

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM),
yılda iki kere yayımlanan uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)
is an internationally peer-reviewed journal published twice a year.

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin tarandığı endeksler:

Ulusal Endeksler: ULAKBİM TR Dizin ve ASOS INDEX

Uluslararası Alan Endeksleri: European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS),
ICI Journals Master List

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is indexed in

National Indexes: ULAKBİM TR Index, ASOS Index

International Indexes: European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS)
ICI Journals Master List



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin erişilebildiği veritabanları:
HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is included in
HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)
database.





ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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,
- Çeviriler,
- Karar tahlilleri,
- Kitap tahlilleri 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.aybu.edu.tr/tfm>
Makale gönderim / Article submission: <https://dergipark.org.tr/tfm>
İletişim / Contact: tfm@ybu.edu.tr

TFM

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

C. 10 • S. 2 • Aralık 2024



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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

Sahibi/Owner

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)

Editör Yardımcıları/Assistant Editors

Arş. Gör. Halil İbrahim AKCAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule İŞİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Ayşenur MAMAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/Editorial Board

Prof. Dr. Zekeriyya ARI (Uludağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Said GULYAMOV (Taşkent Devlet Hukuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Rauf KARASU (Hacettepe Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. İslambek RUSTAMBEKOV (Taşkent Devlet Hukuk Üniversitesi)
Doç. Dr. Cahit SULUK (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM),
ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX, European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) ve
ICI Journals Master List'te taranan,
EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE ve JURIX 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, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM, TR Index, ASOS Index,
European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) and ICI Journals Master List,
also included in EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE and JURIX database.*

Yayın Tarihi/Date of Publication : Ocak 2025/January 2025
Yayın Türü/Publication Type : Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical
İletişim Bilgileri/Contact Information : Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Keçiören/ANKARA-TÜRKİYE
Elektronik Ağ/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>
E-posta/E-mail : tfm@ybu.edu.tr
Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/ : <http://www.dergipark.org.tr/tfm>
Article Submission and Author Guidelines

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), ticaret ve fikri mülkiyet hukuku alanları ile bunlarla bağlantılı bilimsel çalışmaları desteklemeyi ve bu suretle ekonomik ve sosyal gelişmeye katkı yapmayı amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at promoting commercial and intellectual property law along with all academic works in these fields and thereby at contributing to economic and social development.*

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.*

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin yazım kuralları, etik ilkeleri ve yayın politikası için derginin resmî sitesini, www.dergipark.org.tr/tfm adresinden ziyaret ediniz.

For the publication guideline, ethical principles and publishing policy of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM), please visit the official website, at www.dergipark.org.tr/tfm

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD^(*)

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/University, Antalya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Jan LIEDER	Albert-Ludwigs University of Freiburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Feyzan Haya! ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	ASBÜ/Social Sciences University of Ankara, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aynur YONGALIK	Atılım Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON	Bilgi Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mertol CAN	Çankaya Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi/University, Adana-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi/University, Kayseri-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT	İ.D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ	İ.D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey (Em.)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	İzmir Ekonomi Üniversitesi/University, İzmir-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Şafak NARBAY	Sakarya Üniversitesi/University, Sakarya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/University, Isparta-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Christoph ANN	Technical University of Munich/Almanya/Germany
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	Tilburg University, Tilburg-Hollanda/Netherlands
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/University, Bursa-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./IIUM, Kuala Lumpur-Malezya/Malaysia
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	University of Köln, Köln-Almanya/Germany (Em.)
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	University of Regensburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	Yeditepe Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey

^(*) Üniversite adına göre sıralı/Sorted by the name of university

EDİTORYAL

TFM, 2015 yılında, ticaret ve fikri mülkiyet hukukunun temas ettiği bütün alanlara hitap eden bir akademik platform olma hedefiyle yola çıktı. TFM, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku kürsüsünün, yegâne sermayesi meslek aşkı olan, bizim kısaca “TFM Ekibi” adını verdiğimiz, birbirinden heyecanlı bir avuç öğretim elemanı tarafından kuruldu. TFM ile birlikte planladığımız ticaret ve fikri mülkiyet hukuku uluslararası sempozyumlarında dünyanın farklı ülkelerinden çok sayıda misafir akademisyeni ağırladık. Toplantılar yerli ve yabancı, genç ve tecrübeli akademisyenleri buluşturan uygun bir zemin oldu.

Gerek TFM gerekse sempozyumların sizlerle buluşmasında üniversite ve fakültemiz yönetimleri ilk günden beri sürekli olarak bizlerle oldu. Bazı sayılarda baskı maliyetlerini üstlenen özel sektörden çeşitli kurumlar TFM’nin Türkiye ve dünyadaki birçok noktaya ulaşmasına vesile oldu. Bu desteklerin tamamına minnettarız.

Bugün, TFM Ekibi’nin özverili çalışmalarıyla ortaya çıkan dergimizin 20. sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Böylece ilk sayıdan bu yana yaklaşık 200 makale sizlerle buluşmuş oldu. Bu konuda en büyük teşekkürü elbette yazılarıyla TFM’nin vücut bulmasına vesile olan yazarlarımıza borçluyuz. Bu sayımızdaki on makale arasında ağırlığı fikri mülkiyet hukuku çalışmaları oluşturuyor. Bunun dışında dergide rekabet, ticari işletme ve şirketler hukuku alanından çalışmalar da bulabilirsiniz.

TFM’nin 20. sayısı benim için bir son sayı konumunda. Bu sayı ile birlikte TFM’deki tüm görevlerimden de ayrılmış oluyorum. TFM’nin bundan sonra daha iyi noktalara geleceğine inancımla, onu sahiplenen ve destekleyen tüm kürsü arkadaşlarıma, dergimizin yayın ve danışma kurulu üyelerine, yazar ve hakemlerine, özellikle TFM konusunda fikirleriyle bizi teşci ve motive eden tüm meslektaşlarıma teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

EDITORIAL

TFM was launched in 2015 with the aim of becoming an academic platform covering all areas of commercial and intellectual property law. TFM was founded by a handful of enthusiastic members of the Commercial Law Department at the Faculty of Law, Yildirim Beyazıt University, whose only capital is their love for their profession and whom we call the “TFM Team”. In the international symposia on commercial and intellectual property law that we have organised with TFM, we welcomed many guest academics from different countries around the world. The meetings provided an excellent forum for bringing together local and foreign, young and experienced academics.

The administration of our University and of our Faculty have been with us from the very first day in bringing both TFM and the symposia to you. Various institutions in the private sector, which bore the printing costs of some issues, have helped TFM reach many places in Turkey and the world. We are grateful for all this support.

Today we are delighted to present you with the 20th issue of our journal, the result of the dedicated work of the TFM team. This issue brings the total number of articles published since the first issue to around 200. Of course, we owe the biggest thanks to our authors, whose articles have brought TFM to life. Among the ten articles in this issue, studies on intellectual property law predominate. In addition to these, you will find articles on competition, commercial and company law.

The 20th issue of TFM is the last issue for me. With this issue, I will be leaving all my duties at TFM. Believing that TFM will achieve greater success in the future, I would like to thank all my colleagues who have embraced and supported TFM, the members of the editorial and advisory board of our journal, the authors and referees, and especially all my colleagues who have encouraged and motivated us with their ideas about TFM.

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

TÜRK REKABET HUKUKUNDA İSPAT STANDARDI

STANDARD OF PROOF IN TURKISH COMPETITION LAW

Prof. Dr. Murat BALCI - Muhammed Emirhan HAVAN 187

MARKA TESCİLİNDE AYNİYET VE AYIRT EDİLEMEYECEK KADAR BENZERLİĞİN MUTLAK RET NEDENLERİ ARASINDA YER ALMASI VE KAMU YARARI İLE İLİŞKİSİ - YARGI KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

IDENTITY AND INDISTINGUISHABLE SIMILARITY AS ABSOLUTE GROUND FOR REFUSAL IN TRADEMARK REGISTRATION AND ITS RELATION TO PUBLIC INTEREST - A STUDY IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK - Ahmet Şevki DAĞKIRAN 203

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN ACENTENİN KUSURU SEBEBİYLE MÜVEKKİL TARAFINDAN FESHİ HALİNİN DENKLEŞTİRME TALEBİ BAKIMINDAN YENİDEN DÜŞÜNÜLMESİ

RECONSIDERATION OF THE CLIENT'S TERMINATION OF THE AGENCY AGREEMENT DUE TO THE AGENCY'S FAULT IN TERMINATION WITH REGARD TO THE GOODWILL INDEMNITY

Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU 215

GELENEKSEL OLMAYAN TELİF HAKLARI VE AVRUPA BİRLİĞİNDE VERİLMİŞ BAZI KARARLARIN TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA İNCELENMESİ

NON-CONVENTIONAL COPYRIGHTS AND ANALYSIS OF SOME JUDGEMENTS IN THE EUROPEAN UNION WITH REGARD TO TURKISH LAW

Av. Aslı ETAN 231

CYBERSYMBIOSIS OF HUMAN JUDGES AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: PROBLEMS AND POTENTIAL SOLUTIONS FOR INTEGRATION AND FOR THE SUCCESSFUL MODERNIZATION OF THE JUDICIAL SYSTEMS OF THE BRICS COUNTRIES

İNSAN HAKİMLERİN VE YAPAY ZEKÂNIN SİBER SİMBİYOZU: BRICS ÜLKELERİNİN YARGI SİSTEMLERİNİN ENTEGRASYONU VE BAŞARILI MODERNİZASYONU İÇİN SORUNLAR VE OLASI ÇÖZÜMLER

Prof. Dr. Said S. GULYAMOV 249

ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANTIYA ÇAĞRILMASI

INVITATION TO THE MEETING OF THE SPECIAL BOARD OF PREFERENTIAL SHAREHOLDERS IN JOINT-STOCK COMPANY

Arş. Gör. Dr. Osman KARAKÖSE 263

YOKSUN KALINAN KAZANÇ HESAP YÖNTEMİNE İLİŞKİN SEÇİMLİK HAKKIN NE ZAMAN KULLANILACAĞI SORUNU

THE ISSUE OF WHEN TO EXERCISE THE RIGHT TO CHOOSE THE METHOD USED TO CALCULATE LOST PROFITS

Av. Turan KOCAKAYA - Av. Duru Helin OZANER 279

TİCARET SİCİLİ KAPSAMINDAKİ FAALİYETLERİN KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF ACTIVITIES WITHIN THE SCOPE OF TRADE REGISTRY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW

Av. Alperen KORKMAZ 297

TELİF HUKUKUNDA MİMARİ PROJE VE MİMARLIK ESERİNDE KORUMANIN FARKI

THE DIFFERENCE BETWEEN ARCHITECTURAL PROJECT AND ARCHITECTURAL WORK PROTECTION IN COPYRIGHT LAW

Av. Doç. Dr. Cahit SULUK 317

GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARI BAKIMINDAN KİŞİ VE KURUMLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

TAXATION OF INDIVIDUALS AND INSTITUTIONS IN TERMS OF PRIVATE EQUITY INVESTMENTS

Arş. Gör. Yaren YİTKİN 329

Makaleler

Articles

TÜRK REKABET HUKUKUNDA İSPAT STANDARDI^(*)

STANDARD OF PROOF IN TURKISH COMPETITION LAW

Prof. Dr. Murat BALCI^(**)
Muhammed Emirhan HAVAN^(***)

Öz

Bir uyuşmazlığın tarafları iddialarına hukuki bir etki tanımak için bunları ispatlamak zorunda oldukları için ispat kuralları gerek kamu hukuku gerek de özel hukuk alanlarında önemli bir rol oynamaktadır. İspat kuralları temel olarak ispat standardı ve ispat yükü olmak üzere iki birbirini tamamlayan araçtan oluşmaktadır. İspat standardı, belirli bir iddianın başarılı biçimde ortaya konulmuş sayılması için karşılanması gereken ispat eşiğine işaret eder. İspat standardı rekabet hukuku uyuşmazlıklarında da masumiyet karinesi ve rekabet hukukunun etkin biçimde uygulanması üzerinden iki taraflı ilişkisi yüzünden önemli bir rol oynar. Bu çalışma altında Türk rekabet hukukundaki ispat standardı uygulamaları Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) nezdindeki benzer davalar ile karşılaştırmalı biçimde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Rekabet Hukuku, İspat Standardı, Masumiyet Karinesi, Adil Yargılanma Hakkı.

Abstract

Since the parties of a dispute shall prove their allegations in order to render them legally effective, rules on proving regime plays a critical role both in public law and private law proceedings. Proving rules are principally composed of two complementary instruments: standard of proof and burden of proof. Standard of proof relates to the threshold to be met to for a particular allegation to be deemed to have been successfully established. Standard of proof plays a crucial role in competition law disputes as well because of its double-sided engagement with the presumption of innocence and an effective enforcement of competition law. Under this submission, we will discuss the implications of standard of proof in Turkish competition law by comparing analogous examples from the European Court of Justice (ECJ).

Keywords

Competition Law, Standard of Proof, Presumption of Innocence, Right to a Fair Trial.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 25.05.2024 / Kabul Tarihi: 25.09.2024).

^(**) Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye, (E-posta: balci53@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8506-7911).

^(***) Fribourg Üniversitesi doktora adayı ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti bursiyeri, (E-posta: emirhanhavan@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6210-3337).

Atıf/Citation: Balci, Murat & Havan, Muhammed Emirhan (2024), "Türk Rekabet Hukukunda İspat Standardı", TFM, C: 10, S: 2, s. 187-201.

I. GİRİŞ

İspat kuralları kişilerin doğrudan adil yargılanma haklarını ilgilendirdiği için bunların kanun koyucu tarafından nasıl düzenlendiği ve özellikle mahkemelerce nasıl uygulandığının tespiti oldukça önemlidir. Diğer bir taraftan ispat kuralları en temel bireysel haklar arasında sayılan masumiyet karinesi ile doğrudan ilişki içindedir. Rekabet hukuku açısından baktığımızda da durumun daha farklı olmadığını söylemek mümkündür. Rekabet soruşturmaları neticesinde rekabet otoriteleri tarafından verilebilecek cezaların ağırlığı göz önüne alındığında kişilerin savunma haklarının korunmasının ne kadar önemli olduğu daha iyi fark edilecektir¹.

İspat kuralları dendiğinde iki kurumun bir-birinden net biçimde ayrılması tartışmanın doğru anlaşılabilmesi için önemlidir. Bunlar ispat yükü (*burden of proof*) ve ispat standardıdır (*standard of proof*). İspat yükü uyumsuzluk konusu bir hususun kim tarafından ispatlanması gerektiğini düzenlemektedir². Eğer ispat yükü altında olan kişi ilgili hususu ispatlayamazsa artık diğer taraftan bu hususun aksini ispatlaması beklenmeyecektir. İspat standardı ise ispat yükü altında olan tarafın ilgili hususu ne derecede ispatlaması gerektiğini düzenler. Başka bir deyişle karar vermeye yetkili mercii hangi ispat derecesinden sonra bir vakanın varlığı veya yokluğu konusunda kani olmuş sayılacağı ispat standardı ışığında çözüme kavuşturulur³.

Gerek ispat yükü gerek de ispat standardı farklı hukuk alanlarında farklı düzenlenebilir. Ancak genel hatları ile ispat yükünün iddia sahibine ait olduğunu tespitinde bulunulabilir⁴. Özellikle masumiyet karinesinin sıkı biçimde uygulandığı ceza hukuku yargılamaları bakımından iddia makamı sanığın suçluluğunu ortaya koymadığı sürece sanığın masum sayılacağı kabul edilmiştir. Masumiyet karinesinin rekabet hukuku bakımından yansımaları ise aşağıda ele alınacaktır. Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden ispat standardı, ispat yükü altında olan tarafın getirdiği delillerin gerek niteliğine gerek de niceliğine bağlı olabilir⁵. İspat standardı bakımından ise en temelde iki farklı ispat standardı derecesi olduğu tespitinde bulunulabilir⁶. Bunlardan ilki daha çok ceza yargılamaları bakımından karşımıza çıkan makul şüphenin ötesinde ispattır. Buna göre iddia edilen husus bütün makul şüpheler giderildikten sonra ispatlanmış sayılacaktır⁷. İddia makamı sanığın isnat edilen suçu işlediğini neredeyse kesin biçimde ortaya koymadan bir cezaya hükmedilememektedir. Bu şekilde sanığın masumiyet karinesinden etkin biçimde yararlanması temin edilmiş olur. Ceza hukukundaki yaptırımların ağırlığı dikkate alındığında bu hususun birey hakları ve hukuk devleti ilkesi için de önemli bir yer işgal ettiği daha iyi görülür. Diğer ispat standardı ise daha çok özel hukuk yargılamalarında karşımıza çıkan ihtimaller dengesi standardıdır. Buna göre ise ileri sürülen bir hususun doğru olma olasılığı yanlış olma olasılığından daha yüksek derecede ispatlanmışsa bu yeterli kabul edilecektir⁸. Yukarıdaki örnek ile bağdaştırırsak bir hususun doğru olma olasılığı en azından %50,1 olacak kadar ispatlanmışsa bu yeterli kabul edilecektir. Özel hukuk uyumsuzluklarında ceza hukukunda karşımıza çıkan özellikle hürriyeti sınırlandırıcı yaptırımlar görülmez. Keza özel hukukun amacı ceza hukukundan farklı olarak hukuka aykırı bir fiili cezalandırmaktan ziyade bir zararı genellikle bir tazminat yolu ile gi-

¹ Rekabet hukukunda ispat kavramının kullanımı hakkında eleştirel bir görüş için bkz. Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, 'Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları' [2011] Rekabet Dergisi 75, 83-84; Ali Cem Budak, 'AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat', *Perşembe Konferansları* (Rekabet Kurumu 2004) 150 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyn10.pdf>>.

² İspat yükü hakkında bir tanım için bkz. Gürkaynak ve diğerleri (n1) 70-81.

³ Benzer yönde bkz. Burcu Can, 'Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı' (Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu 2012) 5 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/136-pdf>>. İspat standardı Türk mahkemeleri tarafından da doğrudan kullanılan bir kavramdır. Örneğin Ankara 6. İdare Mahkemesi bir kararında ispat standardını şu şekilde tanımlamıştır: "İspat standardı genel olarak, bir yetkili mercii veya yargı organlarının belirli bir davada bir görüşe varmadan önce karşılamak zorunda olduğu asgari sabitlik düzeyini ifade etmektedir." bkz. Ankara 6. İdare Mahkemesi, 18.12.2019, 2019/2625 K.

⁴ Aynı sonuca Türk Medeni Kanunu m.6 üzerinden de varmak mümkündür, bkz. Gürkaynak ve diğerleri (n1) 80.

⁵ Can (n3) 10.

⁶ Buna karşın doktrinde bir görüş bu konuda üçlü bir sınıflandırmaya giderek "açık hata standardı" adına bir ispat standardına daha yer vermiştir, bkz. Can (n3) 12.

⁷ Bu ispat standardı hakkında açıklamalar için bkz. Can (n3) 13.

⁸ Can (n3) 12.

dermektir. Bu yüzden özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından ceza hukukunda aranan seviyede bir ispat standardı aranmasına gerek olmaz.

Rekabet hukuku yargılamaları çok yüksek para cezaları öngörebilmesi nedeniyle⁹ hem cezalandırıcı hem de caydırıcı bir işleve sahiptir¹⁰. Ancak hürriyeti kısıtlayıcı cezalara hükmedilememesi ve davaların idari yargı yerlerinde görülmesi bakımından doğrudan ceza hukukunun konusunun teşkil etmediğinin de kabul edilmesi gerekir. Buna karşın yukarıda bahsettiğimize hususa paralel olarak kararların tazminattan ziyade caydırıcılık ve ceza işlevine sahip olması rekabet hukuku uyuşmazlıklarının özel hukukun bir parçası olarak sayılmasına da engel olmaktadır. Bu bakımdan rekabet hukuku uyuşmazlıkları için uygulanacak ispat standardının sadece ait olduğu yargı kolu üzerinden tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Rekabet hukukunda ispat standardının tartışılmasının arkasında yatan bir diğer neden ise ülkelerin rekabet politikaları ile yakından ilgilidir. Bu yüzden ülkeler rekabet hukuku politikalarında Tip-1 ve Tip-2 hataları arasında bir denge kurmaya özen göstermektedirler. Tip-2 hatası rekabet hukukuna aykırı eylemlerde bulunduğu için aslında ceza alması gerekirken kişinin ceza almamasını ifade eder. Tip-1 hatası ise bir eylemin aslında rekabete aykırı olmamasına rağmen cezalandırılmasıdır¹¹. Başka bir ifadeyle Tip-1 hatala-

rının artması piyasanın gerekli olduğundan çok daha fazla kısıtlanmasına, Tip-2 hatalarının artması ise etkin bir rekabet denetiminin yapılamamasına neden olur. Eğer Tip-1 hatalarla mücadelede aşırıya kaçılırsa bu Tip-2 hatalarının artmasına, Tip-2 hataları ile mücadele ölçsüz davranılması ise Tip-1 hatalarının artması ile sonuçlanır. Bu yüzden rekabete aykırı eylemlerle mücadelede bu ikisi arasında doğru bir orana göre politikaların belirlenmesi oldukça önemlidir. İspat standardı tartışmaları ise bu doğru oranın bulunarak Tip-1 ve Tip-2 hatalarının olabilecek en elverişli biçimde azaltılmasına yardımcı olacaktır. Çünkü rekabet otoritelerinin altında buldukları ispat standardı ne kadar düşük tutulursa piyasa katılımcılarının cezalandırılması o kadar kolay olur. Bu durum piyasa katılımcılarının faaliyetlerini kısıtlamalarına neden olabilir¹². Doktrinde ABD’de Tip-2 hatalarının, AB’de ise Tip-1 hatalarının daha çok hoş görüldüğü tespitinde bulunmaktadır¹³.

