

Offshore Hesaplar ve Bankaların Sorumluluğu

Offshore Accounts and Banks' Responsibility

Mustafa ÇEKER¹

ÖZET

Son yıllarda fona devredilen bankalardaki hesaplarla ilgili olarak karşılaşılan en önemli sorun, bazı hesapların müşterilerin bilgisi dışında yurtdışında kurulu olan offshore bankalara aktarılmış olmasıdır. Devlet güvencesinden yararlanamayan offshore hesaplarda, hesap sahibi ile TMSF karşı karşıya gelmekte, çeşitli uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, offshore hesaplardan dolayı bankaların hangi durumda sorumlu olacağı hususu araştırılmış ve Yargıtay kararlarından yola çıkarak sorumluluk halleri belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Offshore Bankacılık, Bankaların Sorumluluğu

ABSTRACT

In recent years, the most important issue on the accounts of the banks which are transferred funds is that some of the accounts were transferred to the offshore banks are established abroad out of customer's information. The offshore accounts which are not drawn upon government protect are come up against an account owner and TMSF each other. Therefore, some disagreements are occurred. In this study, commitments of banks on the offshore accounts is researched. In addition to that, states of commitment was tried to determine in the lights of Supreme Courts's Judgement.

Keywords: Offshore Banking, Banks' Responsibility

¹ Doç.Dr., Öğretim Üyesi, Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, mceker@cu.edu.tr

1. Offshore Banka Kavramı

1.1. Offshore Bankacılığın Ortaya Çıkışı

Özellikle yirminci yüzyılın başlarından itibaren ülke ekonomilerinin globalleşmeye başlaması ve dünya ticaret hacminin hızla büyümesine bağlı olarak “Çok Uluslu Şirket” kavramının yanında “Global Şirket” uygulaması ile karşılaşmaya başlanmıştır. Çok uluslu şirketler, bir çok ülkede faaliyet gösterip, ürünlerini ve faaliyetlerini her ülkeye göreceli olarak farklı maliyetlerle satarken, global şirket, faaliyet bölgelerini tek pazar olarak algılamakta ve farklı ülkelerde çok düşük maliyet farkları ile faaliyette bulunmaktadır. Dünya ekonomisinde yaşanan bu gelişmelere paralel olarak, finansal piyasalarda özellikle bankacılık alanında da yeni çalışma biçimleri ortaya çıkmıştır. Ulusal finans piyasalarını ayıran sınırların ortadan kalkması ve uluslararası sermaye akımlarının ileri boyutlar kazanması süreci bankacılığa da yansımıştır. Uluslararası finansal akımların gelişmesi, uluslararası döviz piyasaları ve özel yabancı sermaye yatırımlarıyla doğrudan bağlantılı olan Eurocurrency, Eurobond ve uluslararası Hisse senedi Piyasalarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu piyasalar, fon arz ve talebinde bulunan değişik ülkelere ait firma, banka, kamu kurumu ve bireysel yatırımcıların bir araya geldiği piyasalardır.

Finansal piyasalarda özellikle teknolojinin gelişmesi sonucunda ulusal sınırlar ortadan kalkmış ve piyasalarda zorunlu serbestleştirme yaşanmıştır. Böylece bir çok ülke sermaye hareketleri önündeki kısıtlamaları kaldırmak zorunda kalmıştır. Bu sürece paralel olarak yasal düzenlemelerin kalkması, doğal olarak mali yeniliklerin ve yeni finansal enstrümanların ortaya çıkışını hızlandırmıştır. 1960'lı yıllar, uluslararası bankaların, uluslararası finansal piyasaları yeniden oluşturduğu yıllardır. ABD, İngiltere, Fransa, Japonya, Almanya, Hollanda, Belçika, İsviçre, İsveç gibi ülkelerin uluslararası bankaları, "yabancı banka" şeklinde faaliyetlerini genişletmeye başlamışlardır. Böylece uluslararası bankacılık kavramı doğmuştur. Bankaların yurt dışı faaliyetleri farklı şekillerde gerçekleştirilir:

- Muhabir Banka
- Temsilcilik ve irtibat büroları
- Şube Açma
- Tali-iştirak bankası kurma
- Katılım halinde banka
- Tabela bankacılığı ve paravan şubeler
- Konsorsiyum bankacılığı
- Offshore bankacılık (kıyı bankacılığı)

Görüldüğü gibi, Offshore bankacılık, uluslararası bankacılık faaliyetleri arasında yer almaktadır. II. Dünya Savaşıyla yıkılan ülkelerin Marshall Planıyla imarı, 1973 petrol krizi, ülke ekonomilerinin dışa açılması, çok uluslu şirketlerin ve uluslararası finansal merkezlerinin ortaya çıkışı fonların uluslararası dolaşımını gündeme getirmiştir. Bu

