleri veya başkaca sebepler yüzünden rekabetçi ortamın yaratılamadığı ve dolayısıyla rekabet hukukunun piyasayı düzenleyici rolünü yerine getiremediği haller, rekabet hukuku vasıtasıyla müdahaleyi gerektiren hallerdir.⁸⁸ Bu görüşümüzün sonucu olarak karşımıza, hangi pazarların müdahale için uygun olduğu sorusu çıkmaktadır.

3. Müdahale Edilmesini Gerektiren Pazar Yapıları

Doktrinde hangi pazar yapılarının aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesini gerektiren pazarlar olduğuna dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk olarak, Motta ve de Streel'e göre *i.* yüksek veya kalıcı giriş engelleri olan, *ii.* şu anda veya geçmişte münhasır ya da özel haklar tanındığı için tekel ya da te-

kele yakın bir durumda bulunan teşebbüsün var olduğu, *iii.* rekabet otoritesinin müdahale etmeksizin giriş engellerini etkin bir şekilde ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı ve *iv.* sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmadığı pazarlara müdahale edilmelidir.⁸⁹ Evans ve Padilla ise *i.* firmanın pazarda tekele yakın konumda bulunması, *ii.* firmanın uyguladığı fiyatın toplam maliyetinin çok üstünde olması ve *iii.* söz konusu aşırı fiyatın komşu pazarlarda yeni ürün ve hizmetlerin çıkışına engel olma riskinin bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁹⁰ O'Donoghue ve Padilla, hâkim durumda olan bir teşebbüsün fiyatlandırma politikasına *i.* pazarın yüksek giriş engelleri ile korunması, *ii.* tüketicilerin hâkim durumdaki firmanın ürünlerine uygun alternatif ürün bulamamaları ve *iii.* pazarda yatırım ve inovasyonun hiç ya da çok az rol oynaması durumunda müdahale edilebileceğini belirtmektedirler.⁹¹ Son olarak, Röller – eski AB Rekabet Otoritesi baş ekonomisti – müdahale edilecek pazar özelliklerini şu şekilde sıralamaktadır: *i.* önemli giriş engellerinin bulunması, *ii.* pazarın kendi kendisini düzeltme imkânının bulunmaması, *iii.* pazarı başkaca bir yapısal yolla düzeltmenin mümkün olmaması ve *iv.* sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmaması.⁹²

Görüldüğü üzere, tüm bu görüşlerin aşırı fiyatlamaya müdahale edilecek pazar bakımından ortak olarak sarf ettikleri tek özellik, 'yüksek giriş engellerinin varlığı'dır.⁹³ Pazara giriş engelleri düşük olsa da bunun mutlaka yeni rakiplerin pazara girmesi ve aşırı fiyatlamaya rekabet baskısı ile düzeltilmesi anlamına gelmediğini açıklamıştık.⁹⁴ Ancak ortak olarak üzerinde anlaşmaya varılan 'yüksek giriş engellerinin varlığı' kriteri müdahale için aranmalıdır, zira böyle bir durumda pazara potansiyel bir rakibin girme ihtimali bulunmadığından ya da

⁸⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁸⁵ Whish & Bailey, s. 720; *Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd* [2005] EXCH 3015, [2005] UKCLR 757.

⁸⁶ O'Donoghue & Padilla, s. 736.

⁸⁷ Paulis, s. 517.

⁸⁸ Sanlı, s. 120.

⁸⁹ Motta & de Streel, s. 91 vd..

⁹⁰ Evans & Padilla, s. 119.

⁹¹ O'Donoghue & Padilla, s. 776.

⁹² Röller Lars-Hendrik, 'Exploitative Abuses': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford, Hart Publishing, s. 525-532.

⁹³ Paulis, s. 520.

⁹⁴ Bkz., II/B.

bu ihtimal çok düşük olduğundan pazarın, rekabetin olağan işleyişi içerisinde kendisini düzeltmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirtilen diğer kriterler değerlendirilecek olursa, öncelikle pazarda tekel ya da tekele yakın durumda bulunan bir teşebbüsün faaliyeti gösteriyor olması aranmaktadır. Bu kriterin süreklilik gösteren yüksek giriş engelleri ile bağlantılı olduğu açıktır. Böyle bir giriş engelini varlığı, pazarda tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün oluşmasına yol açar. Dolayısıyla, müdahale için 'yüksek giriş engellerinin varlığı' kriterinin aranması yeterli olup ayrıca teşebbüsün tekel ya da tekele yakın bir durumda olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığı savunulmuştur.⁹⁵ Kanımızca yüksek ve sürekli giriş engellerinin yanı sıra pazarda tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün var olup olmadığını araştırmak bir sakınca bulunmamaktadır. Zira ilk bakışta tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün var olup olmadığını tespit etmek daha kolay olacaktır. Pazarın kendi kendisini düzeltme imkânının bulunmaması kriteri de aynı şekilde yüksek giriş engelleri içerisinde değerlendirilebilir.

Bir diğer kriter olan münhasır ya da özel haklar tanındığı için tekel ya da tekele yakın bir durumda bulunan bir teşebbüsün olması kriteri de yine süreklilik gösteren yüksek giriş engelleri ile bağlantılıdır. Zira doğal ya da hukuki tekel durumları yüksek giriş engelleri yaratır.⁹⁶ Pazara giriş engellerinin neden olduğundan ziyade hâlihazırda var olup olmadığının araştırılması yeterlidir.⁹⁷ Ayrıca münhasır ya da özel haklar tanınması nedeniyle tekel ya da tekele yakın bir durumun oluşması kriterinin aranması, aşırı fiyatlamaya müdahalenin yalnızca yeni özelleşmiş telekomünikasyon ya da enerji gibi sektörlerde yapılması anlamına geleceği, ancak rekabet hukukunun hâkim durumun kötüye

kullanılması ile ilgili kurallarının sektörel bazda uygulanmak için tasarlanmadığı eleştirisine sebep olmuştur.⁹⁸

Müdahale etmeksizin rekabet otoritesinin etkin bir yolla giriş engellerini ortadan kaldırmasının mümkün olmamasına ilişkin kriter bakımından ise ifade edilmek istenen dışlayıcı davranışlar olan stratejik giriş engelleri değildir. Burada hâlihazırda bulunan hukuki giriş engellerinden bahsedilmektedir. Hukuki giriş engellerini ortadan kaldırmak için lobi faaliyetlerinin yapılabileceği, ancak bunun doğrudan aşırı fiyatlamaya müdahale edilmemesi anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir.⁹⁹ Görüldüğü üzere, bu kriter de giriş engelleri ile bağlantılıdır.

Sektörel bazda düzenleme yapan bir kurumun bulunmaması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin kriter bakımından ise akla şöyle bir soru gelmektedir: böyle bir kurum bulunmasına rağmen kurumun müdahale etmeme kararı alması ya da hâkim durumda bulunan teşebbüsün rekabete aykırı olan davranışını devam ettirmesine izin vermesi halinde rekabet kurumları ve mahkemeler yine de müdahale etmemeli midir?¹⁰⁰ Böyle bir durumda rekabet kurumları ve mahkemeler, sektörel düzenleme yapan kurumların harekete geçmediği ya da rekabet hukukuna aykırı karar aldıkları hallerde hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı aşırı fiyatlamaya müdahale etme opsiyonunu ellerinde bulundurmalıdırlar. Komisyonunun, sektörel bazda düzenleme yapan kuruluşların aşırı fiyatlamayı engellemedikleri veya aşırı fiyatlamayı pozitif buldukları vakalara müdahale ettiği görülmüştür.¹⁰¹

Aşırı fiyatın komşu pazarlarda yeni ürün ve hizmetlerin çıkışına engel olma riskinin bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin kriter, AB'de dışlayıcı anlaşmayı reddetmenin (*exclusionary refusal to supply*) ötesinde tüketicilere aşırı fiyat yüzünden ürün/hizmetin hiç sunulmadığı durumlarda¹⁰² uygulanmıştır.¹⁰³ Ancak Evans ve Padilla'nın giriş engellerini hiç saymayıp müdahaleyi bu kriterle sınırlandırması doğru olmamıştır.

⁹⁵ Paulis, s. 520.

⁹⁶ Paulis, s. 520.

⁹⁷ Paulis, s. 520.

⁹⁸ O'Donoghue & Padilla, s. 771.

⁹⁹ Paulis, s. 521.

¹⁰⁰ Paulis, s. 520.

¹⁰¹ AB Komisyonu, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 Deutsche Telekom AG [2003] OJ L263/9; AB Komisyonu,

COMP/38.784 Wanadoo España v Telefónica [2007] OJ C 83/6.

¹⁰² Joined Cases C-241/91 and C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission [1995] ECR 743; Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG [2004] ECR I-5039.

¹⁰³ Paulis, s. 521.

Son olarak, pazarda yatırım ve inovasyonun/ar-ge'nin hiç ya da çok az rol oynaması durumunda müdahale edilmesine ilişkin kriter, önemli kriterlerden biridir. Zira pratikte görüldüğü üzere müdahale edildiğinde teşebbüslerin yenilikçi yatırımlar yapmaya ilişkin motivasyonu azalabilir.¹⁰⁴ Yüksek kazanç genellikle ar-ge'si daha iyi yapılmış ve risk alan bir yatırımın sonucunda elde edildiğinden, müdahale ile yenilikçi ve risk alan tutum cezalandırılmamalıdır.¹⁰⁵ Ayrıca gözden kaçırılmamalıdır ki, ar-ge maliyetini karşılayabilmek için de fiyatlar üretim maliyetinin çok üzerinde belirlenmiş olabilir.¹⁰⁶ Fakat yatırım ve ar-ge'nin yüksek olduğu pazarlarda – mutlaka kalıcı olmasa da – yüksek giriş engelleri bulunmaktadır.¹⁰⁷ Kaldı ki, inovasyonun yüksek olduğu pazarlarda uygulanan aşırı fiyatların tamamen müdahale dışı bırakılması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yalnızca bu noktada müdahale ederken teşebbüslerin motivasyonu ile yapılacak müdahale arasında denge sağlanması gerekir.¹⁰⁸

Sonuç olarak, yukarıdaki tartışma, yüksek ve kalıcı giriş engellerinin olduğu ve bunun sonucunda da tekel ya da tekele yakın konumda olan bir teşebbüsün bulunduğu pazarlara müdahale edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Müdahale için yüksek ve kalıcı giriş engelleri aranmaksızın diğer kriterlerin aranması uygun görünmemektedir.¹⁰⁹ Buradan hareketle aşağıdaki bölüm, AB rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlamaya ilişkin yaklaşımı ve bu yaklaşımdaki tutarsızlıkları inceleyecektir.

III. AB UYGULAMASINDA DAVALAR VE AŞIRI FİYATIN TESPİTİ

A. MAHKEME İÇTİHATLARI

1. General Motors

*General Motors*¹¹⁰, Komisyon'un aşırı fiyatlamayı tespit ettiği ve hâkim durumda bulunan teşebbüse idari para cezası verdiği ilk karardır. Karara

konu olay, Belçika'nın, trafiğe uygunluk standartlarının denetlenmesi ve uygunluk belgelerinin verilmesi görevlerini araba üreten teşebbüslere devretmesi üzerine gerçekleşmiştir.¹¹¹ Belçika, denetleme için özel şirket niteliğindeki teşebbüslere veya onların yetkili temsilcilerine tam yetki vermiş ve denetim karşılığı alınacak ücret bakımından da herhangi bir kısıtlama getirmemiştir.¹¹² Bu kapsamda General Motors şirketi, pazarda hukuki tekel (*legal monopoly*) pozisyonuna ve bunun sonucu olarak da fiyatları istediği gibi belirleme özgürlüğüne sahip olmuştur.¹¹³ Şirket, ilk başta bu hizmet için 146 Euro talep etmiş, sonrasında bu fiyatı Avrupa'dan ithal edilen arabalar için 25 Euro'ya kadar düşürmüştür.¹¹⁴

Komisyon, General Motors'un Avrupa'dan ithal edilen arabalara uyguladığı fiyatı aşırı ve ABİDA m.102(a)'ya (o zaman yürürlükte olan Roma anlaşması kapsamında m.86'ya) aykırı bulmuştur. Kararına gerekçe olarak *i.* Avrupa'dan ithal edilen arabaların denetim maliyetinin Amerika'dan ithal edilenlere göre çok daha düşük olmasına rağmen ikisine de aynı fiyatın uygulanmasını, *ii.* General Motors'un yüksek fiyatı ödemek istemeyen müşterilerine bu hizmeti 25 Euro'dan sunmaya hazır olmasını, *iii.* diğer üreticilerin yetkili temsilcisi olarak hareket eden Belçika firmalarının General Motors'un verdiği hizmeti 70 Euro ve altında fiyatlara sağlamasını ve *iv.* General Motors'un hukuki tekel olmadan önce Belçika hükümetinin bu hizmet için talep ettiği ücretin sadece 30 Euro olmasını göstermiştir.¹¹⁵

Temyiz edilerek önüne gelen davada ABAD, sunulan hizmetin ekonomik değerine (*economic value*) kıyasla aşırı olan bir fiyatın haksız bir fiyat oluşturacağını ve bunun da hâkim durumun kötüye kullanılması olduğunu belirtmiştir.¹¹⁶ Bunu takiben ABAD, Komisyon'un kararını bozmuş, buna gerekçe olarak da çok yeni ve alışılmışın dışında olan

¹⁰⁴ Paulis, s. 521.

¹⁰⁵ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 4.

¹⁰⁶ Paulis, s. 522.

¹⁰⁷ Paulis, s. 521.

¹⁰⁸ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 4.

¹⁰⁹ Paulis, s. 522.

¹¹⁰ AB Komisyonu, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, [1975] 1 CMLR D20.

¹¹¹ Sanlı, s. 100.

¹¹² AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 5.

¹¹³ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 5.

¹¹⁴ Motta & de Streel, s. 99.

¹¹⁵ Motta & de Streel, s. 99.

¹¹⁶ Case 26/75 *General Motors v Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95, para 12.

bir hizmeti ilk kez sunarken fazla fiyat istenmesinin normal olduğunu ve sonrasında zaten fiyatın hemen hizmetin ekonomik değerine uygun bir fiyata getirildiğini göstermiştir. Sonuç olarak ABAD, aşırı fiyat uygulamasının geçici bir durumu yansıtmasından bahisle müdahalenin gereksiz olduğu kanaatine varmıştır.¹¹⁷ Her ne kadar *General Motors* kararı, ABAD'nın m.102(a)'nın aşırı fiyatlamaya uygulanacağını onaylaması bakımından önemli olsa da¹¹⁸ ekonomik değer ne olduğunu tanımlamaması ve bir fiyatın haksız olduğunun nasıl tespit edileceğini söylememesi bakımından eksik kalmıştır.¹¹⁹

2. United Brands

Aşırı fiyatlamaların tartışıldığı ve ABAD'nın iki aşamalı bir hukuki test öngördüğü ikinci dava, *United Brands* davasıdır.¹²⁰ United Brands Company (UBC), Chiquita markasına da sahip, dünyanın en büyük muz şirketi olup Belçika, Lüksemburg, Danimarka, Almanya, İrlanda ve Hollanda'da satılan muzların %45'ini sağlamaktadır, yani %45 pazar payına sahiptir.¹²¹ Komisyon, diğer ihlallerin yanı sıra bu davada UBC'nin aşırı fiyatlamaya yaptığına da hükmetmiştir. Buna göre Komisyon, UBC'nin markalı ve markasız muzlarının fiyatlarını karşılaştırıp Chiquita markalı muzların diğerlerine kıyasla %30-40 daha fazla fiyata satıldığını ve Chiquita markalı muzların fiyatını diğer teşebbüslerin muzları ile karşılaştırıp yine Chiquita'nın rakiplerin fiyatlarından daha fazla fiyatla satıldığını tespit etmiştir.¹²²

Komisyon'un aşırı fiyatlama ihlali yapıldığına ilişkin temel dayanağı, diğer üye ülkelere kıyasla UBC'nin muzlarını en düşük fiyatla sattığı ülkenin İrlanda olması ve buna rağmen İrlanda'da kâr elde etmesi olmuştur. Komisyon, Dublin limanına taşıma maliyetiyle diğer üye ülkelere taşıma maliyetini de hesaba katmış ama yine de Danimarka, Hol-

landa, Belçika, Lüksemburg ve Almanya'da uygulanan fiyatların İrlanda'daki fiyatlardan iki kat daha fazla olduğunu bulmuştur.¹²³ Buna istinaden, Komisyon, UBC'nin üretim fiyatlarını dikkate alarak adil bir fiyat belirlemeye çalışmaksızın İrlanda dışında uygulanan fiyatın aşırı olduğuna karar vermiştir.¹²⁴ Sonuç olarak, UBC'ye hem idari para cezası verilmiş hem de fiyatı belirli seviyelere düşürmesi – örneğin, Hollanda için fiyatta en az %15 oranında azalma – istenmiştir. Fiyatların düşürülüp düşürülmediğinin denetimi bakımından UBC'nin 2 yıl boyunca 6 aylık raporlarını Komisyona sunmasına karar verilmiştir.¹²⁵

Bu kararı temyiz eden UBC, Komisyon'un gösterdiği temel dayanağa karşı iddialarda bulunmuş, İrlanda'da her zaman kâr elde etmediğini, örneğin, 1975 yılı hariç olmak üzere 1973-1978 yılları arasında hiç kârlılığı olmadığını ileri sürmüştür.¹²⁶ Böylelikle dava ABAD'nın önüne gelmiştir. İlk olarak ABAD, önceki kararında olduğu gibi, sunulan ürün/hizmetin ekonomik değeriyle makul bir bağlantısı olmayan bir fiyatın haksız bir fiyat olduğunu, bunun da kötüye kullanma oluşturacağını tekrarlamıştır. Ekonomik değeri belirlemede ilk aşamanın ise fiyatla üretim maliyetini karşılaştırmak olduğu ifade edilmiştir.¹²⁷ Devamında ABAD iki aşamalı bir test önermiştir: *i.* maliyet ile fiyatı karşılaştırmak ve *ii.* fiyatın kendi içinde ya da rakiplerin fiyatlarıyla karşılaştırınca haksız olup olmadığını saptanmak.¹²⁸ Bu test, bundan sonra *United Brands* testi olarak adlandırılmıştır.

Testin ilk aşaması bakımından ABAD'na göre, maliyet-fiyat karşılaştırması sonucu bulunan kâr marjının aşırı yüksek olduğu belirlenirse testin ikinci aşamasına geçilecektir.¹²⁹ Burada kötüye kullanma bulunduğunu gösteren bir veri olarak kabul edilen 'aşırı yüksek kâr marjı' ifadesinin ne anlama

¹¹⁷ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 6.

¹¹⁸ **Sanlı**, s. 100.

¹¹⁹ **Sanlı**, s. 100; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 5; **Motta & de Streel**, s. 99.

¹²⁰ *Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities - Chiquita Bananas* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 ("*Chiquita*").

¹²¹ *Chiquita*, para 7; **O'Donoghue & Padilla**, s. 742.

¹²² *Chiquita*, para 5.

¹²³ *Chiquita*, para 3(c).

¹²⁴ **O'Donoghue & Padilla**, s. 743.

¹²⁵ *Chiquita*, bölüm B.

¹²⁶ **O'Donoghue & Padilla**, s. 743.

¹²⁷ *Chiquita*, para 251.

¹²⁸ *Chiquita*, para 250, 252.

¹²⁹ *Chiquita* para 251-252.

geldiği açıklanmamıştır.¹³⁰ Ayrıca ABAD bu noktada, ekonomistlerin geliştirdiği diğer yöntemlerle de bir fiyatın haksız olup olmadığının tespit edilebileceğini ifade etmiştir.¹³¹ Doktrin, haklı olarak, ABAD'nın 'diğer yöntemler'den kastının ne olduğunu açıklamamasını eleştirmiştir.¹³² Testin ikinci aşamasında ise fiyatın hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı diğer ve karşılaştırılabilir fiyatlarla ya da benzer ürünlere rakipler tarafından uygulanan fiyatlarla karşılaştırılması öngörülmüştür.¹³³

Testi önündeki olaya uygularken ABAD, Chiquita markalı muzların diğer markasız muzlara kıyasla %30-40 daha fazla fiyata satılmasını aşırı fiyatlama olarak görmüş,¹³⁴ fakat Komisyon'un üretim maliyetlerini hesaplamamasını, dolayısıyla kâr marjını dikkate almadan karar vermesini eleştirmiştir. Üretim maliyetlerinin hesaplanmasının çok külfetli bir iş olduğuna dikkat çekilse de bu davada UBC'nin iştiraklerinin sayısı ve onlarla olan ilişkisi gereği muzun üretim maliyetinin hesaplanabilir olduğu belirtilmiştir.¹³⁵ Böylece Komisyon testin ilk aşamasını sağlamayı başaramamıştır. Ayrıca ABAD, İrlanda satışlarının son 5 yıl boyunca -1975 hariç- kâr sağlamadığı hesaba katılırsa Komisyon'un İrlanda'daki fiyatları, aşırı fiyatlamayı belirlemek için bir kıstas olarak kullanmasını doğru bulmamıştır.¹³⁶ UBC'nin fiyatlarını rakiplerin fiyatlarıyla karşılaştıran ABAD, aralarında yalnızca %7'lik bir fiyat farkı bulmuş ve bu farkın da otomatik olarak aşırı fiyatlamaya işaret etmediğini ifade etmiştir.¹³⁷ Bu tespitle Komisyon'un testin ikinci aşamasını sağlamada da başarısız olduğu vurgulanmış ve UBC'nin aşırı fiyatlama yaptığına ilişkin Komisyon kararı bozulmuştur.

Sonuç olarak, *United Brands*, aşırı fiyatlamasının nasıl tespit edileceğine ilişkin ABAD'nın yön gösteren ilk kararı olmuştur.¹³⁸ Bu davada ABAD'nın *United Brands* testinin kümülatif olarak

uygulanacağı yönündeki görüşüne¹³⁹ rağmen bundan sonraki davalarda testin farklı şekillerde uygulandığına şahit olunacaktır.

3. British Leyland

British Leyland davasına konu olay, *General Motors*'a çok benzer olup trafiğe uygunluk standartlarının denetlenmesi ve uygunluk belgelerinin verilmesi hizmetine uygulanan fiyatın aşırı olup olmadığının tespitini içermektedir.¹⁴⁰ Buradaki tartışma, Komisyon'un *United Brands* testinin ilk aşaması olan maliyet-fiyat analizi yapmaması, bunu yapmadan *British Leyland*'ın aşırı fiyatlama yaptığına ilişkin karar vermesi, bu kararın da ABAD tarafından onaylanması üzerine başlamıştır.¹⁴¹ Bu noktada akla, *United Brands* testinin kümülatif olarak uygulanmasının gerekip gerekmediği ve sonuç olarak testin iki aşamasının birbirine alternatif olarak ele alınıp alınamayacağı sorusu gelmektedir.

Davaya konu olay, hem sağdan hem de soldan direksiyonlu arabalar için aynı fiyat uygulanırken soldan direksiyonlular için uygulanan fiyatın 1 Temmuz 1981'de bir anda altı katına çıkarılması ile ilgilidir.¹⁴² ABAD, öncelikle idari tekel durumunda olan bir teşebbüsün sunulan hizmetin ekonomik değeriyle orantısız bir fiyat uygulamasının kötüye kullanma oluşturacağını belirtmiştir.¹⁴³ *British Leyland* savunmasında, uyguladığı fiyatın maliyetle bağlantılı olmadığını, yalnızca bir kere olmak üzere çok özel bir araba satıcısına bu fiyatı uyguladığını söylemiştir.¹⁴⁴ Ancak fiyatın sonrasında da düşürülmediği ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ABAD, *British Leyland*'ın soldan direksiyonlu arabalara önceki fiyatına kıyasla altı kat daha fazla fiyat uyguladığını ve bu fiyatın aynı hizmetin verildiği sağdan direksiyonlu arabalar için istenen fiyatın da altı katı olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, *British Leyland*'ın fiyat politikasının soldan direksiyonlu arabaların tekrar ithalatını dezavantajlı hale getirdiği belirtilmiştir.¹⁴⁵

¹³⁰ Sanlı, s.102.

¹³¹ *Chiquita*, para 253.

¹³² Sanlı, s. 102; **Pozdnakova**, s. 124; **Hou**, Liyang (2011), 'Excessive Prices within EU Competition Law', *European Competition Journal*, S:47, C:7, s.58.

¹³³ *Chiquita*, para 228; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 10-11.

¹³⁴ *Chiquita*, s. 244.

¹³⁵ *Chiquita*, para 254.

¹³⁶ *Chiquita*, para 261-262.

¹³⁷ *Chiquita*, para 266.

¹³⁸ **Gal**, s. 30.

¹³⁹ **O'Donoghue & Padilla**, s. 745.

¹⁴⁰ Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1985] ECR 3300-3306 ("*British Leyland*").

¹⁴¹ **Gal**, s. 33.

¹⁴² *British Leyland*, para 25.

¹⁴³ *British Leyland*, para 27.

¹⁴⁴ *British Leyland*, para 29.

¹⁴⁵ *British Leyland*, para 29.