Bu bakımdan ABD hukukunda ispat standardının daha da yüksek bir eşige konulduğu, böylece aslında rekabete aykırı olmayan davranışların cezalandırılmasından daha hassas biçimde kaçınıldığı¹⁴ çıkarımında bulunulabilir. Örneğin Toys R Us kararında Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi (yatay anlaşmalar için) dolaylı deliller kullanıldığında teşebbüsün bağımsız biçimde hareket etmiş olabileceği ihtimalini ortadan kaldıracak delillerin de mevcut olması gerektiğine karar vermiştir¹⁵. Keza başka bir

⁹ 2023 yılına dair Rekabet Kurumu istatistikleri uyarınca yıl boyunca Kurum vermiş olduğu 145 ihlal kararı için toplam 2.664.688.744,85 TL cezaya hükmetmiştir, bkz. ‘Kurul Kararlarının Kapsamı, Nitelik ve Sonuçlarına Göre Dağılımı-1 (Ocak-Aralık 2023)’ (Rekabet Kurumu 2023) Karar İstatistikleri <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/2023-yili-karar-istatistikleri-20240125134258896.pdf>>.

¹⁰ Rekabet hukuku ihlalleri için verilen cezalarda ihlallerden elde edilen karın değil, ilgili teşebbüslerin cirolarının dikkate alınmasının bu cezaların cezalandırıcı işleve sahip olduğunu gösterdiğini savunan görüş hakkında bkz. Armanç Canbeyli ve Sertaç Serter, ‘Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Temel Prensipler ve Güncel Uygulama Eğilimleri’ in Kerem Can Şanlı ve Dilan Alma (eds), *Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020* (1. basım, On İki Levha Yayıncılık 2021) 493.

¹¹ Jan Broulík, ‘Predictability: A Mistreated Virtue of Competition Law’ [2023] *Journal of Antitrust Enforcement* 1, 4; Canbeyli ve Serter (n10) 526. Tip-1 hatalarının teşebbüsler için doğurabileceği olumsuz sonuçlar hakkında bkz. Canbeyli ve Serter (n10) 498. Tip 1 ve Tip 2 kavramlarının öğretilerde tam tersi olarak kullanıldığı örnekler olsa da (bkz. Marco Bronckers ve Anne Vallery, ‘No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Righ-

ts on Certain Dogmas of EU Competition Law’ (2011) 34 *World Competition* 535, 549; Can (n3) 25) biz daha yoğun biçimde kullanılan yukarıdaki kullanımı tercih etmekteyiz.

¹² İspat standardının konumlandırıldığı yerin piyasaya doğrudan etkilerinin ekonomik bir analizle incelenmesi için bkz. Murat C Mungan ve Joshua Wright, ‘Optimal Standards of Proof in Antitrust’ (2022) 71 *International Review of Law and Economics* 106083.

¹³ Bronckers ve Vallery (n11) 550. Tip-1 hatalarının toplumsal maliyetinin, Tip-2 hatalarının maliyetine göre daha ağır olduğu, bu hususun rekabet hukukundaki ispat standardı tartışmalarında dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Canbeyli ve Serter (n10) 490, 526.

¹⁴ Örneğin bir davada aslında uyumlu eylem teşkil etmeyen faaliyetlerin cezalandırılmasının önüne geçilmesi için ek faktörlerin ortaya konmasının gerektiğine hükmedilmiştir, bkz. *In Re: Flat Glass Antitrust Litigation (MDL No 1200)* [2004] United States Court of Appeals, Third Circuit No. 03-2920.

¹⁵ *Toys Us Inc V Federal Trade Commission* [2000] United States Court of Appeals, Seventh Circuit No. 98-4107. Benzer yönde bkz. *Matsushita Electrical Industrial Co, Ltd v Zenith Radio Corp* [1986] US Supreme Court No. 83-2004.

kararında mahkeme rekabete aykırı anlaşma için “sadece bir zarar nedenselliği ihtimalinin” ötesine geçen bir iddianın varlığını aramıştır¹⁶. Benzer biçimde paralellik teşkil eden bir eylemin tek başına rekabet ihlaline neden olmayacağı, anlaşmanın varlığının da kesin olarak ortaya konmasının gerektiği ABD rekabet hukukunda kabul edilmektedir¹⁷.

İspat standardının nerede konumlandırıldığı Tip-1 ve Tip-2 hataları ile doğrudan ilgilidir. İspat standardının çok aşağıda tutulması Tip-1 hatalarını artırarak özellikle masumiyet karinesinin ihlaline neden olacak sorunların çıkmasına neden olabilir. İspat standardının çok yukarıda tutulması ise rekabete aykırı davranışlara karşın otoritelerin etkin bir mücadele yürütememesine neden olabilir. Zira rekabet hukukunda ispat sorununun diğer hukuk dallarından farklı özelliklere sahiptir. Rekabete aykırı faaliyetlerde bulunanlar çoğu zaman delillere rekabet otoritelerinden çok daha kolay erişim sağlayabilirler. *Proof proximity* adı verilen bu durum yüzünden rekabet otoritelerinin ispat yükünün soruşturulanlara nazaran daha hafif olması gerektiği savunulmaktadır¹⁸. Delillere yakın olmakla birlikte ele alınabilecek diğer bir husus da rekabete aykırı faaliyetlerde bulunan teşebbüslerin bu delilleri ortadan kaldırmak konusunda da çoğu zaman bir çaba içerisine girebileceğidir¹⁹. Bunun yanında kimi yazarlara göre rekabet hukukunda delillerin dağınık ve oldukça parçalı olması yüzünden, bunlar arasında bağlantıların kurulabilmesi, ancak rekabet otoritelerinin ve yargı mercilerinin karineler gibi araçlarla ispat yükümlülüklerinin hafifletilmesi ile mümkün olabilir²⁰. Ayrıca rekabet hukukunda ekono-

mik delillere diğer hukuk alanlarına nazaran çok daha sık biçimde başvurulmaktadır. Bu ekonomik deliller arasındaki bağlantıların kurulabilmesi, ekonomik delillerin karmaşıklığının giderilmesi ve hatta bazen birbiri ile çelişen ekonomik deliller arasında doğru olanın tercih edilebilmesi için rekabet otoritelerinin ispat yükünü hafifletecek karinelere başvurabileceği savunulmaktadır²¹. Buna karşın ispat standardının çok fazla düşürülerek ispat yükünün kolaylıkla rekabet otoritelerinden teşebbüslere geçmesinin özellikle uyumlu eylemler bakımından oligopol piyasalarda hukuki belirsizliğe neden olabileceği de değerlendirilmektedir²². Keza rekabet otoritelerinin geniş araştırma ve soruşturma yetkileri ile donatılmış olmasının rekabet uyumsuzluklarına uygulanacak olan ispat standardının özel hukuk uyumsuzluklarına uygulanan ispat standardından daha ağır olmasını gerektirdiği de savunulmuştur. Zira özel hukuk uyumsuzluklarının taraflarının bu otoriteler gibi bir kapsamlı araştırma ve soruşturma yetkileri bulunmamaktadır²³.

Görüldüğü gibi ispat standardı tartışması kendi içinde bir tarafında bireylerin masumiyet karinesinden yararlanma hakkı, diğer ucunda rekabetçi piyasanın korunması olmak üzere önemli bir menfaat dengesini barındırmaktadır. Aşağıdaki bölümlerde bu menfaat dengesinin Türkiye ve AB rekabet hukuk doktrininde nasıl kurulduğunu inceleyeceğiz.

II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA İSPAT STANDARDI

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.6 uyarınca rekabet ihlali iddiasında bulunan Kurum'un bu ihlali ortaya koymak bakımından ispat yükü altında bu-

¹⁶ *Bell Atlantic Corp v Twombly* [2007] Supreme Court of The United States No. 05-1126. Kararın bir incelemesi için bkz. Herbert Hovenkamp, 'The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond' [2010] Iowa Law Review Bulletin <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1811>.

¹⁷ *Theatre Enterprises v Paramount Distributing* [1954] US Supreme Court No. 19.

¹⁸ Cristina Volpin, 'The Ball is in Your Court: Evidential Burden of Proof and the Proof-Proximity Principle in EU Competition Law' (2014) 51 Common Market Law Review 1159, 1173-1176.

¹⁹ Volpin (n18) 1160. Bu gerekçe Rekabet Kurulu Kararlarında da kendisine zaman zaman yer bulabilmektedir, bkz. Rekabet Kurulu Kararı, 23.06.2022, 22-28/464-187 K., Karşı Görüş Yazısı.

²⁰ Bu yönde bir Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı için bkz. *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P)*, *Irish Cement Ltd (C-205/00 P)*, *Ciments français SA (C-211/00 P)*, *Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P)*, *Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P)* and *Cementir -*

Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) v Commission of the European Communities [2004] ECJ Joined cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P C-213/00 P C-217/00 P C-219/00 P [54]. Karteller bakımından benzer bir açıklama için bkz. Canbeyli ve Serter (n10) 490.

²¹ Kelvin Hiu Fai Kwok, 'The Standard of Proof in Civil Competition Law Proceedings' (2016) 132 Law Quarterly Review 541, 544-545; Joshua Yeung ve Alex Ch Yeung, 'The Neglected Nexus between Competition Law and Human Rights: Standard of Proof for Pecuniary Penalties' (2021) 41 Legal Studies 336, 336. ABAD mahkemelerinin ispat standardı bakımından farklı kararlarda farklı eşikler kullanmasının nedeninin bu zorluklar olduğunu söyleyen görüş için bkz. Gürkaynak ve diğerleri (n1) 86-88.

²² Gürkaynak ve diğerleri (n1) 112.

²³ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 115.

lunduğu tespiti yapılmaktadır²⁴. Ancak TMK m.6 ispat standardı hakkında bir hüküm getirmemektedir. Esasında ispat standardı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden ziyade Anglosakson hukuk sistemlerinde geliştirilmiş bir kavramdır²⁵. Hukukumuzda ise serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Buna göre hakim her uyumsuzluk özelinde getirilen delillerin iddia edilen hususları ispatlamaya yeterli olup olmadığını serbestçe takdir eder. Ceza muhakemesi hukukunda da geçerli olan delillerin hakimce serbestçe değerlendirilmesi ilkesi uyarınca hakim iddiaların yeterli biçimde delillendirilip delillendirilmediğini denetlerken (hukuka aykırı olmadığı sürece) her türlü delili kullanmakta özgürdür²⁶. Delillerin değerlendirilmesi neticesinde hakim, vicdani kanaatine göre karar verecektir, ki bu da ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sisteminin geçerli olduğuna işaret eder²⁷. Ancak bunun hakime mutlak bir özgürlük vermediğini, hakimın takdir yetkisinin sınırlarını en temelde savunma hakkı ve masumiyet karinesinin çizdiğini vurgulamak gerekir²⁸. Diğer bir taraftan, her ne kadar kanun koyucu tarafından ispat standardı doğrudan düzenlenmiş olmasa da, yargı yerlerinin adil yargılanma hakkı kapsamında karar vermek zorunda oldukları için ispat standardı değerlendirmesini yapmak zorunda kalabileceklerini de kabul etmek gerekir. Örneğin ceza hukukuna hakim olan şüpheden sanık yararlanır ilkesin ceza hukuku yargılamaları bakımından hakime yüksek bir ispat standardını uygulama görevi vermektedir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)²⁹ rekabet hukuku uyumsuzluklarında

Rekabet Kurumu'nun (Kurum) karşılaşması gereken ispat standardı hususunda açık bir düzenlemeye sahip değildir³⁰. Sadece RKHK m.4(3)'te Kurum'un rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığını doğrudan ispatlayamadığı durumlarda piyasanın özellikleri üzerinden bir uyumlu eylem olduğunu karine olarak kabul etmesi uyumlu eylemler özelinde ispat yükünü yer değiştirebilecek kolaylaştırıcı bir yol olarak dikkat çekmektedir. Ancak bu durumda da hangi ispat standardının bu karinenin kullanılmasına izin vereceği hususu açık değildir³¹. Doktrinde bu karinenin ancak ekonomik veriler üzerinden piyasada uyumlu eylem olduğundan başka bir sonuç çıkarılmayacak olması durumunda işletilebileceği savunulmuştur³². Bu görüş karinenin ancak makul şüphenin ötesinde ispatı sağladığında kullanılabileceğini savunmaktadır³³. Aksi bir görüş ise bu maddenin doğrudan ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran bir etkisinin olduğunu savunmaktadır³⁴. Buna karşın benzer bir karineye ABD rekabet hukukunda bilinçli olarak yer verilmediği tespitinde de bulunmaktadır³⁵.

Kurum'un vermiş olduğu cezalara karşı yargı yolu RKHK m.55 uyarınca idari yargı mercilerinde açıktır³⁶. Dolayısıyla Kurumun vermiş olduğu cezalara karşı açılacak davalarda İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)³⁷ uygulama alanı bulacaktır. RKHK'da olduğu gibi İYUK'ta da ispat standardına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın rekabet hukuku soruşturmalarında yargılama hukuku güvencelerinin gerek Türk Rekabet Kurulu (Kurul) gerek de Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadı bakımından uygulanması gerektiği tespitinde bulunmaktadır³⁸.

Bunun yanında Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6(2) mad-

²⁴ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 90.

²⁵ Can (n3) 11.

²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/399 K., 12.7.2023 T.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/106 K., 22.2.2023 T.

²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/399 K., 12.7.2023 T.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/106 K., 22.2.2023 T.

²⁸ Can (n3) 10; Laura Parret, 'Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases' [2008] TILEC Discussion Paper No. 2008-004 5 <<https://papers.ssrn.com/abstract=1088959>> s.e.t. 12 May 2024. Keza hakim delilleri serbestçe değerlendirirken akla, mantığa ve tecrübe kurallarına uygun bir karar vermekle yükümlüdür bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/399 K., 12.7.2023 T.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2023/106 K., 22.2.2023 T.

²⁹ Kanunun metni için bkz. <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/2-1-rekabetin-korunmasi-hakkinda-kanun-pdf>> s.e.t. 13 Mayıs 2024.

³⁰ Can (n3) 62; Gürkaynak ve diğerleri (n1) 78.

³¹ Can (n3) 69.

³² Can (n3) 70.

³³ Budak (n1) 152-153.

³⁴ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 92. İspat yükünün yer değiştirmesi ifadesinin teknik olarak yanlış bir kullanım teşkil ettiği yönünde bkz. Budak (n1) 152.

³⁵ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 94.

³⁶ Canbeyli ve Serter (n10) 499-500.

³⁷ Kanunun metni için bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>> s.e.t. 13 Mayıs 2024.

³⁸ Budak (n1) 140. Benzer yönde bkz. Canbeyli ve Serter (n10) 494.

desi masumiyet karinesini düzenlenmektedir³⁹. Her ne kadar madde esasen ceza hukuku yargılamalarını ilgilendirse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Engel kararından beri ceza hukuku kapsamına girmeyen yaptırımlara da masumiyet karinesinin uygulanabileceğine karar vermektedir⁴⁰. Buna göre mahkeme ilk olarak yaptırımın yerel hukuktaki sınıflandırmasına bakmaktadır. Eğer yerel hukuk yaptırımı ceza hukuku kapsamında inceliyorsa başkaca bir inceleme yapmadan masumiyet karinesi korumasını uygulamaktadır. Nitelendirmenin farklı bir şekilde yapılmış olması durumunda mahkeme yaptırımın doğasını inceleme konusu yapmaktadır. Eğer yaptırım bir zararı tazmin etmekten ziyade bir eylemi cezalandırmak için getirilmişse masumiyet karinesini uygulamaktadır. Ayrıca mahkeme verilen cezanın genel olarak ağırlığını da denetlemektedir. Ancak bu şartların hepsinin bir arada bulunmasına gerek olmadığını, şartlardan herhangi biri tek başına yaptırımın cezai olduğunu gösteremese bile şartlar bir arada değerlendirildiğinde yaptırımın cezai bir doğası olduğu sonucuna varılabiliyorsa bunun da yeterli olduğunu vurgulamak gerekir. Verilen idari para cezalarının ağırlığı nedeniyle rekabet hukuku cezalarının bu şartları çoğu zaman taşıyacağı tespitinde bulunulabilir. AİHM de Menarini davasından beri rekabet hukuku uyumsuzluklarına masumiyet karinesinden doğan korumayı uygulamaktadır⁴¹. Bu bakımdan doktrinde baskın olarak savunulan görüşün rekabet hukuku uyumsuzluklarına makul şüphenin ötesinde ispatı gerektiren ispat standardı olduğu tespitinde bulunulabilir⁴². Diğer bir taraftan piyasada etkin rekabetin sağlanmasının Kurum'un öncelikli görevlerinden olduğunu da belirtmek gerekir⁴³. Bu iki hukuki amaç arasında kurulacak doğru denge rekabet hukukunda ispat standardının nerede durması gerektiğini gösterecektir.

³⁹ Sözleşmenin metni için bkz. < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur > s.e.t. 13 Mayıs 2024.

⁴⁰ *Case of Engel ve diğerleri v the Netherlands* [1976] ECtHR Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

⁴¹ *Case of a Menarini Diagnostics S.r.l v Italy* [2011] ECtHR Application no. 43509/08. Benzer yönde bir açıklama için bkz. Gürkaynak ve diğerleri (n1) 88-89.

⁴² Gürkaynak ve diğerleri (n1) 90; Canbeyli ve Serter (n10) 499. Rekabet cezalarında AİHM uygulaması göz önünde bulundurulurken ispat standardının belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Canbeyli ve Serter (n10) 494.

⁴³ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 76.

III. AB REKABET HUKUKUNDA İSPAT STANDARDI

16 Aralık 2002 tarihli 1/2003 sayılı Anlaşmanın 81 ve 82. maddelerinde getirilen rekabete dair kuralların uygulanmasına ilişkin Konsey tüzüğü'nün 2. maddesi rekabet soruşturmaları bakımından Avrupa Birliği Komisyonunun (Komisyon) ispat yükü altında bulunduğunu açıkça düzenlemektedir⁴⁴. Fakat bu hükümde Komisyon'un bir ihlali ispatlamak için hangi ispat standardını karşılaması gerektiği hususu düzenlenmemiştir⁴⁵. Bu yüzden ispat standardı üye ülkelerin yerel hukuklarınca çözüme kavuşturulacaktır⁴⁶.

Ancak yine de özellikle ABAD içtihatları üzerinden AB hukukunda ispat standardının nerede durduğuna ilişkin bazı tespitlerde bulunulabileceği kanaatindeyiz. AB rekabet hukukunda ispat standardını anlamak için yukarıda temas ettiğimiz üzere masumiyet karinesinin AB hukukundaki yerinin anlaşılması yerinde olacaktır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere masumiyet karinesi AİHS'nin 6(2) maddesinde düzenlenmektedir⁴⁷. Ancak masumiyet karinesi AB mevzuatında doğrudan karşılığını Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.48'de bulmuştur⁴⁸. ABAD Schind-

⁴⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union 2012 (OJ C). Ayrıca bkz. Cani Fernández, 'Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The Intel Judgment' (2019) 10 Journal of European Competition Law & Practice 448, 448; Alexander Kornezov, 'Judicial Review of Commission Decisions and Judicial Protection' in Ekaterina Rousseva (ed), *Eu antitrust procedure* (First edition, Oxford University Press 2020) para 18.79; *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) v European Commission* [2013] GC Case T-442/08 [91]. Ancak buradaki ispat yükü kavramının usul hukukunda kullanılan ispat yükünden teknik olarak farklı bir kavram olduğu doktrinde savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Budak (n1) 151.

⁴⁵ *Opinion of Advocate General Kokott delivered on 19 February 2009 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (ECJ) [80]; Kyriakos Fountoukakos ve Camille Puech-Baron, 'Towards a Higher Standard of Proof and a More Interventionist Judicial Review in Antitrust Cases Involving Complex (Economic) Assessments Following CK Telecoms?' (2020) 11 Journal of European Competition Law & Practice 460, 461; Fernández (n44) 449.

⁴⁶ Eric Gippini-Fournier, 'The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases' (2010) 33 World Competition 187, 188; Wouter PJ Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement* (Hart Publishing 2005) 22.

⁴⁷ Sözleşmenin metni için bkz. < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur > s.e.t. 13 Mayıs 2024.

⁴⁸ Şartın metni için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> > s.e.t. 13 Nisan 2024.

ler davası ile AİHM'nin Engel kararındaki içtihadını açıkça benimsemiştir⁴⁹. Böylece ABAD önünde görülen rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda masumiyet karinesinin uygulama alanını bulacağı artık bir tartışma konusu olmaktan çıkmıştır.