durumda bankalar faaliyetlerini serbestlik içinde ve daha karlı şekilde yapacakları yerler aramaya başlamışlar ve bazı ülkeler de bu olanakları kendilerine sunmuşlardır. II.Dünya savaşından sonra ABD, aralarında Türkiye ve Yunanistan'ında bulunduğu 16 Avrupa Ülkesine "Dış Yardım Kanunu" çerçevesinde milyarlarca ABD Doları yardım yapmıştır. Böylece ABD Doları fonlar ABD dışında dolaşmaya başlamış ve devletsiz para haline gelmiştir Bu ABD Doları Fonlar Europiyasaların temelini oluşturmuştur. Ayrıca 1950'li yıllarda SSCB bankalarının ABD bankalarında bulunan ABD Doları mevduatlarını Avrupa bankalarına aktarmaları, bu piyasaların gelişmesini ve offshore bankacılığı teşvik eden önemli bir faktör olmuştur. 1973 yılında petrol fiyatlarında ortaya çıkan beklenmedik artışlar karşısında dünya ekonomisi krize girmiştir. Avrupa ülkeleri, yüksek gelişmişlik düzeyi ve sanayileriyle bu krizi daha kolay atlatırken, petrol ithal eden gelişmekte olan ülkeler, çok büyük zararlar görmüşlerdir Uluslararası finans merkezleri bu krizden avantajlı çıkmışlardır. Arap ülkelerinin petrolden elde ettikleri fonları Avrupa'nın büyük finans merkezlerine aktarmaları sonucunda, Eurodolar fonlarına petrodolar fonları da eklenmiş, bu piyasalarda fon kapma yarışının ortaya çıkışı bir yandan mevcut Offshore merkezleri arasında rekabeti tırmandırırken, öte yandan, fon fazlası olan bölgelerden fon ihtiyacı olan bölgelere fon aktarmayı sağlayacak yeni finansal merkezler doğmuştur. Örneğin Ortadoğunun en önemli kıyı bankacılığı merkezlerinden Beyrut'un önemini yitirmesiyle birlikte Bahreyn petrodollarların birikmesi sonucu doğup gelişen bir finans merkezi konumuna gelmiştir. Offshore bankacılığın gelişmesinde Amerika Birleşik Devletlerinde bankalar üzerinde uygulanan kısıtlamaların da önemli etkileri olmuştur. Amerikan bankaları, çoğu Amerikalı olan şirketlere fabrika ve satış bürolarının Avrupa'daki şebekelerinin kurulması için dolar üzerinden kredi vermişlerdir. Eurodolar krediler merkez bankalarının yurt içinde uyguladıkları kısıtlamalardan muaf olduğundan, bankalar yurt dışına kredi kullandırma yoluyla kar marjlarını yükseltmişlerdir. Böylece iç piyasadaki vergi yükünü azaltmak amacıyla birçok ülkedeki fon talep edenler ve mevduat sahipleri Manş Adaları, Bahamalar, Cayman Adaları gibi Offshore bankacılık merkezlerine yönelmişlerdir.

Öte yandan, sanayileşme ile birlikte gelişmiş ülkelerin yurtdışı politikalarında etkin kaynak dağılımının gerçekleşeceği ve karların optimum olacağını savunan liberal düşüncenin etkisi ile sınırlarını yabancı ülkelere açma eğilimi yaygınlaşmış ve böylece ülkeler arası ticaretin artması ile birlikte fonlarında serbestçe dolaşımı başlamıştır. Ancak bu durum hızlı bir büyüme sürecine giren gelişmiş ülkelerin dış ticaret açıklarını da artırmıştır. Bu ülkeler 1960'lı yıllardan sonra uluslararası ticaret ve sermaye hareketlerine kısıtlayıcı düzenlemeler, denetim ve vergi yükümlülükleri getirmişlerdir. Kendisine daha avantajlı bir ortam arayan uluslararası sermaye, söz konusu yükümlülüklerin asgari düzeyde bulunduğu merkezlere kaymaya başlamış, böylelikle yasal kısıtlamaların, sıkı para denetimlerinin olmadığı, güçlü bir para otoritesinin bulunmadığı ve yerel ekonominin zayıf olduğu yerlerde kıyı bankacılığının ilk örnekleri görünmeye başlamıştır. Uluslararası finansal piyasaların gelişmesi ile birlikte son yirmi yılda uluslararası bankacılık alanında önemli gelişmeler olmuştur. Dünya bankacılığının yurtdışı aktif toplamını incelediğimizde 1982 yılında bu tutarın 2,7 trilyon Amerikan Doları seviyelerinde iken 1996 yıl sonu itibariyle bu tutarın yaklaşık 263 kat artarak 709 trilyon Amerikan Dolarına çıktığı görülmektedir. Bu gelişme, mevduat toplama, kredi

verme, uluslararası bankacılık, döviz işlemleri, döviz ve faiz swapları, future ve diğer finansal işlemleri yapan pek çok kuruluşun bu merkezlerde toplanmasına neden olmuştur.

1.2. Tanımı ve Özellikleri

Offshore bankacılığı, serbest bölgelerde faaliyet gösteren ve ulusal bankacılık sisteminin dışında muafiyetler tanınan bir uluslararası bankacılık türüdür (Sarıbrahimoğlu, 2001; 8). Bu tanımdan hareketle Offshore bankaların temel özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Offshore bankalar, serbest bölgelerde faaliyette bulunurlar.
2. Offshore bankalar, kuruldukları ülkede geçerli olan para birimi dışındaki bir para birimi ile işlem yaparlar.
3. Offshore bankalar, kuruldukları ülkede yerleşik olmayan kişi ve kurumlarla işlem yapar.
4. Offshore bankalar, yurtiçi bankaların tabi olduğu sınırlama ve kontrollerin çoğundan muaf tutulurlar.
5. Offshore bankacılık merkezinde çok sıkı bir biçimde sır saklama ilkesi uygulanır.
6. Offshore bankalar, mevduat toplama, kredi verme gibi klasik bankacılık hizmetlerini de verirler.