United Brands testinin ilk aşamasını oluşturan, maliyet-fiyat araştırması yapmadan¹⁴⁶ ABAD, soldan direksiyonlu arabalar için istenen fiyatla sağlanan hizmetin ekonomik değeri arasında oransızlık bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁷ Dolayısıyla, burada soldan direksiyonlu arabalar için istenen önceki ve sonraki fiyat karşılaştırılarak kötüye kullanma olduğuna hükmedilirken maliyet-fiyat analizi kapsam dışı bırakılmıştır.¹⁴⁸

4. Bodson

United Brands'te öne sürülen iki aşamalı testin iki aşamasının da kümülatif olarak mı değerlendirileceği yoksa iki aşamanın birbirlerine alternatif olarak mı aranacağı sorusunun tekrar gündeme gelmesine neden olan diğer dava, ABAD'nın önüne ön karar¹⁴⁹ usulüyle gelen *Bodson*¹⁵⁰ kararıdır. *Bodson* davasının konusu, Fransız hukukundaki cenaze töreniyle ilgili düzenlemedir. Fransa'da cenaze töreni düzenleme görevi belediyelere verilmiş de belediyelerin bazı özellikli törenler bakımından özel şirketlere münhasır yetki vermeleri mümkündür. Bu kapsamda Pompes Funebres şirketi, birçok belediye tarafından dış hizmetler (*external services*) bakımından münhasıran yetkilendirilerek büyük bir pazar payına sahip olmuştur. Bodson ise cenaze hizmeti veren pek çok firmanın oluşturduğu bir ağa dâhil olup farklı ve rekabetçi bir pazarda faaliyetini sürdürmekte ve Pompes Funebres'ten daha düşük fiyatla hizmet sunmaktadır.¹⁵¹ Bodson, Pompes Funebres'in münhasıran yetkilendirildiği bir pazarda hizmet sununca Pompes Funebres'in açtığı, verdiği hizmeti durdurmasını talep eden davayla karşılaşmış ve hakkında ihtiyati tedbir kararı veri-

lince buna ilişkin yaptığı itirazında Pompes Funebres'in hâkim durumunu kötüye kullanarak aşırı fiyatlamaya yaptığını da iddia etmiştir.

Ön karar usulü ile önüne gelen davada ABAD, burada yalnızca *United Brands* testinin ikinci aşamasını uygulayarak aşırı fiyatlama olup olmadığının bulunabileceğini belirtmiştir. Münhasır yetkilendirilen bir şirketin uyguladığı fiyat ile farklı pazarda faaliyet gösteren ancak münhasır yetkilendirilmeyen şirketlerin fiyatlarının karşılaştırabileceğini söylemiştir (coğrafi fiyat karşılaştırması).¹⁵² ABAD, rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren münhasır yetkilendirilmeyen şirketlerin fiyatlarıyla münhasır olarak yetkilendirilmiş tekel durumunda bulunan bir firmanın fiyatlarını karşılaştırmıştır.¹⁵³ Bu karar sonucunda *United Brands* testinin ilk aşaması olan maliyet-fiyat arasındaki fark bulunmadan aşırı fiyatlamının tespit edilebileceği ve iki aşamanın birbirine alternatif olarak arandığı kanısı güçlenmiştir.¹⁵⁴

5. SACEM

*SACEM*¹⁵⁵ kararında ABAD, aşırı fiyatlamayı belirlemek için farklı bir coğrafi bölgede hâkim durumda bulunan teşebbüse rakip olabilecek bir faaliyeti yürüten teşebbüsün fiyatlarını karşılaştırma için esas almıştır.¹⁵⁶ *Societe des Auteurs, Compositeurs at Editeurs de Musique* (SACEM) Fransa'da telif haklarını toplayan, ulusal tekel konumunda bulunan bir kurumdur. Fransa'daki diskolar, SACEM'in diğer üye ülkelerde telif haklarını toplayan benzer kurumlara oranla lisans için çok daha fazla ücret istediğini iddia etmişlerdir. Ön karar usulü ile önüne gelen davada ABAD, hâkim durumda bulunan teşebbüsün devamlı olarak yapılan

¹⁴⁶ Gal, s. 33.

¹⁴⁷ *British Leyland*, para 30.

¹⁴⁸ Hou, s. 59.

¹⁴⁹ İngilizcesi *preliminary ruling* olarak ifade edilen ön karar ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Dörter, Pınar (2008) 'Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Ön Karar Usulü ile Görülen Davalar' (Yüksek Lisans) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11155/226860.pdf?sequence=1>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

¹⁵⁰ Case 30/87 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des régions libérées SA* [1988] ECR. 2479, [1989] 4 CMLR 984 ("*Bodson*").

¹⁵¹ Quitzow, Carl M. (2001) *State Measures Distorting Free Competition in the EC: A Study of the Need for a New Community Policy Towards Anti-Competitive State Measures in*

the EMU Perspective, The Netherlands, Kluwer Law International, s. 121.

¹⁵² *Bodson*, para 31.

¹⁵³ AB Komisyonu, *Excessive Prices*, s. 12; Gal, s. 36. Ayrıca bu yönetime 'yardstick' yöntemi denilmektedir, *Which & Bailey*, s. 723.

¹⁵⁴ Gal, s. 35; Hordijk, Erik P. 'Excessive Pricing Under EC Competition Law: An Update in the Light of Dutch Developments': Hawk, Barry (editör) (2002) *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2001*, New York, Juris Publishing, s. 469-472.

¹⁵⁵ Case C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248 ("*SACEM I*"); Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM* [1989] ECR 281 ("*SACEM II*").

¹⁵⁶ Gal, s. 33.

karşılaştırmalarda diğer üye ülkelerde aynı hizmete istenen fiyatın çok üstünde fiyat istemesinin kötüye kullanmaya işaret ettiğine hükmetmiştir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyet sürdürdüğü ülke ile diğer üye ülkeler arasındaki objektif farklılıkları kanıtlayarak kendisinin diğerlerine nazaran neden aşırı fiyat uyguladığını haklı gösterebileceği, dolayısıyla ispat yükünün üzerinde olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁷ Bu bakımdan aslında *United Brands* testinin ilk aşamasının göz önüne alındığı söylenebilir.¹⁵⁸ ABAD, Fransa'nın diğer üye ülkelerden farklı olduğu yönüne ilişkin SACEM'in ileri sürdüğü argümanların bu derecede bir fiyat farkı yaratacağına ikna olmamıştır.¹⁵⁹ Zira ABAD, makul fiyatı tespit ederken aşırı ya da orantısız maliyetlerin dikkate alınmayacağını söylemiştir. Davaya konu kurum fiilen tekel konumunda olup rekabet yokluğu nedeniyle yüksek yönetim giderlerine sahiptir ve bu giderleri düşürmek için de hiçbir nedeni yoktur.¹⁶⁰ Bu yüzden de ABAD, yüksek maliyetlerin aşırı fiyatlamayı açıklamak için kullanılamayacağını belirtmiştir.

SACEM'e konu olayda ürün, bir müzik eserinin yaratımı ve korunması olduğundan, söz konusu ürüne ilişkin bir maliyet-fiyat analizi yapmak mümkün olmamıştır. Bu sebeple, *United Brands* testinin ilk aşaması uygulanamamış, ikinci aşama olan birbiriyle karşılaştırılabilir pazarlarda uygulanan fiyatlar, aşırı fiyatlamayı bulmak için kullanılmıştır.¹⁶¹ Hem SACEM hem de *Bodson* kararları, benzer şekilde, birbiriyle karşılaştırılabilir pazarlardaki fiyat kıyaslamasını tek başına aşırı fiyatlamının tespitinde kullanmışlardır. Hâlbuki SACEM'de gerçekten maliyet-fiyat analizi yapılamazken *Bodson*'da cenaze hizmetleri için yapılabilirdi.¹⁶² Bu karar da ilk aşamasını uygulamak mümkün olmadığı için *United Brands* testinin yalnızca ikinci aşamasının aşırı fiyatlamayı bulmak için kullanıldığını göstermektedir.

6. Deutsche Post

Bu dava, Alman posta servisinin (*Deutsche Post*) İngiltere'den Almanya'ya gönderilen postalar için aşırı fiyat istediğine ve bu postaları haftalarca geciktirdiğine ilişkin İngiliz posta servisinin (*British Post Office*) Komisyon'a yaptığı şikâyet üzerine görülmüştür. Komisyon, Alman posta servisinin Alman posta pazarında hukuki tekel konumunda olduğunu¹⁶³ ve İngiltere'den gönderilen postalara, sağladığı hizmetin ekonomik değerinin en az %25 üzerinde bir fiyat uyguladığını tespit etmiştir.¹⁶⁴ Kararda, *General Motors* ve *United Brands*'e atıf yapılarak bir fiyatın adil bir fiyat olup olmadığını belirlemek için fiyatla ürünün ekonomik değerini kıyaslamak gerektiği ve ekonomik değer de maliyete belirli bir kâr marjı eklenerek bulunacağı ifade edilmiştir. Ancak o sırada Alman posta servisi şeffaf bir maliyet muhasebesi sistemine sahip olmadığından maliyeti bulmak için detaylı bir maliyet analizi yapılması gerekmiştir.¹⁶⁵ Komisyon da Alman posta servisinin sağladığı hizmetin maliyetini bulmak için detaylı bir analiz yapamayacağını belirtmiş, alternatif olarak Alman posta servisinin Almanya'dan ülke dışına gönderilen postalara uyguladığı fiyat ile ülke dışından Almanya'ya gönderilen postalara uyguladığı fiyatı karşılaştırarak %25 rakamını bulmuştur.¹⁶⁶ Böylece Komisyon, Alman posta servisinin pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığına, uyguladığı fiyatla servisin gerçek maliyeti arasında makul bir bağ bulunmadığına, aşırı fiyatlarla tüketicileri sömürdüğüne hükmetmiş ve teşebbüse sembolik bir para cezası -1000 Euro- vermiştir.¹⁶⁷

Aşırı fiyatlandırmayı araştırırken Komisyon'un maliyet analizi yapmayışi eleştirilmiştir. Whish ve Bailey bu davada maliyeti bulmanın kolay olmadığını fakat imkânsız da olmadığını, ayrıca daha önce de karmaşık maliyet analizleri yapılan davaların bulunduğunu belirtmiştir.¹⁶⁸ Görüldüğü gibi, bu davada da *United Brands* testinin ilk aşaması uygulanmamıştır.¹⁶⁹

¹⁵⁷ SACEM I, para 25. Gal'e göre böylece ispat külfeti davalıya yüklenmiş olmaktadır; bu da ABAD'nın ispat külfetini Komisyon'a yüklediği *United Brands* kararıyla çelişmektedir. Gal, s. 34.

¹⁵⁸ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 12. Ayrıntılı açıklama için bkz., aşağıdaki bölüm 2.8.

¹⁵⁹ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 7.

¹⁶⁰ Whish & Bailey, s. 723.

¹⁶¹ Gal, s. 34.

¹⁶² Gal, s. 35; Hordijk, s. 469-472; O'Donoghue & Padilla, s. 744.

¹⁶³ *Deutsche Post AG*, para 5-6-7.

¹⁶⁴ *Deutsche Post AG*, para 162, 166.

¹⁶⁵ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 13.

¹⁶⁶ *Deutsche Post AG*, para 162-166.

¹⁶⁷ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 8.

¹⁶⁸ Whish & Bailey, s. 722.

¹⁶⁹ Aynı şekilde ilk aşama uygulanmadan yalnızca ikinci aşamanın uygulandığı bir diğer dava da AB Komisyonu, COMP/38.636 *Rambus* [2009].

7. Port of Helsingborg

Helsingborgs Hamn AB (HHAB), İsveç'in Helsingborg şehrindeki Helsingborg limanının işletilmesinde tek sorumlu olan şirket olup doğal tekel konumunda bulunmaktadır. HHAB limandaki inşaat işlerini yapmakta, limanı kullanan gemilere ilişkin tüm servisi sağlamakta ve söz konusu servise ilişkin ücretleri belirlemektedir.¹⁷⁰ Scandlines Sverige AB (Scandlines) Komisyon'a yaptığı şikâyetinde HHAB'ın limanı kullanan feribotlara sağladığı servis için fiili maliyetini yansıtmayan aşırı fiyatlar uyguladığını ve bu yolla ABİDA m.102'yi ihlal ettiğini iddia etmiştir.¹⁷¹

Bu davada Komisyon, *United Brands* testinin kümülatif olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷² Buna göre, ilk aşamada *i.* maliyet ile fiyat arasındaki farka bakılarak kârın aşırı olup olmadığı belirlenecek ve eğer birinci aşamada verilen cevap olumlu ise ikinci aşamaya geçilerek *ii.* fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerin fiyatıyla karşılaştırıldığında haksız olup olmadığı saptanacaktır.¹⁷³

Testin ilk aşaması bakımından Komisyon, bir maliyet-fiyat analizi yapmış ve liman için istenen ücretlerden elde edilen kazancın fiilen uğranılan masraflardan fazla olduğunu bulmuştur. HHAB'ın feribotlara ilişkin servislerden kazanç sağladığı ancak limanın verdiği diğer hizmetler dolayısıyla zarara uğradığı görülmüştür.¹⁷⁴ Komisyon testin birinci aşaması sonucunda maliyet ile fiyat arasındaki farkın aşırı olup olmadığına ilişkin kararını belirtmeden ikinci aşamaya geçmiştir.¹⁷⁵

Testin ikinci aşamasında öncelikle HHAB'ın fiyatı, rakiplerin uyguladığı fiyatlarla kıyaslanmıştır. Bunun için Komisyon, HHAB'ın fiyatlarını başka limanlarda aynı hizmetler için uygulanan fiyatlarla karşılaştırmış fakat bu karşılaştırmayı yap-

ması kolay olmamıştır. Zira her limanın demirbaşlarının ve yatırımlarının, sağladığı hizmetlerle bu hizmetlerin maliyetinin ve getirisinin birbirinden çok farklı olduğu görülmüştür.¹⁷⁶ Yine de karşılaştırma sonucunda Komisyon, HHAB'ın fiyatlarının diğer liman işletmecilerinin uyguladığı fiyatlardan çok fazla olmadığını saptamıştır. Sonuç itibarıyla bu karşılaştırmanın HHAB'ın feribotlara uyguladığı fiyatların haksız olduğuna ilişkin bir kanıt sağlamadığına karar verilmiştir.¹⁷⁷

Son olarak Komisyon, fiyatların kendi içinde haksız olup olmadığını araştırmıştır. Bunun için basit bir maliyet-fiyat analizi yapmanın yeterli olmayacağı belirtilerek hizmetin ekonomik değeri üzerine yoğunlaşmıştır.¹⁷⁸ Hizmetin ekonomik değerinin maliyet ve maliyetin belli bir değeri üzerinden hesaplanan kâr marjının toplamından oluşmadığına dikkat çekilmiştir. Onun yerine ekonomik değer, davanın kendine has özellikleri ve ürün/hizmete ilişkin talep gibi fiyat-dışı faktörler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir.¹⁷⁹ Komisyon iki sebepten ötürü HHAB'ın uyguladığı fiyatların aşırı ya da haksız olmadığına karar vermiştir: *i.* Helsingborg limanının mükemmel konumunun feribotların süratli bir şekilde Øresund'a geçmelerini sağlaması ve *ii.* HHAB'ın fiyatının aşırı/haksız olduğuna ilişkin yeterli kanıt bulunmaması.¹⁸⁰

Bu karar, Komisyon'un HHAB'ı daha iyi bir hizmet sağlıyor diye cezalandırmak istemediği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸¹ Davada *United Brands* testi kümülatif olarak ele alınmış ve hatta Komisyon testin kümülatif bir şekilde uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Dolayısıyla, bu dava sonrasında da *United Brands* testinin nasıl uygulanacağı ile ilgili tartışmanın devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁷⁰ **AB Komisyonu**, COMP/36.568/D3 *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg* [2004] para 12 ("*Port of Helsingborg*").

¹⁷¹ *Port of Helsingborg*, para 16; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 8.

¹⁷² **O'Donoghue & Padilla**, s. 744.

¹⁷³ *Port of Helsingborg*, para 101.

¹⁷⁴ *Port of Helsingborg*, para 122.

¹⁷⁵ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 8.

¹⁷⁶ *Port of Helsingborg*, para 162-163.

¹⁷⁷ *Port of Helsingborg*, para 207; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁷⁸ **Whish & Bailey**, s. 723.

¹⁷⁹ *Port of Helsingborg*, para 209; **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁸⁰ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 9.

¹⁸¹ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 13.

B. ARA DEĞERLENDİRME

1. Hukuki Test

United Brands testinin yukarıdaki kararlar kapsamında nasıl uygulandığı kısaca özetlenecek olursa, öncelikle ilk karar olan *General Motors* ile başlamak gerekir. Bu davada test daha geliştirmemiş olsa da örtülü bir şekilde maliyet-fiyat analizi yapılmıştır.¹⁸² Zira daha az maliyetli olsa da Avrupa'dan ithal arabalara Amerika'dan ithal edilenlerle aynı fiyatın uygulandığına dikkat çekilmiştir.¹⁸³ Ayrıca rakiplerin fiyatlarıyla olan kıyaslama da yapılarak ikinci aşama gerçekleştirilmiştir.

Bir sonraki karar olan *United Brands* davasında ABAD'nın iki aşamalı testi geliştirmesinin nedeni, Komisyon'un yapılabilecek olduğu halde UBC'nin üretim maliyetini bulmaması, dolayısıyla aşırı fiyatlamayı tespit ederken maliyetleri hesaba katmaması olmuştur.¹⁸⁴ Maliyet-fiyat analizine bu kadar önem verilirken *Bodson* kararında ABAD, maliyeti bulabilecek olmasına rağmen bulmamış, testin yalnızca ikinci aşamasını uygulamış ve rekabetçi bir piyasada uygulanan fiyatla hukuki tekelin bulunduğu piyasada uygulanan fiyatı birbiriyle karşılaştırmıştır.¹⁸⁵ *Deutsche Post* davasında da aynı şekilde maliyeti bulabilecekken bulmamış, yalnızca testin ikinci aşamasını uygulamıştır.

SACEM'de de testin ikinci aşaması ele alınarak üye devletlerde uygulanan fiyatlarla hâkim durumda bulunan teşebbüsün faaliyet gösterdiği ülkede uygulanan fiyatlar karşılaştırılmıştır. Bu davada ürünün kendine has özelliği gereği maliyeti bulmak mümkün olmamıştır. Ancak ABAD, *SACEM*'in neden bu denli yüksek fiyatlar uyguladığını haklı gösterecek verileri ileri sürebileceğini söylemiştir. Bu da ABAD'nın maliyet ile fiyat arasındaki farkın aşırı, yani makul olmayan seviyelerde olması halinde kötüye kullanma olduğunu tespit etmeye meyilli olduğu yönünde değerlendirilmiştir.¹⁸⁶

Son olarak, *Port of Helsingborg*'ta çok açık şekilde testin iki aşamasının da aşırı fiyatlamayı tespit ederken kümülatif olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

Özetlemek gerekirse, her ne kadar birbirinden farklı kararlar çıkmış olsa da aşırı fiyatlama olduğuna hükmedebilmek için *United Brands* testinin iki aşamasının da sağlanması, bir diğer deyişle, testin kümülatif olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. *United Brands* testinin ikinci aşamasını oluşturan, fiyatların kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırınca haksız olduğuna ilişkin bölüm bakımından ise alternatifli bir uygulama yapılacaktır. ABAD da *Athens International Airport*¹⁸⁷ kararında bu yönde bir görüş beyan etmiştir. Söz konusu dava, Atina uluslararası havaalanının yolcular ve uçak firmalarına uyguladığı bazı fiyatların aşırı olduğuna ilişkin yapılan şikâyet üzerine görüşülmüştür. Fiyatın aşırı olup olmadığının tespiti bakımından *United Brands* kararına atıf yapan ABAD, açıkça testin ikinci aşamasının kümülatif olarak uygulanmayacağını ya fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırınca haksız olduğuna ilişkin tespitlerden birinin yapılmasının yeterli olacağını ifade etmiştir.¹⁸⁸

Testin ikinci aşaması, testin en gelişmiş bölümüdür. Altı farklı kıstas (*benchmark*) belirlenmiştir:¹⁸⁹ *i.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün aynı ürüne uyguladığı eski fiyat,¹⁹⁰ *ii.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün diğer ürünler için aynı pazarda uyguladığı şu anki fiyat,¹⁹¹ *iii.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin ilgili pazarda uyguladığı fiyat,¹⁹² *iv.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin aynı ürün için farklı coğrafi pazarlarda istedikleri fiyat,¹⁹³ *v.* hâkim durumda bulunan teşebbüsün benzer ürünler için diğer pazarlarda uyguladığı fiyat¹⁹⁴ ve *vi.* diğer teşebbüslerin karşılaştırılabilir ürünlerinin diğer pazarlardaki fiyatları.¹⁹⁵

¹⁸² **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸³ Ayrıntılı analiz için bkz., bölüm 2.1.

¹⁸⁴ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁵ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁶ **AB Komisyonu**, *Excessive Prices*, s. 12.

¹⁸⁷ Case C-159/08 *P Isabella Scippacercola ve Ioannis Terezakis v Commission* [2009] ECR I-46.

¹⁸⁸ *Athens International Airport*, para 47. Dava, aşırı fiyatlamının bulunmadığı bir sonuçla bitmiştir; şikâyetçilerin iddialarını desteklemek için öne sürdüğü veriler hatalı veya yetersiz bulunmuştur.

¹⁸⁹ **Hou**, s. 63.

¹⁹⁰ Bkz., *British Leyland* davası.

¹⁹¹ Bkz., *British Leyland* ve *United Brands* davaları.

¹⁹² Bkz., *United Brands* davası.

¹⁹³ Bkz., *SACEM* davası.

¹⁹⁴ Bkz., *Deutsche Post* davası.

¹⁹⁵ Bkz., *Bodson* ve *Port of Helsingborg* davaları.

2. Müdahale Edilecek Pazarlar

Yukarıdaki davalar, Komisyon'un ve ABAD'nın aşırı fiyatlamaya müdahale ettiği pazarlarla ilgili de bilgi vermektedir. Bu pazarlar genellikle yerleşmiş hâkim durumun bulunduğu, etkin rekabeti öngörülebilir bir zamanda sağlayacak şekilde bir giriş ve genişleme imkânının olmadığı pazarlardır. *General Motors* ve *Deutsche Post* davalarındaki teşebbüsler hukuki tekel konumunda bulunurlarken British Leyland idari tekel durumundadır.

Bodson'da münhasır yetkilendirilmiş bir firma vardır ve bu yetkilendirme pazarın diğer önemli bir kısmını rekabetten arındırmıştır. *SACEM*'de ağ etkisine (*network effects*) bağlı ulusal bir tekel bulunurken *Port of Helsingborg*'daki teşebbüs doğal tekel konumundadır. Tüm bunların tek istinası *United Brands*'te yeşil muzlara ilişkin pazardır, ancak bu davada da ABAD aşırı fiyatlama olmasına hükmetmiştir.¹⁹⁶

Yüksek ve kalıcı giriş engelleri nedeniyle yüksek kârlılık ve yüksek fiyatların olağan fonksiyonunu yapıp yeni rakiplerin pazara girmesini sağlamadığı pazarlarda aşırı fiyatlamaya müdahale edildiğinden müdahalenin son çare olarak görüldüğünü de söylemek yanlış olmayacaktır. Geçici olarak aşırı fiyatlamamanın izlendiği pazarlara – talep ve arzın birbiriyle uyuşmaması ya da pazar gücünün bu yönde kullanılması nedenleriyle– hemen müdahale edilmemekte, pazarın kendi kendisini düzeltmesi ve fiyatları normal seviyelere çekmesi beklenmektedir.¹⁹⁷

3. 'Ekonomik Değer' Kavramı

İlk olarak *General Motors* davasında öne sürülen 'ekonomik değer' kavramının ne anlama geldiği o kararda açıklanmamıştır. Bu kavramı yorumlayan Komisyon, rekabetçi fiyatın ekonomik değeri yansıttığı kanısına varmıştır.¹⁹⁸ ABAD'nın hukuki tekel konumunda bulunan firmaların fiyatlama politikasını değerlendirdiği *General Motors* ve *British*

Leyland kararlarında ekonomik değer ile maliyet arasındaki bağlantıya bakıldığı görülmektedir.¹⁹⁹ Gerçekten de *General Motors*, teşebbüsün Amerika'dan ve Avrupa'dan ithal ettiği arabalara, Avrupa'dan ithal olanlar daha az maliyetli olmasına rağmen aynı fiyatı uygulaması üzerine, *British Leyland* ise maliyeti aynı olmasına rağmen soldan ve sağdan direksiyonlu arabalara uygulanan fiyatlar arasında fahiş farkın olması üzerine kurulmuştur.²⁰⁰ *General Motors*'ta hâkim durumda bulunan teşebbüsün aşırı fiyatlamaya ilişkin açıklamaları ikna edici bulunurken *British Leyland*'da bulunmamıştır.²⁰¹ *Deutsche Post* davasında – farklı bir ifadeyle – bir fiyatın adil bir fiyat olup olmadığını belirlemek için fiyatla ürünün ekonomik değerini kıyaslamak gerektiği ve ekonomik değer de maliyete belirli bir kâr marjı eklenerek bulunacağı ifade edilmiştir.

Port of Helsingborg davası ekonomik değerle ilgili standart ekonomik teoriyi izleyen bir yaklaşım sergilemiştir. Standart ekonomik teoriye göre, bir ürün/hizmetin ekonomik değeri, tüketicilerin o ürün/hizmet için ödemeye hazır oldukları fiyat ve maliyetin birlikte değerlendirilmesi ile bulunur.²⁰² Komisyon, *Port of Helsingborg* davasında açıkça "Müşteriler, değerli olduğunu düşündükleri spesifik bir özelliği içeren ürün/hizmete daha fazla fiyat ödemeye gönüllü olabilir. Bu özellik sağlayıcı için illa ki yüksek üretim maliyeti anlamına gelmez." demiştir.²⁰³ Komisyon, ekonomik değer kavramının daha kompleks olduğunu, elle tutulan ve tutulmayan faktörlerin içerisine girdiğini, özellikle talep-tarafı hususların dikkate alınmasını gerektiğini, maliyetin tek başına belirleyici olmadığını ileri sürmüştür.²⁰⁴ Hatta Komisyon bazı durumlarda yüksek yatırım maliyetini karşılamak için yüksek fiyat uygulamanın gerekli olabileceğini belirtmiştir.²⁰⁵ Ayrıca *Port of Helsingborg*'ta limanın mükemmel konumu da elle tutulmayan ve yıllık bilanço'ya yansıtılmayan bir faktör olsa da ekonomik değer analizinin içerisine alınmıştır.²⁰⁶

¹⁹⁶ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 10.

¹⁹⁷ AB Komisyonu, Excessive Prices, s. 10.

¹⁹⁸ O'Donoghue & Padilla, s. 745.

¹⁹⁹ O'Donoghue & Padilla, s. 741-742.