Buna karşın ceza yargılamalarında masumiyet karinesinin ve duruşmaya katılma hakkının belirli boyutlarını güçlendirmeye yönelik 9 Mart 2016 tarihli ve 2016/343 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi rekabet hukuku uyumsuzluklarını açık biçimde uygulama alanından dışlamıştır⁵⁰. Ancak yine de bu durum, masumiyet karinesinin AB rekabet hukukunda uygulamasını tartışmalı hale getirmemiştir. Günümüzde ABAD önüne gelen uyumsuzluklarda ayrıca bir gerekçelendirme yapma gereği duymadan masumiyet karinesinin rekabet uyumsuzluklarına uygulanabileceğini kabul etmektedir⁵¹. ABAD, 2023 tarihli HSBC Holdings kararında masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olmasının verilen kararı hukuka aykırı hale getirebileceğine karar vermiştir⁵². Bunun yanında ABAD'ın çeşitli kararlarında şüpheden teşebbüslerin yararlanacağına ilişkin tespitler bulmak da mümkündür⁵³. ABAD kullanılan

kelimelerin yorumunda dahi masumiyet karinesini kullanabilmektedir⁵⁴. Ancak bu durum bizi masumiyet karinesinin mutlak bir ilke olduğu sonucuna götürmemelidir. Masumiyet karinesinden doğan koruma mutlak bir hak değildir ve bazı durumlarda kısıtlanabilir⁵⁵. Ancak masumiyet karinesinin ihlali teşebbüs hakkında verilen ihlal kararının hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterlidir⁵⁶.

Çalışmamızın giriş kısmında vurguladığımız gibi masumiyet karinesi ispat standardı meselesini çözüme kavuşturmak için yeterli değildir. AB rekabet hukuku bakımından da terazinin diğer ucunda etkin bir rekabet hukuku uygulaması olduğunu görmek mümkündür. Hatta bazı yazarlar etkin bir rekabet hukuku uygulamasının AB'nin temel ilkelere birisi olduğu savunmaktadır⁵⁷. Bu bakış açısından yaklaştığımız zaman rekabet hukukundaki ispat standardı sorununun AB'nin iki temel ilkesini karşı karşıya getirdiği tespitinde bulunabiliriz.

ABAD içtihatlarında mahkemenin ispat standardına işaret eden ifadeler yer verdiğini görülmektedir. Örneğin bir kararında CK Telecom davasında Genel Mahkeme Dairesi (*General Court*) “güçlü ihtimale” atıfta bulunmuşsa da⁵⁸ bu kararı bozan ABAD'ın Adalet Mahkemesi Dairesi (*Court of Justice*) “yeterince inandırıcı ve tutarlı deliller” ifadesine gerekçesinde atıfta bulunmuştur⁵⁹. Keza başka bir kararında mahkeme Komisyonun “yeterince kesin ve tutarlı deliller” sunması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁰.

⁴⁹ *Schindler Holding Ltd ve diğerleri v European Commission* [2013] ECJ Case C-501/11 P. Bu davadan önce dahi ABAD'ın rekabet hukuku uyumsuzluklarına Engel kriterlerine değinmeden masumiyet karinesinin uygulanmasını kabul ettiği içtihatlar bulmak mümkündür. Örneğin bkz. *Montecatini SpA v Commission of the European Communities* [1999] ECJ Case C-235/92 P [176].

⁵⁰ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings 2016 para Recitals 11.

⁵¹ *ABB Ltd and ABB AB v European Commission* [2019] ECJ Case C-593/18 P [77]; *The Goldman Sachs Group Inc v European Commission* [2021] ECJ Case C-595/18 P [38]; *HSBC Holdings plc and others v European Commission* [2023] ECJ Case C-883/19 P [229]; *Hüls AG v Commission of the European Communities* [1999] ECJ Case C-199/92 P [150]; *'Eturas' UAB and others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* [2016] ECJ Case C-74/14 [38]. Benzer yönde bkz. Pablo Ibáñez Colomo, 'The Commission Sends Amazon an SO: The Rise of Common Carrier Antitrust' (2020) 161 <<https://chillingcompetition.com/2020/11/10/the-commission-sends-amazon-an-so-the-rise-of-common-carrier-antitrust/>>.

⁵² *HSBC Holdings plc and others v European Commission* (n51) para 64.

⁵³ *BPB plc v Commission of the European Communities* [2008] GC Case T-53/03 [64]; *HSBC Holdings plc and others v European Commission* [2019] GC Case T-105/17 [204, 265]; *Dresdner Bank AG and others v Commission of the European Communities* [2006] GC Joined cases T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP T-60/02 OP T-61/02 OP [60]; *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) v European Commission* (n44) para

92; *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities* [1978] ECJ Case 27/76 [265]; *Fuji Electric Co Ltd (anciennement Fuji Electric Holdings Co Ltd) v European Commission* [2011] GC Case T-132/07 [89].

⁵⁴ *Nippon Chemi-Con Corporation v European Commission* [2023] ECJ Case C-759/21 P [84].

⁵⁵ Yeung ve Yeung (n21) 339.

⁵⁶ *HSBC Holdings plc and others v European Commission* (n51) para 95.

⁵⁷ Cyril Ritter, 'Presumptions in EU Competition Law' (2018) 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 189, 206.

⁵⁸ *CK Telecoms UK Investments v Commission* [2020] GC (First Chamber, Extended Composition) T-399/16 RENV [118].

⁵⁹ *Commission v CK Telecoms UK Investments* [2023] ECJ C-376/20 P [75].

⁶⁰ *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission of the European Communities* [1984] ECJ Joined cases 29/83 and 30/83 [20].

Buna karşın ABAD içtihadında Komisyon'un bir rekabet hukuku ihlalini ispatlamak için tatmin etmek zorunda olduğu ispat standardının çeşitli karineler yolu ile düşürüldüğünü tespit etmek de mümkündür. Örneğin, bir bağlı şirketin rekabete aykırı bir fiil işlemesi durumunda bu şirketin hisse- lerinin tamamına sahip olan hakim şirketin de bu fiile iştirak ettiği karine olarak kabul edilmektedir⁶¹. Hatta 2021 tarihli Goldman Sacs v. Commission kararında ABAD karinenin kapsamını biraz daha genişletmiş ve hakim şirketin bağlı şirketin eylemleri üzerinde esaslı bir etkisinin olduğunun varsayılabilmesi için oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurmasını yeterli görmüştür⁶². Keza bir işletmenin bir kartel toplantısına katılması durumunda bu işletmenin eylemlerinin söz konusu toplantıda alınan kararlar uyarınca şekillendiği yine karine olarak kabul edilmektedir. Benzer biçimde, bir teşebbüsün uyumlu eylemlerin konuşulduğu bir toplantıya iştirak etmesi bu uyumlu eylemlere katıldığına karine teşkil etmektedir⁶³. ABAD'ın Adalet Mahkemesi mercii 2023 tarihinde verdiği bir kararda aralarında iki taraflı ve üç taraflı sözleşmeler bulunan teşebbüslerin bulunduğu toplantılara katılan bir teşebbüsün bu sözleşmelerin varlığından haberdar olmamasının mümkün olmadığına karar vermiştir⁶⁴. Ayrıca hacim indirimlerinden farklı olarak münhasırlık indirimlerinin kendiliğinden rekabete aykırı oldukları kabul edilmektedir⁶⁵. Bunların yanında piyasanın mevcut durumuna sadece uyumlu eylemler aracılığı gelebileceği tespiti yapıldığında uyumlu eylemin varlığı karine olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Ancak bu karineyi kullanmak için aran- an ispat standardının da yüksek olduğu doktrinde

kabul edilmektedir⁶⁷. ABAD'ın içtihatlarında bu ka- rinenin kullanılabilmesi için uyumlu eylemin olu- şan piyasa koşullarının mevcut olan tek açıklama- sı olması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁸. Bu bakımdan ABAD'ın en azından piyasa verilerinden uyumlu eylemi ispatlamak bakımından makul şüphenin ötesinde ispat standardını kullandığı çıkarımında bulunabiliriz.

Bu karinelerinin kullanımının Komisyonun al- tında olduğu ispat külfeti ile doğrudan ilişkili olduğu kanaatindeyiz. Ancak AB doktrininde bu karinele- re yöneltilen eleştirilerin yanında bunların meşru olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Tes- pitlerimize göre bu savunmalar üç ana iddia üzeri- ne inşa edilmektedir. İlk olarak bu karinelerin ispat yükünü Komisyon'dan işletmelere geçirmedeği, yani ispat yükünü etkilemediği, sadece ispat standardını düşürdüğü, bu yüzden de masumiyet karinesini ih- lal etmediği savunulmaktadır⁶⁹. Kanaatimizce ispat standardının oldukça düşük bir seviyeye düşürülme- si ile ispat yükünün yer değiştirmesi arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de teşebbüs- ler masumiyetlerini ispatlamak zorunda kalmakta- dırlar. Bu yüzden karineler ile sadece ispat standar- dının değiştiği, dolayısıyla masumiyet karinesinden doğan korumanın etkilenmediği görüşüne katıl- mıyoruz. Bu durumun, AİHS içtihadındaki hak ve özgürlüklere müdahale rejimine atıfla, teşebbüslerin masumiyet karinesine ilişkin haklarına bir müdahale teşkil ettiği, bu yüzden ancak bu müdahalenin an- cak hukuka uygun olduğunun (örneğin zorunluluk, ölçülülük gibi ilkeler uyarınca) ortaya konması du- rumunda meşru kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Bu makalenin konusu Türk rekabet hukukundaki ispat standardı olduğu için hangi koşullarda müda- halenin hukuka uygun kabul edileceği tartışmasını burada yapmayacağız. Kaldı ki 2019 yılına ait bir ka- rarda ABAD'ın Adalet Mahkemesi ispat yükünün bir

⁶¹ Bronckers ve Vallery (n11) 548; Ritter (n57) 190; Lennart Ritter ve W David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide* (3rd edn, Kluwer Law Internat 2005) 46-48.

⁶² *The Goldman Sachs Group Inc v European Commission* (n51) pa- ras 35-36.

⁶³ *Montecatini SpA v Commission of the European Communities* (n49) para 181.

⁶⁴ *Nichicon Corporation v European Commission* [2023] ECJ Case C-757/21 P [128-137].

⁶⁵ Fernández (n44) 451. ABAD içtihadına göre ancak istisnai du- rumlarda münhasırlık (yahut sadakat) indirimleri hukuka uygun kabul edilecektir, bkz. *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission of the European Communities* [1979] ECJ Case 85/76 [90].

⁶⁶ Volpin (n18) 1173.

⁶⁷ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Le- ading Cases* (Seventh edition, Hart 2021) 88; Jonathan Faull ve diğerleri, 'Article 101' in Jonathan Faull, Ali Nikpay ve Deirdre Taylor (eds), *Faull & Nikpay: the EU law of competition* (3rd ed, Oxford university press 2014) para 3.140.

⁶⁸ *A Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the Europe- an Communities* [1993] ECJ Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85 C-116/85 C-117/85 C-125/85 to C-129/85 [71].

⁶⁹ Volpin (n18) 1177.

tarafın getirmiş olduğu delillere bağlı olarak değişebileceğini dahi açıkça dile getirilmiştir⁷⁰.

Bu bağlamda tespit ettiğimiz ikinci savunma ise karinelerinin çoğunlukla eylemin kendisini değil sonuçlarına ilişkin olduğunu ileri sürmektedir⁷¹. Başka bir deyişle bu görüş karinelerin genellikle teşebbüslere yapmadıkları bir eylemi atfetmek yerine işlenmiş olan eylemlerin sonuçlarını varsaymaktan öteye geçmediğini savunuyor gözükmektedir. Kanaatimizce bir fiildeki hareket unsuru ile netice unsurunu birbirinden ayırarak masumiyet karinesinin bunlardan sadece birini koruduğunu iddia etmek masumiyet karinesinden doğan korumanın arkasının dolaşılması anlamına gelmektedir. Hareket veya netice ayrımı yapılmaksızın fiilin herhangi bir noktasında cezalandırmayı ilgilendiren makul bir şüphe varsa masumiyet karinesi korumasının uygulanacağını kabul etmek daha yerinde olacaktır. Bir hareketten doğan neticelerin ispatı ayrıca çok zorsa ve karinelerin kullanımını gerektiriyorsa, yukarıda ilk savunma için verdiğimiz cevaba paralel olarak masumiyet karinesine yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğu ayrıca ortaya konmalıdır.

Son olarak karinelere yararlanılsa dahi teşebbüslerin bunları her zaman çürütme imkanına sahip oldukları savunulmaktadır. Başka bir deyişle bu görüş, otomatik olarak uygulanmadığı, yani teşebbüse karineyi çürütme imkanı tanındığı sürece karinelere yararlanmanın hukuka aykırı olmayacağını savunmaktadır⁷². Bu savunmanın özellikle masumiyet karinesinin mutlak bir ilke olmaması gerçeği karşısında yerinde ancak yine de eksik olduğunu düşünüyoruz. Zira kanaatimizce bu durumda dahi Komisyonun karinelere yararlanma imkanı ile teşebbüslerin bunu pratik olarak çürütebilme imkanı arasında bir ölçülülük olması gerekir⁷³. Eğer Komisyon karineler sayesinde çok düşük seviyede olan bir ispat standardından yararlanırken teşebbüsler bu karineleri ve bunlarla bağlantılı olarak yapılan çıkarımları çürütmek için ağır bir ispat standardı altına giriyorlarsa

masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır⁷⁴. ABAD eski kararlarında verilen bir cezanın kaldırılması için masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olmasının tek başına yeterli olmadığını söylüyor ve teşebbüsün ayrıca masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olmasının Komisyonca varılan sonuca da etki ettiğini de ispatlaması gerektiğine hükmediyordu⁷⁵. Bu içtihadın özellikle son savunmaya getirdiğimiz cevap bakımından oldukça sorunlu olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu durumda Komisyon için getirilen ispat standardına karşın teşebbüslere getirilen hem masumiyet karinesinin ihlalini hem de ihlalin sonuçlarını ispatlama şartının açıkça ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Buna karşın çok daha yakın bir kararında ABAD'ın Adalet Mahkemesi, masumiyet karinesinin ihlalinin sonuca etki ettiğinin ispatlanamamış olması gerekçesiyle Komisyonun kararını iptal etmeyen Genel Mahkeme kararını bozarak bu içtihadından dönmüş gibi gözükmektedir⁷⁶.

Masumiyet karinesine ve ispat standardına ilişkin yayılan içtihatlarla rağmen ABAD'ın kararlarında henüz ispat standardının tam olarak nerede durduğunu çıkarmak mümkün değildir. Bu yüzden doktrinde ABAD'ın uygulaması gereken ispat standardına ilişkin farklı tespitlerde bulunulmuştur. Bazı yazarlar ABAD'ın ispat standardının ihtimaller dengesi ve makul şüphelerin ötesinde ispat arasında bir yerde durması gerektiğini savunmuşlardır⁷⁷. Doktrinde ayrıca bu görüşe ek olarak ispat standardının ihtimaller dengesinden ziyade makul şüphenin ötesinde ispata daha yakın olması gerektiğini savunulmuştur⁷⁸. Ayrıca özel hukuka ilişkin ispat stan-

⁷⁰ *Silec Cable and General Cable Corp v European Commission* [2019] ECJ Case C-599/18 P [57].

⁷¹ Volpin (n18) 1168; Gippini-Fournier (n46) 196-198.

⁷² Volpin (n18) 1182; *Eturas' UAB and others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* (n51) para 40.

⁷³ Benzer yönde bkz. Fernández (n44) 450; Bronckers ve Vallery (n11) 559.

⁷⁴ Ancak doktrinde bir görüş rekabet denetiminin etkin yapılabilmesi için bu gibi durumların da hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Ritter ve Braun (n61) 210-212. Kanaatimizce bu durumda dahi bir ölçülük denetiminin yapılması, masumiyet karinesine müdahale edilecekse bile bunun ulaşılmak istenen sonuçla ölçülü olduğunun ortaya konması gerekir. Bu yüzden bu görüşü doğrudan kendi görüşümüzün aksine bir görüş olarak değil, ölçülük denetiminin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir yorum olarak değerlendiriyoruz.

⁷⁵ *Volkswagen AG v Commission of the European Communities* [2000] GC Case T-62/98 [281]; *Volkswagen AG v Commission of the European Communities* [2003] ECJ Case C-338/00 P [266].

⁷⁶ *HSBC Holdings plc and others v European Commission* (n51) para 93.

⁷⁷ Fountoukakos ve Puech-Baron (n45) 462.

⁷⁸ Gippini-Fournier (n46) 198; Fountoukakos ve Puech-Baron (n45) 464. Benzer yönde bkz. Fernández (n44) 450; Kornezov (n44) para 18.81-18.82.

dardının rekabet hukukuna uygulanması gerektiğini düşünen yazarlar da vardır⁷⁹. Keza Komisyonun ispata yeterince müsait kanıtlar getirdikten sonra bütün delilleri ortaya koymak zorunda olmaması gerektiğini savunulmaktadır⁸⁰.

Son olarak Komisyonun verdiği kararların türünün de tatmin edilmesi gereken ispat standardını değiştirebileceğini de söylemek gerekir. Örneğin, ihlal tespitlerinden farklı olarak birleşme devralma talepleri bakımından Komisyonun ihtimaller dengesi ispat standardını kullandığı tespitinde bulunulmaktadır⁸¹. Bu hususun içtihatlarda da karşılık bulunduğu söylenebilir. Güncel bir kararda ABAD, *ex ante* bir inceleme gerektiren birleşme devralma başvuruları ile *ex post* bir inceleme içeren ihlal tespitlerinin farklı ispat standartlarına tabi olması gerektiğine gerekçesinde yer vermiştir⁸².

IV. TÜRK REKABET HUKUKU İÇTİHADINDA İSPAT STANDARDI İLİŞKİN BULGULAR

Bu başlık altında idare mahkemesi kararları üzerinden Türk rekabet hukukunun hangi ispat standardına daha yakın olduğu sorusuna uygulamadaki örnekler ışığında bir cevap aranacaktır. Doktrinde Kurul'un ceza hukukuna benzer biçimde masumiyet karinesini de dikkate alarak delil serbestliği uyarınca karar verdiği savunulmaktadır⁸³. Kurul Kararlarında da "sağlıklı veri"⁸⁴, "yeterli ve inandırıcı delil"⁸⁵ ve "açık delil" gibi ispat standardına işaret eden ifadele-

re rastlamak mümkündür. Ancak bunlar üzerinden Kurulun tam olarak hangi ispat standardını kullandığını anlamak mümkün gözükmemektedir⁸⁶. Bununla beraber Türk rekabet hukukunda hangi ispat standardını kullandığını tespit etmek için özellikle idare mahkemesi kararlarının incelenmesinde yarar vardır. Zira mahkemelerin aradığı ispat standardı rekabet ihlalinin türüne göre değişebilmektedir.

Danıştay'ın kararlarına bakıldığında "*her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ispat*" gibi yüksek bir ispatlama eşiği aradığını söylemek mümkündür. Bu ifade Danıştay'ın makul şüphenin ötesinde ispat standardını benimsediğine göstermektedir. Keza Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİD-DK) da 2021 yılında verdiği 12 Banka kararındaki gerekçesinde doğrudan makul şüphenin ötesinde ispat standardına atıf yapmıştır⁸⁷.

Bu bağlamda ele alınabilecek kararlardan biri Sahibinden.com'a aşırı fiyatlama yaptığı iddiası ile 2018 yılında Rekabet Kurulunca verilen cezanın 2019 yılında Ankara 6. İdare Mahkemesi tarafından kaldırılmasıdır. Kararda mahkeme, Kurulun söz konusu cezaya hükmederken açıkça ispat standardı kavramına atıfta bulunarak "*neredeyse kesin olarak ne olduğunun*" ispatlanması gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar üç noktada önemlidir. İlk olarak mahkeme "makul şüphenin ötesinde ispat" yerine "neredeyse kesin olarak ispat" kavramını kullanarak "makul şüphenin ötesinde ispatın" da ötesine geçtiği kabul edilebilecek bir ispat standardına atıfta bulunmuştur. Ancak sadece kavramların lafızları üzerinden yapılan bu yorumun bizi hukuken farklı bir pratik sonuca götürüp götürmeyeceği kesin değildir. Başka bir ifade ile mahkemenin bilerek "makul şüphenin ötesinde ispatın" da ötesine geçmek istediği için mi "neredeyse kesin" ifadesini kullandığı yoksa aynı ispat standardını sadece farklı kelimelerle mi ifade ettiği açık değildir. Çünkü mahkeme gerekçesinde açık bir kıyaslama yoluna gitmemiştir. Karar özelinde önemli olduğunu düşündüğümüz ikinci nokta mahkemenin gerekçesini "aşırı fiyatlandırma" üzerine kurmuş olmasıdır. Başka bir deyişle bu karar üzerinden mahkemenin genel olarak rekabet hukuku ihlalleri için bir ispat standardı

⁷⁹ Kwok (n21) 545.

⁸⁰ Richard Whish ve David Bailey, *Competition Law* (10th ed, Oxford University Press 2021) 308.

⁸¹ Claes Bengtsson, Josep Maria Carpi Badia ve Massimiliano Kadar, 'Mergers' in Jonathan Faull, Ali Nikpay ve Deirdre Taylor (eds), *Faull & Nikpay: the EU law of competition* (Third edition, Oxford University Press 2014) para 5.1184-5.1188.

⁸² *Commission v CK Telecoms UK Investments* (n59) paras 81-83. Bu yönde ayrıca bkz. *Fountoukakos ve Puech-Baron* (n45) 465; *Gip-pini-Fournier* (n46) 195.

⁸³ Gürkaynak ve diğerleri (n1) 77.