1.3. Offshore Bankacılık Merkezleri

Offshore bankaları, kendilerine mevzuat bakımından kolaylık gösteren ülkelerde kurulmuşlardır. Dünya genelinde Offshore merkezi olarak bilinen ülkeler şu şekilde sıralanabilir:

- Aruba
- Bahama Adaları
- Bahreyn (Pamukbank/YKB)
- İngiliz Virjin Adaları
- Cayman Adaları
- Dublin
- Jersey
- Liechtenstein
- Lüksemburg
- Malta
- Hollanda
- Hollanda Antilleri
- Singapur
- Uruguay

– KKTC

Offshore merkezlerinde bankalara tanınan kolaylıkları şu şekilde tasnif etmek mümkündür:

1. Bankanın faiz oranlarını serbestçe belirleyebilmesi
2. Belli bir likidite, dispoñibilite oranı uygulanmaması, munzam karşılık yatırılmaması
3. Vergi kolaylıkları tanınması (KKTC’de %2)
4. Müşterilere ödenecek faizlerden stopaj kesilmemesi
5. Yurt içi bankaların tabi olduğu kambiyo sınırlamalarına tabi tutulmaması

2. Offshore Hesaplar ve Özellikleri

Offshore bankalarında açılan mevduat hesapları, vergiye tabi olmaması ve yüksek faiz getirisi nedeniyle tasarruf sahiplerinin ilgi gösterdiği vadeli mevduat niteliği taşımaktadır. Bankaların Offshore hesaplardan dolayı karşılık ayırma gibi bir yasal yükümlülüklerinin olmaması, KKDF, BSMV’nin yanı sıra, gelir vergisi olmaması, kredi kullandırmada serbest davranabilme özelliğinden dolayı, bu hesaplara daha yüksek oranda faiz verilmektedir.

Offshore bankalar, kurulu bulunduğu ülkede ikamet eden kişilerden mevduat toplayamadığı için, yurt dışında kurulu olan bankalar, ülkemizdeki tasarruf sahiplerinden mevduat kabul edebilmek amacıyla Türkiye’deki bir banka ile muhabirlik sözleşmesi yapmakta ve bu muhabir banka aracılığıyla, mevduat hesabı işlemlerini yürütmektedirler. Offshore hesaplar, kanuni karşılık ve vergiye tabi olmadığından yüksek faiz getirisi sağlarlar. Ancak, tasarruf mevduatının bütün niteliklerini taşımalarına rağmen, yurt dışında kurulu bir bankadaki mevduat özelliğinden dolayı mevduat güvencesi dışında kalırlar (Çeker, 2004; 276).

Offshore hesapların dört önemli özelliği vardır:

1. Yabancı bir bankada açılmış mevduat hesabıdır.
2. Hesaplar, TL veya YP cinsinden açılabilir.
3. Yüksek faiz getirisi sağlayan vadeli mevduat özelliğine sahiptir.
4. Mevduat güvencesi kapsamı dışındadır.

3. Mevduat Sahibine Karşı Bankaların Sorumluluğu

3.1. Genel Olarak Mevduat Güvencesi

Mevduat güvencesi, tasarruf sahipleri tarafından bankalara yatırılan mevduatın geri ödenmesini güvence altına almak amacıyla oluşturulan bir sigorta sistemidir (Aymergen/Babuşçu/İnanç/Savaş, 1996; 9). Bugünkü şekliyle ilk olarak

Çekoslovakya’da başlayan, ancak ABD’de gelişerek diğer ülkelere de örnek oluşturan mevduat sigortası sistemi, ülkemizde de tasfiye fonu ve tedrici tasfiye sisteminin yetersizliği karşısında 1983 yılından itibaren uygulanmaktadır (Ayhan, 1997; 31). Mevduat sigortası sistemi, tasarruf sahiplerine mevduatının her halükarda geri ödeneceği hususunda bir güvence sağlayarak özellikle finansal panikler sonucunda bankacılık sisteminin çökmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Bankalar Kanununun 15/1. maddesine göre, bankalardaki tasarruf mevduatı, kamu tüzelkişiliğini haiz Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir. Böylece, mevduat sigortası faaliyeti, devlet güvencesi altında yürütülmektedir. Mevduat sigortası, mevduat sahibi ile TMSF arasında yapılan bir sözleşmeye dayanmaz. Kanun gereği mevduat hesabının açılmasıyla birlikte otomatik olarak, kendiliğinden sigorta da yapılmış olur (Karayalçın, 1984; 304). Sigorta primlerini ödeme yükümlüğü, mevduat sahiplerine ait olmayıp, bankalar tarafından ödenmektedir. Buna göre, bankalar topladıkları tasarruf mevduatının belirli bir oranı üzerinden hesaplanan sigorta primini TMSF’ye ödemek zorundadır. TMSF, şartların oluşması halinde, mevduat sahiplerine sigorta teminatı kapsamında ödeme yapmakta ve böylece, mevduat sahipleri, sınırlı da olsa, mevduat sigortasıyla sağlanan korumadan yararlanmaktadır.

3.2. Offshore Hesapların Mevduat Güvencesi Dışında Kalması

Mevduat sigortası, bankalardaki bütün mevduatı güvence altına alan bir sistem değildir. Bankalar Kanununun 15/6b maddesine göre, “sigortaya tabi olacak tasarruf mevduatının kapsamı, tutarı, sigorta priminin tarifesi ile tahsil zamanı, şekli ve diğer hususlar Kurulca (BDDK) belirlenir”. BankK.m.10/2’de de tasarruf mevduatının tanımı yapılarak mevduat sigortasının kapsamı önemli ölçüde tespit edilmiştir. Dolayısıyla, BDDK’nın bu kapsamı genişletmesi söz konusu olamaz. Nitekim, Kurul tarafından alınan 31.10.2003 tarih ve 1143 sayılı kararda da, sigortaya tabi tasarruf mevduatının kapsamını daraltan çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede, mevduat sigortasının kapsamına ilişkin kısıtlamaları belirleyerek Offshore hesapların mevduat güvencesi dışında kalma nedenlerini tespit etmek gerekmektedir.