²⁰⁰ O'Donoghue & Padilla, s. 745-746.

²⁰¹ O'Donoghue & Padilla, s. 742.

²⁰² O'Donoghue & Padilla, s. 746.

²⁰³ Port of Helsingborg, para 227.

²⁰⁴ O'Donoghue & Padilla, s. 742, 746.

²⁰⁵ Olayda limanın yüksek batık maliyeti olduğu da kaydedilmiştir, Port of Helsingborg, para 209.

²⁰⁶ Port of Helsingborg, para 209.

IV.ABAD'nın AKKA/LAA Kararı: Yeni bir Yaklaşım Mı?

Tüm bu açıklamalardan sonra ABAD'nın daha birkaç ay önce aşırı fiyatlamaya ilgili olarak verdiği AKKA/LAA kararı tartışılacak ve bu kararın AB rekabet hukukunda yeni bir politika mı belirleniyor yoksa daha önce verilen kararların devamı niteliğinde mi ilerlenecek sorusuna cevap aranacaktır.

A. Karara Konu Olay

Karara konu olayın taraflarından Autoritiesibu un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA), Letonya'da hukuki tekel konumunda bulunan bir meslek birliği olup halka açık gösterilerde kullanılacak müzik eserleri için lisans vermektedir. Uyguladığı fiyatlar, müzik eserinin kullanılacağı yerin metrekaresine göre değişmektedir.²⁰⁷ 2008 yılında Letonya rekabet kurumu, hâkim durumunu kötüye kullandığı ve eser sahiplerine ödenecek telif ücretleri bakımından aşırı fiyat istediği gerekçesiyle AKKA/LAA'ya idari para cezası vermiştir.²⁰⁸

Bu kararı takiben 2011 yılında AKKA/LAA eser sahiplerine ödenecek telif ücretleri bakımından yeni tarifelerini açıklamıştır. 2012 yılında Letonya rekabet kurumu bu yeni fiyatları değerlendirmek için inceleme başlatmıştır. AKKA/LAA'nın yeni fiyatları hem komşu Litvanya ve Estonya'da hem de diğer üye ülkelerde uygulanan fiyatlarla karşılaştırılmıştır. Litvanya ve Estonya, tüketim alışkanlıkları, ekonomisi ve gayri safi yurt içi hâsıla (*gross domestic product*) bakımından Letonya'ya benzerliği sebebiyle seçilmiştir. Diğer üye ülkeler ise gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan satın alma gücü paritesi endeksi (*power parity index*- PPP endeksi) bazında sıralanmıştır. Bu karşılaştırmalar sonucunda AKKA/LAA'nın fiyatlarının komşu ülkelerde uygulanan fiyatların çok üstünde – hatta pazarın bazı bölümlerinde iki katı – ve üye ülkeler bazında da AB'de uygulanan ortalama fiyatın %50 ile %100

üzerinde olduğu bulunmuştur.²⁰⁹ Kısacası, AKKA/LAA'nın hem komşu ülkeler içerisinde hem de üye ülkeler arasında en yüksek fiyatlara sahip meslek birliği olduğu gözlemlenmiştir.²¹⁰ 2013 yılında Letonya rekabet kurumu, hem ulusal rekabet kanunu m.13(4)'ü hem de ABİDA m.102(a)'yı ihlal ettiği gerekçesiyle AKKA/LAA'ya idari para cezası vermiştir. Bu karar, AKKA/LAA tarafından temyiz edilmiştir.²¹¹

Temyiz nedeniyle Letonya Bölge İdare Mahkemesi önüne gelen davada mahkeme, kararın bir kısmını onamış bir kısmını da bozmuştur.²¹² Taraflar kararı tekrar temyiz edince karar Letonya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.²¹³ Ön karar usulü kapsamında Yüksek Mahkeme de karar vermeden önce ABAD'na aşağıdaki soruları yöneltmiştir.²¹⁴

1) Ulusal telif hakkı yönetimi organizasyonun yabancı yazarlara da uyguladığı fiyatları içeren fiyat listesi, ABİDA m. 102(a) kapsamında aranan üye ülkeler arasındaki ticareti etkileme bakımından değerlendirilmeli midir?

2) ABİDA m. 102(a)'daki 'haksız fiyat' kavramını tanımlamak için söz konusu pazardaki ve komşu pazarlardaki fiyatlar arasında bir kıyaslama yapmak yeterli ve yerinde midir? Bu kıyaslama hangi vakalarda yapılmalıdır?

3) ABİDA m. 102(a)'daki 'haksız fiyat' kavramını tanımlamak için gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan PPP endeksini kullanmak yeterli ve yerinde midir?

4) Kıyaslama pazarın her kullanıcı bölümü (belirli bir yüzey alanına sahip mağazalar ve hizmet merkezleri) için ayrı ayrı mı yapılmalı yoksa pazardaki ortalama fiyat bulunarak mı yapılmalıdır?

5) Hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının adil olduğunu kanıtladığı bir durumda ne zaman kıyaslama sonucu bulunan fiyat farklılığı

²⁰⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA davasına ilişkin görüşü, para 8, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189662&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1273145>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

²⁰⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 9.

²⁰⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 10.

²¹⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 10.

²¹¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 11.

²¹² Kararın idari para cezasının miktarına ilişkin olan kısmı bozulmuştur, Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 12.

²¹³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 12.

²¹⁴ Son soru verilecek para cezasının miktarıyla ilgili olup çalışmamız kapsamı dışında kaldığından çevirisi yapılmamıştır. Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 13.

ABİDA m. 102(a) kapsamında kayda değer bir farklılık olarak değerlendirilmelidir?

6) Eğer ürünün niteliği gereği maliyet hesaplaması yapılamıyorsa hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının adil olduğunu kanıtlaması için hangi bilgileri sunması gerekir? Yoksa adil fiyatın tespiti için mutlaka maliyetin mi kanıtlanması gereklidir?

B. KANUN SÖZCÜSÜ WAHL'IN KANAATI

Bu noktada ABAD'nın kararı öncesi açıklanan Kanun Sözcüsü Wahl'ın görüşlerini kısaca özetlemek gerekirse, Wahl ilk olarak ABİDA m.102(a)'nın giriş engellerinin olmadığı, yüksek fiyatların yeni rakipleri pazara girmeye teşvik ettiği özgür ve rekabetçi bir pazarda uygulanmasına gerek olmadığını, çünkü böyle bir pazarın kendisini düzleteceğini söylemiştir.²¹⁵ Fakat Wahl'a göre, aynen bu olayda olduğu gibi, hukuki giriş engellerinin olduğu ya da hukuki tekelin bulunduğu pazarların kendisini düzeltmesi mümkün değildir.²¹⁶

Aşırı fiyatlamasının bulunmasına ilişkin yöntem bakımından *United Brands* testine atf yapan Wahl, ilk aşamada hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı fiyatlarla bu teşebbüs rekabetçi bir pazarda faaliyet gösterseydi uygulayacağı fiyatların karşılaştırılacağını söylemiştir.²¹⁷ Wahl'a göre, bir fiyatın aşırı olduğunu tespit edebilmek için birçok yöntem kullanılabilir; örneğin fiyatla maliyeti karşılaştırma yöntemi uygun olduğu zaman uygulanabilir.²¹⁸ Benzer şekilde hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarıyla rakiplerin fiyatları ya da aynı teşebbüsün eski ve yeni fiyatları ya da aynı teşebbüsün farklı coğrafi bölgedeki fiyatları ya da rakiplerin farklı coğrafi bölgelerdeki fiyatları karşılaştırılabilir.²¹⁹ Bu kıyaslamalar sonucu hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatıyla karşılaştırılan fiyat arasında büyük bir fark olursa testin ikinci aşamasına

geçilecektir.²²⁰ İkinci aşamada söz konusu farkın pazar gücünün kötüye kullanılması dolayısıyla mı yoksa meşru bir sebeple mi oluştuğu sorusuna cevap aranacaktır.²²¹ Meşru bir sebep yoksa fiyatın m.102(a) kapsamında haksız olduğuna hükmedilecektir.²²²

Letonya yüksek mahkemesinin ilk sorusu bakımından, faaliyet tek ülkede yürütülse de kötüye kullanmanın üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebileceğini söyleyen Wahl,²²³ ikinci soruya ilişkin analizinde öncelikle şu anki iktisadi düşünceye göre aşırı fiyatlamayı belirlemek için tek bir yöntem bulunmadığını, hukukçular, ekonomistler ve kurumlar tarafından pek çok yöntemin önerildiğini, hepsinin de kendine göre zayıf yanlarının olduğunu kaydetmiştir.²²⁴ O yüzden hangi yöntemin kullanılacağına, olayın kendine has özellikleri dikkate alınarak karar verilmelidir. Örneğin, söz konusu davanın konusu müzik eserleri olduğundan fiyat-maliyet karşılaştırması yapmak mantıklı olmayacaktır.²²⁵ Benzer şekilde maliyet analizi yapabilmek için gerekli bilgiler hatalı ya da eksik olabilir²²⁶ ya da piyasalar homojen olmadığı için coğrafi bölgeler arası kıyaslama riskli olabilir²²⁷ veya rakipler arası kıyaslama farklı değer/kalite farklılıklarını göz ardı edebilir²²⁸ ya da zaman içindeki kıyaslama pazar koşullarının ya da iş stratejilerinin çok hızlı değiştiği durumlarda hatalı sonuç verebilir.²²⁹ Bu sebeple, yapılacak her karşılaştırmada tip 1 (fiyatın hatalı olarak rekabetçi fiyatın üzerinde olduğuna karar verilmesi) ve/veya tip 2 (fiyatın hatalı olarak rekabetçi fiyatın üzerinde olmadığına karar verilmesi) hatalarının oluşması muhtemeldir.²³⁰

Riski asgari seviyeye indirmek için Wahl'a göre, standart ekonomik teori tarafından kabul edilen birden çok yöntemi bir arada uygulamak gerekir.²³¹ Birden çok yöntemin bir arada uygulanması

²¹⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 3.

²¹⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 4.

²¹⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 17.

²¹⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 18.

²¹⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 19.

²²⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 20.

²²¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 21.

²²² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 22.

²²³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 31.

²²⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 36.

²²⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 37.

²²⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 38.

²²⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 39.

²²⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 40.

²²⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 41.

²³⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 42.

²³¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 43.

birbirlerinin zayıf oldukları yanları ortadan kaldırmaya da muhtemel referans fiyatın bulunmasını sağlayacaktır.²³² Eğer olayın kendine has özellikleri gereği tek bir yöntem uygulanabilecekse, bu yöntemin bulunduğu sonuçlar sıradaki faktörler göz önüne alınarak kontrol edilmelidir: *i.* pazarın yüksek giriş ve genişleme engelleri ile korunup korunmadığı,²³³ *ii.* pazarda bir sektörel düzenleyici olup olmadığı – varsa müdahale etmesinin muhtemel olmadığı ya da müdahale edebilecekken hatalı olarak etmediği –²³⁴ *iii.* alıcının pazar gücünün olup olmadığı²³⁵ ve *iv.* olayın gerektiği ilgili diğer faktörler.²³⁶

Kıyaslama için Litvanya ve Estonya'nın seçilme kriterlerini objektif bulan Wahl, hizmetin ekonomik değerini etkileyecek sıradaki faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir: *i.* müşterilerin AKKA/LAA'nın sağladığı hizmete ödemeyi istedikleri ve alım güçlerinin el verdiği fiyat ve *ii.* AKKA/LAA'nın müşterilerinin bu hizmetten sağlayacakları ve karşılığında da kendi müşterilerine hizmet sunarken onlara iletecekleri ekonomik yarar.²³⁷ Dolayısıyla, ikinci soru bakımından, kural olarak, söz konusu pazardaki ve komşu pazarlardaki fiyatlar arasında kıyaslama yapmak uygundur, ancak bu kıyaslanmanın doğru yapıldığından ve yeterli olduğundan mahkemenin emin olması gerekir.²³⁸

Üçüncü soru kapsamındaki PPP endeksi bakımından Wahl, Letonya rekabet kurumunun 19 üye ülkenin fiyatlarını, Letonya'daki fiyatlarla karşılaştırmadan önce, alım gücünü dikkate alarak düzeltmesine değinmiştir. Wahl'a göre karşılaştırma çok benzer ürünler bakımından ve benzer ekonomik durumlar arasında yapılmalıdır.²³⁹ AB'de dahi aynı ürün için istenen fiyat bakımından büyük farklılıklar olduğuna dikkat çeken Wahl, PPP endeksinin yararlı ve uygun bir araç olduğuna karar ver-

miştir.²⁴⁰ Dördüncü soru kapsamında da fiyat karşılaştırmasının her kullanıcı bölümü için ayrı ayrı yapılması gerektiği, çünkü ancak ilgili pazarda yapılan bir karşılaştırmanın anlam ifade edeceği kaydedilmiştir.²⁴¹

Beşinci soru kapsamında Wahl, rekabetçi fiyattan sapan her fiyata müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin bir görüşün ne gerçekçi ne de önerilebilir bir görüş olduğuna inanmaktadır.²⁴² Zira ABİDA m.102 kapsamındaki bir inceleme hem referans fiyatın (*benchmark price*) belirlenmesi bakımından güçlük içermekte ve tip 1 hatasının yapılmasını daha muhtemel hale getirmektedir,²⁴³ hem de hâkim durumda bulunan teşebbüsün öncesinde fiyatının hukuki olup olmadığını tespit etmesi²⁴⁴ ve rekabet otoritelerinin fiyat düzenleyicisi olarak çalışmaya uygun olmamaları bakımından zorluklar içermektedir.²⁴⁵

Dolayısıyla Wahl'a göre, referans fiyatın sürekli olarak (*persistently*) ve anlamlı ölçüde (*significantly*) üstünde olan bir fiyat, ABİDA m.102 kapsamında aşırı fiyat olarak kabul edilebilir.²⁴⁶ 'Anlamlı ölçüde' (*significant*) kavramının da ne olduğu 'kayda değer ölçüde daha yüksek' (*appreciably higher*) olarak, 'sürekli olmak' (*persistent*) da uzun/önemli bir zaman dilimi boyunca (*substantial period of time*) referans fiyatın üzerinde olmak şeklinde tanımlanmıştır.²⁴⁷ Ayrıca ne kadar uzun ya da ne kadar önemli ölçüde üzerinde sorularına cevap verilemeyeceği, her olayın özelliğine göre bunun değiştiği belirtilmiştir.²⁴⁸ Sonuç olarak, aşırı fiyatlamaya hiç şüphe kalmayacak şekilde emin olduğunda müdahale edilmesi gerektiği, referans fiyat ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatı arasındaki fark ne kadar çoksa ve bu fiyat ne kadar uzun süredir uygulanıyorsa müdahale etmenin de o kadar kolay bir karar olacağı vurgulanmıştır.²⁴⁹ Altıncı

²³² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 45.

²³³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 48.

²³⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 49.

²³⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 50.

²³⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 51.

²³⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 63.

²³⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 81.

²³⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 84.

²⁴⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 86-92, 95.

²⁴¹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 98-99.

²⁴² Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 102.

²⁴³ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 103.

²⁴⁴ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 104.

²⁴⁵ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 105.

²⁴⁶ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 106.

²⁴⁷ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 107-108.

²⁴⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 109-111.

²⁴⁹ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 112.

sorunun cevabı ise pazar gücünün kötüye kullanılması isteği ve yeterliliği karşısında, aşırı fiyatlamaya bu istek ve yeterlilik dışında başka hiçbir rasyonel ekonomik açıklama getirilemediğinde yüksek fiyatların m.102 kapsamına girdiğinin varsayılması gerektiğidir.²⁵⁰

Görüldüğü gibi Wahl, doğru vakalara müdahale edilmesini desteklerken aşırı fiyatlamanın tespitine ilişkin yerinde bir akıl yürütme de yapmış ancak bazı soruların cevabını açık bırakmıştır. Örneğin, fiyat, referans fiyata göre ne kadar yüksek olmalı ve ne kadar süreyle yüksek olarak uygulanmış olmalı ki aşırı fiyatlama vardır denilebilsin. Özellikle uygulamada müdahaleyi rekabet otoritelerinin inisiyatifine bırakması ve onların emin oldukları zaman müdahale etmelerini salık vermesi dikkat çekicidir.

C. ABAD'nın Değerlendirmesi

14 Eylül 2017 tarihinde ABAD, AKKA/LAA ile ilgili kararını açıklamıştır. ABAD öncelikle, birinci soru kapsamında tekel durumunda olan bir teşebbüsün fiyatlarının sınır ötesi ticareti etkileyeceğini, dolayısıyla ABİDA m.102'nin bu teşebbüsün davranışlarına uygulanacağını belirtmiştir.²⁵¹ Davada ikinci, üçüncü ve dördüncü sorular birlikte değerlendirilmiştir. ABAD, komşu pazarlarda uygulanan fiyatlarla hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının karşılaştırılmasının uygun ve yeterli olup olmadığı ve hangi davalarda uygun ve yeterli olacağı sorularına tatmin edici cevaplar vermemiştir. Karşılaştırmanın uygun olduğunu söyledikten sonra ABAD, daha önceki kararlarına atıf yaparak, üye ülkeler arasında yapılan karşılaştırmaların yerinde olduğunu ve bulunan önemli farkın kötüye kullanmanın bir işareti olarak değerlendirilebilece-

ğini belirtmiştir.²⁵² Ancak bu karşılaştırma aşırı fiyatlamayı bulmak için yeterli olacak mı, olacakssa hangi vakalarda yeterli olacak soruları yanıtız bırakılmıştır.

Ayrıca farklı pazarlarda uygulanan fiyatları karşılaştırmanın ne zaman aşırı fiyatlamının yapıldığına dair yeterli bir gösterge olacağına ilişkin husus, açıkça ABAD'na başvuran mahkeme tarafından sorulmasa da sorulan sorulardan bu hususu sormak istediği anlaşıldığından yanıtlanmıştır.²⁵³ Genellikle elmayla armudun birbiriyle karşılaştırılmaması için önemli olan bu soruya verilen cevaptan ne yazık ki uygulamaya yönelik dersler çıkarmak mümkün olmamıştır.²⁵⁴ ABAD, "yalnızca sınırlı sayıda üye ülkenin hesaba katılması, bir karşılaştırmanın yetersiz bir gösterge oluşturduğu anlamına gelmez" demiştir.²⁵⁵ Karar, söz konusu ifadedeki 'yalnızca' kelimesinin nasıl yorumlanacağına ve neden ilgili bir faktör olduğuna dair bir açıklama getirmemesi nedeniyle eleştirilmiştir.²⁵⁶

Bu tespitin devamında ABAD, karşılaştırmanın yerindeliliğinin referans alınan üye ülkelerin nesnel, uygun ve kanıtlanabilir ölçütlere göre seçilmesine bağlı olduğunu,²⁵⁷ bu ölçütlerin, diğerlerinin yanı sıra, tüketim alışkanlıkları, ekonomik ve sosyo-kültürel faktörleri, kültürel ve tarihi mirası içerebileceğini²⁵⁸ belirterek karşılaştırmanın tutarlı bir şekilde yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir.²⁵⁹ ABAD'nın 'nesnel, uygun, kanıtlanabilir ve tutarlı' kelimelerini kullanması eleştirilmiştir.²⁶⁰ Bu kelimelerin anlamlarının yoruma açık olduğu, her olayda farklı şekilde yorumlanabileceği, bunun sonucunda da benzer olaylar karşısında rekabet otorite ve mahkemelerince farklı ve birbiriyle çelişen kararlar verilmesi riski taşıdıkları ileri sürülmüştür.²⁶¹ Aynı şekilde 'ekonomik ve sosyo-kültürel faktörler, kültürel ve tarihi miras'ın nesnel ve kanıtlanabilir ölçütlere verilecek çok da iyi örnekler olmadığı açıktır.²⁶²

²⁵⁰ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 131.

²⁵¹ AKKA/LAA, para 29-30.

²⁵² AKKA/LAA, para 38.

²⁵³ AKKA/LAA, para 39; **Lamadrid**, Alfonso (2017) 'On Excessive Pricing and Subjectivity- The CJEU's Judgment in case C-177/16 AKKA/LAA', Chilling Competition, s. 2, <<https://chillingcompetition.com/2017/09/28/on-excessive-pricing-and-subjectivity-the-cjeus-judgment-in-case-c-17717-akka-laa/>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

²⁵⁴ **Lamadrid**, s. 2.

²⁵⁵ AKKA/LAA, para 40.

²⁵⁶ **Lamadrid**, s. 2.

²⁵⁷ AKKA/LAA, para 41.

²⁵⁸ AKKA/LAA, para 42.

²⁵⁹ AKKA/LAA, para 44.

²⁶⁰ **Lamadrid**, s. 3.

²⁶¹ **Lamadrid**, s. 3.

²⁶² **Lamadrid**, s. 3.

“Eğer fiyatları karşılaştırmak, rekabet otorite ve kurumlarının kültürleri ve tarihi mirası karşılaştırmalarını gerektiriyorsa, öznellik önemli bir rol oynamaya devam edecek demektir.”²⁶³ Sonuç olarak ABAD’na göre, ulusal mahkemeler, davanın özelliklerine göre uygun ölçütleri kullanmalıdırlar.²⁶⁴

Aşırı fiyatlamayı saptamak için yapılacak karşılaştırmada seçilen üye devletler bakımından gayri safi yurt içi hâsıla üzerinden hesaplanan PPP endeksini kullanmanın yeterli ve yerinde olup olmadığına ilişkin soru bakımından ABAD, üye devletler arasında karşılaştırma yapılırken söz konusu endeksin mutlaka dikkate alınması gerektiğine hükmederek²⁶⁵ yenilikçi bir bakış açısı ortaya koymuştur. Bu tespite gerekçe olarak, tamamen birbiriyle aynı hizmetler için üye devletlerde uygulanan fiyatlar arasında önemli farklılıklar bulunduğu ve bu farklılığın da PPP endeksinde ifadesini bulan vatandaşların alım gücüyle doğrudan bağlantısı olduğu belirtilmiştir.²⁶⁶ Sonuç olarak, fiyatları komşu üye ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın uygun olduğuna, PPP endekse göre düzeltilmiş diğer üye ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın ise zorunlu olduğuna karar verilmiştir.²⁶⁷

Başvuran mahkemenin her kullanıcı bölümü için ayrı karşılaştırma mı yapılmalı yoksa ortalama bir fiyatın karşılaştırma için esas alınması uygun olur mu sorusuna ABAD, aşırı fiyatlamanın etkilediği bir ya da birden çok bölüme bakılabileceğini söylemiştir.²⁶⁸ Böylece ortalama fiyatın değerlendirme için dikkate alınmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir.²⁶⁹ Ayrıca ABAD, karşılaştırmayı yapacak rekabet otoritesi ya da mahkemenin çerçeveyi belirlemesi gerektiğini, bunu yaparken de belirli bir manevra alanı olduğunu ve uygun tek bir yöntemin bulunmadığını açıklamıştır.²⁷⁰

Aşırı fiyat analizi bakımından çok önemli olan ne zaman bir fiyat farkının önemli ve kötüye kullanmanın göstergesi olduğuna ilişkin beşinci ve

altıncı sorulara ABAD, birlikte cevap vermiştir. ABAD, ilk olarak, AKKA/LAA’nın fiyatlarının, Estonya ve Litvanya’da uygulanan fiyatların iki katı ve AB ortalamasından %50 ile %100 fazla olmasını, SACEM I ve SACEM II davalarında meslek birliklerinin uyguladığı fiyatlar kadar büyük bulmamıştır.²⁷¹ ABAD’na göre, bu tespit, davaya konu olaydaki fiyat farkının kötüye kullanma teşkil etmediği anlamına gelmez, aslında bir farkın ‘kayda değer ölçüde daha yüksek’ olarak kabul edilmesini gerektiren asgari bir eşik değeri yoktur, her olayın kendine has özellikleri dikkate alınarak buna karar verilmelidir.²⁷² ABAD da, Wahl gibi, fiyatlar arasındaki farkın ‘kayda değer ölçüde’ (*appreciable*) olarak nitelenbilmesi için hem anlamlı (*significant*) hem de sürekli (*persistent*) olma özelliklerine sahip olması gerektiğini ifade etmiştir.²⁷³ Buna göre, fark belli bir süre boyunca devam etmiş olmalı, geçici veya dönemsel olmamalıdır.²⁷⁴ Neyin anlamlı olduğu, ne kadar zamanın belirli bir süre devam etmiş olma kriterini sağlamaya yeterli olduğu ve neyin geçici olarak nitelenmesi gerektiği soruları dışında ABAD’nın cevabının mantıklı olduğu söylenebilir.²⁷⁵ Sonuç olarak, anlamlı ve sürekli olan bir fiyat farkı kötüye kullanmaya işaret eder, objektif nedenlerden ötürü fiyatının adil olduğunu ispat yükü hâkim durumda bulunan teşebbüse düşer.²⁷⁶

Özetlemek gerekirse ABAD, *i.* üye ülkeler arası kıyaslamaya göre mi yoksa başka metotlara göre mi aşırı fiyatlamayı tespit etme, *ii.* kıyaslama kullanılacaksa ekonomik, sosyo-kültürel ve tarihi unsurları içeren nesnel, uygun ve kanıtlanabilir kriterler kullanarak kıyaslanacak ülkeleri seçme, *iii.* bir veya birkaç spesifik bölümde kıyaslama yapıp yapmama ve *iv.* bulunan fiyat farkının anlamlı ve sürekli olduğuna karar verme yetkilerinin hepsini rekabet otorite ve mahkemelerine bırakmıştır. Wahl’ın hiçbir yöntemin mükemmel olmadığına, yöntemlerin kombinasyonunun kullanılmasının

²⁶³ Lamadrid, s. 3.

²⁶⁴ AKKA/LAA, para 42.

²⁶⁵ AKKA/LAA, para 45.

²⁶⁶ AKKA/LAA, para 46.

²⁶⁷ AKKA/LAA, para 51.

²⁶⁸ AKKA/LAA, para 50.

²⁶⁹ Lamadrid, s. 3.