⁸⁴ Rekabet Kurulu Kararı, 20.10.2022, 22-48/706-299 K., para 505 (Rekabet Kurulu Kararları Arama); Rekabet Kurulu Kararı, 07.09.2017, 17-28/481-207 K., paras 109-111 (Rekabet Kurulu Kararları Arama).

⁸⁵ Rekabet Kurulu Kararı, 20.1.2009, 09-03/49-18 K., Tuncay SON-GÖR Karşı Oyu (Rekabet Kurulu Kararları Arama); Rekabet Kurulu Kararı, 24.7.2007, 07-60/713-245 K., 66 (Rekabet Kurulu Kararları Arama).

⁸⁶ Ankara 6. İdare Mahkemesi, 18.12.2019, 2019/2625 K.

⁸⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 31.05.2021, 2021/1107 K.

getirdiği veya rekabet hukuku uyumsuzlukları için ispat standardı meselesini çözüme kavuşturduğu çıkarımında bulunmak kanaatimizce doğru olacaktır. Üçüncü nokta ise Kurulun verdiği kararın gerekçesinde mukayese imkanının bulunmaması⁸⁸, “aşırı fiyat tespitinde ilk aşamada ulaşılan sonuçların tek başına yeterli olamaması⁸⁹” veya “harcamaları hesaplamaya elverişli olmadığı⁹⁰” gibi ekonomik zorluklara vurgu yapılmış olmasına rağmen mahkemenin bu zorlukların Kurulu somut delillere dayanma yükümlülüğünden kurtarmayacağını söylemesidir. Giriş kısmında doktrinde rekabet hukukunda karinelerin kullanılmasını meşrulaştıran durumlar biri olarak ekonomik analizlerdeki zorlukların sayıldığını söylemiştik. Ankara 6. İdare Mahkemesi en azından aşırı fiyatlandırma bakımından bu durumu tek başına ispat standardının aşağı çekilmesi için yeterli görmüyor gözükmektedir.

Bu noktada değerlendirilebilecek ikinci karar bu sefer anlaşma ve/veya uyumlu eylem içinde oldukları iddiası ile 12 Banka hakkında verilen idari para cezası kararının DİDDK tarafından kaldırılmasıdır. Bu karardaki çalışmamızı ilgilendiren uyumsuzluk 12 Bankanın piyasadaki davranışlarının tek bir anlaşma ile yürütülüp yürütülmediğinin tespitidir. Zira Kurul ve ilk derece mahkemesi bu eylemlerin tek bir anlaşma bünyesinde yapıldığının ortaya konduğu gerekçesi ile ilgili bankalara ihlalin tümü üzerinden ceza vermiştir. Ancak Danıştay 13. Dairesi bütün bankaların eylemlerinin tek bir anlaşma çerçevesinde yapıldığının yeterince ortaya konmadığına hükmetmiştir. DİDDK ise soruşturmaya konu fiillerin tek bir anlaşma veya ortak plan dahilinde icra edildiğinin ancak makul şüphenin ötesinde bir ispat ile ortaya konması gerektiğini söyleyerek ilk derece mahkemesinin ısrar kararını bozmuştur⁹¹.

Danıştay 13. Dairesinin bazı kararlarında da her ne kadar ispat standardı olarak doğrudan makul şüphenin ötesinde ispat ifadesi kullanılsa da bu eşige işaret eden yüksek bir ispat standardı aradığı gözlenmektedir. Örneğin bir kararında 13. Daire, fiyat belirlemesi iddialarının ispatlanmış sayılabilmesi için

fiyatların bir dış müdahale ile yükselmiş olduğunun “somut ve ciddi verilere” dayalı olarak ortaya konması gerektiğine karar veren Bölge İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir⁹². Bu karar, gerek ispat standardına yönelik daha eski tarihli DİDDK kararlarının 13. Daire tarafından takip edildiğini teyit etmesi bakımından, gerek de 13. Dairenin eylemin hareket unsurunun yanında netice unsuru bakımından da yüksek bir ispat standardı araması bakımından kanaatimizce önemlidir. Bu kararın giriş kısmında ele aldığımız karinelerin sadece teşebbüslerin hareketlerinin neticelerine ilişkin olduğu bu yüzden de masumiyet karinesini ihlal etmeyeceği yönündeki görüşler bakımından önemli olduğu kanaatindeyiz. Ancak, bu kararın rekabet hukuku ihlallerinin tamamı için uygulanıp uygulanmayacağı tespitinde bulunmak kanaatimizce henüz mümkün değildir. Zira Danıştay örneğin karteller bakımından kartel anlaşmasının varlığının, bu anlaşmanın piyasaya somut etkilerinin ispatlanmasına gerek olmaksızın rekabet ihlali teşkil edeceği yönünde karar vermektedir⁹³.

Kurul içtihatlarında da makul şüphenin ötesinde ispatın uygulandığına işaret eden kararlar görmek mümkündür. Örneğin Kurul 2022 yılında vermiş olduğu bir kararda teşebbüsün yerinde incelemeyi engellediğine ilişkin “somut bir tespit yapılmadığı” gerekçesi ile idari para cezasına hükmedilmemesine karar vermiştir⁹⁴. Keza yine benzer bir uyumsuzlukta Kurul mesaj silme işleminin yapıldığı zamana ilişkin “tereddüt” kalmadığını söylediikten sonra idari para cezasına hükmedilmiştir⁹⁵. Benzer biçimde Kurul verdiği başka bir kararda ihlalin bir yıldan uzun sürdüğüne ilişkin “net bir tespit” yapılmadığı için eylemin bir yıldan kısa sürdüğüne hükmederek cezada bir artışa gitmemiştir⁹⁶. Biz bu ifadelerin de makul

⁹² Danıştay 13. Dairesi, 21.04.2022, 2022/1815 K. Kararın bir incelemesi hakkında bkz. Şahin Ardiyok, ‘Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetiminde Milat: Danıştay 13. Dairesi’nin Henkel Kararı’ (Rekabet ve Regülasyon, 23 September 2021) <<https://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kurulu-kararlarinin-yargisal-denetiminde-milat-danistay-13-dairesinin-henkel-karari/>> s.e.t. 19 Mayıs 2024.

⁹³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 29.09.2021, 2021/1608 K.

⁹⁴ Rekabet Kurulu, 23.06.2022, 22-28/464-187 K.

⁹⁵ Rekabet Kurulu, 17.06.2021, 21-31/400-202 K., para 19 (Rekabet Kurulu Kararları Arama).

⁹⁶ Rekabet Kurulu, 09.12.2014, 14-49/877-397 K., para 67 (Rekabet Kurulu Kararları Arama).

⁸⁸ Rekabet Kurulu, 01.10.2018, 18-36/584-285 K., para 200 (Lexpera).

⁸⁹ Rekabet Kurulu, 01.10.2018, 18-36/584-285 K., para 59 (Lexpera).

⁹⁰ Rekabet Kurulu, 01.10.2018, 18-36/584-285 K., para 135 (Lexpera).

⁹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 31.05.2021, 2021/1107 K.

şüphenin ötesinde ispata işaret ettiği kanısındayız. Kurulun yine eylemin süresine yönelik yapmış olduğu bir incelemede eylemin tam tarihini belirleyemediği için açıkça gerekçesinde yer vermese de adeta masumiyet karinesini uygulamış ihlalin bir yıldan az süreli olduğuna karar vermiştir⁹⁷.

V. SONUÇ

Rekabet hukukundaki ispat standardı tartışmalarının bir tarafında masumiyet karinesinden doğan korumanın hukuka aykırı biçimde kısıtlanmaması, diğer tarafında ise teşebbüsler üzerinde etkin bir rekabet denetiminin sağlanması vardır. Rekabet otoritelerinin bir rekabet hukuku ihlalini ortaya koymak için tatmin etmek zorunda oldukları ispat standardının çok düşük tutulması masumiyet karinesinin hukuka aykırı bir ihlali teşkil edebilecekken, çok yüksek tutulması da etkin bir rekabet hukuku denetimini imkansız kılabilir. Ayrıca ispat standardının konumlandığı yer bireysel hak ve özgürlüklerinin korunmasının ötesinde piyasa aktörlerinin davranış biçimlerine de etki etmektedir. İspat standardının çok düşük tutulması teşebbüslerin aslında rekabete uygun olan davranışlarından da vaz geçmesine ve piyasanın serbestçe gelişim gösterememesine, tersi ise teşebbüslerin rekabete aykırı eylemlerde bulunurken çok daha cesur davranmasına neden olabilir. Bu yüzden her ülke rekabet hukuku uyumsuzlukları için ispat standardını belirlerken Tip-1 ve Tip-2 hataları arasındaki en optimum noktayı bulmaya çalışacaktır. AB rekabet hukuku doktrinindeki baskın görüş rekabet hukuku ihlalleri bakımından ihtimallerin dengesinden ziyade makul şüphenin ötesinde ispat standardına yakın olunması gerektiğini savunmaktadır. ABAD içtihatlarında da bu ispat standardına yakın bir ispat standardının benimsendiğine işaret eden güncel mahkeme kararları bulunmaktadır. Buna karşın ABAD'ın etkin bir rekabet denetimi için Komisyonun yeri geldiğinde çeşitli karinelere başvurarak ispat standardını düşürmesini hukuka uygun bulduğu kararları da mevcuttur. Türk rekabet doktrinindeki baskın görüş makul şüphenin ötesinde ispat standardının uygulanması gereken ispat standardı olduğu kanaatinde. Danıştay içtihatlarında da yüksek bir ispat standardının benimsendiği hat-

ta bazen doğrudan makul şüphenin ötesinde ispata atıfta bulunulduğunu gözlemlemek mümkündür. Bu bakımdan Türkiye'de rekabet hukukunun uygulayıcısı konumundaki makamların Tip-2 hatalarını daha çok hoş gördüğü çıkarımında bulunulabilir. Ancak öğretiden farklı olarak Danıştay'ın içtihadının rekabet hukuku ihlalleri bakımından genel bir ispat standardını barındırdığı çıkarımında bulunmak kanaatimizce mümkün değildir. Danıştay; ihlal, birleşme-devralma, muafiyet gibi kararlar arasında ispat standardı bakımından ayırım yapmanın ötesinde, verdiği kararlarda genellikle ihlal teşkil eden eylemin özelliklerini öne çıkartarak ispat standardını belirlemiştir. Bu yüzden, Danıştay'ın henüz rekabet hukuku ihlalleri için genel bir ispat standardı içtihadı geliştirmede, bunun da hukuki güvenilirlik ilkesi bakımından sorunlu olabileceği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce rekabet hukukunun geneline uygulanacak genel bir ispat standardı tesis etmeye çalışmak yerinde bir çaba olmayacaktır. Bunun yerine mercilerin hakkında karar verdikleri her konu hakkında (ihlal, birleşme-devralma veya muafiyet gibi) farklı ve öngörülebilir bir ispat standardı belirlemesi daha doğru olacaktır. Örneğin ihlal kararlarında teşebbüslerin masumiyet karinesinden yararlanma haklarının rekabet otoriteleri için ispat standardı çok düşük tutularak aşırı biçimde sınırlandırılmaması gerekir. Ancak birleşme-devralma veya muafiyet gibi kararlar bakımından teşebbüslerin masumiyet karinesi gözetilerek belirlenecek bir ispat standardından yararlandırılmalarına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte rekabet otoritelerinin bütün bu karar türleri bakımından öngörülebilir bir ispat standardını istikrarlı biçimde uygulaması teşebbüslerin adil yargılanma haklarını daha etkin biçimde kullanabilmeleri açısından önemlidir.

İhlal kararları bakımından makul şüphenin ötesinde bir ispat standardının benimsenmesinin özellikle Tip-1 hatalarının ekonomiye olumsuz etkileri göz önüne alındığında önemli olduğu kanaatindeyiz. Bu yüzden rekabet otoriteleri bir teşebbüse iddia edilen bir rekabet ihlali için ceza vermeden önce teşebbüsün söz konusu ihlali işlemiş olma ihtimalinin, işlememiş olma ihtimalinden daha fazla olduğunu ispatlamakla yetinmemelidir.

⁹⁷ Rekabet Kurulu, 16.01.2020, 20-04/47-25 K., para 225 (Rekabet Kurulu Kararları Arama).

KAYNAKÇA

- Ardıyok Ş, 'Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetiminde Milat: Danıştay 13. Dairesi'nin Henkel Kararı' (*Rekabet ve Regülasyon*, 23 September 2021) <<https://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kurulu-kararlarinin-yargisal-denetiminde-milat-danistay-13-dairesinin-henkel-karari/>> s.e.t. 19 May 2024.
- Bengtsson C, Carpi Badia JM and Kadar M, 'Mergers' in Jonathan Faull, Ali Nikpay and Deirdre Taylor (eds), *Faull & Nikpay: the EU law of competition* (Third edition, Oxford University Press 2014).
- Bronckers M and Vallery A, 'No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law' (2011) 34 *World Competition* 535.
- Broulík J, 'Predictability: A Mistreated Virtue of Competition Law' [2023] *Journal of Antitrust Enforcement* 1.
- Budak AC, 'AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat', *Perşembe Konferansları* (Rekabet Kurumu 2004) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn10.pdf>>.
- Can B, 'Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı' (Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu 2012) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/136-pdf>>.
- Canbeyli A and Serter S, 'Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Temel Prensipler ve Güncel Uygulama Eğilimleri' in Kerem Can Şanlı and Dilan Alma (eds), *Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020* (1. baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Colomo PI, 'The Commission Sends Amazon an SO: The Rise of Common Carrier Antitrust' (2020) <<https://chillingcompetition.com/2020/11/10/the-commission-sends-amazon-an-so-the-rise-of-common-carrier-antitrust/>>.
- Ezrachi A, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (Seventh edition, Hart 2021).
- Faull J and others, 'Article 101' in Jonathan Faull, Ali Nikpay and Deirdre Taylor (eds), *Faull & Nikpay: the EU law of competition* (3rd ed, Oxford University Press 2014).
- Fernández C, 'Presumptions and Burden of Proof in EU Competition Law: The Intel Judgment' (2019) 10 *Journal of European Competition Law & Practice* 448.
- Fountoukakos K and Puech-Baron C, 'Towards a Higher Standard of Proof and a More Interventionist Judicial Review in Antitrust Cases Involving Complex (Economic) Assessments Following *CK Telecoms*?' (2020) 11 *Journal of European Competition Law & Practice* 460.
- Gippini-Fournier E, 'The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases' (2010) 33 *World Competition* 187.
- Gürkaynak G and others, 'Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları' [2011] *Rekabet Dergisi* 75.
- Hovenkamp H, 'The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond' [2010] *Iowa Law Review Bulletin* <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1811>.
- Kelvin Hiu Fai Kwok, 'The Standard of Proof in Civil Competition Law Proceedings' (2016) 132 *Law Quarterly Review* 541.
- Kornezov A, 'Judicial Review of Commission Decisions and Judicial Protection' in Ekaterina Rousseva (ed), *Eu antitrust procedure* (First edition, Oxford University Press 2020).
- 'Kurul Kararlarının Kapsam, Nitelik ve Sonuçlarına Göre Dağılımı-1 (Ocak-Aralık 2023)' (Rekabet Kurumu 2023) Karar İstatistikleri <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/2023-yili-karar-istatistikleri-20240125134258896.pdf>>.
- Mungan MC and Wright J, 'Optimal Standards of Proof in Antitrust' (2022) 71 *International Review of Law and Economics* 106083.
- Parret L, 'Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases' [2008] TILEC Discussion Paper No. 2008-004 <<https://papers.ssrn.com/abstract=1088959>> s.e.t. 12 May 2024.
- Ritter C, 'Presumptions in EU Competition Law' (2018) 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 189.
- Ritter L and Braun WD, *European Competition Law: A Practitioner's Guide* (3rd edn, Kluwer Law Internat 2005).
- Volpin C, 'The Ball is in Your Court: Evidential Burden of Proof and the Proof-Proximity Principle in EU Competition Law' (2014) 51 *Common Market Law Review* 1159.
- Whish R and Bailey D, *Competition Law* (10th ed, Oxford University Press 2021).
- Wils WPJ, *Principles of European Antitrust Enforcement* (Hart Publishing 2005).
- Yeung J and Yeung AC, 'The Neglected Nexus between Competition Law and Human Rights: Standard of Proof for Pecuniary Penalties' (2021) 41 *Legal Studies* 336.
- A Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1993] ECJ Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85 C-116/85 C-117/85 C-125/85 to C-129/85.

- Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) and Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) v Commission of the European Communities* [2004] ECJ Joined cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P C-213/00 P C-217/00 P C-219/00 P.
- ABB Ltd and ABB AB v European Commission* [2019] ECJ Case C-593/18 P.
- Bell Atlantic Corp v Twombly* [2007] Supreme Court of The United States No. 05-1126.
- BPB plc v Commission of the European Communities* [2008] GC Case T-53/03.
- Case of a Menarini Diagnostics S.r.l v Italy* [2011] ECtHR Application no. 43509/08.
- Case of Engel and others v the Netherlands* [1976] ECtHR Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.
- CK Telecoms UK Investments v Commission* [2020] GC (First Chamber, Extended Composition) T-399/16 RENV.
- Commission v CK Telecoms UK Investments* [2023] ECJ C-376/20 P.
- Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission of the European Communities* [1984] ECJ Joined cases 29/83 and 30/83.
- Dresdner Bank AG and Others v Commission of the European Communities* [2006] GC Joined cases T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP T-60/02 OP T-61/02 OP.
- 'Eturas' UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* [2016] ECJ Case C-74/14.
- Fuji Electric Co Ltd (anciennement Fuji Electric Holdings Co Ltd) v European Commission* [2011] GC Case T-132/07.
- Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission of the European Communities* [1979] ECJ Case 85/76.
- HSBC Holdings plc and Others v European Commission* [2019] GC Case T-105/17.
- HSBC Holdings plc and Others v European Commission* [2023] ECJ Case C-883/19 P.
- Hüls AG v Commission of the European Communities* [1999] ECJ Case C-199/92 P.
- In Re: Flat Glass Antitrust Litigation (MDL No 1200)* [2004] United States Court of Appeals, Third Circuit No. 03-2920.
- International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) v European Commission* [2013] GC Case T-442/08.
- Matsushita Electrical Industrial Co, Ltd v Zenith Radio Corp* [1986] US Supreme Court No. 83-2004.
- Montecatini SpA v Commission of the European Communities* [1999] ECJ Case C-235/92 P.
- Nichicon Corporation v European Commission* [2023] ECJ Case C-757/21 P.
- Nippon Chemi-Con Corporation v European Commission* [2023] ECJ Case C-759/21 P.
- Opinion of Advocate General Kokott delivered on 19 February 2009 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (ECJ).*
- Schindler Holding Ltd and Others v European Commission* [2013] ECJ Case C-501/11 P.
- Silec Cable and General Cable Corp v European Commission* [2019] ECJ Case C-599/18 P.
- The Goldman Sachs Group Inc v European Commission* [2021] ECJ Case C-595/18 P.
- Theatre Enterprises v Paramount Distributing* [1954] US Supreme Court No. 19.
- Toys Us Inc V Federal Trade Commission* [2000] United States Court of Appeals, Seventh Circuit No. 98-4107.
- United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities* [1978] ECJ Case 27/76.
- Volkswagen AG v Commission of the European Communities* [2000] GC Case T-62/98.
- Volkswagen AG v Commission of the European Communities* [2003] ECJ Case C-338/00 P.
- Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings 2016.
- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union 2012 (OJ C).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

MARKA TESCİLİNDE AYNİYET VE AYIRT EDİLEMİYECER KADAR BENZERLİĞİN MUTLAK RET NEDENLERİ ARASINDA YER ALMASI VE KAMU YARARI İLE İLİŞKİSİ - YARGI KARARLARI İŞİĞINDA BİR İNCELEME^(*)

IDENTITY AND INDISTINGUISHABLE SIMILARITY AS ABSOLUTE GROUND FOR REFUSAL IN TRADEMARK REGISTRATION AND ITS RELATION TO PUBLIC INTEREST - A STUDY IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(**)
Ahmet Şevki DAĞKIRAN^(***)

Öz

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen marka koruması tescil esaslıdır. Kanuna göre marka hakkının elde edilmesi, bunun için öngörölmüş usule bağlıdır. Bir markanın tescil edilebilmesi için kanunda düzenlenen ret nedenlerini içermemesi gerekmektedir. Bu nedenlerden bazıları kamu düzeni ile ilgilidir. Örneğin, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markaların tescili mümkün değildir. Marka tescilindeki mutlak ret nedenlerinden biri, söz konusu markanın aynı veya benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasıdır. Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelerin aksine, Türk hukukunda mutlak ret nedenlerinden birini oluşturan bu

düzenleme, Türk Patent'e tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer başvuruları inceleme ve karara bağlama yetkisi vermektedir. Bu çalışmada bir mutlak ret nedeni olarak markaların ayniyeti ve kamu yararı arasındaki ilişki incelenmektedir. "Kamu yararı" kavramı zaman içinde ve toplumlar arasında değişime tabidir. AB düzenlemesi ayniyeti marka tescilinde bir nispi ret nedeni olarak tanımlarken, SMK'nın bunu mutlak ret nedenleri arasında sayması daha isabetlidir.

Anahtar Kelimeler

Marka, Tescil, Mutlak Ret Nedenleri, Nispi Ret Nedenleri, Kamu Yararı.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 14.07.2024 / Kabul Tarihi: 06.11.2024).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara - Türkiye, (E-posta: hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

^(***) Türk Patent ve Marka Kurumu 1. Hukuk Müşaviri; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Programı, Ankara - Türkiye, (E-posta: asdagkiran@gmail.com, ORCID ID: 0009-0004-3583-6622).