3.2.1 Mevduatın Yatırıldığı Bankada Aranılan Nitelikler

Mevduat sigortasının kapsamına, her finans kuruluşuna yatırılan mevduat girmez. Mevduatın yatırıldığı kurumun Bankalar Kanununa uygun şekilde kurulmuş bir “banka” olması gerekir. Bankalar dışındaki kurumlara yatırılmış olan paraların mevduat sigortasından yararlanması mümkün değildir. Buna göre, mevduat sigortası kapsamına giren bankalar şu şekilde tespit edilmiştir:

3.2.1.1. Türkiye’de Faaliyet Gösteren Bir Banka Olması

Mevduatın yatırıldığı bankanın öncelikle Türkiye’de faaliyet gösteren bir banka olması gerekir. Yurt dışında faaliyet gösteren bankalardaki mevduat, Türk vatandaşları tarafından yatırılmış olsa bile sigorta korumasından yararlanamaz(1143 sayılı BDDK

Kararı m.1/I). Bu kapsamda, KKTC’de faaliyet gösteren bir bankaya yatırılan mevduat, bu bankanın ortakları T.C. vatandaşı olsa bile, sigortaya tabi değildir.

Türkiye’de faaliyette bulunduğu halde Offshore bankalardaki mevduat da sigorta kapsamı dışında kalır (1143 sayılı BDDK Kararı m.1/II). Türkiye’de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyeti göstermek üzere kurulan bankalarda bulunan mevduat sigortaya tabi olmadığı gibi, yurt dışında kurulu bir kıyı bankasına Türkiye’den gönderilen mevduatın da sigortadan yararlanması olanaksızdır. Bu bakımdan, mevduatın yatırılmasında, Türkiye’de faaliyet gösteren bir bankanın aracı olması, bu mevduatın sigorta kapsamına alınmasına imkan vermez. Örneğin, KKTC’de kurulu bir Offshore bankasına Türkiye’deki bir banka aracılığıyla para yatıran kişiler, ne bu işlemi yapan bankadan ne de TMSF’den talepte bulunabilirler. Bu tür mevduatın muhatabı, hesabın açıldığı Offshore bankası ile varsa faaliyette bulunduğu ülkenin sigorta fonu olmalıdır.

3.2.1.2. Bankanın Türkiye’de Mevduat Kabulüne Yetkili Olması

Türkiye’de faaliyet gösteren her bankanın mevduat kabul yetkisi yoktur. T.C. Merkez Bankası ile kalkınma ve yatırım bankaları da birer banka oldukları halde, mevduat toplayamazlar. Bu bakımdan, banka niteliği taşıdıkları halde, kalkınma ve yatırım bankalarındaki paralar, mevduat sigortası kapsamına girmez. Dolayısıyla mevduat kabulüne yetkili bankalar nezdindeki mevduat açısından sigorta söz konusudur (1143 sayılı BDDK Kararı m.1).

Yurt dışında kurulu bir bankanın kurulduğu ülkede mevduat kabulüne yetkisinin olması, Türkiye’de de mevduat toplayabilmesi için yeterli değildir. Yabancı bir banka, Türkiye’de de mevduat toplamak istiyorsa, Bankaların Kuruluş ve Faaliyetler Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde BDDK’dan izin (hem şube açma, hem de faaliyet izni) almak zorundadır. Bu izin olmaksızın toplanan mevduat, izinsiz mevduat kabulü sayılır ve BankK.m.22 çerçevesinde cezai yaptırıma tabi tutulur, ancak, bu yolla toplanan mevduat, TMSF’nin sorumluluğu altındaki sigortalı mevduat hükümlerine tabi olmaz.

3.2.1.3. Mevduat Hesabının Yurt İçindeki Bir Şubede Açılmış Olması

Mevduat sigortası yurt içindeki mevduat bakımından koruma sağlar (1143 sayılı BDDK Kararı m.1). Bu nedenle, Türkiye’de faaliyet gösteren ve mevduat kabulüne yetkili olan bankaların yurt dışındaki şubelerinde açılmış olan mevduat hesapları sigorta kapsamı dışında kalır. Görüldüğü gibi, mevduat sigortası bakımından hesapların, hangi ülkenin bankasında olduğu değil de, şubenin bulunduğu yere göre teminat altında olup olmadığı belirlenecektir. Dolayısıyla, yabancı bir ülkede kurulu bir bankanın Türkiye’deki şubesinde açılmış olan mevduat hesapları da sigortadan yararlanabilecektir (Turanboy, 2001; 74).

3.2.2. Mevduat Türü Açısından Aranılan Nitelikler

Mevduat sigortasının kapsamının tespitinde, gerek Bankalar Kanunu m.10/2, gerekse 1143 sayılı BDDK kararında mevduatın türüne yönelik bazı kısıtlamalar yapılmış ve her tür mevduatın sigorta teminatından yararlanması engellenmiştir. Bu düzenlemelere göre, mevduat türü açısından geçerli olan kısıtlamalar şu şekilde tespit edilebilir.

3.2.2.1 Tasarruf Mevduatı Adıyla Açılması

BankK.m.10/2 uyarınca, tasarruf mevduatı, gerçek kişiler tarafından bu nam altında açtırılan hesaplardır. Bankalar Kanunu m.15/1'de ise, bankalardaki mevduattan sadece tasarruf mevduatının sigorta edileceği öngöröldüğünden, sigorta kapsamına giren mevduat hesapları, tasarruf mevduatı adı altında açılmış olmalıdır. Başka bir deyişle, hesap sahibi, gerçek kişi olduğu halde, başka bir ad altında örneğin ticari mevduat adı altında hesap açtırmışsa, mevduat sigortasına ait korumadan yararlanamayacaktır.