²⁷⁰ AKKA/LAA, para 49.

²⁷¹ AKKA/LAA, para 54.

²⁷² AKKA/LAA, para 55.

²⁷³ AKKA/LAA, para 55.

²⁷⁴ AKKA/LAA, para 56.

²⁷⁵ Lamadrid, s. 3.

²⁷⁶ AKKA/LAA, para 61.

uygun olduğuna, bir dava incelenirken otoritelerin standart ekonomik teorinin kabul ettiği pek çok yöntemden yararlanmaları gerektiğine ilişkin ana düşüncesine ABAD'nın yer vermediği görülmektedir. Kanaatimizce hem neyle neyin karşılaştırılacağı hem de yapılan karşılaştırmanın sonucunun tatmin edici olup olmadığı hususlarında rekabet otorite ve mahkemelerinin büyük oranda bir manevra alanı olduğu kabul edildiğine göre aşırı fiyatlamaya ilişkin üye devletlere kesin ve net bir yön gösterilmediğini söylemek doğru olacaktır.²⁷⁷

D. AKKA/LAA KARARININ TÜKETİCİLER AÇISINDAN YANSIMALARI

Öncelikle rekabetçi fiyattan sapan her fiyata müdahale edilmemesine ilişkin görüşte bir değişiklik olmadığı, kısıtlı ve belirli hallerde müdahalenin gerekeceği tekrarlanmıştır. Söz konusu kısıtlı ve belirli hallerde örnek olarak, hukuki giriş engellerinin olduğu ya da hukuki tekelin bulunduğu pazarların müdahaleye uygun olması verilmiştir. Bu tip pazarlar, kendisini düzeltmesi mümkün olmayan, bu sebeple de aşırı fiyatlar nedeniyle tüketicilerin uzun süre boyunca zarar gördükleri pazarlardır. Dolayısıyla, böyle pazar yapıları, tüketici zararını azaltmak ve rekabetçi piyasa koşullarını tekrar sağlamak bakımından rekabet hukuku kapsamında yapılacak bir müdahaleyi gerektirir.

Kararda aşırı fiyatlamayı bulmak için geçerli tek bir yöntemin bulunmadığının vurgulanması önemlidir. Kanun sözcüsünün çok doğru bir şekilde ifade ettiği üzere, aşırı fiyatlamayı bulmak için birden çok yöntemin kullanılması hata riskini en aza indirmek ve muhtemel referans fiyatı belirlemek bakımından gereklidir. Eğer olayın kendine has özellikleri tek bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu yöntem sonucu elde edilen bulgular, *i.* pazarın yüksek giriş ve genişleme engelleri ile korunup korunmadığı,²⁷⁸ *ii.* pazarda bir sektörel düzenleyici olup olmadığı ve *iii.* alıcının pazar gücünün olup olmadığı gibi faktörler dikkate alınarak kontrol edilmelidir. Dolayısıyla, *United Brands* testi uygulanmalı, mümkünse maliyet-fiyat analizi yapılmalı, bu mümkün değilse diğer yöntemler kullanılarak fiyat

kıyaslaması sonucu bulunan fiyat için bir kontrol sistemi benimsenmeli, tek bir yöntemle uyulmak zorunluysa yukarıdaki faktörler göz önünde bulundularak aşırı fiyatlamaya karar verilmelidir. Bu yol izlenip ayrıntılı inceleme yapıldıktan sonra fiyatların aşırı olduğu saptanırsa artık aşırı fiyat analizinde belirsizlik olduğundan söz edilemeyecek, rekabet otorite ve mahkemelerince tüketicilerin daha fazla zarar görmesinin önüne geçilmeye çalışılacaktır.

Ayrıca, AKKA/LAA kararının tüketiciler bakımından bir diğer önemli yansıması da aşırı fiyat tanımına açıklık getirmesidir. Söz konusu tanım kapsamında aşırı fiyat, referans fiyatın sürekli olarak ve anlamlı ölçüde üstünde olan fiyattır. Bu bakımdan, fark belli bir süre boyunca devam etmiş olmalı, geçici veya dönemsel olmamalıdır. Her ne kadar neyin anlamlı olduğu, ne kadar zamanın belirli bir süre devam etmiş olma kriterini sağlamaya yeterli olduğu ve neyin geçici olarak nitelenmesi gerektiği ile ilgili açıklık olmasa da buradan rekabet otorite ve mahkemeleri için çıkarılabilecek sonuç, referans fiyat ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatı arasındaki fark ne kadar çoksa ve bu fiyat ne kadar uzun süredir uygulanıyorsa müdahale etmenin de o kadar kolay bir karar olacağıdır. Tanımda sağlanan söz konusu belirlemenin aşırı fiyatı saptamada yardımcı olacağı ve rekabetçi pazar koşullarına bir an önce dönülmesi hususunda rekabet otorite ve mahkemelerine yol açacağı kesindir. Aşırı fiyat uygulamalarına ne kadar kısa sürede son verirse, tüketicilerin zararı da o kadar az olacaktır.

Bir diğer husus ise AKKA/LAA kararı ile aşırı fiyatlamaya analizine PPP endeksinin girmiş olmasıdır. Farklı coğrafi pazarlarda fiyat karşılaştırması yapılacaksa, diğer ülkelerin fiyatları, karşılaştırma öncesi, PPP endeksinin sağladığı verilere göre alım gücünü dikkate alınarak düzeltilen sonra karşılaştırma için esas alınacaktır. ABAD net bir şekilde fiyatları komşu ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın uygun olduğunu, PPP endekse göre düzeltilmiş diğer ülkelerin fiyatlarıyla karşılaştırmanın ise zorunlu olduğunu belirtmiştir. Artık aşırı fiyat analizinde PPP endeksinin sağladığı verilerden ya-

²⁷⁷ Lamadrid, s. 4.

²⁷⁸ Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA görüşü, para 48.

rarlanmak suretiyle o ülkelerin fiyatlarını alım gücüne göre düzelterek karşılaştırmaya esas almak yerinde olacaktır. Böylece PPP endeksi sayesinde aşırı fiyat analizinde kesinlik sağlanan bir unsur daha ortaya konmuş olmaktadır.

Yukarıda sayılan tüm hususlar, aşırı fiyat analizini belirsizlikten kurtarıp aşırı fiyatları tespit etme ve bu fiyatlara müdahale etme noktasında tüketici zararını azaltma rolünü üstlenebilirler. Ancak AKKA/LAA kararının aşırı fiyat analizinde belirliği sağlama bakımından eksik kalan yanları da vardır. Bunlardan biri, hem kanun sözcüsünün hem de ABAD'nın rekabet otorite ve mahkemelerine büyük oranda manevra alanı tanıyarak karşılaştırma sonucu bulunan fiyat farkının tatmin edici olup olmadığı hususunu onların inisiyatifine bırakmasıdır. Bir diğer husus ise karşılaştırma için seçilecek ülkeler bakımından soyut kavramların belirlenmesidir. Buna göre, referans alınan ülkeler, nesnel, uygun ve kanıtlanabilir ölçütlere göre seçilmelidir. Bu ölçütlerin tüketim alışkanlıkları, diğer ekonomik ve sosyo-kültürel faktörleri, kültürel ve tarihi mirası da içermesi mümkündür. Maalesef bu kelimelerin anlamları yorumla açıktır. Söz konusu kriterler, olayın özelliklerine göre farklı şekillerde yorumlanarak benzer davalarda birbirleriyle çelişen sonuçlara ulaşılmasına imkân verebilirler. Bu da tüketicilere doğrudan ve bu denli büyük zarar veren aşırı fiyat analizi bakımından tutarlı bir uygulama sergilenmesini engeller.

V. SONUÇ

Rekabet hukukunun en tartışmalı konularından birisi olan aşırı fiyatlama, çalışmamız boyunca da açıklandığı üzere, tüketiciler üzerinde doğrudan ve açıkça görülebilen bir zarar yaratmaktadır. Buna rağmen, aşırı fiyatlama hem rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesi hem de müdahaleyi gerektirip gerektirmemesi noktasında çeşitli sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Aşırı fiyat ve adil fiyat tanımlamalarının yapıl-

masındaki güçlük, aşırı fiyatlamaya müdahale edilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin hem doktrinde hem rekabet otorite ve mahkemeleri arasında bulunan tartışma hem de çeşitli ülkelerin farklı politikalar benimsemiş olmaları, müdahale edilecekse hangi pazar koşullarının bulunması halinde müdahale edilmesi gerektiğine ilişkin fikir ayrılığı ve aşırı fiyatlamayı tespit etmek için kullanılacak teste ilişkin belirsizlik aşırı fiyatlama konusunu daha da karmaşık hale getirmektedir.

AB rekabet hukuku uygulaması incelendiğinde rekabetçi pazar yapısını bozan ve doğrudan tüketici zararına yol açan aşırı fiyat uygulamalarına müdahale edilebileceği görüşü benimsenmiştir. Ancak pazarın yapısını ve ilgili teşebbüsün pazardaki konumunu dikkate alarak bu müdahalenin kısıtlı ve belirli durumlarda yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de şu ana kadar Komisyon ve ABAD tarafından verilen kararlara bakıldığında, aşırı fiyatlamayı iddia eden ve tespit eden çok az sayıda karar olduğu görülmektedir. Çalışmamız boyunca incelediğimiz bu kararlar, AB'de aşırı fiyatlamayı tespit etmek için iki aşamalı *United Brands* testinin geliştirildiğini, bu testin aşamalarının bazen kümülatif bazen de alternatifli olarak uygulandığını ortaya sermiştir.

Bu kapsamda AKKA/LAA kararı ile AB uygulamasında gelinen son noktada aşırı fiyat analizinde tanım, yöntem ve PPP endeksi ile belirlilik sağlanarak tüketici refahını önemli ölçüde zedeleyen bu uygulamalarla savaşmak kolaylaştırılmıştır. Ancak rekabet otorite ve mahkemelerine geniş bir manevra alanının bırakılması ve fiyat karşılaştırması için seçilecek ülkelerde aranan soyut nitelikler analizin diğer hususlarında belirsizliğin devam ettiğini göstermektedir. Bu da maalesef tüketicilere doğrudan ve bu denli büyük zarar veren aşırı fiyat analizi bakımından tutarlı bir uygulama ortaya konmasını engelleyebilir.

KAYNAKÇA

- Almunia**, Joaquin, (2010), 'Competition and Consumers: The Future of EU Competition Policy', speech at European Competition Day, Madrid, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-233_en.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2008), 'Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 09-1, <http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.105848!ccp09-1.pdf> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2009), 'Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC', Oxford Journal of Legal Studies, S:29.
- Akman**, Pinar (2010), 'The European Commission's Guidance on Article 102TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?', Modern Law Review, S:73, C:4.
- Akman**, Pinar & **Garrod**, Luke (2010), 'When Are Excessive Prices Unfair?', University of East Anglia, CCP Working Paper no: 10-4, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Akman**, Pinar (2016), 'The Reform of The Application of Article 102 TFEU: Mission Accomplished?', Antitrust Law Journal, S:81, C:1.
- Bishop**, Simon & **Walker**, Mike (2010), The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3. Bası, London, Sweet & Maxwell.
- Dörter**, Pinar (2008), 'Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Ön Karar Usulü ile Görülen Davalar' (Yüksek Lisans) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/11155/226860.pdf?sequence=1>> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Ezrachi**, Ariel & **Gilo**, David, (2008) 'Are Excessive Prices Really Self-Correcting?', Journal of Competition Law and Economics, S:5.
- Evans**, David & **Padilla**, Atilano J. (2005), 'Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules', Journal of Competition Law and Economics, S:97, C:1.
- Fox**, Eleanor M. (1986), 'Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness', Notre Dame Law Review, S:61.
- Furse**, Mar (2008), 'Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition' European Competition Journal, S:59.
- Gal**, Michael S. (2004), 'Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?', New York University Law and Economics Working Papers, no: 15, <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=nyu_lewp> s.e.t. 17 Aralık 2018.
- Gerard**, Damien M.B. (2005), 'Price Discrimination under Article 82 (2) (C) EC: Clearing up the Ambiguities', Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernisation of Article 82 EC, <<http://ssrn.com/abstract=1113354>> s.e.t.17 Aralık 2018.
- Gerber**, David J. (1998), Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford, Oxford University Press.
- Hordijk**, Erik P., 'Excessive Pricing Under EC Competition Law: An Update in the Light of Dutch Developments': Hawk, Barry (editör) (2002) International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings 2001, New York, Juris Publishing.
- Hou**, Liyang (2011), 'Excessive Prices within EU Competition Law', European Competition Journal, S:47, C:7.
- Hubert**, Patrick & **Combet**, Marie-Laure (2011), 'Exploitative Abuse: The End of the Paradox?', Concurrences Doctrines, S:I, C:1.
- Joliet**, Rene (1970), Monopolization and Abuse of Dominant Position, The Hague, Martinus Nijhoff.
- Kroes**, Neelie, 'Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82': Hawk, Barry (editör) (2006) International Antitrust Law and Policy: Fordham

Corporate Law Institute Annual Proceedings 2005, New York, Juris Publishing.

Lamadrid, Alfonso (2017), 'On Excessive Pricing and Subjectivity- The CJEU's Judgment in case C-177/16 AKKA/LAA', *Chilling Competition*, <https://chillingcompetition.com/2017/09/28/on-excessive-pricing-and-subjectivity-the-cjeus-judgment-in-case-c-17717-akkalaa/> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Lande, Robert H. & **Averitt**, Neil W. (2007), 'Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law', *Antitrust Law Journal*, S:74.

Leslie, Charles R. (2006), 'Antitrust Damages and Deadweight Loss', *Antitrust Bulletin*, S:51, C:3.

Lyons, Bruce (2007), 'The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse': The Pros and Cons of High Prices, Swedish Competition Authority.

Marshall, Alfred (1890), *Principles of Economics*, London, Macmillan.

Motta, Massimo & **de Streel**, Alexandre, 'Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law': Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasu, Isabella (editörler) (2006), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Hart Publishing.

O'Donoghue, Robert & **Padilla**, Atilano J. (2013), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, Hart Publishing.

Paulis, Emil, 'Article 82 EC and Exploitative Conduct': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing.

Pozdnakova, Alla (2010), 'Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position', *World Competition*, S:33, C:1.

Quitow, Carl M. (2001), *State Measures Distorting Free Competition in the EC: A Study of the Need for a New Community Policy Towards Anti-Competitive State Measures in the EMU Perspective*, The Netherland, Kluwer Law International.

Röller, Lars-Hendrik, 'Exploitative Abuses': Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (editörler) (2008) *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing.

Sanlı, Kerem C. (2010), 'Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma': Perşembe Konferansları 10, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları.

Schmidt, K.S Hedvig, 'Private Enforcement - Is Article 82 EC special?': Mackenrodt, Mark-Oliver & Gallego, Beatriz C. & Enchelmaier, Stefan (editörler) (2010) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin, Springer.

Schumpeter, Joseph A., 'History of Economic Analysis': Schumpeter, E. Boody (editör) (1954), New York, Oxford University Press.

Spiegel, Henry W., 'Scholastic Economic Thought': J. Eatwell, M. Milgate ve P. Newman (editörler) (1991), *The World of Economics*, London, The New Palgrave.

Tirole, Jean (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, MA, MIT Press.

Ünal, Çiğdem (2010), 'Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar', *Rekabet Dergisi*, S:11, C:4.

Whish, Richard & **Bailey**, David (2012), *Competition Law*, 7. Bası, Oxford, Oxford University Press.

Avrupa Komisyonu Dökümanları

AB Komisyonu, DG Competition

Discussion Paper on the Application of the Treaty to Exclusionary Abuses, (Brussels, 2005),

<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018

("Discussion Paper").

AB Komisyonu, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, (Brussels, 2009/C45/02, 2009),

<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

AB Komisyonu, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Excessive Prices*

(DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, Brussels, 2011).

AB Komisyonu, *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union Accompanying the Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union* (SWD(2013) 205, Strasbourg, 2013).

Oxera & Komninos Assimakis & others, *Quantifying Antitrust Damages - Towards Non-binding Guidance for Courts*, Study Prepared for the Commission (Luxembourg, 2009).

Avrupa Komisyonu Kararları

AB Komisyonu, 75/75/EEC *General Motors Continental* [1975] OJ L 29/14, [1975] 1 CMLR D20.

AB Komisyonu, 76/353/EEC *Chiquita* [1976] OJ L 95/1.

AB Komisyonu, 84/379/EEC *British Leyland* [1984] OJ L 207/11.

AB Komisyonu, 2001/463/EC *DSD* (Duales System Deutschland) (COMP D3/34493) [2001] OJ L 166/1.

AB Komisyonu, *Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail* [2001] OJ L 331/ 40, [2002] 4 CMLR 598.

AB Komisyonu, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom AG* [2003] OJ L263/9.

AB Komisyonu, COMP/36.568/D3 *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg* [2004].

AB Komisyonu, COMP/38.784 *Wanadoo España v Telefónica* [2007] OJ C 83/6.

AB Komisyonu, COMP/38.636 *Rambus* [2009].

ABAD Kararları

Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 00215.

Case 26/75 *General Motors v Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95.

Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities - Chiquita Bananas* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Case 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1985] ECR 3300-3306.

Case 30/87 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des régions libérées SA* [1988] ECR. 2479, [1989] 4 CMLR 984.

Joined Cases 110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM* [1989] ECR 281.

Case C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248.

Joined Cases C-241/91 and C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* [1995] ECR 743.

Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039.

Case C-159/08 *P Isabella Scippacercola ve Ioannis Terezakis v Commission* [2009] ECR I-46.

Case C-385/07P *Der Grüne Punkt - DSD v Commission* [2009] ECR I-06155.

Case C-177/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome* [2017] ECLI:EU:C:2017:689 (henüz rapor edilmemiş).

Kanun Sözcüsü Wahl'ın AKKA/LAA davasına ilişkin görüşü, para 8,

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189662&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1273145>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Diğer Kaynaklar

4054 sayılı Kanun'un Madde Gereçekleri, Madde 6'nın gerekçesi, <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis Trinko 540 US 398 [2004].

Attheraces Ltd v The British Horseracing Board Ltd [2005] EXCH 3015, [2005] UKCLR 757.

OECD (2011), *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies* (DAF/COMP(2011)25,

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>> s.e.t. 17 Aralık 2018.

EQUALIZATION CLAIM FOR THE AGENCY TERMINATING CONTRACT

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI*

ÖZ

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin en önemli haklarından biri denkleştirme istemidir. TTK m. 122’de acentenin denkleştirme istemine hak kazanmasının koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, müvekkilin, acentenin bulunduğu yeni müşteriler sayesinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesi, acentenin ise sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak ücret isteme hakkını kaybetmesi ve acenteye denkleştirme ödemesinin hakkaniyete uygun düşmesi gerekir. Bu olumlu koşulların yanında olumsuz koşullara da yer verilmiştir. Buna göre, acente, müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi olmadan sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeple feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.

TTK m. 122.3’de öngörülen “müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan” sözleşmeyi sona erdiren acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağı koşulu, TTK m. 122.1 bend 3’de öngörülen hakkaniyet koşulunu somutlaştıran bir düzenlemedir. Bu nedenle acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılan sebebin, “müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi” ile sınırlı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira müvekkilin eyleminden kaynaklanmasa da müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanan, hatta acentenin kendisiyle ilgili olan ve dürüstlük kuralı gereği acenteden sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenebilir olmadığı durumlarda da hakkaniyet, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin korunmasını gerektirebilir. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruması için gerekli koşul olan “müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi” ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerekir. Makalede, yargı kararlarından örnekler vererek, sözleşmeyi fesheden acentenin hangi durumlarda denkleştirme istemine hak kazanabileceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Hakkaniyet, Acentenin Sözleşmeyi Feshi, Müvekkilin Feshi Haklı Gösterecek Eylemi

ABSTRACT

Following the termination of the agency contract, one of the most important rights of the agency is the equalization claim. In TCC article 122, conditions of the agency for qualifying for equalization claim are laid. Accordingly, while client is able to acquire important benefits after the end of the contractual relationship thanks to new customers found by the agency, agency loses the right to charge as a result of the termination of the contract relationship, thus, the equivalence payment must fall in accordance with equity. In addition to these positive conditions, negative conditions are also provided.

Accordingly, if the agency has terminated the contract without the right to justify the termination or the client has terminated the contract due to the fault of the agency, the agency shall not be able to ask for equalization.

The condition foreseen in TCC article 122.3 that agency terminating contract “without an action justifying client’s termination” shall not be able to claim equalization is a regulation that embodies the equity condition stipulated in TCC article 122.1 subparagraph 3. Therefore, it should not be concluded that justifying reason for agency’s termination of contract is limited with “client’s action for justifying the termination”. That is because, despite not originated from client’s own actions, in cases based on client’s field of authority, even where it is not possible for agency to adhere to contract by the honesty rule, equity may require protection of the equalization claim by client terminating contract. Therefore, it is necessary to interpret the expression of “client’s action to justify the termination” which is the condition required to protect equalization claim of the agency terminating contract. In this study, it was examined in which conditions the agency terminating contract could qualify for the equivalence of contract by giving examples of judicial decisions.

Keywords:

Equity, Termination of the Agency’s Contract, Client’s Action to Justifying Termination

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (sevilay.uzunalli@yasar.edu.tr; ORCID: 0000-0002-1828-0560).

(Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 13.11.2018 / Kabul Tarihi: 19.03.2019).

GİRİŞ

Acentelik sözleşmesi sona erdiğinde, acente tarafından oluşturulan müşteri çevresi müvekkile kalır. Müvekkil acentenin kazandırdığı müşterilerle işlem yapmaya devam eder, acente ise artık bu işlemlerden herhangi bir ücret talep edemez. Bu kay- bın karşılığında acenteye denkleştirme istemi ta- nınmıştır. Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin en önemli haklarından biri denkleştirme istemidir. TTK m.122'de acentenin denkleştirme iste- mine hak kazanabilmesinin koşulları düzenlen- miştir. Bu hüküm acentenin menfaatini korumayı amaçlamaktadır¹. O halde acente mümkün olduğu kadar kapsamlı olarak denkleştirme istemine hak kazanmalıdır.

Ancak TTK m. 122.3'de, müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan sözleşmeyi sona erdiren acentenin denkleştirme isteminde bu- lunamayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm nedeniyle acente, denkleştirme isteminin diğer koşulları mev- cut olmasına rağmen, müvekkiliyle olan sözleşme- sini feshetmesi nedeniyle kendisine tanınan önemli bir hakkı kaybetmektedir. Dolayısıyla bu hüküm, denkleştirme istemini kaybetmek istemeyen acen- teyi memnun olmadığı bir acentelik faaliyetine ba- ğımlı kılabilir. Bu çalışmada "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi"nin anlamı, diğer bir ifadeyle, acentelik sözleşmesini (acente) feshetmesine raĝ- men, acentenin hangi durumlarda denkleştirme iste- mine hak kazanabileceği incelenmiştir.

II. ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİNE HAK KAZANABİLMESİNİN KOŞULLARI

Genel olarak acentenin denkleştirme iste- mine hak kazanabilmesinin koşulları incelenecek olursa, TTK m. 122'de olumlu ve olumsuz koşullar

olmak üzere iki grup koşulun getirildiği görülmek- tedir.

A. OLUMLU KOŞULLAR

TTK m. 122.1 bend a), b) ve c)'ye göre,

-müvekkilin, acentenin bulduğu yeni müşte- riler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesin- den sonra da önemli menfaatler elde etmesi,

-acentenin, sözleşme ilişkisinin sona ermesi- nin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye ka- zandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme iliş- kisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybetmesi,

-somut olayın özellik ve şartları değerlendiril- diğinde, ödenmesinin hakkaniyete uygun düş- mesi halinde acente, müvekkilinden denkleştirme isteminde bulunabilir.

Denkleştirme isteminin hakkaniyet ölçütü bakımından değerlendirilebilmesi için, TTK m. 122.1 bend a) ve b)'de öngörülen diğer koşulların öncelikle var olması gerekir. Bu şartlar bulunmakla birlikte, istemin hakkaniyete uygun olmaması du- rumunda acenteye denkleştirme bedeli ödenmez².

Hakkaniyet koşulu denkleştirme miktarının belirlenmesinde de önemlidir. Böylece denkleştir- menin miktarı, acentenin sadece ücret kayıplarının ve müvekkilin elde ettiği faydanın kapsamına göre belirlenmez; hakkaniyet de dikkate alınır.

B. OLUMSUZ KOŞULLAR

Olumlu koşullar mevcut olmasına rağmen acente, müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz (TTK m. 122.3). Acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için bu

¹ Bu hususta bkz. **Hoyningen-Huene&Gerrick Freiherr v.** (2016) Münchener Kommentar zum HGB Band I Erstes Buch, Handelsstand §§ 1-104, 4. Aufl. München, C.H. Beck § 89 b, Nr. 2; **Hopt (Baumbach, Adolf & Hopt, Klaus J)** (2016) Handelsgesetzbuch, 37. Aufl. München, C.H. Beck § 87 Nr. 42; **Thume, Karl-Heinz** (2009) "Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht", BB, s. 1026; **Busche, Jan (Oetker, Hartmut)** (2017) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. München, C.H. Beck § 89 b, Nr. 6; **Kaya,**

Arslan (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ti- cari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123), 2. Bası, İstanbul, Beta, m. 122, Nr.10b.; **Kaya, Mustafa İsmail** (2014) Acentelik Hukuku, Ankara, Adalet, s. 350; BGH, NJW 1985, s. 3076, 3077.

² **Kaya, A.**, m. 122, Nr. 14a, **Kaya**, s. 375; **Akın, İrfan** (2013) "Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Gelişmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, s. 626.

olumsuz koşulların mevcut olmaması gerekir. Buna göre müvekkilin sözleşmeyi feshettiği hallerde, acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için bu feshin acentenin kusurundan kaynaklanması gerekir. Müvekkil sözleşmeyi haklı sebeple feshetmiş olsa da, haklı sebep acentenin kusurundan kaynaklanmıyorsa, acente denkleştirme istemine hak kazanabilir.