Atıf/Citation: Bozgeyik, Hayri & Dağkiran, Ahmet Şevki (2024), "Marka Tescilinde Ayniyet ve Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerliğin Mutlak Ret Nedenleri Arasında Yer Alması ve Kamu Yararı ile İlişkisi - Yargı Kararları İşığında Bir İnceleme", FFM, C: 10, S: 2, s. 203-213.

Abstract

The trademark protection regulated under the Industrial Property Law is based on registration. According to the Law, obtaining a trademark right depends on the procedure foreseen for this purpose. To register a trademark, it must not contain the grounds for refusal regulated in the law. Some of these grounds are related to public order. For example, trademarks contrary to public order and public morality cannot be registered. One of the absolute grounds for refusal to register a trademark is that the trademark in question is identical or indistinguishably like a trademark that has already been registered or is currently being applied for registration in respect of the same or similar goods and services. In contrast with the regulations set forth in European Union law, this regulation, which

represents one of the absolute grounds for refusal in Turkish law, also authorises the Turkish Patent Office to examine and decide on identical and indistinguishable similar applications. This study analyses the relationship between the identity and indistinguishable similarity of trademarks and public interest as an absolute ground for refusal. The concept of 'public interest' is subject to change over time and between societies. While the EU regulation defines identity as a relative ground for refusal in trade mark registration, it is more appropriate that the SMK regulates it among the absolute grounds for refusal.

Keywords

Trademark, Registration, Absolute Grounds for Refusal, Relative Grounds for Refusal, Public Interest.

GİRİŞ

Sınai Mülkiyet Kanununda (SMK) düzenlenen marka koruması tescil esastır. Marka tescilinde bazı tescil engelleri ise Türk Patent ve Marka Kurumu (Türk Patent) tarafından re'sen dikkate alınır. Bunlar mutlak ret nedenleri olarak adlandırılır. Mutlak ret nedenleri kamu düzeni ile ilgilidir.

SMK'da düzenlenen mutlak red nedenlerinden birisi de markanın aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak daha önce tescil edilmiş ya da önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasıdır¹. Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeden farklı olarak Türk hukukunda mutlak ret nedenleri arasında yer alan bu düzenleme, Türk Patent'e bu gerekçeyle re'sen inceleme ve karar verme yetkisi tanımaktadır.

Çalışmada kısaca marka, marka tescil süreci, marka tescilinde mutlak ret nedenleri ve SMK m.5/1-ç bağlamında kamu yararı kavramı ilgili Yarıyıl kararları çerçevesinde incelenecektir.

I. MARKA KAVRAMI

Marka kısaca bir teşebbüse ait mal veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan işaret şeklinde tanımlana-

bilir (SMK m. 4)². Markanın temel işlevi ayırt ediciliktir³. Marka, ilişkin olduğu mal veya hizmetle ilgili olarak tüketiciye bunların kaynağını içeren bir mesaj iletmektedir⁴.

Serbest piyasa ekonomilerinde aynı tür mal veya hizmetlerin birçok kaynaktan gelme ve tüketicinin de bunlar arasından özgürce seçim yapma imkânı bulunmaktadır. Marka, sağlıklı işleyen bir piyasa ekonomisi için önemlidir. Zira bu yönüyle tüketiciye doğru bilgi akışı sağlamak, piyasa araştırması bakımından ona zaman kazandırırken bir yandan da pazar verimliliğini artırarak kamu yararı sağlamaktadır^{5,6}.

Tarihsel gelişim sürecinde markalar öncelikle üretilen malın menşeyini gösterme fonksiyonunu yerine getirmiş, ancak Sanayi Devrimi ile üretim kapasitesinin artması, üretilen malların daha geniş coğrafyalarda pazarlanabilmesi ve daha geniş tüketici kitlelerine hitap

² Tanım için ayrıca bkz. WIPO 'DL 302 An Advanced Course on Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications' <https://www.wipo.int/academy/en/courses/distance_learning> s.e.t. 4 Mayıs 2024, 3.

³ Bozgeyik, Hayri, Marka Hakkının Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2024) 5.

⁴ WIPO (n.2) 3.

⁵ Hennessey, William O., 'The Role of Trademarks in Economic Development and Competitiveness' <https://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/Hennessey_Content/RoleofTrademarksinEconomicDevelopmentandCompetitiveness.pdf> s.e.t. 7 Temmuz 2024, 1.

⁶ Suluk, Cahit vd. Fikri Mülkiyet Hukuku (Seçkin Yayınevi 2024) 187; Güneş, İlhami, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu İşığında Uygulamalı Marka Hukuku (Adalet Yayınevi 2021) 3.

¹ Aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramları için. bkz. Paslı, Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği (1. Baskı, Vedat 2018) 23-27, 55-56.

eder hale gelmesi sebebiyle markaların ayırt etme fonksiyonu ön plana çıkmıştır⁷. Yirminci yüzyılın başlarından günümüze kadar değişen rolüyle markanın kaynak gösterme fonksiyonundan çok ayırt etme, ürünlerle duygusal bağ kurma ve kendisini markayı taşıyan mallarla ifade etme yahut bir sosyal statüye ait olduğunu gösterme aracı özelliği daha da belirginleşmiştir. Bu yönüyle marka kendisini kullanan müşterilerine bir kimlik inşa etmekte ve onları kendileriyle ortak değerleri paylaşan bir topluluğa dahil etmektedir⁸.

SMK m.4'te yer alan tanımda marka olabilecek işaretler belirtilmiştir. Kanun koyucu bu tanımda sınırlı sayı yöntemini benimsediğinden, ayırt edici olmak ve sicilde gösterilebilir olma şartıyla sesler, renkler, hareketli görüntüler, ses ve görüntü kombinasyonları, kokular, tatlar ve dokular da marka olarak tescil edilebilecektir⁹. Madde metninden anlaşıldığı üzere markanın varlığı için iki unsurdan bahsetmek mümkündür. Bunlar, "ayırt edicilik" ve "sicilde gösterilebilir olmak şartıyla işaret"tir¹⁰.

II. MARKA TESCİLİNDE MUTLAK RET NEDENİ KAVRAMI

Mutlak ret nedenleri, marka tescil başvurusunun Türk Patent tarafından re'sen incelenip reddedilmesine gerekçe oluşturan hallerdir. SMK m.5'in gerekçesinde bu nedenlerinin kamu yararı ile ilgili halleri kapsadığı, ilgililerin marka olarak kullanılacak işaretleri seçme serbestisi olmasına rağmen tescil edilebilirlik bakımından birtakım kısıtlamalar getirildiği ifade edilmiştir. Doktrin¹¹ ve uygulamada¹²

mutlak ret nedenlerinin kamu menfaati ile ilgili olduğu görüşü genellikle kabul görmektedir.

Mutlak ret nedenlerinin temel amaçlarının başında kamu yararını temin etmek gelmekte iken, marka olabilme vasfının taşımayan işaretlerin tescilinin engellenmesi, genele şamil olan bir işaretin tek bir kişinin tekeline verilmemesi, ahlaka mugayir işaretlerin tescilinin engellenmesi, daha önce başkası adına tescil edilmiş bir işaretin aynısının başkası adına da tescilinin engellenmesi gibi haller de bunlar arasında yer almaktadır.

Türk Patent, kendisine yapılan marka tescil başvurusunun şekli yönünden eksikliği bulunmadığına karar verirse SMK m.5 açısından inceler (SMK m.16). Başvurunun 5'inci madde anlamında bir tescil engeli içerdiği değerlendirilen başvuruların tescili tamamen veya kısmen ret edilir.

Başvuru SMK m.5'te sayılan mutlak ret nedenlerinden biri veya daha fazlasına dayanılarak reddedilebilir¹³. Doktrinde markalar arasındaki benzerlik arttıkça, mal ve hizmetler arasındaki benzerlik ihtimali ve sonuç itibarıyla, iltibas tehlikesinin de artacağı görüşü savunulmaktadır¹⁴. Çalışmamızın konusunu oluşturan "aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler" de bu sebepler arasında sayılmıştır. Ancak SMK m.5/1-ç, 5. maddedeki diğer ret nedenlerinden farklı olarak, önceki marka hakkı sahipliği bağlamında bir inceleme ve buna dayanarak başvurunun reddi esasına dayanmaktadır¹⁵. Önceki tarihli aynı markanın mehaz AB hukukunda sadece bir nispi ret nedeni olarak düzenlenmiş olması, konunun Türk hukukunda neden farklı düzenlendiğini ve kamu yararı ile olan ilgisini tartışmayı gerektirmektedir.

⁷ Arkan, Sabih, Marka Hukuku C I (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997) 38; Yasaman, Hamdi vd., Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi (Seçkin Yayıncılık 2019) 49; Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2023) 9.

⁸ Bently, Lionel vd., Intellectual Property Law (6. Bası, Oxford Law Trove 2022) 6-7.

⁹ Bently (n.8) 2.

¹⁰ Arkan (n.7) 36; Yılmaz, Alper Çağrı, Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri (Pozitif Matbaacılık 2008) 19.

¹¹ Örneğin, Suluk vd. (n.6) 197; Eminoğlu, Cafer, 'Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi, (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m.16/5 Hükümünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (2016) 2(1) s. 238, 243.

¹² Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, 20/06/2021, E. 2020/1176 ve K. 2021/792: "556 sayılı KHK'nın 7. maddesindeki mutlak ret nedenlerinin, gerek Türk Patent ve Marka

Kurumu gerekse de mahkemelerce resen gözetilmesi gerekmektedir. Zira, söz konusu hükümden düzenlenen mutlak ret nedenleri, toplumun ortak menfaatleri gereği olup, kişilerin menfaatinden önde gelmektedir. Eldeki davaya konu YİDK kararı, her ne kadar 556 sayılı KHK'nın 7/1-b ve 7/1-a maddesine ilişkin ise de aynı maddenin diğer bentlerindeki mutlak ret nedenlerinin de açıklanan nedenlerle işbu davada değerlendirilmesi zorunludur".

¹³ Güneş (n.6) 88.

¹⁴ Paslı (n.1) 6.

¹⁵ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, (Vedat 2012) 400.

III. KAMU YARARI KAVRAMI VE MARKA KORUMASININ KAMU YARARI BOYUTU

“Kamu yararı”, kamu düzeni, milli güvenlik, milli savunma, genel sağlık gibi kavramları da kapsayan bir üst kavramdır¹⁶. Kamu yararı kavramının belirli bir tanımını olmamakla birlikte hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, yönetime uygulanan özel kuralların (yönetim hukukunun) uygulama alanını belirleyen bir ölçüt olduğu ve devlet erklerinin her faaliyetinin kamu yararını gerçekleştirme yönelik olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

Bu kapsamda yasama ve yürütme faaliyetlerinin temel amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Kamu yararının, demokratik bir toplum ve hukuk devleti için gerekli tüm hukuk kurallarının temel şartı olarak da tarif edilmektedir¹⁹. Kavram, her toplumun değer ve hedeflerine ilişkin olarak zaman içerisinde değişebildiği gibi ülkeden ülkeye de değişebilir niteliktedir²⁰.

Sahibine kanun tarafından mutlak hak ve yetkiler bahşedilmiş olması sebebiyle marka, hâkim görüş tarafından bir gayri maddi malvarlığı unsuru olarak kabul edilmektedir. Marka hakkının temel amacı, markayı taşıyan mal veya hizmetlerin ayırt edilmesini sağlamak suretiyle mal ve hizmet piyasalarında marka sahibinin haklarını korumaktır. Bu açıdan bir özel hukuk hakkı olan marka korumasında kamu yararı amacı ikinci planda kalmaktadır.

İşletmelerin marka tescilindeki esas gayeleri de kendi markalarını oluşturmak, marka değeri sağlamak ve ürünlerinin ayırt ediciliğini temin etmektir²¹.

Ancak bu noktada üreticinin nihai amacı olan ürününü satmak ile beğendiği yahut beğenmediği ürün hakkında marka ile kendisine iletilen bilgi doğrultusunda karar veren tüketicinin menfaatleri kesişmektedir²². SMK'nın marka hakkı sahibine tanıdığı haklar (SMK m.7) ve bu hakların ihlali halinde ileri sürülecek talepler (SMK m.29, 30, 149 vd.) marka sahibinin haklarını korumaya yönelik düzenlemeler olup kural olarak, ancak marka sahibi tarafından ileri sürülebilmektedir. Bu da marka korumasında kamu yararının ikinci planda kaldığını göstermektedir.

Bununla birlikte, SMK m.5'te mutlak ret nedenlerinin düzenlenmiş olması ve SMK m.17/1 uyarınca herkesin (ç) bendi hariç olmak üzere m.5 kapsamında görüşlerini Kuruma sunabilmesi gibi düzenlemeler karşısında marka hakkının kamu yararını ilgilendiren bir boyutunun da olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim, marka hakkına getirilen bu sınırlamanın dayanağı Anayasanın 35'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında da kendisini göstermektedir. İlgili düzenlemede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabilceği ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

IV. AYNI VEYA AYIRT EDİLEMİYECEK DERECEDE BENZERLİK

SMK m.5/1-ç hükmüne göre “aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler” için yapılan marka başvuruları reddedilecektir.

Buna göre bir başvurunun SMK m.5/1-ç kapsamında yer aldığı sonucuna varılabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir:

- Önceden tescil edilmiş veya daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış bir markanın varlığı,
- Bu markanın aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetleri kapsamaması,
- Karşılaştırılan işaretler arasında aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bulunması.

¹⁶ Akıllıoğlu, Tekin 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler', İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (1988) 9(1-3) 16-17.

¹⁷ Akıllıoğlu (n.16) 11.

¹⁸ Tombaloğlu, Nermin, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2014) 5(1) 369; Günday, Metin, İdare Hukuku (İmaj Yayıncılık 2002) 16.

¹⁹ Kavram hk. daha geniş bir inceleme için bkz. Özsoy, Özge, 'Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlakı Aykırı Avrupa Birliği Markaları', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (2020) 11(43) 356 vd.

²⁰ EUIPO 'Trade Mark Guidelines 2020 Part B, Examination Section 4 Absolute grounds for refusal' 439 <<https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1803468/2000140000>> s.e.t. 7 Temmuz 2024; Bently (n.7) 35, 36.

²¹ Ceil, Chenoy, 'The Center Rationale for Trademark Protection is and Ought to be the Need of Bussiness to Protect than Brand Value Rather than the Public Interest' <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2288154> s.e.t. 7 Temmuz 2024.

²² Bently (n.7) 8.

Literatürde “bir hukuk politikası tercihi” olarak kabul edilen²³ söz konusu SMK m.5/1-ç düzenlemesi “markanın teklifi” ilkesinin bir yansımasıdır²⁴. Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti Türk Patent tarafından re’sen yapılacaktır. Madde metninde, SMK m.6/1’den farklı olarak, karıştırılma ihtimalinden bahsedilmemiştir. Burada markalar arasındaki benzerliğin son derece yüksek olması sebebiyle ayrıca bir iltibas değerlendirmesine gerek görülmemektedir. Bir başka ifade ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer iki markanın varlığı halinde iltibasın mutlak olarak gerçekleşeceği ispata gerek olmayacak derecede kesindir.

Kanun koyucunun ayniyeti bir mutlak ret nedeni olarak düzenleyen iradesi doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir²⁵. Doktrinde, bu ret sebebinin, kendisine bir kamu yararı işlevi yüklenen aynı maddede düzenlenen diğer sebeplerden ayrılığına ve doğası gereği bir nispi ret sebebi olduğuna, aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki muvafakatnamenin bunu teyit ettiğine dikkat çekilirken, geniş anlamda düşünüldüğünde son tahlilde yine genel menfaat ile ilişkilendirilebileceğine de işaret edildiği görülmektedir²⁶. Ancak, kanaatimizce kamu yararı ile ilgisi sebebiyle, konunun aynı maddedeki diğer sebeplerle birlikte düzenlenmiş olması isabetlidir²⁷.

Türk Hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, AB Hukukunda *aynıyet* bir nispi ret sebebi olarak sayılmıştır. 2017/1001 sayılı Tüzüğü’nün 8’inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde başvuru, önceki tarihli markayla aynı (*identical*) ve aynı mal ve hizmet sınıfında ise itiraz üzerine başvuru reddedilecektir. Buna ek olarak aynı maddenin (b) bendinde SMK m.6/1’è karşılık gelecek şekilde, mar-

kalar arasındaki “aynıyet” veya “benzerlik” sebebiyle karıştırılma ihtimali nispi ret sebebi olarak düzenlenmiştir. İkinci fıkrada yer alan düzenlemede karıştırılma ihtimalinin varlığı da şart koşulmuştur²⁸. Mal ve hizmetlerin yer aldığı sınıflar ise marka tescil sisteminin bir parçası olup, mal ve hizmetler arasındaki benzerlik seviyesi hakkında karar verebilmek bakımından tek başına belirleyici değildir²⁹.

Kanunda aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu ve kanunda geçen “aynıyet” kavramının ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Buna karşı mülga 1965 tarihli 551 Sayılı Markalar Kanunu’nda yer alan “*aynı emtiaya mütaallik olarak Türkiye’de tescil edilmiş veya tescil için müracaat edildiği halde henüz kesin bir karara bağlanmamış markalarla, bunların biçim veya telâffuz yahut mâna itibariyle ilk bakışta tefrik edilemeyen benzerleri*” (m.5/1-c) şeklindeki ifadelerden söz konusu kavramları tanımlamada yararlanılması mümkündür. Buna göre aynı olmak, daha önce tescil edilmiş veya başvurulmuş olan markanın birebir aynısı olmayı; ayırt edilemeyecek kadar benzerlik ise ilk bakışta ayırt edilemeyecek, ancak dikkatli veya tekrar bakıldığında fark edilecek derecede yüksek bir benzerliği ifade etmektedir. Türk Patent tarafından yayımlanan Marka İnceleme Kılavuzunda³⁰ ise ayniyet “*Mahkeme kararlarına ve Yargıtay içtihatlarına göre, başvuruya konu işaretin daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış marka ile aynı olması, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpa tıp taklit, aynen veya bire bir kopya olması*” şeklinde açıklanmaktadır. Türk Patent’in değerlendirmesine göre işaretlerin tamamen aynı olması markaların aynı kabul edilmesi için yeterlidir. Buna karşılık yazı tipinin farklı olması, yazı şekil ve biçimindeki değişiklikler veya yazı renginin farklılığı ayniyeti ortadan kaldırmamaktadır³¹. Ortalama tüketici nezdinde

²³ Gün, Buket, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma (On İki Levha 2019), 78.

²⁴ Markanın teklifi ilkesi hk. daha geniş bilgi için bkz. Eminoğlu, s. 231 vd.

²⁵ Arkan (n.7) 75; Yasaman vd. (n.7) 430- 432; Çolak (n.7) 181.

²⁶ Kaya, Aslan, Marka Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı (Vedat Kitapçılık 2024) 181. Karş. bir mutlak ret nedeninin taraf iradeleri bağlamında aşılabilir olmasının hükmün mutlak ret nedeni olmasının içini boşalttığı yönünde bkz. Güneş, Marka Hukuku, s. 66; aynı anlamda, Bozer, Ali, Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku (8. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) s. 250.

²⁷ Oğuz, Arzu vd., ‘Yargıtay Kararları Işığında Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5/1 (ç) maddesi Anlamında Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler’ Terazi Hukuk Dergisi, (2018) 13(141), 43.

²⁸ Yasaman vd. (n.7) 430; Uzunallı, Sevilay, Marka Hukuku (Adalet Yayınevi 2021) 60.

²⁹ Uzunallı, Sevilay, ‘Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu’, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, s. 675-699 (1. Baskı, On İki Levha 2017) 683; Paşlı (n.1) 31, 43 vd.; Çolak (n.7) 212.

³⁰ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu (Türk Patent 2021) 188.

<<https://www.turkpatent.gov.tr/duyurular/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021>> s.e.t 04 Mayıs 2024.

³¹ Yasaman vd. (n.7) 436.

ayırt edilmeyecek derecede önemsiz farklar bulunan işaretler aynı sayılır³². İşaretlerin neredeyse hiçbir fark gözetilemeyecek biçimde benzer olması halinde aynıyetten bahsetmek mümkündür³³. Türk Patent aşağıdaki işaretleri “aynı” olarak değerlendirmiştir:



“Ayırt edilemeyecek düzeyde benzerlik” kavramını ise Türk Patent “*karşılaştırılan işaretler aynı olmamakla birlikte, bunların ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde bıraktıkları genel izlenimleri hemen hemen aynıdır. Bir başka deyişle, markalar arasındaki farklılık o kadar önemsizdir ki ilgili tüketici nezdinde markalar görsel ve işitsel olarak aynıymış gibi algılanırlar*” şeklinde açıklamaktadır. Türk Patent’in Marka İnceleme Kılavuzu’na göre;

- Kelime unsurları aynı, şekil unsuru farklı işaretler,
- Kelime unsurları aynı, şekil unsuru içermeyen ancak tali unsur içeren işaretler,
- Tüm unsurları aynı olmakla birlikte tertip edilişi farklı işaretler,
- Tüm unsurları, tertip edilişi aynı olmakla birlikte baskın unsuru farklılaştırılmış işaretler

“ayırt edilemeyecek derecede benzer” kabul edilecektir³⁴.