Mevduat sahibi, tasarruf mevduatı adıyla hesap açtırmak istediğini beyan ettiği halde, banka, sigorta primi yükünden kurtulmak amacıyla ticari mevduat hesabı açmışsa ne olacaktır? Bir hesabın tasarruf mevduatı mı, yoksa ticari mevduat mı olduğunu hesap cüzdanı üzerindeki kayıtlardan hareketle tespit etmek mümkündür. Mevduat sahibi, kendisine teslim edilen cüzdanı incelemediği için adına ticari mevduat hesabı açıldığını fark etmemişse, bunun sonuçlarına bizzat katlanmak zorundadır. Buna karşılık, banka kayıtlarından farklı şekilde cüzdan tanzim edilmişse, usulüne uygun şekilde düzenlenmek kaydıyla hesap cüzdanındaki kayıtlardan yararlanmak mümkündür. Hesap cüzdanının düzenlenmemiş olduğu hallerde ise, mevduat sahibi, ticari faaliyetinin bulunmadığını ispat ederek mevduat sigortası korumasından yararlanabilecektir. Zira, hiç kimse, kendisi lehine olan bir güvenceden sebepsiz yere vazgeçmez. Bu nedenle, ticari faaliyeti bulunmayan bir mevduat sahibinin bankadaki tasarruflarını da tasarruf mevduatı adı altında toplaması hayatın olağan akışına uygun düşer.

3.2.2.2. Ticari İşlemlere Konu Oluşturması

Mevduat hesaplarının ticari işlemlere konu oluşturması mümkündür. Örneğin, mevduat sahibinin ticari işletmesiyle ilgili olarak alacaklarının hesaba yatırılması veya müşteri senetlerini tahsil amacıyla bankaya tevdi ederek tahsil edilen tutarların mevduat hesabına kaydedilmesi talebinde bulunulduğunda, hesap ticari işlemlere konu oluşturmuş sayılır. Buna karşılık, BankK.m.10/2b'nin açık hükmü nedeniyle, hesaptan münhasıran çek keşide edilmesi, mevduat hesabının ticari işlemlere konu oluşturduğu anlamına gelmez. Ticari işlemlere konu oluşturacak mevduat hesaplarının "ticari mevduat" adıyla açılması gerekir. Ancak, tasarruf mevduatına tanınan sigorta olanağından yararlanmak isteyen gerçek kişi tacirler, bankada hesap açtırırken tasarruf mevduatı açılması talebinde bulunması ve müşterinin tacir olduğunu bilmeyen bankanın da tasarruf mevduatı adıyla hesap açması söz konusu olabilir. İşte, Bankalar Kanunu m.10/2b'deki bu hükmün amacı, ticari mevduat sahibi olması gerektiği halde tasarruf

mevduatı açan kişilerin kanunu dolanmalarını engellemektir. Böylece, ticari işlemlere konu oluşturduğu tespiti edilen mevduat hesapları, adı tasarruf mevduatı olsa bile, sigorta kapsamı dışında bırakılacaktır.

3.2.2.3. Para Biriminin Önemli Olmaması

Tasarruf mevduatının sigortaya tabi olabilmesi için, TL cinsinden parayla işlemesi şart değildir. Tasarruf mevduatı niteliğini haiz altın depo ve döviz tevdiat hesapları da mevduat sigortası kapsamına girmektedir (1143 sayılı BDDK kararı m.1/I). Ülkemizde, çoğu tasarruf sahibinin, birikimlerini yabancı para üzerinden korumaya çalıştıkları dikkate alındığında, bu düzenleme şeklinin ülkemiz gerçeklerine de uygun düştüğünü söylemek mümkündür. Ancak, TL mevduatı teşvik etmek amacıyla, döviz tevdiat hesaplarının mevduat sigortası kapsamından çıkarılması da söz konusu olabilir.

3.3. Off-Shore Hesaplardaki Paranın İade Edilmemesinden Sorumluluk

3.3.1. Offshore İşlemlerinde Bankaların Yükümlülükleri

Bankalar Kanunu hükümlerine göre, Offshore hesapların açılışında işleme aracılık eden muhabir bankanın uyması gereken hususlar şunlardır:

1. İşlemin Offshore bankası adına yapıldığını bildirme
2. Offshore hesapların mevduat güvencesi dışında olduğunu açıklama
3. Banka personeline müşterilerin Offshore hesaba yönlendirilmesini sağlayacak teşvikler vermeme

3.3.2. Offshore İşlemlerinde Bankaların Sorumluluğu

Offshore hesaplarındaki paranın vadesi geldiğinde veya mevduat sahibinin talebi üzerine geri ödenmesi halinde herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Ancak, bazı hallerde mevduat sahibine ödeme yapılmamakta ve muhabir banka ile aynı ülkede olan mevduat sahibi karşı karşıya gelmektedir.

3.3.2.1. Off-Shore Bankasının Sorumluluğu

Mevduat hesabının açıldığı Offshore bankasının bu mevduatı talep üzerine geri ödemekle yükümlü olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, mevduat sahibinin öncelikle hesabın açıldığı banka nezdinde girişimde bulunması gerekmektedir.