Buna karşılık acentelik sözleşmesi acente tarafından feshedilmişse, acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için TTK m. 122.3'ün lafzına göre, bu feshin müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemine dayanması gerekir ve bu yeterlidir. Ayrıca müvekkilin kusurlu olması gerekmez. Görüldüğü gibi, denkleştirme isteminin olumsuz koşulları, müvekkile göre acenteyi daha uygun bir konuma getirmektedir. TTK m. 122.3, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruyabilmesi için, ne müvekkilin kusurunu ne de sözleşmeye aykırı eylemini şart koşmuştur.

III. TTK M. 122.3 HÜKMÜNÜN KAYNAĞI, AMACI VE NİTELİĞİ

A. TTK M. 122.3 HÜKMÜNÜN KAYNAĞI VE AMACI

TTK m. 122'de düzenlenen denkleştirme istemi, acentenin korunmasını amaçlar³. Ancak acentenin korunmaya değer olmadığı veya korunma ihtiyacının olmaması halinde, artık denkleştirme istemi ortadan kalkar⁴. TTK m. 122.3'de ise acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran ve yukarıda olumsuz koşul olarak belirtilen iki somut durum sayılmıştır. Bu iki durumda kanun koyucu acenteyi korunmaya değer görmemiştir.

TTK m. 122.3'ün lafzı, hükmün amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Zira sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için "müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminin mevcut olması" koşulunu aramak, her zaman

hükmün amacına uygun olmayabilir. Örneğin müvekkilin acentelik sözleşmesine her aykırı davranışı, bu nedenle sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruması için yeterli midir? Müvekkilin acentelik sözleşmesine aykırı davranışının olağanüstü feshi haklı kılan ağırlıkta olması gerekir mi? Müvekkilin davranışından kaynaklanmayan bir sebeple acentelik sözleşmesini fesheden acentenin, herhalükarda denkleştirme isteminin sona erdiğinden söz edilebilir mi? Sözleşmeyi feshetmek isteyen acente, bu soruların cevabının belirsizliği nedeniyle denkleştirme istemini kaybetme korkusuyla bu isteginden vazgeçebilir. Bu nedenle TTK m. 122.3'ün yorumu önemlidir. Hükmün yorumunda kaynağının ve amacının da dikkate alınması gerekir.

TTK m. 122'nin genel gerekçesine göre, "AET Yönergesinde yer alan, bu sebeple tüm AB üyesi devletlerin kanunlarında bulunan denkleştirme talebini, Yönerge temelinde, ancak Alman (Alm. TK'nın 89 b paragrafı) ve İsviçre (İsv. BK 418u) hükümlerinde benzer şekilde düzenlemiştir. Bu talebin amacı ve niteliği tartışmalıdır. Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre işletmeye bağlanan müşteri kitlesinin sürekli olarak işletmeye kazanç sağladığı dikkate alınırsa bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan acenteye yardım düşüncesine dayanmaz. Hakkaniyet temelinde oturtulduğu için de saf bir mali hak şeklinde nitelendirilemez."

TTK m. 122'nin 3. fıkrasının gerekçesinde ise, bu fıkranın, talebin hakkaniyet ile bağlantısını ortaya koyduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, hükmün lafzı ile gerekçesi uyumlu değildir. TTK m. 123.3'ün lafzıyla bağlı kalındığında, hükmün amacına aykırı sonuçlara varılabilecektir⁵. Gerekçeden anlaşıldığı gibi, TTK m. 122.3, TTK m.122.1 bend 3'de öngörülen hakkaniyet koşulunu somutlaştıran bir düzenlemedir⁶. Dolayısıyla hüküm bu amaca göre yorumlanmalıdır.

³ Bkz. yuk. dpn. 1.

⁴ BGH, NJW 1963, s. 2068.

⁵ **Karamanlioğlu, Argun** (2017) "Acentenin Hastalık veya Yaşlılık Gerekçesiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. II Ankara, s. 145.

⁶ **Retzer, Konrad** (1993) "Verfassungsmäßigkeit des § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB? Ausschluß des Ausgleichsanspruchs bei Eigenkündigung des Handelsvertreters?", BB, s.670; **Saenger, Ingo** (1997) Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung, Stuttgart, München Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Boorberg, s. 18.

TTK m. 122.3'de acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran iki somut durumda, diğer bir ifadeyle iki olumsuz koşuldan birinin gerçekleşmesi halinde, hakkaniyet sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin sona ermesini gerektirmektedir.

TTK m. 122.3 hakkaniyet koşulunu somutlaştıran bir düzenleme olduğuna göre, sadece acentenin değil, müvekkilin de menfaatlerinin uygun bir şekilde dikkate alınmasını gerektirir⁷. Burada müvekkilin dikkate alınacak menfaati, sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi menfaatidir. Müvekkilin acentesi ile sözleşmesel ilişkisinin sona ermesi, yeni bir acente atayınca veya kendisi faaliyete geçinceye kadar müvekkil için önemli kayıplara neden olabilir. Bu yüzden müvekkilin acentelik sözleşmesinin devam etmesine yönelik menfaati oldukça önemlidir. Her somut olayda, müvekkilin sözleşme ilişkisinin sürdürülmesindeki menfaatinin, acentenin menfaatinin tamamen göz ardı edilmesini gerektirip gerektirmediğinin ve bu nedenle acentenin denkleştirme isteminin kaybını haklı kılan bir öneme sahip olup olmadığının incelenmesi gerekir⁸.

Ancak TTK m. 122.3, acentenin sözleşmeyi feshetmesi durumunda kural olarak, denkleştirme isteminin ortadan kalkacağını düzenlemiştir. Denkleştirme istemini korumak isteyen acentenin müvekkilin feshe neden olduğunu ispatlaması gerekir. Burada amaç öncelikle, acentenin sebepsiz yere sözleşmeyi feshetmesini önlemektir. Dolayısıyla bu hüküm acenteyi, sözleşmeyi sebepsiz yere feshetmekten caydırma işlevine sahiptir⁹.

TTK m. 122.3, sözleşmeyi sebepsiz yere fesheden acentenin denkleştirme isteminin ortadan kalkmasını öngördüğüne göre, acente için ağır bir yaptırım getirmiştir. Oysa TTK m. 122.1 bend c)'de düzenlenen hakkaniyet denetimi, denkleştirme isteminin miktarına da etki edebilir. O halde sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin

sona ermesi, en ağır yaptırımı ifade ettiğinden, adeta son çare olarak uygulanmalı ve bu yaptırımın uygulanması için müvekkilin acentelik ilişkisinin sürdürülmesine yönelik yüksek derecede menfaate sahip olması aranmalıdır. Sözleşmenin sürdürülmesinde böyle bir menfaate sahip olan müvekkilin, sözleşmenin sona ermesine sebebiyet verip, sonra da acentenin sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek denkleştirme ödemekten kurtulamaması gerekir. Bu durumda müvekkilden, acentenin sözleşmeyi feshini önlemek için elinden geleni yapması beklenebilir. TTK m. 122.3 taraf menfaatlerine göre somut hakkaniyet denetimini gerektiren ve acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran sert bir hüküm olduğundan, acentenin feshine yol açan sebeplerin düşük bir ölçüde göre değerlendirilmesi gerekir¹⁰.

Ayrıca acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılan sebebin belirlenmesinde somut hakkaniyet denetimi, "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ile sınırlı olamaz. Zira müvekkilin eyleminden kaynaklanmasa da müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanan, hatta acentenin kendisi ile ilgili olan ve dürüstlük kuralı gereği acenteden sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenebilir olmadığı durumlarda da hakkaniyet, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin korunmasını gerektirebilir. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruması için gerekli koşul olan "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerekir. Bu hükümün, hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda müvekkilin eyleminden kaynaklanmayan "sebep"leri dahi kapsadığı, böyle sebeplerin varlığı halinde sözleşmeyi sona erdiren acentenin denkleştirme istemine hak kazandığı kabul edilebilir. Böylece olumsuz koşul daraltılmaktadır.

Nitekim 86/853 sayılı AET Yönergesi'nin¹¹ 18. maddesinin b) bendine göre, acente sözleşme ilişkisini, müvekkile isnat edilebilen durumlardan dolayı feshetmedikçe veya yaşlılık, engelli hale

⁷ BGH, NJW 1995, s. 1958; BGH, NJW 1989, s. 36; BGH, NJW-RR 1988, s. 42; **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b, Nr. 69; **Hoyningen-Huene**, § 89 b, Nr. 8, 157; **Busche (Oetker)**, § 89 b, Nr. 31; **Saenger**, s. 23; BGH, NJW 1976, s. 671.

⁸ **Saenger**, s. 25.

⁹ **Saenger**, s. 24.

¹⁰ **Saenger**, s. 24.

¹¹ Die Richtlinie des Rates der EG vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/853/EWG), ABl. 1986 L 382/17).

gelme veya hastalık sebebiyle faaliyetine devam etmesi ondan hakkaniyet gereği beklenemeyecek hale gelmedikçe, sözleşmeyi fesheden acente, denkleştirme isteminde bulunamayacaktır. TTK m. 122'nin gerekçesinden, bu hükmün 86/653 sayılı AET Yönergesi temel alınarak düzenlendiği anlaşıldığına göre, TTK m. 122.3'ün yorumunda Yönerge'nin bu hükmünün göz ardı edilmemesi gerekir. Sonuç olarak, acentenin denkleştirme istemini koruyabilmesi için feshin tek sebebinin müvekkilin eyleminden kaynaklanabileceği sonucuna varmak hükmün amacına aykırıdır.

B. TTK M. 122.3 HÜKMÜNÜN EMREDİCİ NİTELİĞİ

TTK m. 122.3'de sayılan ve denkleştirme istemini ortadan kaldıran haller sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Ancak olumsuz koşul olarak nitelenen bu iki somut durumdan biriyle acentelik sözleşmesi sona erdirilmişse, acentenin denkleştirme istemi ortadan kalkar. Örneğin belirli süreli acentelik sözleşmesi sürenin bitimiyle sona ermişse, burada fesih olmadığından, acente denkleştirme isteminde bulunabilir¹².

Acentenin ölümü kural olarak acentelik sözleşmesini sona erdirir. (TTK m. 121.3, TBK m. 513). Bu durumda sözleşme acentenin sözleşmeyi feshiyle değil, ölümüyle sona ermiştir. Dolayısıyla acentenin mirasçıları denkleştirme istemine hak kazanır. Ancak acentelik sözleşmesinde, acentenin ölümü halinde sözleşmenin mirasçılarla devamı kararlaştırılmışsa, acentenin ölümü ile acentelik sözleşmesi sona ermediğinden denkleştirme istemi doğmaz¹³. İkale nedeniyle acentelik sözleşmesi sona ererse, diğer koşullar da mevcutsa, acente denkleştirme istemine hak kazanır. Zira ikale TTK m. 122.3'de öngörülen denkleştirme istemini ortadan kaldıran hallerden değildir. Aynı nedenle acentelik sözleşmesini aşırı ifa güçlüğü nedeniyle fesheden

acente de denkleştirme istemine hak kazanabilmelidir¹⁴. TBK m. 138'e göre, aşırı ifa güçlüğü halinde borçlu uyarılama isteyebilir. Bunun mümkün olması halinde sözleşmeyi feshedebilir. Bu düzenleme karşısında acente sözleşmenin değişen koşullara uyarlanarak devamını istiyorsa, TBK m. 138 gereğince uyarılama talep edebilir. Acentenin uyarılmayı talep etmesi halinde sözleşme sona ermeyeceğinden denkleştirme isteminde bulunması da söz konusu olmayacaktır.

Gerçekten TTK m. 122.3 acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran istisna hükmüdür. Bu nedenle bu istisnalar başka durumlara, çok dar sınırlarda kıyasen uygulanabilir¹⁵. Denkleştirme istemini ortadan kaldıran haller yorum yoluyla genişletilemez. TTK m. 122.3'ün kaynağı olan 86/653 sayılı AET Yönergesi m. 18, Alman HGB § 89 b f. 3, İsviçre BK 418 u f. 3 hükümlerinin de ortak özelliği, denkleştirme istemini ortadan kaldıran sebepleri sınırlayıcı olarak düzenlemiş olmalarıdır. Dolayısıyla bu hükümlerde sayılmayan hallerden biriyle acentelik sözleşmesi sona ererse, acente denkleştirme istemine hak kazanır.

Ayrıca TTK m. 122.3 sözleşmeyle acente aleyhine değiştirilemez. TTK m. 122.3'ün gerekçesine göre, "tarafaların üçüncü fıkranın aksini kararlaştırmalarına engel bulunmadığı şüphesizdir." Gerekece TTK m. 122.4'le çelişmektedir. TTK m. 122.4'de denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm nedeniyle, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce denkleştirme talebini tamamen ortadan kaldıran veya kısıtlayan sözleşme hükümleri geçersizdir. Sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece bu tür bir düzenleme yapılamayacağından, TTK m. 122'nin denkleştirme talebine ilişkin düzenlemelerinden, tarafların sadece acente lehine ayrılacakları kabul edilmelidir¹⁶. Buna göre, örneğin acentelik sözleşmesi sona ermeden önce, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruyabilmesi için

¹² Busche (Oetker), § 89 b, Nr. 33; Kaya, A. m. 122, Nr. 11b; Ayan, Özge (2008) Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, Seçkin, s. 148.

¹³ Hoyninen-Huene, § 89 b, Nr. 35; Busche (Oetker), § 89 b, Nr. 6.

¹⁴ Löwisch, Gottfried (Ebenroth, Carsten Thomas & Boujong, Karlheinz & Joost, Detlev & Strohn, Lutz) (2014) Handlungsbuch, 3. Aufl. München, C.H. Beck, § 89 b, Nr. 51.

¹⁵ BGH, NJW 1957, s. 1029; NJW 1964, s. 915; NJW 1969, s. 1023; Saenger, s. 18; Ayan, s. 156.

¹⁶ Kaya, s. 398.

feshe müvekkilin sözleşmeye aykırı ve kusurlu davranışının neden olmasının gerektiği veya sözleşmeyle acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran yeni durumlar karşılaştırılmaz.

IV. ACENTENİN SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİNE RAĞMEN DENKLEŞTİRME İSTEMİNE HAK KAZANMASI

A. ACENTENİN ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİ FESHETMESİ

Acentenin denkleştirme istemi, kural olarak acentelik sözleşmesini feshetmesiyle sona erer (Bkz. TTK m.122.3) Acentenin acentelik sözleşmesini feshinin denkleştirme istemini sona erdirmesi için, feshin olağan veya olağanüstü fesih olması sonucu değiştirmez¹⁷. Burada önemli olan, acentenin müvekkiliyle olan sözleşme ilişkisini tek taraflı olarak fesih yoluyla sona erdirmiş olmasıdır. Acentenin sözleşmeyi feshinden söz edebilmek için tek taraflı fesih beyanı gereklidir. Ayrıca acentenin fesih beyanından söz edebilmek için, kuşkudan uzak bir şekilde fesih iradesinin fesih beyanından anlaşılması gerekir¹⁸.

TTK m. 121.1 uyarına belirsiz bir süre için akdedilmiş olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Bu şekilde süre vererek olağan fesih hakkının kullanılması için haklı sebebin bulunmasına gerek yoktur. Ancak herhangi bir sebep olmadan acentelik sözleşmesini fesheden acente, denkleştirme istemini kaybeder.

Herhangi bir sebep olmadan acentenin olağan fesih hakkını kullanması halinde, fesih bildirim süresi sona ermeden önce acentelik sözleşmesi başka bir nedenle sona erebilir. Örneğin acentenin olağan fesih hakkını kullanmasından sonra fesih

bildirimi süresi içerisinde müvekkiliyle ikale sözleşmesi akdederek acentelik sözleşmesinin derhal sona erdirilmesi halinde, acente denkleştirme istemini korur¹⁹. Zira önemli olan acentenin fesih hakkını kullanması değil, acentelik sözleşmesini sona erdiren nedendir²⁰. Sözleşme acentenin herhangi bir sebep olmadan sözleşmeyi tek taraflı feshi sonucu sona ermediğinden, olumsuz koşul gerçekleşmemiştir. Aynı nedenle, acentenin olağan fesih hakkını kullanmasından sonra fesih bildirim süresi içinde ölmesi halinde de, acentenin denkleştirme istemi ortadan kalkmaz²¹. Çünkü acentenin ölümü ile sözleşmenin sona ermesi denkleştirme istemini ortadan kaldıran sebepler arasında sayılmamıştır. Ancak acentenin ölümü halinde, hakkaniyet ilkesi gereğince somut olayın özellikleri dikkate alınarak mirasçılara denkleştirme ödenip ödenmeyeceğine karar verilmelidir²².

B. ACENTENİN ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN DAVRANIŞLARI

TTK m. 123.3, kıyasa sınırlı olarak elverişli bir hüküm olmasına rağmen, acentenin fesihle aynı sonucu doğuran davranışları da acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldırabilir. Örneğin acentelik bozucu şarta bağlanmışsa, acentenin bozucu şartın gerçekleşmesine neden olması halinde²³, acentenin bu davranışının, sözleşmeyi tek yanlı feshetmesi ile aynı sonucu doğurduğu kabul edilebilir. Zira bu durumlarda da acente fesihle olduğu gibi sözleşme ilişkisini tek yanlı olarak sona erdirmeye olanağından yararlanmıştır. Ancak tüm bu durumlarda, acentenin keyfi olarak tek yanlı davranışı ile sözleşmenin sona ermesine neden olup olmadığının incelenmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda sözleşmenin sona ermesine neden olan acente hakkaniyet gereği korunmaz ve denkleştirme istemini kaybeder.

¹⁷ BGH, NJW 1984, s. 2529; **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b, Nr. 53; **Hoyningen-Huene**, § 89 b, Nr.159; **Busche (Oetker)**, § 89 b, Nr. 33; **Kaya**, s. 389, dpn. 325.

¹⁸ BGH, NJW 1969, s. 1023.

¹⁹ **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b, Nr. 54; **Busche (Oetker)**, § 89 b, Nr. 33; **Hoyningen-Huene**, § 89 b, Nr. 162; NJW 2007, s. 3493; **Kaya**, s. 357; **Ayan** ise, acentelik sözleşmesinin ikaleyle sona erdirilmesi durumunda acentenin denkleştirme talep etme hakkının doğmayacağı görüşündedir (s. 153 vd.).

²⁰ Benzer bir örnekte farklı yönde değerlendirme için bkz. ve karşı. **Karamanlioğlu**, s. 162.

²¹ **Bushe (Oetker)**, § 89 b, Nr. 33; **Ayan**, s. 155; **Hoyningen-Huene** ise, bu durumda, denkleştirme isteminin ortadan kalkacağı görüşündedir, § 89 b, Nr. 160.

²² Bu hususta bkz. **Kaya**, s. 394, 395.

²³ **Busche (Oetker)**, § 89 b, Nr. 33; **Hoyningen-Huene**, § 89 b, Nr.161; **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b Nr. 53; bkz. ve karşı. **Ayan** s. 149.

Sözleşmenin müvekkil tarafından feshinden sonra, acenteye yeni koşullarla sözleşme yapma teklifinde bulunulması halinde, acentenin bu teklifi reddetmesi fesihle aynı anlama gelmez. Müvekkil dağıtım ağını yeniden yapılandırmak amacıyla acenteleriyle olan sözleşmeleri feshedip, yeni koşullarla hazırladığı acentelik sözleşmelerinin akdini teklif ederse, acenteler bu teklifi kabul edip etmemekte serbesttir. Belirtildiği gibi, burada acentenin müvekkilin teklifini reddetmesi, fesihle özdeşleştirilemez. Acente böyle bir durumda sözleşme ilişkisini değişen koşullarla sürdürmek veya değişik koşullarla sözleşme yapma teklifini reddetmek hakkına sahiptir. Müvekkilin yeni koşullarla sözleşme yapma teklifini reddeden acente de denkleştirme isteminde bulunabilir. Çünkü sözleşme müvekkil tarafından feshedilmiştir. Sözleşmeyi feshetmeden sözleşme değişikliği teklifini acentenin reddi üzerine müvekkil sözleşmeyi feshederse, acente yine kural olarak denkleştirme istemine hak kazanır. Bununla birlikte müvekkil tarafından teklif edilen sözleşme değişikliğinin kabulünün beklenebilir olup olmaması, TTK m. 122.1 bend c) çerçevesinde değerlendirilebilir. Buna göre, somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödemenin hakkaniyete uygun düşmesi gerekir²⁴.

İkalenin acentenin isteği ile gerçekleşmesi, acentenin sözleşmeyi sona erdiren tek tarafı davranışı olarak değerlendirilemez. Diğer bir ifadeyle, ikalenin acentenin isteği ile yapılmış olmasının önemi bulunmamaktadır. Alman Federal Mahkemesi'nin 13.3.1969 tarihli kararına²⁵ konu uyumsuzlukta, davacı acente, yaklaşık beş yıl davalının bölge acenteliğini yürütmüştür. Acentelik sözleşmesi devam ederken acente, müvekkiline konsantrasyon yeteneğinin olmaması nedeniyle artık otomobil kullanamadığını, bu nedenle acenteliği yürütemeyecek duruma geldiğini, bu durumu için anlayış rica ettiğini, müvekkilin cevabını beklediğini müvekkiline yazılı olarak iletmiştir. Müvekkili bu yazıya kısa süre içinde cevap yazmış ve "acentelik sözleşmesini artık yerine getiremeyeceğinizi ifade ettiğiniz için yazınızı fesih bildirimini olarak değerlendiriyoruz ve

fesih bildiriminizi yıl sonu için kabul ediyoruz" cevabını vermiştir. Acente bu yazıya cevap vermemiştir. Bu şekilde sözleşme ilişkilerinin sona ermesi üzerine acente, müvekkilinden denkleştirme isteminde bulunmuştur. Müvekkili, acentenin kendisinin sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek acentesine denkleştirme ödemek istememiştir. Bunun üzerine acente dava açarak denkleştirme isteminde bulunmuştur. Eyalet Mahkemesi, davayı kabul etmiş, OLG ise kararı kaldırmıştır. OLG, acentenin müvekkiline yazdığı yazının fesih olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirmemiştir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre acentenin müvekkiline yazdığı yazı fesih beyanını içermemektedir. Davacı yazısında sözleşme ilişkisinin feshinden söz etmemiştir. Gerçi fesih beyanında feshetmek veya fesih kelimelerini kullanmak zorunlu değildir. Fakat beyandan fesih iradesinin açık ve kuşkudan uzak bir şekilde anlaşılması gerekir. Federal Mahkeme'ye göre, acentenin müvekkiline gönderdiği yazıyla amacı sözleşmeyi feshetmek değil, sözleşmenin ikale ile kaldırılmasını sağlamaktır. Acentenin, müvekkilin cevabına itiraz etmemesi de, acentenin müvekkiline gönderdiği yazıyı feshe dönüştürmez. Taraflar arasındaki acentelik ilişkisi yazışmayı takip eden yılın bitiminde her iki tarafın isteğiyle sona erdirilmiştir. Federal Mahkeme isabetli olarak, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin davacının feshi ile değil, ikale ile sona erdiğini belirtmiştir. Acentenin isteği ile tarafların sözleşmenin sona ermesi konusunda uzlaşmaları halinde de, acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran olumsuz koşul mevcut değildir; acente denkleştirme isteminde bulunabilir.

C. ACENTENİN "MÜVEKKİLİN FESHİ HAKLI GÖSTEREN EYLEMİ" NEDENİYLE SÖZLEŞMEYİ FESHETMESİ

1. Müvekkilin Feshi Haklı Gösteren Eylemi

Acentelik sözleşmesini müvekkilin feshetmesi halinde olumsuz koşul olarak, acentenin kusuru sebebiyle müvekkil tarafından haklı sebeple²⁶ fesih gerekirken, acentenin sözleşmeyi feshetmesi

²⁴ Bkz. BGH, 28.2.2007, NJW 2007, s. 3493.

²⁵ Karar için bkz. BGH, NJW 1969, s. 1023.

²⁶ TTK m. 122.3'de "haklı sebeplerle" fesihten söz edilmiştir. Kuşkusuz tek bir haklı sebep de olumsuz koşulun gerçekleşmesi için yeterli olabilir.

halinde, müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminin olmaması gerekli görülmüştür (TTK m. 122.3). Acentenin denkleştirme istemini koruması için, sözleşmeyi feshederken, müvekkilin feshi haklı gösteren eyleminin kusura dayanması gerekli değildir.

Ancak müvekkilin bu eyleminin sözleşmenin haklı sebeple feshini gerektirecek kadar ağır olmasının gerekli olup olmadığı açık değildir. Hükmün lafzına bakılırsa, müvekkilin feshinde olumsuz koşul olan “haklı sebep”le, acentenin feshinde olumsuz koşul olan “feshi haklı gösterecek eylem” aynı ağırlıktaki sebepleri gerektirmektedir.

Ancak hükmün amacına bakıldığında, müvekkilin sözleşmeye aykırı davranışının bildirimisiz feshine olanak veren haklı sebep niteliğine ulaşmasının gerekli olmadığı anlaşılmaktadır²⁷. Gerçekten yukarıda belirtildiği gibi, TTK m. 122.3 taraf menfaatlerine göre somut hakkaniyet denetimini gerektiren ve acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran sert bir hüküm olduğundan, acentenin feshine yol açan sebeplerin düşük bir ölçüte göre değerlendirilmesi gerekir²⁸. Dolayısıyla müvekkilin feshini haklı gösterecek eyleminin, fesih bildiriminde bulunmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirmeye olanak veren TTK m. 121.1 anlamında haklı sebep niteliğinde olması gerekli değildir²⁹. Hatta müvekkilin feshi haklı gösterecek eyleminin hukuka aykırı olması da gerekli değildir.

Müvekkil sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmişse, acente sözleşmeyi feshetmesine rağmen denkleştirme istemini yitirmez. Örneğin müvekkilin gecikmiş ödeme yapması, haksız şekilde provizyondan kesinti yapması, acentenin bağımsızlığına dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılan müdahaleler böyledir. Ancak acente ve müvekkil arasındaki

fikir ayrılıkları, müzakere ile çözülebilecek nitelikteyse, burada acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılan sebebin bulunmadığı kabul edilebilir³⁰.