Doktrine göre, ayırt edilemeyecek derecede benzer olan marka, ayrıca bir iltibas değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacak kadar açık benzerlik unsuru taşıyan işaretlerdir. Bu durumda iltibas teh-

likesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilmekte ve ayrıca bir inceleme yapmaya gerek kalmamaktadır³⁵. Markaların her yönüyle aynı olmadığı, aralarında bazı farkların olduğu hallerde ise artık aynıyet söz konusu olmayacak, ayırt edilmeyecek kadar benzerlik söz konusu olacaktır. Ayırt edilmeyecek kadar benzerlik halinde markalar, aralarındaki yoğun benzerlik nedeniyle ilgili halk tarafından aynı olarak algılanmaktadır³⁶.

V. YARGITAY KARARLARINDA AYNI VEYA AYIIRT EDİLEMİYECEK DERECEDE BENZERLİK

Bu konuda örnek olarak inceleyeceğimiz ilk olayda Davacı tarafından Mal ve Hizmet Sınıfları Tebliğinin 34. sınıfında, aşağıda görseli bulunan işaretin tescili için başvuruda bulunulmuş, Türk Patent yaptığı değerlendirmede “alfa” ibareli aynı sınıfta tescilli marka gerekçe gösterilerek SMK m.5/1-ç uyarınca başvurunun reddine karar vermiştir:

Başvuru Konusu Marka



Redde Mesnet Marka



YİDK Kararının iptali için açılan davada ilk derece mahkemesince “... başvuru konusu işaretin ilk bakışta ve derhâl redde mesnet markanın yeni düzenlenmiş bir versiyonu olduğu yönünde izlenim doğduğu, zira her birinde aynı biçimde okunan ve görünen “ALFA” ibarelerinin göze çarptığı, görsel, ses-cil ve anlamsal olarak iki işaretin ayırt edilemeyecek derecede benzer oldukları yönünde intiba doğmasının kaçınılmaz olduğu, bu durumda “ALFA FLINTS” ibareli başvuru ile “ALFA” ibare ve biçimli redde mesnet marka arasında, ilk bakışta ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunduğu ... gerekçesiyle davanın reddine” karar verilmiş, söz konusu karar istinaf aşamasında onanmış ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14/09/2022 tarihli ve E. 2021/1680, K. 2022/5884

³² Bently (n.8) 5; örnekler için bkz. Tekinalp (n.19) 441. Karş. Arkan (n.7) 51, 76; Yasaman vd. (n.7) 228. SMK 5/1-ç hükmünün geniş yorumlanmasının yol açtığı sakıncalar konusunda bkz. Çelikel, Deniz, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları Doğrultusunda SMK Yorumu (Seçkin 2024) s. 38 vd.

³³ ABAD T-346/04 Sadas SA v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs).

³⁴ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu (Türk Patent 2021) 190- 192.

³⁵ Arkan (n.7) 75; Yasaman vd. (n.7) 439.

³⁶ Eminoğlu (n.11) 244.

sayılı ilamında belirtilen “... *dava konusu başvuru- nun ve mesnet markaların açıklanan nitelikleri, yazım şekli, renk gibi unsurları ile barındırdıkları şekil unsurları birlikte değerlendirildiğinde 6769 sayılı SMK'nun 5/1-ç maddesi anlamında aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğundan söz edilemez*” gerekçeyle bozulmuştur³⁷.

Söz konusu kararda “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramı için, “*karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır*” tespitine yer verilmiştir. Kanaatimizce karşılaştırılan markalar arasında SMK m.5/1-ç kapsamında “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” bulunduğu kabul edilebilir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.10.2012 tarihli kararında “*ayırt edilemeyecek derecede benzerlik*” için koyduğu kriter somut olayda gerçekleşmiştir. Karşılaştırılan İngilizce kelimeler, Türkiye'deki ortalama tüketici açısından ayırt edilemeyecek kadar benzer niteliktedir.

İkinci olayda, davacı, Mal ve Hizmet Tebliği'nin 29, 30 ve 32. sınıflarında aşağıda görseli bulunan işa- retin tescili için başvuruda bulunmuş, Türk Patent tarafından yapılan değerlendirmede “boğazlıyan” ibareli marka gerekçe gösterilerek (Mülga) 556 sayılı KHK'nın 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) ben- di uyarınca başvurunun reddine karar verilmiştir:

Başvuru Konusu Marka



Redde Mesnet Marka

BOĞAZLIYAN

YİDK Kararına karşı açılan davada ilk derece mahkemesi 28.11.2006 tarihli kararıyla markalar arasında aynı veya ayırt edilemeyecek derecede ben- zerlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne ve YİDK Kararının iptaline hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesi kararının davalı tarafça temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01.12.2011 tarihli 2009/7947 E., 2011/1036 K. sayılı ilamı ile karşılaştırılan markaların aynı emtia sınıfında olduğu, (Mülga) 556 sayılı KHK m.7/1-(b) bendi kapsamında aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu, zira karşılaştırılan markaların ortak ibaresinin “boğazlıyan” ibaresi olduğu, bu ibarenin başvuru konusu markanın esas unsuru olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

Bu karar üzerine ilk derece mahkemesi ilk kararında direnmiş ve dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) önüne gelmiştir. HGK, 05.10.2012 tarihli ve E. 2012/11-154 K. 2012/659 sayılı ilamında “*556 sayılı KHK'nin 7/1-(b) bendinde belirtilen “aynı” olma; karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit vb. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de “aynı” olma durumunu etkilemez. “Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibariyle önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır*” gerekçesine yer vermek suretiyle “ayniyet” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre, iki markanın tüketiciler üzerinde bıraktığı genel izlenim önemsenmeyecek derecede düşük ise bunlar arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlikten söz edilebilecektir.

Söz konusu kararda (mülga) 556 sayılı KHK m.7/1-b ve m.8/1-b arasındaki sınırın ne olması gerektiğinin de “*Bu nedenle, 556 sayılı KHK'nin 32. maddesi uyarınca Enstitü tarafından 7. madde önün- den inceleme yapılırken, başvuru konusu işaretin üzerin- de kullanılacağı mal veya hizmetlerin ortalama tüketicileri nezdinde sicilde daha önce tescilli bir marka veya marka başvurusu ile karıştırılma ihtimaline yol açılıp açılmayacağına da değerlendirilmesini gerekti- ren derecede, yani Enstitüce takdir yetkisinin kullanılacağı bir benzerlik mevcut ise, bu takdirde işaretler arasında güçlü ve açık bir iltibasın varlığı peşinen kabul edilmiş sayılmayacağından “ayırt edilemeye-*

³⁷ Yargıtay'ın markaları aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer görmediği çeşitli örnekler için bkz. Suluk vd. (n.6) 200; Çelikel (n.32) 43 vd.

cek kadar benzerlik” bulunduğundan bahisle re’sen, başvurunun reddine karar verilemez. Çünkü, böyle bir durumda işaretlerin 556 sayılı KHK’nin 8/1-(b) bendi anlamında bir benzerliği söz konusu olacağından, artık bu husus nispi ret nedeni olarak ve ancak başvuruya itiraz halinde Enstitüce değerlendirilebilecektir” gerekçesine yer verilmek suretiyle açıklandığı görülmektedir.

Buradan da başvurunun SMK m.5/1-ç hükmüne göre reddedilebilmesi için, yukarıda da belirttiğimiz üzere, markalar arasında ayrıca bir iltibas incelemesine gerek olmayacak ve mutlak surette karışıklığa yol açacak derecede yüksek düzeyde bir benzerliğin bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Karşılaştırılan markalar arasında iltibas değerlendirmesini gerektirecek bir benzerlik söz konusu ise bu durumda başvuru SMK m.5/1-ç gerekçesiyle reddedilemeyecektir.

İnceleyeceğimiz üçüncü olayda, davacı tarafından Mal ve Hizmet Sınıfları Tebliğinin 35. Sınıfta, aşağıda görseli bulunan işaretin tescili için başvuruda bulunulmuştur, Türk Patent tarafından yapılan değerlendirme sonucu “papila” ibareli 35. sınıfta da tescilli marka gerekçe gösterilerek SMK m.5/1-ç uyarınca başvurunun reddine karar verilmiştir:

Başvuru Konusu Marka

Papilla

Redde Mesnet Marka

PAPILA

YİDK Kararı ile ilgili olarak ilk derece mahkemesince “marka işaretleri arasında da ayniyet ve ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile YİDK kararının iptaline” hükmedilmiş, Türk Patent tarafından yapılan istinaf talebi Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi’nce “somut olayda taraf marka işaretleri ile başvuru kapsamındaki dava konusu hizmetlerle redde mesnet markanın kapsamındaki hizmetler arasında bu anlamda bir benzerliğin bulunmadığı” gerekçesiyle reddedilmiş, söz konusu karar Yargıtay tarafından onanmıştır³⁸.

Kanaatimizce yukarıda paylaşılan marka görselleri değerlendirildiğinde çakışan hizmet sınıfla-

rı da içeren iki marka arasında ayırt edilmeyecek derecede benzerlik söz konusudur. Zira Yargıtay HGK’nın 05.10.2012 tarihli kararında “ayniyet” için koymuş olduğu “farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de “aynı” olma durumunu etkilemez” kriteri somut olayda gerçekleşmiştir. Gerçekten de karşılaştırılan markaların yazı düzeni ve rengi farklı olmakla birlikte kanaatimizce bu durum markaların tüketici nezdinde ayrışması için yeterli değildir.

Örnek olarak inceleyeceğimiz son olayda ise davacı tarafından Mal ve Hizmet Sınıfları Tebliğinin 29, 30 ve 35. sınıflarında tescil edilmesi talebiyle aşağıda görseli bulunan işaret için başvuruda bulunmuş, Türk Patent tarafından yapılan değerlendirmede “dia” ibareli tüm sınıflarda tescilli markalar gerekçe gösterilerek başvurunun SMK m.5/1-ç uyarınca reddine karar verilmiştir:

Başvuru Konusu Marka

dia

Redde Mesnet Marka

Dia

YİDK Kararının iptali için açılan davada ilk derece mahkemesince “Dia ibaresinin ortaklığı sebebiyle görsel, sescil ve anlamsal olarak iki işaretin ayırt edilemeyecek derecede benzer oldukları yönünde itiba doğmasının kaçınılmaz olduğu” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, istinaf aşamasında mal ve hizmet sınıflarında yapılan değişiklik sonucunda “Dia ibaresinin ortaklığı sebebiyle görsel, sescil ve anlamsal olarak iki işaretin ayırt edilemeyecek derecede benzer oldukları” gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne hükmedilmiş, istinaf aşamasında ise karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24/05/2022 tarihli ve E. 2021/190, K. 2022/3946 sayılı ilamında yer alan “her iki markada “DİA” ibaresi ortak ise de markalar farklı şekil unsurlarını barındırmaktadır. Somut olayda şekil unsurları bakımından markalar arasında farklılık bulunduğu” gerekçesi ile bozulmuştur.

Kanaatimizce, bozma kararında değinilen şekil unsuru markaların SMK m.5/1-ç kapsamında değerlendirmesine engel değildir. Zira karşılaştırılan mar-

³⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30/11/2022, E. 2021/4471, K. 2022/8495 sayılı karar.

kaların mal ve hizmet sınıfları birbiriyle çakışmakta, ayrıca markalarda baskın ve esaslı unsur olarak “dia” ibaresi ön plana çıkmaktadır. Bu durumda yine ortalama tüketici nazarından bakıldığında ayırt edilmeyecek derecede benzerliğin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Netice olarak, başvurunun önceki marka ile ayniyeti SMK’da hem mutlak (m.5/1-ç) hem de bir nispi (m.6/-1) ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Önceki marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer başvurular bakımından Türk Patent’e verilen ret yetkisi, itiraz yolu da açık olan bir başvurunun kamu yararı gözetilerek daha erken bir aşamada engellenmesi işlevi görmektedir. Bu nedenle, mehz AB Tüzüğü’nde sadece itiraza konu olabilen “aynı marka” başvuruları için ülkemizde ikili bir koruma mekanizmasının öngörülmesi yerindedir³⁹. Zira bu yolla, hem bir yandan tescil sürecinde fark edilmeyen aynı markalar için hak sahiplerine itiraz imkânı tanınmış, hem de her nasılsa tescil edilmiş olan “aynı markalar” için hükümsüzlük davası açabilme imkânı teyit edilmiş olmaktadır. Ancak bu noktada Türk Patent’in ayniyet veya ayırt edilmeyecek kadar benzerlik kavramlarını geniş yorumlayarak, bu açıdan tartışmaya açık başvurular için de ret kararı vermemesi gerektiği hatırlatılmalıdır⁴⁰.

SONUÇ

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerini düzenleyen SMK m.5 ile mehzı olan 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü’nün aynı konuya ilişkin 7’nci maddesindeki ilgili düzenlemelerin amacı kamu yararını tesis etmektir. Düzenlemelerin ayrıldığı nokta ise, aynı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerliğin SMK m.5’te bir mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bununla birlikte “ayniyet” aynı zamanda SMK 6’da bir nispi ret nedeni olarak da varlığını korumaktadır. Tüzükte nispi ret nedenleri arasında düzenlenen “ayniyet”, SMK’da buna “ayırt edilmeyecek derecede benzerlik” kavramı da eklenmek suretiyle genişletilmiş ve mutlak ret nedenleri arasına girmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi öğreti tarafından eleştirilmiş olsa da kanaatimizce bu düzenlemenin toplumun

tüketim alışkanlıkları, ortalama tüketici düzeyi ve serbest piyasa ekonomisine aşinalık gözetilerek, kamu yararını korumaya yöneliktir. Türk Patent’in başkasına ait marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer başvuruları ret etme yetkisi, ayrıca, itiraz yolu da açık olan bir başvurunun kamu yararı gözetilerek daha erken bir aşamada engellenmesi işlevi görmektedir. Ayrıca, “kamu yararı” kavramının zihinlerdeki karşılığı zamana, topluma ve yere göre değişmektedir. Bu bakımdan, “ayniyet” her ne kadar AB hukukunda nispi ret nedenleri arasında düzenlenmiş olsa da ülkemizdeki ortalama tüketici davranışları dikkate alındığında, ayırt edilmeyecek kadar benzerlik kavramı ile birlikte SMK m.5’te bir mutlak ret nedeni olarak düzenlenmesinin uygun olduğu kanaatindeyiz.

³⁹ Karş. Çetin, Emre, Marka Hukukunda Nispi Red Nedenleri ve Hükümsüzlük Davaları (Seçkin 2023) 54.

⁴⁰ Bkz. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2.11.2022, 2021/3817, 2022/7679 (Çelikel (n.32) 44).

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu Tekin, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler', İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (1988) 9(1-3) 11-22.
- Arkan Sabih, Marka Hukuku C I (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997).
- Bently Lionel vd., Intellectual Property Law (6. bası, Oxford Law Trove 2022).
- Bozer Ali, Göle Celal, Ticari İşletme Hukuku (8. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023).
- Bozgeyik Hayri, Marka Hakkının Korunması (Adalet 2024).
- Ceil, Chenoy, 'The Center Rationale for Trademark Protection is and Ought to be the Need of Bussiness to Protect than Brand Value Rather than the Public Interest' <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2288154> s.e.t. 7 Temmuz 2024.
- Çelikel Deniz, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları Doğrultusunda SMK Yorumu (Seçkin 2024).
- Çetin Emre, Marka Hukukunda Nispi Red Nedenleri ve Hükümsüzlük Davaları (Seçkin 2023).
- Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku (On İki Levha 2023).
- Eminoğlu Cafer, 'Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi, (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m.16/5 Hükümünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)', YBHD, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (2016) 2(1), 229-254.
- EUIPO, 'Trade Mark Guidelines 2020 Part B, Examination Section 4 Absolute grounds for refusal Chapter 7' (EUIPO 2020) <<https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1803468/2000140000>> s.e.t. 7 Temmuz 2024.
- Günday Metin, İdare Hukuku (İmaj 2002).
- Gün Buket, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma (On İki Levha 2019).
- Güneş İlhami, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku (Adalet 2021).
- Hennesey William O., 'The Role of Trademarks in Economic Development and Competitiveness' <https://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/Hennesey_Content/RoleofTrademarksinEconomicDevelopmentandCompetitiveness.pdf> s.e.t. 7 Temmuz 2024.
- Kaya Aslan, Marka Hukuku (Vedat 2024).
- Suluk Cahit vd., Fikri Mülkiyet Hukuku (Seçkin 2024).
- Oğuz Arzu vd., 'Yargıtay Kararları Işığında Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5/1 (ç) maddesi Anlamında Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler' Terazi Hukuk Dergisi (2018) 13(141), 39-50.
- Özsoy Özge, 'Yargı Kararları Işığında Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Avrupa Birliği Markaları', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (2020) 11(43) 351-368.
- Paslı Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği (1. Baskı, Vedat 2018).
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (Vedat 2012).
- Tombaloğlu Nermin, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2014) 5(1) 353-388.
- Türk Patent ve Marka Kurumu, 'Marka İnceleme Kılavuzu' <<https://www.turkpatent.gov.tr/duyurular/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021>> s.e.t. 7 Temmuz 2024.
- Uzunallı Sevilay, Marka Hukuku (Adalet Yayınevi 2024).
- Uzunallı Sevilay, 'Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu', Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, s. 675-699 (1. Baskı, On İki Levha 2017).
- WIPO 'DL 302 An Advanced Course on Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications' <https://www.wipo.int/academy/en/courses/distance_learning> s.e.t. 4 Mayıs 2024.
- Yasaman Hamdi vd., Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Yılmaz Alper Çağrı, Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri (Pozitif Matbaacılık 2008).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN ACENTENİN KUSURU SEBEBİYLE MÜVEKKİL TARAFINDAN FESHİ HALİNİN DENKLEŞTİRME TALEBİ BAKIMINDAN YENİDEN DÜŞÜNÜLMESİ^(*)

RECONSIDERATION OF THE CLIENT'S TERMINATION OF THE AGENCY AGREEMENT DUE TO THE AGENCY'S FAULT IN TERMINATION WITH REGARD TO THE GOODWILL INDEMNITY

Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU^(**)

Öz

Acenteler, tacirin tek başına ulaşabileceğinden daha fazla müşteri çevresine ürettiği mal ve/veya hizmeti sunabilmesine imkân tanır. Acenteler kimi zaman doğrudan müvekkili adına sözleşme yaparken kimi zaman ise müvekkilinin sözleşme yapmasına aracı olurlar. Acentenin bu faaliyetleri sayesinde tacirler daha geniş bir müşteri çevresine hitap edecek ticari faaliyette bulunurlar. Artan bu müşteri çevresi, tacirin ticari işletmesine ekonomik değer kazandırır. Ne var ki acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, sözleşmenin devamı sırasında acentenin müvekkil için yaptığı işlemler bakımından elde ettiği ücret hakkı artık son bulacak ve fakat müvekkile kazandırdığı müşteri çevresi sayesinde müvekkil menfaat elde etmeye devam edecektir. Kanun koyucu bu menfaatin bir karşılığı olarak acente lehine denkleştirme isteminde bulunabilmeyi düzenlemiştir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmenin acentenin kusuru sebebiyle müvekkil tarafından haklı sebeple feshi durumu için bir istisna getirilmiştir. Bu çalışmada; kanun koyucunun ilgili hükümde acentelik sözleşmesini sona erdiren hallerden birisi olarak öngördüğü "acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse" hükmü üzerine değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Acente, Denkleştirme İstemi, Hakkaniyet, Müşteri Çevresi.

Abstract

Commercial agencies enable the merchant to offer its goods and/or services to a wider customer base than merchant could reach on his/her own. Sometimes agencies make a contract directly on behalf of their client, and sometimes they act as intermediaries for their client to make a contract. Thanks to these activities of the agency, merchants can engage in commercial activities that will appeal to a wider customer base. This increasing customer base adds economic value to the merchant's commercial enterprise. However, if the agency contract is terminated, the agency's right to remuneration for the transactions carried out on behalf of the client during the agency contract will cease, and the client will continue to benefit from the customer network he/she has gained for the client. The legislator has enabled goodwill indemnity in favor of the agency in return for this benefit. However, Article 122 of the Turkish Commercial Code provides an exception for the justified termination of the contract by the principal due to the agent's fault. In this study, an attempt has been made to evaluate the provision of "if the contract is terminated by the client for justified reasons due to the fault of the commercial agency", which the legislator has foreseen as one of the situations that terminate the commercial agency agreement in the relevant provision.

Keywords

Commercial Agency, Goodwill Indemnity, Equity, Customer Base.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.03.2024 / Kabul Tarihi: 16.12.2024).

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Yozgat - Türkiye, (E-posta: sumeyye.e.coskunsu@bozok.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1490-4740).

Atıf/Citation: Erkanan Coşkunsu, Sümeyye (2024), "Acentelik Sözleşmesinin Acentenin Kusuru Sebebiyle Müvekkil Tarafından Feshi Halinin Denkleştirme Talebi Bakımından Yeniden Düşünülmesi", TFM, C: 10, S: 2, s. 215-229.