3.3.2.2. Offshore İşlemine Aracılık Eden Bankanın Sorumluluğu

3.3.2.2.1. Mevduat Sahibinin Bilgisi Dahilinde Off-Shore Hesap Açılması

Mevduat hesabının Offshore hesap niteliği taşıdığı hususunda mevduat sahibinin bilgisi bulunduğu hallerde, muhabir bankaya herhangi bir sorumluluk yüklemek mümkün değildir. Yargıtay da birçok kararında bu hususu vurgulayarak muhabir bankanın sorumluluk taşımadığı yönünde hüküm tesis etmiştir. “Davacının açıkça kabul ettiği ve dosyaya ibraz edilen delillerle de anlaşıldığı gibi paranın Off-shore hesabına havale edilmesi konusunda talimatı bulunduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Davalı bankada ise dava dışı ayrı bir tüzel kişiliği bulunan Y. Security Off-Shore Ltd.Şti.'nin temerküz hesabı bulunduğu, anılan hesapta mevduat hesaplarının üzerinde bir faiz oranı verildiği, zaten davacının da bu yüksek faiz oranı nedeniyle off-shore hesabı tercih ettiği bir gerçektir. Davalı Y. A.Ş. deki hesap sahibinin bu bankanın ayrı bir tüzel kişiliği olan Y. Security Off-Shore Ltd. Şti. olduğuna göre öncelikle davacının bu şirketten talepte bulunması gerekmektedir. Bu durumda dava henüz erken açılmış bir davadır” (Y. 11. HD. Tarih: 18.03.2003, E.2002/11135 K.2003/2518).

Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “3182 sayılı önceki Bankalar Kanununun 74 ve yürürlükteki 4389 sayılı Bankalar Kanununun 7/5 maddelerinde düzenlenen Off-Shore bankacılık ("kıyı bankacılığı" veya "dıştan dışa bankacılık") daha çok serbest bölgelerde faaliyet gösteren, ulusal bankacılık sisteminin dışında ve kanuni ihtiyatlar bakımından muafiyetler tanınmış, sözleşme faizi yönünden sınırlamalara tabi olmayan, diğer yasal sınırlamaların ise son derece yumuşatıldığı, vergi ve denetim kolaylıkları tanınan ve temel amacı yabancı para ve sermaye piyasalarıyla bütünleşme ve uluslararası bankacılık işlemleri hacmini genişletme amacı ile kurulan, bunun için de müşteri hizmetlerinde dinamizm ve esneklik sağlanan ve bankacılık lisansının alındığı ülkede ikamet edenlere kapalı olan bir bankacılık türüdür. Ülkemizde de, son yıllarda ulusal bankalar aracılığı ile tasarruf sahiplerince yurt dışındaki Off-Shore bankalarına hesap açtırma işlemlerinin yaygınlık kazandığı bilinmektedir. Borçlar Kanununun 1 inci maddesi hükmü uyarınca, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklamalarıyla yani hukuki bir sonucu sağlama amacı etrafında birleşmeleriyle sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Aynı Yasa'nın 18/1 maddesi hükmü ile de, bir sözleşmenin nitelik ve koşullarını belirlemede, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları deyimler ve tanımlara bakılmayarak gerçek ve ortak amaçlarını gözetmek gerekmektedir. Yani, sözleşme ilişkisini kuran irade açıklamalarının mahiyeti ve özü konusunda belirsizlik veya duraksama doğuran yönler varsa bunları aşabilmek için sözleşme taraflarının ortak ve gerçek amaçlarının ne olduğuna bakılarak yorum yapılması gerekir. Yorum, hukuki işlemde yer alan irade, açıklamalarının içeriği ve bunların hukuki sonuçlarının saptanmasıdır. Bu yapılırken, irade açıklamalarının özü ve sözleşme ilişkisi süreci boyunca tarafların davranışlarının gözetilmesi, şayet bu veriler yeterli olmazsa güven ve objektif iyiniyet ilkelerinin denetleyici-sınırlayıcı ışığı altında sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Somut uyuşmazlığa gelindiğinde, davacı karı-koca 09.09.1999 ve 15.09.1999 tarihlerinde TL. ve USD cinsinden tasarruflarını anılan Off-Shore şirketi hesabına havale edildiği açıklaması taşıyan (10.677 USD.ye