Acentenin denkleştirme isteminin korunmasında belirleyici olan, taraf menfaatleri karşılaştırıldığında, makul, haklı ve hakkaniyete uygun düşünen acente tarafından sözleşmeyi sürdürmesinin dürüstlük kuralına göre beklenebilir olup olmamasıdır³¹. Müvekkilin eyleminin acentenin feshini haklı gösterip göstermediği bu ölçüte göre değerlendirilmelidir. Bu durum derhal feshi gerektiren ağırlıkta değilse, fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi fesheden acente denkleştirme istemini korur.

2. Acentenin Olağanüstü Fesih Bildiriminde Bulunması

Haklı sebebin mevcudiyeti halinde acentelik sözleşmesinin tarafları olağanüstü fesih yapmak suretiyle acentelik sözleşmesini derhal sona erdirmeye hakkına sahiptir. Böylece olağanüstü fesih hakkını kullanan acente, müvekkilin kusuru olmasa da denkleştirme istemini korur.

Olağanüstü fesih hakkının kullanılması, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli yapılmış olmasına bağlı değildir. Olağanüstü feshine olanak veren haklı sebep, somut olayın tüm özellikleri ve taraf menfaatleri arasındaki denge dikkate alındığında, olağan fesih için öngörülen ihbar süresinin sonuna kadar veya mevcut sözleşmenin belirli süreli olması halinde, süre sonuna kadar beklemenin fesih beyanında bulunan taraf açısından çekilmez olduğu durumları ifade eder³². Örneğin fazla önem taşımayan bir sözleşmesel yükümlülük ihlalinin tekrarı, bildirimisiz feshi haklı kılabilir³⁴. Haklı sebebin müvekkilin davranışından kaynaklanması gerekmez.

²⁷ BGH, NJW 1984, s. 2529; BGH, NJW 1987, s. 778; BGH, NJW 2015, s. 3373; BGH, NJW-RR 2006, s. 755; **Busche (Oetker)**, § 89 b, Nr. 35; **Kaya, A.**, m. 122, Nr. 11d.

²⁸ **Saenger**, s. 24.

²⁹ Aynı yönde, **Kaya, A.**, m. 122, Nr. 11d; **Kaya**, s. 390; **Saenger**, s. 19.

³⁰ **Saenger**, s. 25.

³¹ Ayrıca bkz. **Kaya, A.**, m. 122, Nr. 11d.

³² Haklı sebep kavramı için bkz. **Ormancı, Pınar Altınok** (2011) Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 131 vd.; **Kaya**, s. 333; **Arkan, Sabih** (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 237; **Kaya Arslan (Ül-**

gen, Hüseyin&Helvacı, Mehmet&Kendigelen, Abuzer&Nomer Ertan, N. Fusun) (2017) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 812, 813; **Şener, Oruç Hami** (2016) Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, Ankara, s. 391; **Hoyningen-Huene**, § 89, Nr. 12; **Löwisch, (Ebenroth&Boujong& Joost&Strohn)**, § 89 a, Nr. 6; **Busche (Oetker)**, § 89 a, Nr. 15.

³³ Olağanüstü feshine hakkı olan taraf, süre vererek feshin hüküm doğuracağı anı erteleme hakkına da sahiptir (**Hoyningen-Huene**, § 89 a Nr. 32; bu yönde karar için bkz. BGH, NJW 1999, s. 946).

³⁴ **Ormancı**, s. 145.

Sözleşmenin haklı sebeple feshi için, bu sebebin hem objektif hem de sübjektif bakımdan belirli bir ağırlık taşıması gerekir. Ortaya çıkan sebep, hem dürüstlük kuralına göre hem de somut olayda fesih hakkını kullanmak isteyen taraf bakımından derhal feshi haklı kılacak nitelikte olmalıdır³⁵.

Acente, müvekkilin olağanüstü fesih için gerekli ağırlıkta olmayan bir davranışı nedeniyle acentelik sözleşmesini bildirimsiz feshetmişse, TTK m. 121.4 gereğince fesih geçerlidir. TTK m. 121.4'e göre, haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bu hükümden, acentelik sözleşmesinin haksız feshinin de sözleşmeyi sona erdireceği anlaşılmaktadır³⁶. Ancak ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden acentenin müvekkilin uğradığı zararı tazminle yükümlü olması, burada denkleştirme istemine engel değildir. Zira acente, olağanüstü feshi haklı kılacak düzeyde olmasa da, müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi nedeniyle sözleşmeyi feshetmişse denkleştirme istemini korur³⁷.

Yargıtay'ın 31.3.2016 tarihli kararına³⁸ konu uyuşmazlıkta, davacı acente, müvekkilinin hasar/poliçe oranlarının kar etmekten uzak görüntü sergilediği ve bu durumun düzeltilmemesi halinde faaliyetine son verileceğinin kendisine bildirilmesi üzerine, 16.12.2011 tarihli yazıyla acenteliğinin 31.12.2011 tarihi itibarıyla feshedilmesi isteminde bulunmuş, bu istek üzerine müvekkili şirket acentelik sözleşmesini feshetmiştir. Yerel Mahkeme, davacı şirketin acenteliğinin hasar prim oranı nedeniyle feshedildiği, sigorta sözleşmelerinden elde edilen prim gelirleri ile tazminat ödemeleri arasındaki dengesizlik nedeniyle portföyün verimli olmaması nedeniyle yapılan feshin, acentenin kendi kusuru ile

sözleşmenin feshine neden olması kapsamında değerlendirilemeyeceği, acentenin tazminat hakkının düşmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı, davalı sigorta şirketince davacının acenteliğinin haklı nedenle feshedilmediği, bu nedenle davacının TTK'nun 122.2 maddesi hükmünce denkleştirme istemine hak kazandığına karar vermiştir. Kararı davalı vekilinin temyiz etmesi üzerine Yargıtay şöyle karar vermiştir:

"...01.04.2011 tarihli davalı şirketin davacı acenteye göndermiş olduğu ihtarında, 2008-2009-2010 yılı genel hasar/prim oranlarının kar etmekten uzak bir görüntü sergilediğini, 2011 yılı Haziran sonuna kadar portföyündeki zararlı poliçeleri temizlemesini, aksi halde ticari partnerliğin sona erdirileceği belirtilerek uyarılmış, 16.12.2011 tarihli davacı acente tarafından davacıya gönderilen ihtarnamede ise, 01.04.2011 tarihli ihtarın ve sözlü uyarıların şirketin çalışma motivasyonunu etkilediğini belirterek acentelik sözleşmesinin 31.12.2011 tarihi itibarıyla sona erdirilmesini talep etmiş, davalı şirket[in] ise davacının bu istemi üzerine taraflar arasındaki acentelik sözleşmesini feshetmiş olduğu hususları dosya kapsamı ile sabittir. Bu bağlamda davalı şirketin hasar prim dengesine ilişkin davacıya göndermiş olduğu ihtarnamenin veya uyarının kar amacı olan davalı şirket açısından ticari yaşamın gereği olarak çekilmiş olması karşısında, davacı şirketin salt bu ihtarnameden veya uyarılardan dolayı çalışma motivasyonunun bozulması, buna bağlı olarak lehine olan yasal düzenlemeleri bile gözardı ederek, davalıdan sözleşmenin feshini istemesi, davalının sözleşmeyi istem doğrultusunda feshetmesi karşısında, kabulün aksine artık davalının feshinin haksız olduğunun kabulü olanaklı değildir.

Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davalı şirketin feshinin

³⁵ Ormanci, s. 139 vd.

³⁶ Ormanci, s. 227. Ayrıca bkz. Kaya, A., m. 121, Nr. 07 ve m. 122, 11 c. Üç aylık feshi ihbar süresine uymadan acente tarafından sözleşmenin feshi halinde, bu feshin geçersiz olduğu görüşü kabul edilecek olursa, müvekkil sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye devam edip, acente faaliyetini sona erdirirse, acente sözleşmeyi eylemli feshetmiş olacağından, acentenin artık denkleştirme isteminde bulunması mümkün değildir.

³⁷ Benzer bir uyuşmazlıkta Alman Federal Mahkemesi, olağanüstü fesih sebebi olmasa da müvekkilin feshi haklı gösteren eylemi nedeniyle sözleşmeyi bildirimsiz fesheden acentenin denkleştirme isteminde bulunabileceğine karar vermiştir (NJW-RR 2006, s. 755).

³⁸ Yarg. 11. HD, 2015/7412 E, 2016/3523 K, Batider 2016, C. XXXII, S. 3, s. 254 vd.

ilkesel olarak haksız olmadığı kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken yanlış ilkeye ve yanılığlı değerlendirmeye dayalı isabetli olmayan yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...”

Bu karara konu uyuşmazlıkta acente, aslında sözleşmeyi ikale ile sona erdirmek istemiştir. Yargıtay da, davacının davalıdan sözleşmenin feshini istediğini, davalının sözleşmeyi istem doğrultusunda feshettiğini belirtmiştir. Ancak kararda, davalının sözleşmeyi istem doğrultusunda feshetmesi karşısında, davalının feshinin haklı olduğunun tespiti yerinde olmamıştır. Acentenin sözleşmenin feshini istemesi, müvekkilin sözleşmeyi bildirimsize feshetmesi için tek başına haklı sebep teşkil etmediği gibi, müvekkili denkleştirme ödemekten de kurtarmaz. Burada denkleştirme istemi açısından davalının feshinin bildirimsize feshi haklı kılan bir sebebe dayanıp dayanmadığı ve acentenin kusurlu olup olmadığının araştırılması gerekirdi (TTK m. 122.3). Müvekkilin bildirimsize feshini haklı kılan bir sebep yoksa, acentenin istemi üzerine müvekkilin sözleşmeyi feshetmesi halinde, taraflar ikale ile sözleşmeyi sona erdirmiştir; acente denkleştirme isteminde bulunabilir.

3. Müvekkilin Feshi Haklı Gösteren Eylemine Örnekler

a. Müvekkilin Üretimini Sınırlandırması

Yukarıda da belirtildiği gibi, müvekkilin davranışı kavramı geniş yorumlanmalıdır ve sadece sözleşmeye aykırı davranışı değil, müvekkilin işletmesi ile ilgili davranışından hareketle ulaşılan ekonomik konumunu da içerdiği kabul edilmelidir.³⁹ Gerçekten, müvekkilin hakimiyet sahasından gelen, yani işletmesi ile ilgili davranışından dolayı ekonomik durumunun kötüleşmesi gibi bir hal, feshi haklı kılan neden olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle örneğin müvekkil üretim sınırlamasına gitmek zorunda kalırsa⁴⁰, bu sınırlama acentelik sözleşmesine

aykırılık teşkil etmese de, acentenin menfaatini etkileyebilir. Bu durumda acente sözleşmeyi feshetmesine rağmen denkleştirme istemini kaybetmez.

Alman Federal Mahkemesi'nin 29.5.1967 tarihli kararına⁴¹ konu uyuşmazlıkta, davacı 23.2.1960 tarihli acentelik sözleşmesi ile mobilya üreticisi davalının acenteliğini yürütmektedir. Davalının satış programında sınırlamaya gitmesi üzerine ekonomik durumunun tehlikeye düşeceğini öngören davacı, ortaya çıkacak gelir kaybını önlemek amacıyla başka mobilya firmalarının da acenteliğini üstlenmek için davalının onayını istemiştir. Davalının onaydan kaçınması üzerine acente, sözleşmeyi feshetmiş ve denkleştirme isteminde bulunmuştur. Davalının denkleştirme ödemek istememesi üzerine, dava yoluyla denkleştirme istemini ileri sürmüştür.

Davacı, davalının satış programını sınırlandırmak suretiyle ekonomik durumunu tehlikeye düşürdüğünü, bunu önlemek için başka mobilya üreticilerinin de acenteliğini almak istediğini, ancak bu isteğinin davalı tarafından reddedildiğini, davalının bu davranışının feshe sebebiyet verdiğini ileri sürmüştür. Davalı ise savunma olarak, sözleşmeye aykırı davranışının olmadığını, rakip mobilya üreticileri için onaydan kaçınma yetkisinin de bulunduğu ileri sürerek, acentenin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle denkleştirme isteminin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Eyalet Mahkemesi davayı reddetmiş, OLG ise denkleştirme istemini yerinde bulmuştur. Alman Federal Mahkemesi de davalının temyiz talebini kabul etmemiştir.

Alman Federal Mahkemesi, davacının, davalıyla doğrudan rakip olan firmaların acenteliğini üstlenmek istemesinin ve davalının buna onaydan kaçınma yetkisinin olup olmadığının önemli olmadığını vurgulamıştır. İstikrar kazanmış içtihadına gönderme yaparak, acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılan sebebin, olağanüstü feshe olanak sağlayan haklı sebeple feshe göre daha hafif durumlar olabileceğini, acentenin müvekkilinin davranışı nedeniyle dürüstlük kuralına göre acentelik ilişkisine

³⁹ BGH, DB 2015, s. 2141; BGH, NJW 1967, s. 2153; BGH NJW 1976, s. 671.

⁴⁰ BGH, NJW 1967, s. 2153.

⁴¹ BGH, NJW 1967, s. 2153.

devamının beklenemeyeceği bir konuma gelmesinin yeterli olduğunu, müvekkilin hukuka uygun bir davranışının da acentenin feshini haklı kılan sebep olabileceğini açıklamıştır. Kısaca Alman Federal Mahkemesi, davacıdan artık sadece davalının acenteliğini yapmasının beklenemeyeceğini, davalının diğer acentelikler için onay vermeyi reddinin feshi haklı kılan davranış olduğunu, dolayısıyla bu uyuşmazlıkta acentenin, müvekkilin feshi haklı kılan davranışı nedeniyle sözleşmeyi feshettiğini, bu nedenle diğer koşulların da varlığı halinde denkleştirme isteminde bulunabileceğine hükmetmiştir.

b. Müvekkilin Üretim Paletini Genişletmesi

Alman Federal Mahkemesi'nin 6.11.1986 tarihli kararına⁴² konu uyuşmazlıkta, davacı bisiklet ve bisiklet yedek parçaları satışı acenteliğini yürütmektedir. Müvekkil, ticaretini yaptığı yedek parça türlerini genişlettiğinden, davacı acenteye bunlar için de acentelik teklifinde bulunmuştur. Ancak acente bu ürünler için başka bir firmanın acenteliğini yapmaktadır. Bu firma, acenteye, başka firma için de bu ürünlerin acenteliğini üstlenmesi halinde sözleşme ilişkisini bildirimsiz feshedeceğini bildirmiştir. Davacı acente, müvekkilin ürün paletini genişletmesi nedeniyle aralarındaki sözleşme ilişkisini fesih bildiriminde bulunarak sona erdirmiştir. Gerçekten başta sorun yaratmayan çifte acentelik, sonradan bir müvekkilin ürün çeşidini genişletmesi nedeniyle acentenin diğer müvekkiliyle menfaat çatışmasına neden olmuştur. Acentenin müşterileri bu durumda onun güvenilirliğinden kuşku duyabilirler. Bu siparişlerin azalmasına ve provizyon kayıplarına neden olabilir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, menfaat çatışmasını davalı müvekkil yaratmıştır. Bu çatışmadan acente, sözleşmesini feshederek kurtulabilir. Diğer bir ifadeyle acenteden, müvekkilin davranışı nedeniyle, dürüstlük kuralına göre sözleşmeye devam etmesi beklenebilir değildir. Bu durumda acente denkleştirme isteminde de bulunabilir. Alman Federal Mahke-

mesi'ne göre, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruyabilmesi için ekonomik mevcudiyetinin ağır bir şekilde tehlikeye sokulması gerekli değildir.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu bu uyuşmazlıkta, ürün paletini genişleten firma, acentelik sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunmamıştır. Ancak iki firmanın acenteliğini yapan davacının menfaatleri bu durumdan etkilenecektir. Dolayısıyla taraf menfaatleri karşılaştırıldığında, acentenin korunmasına yönelik menfaat ağır basmaktadır. Davacı acentenin denkleştirme isteminin korunması gerekir.

c. Acentenin İkale Teklifini Müvekkilin Reddetmesi

Acentenin ikale teklifi üzerine müvekkilin ikale anlaşması yapmaktan kaçınması, somut duruma göre hakkaniyet gerektiriyorsa müvekkilin sözleşmeyi feshe neden olan davranışı olarak değerlendirilebilir. Gerçekten örneğin acente meslek değiştirmek isteğine dayanarak sözleşmeyi feshetmek isterse, müvekkilin iki tepkisi düşünülebilir. Müvekkil acentelik ilişkisinin devamını istememekle birlikte, acenteye denkleştirme ödemekten kaçınmak için ikale sözleşmesi yapmak istemeyebilir. Ya da müvekkil acentelik ilişkisinin devamını istediği için ikale sözleşmesi yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda her iki tarafın menfaatleri değerlendirilmelidir. Acentenin ayrılması halinde müvekkilin maruz kalacağı risklerle sözleşmeyi fesheden acentenin maruz kalacağı risklerin karşılaştırılması gerekir. Acentesi sözleşmeyi fesheden müvekkil, yeni acente seçme ve onu müşterilere tanıtmak zorundadır⁴³. Acente değişikliği nedeniyle uygun önlem alabilmesi için müvekkile süre bırakılmışsa, acentenin ikale teklifini reddeden müvekkilin korunmasına ihtiyaç bulunmadığı, acentenin korunmasına yönelik menfaatin daha ağır geldiği kabul edilebilir. Böyle bir durumda sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin müvekkilin ikale teklifini reddetmesi nedeniyle korunması gerekir⁴⁴.

⁴² BGH, NJW 1987, s. 778.

⁴³ Bkz. LG Koblenz, NJW 1993, s. 406 vd.

⁴⁴ Saenger, s. 40.

D. MÜVEKKİLİN HAKİMİYET ALANINDAN KAYNAKLANAN SEBEPLE ACENTE-NİN FESHİ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, “müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi” ifadesi, “müvekkile isnat edilebilen durumlar” şeklinde geniş olarak anlaşılmalıdır⁴⁵. Dolayısıyla acentenin sözleşmeyi bildirimsiz feshini haklı kılan sebebin, müvekkilin davranışından kaynaklanması gerek-meyip, müvekkile ait alandan kaynaklanan halleri de içerdiği kabul edilmelidir⁴⁶. Gerçekten sözleşmeye devamı beklenemez kılan olgular, tarafların şahsını ilgilendiren olgular olabileceği gibi, tarafların dışında kalan etkenler de olabilir⁴⁷. Buna göre, müvekkilin alanından kaynaklanan ve sözleşmenin devamını onun için dürüstlük kuralına göre beklenemez kılan sebeplerle sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruduğu kabul edil-melidir⁴⁸.

TTK m. 122.3 müvekkil ve acente arasındaki hakkaniyeti sağlamayı amaçlar. Önemli olan her iki tarafın menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda, acentenin daha korunmaya değer olduğu sonucuna ulaşılması ve müvekkilin davranışından ol-masa da, onun hakimiyet alanından kaynaklanan bir sebebin makul, haklı ve hakkaniyete uygun dü-şünen bir acentenin sözleşmeye devamını beklene-mez kılıp kılmamasıdır. Dolayısıyla müvekkilin ey-leminden kaynaklanmasa da müvekkilin hakimiyet alanına giren bir durum da acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılabilir. Böyle bir durumda acente

denkleştirme istemine hak kazanabilir⁴⁹. Örneğin acenteyi sözleşmeyi feshe götüren neden, müvekkilin çalışanın bir eyleminden kaynaklanabilir. Böyle bir durumda da somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak yapılan değerlendirmede durum ve şartlar acentenin fesih menfaatinin ağır bastığını gösteriyorsa, acente denkleştirme istemine hak ka-zanmalıdır.

E. MÜVEKKİLDEN KAYNAKLANMA-YAN SEBEPLE ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Acentenin sözleşmeyi feshetmesi, acentenin kendi hakimiyet alanıyla ilgili bir durumdan da kay-naklanabilir. Örneğin acente başka bir mesleğe geç-mek isteyebilir. Hatta müvekkilinin rakibi ile çalış-mak isteyebilir. Böyle bir nedenden dolayı acenten-in sözleşmeyi feshetmesi halinde TTK m.122.3'deki olumsuz koşul gerçekleşmiştir. Bu durumda acente kural olarak denkleştirme istemini kaybeder. Böyle durumlarda denkleştirme istemini kaybetmek istemeyen acente, acentelik sözleşmesini feshetmekten kaçınmak zorunda kalır⁵⁰. Ancak so-mut duruma göre sözleşme ilişkisini müvekkilden kaynaklanmayan bir nedenle fesheden acentenin de her iki tarafın menfaatleri dikkate alınarak değer-lendirme yapıldığında, hakkaniyet denkleştirme is-teminin korunmasını haklı kılabilir.

Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi, 86/653 sayılı Yönerge'nin 18. maddesinin b) ben-dinde, yaşlılığı, düşkünlüğü veya hastalığı sebebiyle

⁴⁵ Nitekim Alman HGB § 89 b Abs.3'de de, acentenin müvekkilin bir davranışı nedeniyle sözleşmeyi haklı sebeple fesheden acentenin denkleştirme istemini koruyacağı öngörülmesine rağmen, müvekkilin davranışı ifadesi geniş yorumlanmakta ve müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanan sebepleri de içerdiği kabul edilmektedir (Örneğin bkz. BGH, NJW 1969, s. 1021; BGH, NJW 1976, s. 671; BGH, NJW 2015, s. 3373; **Koller, Ingo & Kindler, Peter & Roth, Wulf-Henning & Morck, Winfried** (2015) *Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar*, 8. Aufl C.H. Beck, § 89 b, Nr. 16 a.

⁴⁶ **Arkan**, s. 243; **Ayan**, s. 156; **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b Nr. 57.

⁴⁷ Olağanüstü feshe olanak veren haklı sebep için bkz. **Seliçi**, s. 193 vd.; **Ormanci**, s. 208.

⁴⁸ **Koller&Kindler&Roth&Morck**, HGB § 89 b, Nr. 16 a.

⁴⁹ Bu hususta bkz. BGH, NJW 1976, s. 671; **Hopt (Baumbach&Hopt)**, § 89 b, Nr. 57; **Löwisch (Ebenroth&Boujong&Joost&Strohn)**, § 89 b, Nr. 48; **Balke, Michaela&**

Groot, Simone Evke de (2010) “Der Handelsvertreterausgleich nach § 89 b HGB im Umbruch”, NJOZ, s. 1555.

⁵⁰ Böyle bir sonuca yol açması nedeniyle, TTK m. 122.3 (§ 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB) Alman doktrininde eleştirilmiş ve hükümün meslek seçimini sınırlaması nedeniyle, ekonomik özgürlüğün Anayasa'ya aykırı olarak sınırlandırılmasına yol açtığı ileri sürülmüştür (Bu hususta bkz. LG Koblenz, BB 1991, s. 2032; **Moritz, Peter** (1987) “Zum Wegfall des Ausgleichsanspruchs bei Kündigung durch den Handelsvertreter. Unbilligkeit der “Billigkeitsregelung” des § 89 b Abs. 3 S. 1 HGB?”, DB, s. 879; **Haas, Ulrich** (1991) “Wegfall des Handelsvertreter-Ausgleichsanspruchs gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB bei Eigenkündigung ohne besonderen Anlaß verfassungswidrig?”, BB, s. 14411; **Noetzel, Ludwig** (1993) “Die eigene Kündigung eines Handelsvertreters und sein gesetzlicher Ausgleichsanspruch”, DB, s. 1559; **Retzer**, s. 668 vd.).

sözleşmeyi fesheden acenteden, hakkaniyet gereği faaliyetine devam etmesi beklenemeyecekse, bu acentenin denkleştirme istemini koruyacağı öngörülmüştür⁵¹. Bu hükümde sayılan sebepler acenteden kaynaklanmaktadır. Burada da aslında müvekkil ve acentenin menfaatleri karşılaştırılmaktadır. 86/655 sayılı Yönerge’de sayılan hastalık, düşünlük veya yaşlılık halleri acenteden kaynaklanan fesih sebeplerine sadece örnektir.

TTK m. 122.3’de yaşlılığı veya hastalığı sebebiyle sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bu gibi hallerde acenteden acentelik faaliyetini sürdürmesi beklenemez. Dolayısıyla hastalığı, yaşlılığı gibi sebeplerle faaliyetini yürütmesi önemli şekilde zorlaşan acentenin sözleşmeyi feshetmesi halinde, denkleştirme talep etmesi mümkün olmalıdır⁵². Nitekim doktrinde de isabetli olarak, Türk hukuku açısından da, acentenin sözleşmeyi devam ettirmesinin objektif olarak beklenmediği böyle durumlarda da fesih beyanında bulunmasının denkleştirme talep etme hakkını etkilemeyeceği görüşü benimsenmiştir⁵³.

Alman Federal Mahkemesi 28.11.1975 tarihli kararında⁵⁴, “müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi” değerlendirilirken, objektif olarak acente ile ilgili tüm durumların da dikkate alınmasının gerektiğine karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlıkta, davacı uzun yıllardan beri davalının bölge acentesiydi. Davacı, şasi, kamyon ve motorların tek satış hakkına sahipti ve gerekli kontrol araçlarını ve makinelerin bulunduğu bir tamir atölyesi işletmek ve uygun bir yedek parça deposu bulundurmakla yükümlüydü. Davacı 68 yaşındayken müvekkiline gönderdiği bir yazıyla, 38 yılı süren işbirliğinden sonra, sert rekabet ortamında satış koşullarının bir yıldan beri maliyeti neredeyse karşılamadığını, sözleşmeyi sürdürmenin kendisi için beklenemez hale geldiğini belirterek sözleşme ilişkisini üç ay sonra

hüküm doğurmak üzere feshettiğini, ancak denkleştirme isteminin ödenmesinin gerektiğini bildirdi.