I. GİRİŞ

Günümüzde tacirin ticari faaliyeti kapsamında, kendi ulaşabildiği kitleden daha fazlasına mal ve hizmet sunabilmesi bakımından acentelerin önemi tartışmasızdır. Tacire ekonomik ve hukuki anlamda bağlı olmayan acenteler, tacir adına hukuki işlemler yapmakta veya tacirin hukuki işlemler yapması için sözleşmelere aracılık etmektedirler. Bu anlamda tacirin ticari faaliyetini birtakım külfetlere katlanmasına gerek olmaksızın, yalnızca acentelik sözleşmesi kapsamında doğan haklara ve sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerle uygun hareket etmekle çok daha geniş bir kesime sunması sağlanmaktadır.

Acente, acentelik sözleşmesi kapsamında adına hukuki işlem yaptığı veya hukuki işlem yapılabilmesi için aracısı olduğu tacirin yeni müşteriler kazanmasına veya var olan müşterilerle olan ilişkilerini güçlendirmesine katkı sağlamaktadır. Bu yüzden acentenin, acentelik sözleşmesi ile müvekkili konumunda olan tacirin ticari faaliyetine ve dolayısıyla bu faaliyetler sonucunda elde edeceği ekonomik kazançta yaptığı olumlu etki göz ardı edilemez.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) acenteye, acentelik sözleşmesi kapsamında yapmakla yükümlü olduğu işlerin karşılığı olan ödemeler (ücret, avans, olağanüstü giderler ve faiz) yapılmasını öngörmektedir. Söz konusu ödemeler, acentenin sözleşme kapsamında aracılık etmesi veya bizzat müvekkil adına sözleşme yapması karşılığında yapılmaktadır. Ancak acentenin, acentelik sözleşmesi kapsamında yapılan bu ödemeler bakımından müvekkile yeni müşteri kazandırma ya da eski müşterilerle olan ilişkilerini güçlendirme gibi bir görevi bulunmamaktadır. Bu yüzden müşteri kazandırma, portföyü genişletme bakımından acentenin sarf ettiği gayretin ve emeğin karşılıksız kaldığı söylenebilecektir. Bu yüzden kanun koyucu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTK) ile düzenlenmemiş olan ve fakat öğretide kabul edilen ve yargı uygulamasında yer verilen¹ denkleştirme istemini TTK'da da düzenlemiştir.

II. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN AMACI VE ÖNEMİ

Acenteler acentelik sözleşmesi kapsamında ya müvekkilleri adına sözleşme yapmakta (sözleşme yapan acente) ya da yapılacak olan sözleşmeye aracılık etmektedir (aracı acente). Acentenin yerine getirdiği bu edim karşılığında ücret isteme hakkı doğmaktadır². Ücrete hak kazandıran işlemler TTK m.113 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre acente, acentelik sözleşmesi kapsamında kendisine bırakılan bölge veya müşteri çevresiyle kendisi tarafından ya da bir başkası tarafından yapılan hukuki işlemler dolayısıyla ücret isteme hakkına sahiptir. Görüldüğü gibi ücret hakkı, acentelik sözleşmesi kapsamında aracılık edilen veya doğrudan acente tarafından ve fakat müvekkil adına yapılan hukuki işlemlerin bir karşı edimi olarak doğan bir haktır. Buradan hareketle, acentenin müvekkil ile arasındaki sözleşme ilişkisinin devamı sırasında müvekkiline kazandırdığı müşteri çevresi bakımından doğrudan bir karşılık elde etmediği açıktır.

Müşteri çevresi, esasen acentelik faaliyeti dolayısıyla müvekkile, müvekkilin işletmesine kazandırılan bir unsurdur. Müşteri çevresi, gerek öğretide³ gerekse yargı⁴ uygulamasında işletmelere itibar ka-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, 'Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentenin Denkleştirme Talebi', [2008] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (4) 238.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Tekin, *Acentenin Ücret Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2018) 33; Özge Karagege, *Acentenin Ücret Hakkı* (Adalet Yayınları Ankara 2016) 104.

³ Ş. Mehmedali Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri, Birinci Kitap: Ticaret ve Tüccar* (Ulus Kitabevi, Ankara, 1936) 222; Ergun Özsunay, *Ticari İşletmede Kiraçılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Hakkında Bir Araştırma* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1962) 6; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme*, (3. bs, Güzel İstanbul Matbaası Ankara 1968) 174- 175; Oya Akıncı 'Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları' (Yüksek Lisans tezi Ankara Üniversitesi 1988) 54; Abuzer Kendigelen 'Ticari İşletme', İçinde: Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan ve Hüseyin Ülgen (Editörler): *Ticari İşletme Hukuku* (5. bs Vedat Kitapçılık İstanbul 2015) 186; Mehmet Bahtiyar, Ali Ayli, Mehmet F. Şua ve Argun Karamanlioğlu: *Ticari İşletme Hukuku* (Beta, İstanbul, 2022) 30; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan: *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022) 102; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman: *Ticari İşletme Hukuku* (20. bs Seçkin Yayıncılık Ankara 2024) 59; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, (Yetkin Yayınları Ankara 2024) 123; Tamer Bozkurt: *Ticari İşletme Hukuku* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2024) 49.

⁴ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14 HD 2018/1472 E, 2019/1598 K, 12.12.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, s.e.t. 8 Mayıs 2024.

zandırıp, onları tanınır ve tercih edilebilir kılan ve bu sayede işletmenin ekonomik değerini artırmakla gayri maddi malvarlığı unsurları arasında kabul edilen bir malvarlığı unsuru olarak değerlendirilmektedir. Bu özelliği ile müşteri çevresinin Alman, İsviçre⁵ ve Fransız⁶ hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da işletmenin malvarlığı değerini önemli ölçüde artırdığı kabul edilmiştir. Müşteri çevresi, tıpkı ticari adlar ve marka gibi somut bir kazanç kalemi olarak ifade edilemese de ticari işletmenin, ekonomik değerini artırması dolayısıyla, gayri maddi malvarlığı unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir (TTK m.11/3). Öyle ki bahsedilen bu gayri maddi malvarlığı unsurlarıyla birlikte ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu edilebilmesi hususu kanunda açıkça yer almıştır (TTK m.11/3).

Türkiye özellikle yabancı yatırımcılar için önemli bir pazar alanı arz etmektedir. Bu bağlamda yabancı tacirlerin genellikle Türkiye'de acenteler aracılığıyla çalışması ve bunun sonucunda ticari hayatın acenteler vasıtasıyla yapılan hukuki işlemler üzerinden ilerlediği örneklerin yoğunlaşması dolayısıyla Türk hukuku bakımından denkleştirme istemine ilişkin düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz olmuştur⁷.

eTK döneminde uygulamada hakkaniyet gereği, sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla acentenin yaşayacağı kaybın önlenmesi bakımından bir denkleştirmenin sağlanması gerektiği kabul edilmiştir⁸. Bu dönemde doğrudan bir kanunî dayanağı olmayan denkleştirme istemine dayanak olarak öğretide bazı yazarlar eTK m.133 ve 134 hükmünü göster-

miştir⁹. Buna karşın öğretilerdeki diğer görüş sahipleri bu konu hakkında kanun boşluğu olduğu yönünde kanaate vararak, hâkimin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1. maddesi hükmü gereğince hukuk yaratma yoluna giderek denkleştirme bedelinin ödenmesinin yerinde olacağını ifade etmiştir¹⁰. Yargıtay ise bazı kararında eTK m.134 hükmünü geniş yorumlamış diğer bazı ise TMK m.1 uyarınca kanun boşluğunu doldurmak suretiyle somut olaydaki uyumsuzluğu sonuca bağlamıştır¹¹. Ancak eTK m.134/2 hükmü öngörülen belirli haller bakımından acenteye ödenecek tazminatı düzenlenmektedir. Acentenin sözleşmenin sona ermesi ile müvekkilinden talep ettiği denkleştirme ise bir tazminat olarak değerlendirilemeyecektir. Bu yüzden kanaatimizce bu madde hükmünün geniş yorumlanması suretiyle uyumsuzluğu çözmeye çalışılması yerinde bir uygulama olmayacaktır.

İfade edilenlerden de anlaşıldığı üzere işletmeye önemli bir malvarlığı unsuru kazandıran, işletmenin ekonomik kazanç elde etme kabiliyetini olumlu yönde etkileyen acentelerin bu çabalarının, acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile karşılıksız kalacak olması gerek Yargıtay gerekse öğreti nezdinde hakkaniyete uygun bulunmamıştır.

III. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Acenteler, acentelik sözleşmesi ile müvekkilinin geniş ve farklı müşteri çevreleri ile ticari faaliyette bulunmalarını sağlar. Bu yüzden özellikle Türk hukuku bakımından farklı müşteri çevreleri ile ticari faaliyette bulunabilmenin şube açmak gibi diğer alternatif yollarına nazaran daha kolay olan acentelerle iş birliğidir¹². Bu iş birliği sayesinde müvekkil çoğu

⁵ Acentenin denkleştirme isteminin acentenin sözleşme devam ettiği sürece verdiği hizmetin bir karşılığı değil, müvekkilin acentelik faaliyeti sonucunda meydana gelen değer olan müşteri çevresinden özellikle ekonomik kazanç elde etmeye devam etmesinden kaynaklandığına dair bkz. İsviçre Federal Mahkemesi 29 Kasım 1977 tarihli (BGE 103 II 277) kararı, <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F103-II-277%3Ade&lang=de&type=show_document> s.e.t. 8 Mayıs 2024.

⁶ Jules Valery, 'Maison de Commerce et Fonds de Commerce' [1902] 16 Annales Dr Com & Indus Francais, Etranger & Int'l 209.

⁷ A. İpek Sarıöz Büyükalp, 'Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2019] 2 (21) 528.

⁸ Özge Ayan, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008) 97.

⁹ Karayalçın, (n3) 535; Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (4. Bs. Filiz Kitabevi İstanbul 2004) 171; Bahtiyar ve diğerleri (n3) 303; Sabih Arkan *Ticari İşletme Hukuku* (30. Bs. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Ankara 2024) 217; Zehra Badak Aybar, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi' [2013] İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 24 (2) 167.

¹⁰ Ercüment Erdem 'Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi', Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan [2003] 1, 106; Poroy ve Yasaman (n3) 318.

¹¹ Yargıtay 11 HD 2016/2791 E., 2017/6770 K, 30.11.2017 T, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, s.e.t. 8 Mayıs 2024.

¹² İrfan Akın 'Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

zaman ulaştığı müşteri çevresi ile acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da ticari ilişkilerini sürdürmektedir. Böylelikle acente, sözleşme gereği yerine getirdiği yükümlülükler sonucunda müvekkile yalnızca somut iş bakımından kazanç sağlatacak, müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonraki süreçte de irtibatla kalmaya devam edeceği bir kazanç kaynağı elde etmesinde önemli rol üstlenmiş olacaktır. Acentenin müvekkiline sağladığı bu kazanç bakımından öğreti ve yargı uygulaması hakkaniyetin belirleyici olduğu yönünde birleşmiş¹³, kanun koyucu da TTK m.122 hükmü ile denkleştirme istemi bakımından hakkaniyeti bir koşul olarak belirlemiştir.

Acentenin TTK m.122 kapsamında ileri sürebileceği denkleştirme isteminin hukuki niteliği, öğretide üzerinde görüş birliğine varılamayan bir konudur¹⁴. Öğretide denkleştirme istemini sosyal yardımlaşmaya¹⁵, bir malvarlığı zararının giderilmesi bakımından tazminata¹⁶, sebepsiz zenginleşmeye¹⁷ ve özel bir karşılık¹⁸ fikrine dayandıran değişik görüşler bulunmaktadır.

Acentenin denkleştirme istemini sosyal yardım anlayışı bağlamında değerlendiren görüşe göre acente ekonomik bakımdan müvekkiline nazaran daha güçsüz konumda olduğundan, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde acentenin güçsüz durumunu daha elverişli hale getirmek amaçlanır. Öncelikle belirtmek gerekir ki acentenin gerek eTK döneminde gerekse TTK m.122 kapsamında denkleştirme isteminde bulunabilmesi bakımından ekonomik bakımdan müvekkilinden daha güçsüz konumda olması aranmaz. eTK döneminde kanuni bir kurum olmaması ve kimi zaman var olan hükümlerin geniş yorumlanması kimi zamansa kanun boşluğu doldurmak suretiyle denkleştirme istemine hükmedilmesi sebebiyle istemin hukuki niteliği anlamında yardım etme görüşü ifade edilmişse de TTK m.122 hükmü ile artık bu görüş anlamını yitirmiştir. Nitekim TTK m.122 gerekçesinde de açıkça söz konusu istemin bir yardım fikrine dayanmadığı ifade edilmiştir¹⁹.

Denkleştirme isteminin hukuki niteliğini açıklayan diğer bir görüş olan sebepsiz zenginleşme görüşü ise Türk borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin şartları bakımından yerinde değildir. Zira sebepsiz zenginleşmeden bahsedilebilmesi için Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.77 hükmünde "*haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmenin*" gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir²⁰. Kanun koyucu sebepsiz zenginleşme dolayısıyla zenginleşenin geri ödeme yükümlülüğünün doğumu bakımından özellikle söz konusu zenginleşmenin *geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması* halini öngörmektedir (TBK m.77/2). "*Sona ermiş bir sebebe dayanma*" ifadesinden hareketle, acente tarafından müvekkiline kazandırılan müşteriler dolayısıyla elde edilen ekonomik faydanın, acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle müvekkil bakımından süregelmeye, denkleştirme isteminin hukuki niteliğini belirlemek konusunda

Dergisi [2013] 3 (62) 614; Arslan Kaya, 'Acente', İçinde: Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Fusun Nomer Ertan ve Hüseyin Ülgen (Editörler) *Ticari İşletme Hukuku* (5. bs Vedat Kitapçılık İstanbul 2015) 772.

¹³ Bkz. Yargıtay 11 HD 1996/2084 E., 1996/4544 K., 10.06.1996 T, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, s.e.t. 13.12.2024; Ahmet Cemil Ünal, 'Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı' Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2024] 1 (10) 5; Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktaki görüşler için ayrıca bkz. Ayan (n7) 98.

¹⁴ Badak Aybar (n9) 170.

¹⁵ Haluk Tandoğan 'Tek Satıcılık Sözleşmesi' [1982] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 11 (4) 1.

¹⁶ Erdoğan Moroğlu *6102 sayılı TK Değerlendirme ve Öneriler* (8. bs On İki Levha Yayınları İstanbul 2016) 74.

¹⁷ Karl Sieg: *Rechnatur des Ausgleichsanspruchs des Versicherungsvertreeters und Folgerungen hiraus*, VersR 1964, 789 vd.'den aktaran: Karasu (n1) 288.

¹⁸ Ayan (n7) 103; Cemile Gökyayla *Demir Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (2. bs On İki Levha Yayınları İstanbul) 250; Pınar Altınok-Ormanci 'Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2009) 58 (3) 472; Karasu (n1) 288; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap (Ticari İşletme) Yedinci Kısım (Acentelik)* (2. bs. Beta Basım İstanbul 2016) 246; Hümevra Yılmaz, *Acentenin Denkleştirme İstemi* (On İki Levha Yayınları İstanbul 2020), 36; Arkan (n6) 244.

¹⁹ Bkz. TTK m.122 gerekçesi: "... bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan acenteye yardım düşüncesine dayanmaz."

²⁰ Sebepsiz zenginleşmeden bahsedilebilmesi için gerekli şartlar bakımından ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. bs Yetkin Yayıncılık Ankara 2019) 975; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. bs Filiz Kitabevi İstanbul 2019) 311; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (15. bs Vedat Kitapçılık İstanbul 2020) 332.

sebeatsız zenginleşme kurumunu akla getirmektedir. Ancak acentenin denkleştirme istemi bağlamında müvekkilin elde ettiği ekonomik fayda acentelik sözleşmesinden kaynaklanmaktadır²¹. Dolayısıyla hukuki dayanaktan yoksun bir zenginleşmeden bahsedilemeyen bu durumda sebeatsız zenginleşmeye dayalı bir istemden söz edilmesi mümkün değildir.

Öğretide denkleştirme isteminin bir tazminat olduğu ve hatta bu sebeple kanun koyucunun madde başlığında tercih ettiği “istem” ifadesinin “tazminat” olarak değiştirilmesi gerektiği yönünde görüş de bulunmaktadır²². Teknik olarak tazminattan bahsedebilmek için bir zararın olması gerekecektir. Kanunda geçen “denkleştirme istemi” ifadesinin denkleştirme tazminatı olması gerektiği yönündeki bu görüşe göre acentelik sözleşmesinin bitimiyle acentenin zarara uğradığı ve bu zararın karşılanması bakımından bir tazminat öngörüldüğü düşünülür. Ancak denkleştirme istemi bakımından bir zarar meydana gelmesi şartı aranmamaktadır. Denkleştirme istemini düzenleyen TTK m.122 hükmünde acentenin sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla zarara uğradığı için denkleştirmenin talep edilebileceğine dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Nitekim TTK'nın 122. maddesinin gerekçesinde bu durum “*talep klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamaz; ancak, öğretide buna rağmen talebin geniş anlamda zararın giderilmesine yöneldiği yaklaşımı benimsenir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğünden önce de uygulanmakta olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) m.23/16 hükmünde acentelik faaliyeti süresince müvekkile kazandırdığı müşteri portföyü dolayısıyla müvekkilin önemli menfaatler elde etmesi ve hakkaniyetin gerektirmesi durumu için sigorta acenteleri bakımından “tazminat” öngörülmektedir. Sigortacılık Kanununda öngörülen bu hüküm TTK m.122/3 hükmüyle benzer koşullarda acentenin denkleştirme talep edebileceğini düzenlemekle birlikte bu kanunda “tazminat” terimi kullanılmıştır. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere, Sigortacılık Kanununa göre sonraki kanun olan TTK'nın m.122 hükmünün gerekçesinde bu “istem” kavramının “tazminat” kavramına tercih edilmesinin sebebi açıklanmıştır.

Acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte ileri sürülebilecek olan denkleştirme isteminin; acentenin sözleşme süresince yaptığı ticari faaliyet sonucunda müvekkile kazandırdığı müşteri çevresi, müvekkilin piyasada tanınması ve müşteriler tarafından tercih edilebilir olması bakımından çabalarının bir “karşılığı” olduğu görüşü ise öğretideki hâkim görüştür²³. Bizim de katıldığımız bu görüş gerek yargı kararlarında²⁴ gerekse kanun koyucunun denkleştirme istemine ilişkin madde gerekçesinde²⁵ benimsenmektedir.

Temelinde hakkaniyetin yattığı, sözleşme sona erdikten sonra artık ücret hakkı da olmayan ve fakat müvekkili müşteri çevresi dolayısıyla menfaat elde etmeye devam eden acente, kaybettiği düşünülen kazancına karşılık olarak bir denkleştirme isteminde bulunabilecektir.

IV. DENKLEŞTİRME İSTEMİNDE BULUNABİLMENİN KOŞULLARI

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesinin koşulları, TTK m.122 hükmünde düzenlenmiştir. Denkleştirme isteminde bulunulabilmesi, söz konusu madde hükmünde yer alan koşulların²⁶ birlikte sağlanmasına bağlıdır²⁷.

²³ Ayan (n7) 103; Altınok- Ormancı (n14) 472; Karasu (n1) 288; Gökyayla Demir (n14) 250; Halil Akkanat ve Mesut Serdar Çekin ‘Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?’ Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan (D&R İstanbul 2015) 29; Kaya (n16) 246; Ülgen ve diğerleri (n3) 570; Ayhan, Çağlar ve Özdamar (n3) 574; Arkan (n6) 244; Acentenin denkleştirme isteminin hukuki niteliği bakımından karşılık ve sosyal yardım görüşünü birlikte kabul edenler için bkz. Mehmet Koç, *Türk ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Acentenin Denkleştirme İstemi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020) 53; Ayan (n7) 99 vd.; Poroy ve Yasaman (n3) 318.

²⁴ Yargıtay HGK 2017/3138 E., 2021/1366 K, 09.11.2021 T, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, s.e.t. 1 Aralık 2024; İsviçre Federal Mahkemesi’nin 29 Mayıs 1984 tarihli (BGE 110 II 280) kararı, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F110-II-280%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document> s.e.t. 22 Mayıs 2024.

²⁵ Bu husus TTK m.122’nin madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “... bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan...”

²⁶ Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için aranan koşulların *olumlu koşullar* ve *olumsuz koşullar* olarak sınıflandırılması için bkz. Sevilay Uzunallı ‘Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması’ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (2019) 1(5) 115.

²⁷ Abdülkadir Darı ‘Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi’ Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2019]18 (9), 380; Bozkurt (n3) 528; Ayrıca bkz. TTK 122. madde Gerekçesi.

²¹ Ayan (n7) 105; Yılmaz (n14) 35.

²² Moroğlu (n12) 74.

A. ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Acentenin denkleştirme istemine ilişkin kanundaki şartlar dikkate alındığında denkleştirme isteminin acentelik sözleşmesinin sona ermesiyle ortaya çıkacak bir hukuki istem olduğu anlaşılmaktadır²⁸. Nitekim kanun koyucu elde edilmesi beklenen söz konusu menfaatin tespiti bakımından zamanı, acentelik sözleşmesinin sona ermesi şeklinde belirlemiştir (TTK m.122/1-(a)). Kanun koyucunun denkleştirme isteminin doğum anına ilişkin TTK'da yapmış olduğu bu tespitin bir benzeri de SK m.23/16 hükmünde bulunmaktadır.

Öğretide bu koşulun denkleştirme isteminin ileri sürülebilmesi için gerekli olan şekli şartlardan birisi olduğu da ifade edilmektedir²⁹. Bu yüzden denkleştirme isteminde bulunabilmesi bakımından ilk şart olarak acentelik sözleşmesini sona erdiren hallere bakılması gerekir.