ilişkin makbuzda bu ibare yok) makbuzlarla davalı bankanın Ankara Şubesi'ne yatırarak aynı banka adına hesap açıldığını gösterir hesap cüzdanlarını almışlardır. Daha sonra, 14.10.1999, 20.10.1999 ve 18.11.1999 tarihlerindeki hesap vade bitimlerinde ulusal bankalarca uygulanan mevduat ve döviz tevdiat faiz oranlarının çok üzerinde faizler uygulanarak, bunun sonucu oluşan artışlar hesap cüzdanlarına işlenmiş ve davacılarca da dava dışı Off-Shore bankası hesabından yapılan bu işlemlere herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Diğer deyişle, davacılar yüksek faiz getirili ve fakat Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kapsamı ve güvencesi dışında kalan bu hesap türünü seçip, benimsemişlerdir. Mahkemece, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce davalılardan ... bank A.Ş. ve B. Holding A.Ş. yetkilileri ile A.B. hakkında düzenlenen iddianame, İstanbul 5 nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 2001/17 sayılı derdest dava dosyasında yer alan bir kısım sanık savunmaları, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve Bankalar Yeminli Murakıplar Kurulu raporu ile ... bank A.Ş.'nin iç yazışma ve seminer faaliyetlerinden, ... bank A.Ş.'nin dönemsel hedef tablolarında Off-Shore hesaplarının da yer alması, Off-Shore konusunda banka personeline seminerler düzenlenmesi ve davacıların BK.nun 457 nci maddesi hükmü ve bankacılık uygulamalarına uygun havale talimatı vermemiş olmaları gibi olgulardan hareketle, işlemi yapan davalı banka ile dava dışı K.K.T.C.deki Off-Shore şirketi arasında bir kısım yöneticilerin de aynı kişiler olmasının da gösterdiği üzere organik bağ bulunduğu ve birbirlerinin uzantısı durumunda oldukları, bu işlemin de olağan mevduat hesapları ile aynı güvencelere sahip olduğu görüntüsü yaratıldığından, yarattığı güvenin zorunlu kaldığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması gerektiği kanısına varılarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davacıların yukarıda belirtilen tarihlerden önce davalı ... bank A.Ş. nezdinde hesaplarının bulunmaması, para yatırma tarihlerinden itibaren işlemin anılan Off-Shore şirketi muhatap alınarak gerçekleştirildiğinin bilindiğinin hesap cüzdanları içerikleri nedeniyle kuşkusuz bulunduğu, davalının bu ilişkideki işlevinin Off-Shore hesabına aracılıktan ibaret olduğu savunmasının aksine, davacılar tarafından alınan paraların davalı ... bank A.Ş. bünyesinde tutularak kullanıldığı şeklindeki mahkeme kabulü, banka kayıtları incelenmeden varılması mümkün olmayan bir yorum tarzı olması nedeniyle bu görüşe iştirak edilmesi bu aşamada mümkün değildir. Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle, davacıların öncelikle hesapların adına düzenlendiği Off-Shore Bankası olan ve Kıbrıs'ta mukim ... Security Off-Shore Ltd.Şti.ne başvurmadan, iş bu davanın o banka adına işlem yaptığını savunan ... bank aleyhine açılması ve böyle bir davanın bu aşamada dinlenmesi de mümkün değildir" (Y. 11. HD. Tarih: 08.11.2002, E.2002/6877 K.2002/10121).

3.3.2.2 Muhabir Bankanın Sorumluluk Taşındığı Haller

Mevduat sahibinin talimatı olmaksızın hesaptaki paranın Offshore bankasına aktarılması halinde muhabir banka, hesaptaki parayı usulsüz bir şekilde üçüncü bir kişiye ödemiş olduğundan mevduat sahibine karşı sorumlu olacaktır (Y. 11. HD. Tarih: 02.07.2001, E.2001/3847 K.2001/6016). Buna karşılık, mevduat hesabındaki paranın talimat olmaksızın Offshore hesaba aktarılması halinde, banka, taraflar arasında mevcut olan mevduat sözleşmesini ihlal etmiş olacaktır. Bu ihtimalde, bankanın sorumluluğu, BK.m.96 vd. hükümlerine tabi olacağından, mevduat sahibi, paranın aktarıldığı

Offshore bankasına başvuruda bulunmasına gerek olmadan doğrudan doğruya muhabir bankaya karşı dava açarak alacağını tahsil edebilir. Ancak, Offshore hesap açılmasına ilişkin olarak müşteri tarafından talimat verilmemiş olsa bile, daha sonradan işleme icazet verildiği anlamına gelen davranışlarda bulunan (örneğin teslim aldığı Offshore hesap cüzdanına ses çıkarmayan) müşterinin muhabir bankaya karşı talepte bulunamayacağını kabul etmek gerekir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.07.2001 tarihli kararına konu olayda, gözleri görmeyen mevduat sahibine ait bir vadesiz mevduat hesabındaki para, Offshore hesaba aktarılmış, mevduat sahibi, durumdan haberdar olmadığını iddia ederek paranın geri ödenmesi talebinde bulunmuştur. Yargıtay, bankadaki hesap hareketlerinin incelenerek banka tarafından talimat olmaksızın yapılan işlemlere karşı davacının nasıl bir tavır takındığının araştırılması gerektiğini karara bağlamıştır (Y. 11. HD. Tarih: 02.07.2001, E. 2001/3847 K. 2001/6016). Bu karardan hareketle, mevduat sahibinin talimatı olmadan açılan Offshore hesaplarında, bankanın usulsüz işlem yapılması nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir. Benzer şekilde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.11.2001 tarihli kararında da, Offshore hesap açılmasında, müşterinin talimatı olmasa bile hesap cüzdanını aldığı anda itirazda bulunmayarak işleme icazet verdiğinin kabul edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (Y. 11. HD. Tarih: 19.11.2001, E.2001/6126 K.2001/9146).

Muhabir banka beyan yükümlülüğünü ihlal ederek mevduat sahibini aydınlatmaksızın Offshore hesaba para aktarmışsa yine sorumlu olacaktır. Muhabir bankanın hesabın mevduat güvencesi olduğu yönünde bir beyanda bulunarak mevduat sahibini yanıltması, BDDK kararı uyarınca gerekli duyuruları yapmaması gibi hallerde, muhabir bankanın şahsi sorumluluğu yoluna gitmek gerekir. Mevduat sahibi, işlemi yapan bankada değil de, yurt dışında kurulu bir bankada güvencesi olmayan bir Offshore hesap açtığı hakkında bilgilendirilmemiş veya bankadaki mevduatı bu kişinin talimatı dışında Offshore hesaba aktarılmışsa, muhabir bankanın sorumlu tutulması gerekir. Ancak, bu iki durumdaki sorumluluk farklı nedenlerden kaynaklanmaktadır. Banka, bilgi verme yükümünü ihlal ettiği takdirde, müşteriye karşı işlediği haksız fiilden dolayı BK.m.41 vd. hükümleri gereğince sorumlu olacaktır. Bu durumda, müşterinin muhabir bankaya karşı bir talepte bulunabilmesi için, bankanın kusurlu olduğunu ve bu fiilden dolayı bir zarara uğradığını ispat etmek zorunda kalacaktır.