Davalı feshi kabul etmekle birlikte, davacının, feshi haklı kılan sebep olmaksızın sözleşmeyi feshettiğini, bu nedenle denkleştirme isteminde bulunma hakkının olmadığını bildirdi. Davacı, davalının uygun olmayan ekonomik durumunun sürekli ve artan şekilde basına konu olduğunu, bunun müşterilerde davalının araç üretimini durduracağı korkusunu yarattığını, ayrıca, fesih beyanından önceki son iki yılda davalının üretim programını sınırlaması nedeniyle önemli bir ciro düşüşü olduğunu, fesih beyanında bulunduğu yıl kamyon pazarında normal koşullarda yapılan işlerin pek azının yapılmasına olanak verecek şekilde rekabetin keskinleştiğini ileri sürmüştür.

Davalı ise, basın yoluyla yapılan yayımların negatif etkisini ve üretimin sınırlandırıldığı iddiasını kabul etmemiş, feshin sebebinin davacının kişisel ilişkilerinden kaynaklandığını, davacının yaşından ötürü işletmeyi sürdürecektenerjiye artık sahip olmadığını, bu yüzden faaliyetini bıraktığını, son iki yıldaki cirodaki azalmanın genel ekonomik durgunluktan kaynaklandığı savunmasında bulunmuştur.

Eyalet Mahkemesi davacının denkleştirme istemini kabul etmiş, OLG ise, davalının feshi haklı kılan davranışı olmaksızın sözleşmeyi feshettiğinden, acentenin denkleştirme isteminin bulunmadığına karar vermiştir. OLG’ye göre, davacı fesihden önceki iki yılda davalı için aracılık faaliyetinden dolayı artık hiçbir gelir elde etmemiş olmasına rağmen, motorlu taşıt tamiri ve yedek parça satışından önemli gelir elde etmiştir. Acente acentelik sözleşmesine bağlı bu faaliyetlerinden önemli gelir elde ettiğine göre, son iki yılda aracılık faaliyeti bakımından olumsuz sonuçlara rağmen, makul, haklı ve hakkaniyete uygun düşünen bir acente için sözleşme ilişkisinin devamı beklenemez değildir. OLG,

⁵¹ 86/653 sayılı Yönerge’den alınan Alman HGB § 89 b f. 3 hükmü de benzer bir düzenleme içermektedir. Bu hükmü göre, müvekkilin feshe neden olan davranışı olmadıkça veya yaşlılık ya da hastalık nedeniyle faaliyetine devam etmesinin beklenemeyecek olması dışında, acentenin sözleşmeyi feshetmesi denkleştirme istemini ortadan kaldırır.

⁵² **Koller & Kindler & Roth & Morck**, HGB § 89 b, Nr. 16 a; acentenin hastalık veya yaşlılık nedeniyle acentelik sözleş-

mesini feshetmesi halinde denkleştirme isteminde bulunabilmesinin koşulları için ayrıntılı olarak bkz. **Karamanlioğlu**, s. 147 vd.

⁵³ **Kaya, A.** m. 122 Nr. 11e; **Kaya**, s. 390, 391; **Kaya (Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya&Nomer Ertan)**, s. 817; **Ayan**, s. 157; **Karasu, Rauf** (2008) “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Gelişmeler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, s. 306; **Karamanlioğlu**, s. 146 vd.; **Akın**, s. 617.

⁵⁴ NJW 1976, s. 671 vd.

davalının ekonomik durumuna ilişkin basında çıkan haberlerin de ciroya negatif etki yapmadığı, davalının bunu engelleyemeyeceği, davacının, davalının bağlı olduğu şirketler topluluğunun onun devamını sağlayacağına güvenebileceği gerekçesiyle de davalının davranışından kaynaklanan bir fesih nedeninin bulunmadığı, feshe götüren nedenlerin davalının değil, aksine davacıdan kaynaklandığı, fesih anında davacının 68 yaşında olduğu, işletmesini devralacak birini bulamadığı, hatta işletmesini devralmasını davalıya teklif ettiği tespitinde bulunduktan sonra, davalının davranışından kaynaklanan bir fesih sebebi bulunmadığından, davacının denkleştirme isteminde bulunmayacağına karar vermiştir.

Davacı bu kararı temyiz etmiştir. Alman Federal Mahkemesi, davacının temyiz talebini kabul ederek, denkleştirme isteminde bulunabileceğine karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre acentenin denkleştirme isteminin mevcudiyeti ve kapsamı hakkaniyete göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" kavramıyla da hakkaniyete uygun bir sonuç amaçlanır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, burada önemli olan davalının ekonomik durumunun davacının acentelik faaliyetini sürdürmesine, dürüstlük kuralına göre bu faaliyete devamının artık ondan beklenemeyeceği şekilde etki edip etmediğine bağlıdır. Davacının sözleşmeyi feshi sırasındaki yaşı, acenteliğini devredeceği halef bulmasının imkansızlığı, kendisine ait işletme tesisatını kiralayarak daha iyi gelir elde etme olanağı davacıyla ilgili olduğu için, davacının sözleşmeye devamının dürüstlük kuralına göre beklenebilir olup olmadığının değerlendirilmesinde OLG tarafından tüm bu durumların hiç dikkate alınmaması hukuka uygun değildir. Somut olayda davacının sözleşmeye devamının beklenebilir olup olmadığı belirleyici olarak, davacının alanıyla ilgili durumlara bağlıdır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, feshe, davalının işletmesinin basın yoluyla kamuya duyurulmuş ve davalının aracılık faaliyeti nedeniyle gelir elde etme olanağını ortadan kaldıran kötü ekonomik durumu neden olmuştur. Davacı fesih anında 35 yılın üzerinde

bir süredir davacının acentesiydi. 8.000 m² büyüklüğünde bir taşınmazı, tamir atölyesi ve bunun için gerekli tesisatı kullanmıştı. Davacıdan başka acentelik üstlenme için izin alması, işletmesini bölmesi ve küçük bir işletme kısmını sürdürmesi, ayırdığı kısmı kiraya vermesi gibi önlemler için ekonomik koşullar objektif olarak mevcut olmasına rağmen, somut koşullar altında dürüstlük kuralına göre bu önlemleri alması ve sözleşmeyi sürdürmesi davacının yaşındaki bir acenteden beklenemez.

Acente genellikle memnun olduğu bir sözleşme ilişkisini değiştirmek istemez⁵⁵. Acentenin kendisinden kaynaklanan bir sebeple sözleşmeyi feshetmesi halinde, denkleştirme isteminin korunmasının gerekip gerekmediği hususunda her iki tarafın menfaatleri değerlendirilerek karar verilmelidir⁵⁶. Bu sebepler acentenin yaşlılığı, hastalığı gibi sebeplerle sınırlı olarak düşünülmemelidir. Müvekkil ve acentenin menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda, acentenin daha korunmaya değer olması ve makul, haklı ve hakkaniyete uygun düşünen bir acentenin sözleşmeye devamını beklenemez kılan bir sebebin veya sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi fesheden acente denkleştirme istemini koruduğu kabul edilmelidir.

V. ACENTENİN FESİH BEYANINDA NEDEN BİLDİRMESİNİN GEREKLİ OLMASI ve FESİH NEDENİ KONUSUNDA ACENTENİN HATALI DEĞERLENDİRME YAPMASI

Acentenin fesih beyanında fesih nedenini belirtmesi gerekli değildir. Acentenin korunması için fesih sebebinin objektif olarak mevcut olması yeterli görülmelidir. Bu nedenle acentenin fesih beyanı sırasında feshin nedenlerini bilmesi de gerekli değildir⁵⁷. Zira acentenin objektif temelde ve ilgili tüm durumları öğrenerek sözleşmeyi feshetme kararını alması güçtür. Müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanan fesih nedenleri konusunda karar için gerekli bilgiye müvekkil sahiptir. Ancak acentenin fesih konusunda hatalı değerlendirmeden kaçınmak için müvekkilden gerekli bilgileri elde et-

⁵⁵ Saenger, s. 38; Noetzel, s.1558.

⁵⁶ Alman yasa koyucu bu düzenlemenin taraf menfaatlerinin dengeli bir şekilde dikkate alınmasını amaçladığını vurgulamıştır (BT-Drucks, 7/3918, s. 8).

⁵⁷ BGH, NJW 1963, s. 2068; BGH, NJW 1957, s. 871; Hoynin-gen-Huene, § 89 b, Nr. 167; Busche (Oetker), § 89 b, Nr. 35; Hopt (Baumbach&Hopt), § 89 b, Nr. 56; Balke&Groot, s. 1555; Kaya, A. m. 121, Nr. 08a.

mesi gerekir. Bunun için müvekkiline başvurmadan, fiili veya ekonomik koşulları yanlış değerlendiren acente, müvekkil karşısında korunmamalıdır. Burada müvekkilin korunma ihtiyacının ağır bastığı dikkate alınarak, acentenin denkleştirme isteminin ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Diğer taraftan, acentenin fesih konusunda hatalı değerlendirme yaptığını fark eden veya acentenin bilgi alma talebini reddeden müvekkil korunmamalıdır. Müvekkilin böyle bir davranışına maruz kalan acente, hatalı değerlendirme yaparak, sözleşmeyi objektif bir fesih nedeni olmaksızın feshederse, denkleştirme istemine hak kazanmalıdır⁵⁸.

SONUÇ

1-Acentelik sözleşmesi acente tarafından feshedilmişse, acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için TTK m. 122.3'ün lafzına göre, bu feshin müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemine dayanması gerekir ve bu yeterlidir. Ayrıca müvekkilin kusurlu olması gerekmez. Ancak sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemine hak kazanabilmesi için "müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminin mevcut olması" koşulunu aramak, her zaman hükmün amacına uygun olmayabilir.

2-TTK m. 122'nin 3. fıkrasının gerekçesinde, *bu fıkranın, talebin hakkaniyet ile bağlantısını ortaya koyduğu belirtilmiştir. Hükmün lafzı ile gerekçesi uyumlu değildir. TTK m. 123.3'ün lafzıyla bağlı kalındığında, hükmün amacına aykırı sonuçlara varılabilecektir. TTK m. 122.3, TTK m.122.1 bend 3'de öngörülen hakkaniyet koşulunu somutlaştıran bir düzenlemedir. O halde, sadece acentenin değil, müvekkilin de menfaatlerinin uygun bir şekilde dikkate alınması gerekir.*

3-Acentenin sözleşmeyi feshini haklı kılan sebebin belirlenmesinde somut hakkaniyet denetimi, "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ile sınırlı olamaz. Müvekkilin eyleminden kaynaklanmasa da müvekkilin hakimiyet alanından kaynaklanan, hatta acentenin kendisi ile ilgili olan ve dürüstlük kuralı gereği acenteden sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenebilir olmadığı durumlarda da hakkaniyet, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme isteminin korunmasını gerektirebilir. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden acentenin denkleştirme istemini koruması için gerekli koşul olan "müvekkilin feshi haklı gösterecek eylemi" ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerekir. Bu hükmün, hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda müvekkilin eyleminden kaynaklanmayan, hatta acentenin yaşlılığı veya hastalığı gibi durumlardan kaynaklanan "sebepler"leri dahi kapsadığı, böyle sebeplerin varlığı halinde sözleşmeyi sona erdiren acentenin denkleştirme istemine hak kazandığı kabul edilebilir. Böylece olumsuz koşul daraltılmaktadır.

4-TTK m. 122.3 taraf menfaatlerine göre somut hakkaniyet denetimini gerektiren ve acentenin denkleştirme istemini ortadan kaldıran sert bir hüküm olduğundan, acentenin sözleşmeyi feshine yol açan sebeplerin düşük bir ölçüde göre değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla acentenin feshini haklı gösterecek sebebin, fesih bildiriminde bulunmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirmeye olanak veren TTK m. 121.1 anlamında haklı sebep niteliğinde olması gerekli değildir.

⁵⁸ Saenger, s. 34, 35.

KAYNAKLAR

- Akın, İrfan** (2013) “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Gelişmeler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, s. 613-641.
- Arkan, Sabih** (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Ayan, Özge** (2008) Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Balke, Michaela&Groot, Simone Evke de** (2010) “Der Handelsvertreterausgleich nach § 89 b HGB im Umbruch”, NJOZ, s. 1551-1556.
- Baumbach, Adolf&Hopt, Klaus J.** (2016) Handelsgesetzbuch, 37. Aufl. München C.H. Beck.
- Busche, Jan (Oetker, Hartmut)** (2017) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. München, C.H. Beck.
- Haas, Ulrich** (1991) “Wegfall des Handelsvertreter-Ausgleichsanspruchs gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB bei Eigenkündigung ohne besonderen Anlaß verfassungswidrig?”, BB, s. 1441-1442.
- Hoyningen-Huene & Gerrick Freiherr v.** (2016) Münchener Kommentar zum HGB Band I Erstes Buch, Handelsstand §§ 1-104, 4. Aufl. München C.H. Beck.
- Karamanlioğlu, Argun** (2017) “Acentenin Hastalık Veya Yaşlılık Gerekçesiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan, C. II Ankara, s. 141-172.
- Karasu, Rauf** (2008) “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 57, S. 4, s. 283-317.
- Kaya Arslan (Ülgen, Hüseyin&Helvacı, Mehmet& Kendigelen, Abuzer&Nomer Ertan, N. Füsün)** (2017) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kaya, Arslan** (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123), 2. Bası, İstanbul, Beta. (Anlış: **Kaya, A.**)
- Kaya, Mustafa İsmail** (2014) Acentelik Hukuku, Ankara, Adalet. (Anlış: **Kaya**)
- Koller, Ingo & Kindler, Peter & Roth, Wulf-Henning & Morck, Winfried** (2015) Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, 8. Aufl. C.H. Beck.
- Löwisch, Gottfried (Ebenroth&Boujong& Joost&Strohn)** (2014) Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. München C.H. Beck.
- Moritz, Peter** (1987) “Zum Wegfall des Ausgleichsanspruchs bei Kündigung durch den Handelsvertreter. Unbilligkeit der “Billigkeitsregelung” des § 89 b Abs. 3 S. 1 HGB?”, DB 1987, s.875-881.
- Noetzel, Ludwig** (1993) “Die eigene Kündigung eines Handelsvertreters und sein gesetzlicher Ausgleichsanspruch”, DB, s. 1557-1559.
- Ormancı, Pınar Altınok** (2011) Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Retzer, Konrad** (1993) “Verfassungsmäßigkeit des § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB? Ausschluß des Ausgleichsanspruchs bei Eigenkündigung des Handelsvertreters?”, BB, s. 668-672.
- Saenger, Ingo** (1997) Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung, Stuttgart, München Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Richard Boorberg.
- Şener, Oruç Hami** (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Thume, Karl-Heinz** (2009) “Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht”, BB, s. 1026-1031.

**A BRIEF OVERVIEW OF THE REMEDIES AVAILABLE TO A MINORITY SHAREHOLDER
UNDER THE UK LAW**

**İNGİLİZ HUKUKUNDA BİR AZINLIK ORTAĞIN KULLANABİLECEĞİ HUKUKİ ÇARELERE
GENEL BİR BAKIŞ**

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN*

ABSTRACT

The protection of a minority shareholder is always a contentious and complex issue. UK law provides three main types of action to a minority shareholder of public limited companies and limited liability companies, when a breach occurs in conducting company's affairs which harms the interests of some members of the company or the company as a whole. These are a statutory derivative claim under ss 260-264 of the Companies Act of 2006, a petition for unfairly prejudicial conduct under s 994 of Companies Act of 2006 (formerly s 459 of the Companies Act of 1985) or a petition for the just and equitable winding up of the company under s 122(1)(g) of the Insolvency Act of 1986. The object of this article is to provide a brief comparative analysis of these actions.

Keywords: *Minority shareholder protection, derivative action, unfair prejudice petition, just and equitable winding up.*

ÖZ

Bir azınlık ortağı korumak, tartışmalı ve karmaşık bir konudur. İngiliz hukuku, şirket işlerinin idaresinde ortaklardan birinin veya tamamen şirketin bir menfaatine zarar veren bir ihlal ortaya çıkması halinde, anonim şirket ve limited şirketteki bir azınlık ortak için üç ana dava türünü düzenlemektedir. Bunlar; 2006 tarihli Şirketler Kanununun 260 ila 264'üncü maddelerinde düzenlenen kanunî türev dava, yine aynı kanunun 994'üncü maddesinde (önceden 1985 tarihli Şirketler Kanununun 459'uncu maddesinde) düzenlenen zarar doğuran haksız işlemlere karşı açılan dava ve 1986 tarihli İflas Kanununun 122(1)(g) maddesinde düzenlenen haklı nedene ve hakkaniyet kurallarına dayalı iflas davasıdır. Bu makalenin amacı, bu davaların kısa bir karşılaştırmalı analizini sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: *Azınlık ortakların korunması, türev dava, zarar doğuran haksız işleme karşı dava, haklı nedene ve hakkaniyet kurallarına dayalı iflas.*

* Head of Department (Judge), Directorate General for Foreign and EU Affairs, Ministry of Justice; PhD in Law; LLM in International Business Law (Jean Monnet Scholar); Co-President of the New IP Lawyers Network (www.newiplawyers.org). I thank anonymous reviewers for the selection of my paper to publish in this issue of the journal, although all errors and omissions in this study remain my own. I am also very grateful to the TFM team for their kind cooperation throughout all our correspondence. Their patient support enabled me to submit this paper to your attention. To improve this article, your comments and thoughts are most welcome: hkytekin@gmail.com; ORCID: 0000-0003-1050-4272. (Araştırma Makalesi; Geliş Tarihi: 07.01.2019 / Kabul Tarihi: 06.04.2019).

I. Introduction

When a breach occurs in conducting company's affairs, which harms the interests of some members of the company or the company itself as a whole, the affected minority shareholders have the right to seek redress. There are three main types of action available to minority shareholders of public limited companies and limited liability companies in the UK law. These are: a statutory derivative claim under ss 260-264 of the Companies Act of 2006 ("CA 2006"), a petition for unfairly prejudicial conduct under s 994 of the CA 2006 (formerly s 459 of the Companies Act of 1985) or a petition for the just and equitable winding up of the company under s 122(1)(g) of the Insolvency Act of 1986 ("IA 1986"). While the statutory derivative claim is a corporate remedy, the latter two are personal remedies.

The purpose of this article is to analyse, compare and contrast the remedies available to a minority shareholder under the UK law. The second section of the paper draws a concise picture of current case and statutory law on these remedies, while the third section comparatively assesses their weakness and strengths to illustrate where to use them under which circumstances by considering several factors.

II. CURRENT CASE AND STATUTORY LAW

A. DERIVATIVE CLAIMS: FROM COMMON LAW TO STATUTE

A derivative claim is a statutory remedy available to a shareholder provided by the CA 2006, ss 260–264. A shareholder brings a derivative claim on behalf of the company and for the benefit of the company. A director's general duties are owed to the

company rather than to individual shareholder. However, a company can benefit from legal action against a director (or former director) for breach of duty through a derivative claim or action brought on its behalf by one or more shareholders. A derivative claim is a claim derived from the rights of the company made by a shareholder or shareholders.

Before 1 October 2007, a member could bring derivative claim proceedings at common law. Under common law, the ability of a shareholder to commence a derivative action has been dominated by the rule in *Foss v Harbottle*¹ and its exceptions. The common law derivative action had been criticised as being overly complex and outdated,² and a collection of procedurally meaningless difficulties.³ To answer these criticisms, the Law Commission eventually proposed a statutory derivative action including a more modern procedure that would supersede common law derivative actions.⁴ These proposals were largely endorsed by the Company Law Review and situated in Part 11 of the CA 2006.⁵ Sections 260-264 of the CA 2006 generally derive from the principles developed by the courts over the last 150 years.

Under the CA 2006, the grounds for a derivative claim are more abundant than under common law.⁶ In this respect, a statutory derivative claim may be brought in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company.⁷ In contrast, mere negligence, for example, was not sufficient ground under common law.⁸ The other significant change is that any breach of the directors can be a ground to commence an action.⁹ In *Edwards v Halliwell*,¹⁰ on the other hand, four exceptions in common law to the rule in *Foss v Harbottle* had been adopted. These were illegal or

¹ (1843) 2 Hare 461.

² **Watkins**, S. (1999), 'The Common Law Derivative Action: An Outmoded Relic?', *Cambrian Law Review*, V: 30, p. 40.

³ **Sealy**, L. S. (1981), '*Foss v. Harbottle* - a Marathon Where Nobody Wins', *Cambridge Law Journal*, V: 40, p. 32.

⁴ Law Commission Report Shareholder Remedies (Law Commission) 1997, [No 246] Para 6.15; **Wild**, C. & **Weinstein**, S. (2016), *Smith and Keenan's Company Law*, 7th ed., Pearson Education Limited, p. 413.

⁵ These Chapters of the CA 2006 came into force on 1 October 2007.

⁶ **Mujih**, E. C. (2012), 'The new statutory derivative claim: a delicate balancing act', *Company Lawyer*, V: 33, I: 3, (Part 1) p. 76.

⁷ The CA 2006 s 260(3).

⁸ **Wild & Weinstein**, (n 4) 414.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ [1950] 2 All ER 1064, 1066, *per* Jenkins LJ.

ultra vires acts, acts requiring the sanction of a special majority or/and a special procedure, breach of a member's personal rights and fraud on the minority.¹¹ The CA 2006 further entails that the wrongdoer has no right to vote to ratify the misconduct in contrast to the position at common law.¹² Under the CA 2006, it will no longer be necessary to show that the alleged wrongdoers are themselves in control of the company¹³ and have received benefits from the alleged misconduct.¹⁴ Additionally, the majority will no longer have the right to allow the usage of the company's name in the claim or vice versa.¹⁵ Although the statutory derivative claim facilitates commencing an action, the procedure of the action may hinder potential applications, and thus to correct a corporate wrongdoing.¹⁶

A shareholder's ability to bring a derivative claim should essentially be considered to be a secondary remedy, where the primary remedy is an unfair prejudice petition which is examined in the next section. However, a shareholder cannot resort to a derivative claim option where a company has authorised or ratified (or would clearly be able and willing to authorise or ratify) the conduct complained of. Pursuant to s 239 of the CA 2006, a director's conduct may be ratified. However, certain limits exist as to what can be authorised or ratified, including steps which would involve expropriation of the company's assets by the majority. Ratification would also require a vote excluding those who are personally interested in the ratification.

B. UNFAIR PREJUDICE

An unfair prejudice petition is a statutory remedy available to shareholders of a company now provided by the CA 2006, s 994 (formerly provided

by the Companies Act of 1985, s 459). It is one of the primary remedies available to a minority shareholder who is the victim of 'unfairly prejudicial' conduct.

The CA 2006 s 994(1), with the same wording as its predecessor CA 1985 s 459, provides that:

“A member of a company may apply to the court by petition for an order on the ground;

- that the company's affairs are being or have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of its members generally or some part of its members (including himself), or
- that any actual or proposed act or omission on the part of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be prejudicial.”

Section 994(1) provides that a petitioner must establish unfairly prejudicial conduct deriving from some corporate act or omission, including any act or omission on the company's behalf. In this sense, it is not necessary to show a continuing course of conduct, or indeed, unfairly prejudicial conduct subsisting at the date of the petition. A petitioner can include allegations relating to conduct which take place even before he has become a registered shareholder in the company as the section states that 'the company's affairs are being or have been conducted' in an unfairly prejudicial manner.¹⁷ Thus, the basis of the claim is that the affairs of the company have been, are being or will be conducted in a way that is 'unfairly prejudicial' to its shareholders or some of them-and at least to the petitioner.

The 'conduct of the company's affairs' that has been complained of must: (i) relate to the affairs of the company; in other words, be acts done by the

¹¹ *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2)* [1982] 1 Ch 204, p. 209.

¹² **Griffin**, S. (2010), 'Shareholder Remedies and The No Reflective Loss Principle - Problems Surrounding The Identification of a Membership Interest', *Journal of Business Law*, V: 6, p. 465.

¹³ **Joffe**, V. & **Drake**, D. (2008), Giles Richardson and Daniel Lightman, *Minority Shareholders Law, Practice and Procedure*, 3rd ed., OUP, p. 19.

¹⁴ **Almadani**, M. (2009), 'Derivative Actions: Does the Companies Act 2006 Offer a Way Forward?', *Company Lawyer*, V: 30, I: 5, p. 131, 134.

¹⁵ **Almadani**, (n 14) 134.

¹⁶ **Griffin**, (n 12) 465.

¹⁷ *Lloyd v Casey* [2001] All ER (D) 371 (Dec).

company, i.e. by those authorised to act as its organs; (ii) and it should not be attributable to the conduct of an individual shareholder acting in his private capacity.¹⁸

The court has a wide discretion as to the remedy to be granted to the petitioner. However, the remedy most often granted is an order that the majority purchase the minority's shares at a value determined by the court (typically market value on a pro rata basis).

C. JUST AND EQUITABLE WINDING-UP

The winding-up of the company on the just and equitable grounds is another optional redress for a member under the IA 1986 s 122(1)(g). It is available to a shareholder, but a petitioner must be able to show that there would be a substantial surplus on a winding-up. It is not, in essence, an insolvency procedure.

In general, the circumstances in which the court will order a company to be wound up on this basis are the similar circumstances in which the court would grant relief on an unfair prejudice petition. Under the IA 1986 s 122(1)(g), however, the only remedy the court may give is to wind up the company. The circumstances, in which it will be an advantage to pursue a claim for a just and equitable winding-up, rather than an unfair prejudice petition, are limited.

Winding-up of a company on the just and equitable grounds was extensively scrutinised in the landmark decision of the House of Lords in the case of *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd.*¹⁹ The House of Lords held that the company was basically established and conducted on the basis of the parties' former partnership understanding. The court named this *sui generis* company as a quasi-partnership. It was held in this case that the removal

of Ebrahimi was in accordance with the statute and the articles of associations, but it was a breach of the parties' mutual understanding on the company. Therefore, it was just and equitable to wind up the company.²⁰

III. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE REMEDIES

A. DIFFERENCES BETWEEN PERSONAL AND CORPORATE REMEDIES

1. *Locus Standi*

A statutory derivative claim may be brought by any member²¹ of the company (the claimant must be a member when the action commenced²²), and there is no minimum shareholding requirement.²³

Under the CA 2006 s 994, however, members²⁴ of the company, those to whom shares have been transferred or transmitted by law²⁵, such as personal representatives and trustees in bankruptcy, and in certain circumstances the Secretary of State²⁶ may bring an action.

The IA 1986 s 124(1) provides that a contributory may petition for a just and equitable winding-up. A contributory is a person (present or past member) who is liable to contribute the assets of a company in the event of its being wound up. A fully paid-up member must show a tangible interest in winding up.²⁷

2. Costs

The general rule for trial costs under English law provides that the unsuccessful party must pay the successful party's costs.²⁸ However, specific provision is laid down under rule 19.9E of the Civil Procedure Rules (CPR) for derivative claims. This rule confers to the courts discretionary powers to award an indemnity cost order to the claimant against liability for costs incurred in the permission application and/or in the

¹⁸ **Dignam, A. & Lowry, J.** (2018), *Company Law*, 10th ed., OUP, p. 216.

¹⁹ [1972] 2 All ER 492.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CA 2006 s 260(5)(c).

²² CA 2006 s 260(4).

²³ **Wild & Weinstein**, (n 4) 414.

²⁴ CA 2006 s 994(1).

²⁵ CA 2006 s 994(2).

²⁶ CA 2006 s 995.

²⁷ **Dignam & Lowry**, (n 18) 211-212.

²⁸ CPR 44.3(2)(a).

derivative claim.²⁹ Although some later judgements have made it less clear-cut, as was in *Smith v Croft*³⁰, this position was also embraced by the Court of Appeal in *Wallersteiner v Moir*³¹ which laid down indemnity cost order conditions in common law. Thus, a claimant may be entitled to an indemnity for his costs from the company.³²

On the other hand, the courts refuse to give such a pre-emptive order in the CA 2006 s 994 and the IA 1986 s 122(1)(g), unless corporate relief is sought under s 996(2)(c).³³ When a petitioner is authorised to bring an action in the name of the company under s 996(2)(c), the courts may entitle such a petitioner to an indemnity order.³⁴ However, it should be noted that in this circumstance the action is in effect a derivative claim.

3. Grounds

The scope and nature of the grounds for a petition under unfair prejudicial conduct is much wider than for a statutory derivative claim. A derivative claim is restricted to circumstances including a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust.³⁵

In contrast, unfair prejudicial conduct brought before the court can be done or intentionally undone acts or omissions of the company or of the company's authorised organs must be related to the company's affairs.³⁶ As the Court of Appeal admitted in *Re Citybranch Group Ltd, Gross v Rackind*³⁷, the conduct of the subsidiary's affairs, in the right circumstances, can be accepted as falling within the conduct of the holding company's affairs. However, it was held in *Unisoft Group Ltd (No3)*³⁸ that the conduct of

another member in his private capacity which constitutes the essence of the dispute cannot be regarded as the conduct of the company that the petition under s 994 deals with. Additionally, Sales J, in *Oak Investment Partners XII, Limited Partnership v Boughtwood*³⁹, reasoning as to what may embody the conduct of the company, contended that the conduct of a permanent member or senior director who inappropriately uses control over the affairs of the company may lead to unfair prejudice. Thus, s 994 offers redress against any conduct of any direct or indirect controller whose acts affect the management of the company's affairs. Furthermore, the proposed (present or future) acts as well as the past conduct of the company may be the subject of the action.⁴⁰ Finally, prejudicial conduct must be 'damaging in a commercial as opposed to an emotional sense'⁴¹ and must not be trivial.⁴²

The conduct must result in an unfairly prejudicial effect to the shareholding interests of the member *qua* member as well as any other interests that the member might possess.⁴³ More recent developments in case law show that the courts have adopted a broad approach in interpretation of '*qua member*' concept. The interest of a member is not only restricted to interests held in his capacity as a member, as long as there is sufficient connection with membership. For instance, in *O'Neil v Philips*⁴⁴ the House of Lords found that the removal (as a director) of the petitioner from the management of the company was a prejudice against his membership status in the company. Likewise, the Privy Council in *Gamlestaden Fastigheter AB v*

²⁹ **Griffin**, G. (2010), 'Alternative Shareholder Remedies Following Corporate Mismanagement - Which Remedy to Pursue?', Company Law News Letter, V: 1, p. 2 (**Griffin**, Which Remedy to Pursue).

³⁰ [1986] 1 WLR 580, 597.

³¹ (No 2) [1975] Q.B. 373 per Buckley LJ.

³² **Wild & Weinstein** (n 4) 433.

³³ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2.

³⁴ **Dignam & Lowry**, (n 18) 242.

³⁵ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2.

³⁶ **Wild & Weinstein**, (n 4) 439.

³⁷ [2004] 4 All ER 735 743-744.

³⁸ [1994] 1 BCLC 609 623.

³⁹ [2009] EWHC 176 (Ch).

⁴⁰ **Wild & Weinstein**, (n 4) 439.

⁴¹ **Griffin**, (n 12) 466.

⁴² For a judicial interpretation on s 459 of the Companies Act 1985, the predecessor of s 994, see; *Re Saul D Harrison and Sons plc* [1995] 1 BCLC 14 per *Hoffmann LJ*. **Wild & Weinstein**, (n 4) 440.

⁴³ **Dignam & Lowry**, (n 18) 219.

⁴⁴ [1999] 2 BCLC 1 14-15.

*Baltic Partners Ltd*⁴⁵ extended the interest of a member qua member to member's interest as a creditor.⁴⁶ These two cases demonstrate that if a member's other roles in the company, such as director or creditor, are closely associated with his shareholding role, any conduct which targets his other status may affect and therefore be unfairly prejudicial to his membership interest qua member in the appropriate circumstances.

Another prominent case law issue under unfairly prejudicial conduct was the question of whether the interests of the member cover their legitimate expectations. In *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd*⁴⁷, Lord Wilberforce emphasised that behind the corporate entity members have 'rights, expectations and obligations *inter se* which are not necessarily submerged in the company structure'. The pursuit of attempts to demarcate the borderlines of the interest concept led the courts to create the 'equitable restraints' principle as a supplementary reference to the company's constitution. Lord Hoffman initially embraced legitimate expectations argument in *Re a Company (No 003160 of 1986)*⁴⁸, but in *O'Neil v Philips* he eventually confessed that adoption of this concept was probably a mistake. His honour stated that 'equitable restraints' is a more accurate term as this term determines the unfairness of the conduct of the company's affairs, where there are mutual agreements, promises or understandings that form the basis of the relationship. 'Equitable restraints' concept was very wide, and therefore two types of circumstances have been developed by the courts to draw limits to this concept. The courts may go beyond a company's constitution; i) where a personal relationship between the controllers of the company leads to an understanding that hinders the exercise of the constitutional powers, and ii) where

a power conferred by the articles is used for an improper purpose.⁴⁹

The CA 2006 s 994 does not define unfairly prejudicial conduct. Initially, case law, as formulated by Slade J in *Re Bovey Hotel Ventures Ltd*⁵⁰, recognised that the unfairly prejudicial conduct should be decided in an objective manner through the view of a hypothetical reasonable bystander. Subsequently, case law went towards 'a more open-textured assessment'⁵¹ of the unfairly prejudicial conduct. In *Re Saul D Harrison & Sons plc*⁵², Hoffman LJ emphasised that the fairness in terms of s 994 must be conceived in the context of the commercial relationship that is regulated by the articles of associations. Equitable considerations were added to the terms governing the company's affairs by *O'Neil v Philips* in which Lord Hoffmann expressed that fairness should be assessed in the light of 'traditional' or 'general' equitable principles. These two last judgements constitute two main grounds for determining unfair prejudice. Hence, in current situation in order to show unfair prejudice,

- either a breach of terms on which the affairs of the company should be conducted (articles of association or a member's agreement),

- or a breach of mutual agreement, promise or understanding that constitutes the basis of the association between the parties where equity will intrude by hindering the controllers from refusing this commitment, notwithstanding it does not have contractual force, whilst it is not necessarily a breach of terms on which the affairs of the company should be conducted, must be proven by the petitioner.⁵³

Specific examples of the breach of terms include misappropriation of assets⁵⁴, improper share allotments⁵⁵, mismanagement⁵⁶, misapplication of a company's property⁵⁷, asset stripping⁵⁸, excessive

⁴⁵ [2007] UKPC 26.

⁴⁶ **Dignam & Lowry**, (n 18) 219-220.

⁴⁷ [1972] 2 All ER 492 at 500.

⁴⁸ (1986) 2 BCC 99.

⁴⁹ **Dignam & Lowry**, (n 218) 221.

⁵⁰ 31 July 1981, Unreported, cited by Nourse J in *Re RA Noble & Sons (Clothing) Ltd* [1983] BCLC 273 290.

⁵¹ **Dignam & Lowry**, (n 18) 226.

⁵² [1995] 1 BCLC 14.

⁵³ **Dignam & Lowry**, (n 18) 228.

⁵⁴ *Allmark v Burnham* [2005] EWHC 2717 (Ch); [2006] 2 BCLC 437.

⁵⁵ *Dalby v Bodilly* [2004] EWHC 3078 (Ch); [2005] BCC 627.

⁵⁶ *Macro (Ipswich) Ltd, Re* [1994] 2 BCLC 354 Ch D.

⁵⁷ *Elgindata, Re* [1991] BCLC 959.

⁵⁸ *Brightview Ltd, Re* [2004] BCC 542.

redundancy payments⁵⁹, the making of secret profits⁶⁰, diverting profits⁶¹, breach of statutory rights (e.g. repeated failures to hold an annual meeting and to lay accounts before the members).⁶² Similarly, grounds required by equitable considerations can be a breach of the mutual understanding via removal from management or exclusion from financial returns, or frustrating the basis of the relationship on which the company is embodied.⁶³

To date, in case law there have been five grounds on which a petition may rely for just and equitable winding-up:⁶⁴ failure or fulfilment of the substratum of company⁶⁵, fraud⁶⁶, deadlock in management⁶⁷, cessation of confidence in the company's management and quasi-partnership.⁶⁸ These grounds may be likely for a petition under s 994 under the right circumstances.

4. Reliefs

Whilst a personal remedy (both the CA 2006 s 994 and the IA 1986 s 122(1)(g)) may make it possible for a member to exit from the company, a corporate remedy in a statutory derivative action will not provide such a result. Besides, the variety of personal remedy under the CA 2006 s 994 is much wider than the variety of corporate remedy.⁶⁹

Indeed, the court has a wide discretion to grant a remedy as it thinks fit for the matters complained of under the CA 2006 s 994.⁷⁰ Yet, some specific remedies are laid down under the CA 2006 s 996(2).⁷¹ The most common redress under this section is the purchase of the petitioner's shares. The Court of Appeal, in *Grace v Biagioli*⁷², held that the relief must cure the problem for the future.

Accordingly, in this case, it was held that a purchase order has benefits for both parties of the case. Whilst it provides the continuance of the company and its business for the benefit of the respondents, it sets free the petitioner without any loss in the value of his share.⁷³

Furthermore, both the CA 2006 s 994 and the IA 1986 s 122(1)(g) provide a member with a personal remedy when his or her interests are subject to unfairly prejudicial conduct. In contrast, a statutory derivative claim enables a remedy for the benefit of the corporate entity as a whole.⁷⁴ The CA 2006 does not include a specific provision for remedies available in a derivative claim. Nevertheless, other articles, where relevant, can be applied by analogy, e.g. breach of director's duties under the CA 2006 s 178.⁷⁵

5. Procedural Bars

Once proceedings have been commenced by a member of a company to seek corporate remedy under statutory derivative claim, the claimant must satisfy statutory requirements for permission to continue the action.⁷⁶ Section 261 of the CA 2006 stipulates two stages for obtaining permission.⁷⁷ In the first, the court initially has to determine whether the claim presents a *prima facie* case by reference to only the written evidence submitted with the application.⁷⁸ Otherwise, the claim must be rejected and the court may make any consequential order it considers appropriate.⁷⁹ This first examination 'enable(s) the courts to dismiss *unmeritorious* claims at an early stage without involving the

⁵⁹ *Anderson v Hogg* [2002] BCC 923 CS (IH).

⁶⁰ *Baumler, Re* [2005] 1 BCLC 92; [2005] BCC 181.

⁶¹ *McCarthy Surfacing Ltd, Re* [2008] EWHC 2279 (Ch); [2009] 1 BCLC 622.

⁶² **Hannigan**, B. (2016), *Company Law*, 4th ed., OUP, p. 502.

⁶³ **Hannigan**, (n 62) 502-511.

⁶⁴ **Dignam & Lowry**, (n 18) 206-211.

⁶⁵ *Re German Date Coffee Company* [1882] 20 Ch 169.

⁶⁶ *Re Thomas Edward Brimsmead & Sons Ltd* [1897] 1 Ch 45, 46 (C.A.).

⁶⁷ *Re Yenidje Tobacco Ltd* [1916-17] ALL ER Rep 1050.

⁶⁸ *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1972] 2 All ER 492.

⁶⁹ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2.

⁷⁰ CA 2006 s 996(1).

⁷¹ For remedies see CA 2006 s 996(2).

⁷² [2006] 2 BCLC 70 100-1.

⁷³ **Hannigan**, (n 62) 515.

⁷⁴ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 1.

⁷⁵ **Dignam & Lowry**, (n 18) 200.

⁷⁶ CA 2006 s 261(1).

⁷⁷ Explanatory Notes to the Companies Act 2006, para.492.

⁷⁸ CA 2006 s 261(2).

⁷⁹ CA 2006 s 261(2). See Explanatory Notes CA 2006, para 495.

defendants or the company'.⁸⁰ At the second stage, the court must take into account a variety of factors as to whether to allow the claim to proceed. If the court approves a prima facie case, it may notify and give orders to the company in order to enable to obtain evidence or may adjourn the proceedings.⁸¹ When the court gives orders to the company for additional evidence, the procedure turns into a contested hearing at the end of which the court may either give permission to continue the action or refuse permission and dismiss the action or adjourn the proceedings and give such directions as it thinks fit.⁸² In the second, the criteria for continuance of the action are governed by the CA 2006 s 263(2) to (4). Whilst the circumstances articulated in s 263(2) form absolute bars to granting permission to continue the action, the criteria drawn in s 263(3) and (4) provide the court with a broad discretion and are not exhaustive. Hence, the final phase of the permission procedure is to evaluate all those factors listed in s 263(2) to (4).⁸³

It has been rightly contended that the CA 2006 has failed to clarify the question of which wrongs are capable of ratification and authorisation, thus ratification becomes 'a major battleground in derivative claims, by providing that actual ratification will bar a claim'.⁸⁴ On the other hand, it might be accurate to follow common law limitations on ratification and authorisation which are generally recognised by the CA 2006 s 180(4)(a) and s 239(7).

Unlike the statutory derivative claim, a petition under the CA 2006 s 994 or the IA 1986 s 122(1)(g) do not include such a permission test or any other procedural requirement regarding company affairs, e.g. ratifiability, to continue the case.

6. Additional Factors

A statutory derivative claim may be suitable

to be initiated in the context of both a private and public company. On the contrary, a petition under the CA 2006 s 994 or the IA 1986 s 122(1)(g) is mainly appropriate in private companies which are mostly based on a quasi-partnership principle of mutual trust and understanding of the members.⁸⁵

7. Academic Scepticism on Derivative Claims

Academic scepticism identifies some deficiencies about the effectiveness of the statutory derivative claim that make it less attractive.⁸⁶ First, the majority rule principle which is most important impediment still exists in the minority shareholder protection arena. Second, the power of authorisation conferred to the directors by s 175 has potential to dramatically diminish the fraud on minority based derivative claims. Third, judiciary control on derivative claims comprises a complex, tight and deterrent threshold test that could make it difficult for the claimants to prove their allegations in the test stage with sufficient evidence, since the claimants are in a disadvantageous position in obtaining information about the internal affairs of the company. Moreover, this complexity of the permission procedure and the broad discretionary power of the courts may motivate them to adjourn proceedings to seek authorisation and ratification.⁸⁷ Likewise, the procedure to lodge a statutory derivative action is more time consuming and effortful than the former one was, although the availability of a statutory derivative claim is less restrictive than under the previous common law position. The CA 2006 s 263(3)(f) also gives power to the court to refuse when considering an application for the commencement of a statutory derivative action, where the applicant has an option to sue in his own right to obtain remedy, such as under the CA 2006 s 994. Hence, the court may accept a personal action as

⁸⁰ Explanatory Notes to the Companies Act 2006, para 495.

⁸¹ CA 2006 s 261(3)(a)(b).

⁸² CA 2006 s 261(4).

⁸³ **Keay, A. & Loughrey, J.** (2008), 'Something Old, Something New, Something Borrowed: An Analysis of the New Derivative Action under the Companies Act 2006', LQR 469, 477.

⁸⁴ **Keay, A. & Loughrey, J.** (2010), 'Derivative Proceedings in A Brave New World For Company Management and Shareholders', JBL 151, 162-165.

⁸⁵ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2.

⁸⁶ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2-3; **Almadani**, (n 14) 138-140.

⁸⁷ **Hannigan**, (n 62) 511.

a preferable alternative for an existing derivative action.⁸⁸

B. Comparison of Personal Remedies

A petitioner must show that his membership interest incurred an inequitable conduct which means a breach of previous mutual trust and understanding under both the CA 2006 s 994 and the IA 1986 s 122(1)(g). The inequitable conduct may ordinarily be a breach of the terms on which the affairs of the company should be conducted that affect a membership interest. Equitable considerations may be imposed in order to provide fairness in exceptional circumstances that require going beyond the implementation of endowed legal rights.⁸⁹

The grounds justifying both remedies generally seem indistinguishable. As noted in *Hawkes v Cuddy*⁹⁰ by the Court of Appeal, the grounds for relief considered under s 994 will nearly always encompass the grounds for winding-up. In this regard, the similarities with respect to grounds for petitioning make winding-up the last option which ultimately ends the existence of the company. In addition, the relief scale under s 994 is much wider than a single remedy under the IA 1986 s 122(1)(g).⁹¹ Besides, the IA 1986 s 125(2) states that the court may dismiss a winding-up petition if it opines that it is unreasonable for the petitioner not to have seek an alternative remedy, such as a petition under s 994.⁹²

Although it is not necessary for a petitioner under s 994 to come to the court with clean hands, any contribution to the misconduct can be used against him during the proceedings.⁹³ On the contrary, a petitioner under the IA 1986 s 122(1)(g) must come with clean hands.⁹⁴

An answer to the question ‘have mentioned

superiorities made relief under s 994 supersede winding-up remedy’ must be found. Hannigan takes the view that it is difficult to identify the circumstances which fall into the scope of the winding-up while the relief is unavailable under s 994.⁹⁵ However, she leaves a leeway for unpredictable cases where winding-up would be a relief of last resort.⁹⁶ Conversely, Griffin argues that there may be a subtle difference in rare circumstances.⁹⁷ Griffin, by reference to *RA Noble*⁹⁸ and *Jesner*⁹⁹, exemplifies a situation in which a petition under s 994 would be inappropriate, since neither of the parties acted unfairly in a deadlock in company management that the courts finally ordered winding-up.¹⁰⁰ Further, Griffin underlines that winding-up will be more advantageous where the parties drew up articles of association including separate and strict rules concerning the valuation procedure of the shares, e.g. in *Abbey Leisure Ltd*¹⁰¹ Finally, Griffin reminds that in contrast to s 994, a petitioner for winding-up must have a tangible interest for winding-up, and the company must be solvent after the payment of its creditors.¹⁰²

IV. CONCLUSION

Where misconduct affects company’s interest, a statutory derivative claim may be more reasonable to bring since there is the possibility of a *Wallersteiner* costs order. Also, the statutory derivative claim may be pursued by a member of a public or private company while personal remedies are more suitable to seek in private companies.

However, mentioned shortcomings led to the pendulum swinging in favour of the pursuit of a personal remedy. First, the benefit attainable via a derivative claim indirectly affects a member’s interest, and it is, therefore, less desirable than a petition for unfairly prejudicial conduct which also

⁸⁸ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 2-3.

⁸⁹ As is seen in *O'Neill v Phillips* [1999] 1 W.L.R. 1092; [1999] BCC 600; **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 3. [2009] EWCA Civ 291; [2009] BCLC 427.

⁹⁰ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 3.

⁹¹ For example; *Woven Rugs Ltd, Re* [2008] BCC 903.

⁹² **Dignam & Lowry**, (n 18) 245-246.

⁹³ **Dignam & Lowry**, (n 18) 213.

⁹⁴ See **Hannigan**, (n 62) 482-525.

⁹⁵ See **Hannigan**, (n 62) 482-525.

⁹⁶ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 3.

⁹⁷ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 3.

⁹⁸ *& Sons (Clothing) Ltd, Re* [1983] BCLC 273.

⁹⁹ *v Jarrad Properties Ltd* [1992] BCC 807.

¹⁰⁰ **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29) 4.

¹⁰¹ *Re* [1990] BCC 60. **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 29)

4; **Dignam & Lowry**, (n 18) 211.

¹⁰² **Griffin**, Which Remedy to Pursue, (n 97) 4.

does not require permission test. Secondly, s 994 is the most advantageous provision to be employed to protect a minority shareholder's interests, since it contains the flexible procedure and broad scope of the grounds for petition and the available reliefs. Thirdly, s 994 may provide a minority shareholder with a personal remedy and by the virtue of s 996(2)(c) a corporate remedy, even in

circumstances where the misconduct was harmful to the corporate entity. Finally, a petitioning member who seeks a personal remedy has opportunity to petition under the IA 1986 s 122(1)(g).

BIBLIOGRAPHY

I. Primary Resources

A. Statutes

Companies Act of 2006.

Insolvency Act of 1986.

Civil Procedure Rules

Law Commission Report Shareholder Remedies (Law Commission) 1997, [No 246]

B. Cases

Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461.

Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd [1972] 2 All ER 492.

O'Neil v Philips [1999] 2 BCLC 1.

Smith v Croft [1986] 1 WLR 580, 597.

Wallersteiner v Moir (No 2) [1975] QB 373.

Edwards v Halliwell [1950] 2 All ER 1064.

Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2) [1982] 1 Ch 204.

Gamlestaden Fastigheter AB v Baltic Partners Ltd [2007] UKPC 26.

Abbey Leisure Ltd Re [1990] B.C.C. 60.

Allmark v Burnham [2005] EWHC 2717 (Ch); [2006] 2 BCLC 437.

Anderson v Hogg [2002] BCC 923 CS (IH).

Baumler, Re [2005] 1 BCLC 92; [2005] B.C.C. 181.

Brightview Ltd, Re [2004] BCC 542.

Dalby v Bodilly [2004] EWHC 3078 (Ch); [2005] BCC 627.

Elgindata, Re [1991] BCLC 959.

Grace v Biagioli [2006] 2 BCLC 70 100-1.

Hawkes v Cuddy [2009] EWCA Civ 291; [2009] BCLC 427.

Jesner v Jarrad Properties Ltd [1992] BCC 807.

Lloyd v Casey [2001] All ER (D) 371 (Dec).

Macro (Ipswich) Ltd, Re [1994] 2 BCLC 354 Ch

D.

McCarthy Surfacing Ltd, Re [2008] EWHC 2279 (Ch); [2009] 1 BCLC 622.

Oak Investment Partners XII, Limited Partnership v Boughtwood [2009] EWHC 176 (Ch).

RA Noble & Sons (Clothing) Ltd, Re [1983] BCLC 273.

Re a Company (No 003160 of 1986) (1986) 2 BCC 99.

Re Bovey Hotel Ventures Ltd 31 July 1981, Unreported, cited by Nourse J in *Re RA Noble & Sons (Clothing) Ltd* [1983] BCLC 273.

Re Citybranch Group Ltd, Gross v Rackind [2004] 4 All ER 735.

Re German Date Coffee Company [1882] 20 Ch 169.

Re Saul D Harrison & Sons plc [1995] 1 BCLC 14.

Re Thomas Edward Brimsmead & Sons Ltd [1897] 1 Ch 45, 46 (CA).

Re Yenidje Tobacco Ltd [1916-17] ALL ER Rep 1050.

Unisoft Group Ltd (No3) [1994] 1 BCLC 609.

Woven Rugs Ltd, Re [2008] B.C.C. 903.

II. Secondary Resources

Almadani, M. (2009), 'Derivative Actions: Does the Companies Act 2006 Offer a Way Forward?', *Company Lawyer*, V: 30, I: 5, 131.

Dignam, A. & Lowry, J. (2018), *Company Law*, 10th ed., OUP.

Griffin, S. (2010), 'Alternative Shareholder Remedies Following Corporate Mismanagement - Which Remedy to Pursue?', *Company Law News Letter*, V: 1 (Griffin, Which Remedy to Pursue).

Griffin, S. (2010), 'Shareholder Remedies and The No Reflective Loss Principle - Problems Surrounding The Identification of a Membership Interest', *Journal of Business Law*, V: 6, 461.

Hannigan, B. (2016), *Company Law*, 5th ed., OUP.

Joffe, V. & Drake, D. (2008), Giles Richardson and Daniel Lightman, *Minority Shareholders Law, Practice and Procedure*, 3rd ed., OUP.

Keay, A. and Loughrey, J. (2010), 'Derivative Proceedings In A Brave New World For Company Management and Shareholders', *JBL*, 151.

Keay, A. & Loughrey, J. (2008), 'Something Old, Something New, Something Borrowed: An Analysis of the New Derivative Action under the Companies Act 2006', *LQR*, 469.

Mujih, E. C. (2012), 'The New Statutory Derivative Claim: A Delicate Balancing Act', *Company Lawyer*, V: 33, I: 3, (Part 1), 76.

Sealy, L. S. (1981), '*Foss v. Harbottle* - a Marathon Where Nobody Wins', *Cambridge Law Journal*, V: 40, 29.

Watkins, S. (1999), 'The Common Law Derivative Action: an Outmoded Relic?', *Cambrian Law Review*, V: 30, 40.

Wild, C. & Weinstein, S. (2016), *Smith and Keenan's Company Law*, 7th ed., Pearson Education Limited.