Banka personelinin, şubeye gelen müşterilere kendi bankasında mevduat hesabı açtırmak yerine Offshore hesaba yönlendirmesi ve daha sonradan bu bankanın hesaptaki parayı geri ödememesi halinde, meydana gelen zarardan işleme aracılık eden bankayı sorumlu tutmak mümkün müdür? Bu noktada, muhabir bankanın, sadece aracılık hizmeti verdiği ve mevduat sahibi tarafından teslim edilen paraları Offshore bankasına ulaştırmak suretiyle yükümlülüklerini yerine getirdiği dikkate alındığında, muhabir bankanın taraflar arasındaki havale ilişkisinden dolayı sorumlu tutulamayacağı kabul edilecektir. Ancak, mevduat sahibini Offshore hesaba yönlendiren banka personeli ile muhabir bankanın işledikleri haksız fiilden dolayı sorumlulukları gündeme gelebilir. Bir kişinin haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hukuka aykırı bir davranışla karşı tarafı zarar vermesi gerekir (Bk.m.41). Banka personelinin müşteriyi Offshore hesaba yönlendirmiş olması, hukuka aykırı bir davranıştır. Zira, Bankaların Kuruluş ve

Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik m.12 uyarınca, “bankaların, kıyı bankacılığı bölgesindekiler dahil yurt dışında kurulu iştirakleri veya başka mali kurumlar adına yurtiçinde yerleşik kişilerden mevduat kabulü amacıyla; formülerler bulundurmaları, münhasıran bu iş için personel istihdam etmeleri, bu iştirakler veya başka mali kurumlar adına toplanacak mevduat üzerinden personele ücret, komisyon, prim ve benzeri adlar altında para ödemek veya personele bu iştiraklerin reklam ve propagandasını yaptırmak suretiyle müşterilerini yurt dışındaki iştiraklerine yönlendirmeleri, bu ve benzeri yöntemler kullanarak yurt dışında kurulu iştirakleri veya başka mali kurumlar adına mevduat toplamaları, Kanununun 10 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmü kapsamında izinsiz mevduat kabulü sayılır. Türkiye’de kurulu bankalar, mevduatı kıyı bankacılığı dahil yurtdışındaki şubelerine, yabancı bankaların Türkiye’de faaliyet gösteren şubeleri ise bağlı buldukları gruba ait şube veya diğer mali kurumlara yönlendirmek amacıyla yukarıda belirtilen işlemleri yapamazlar”.

Hemen belirtelim ki, bir bankanın muhabir banka sıfatıyla yurt dışında kurulu bir Offshore bankası adına işlem yapması hukuka aykırı nitelik taşımaz (Çeker, 2004;277). Bu tür işlemlerde, hukuka aykırı olan, müşterinin Offshore hesaba yönlendirilmesidir. Banka tarafından bu tür bir yönlendirme yapılmadığı sürece, muhabir bankanın sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir (Y. 11. HD. Tarih: 23.09.2002, E.2002/3887 K.2002/8045). Ayrıca, mevduat sahibi, bu hukuka aykırı davranış sonucunda herhangi bir zarara uğramamışsa, muhabir banka ve personeline karşı herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Buna göre, mevduat sahibinin zarara uğradığını kabul edebilmek için, öncelikle hesabı açtığı Offshore bankasına başvurması ve bu bankadan alacağı tahsil amacıyla bütün hukuki yolları takip ettiği halde, bu bankadan alacağını alamamış olması gerekir. Nitekim, konuya ilişkin Yargıtay kararlarında da, Offshore işlemlerinde işlemi yapan muhabir bankanın, mevduat sahibine karşı sorumluluğu reddedilmemekle birlikte, mevduat sahibinin öncelikle kıyı bankasına başvurarak alacağını tahsile girişmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Kanaatimizce, mevduat sahibi, Offshore hesaplar hakkında bilgilendirilmiş olduğu sürece bankanın sorumluluğu yoluna gitmek mümkün değildir. Bu kapsamda, bankanın Offshore hesabın mevduat güvencesi dışında olduğunu ilan etmiş olması sorumluluktan kurtulması için yeterli sayılmamalıdır. Ayrıca, Offshore hesabın, kendi güvencesi altında olmadığını beyan etmeli, yanlış anlamalara sebep olacak davranışlardan kaçınmalıdır. Örneğin, bankanın diğer mevduat sahiplerine verdiği hesap cüzdanı ile Offshore hesaplarda teslim edilen cüzdanların birbirine çok benzemesi, bankanın kusurlu kabul edilmesi için yeterlidir.

KAYNAKÇA

- Ayhan, R.; Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği, Prof.Dr.N.Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üni. HFD., C.1 (1997), S.2, s.31 vd.
- Aymergen, Y./Babuğu, Ő./İnanç, C./Savaş, M.; Mevduat Sigorta Sistemi ve Türkiye İçin Model Önerisi, İstanbul 1996.
- eker, M.; Hukuki Yönuyle Banka Mevduatı, Adana 2004.
- Karayaın, Y.; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankalar ve 70 Sayılı KHK Sempozyumu, Ankara 1984, s.285 vd.
- Sarıbrahimoğlu, Y.S.; Offshore Bankacılığı, İstanbul 2001.
- Turanboy, A.; Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı, Batider, C.XXI (2001), s.65 vd.