1. Sözleşmede Öngörülen Sürenin Dolması

Acentelik sözleşmesinde sona erme bakımından bir süre öngörülmüşse bu sürenin sonunda, tarafların sözleşmeyi yenilemeye yönelik açık veya zımnı iradeleri yoksa, sözleşme sona erecektir³⁰.

2. Sözleşmenin İkale Yoluyla Sona Ermesi

Sözleşmenin taraflarının karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeye iradesiyle ortaya çıkan yeni sözleşme *ikale* (bozma) sözleşmesidir³¹. Bu sözleşme Türk borçlar hukukuna hâkim ilkelere birisi olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin görünüm şekillerindedir³².

İkale ile sözleşmenin sona ermesi konusu, sona ermenin bu şekilde gerçekleşmesi durumunda denkleştirme isteminde bulunmayı etkileyip etkilemeyeceği hususu bakımından önemlidir. Öğretide bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş bu hususu, ikale ile sözleşmeyi sona erdiren tarafların, sözleşme dolayısıyla sahip oldukları

haklardan vazgeçtiği şeklinde yorumlamaktadır³³. Bu yüzden bu sona erme durumunda acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağı savunulur.

Diğer görüş ise acentenin ikale sözleşmesi ile sözleşmenin sona erdirilmesini istemesi halinde hakkaniyete göre denkleştirme isteminde bulunamayacağı şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir³⁴.

Üçüncü ve kanaatimizce de isabetli olan diğer görüş³⁵ ise denkleştirme isteminin, acentenin müvekkiline sağladığı müşteri çevresi dolayısıyla ortaya çıkması ve bu yüzden sözleşmenin tarafların karşılıklı anlaşmak suretiyle sona ermesinin bu gerçeği değiştirmeyeceğini ifade eder. Üstelik ikale bir feragat değil yalnızca bir sözleşmeyi sona erdirmeye üzerine iki tarafı olarak anlaşmaya varılmasından ibarettir³⁶.

3. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

Acentelik sözleşmesinde taraflardan birinin ölümü, iflası veya ehliyetini kaybetmesi³⁷ halinde acentelik sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Kanun koyucu bu sona erme halini TTK m.121/3 hükmünün TBK m.513 hükmüne yaptığı atıfla düzenlemiştir. TBK m.513 hükmünde geçen "*sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça*" ifadesi dolayısıyla taraflardan birinin ölümü, iflası veya ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona ermeyeceğine ilişkin tarafların anlaşabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki ölüm, iflas veya ehliyetin kaybı acente bakımından söz konusu ise işin niteliği gereği sözleşmenin devam edemeyeceğini, kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek gerekir³⁸.

Taraflardan birinin tüzel kişi olması halinde, gerçek kişilere özgü olan ölüm hali kendisini, tüzel kişinin sicil kaydının terkin edilmesi şeklinde göste-

²⁸ Kaya (n16) 122; Koç (n19) 75.

²⁹ Karasu (n1) 289; Koç (n19) 75.

³⁰ Kaya (n16) 248.

³¹ Eren (n3) 1408.

³² Necip Kocayusufpaşaoğlu *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt* (Filiz Kitabevi İstanbul 2017) 505; Fahri Erdem Kaşak *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (On İki Levha Yayıncılık Ankara 2018) 54 vd.; Eren (n2) 1408.

³³ Ayan (n7) 153.

³⁴ Mustafa İsmail Kaya *Acentelik Hukuku* (2. bs Adalet Yayınevi Ankara 2022) 357.

³⁵ Yılmaz (n14) 93.

³⁶ Yılmaz (n14) 93.

³⁷ Ehliyetin kaybı sebebiyle sözleşmenin sona ermesi bakımından TTK m.121/3 hükmünde "*kısıtlanması*" TBK m.513/1 hükmünde ise "*ehliyetini kaybetmesi*" ifadeleri kullanılmaktadır. İki madde hükmü arasındaki ifade farklılıkları ve bu durumun öğretide yol açtığı görüş ayrılıkları için ayrıca bkz. Yılmaz (n14) 98 vd.

³⁸ Akın (n9) 618.

recektir³⁹. Dolayısıyla, tüzel kişi olan tarafın tasfiye sürecine girmiş olması durumunda sözleşmenin henüz kendiliğinden sona ermediğini kabul etmek gerekir⁴⁰.

Acentelik sözleşmesinin taraflarından birinin bir ticaret şirketi olması durumunda şirketin yapısal değişikliğe uğraması hali bakımından sözleşmenin kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu da sorulabilecektir. Yapısal değişiklikler olarak ifade edilen işlemlerden ilki birleşmedir. Birleşme, kanundaki ifadeyle “devralma şeklinde birleşme” veya “yeni kuruluş şeklinde birleşme” olarak iki farklı şekilde gerçekleştirilir (TTK m.136). Her iki halde de birleşen şirketler tasfiye sürecine girmeyecek, birleşen şirketlerin malvarlıklarının birleşme işlemi sonucu oluşan tüzel kişiliğe kendiliğinden ve külli halefiyet ilkesi uyarınca geçecektir⁴¹. Külli halefiyet ilkesi kanunda açıkça düzenlenen hallerde malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde geçişini ifade eder ki TTK m.136 hükmünde “devralan şirket devreden şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır” denilerek bu ilkenin benimsendiği açıkça belirtilmiştir⁴². Diğer yapısal değişiklik hallerinden birisi olan bölünmede ise birleşmede olduğu gibi malvarlığı bütün halinde geçmeyip, intikal edeceği ortaklıklar için parçalara bölüneceğinden külli halefiyette bahsedilemeyecektir. Ancak külli halefiyet ilkelerine bağlı, külli halefiyetin parçalara ayrılmış bir şekli olarak “kısmi külli halefiyet” halinden bahsedilir⁴³. Yapısal değişiklik hallerinden sonuncusu olan tür değiştirmede ise yeni türe dönüşen ortaklık eskisinin devamıdır⁴⁴. Bu yüzden süreklilik ilkesinin geçerli olduğu tür değiştirme işlemi şirket tasfiyeye girmez ve tüm malvarlığı yeni şirkete devredilmiş olur. Hukuki ayniyet olarak da ifade edilen⁴⁵ bu du-

rumda külli halefiyet ilkesinde olduğu gibi, malvarlığının bütünüyle/ olduğu gibi devri söz konusu olduğundan, şirketin taraf olduğu acentelik sözleşmesinin bu yapısal değişiklikler dolayısıyla kendiliğinden sona ermeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶.

4. Sözleşmenin Devri

Acentelik sözleşmesi TBK m.205 gereğince müvekkil, acente ve sözleşmeyi devralarak acentenin yerine sözleşmenin tarafı olacak olan üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile devredilebilecektir. Böyle bir devrin gerçekleşmesi durumunda sözleşmeyi bir başkasına devreden acente ile müvekkil arasındaki acentelik sözleşmesi sona erer. Sözleşme, devralan ile müvekkil arasında hükümleri değişmeksizin devam eder⁴⁷.

TTK’da acentelik sözleşmesinin devrine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Alman Ticaret Kanunu §89b hükmü ve Avrupa Birliği’nin 86/653 sayılı Direktifi’nin 18c maddesinde sözleşmenin devredilmesi halinde sözleşmeyi devreden acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağı düzenlenmiştir.

Türk hukukunda konuyla ilgili kanun hükmü bulunmadığından öğretilerde konu tartışılmaktadır. Hâkim görüş, sözleşmenin devri sonucunda acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağı yönündedir⁴⁸. Bu görüş acentelik sözleşmesinin devri karşılığında devredene ödenen ücret dolayısıyla denkleştirme isteminde bulunmayı gerektiren menfaatin karşılandığı fikrine dayanmaktadır. Ancak sözleşmede denklistirmeye ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması ve denkleştirme istemi bakımından herhangi bir karşılığın alınmaması halinde hakkaniyet gereği sözleşmeyi devreden acentenin denkleştirme isteminde bulunabileceğini kabul edilmesi gerekir⁴⁹.

³⁹ Ayan (n7) 34; M. Kaya (n32) 346; Kaya (n16) 214; Yılmaz (n14) 97.

⁴⁰ Karasu (n1) 290; Akın (n9) 618.

⁴¹ Hamdi Yasaman ‘Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri’ *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan* (2003) I, 700; Elif Cemre Hazıroğlu ‘Yapısal Değişiklikler ve Kurucu Menfaatleri’ *Batider* (2016) 4(32) 185.

⁴² Ünal Tekinalp ‘Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi’, İçinde: Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu (Editörler) *Ortaklıklar Hukuku I* (15. bs. Vedat Kitapçılık İstanbul 2021) kn. 143a, 129.

⁴³ Tekinalp (n41) kn. 163b, 177.

⁴⁴ Tekinalp (n41) kn. 178, 191.

⁴⁵ Abuzer Kendigelen ve Necdet Uzel ‘Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinde Tür Değiştirme- Genel Değerlendirme’ *Feyzi Necmettin Feyzioğlu’na Armağan* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2020) 505.

⁴⁶ Ayan (n7) 35; Kaya (n16) 214; Yılmaz (n14) 98.

⁴⁷ Yılmaz (n14) 101; Nevin Meral ‘Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri’ *İnHFD* (2014) 1 (5) 331; Zeynep Bahadır ‘Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma’ *GÜHFD* (2013) 3(17) 4.

⁴⁸ Ayan (n7) 164; Karasu (n1) 306; Gökyayla Demir (n14) 282; Kaya (n16) 251.

⁴⁹ Akın (n9) 619.

5. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Acentelik sözleşmesinin sona ermesinin bir diğer sebebi de tarafların sözleşmeyi feshetmesidir. İhbar sürelerine uyularak yapılan olağan feshin yanı sıra haklı sebeplerin varlığı nedeniyle olağanüstü fesih yoluyla da sözleşme feshedilebilecektir (TTK m.121/1). Sözleşmenin olağan fesihle sona erdirilmesi bakımından üç aylık ihbar süresine uyulması gereklidir (TTK m.121/1). Kanunda acentelik sözleşmesinin olağan feshi için öngörülen ihbar için bir şekil şartı aranmadığından fesih ihbarı özel bir şekilde bağlı değildir. Ancak söz konusu ihbar, sözleşmenin taraflarının tacir olması halinde TTK m.18/3 hükmüne uygun şekilde yapılmalıdır⁵⁰. Nitekim kanunda (TTK m.102 vd.) acentenin gerçek veya tüzel kişi olması bakımından bir ayırım yapılmadığı gibi⁵¹ tacir olup olmadığı hususu da belirtilmemiştir. TTK'nın taciri tanımladığı m.12 vd. hükümleri, ticari işletmeyi anlatan m.11 hükmü ve acenteyi tanımlayan m.102 hükmü birlikte değerlendirildiğinde acentenin tacir olabileceği gibi esnaf olması ihtimalinin de bulunduğu anlaşılmaktadır⁵². Dolayısıyla somut olay bakımından gerekmesi halinde tacirler için öngörülen süreler dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, fesih ihbarının yapılmasını takip eden üç ay içinde acentelik sözleşmesi henüz sona ermediğinden⁵³ bu süre içerisinde tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri devam edecektir.

Haklı bir sebebin olması durumunda taraflardan her biri sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Söz konusu "haklı sebep" kavramı derhal fesih için öngörülmüş en önemli şart olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Burada bahsedilen haklı sebebin ne olduğu somut olay için ayrıca de-

ğerlendirilir. Ancak dürüstlük kuralı bağlamında sözleşmenin fesih beyanında bulunan taraf bakımından devam edilemez, sözleşme ilişkisinin sürdürülemez hale gelmesinin anlaşılması gerektiği söylenmelidir⁵⁵. Nitekim hizmet sözleşmeleri bakımından sözleşmenin derhal feshine dayanak teşkil edecek haklı sebep TBK m.435/2 hükmünde bu kapsamda ifade edilmektedir⁵⁶. Dolayısıyla acentenin sözleşmeyi derhal feshedebilmesi için TTK m.122/3 gereğince öne sürülen haklı sebebin, müvekkilin sözleşmenin devamına imkân vermeyen hareketlerinden kaynaklanması gerekir⁵⁷. Müvekkilin hareketlerinin haklı sebep teşkil edip etmediği konusu, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet göz önünde bulundurulularak tespit edilebilecektir⁵⁸.

Müvekkilin sözleşmeyi derhal fesih hakkını kullanabilmesi ise iki koşulun birlikte var olmasıyla mümkündür. Buna göre acentenin kusuru sebebiyle sözleşmenin feshini haklı kılan bir durumdan bahsedilebiliyorsa, müvekkilin sözleşmeyi derhal feshi mümkündür⁵⁹. Buradaki ilk koşul acentenin kusurlu olması, diğeri ise bu kusurun sözleşmenin feshini haklı kılacak bir durum meydana getirmesidir. Dolayısıyla feshi gerektirecek her haklı sebebin denkleştirmeye engel olmayacağı söylenmelidir. Öyle ki bu husus Alman Ticaret Kanunu §89b/3- (1) hükmünde ifade edilmekle birlikte Alman mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır⁶⁰. Kusur olgusunun varlığı durumunda doğal olarak ispat konusu gündeme gelecektir. Acentenin kusurlu davranışıyla sözleşmenin devamının mümkün olmayışı bakımından ispat yükü müvekkilde olacaktır⁶¹. Acentenin kusurlu olması sebebiyle sözleşmenin haklı sebeple feshi durumunda TTK m.122/3 gereğince acente denkleştirme isteminde bulunamayacaktır⁶². İlgili

⁵⁰ Öğretide bu koşulun geçerlilik şartı olduğu yönündeki görüşler için bkz. Abuzer Kendigelen *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. bs On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2016) 63; Nomer Ertan (Kaya, Ülgen, Helvacı), *Ticari İşletme*, 288-289. Söz konusu koşulun ispat koşulu olduğu yönündeki görüş için bkz. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı *Ticaret Hukuku Bilgisi* (17. bs Dora Yayınevi Bursa 2020) 68; Arkan (n6) 170; Poroy ve Yasaman (n3) 315.

⁵¹ Arkan (n6) 241; Şaban Kayıhan *Ticari İşletme Hukuku* (7. Bs. Seçkin Yayıncılık Ankara 2021) 270; M. Kaya (n32) 2.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kaya (n32) 22; Ayrıca acentenin kural olarak tacir sıfatını haiz olduğuna ilişkin bkz. Kayıhan (n8) 44.

⁵³ Ayan (n7) 42; Rona Serozan *Sözleşmeden Dönme* (2. bs Vedat Kitapçılık İstanbul 2007) 117; Kaya (Nomer Ertan, Ülgen, Helvacı), *Ticari İşletme* (n3) 873.

⁵⁴ M. Kaya (n32) 333.

⁵⁵ Ülgen ve diğerleri (n3) 566; Arkan (n8) 241; Kaya (n16) 210; M. Kaya (n32) 333.

⁵⁶ Haklı sebep teşkil eden hallere örnek için ayrıca bkz. Arkan (n8) 241.

⁵⁷ Bozkurt (n3) 525.

⁵⁸ Kaya (n16) 249; Yılmaz (n14) 85.

⁵⁹ Erhan Kanışlı 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi' [2014] *Legal Hukuk Dergisi* 138 (12) 117; Karasu (n1) 306; Yılmaz (n14) 87.

⁶⁰ Karasu (n1) 306.

⁶¹ Ayan (n7) 162; Yılmaz (n14) 87.

⁶² Burçak Yıldız 'Acentenin Denkleştirme İsteminde İlişkin Yargı Kararları Hakkında Bazı Değerlendirmeler' [2022] *İnHFD* 13 (2) 539; Söz konusu hükmün "kimsenin kusurlu davranışa dayanarak kendi lehine hak çıkaramayacağı" ilkesinden ileri geldiği

hükümle aynı doğrultuda olacak şekilde, SK m.23/16 hükmünde de acentelik sözleşmesinin acentenin kusurundan kaynaklanarak müvekkili tarafından sona erdirilmesi halinde denkleştirme isteminde bulunulmayacağı düzenlenmektedir.

B. ACENTENİN ÜCRET KAYBINA UĞRAMASI

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için aranan ikinci şart, acentenin müvekkiline kazandırdığı yeni müşterilerle müvekkilin yapacağı muhtemel olan sözleşmeler karşılığında, acentelik sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle ücret alamayacak olmasıdır. TTK m.122/1-(b) hükmünde “... sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa...” şeklinde, hükmün gerekçesinde ise “... işletmeye kazandırdığı “yeni” müşteriler dolayısıyla ücret alacak olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle acente bu ücretleri yitirir.” şeklinde ifade edilen koşul, 86/653 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, İsviçre Borçlar Kanunu m.418u ve Alman Ticaret Kanunu §89b hükmünde⁶³ yer almamaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu tarafından aranan bu koşul işlevsel değildir. Zira acentelik sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olan sözleşmeler dolayısıyla acentenin ücret kaybindan bahsedilmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Bunun yanı sıra acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde de acentenin ücrette hak kazanacağı haller kanunda düzenlenmektedir (TTK m.113/3). Ancak kanunda belirlenen bu haktan önceden feragat edilmesi durumunda TTK m.122/1-(b) hükmünde yer alan bu koşulun gerçekleşmesinden bahsedilebilecektir⁶⁴. Kanaatimizce ayrıca belirtilmesinde yarar bulunmayan bu koşulun hakkaniyetin tespitinde ve değerlendirilmesinde rol oynayacak bir unsur olarak dikkate alınması daha yerinde olacaktır⁶⁵.

C. HAKKANİYET

Acentenin denkleştirme isteminin teorik temelini oluşturan bir unsur olarak hakkaniyet koşulu kanunda açıkça yer almaktadır (TTK m.122/1-(c)). Bu

hakkında ayrıca bkz. Oruç Hami Şener: *Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022), 345.

⁶³ Bahsi geçen koşul Alman Ticaret Kanunu'nda hakkaniyetin tespitinde dikkate alınır, bkz. Yılmaz (n14) 118.

⁶⁴ Yılmaz (n14) 119.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Kaya (n16) 260; Yılmaz (n14) 120.

anlamda hakkaniyet, denkleştirme isteminde bulunabilmek bakımından aranan diğer koşulların varlığı halinde dikkate alınabilecek olan, bunun yanı sıra diğer unsurların varlığını istemde bulunabilmek için işlevsel kılan bir koşuldur⁶⁶. Hakkaniyet acentelik sözleşmeleri bakımından, denkleştirme isteminde bulunabilmeyi mümkün kılanın yanı sıra, denkleştirme alacağının miktarının tespitinde de dikkate alınarak iki aşamada karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki TTK m.122/5 hükmünde de hakkaniyete gönderme yapılmaktadır. Ancak bu 5. fıkrada hakkaniyet unsuru, acentenin denkleştirme istemi için değil, söz konusu m.122 hükmünün “tek satıcılık ve benzeri diğer tekel hakkı veren sözleşme ilişkilerinin sona ermesi” durumunda da uygulanabilmesi bakımından ifade edilmiştir.

Hakkaniyet öğretide, denkleştirme bakımından bir “denetleme ölçütü” olarak nitelendirilmektedir⁶⁸. Bu denetleme kendisini, denkleştirme isteminde varlığı muhtemel olan *çelişkileri önlemek* bakımından gösterir⁶⁹.

Denkleştirme isteminin değerlendirilmesinde hâkime takdir yetkisi de tanıyan hakkaniyet kavramı soyut bir kavram olduğundan her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁰. Bu anlamda uygulamaya bakıldığında hâkimin hakkaniyet unsurunu hangi bağlamda değerlendirdiği hususu daha anlaşılır olabilecektir. Örneğin bir kararda karara konu uyumsuzluktaki acentelik sözleşmesinin 30 yıl devam etmiş olması sebebiyle sözleşme ilişkisinin uzunluğunun denkleştirme isteminin hakkaniyete uygunluğu bakımından olumlu anlamda değerlendirildiği görülmektedir⁷¹. Söz konusu karara konu uyumsuzluk hakkındaki ilk derece yargılaması sonu-

⁶⁶ Ayan (n7) 91; Karasu (n1) 299; Akın (n9) 625; Kaya (n9) 374 vd.; Kaya (n16) 261; Yılmaz (n14) 123.

⁶⁷ M. Zahid Doğanay ‘Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması’ [2021] SÜHFD, 29 (3) 2267; İdris Yılmaz *Denkleştirme İsteminde Hakkaniyet Koşulu ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2023) 59.

⁶⁸ Kaya (n16) 261; Yılmaz (n52) 58.

⁶⁹ Kaya (n16) 261.

⁷⁰ Bu yönde bkz. Yılmaz (n14) 123.

⁷¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi 2020/821 E, 2021/174 K, 11.02.2021 T, <https://emsal.uyap.gov.tr/#> s.e.t. 21 Mayıs 2024.

cunda verilen karar her iki taraf vekillerince temyiz edilmiş ve Yargıtay ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir⁷². Bu Yargıtay kararında mahkeme hakkaniyet unsuru bakımından denkleştirme isteminin sınırları belirlenirken acentelik sözleşmesi taraflarının risk paylaşımının, sözleşme süresinin, markanın ve/ veya unvanın acentelik faaliyeti üzerindeki etkisinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Kanunun madde gerekçesinde hakkaniyet ölçütü bakımından acentenin yeni müşteri kazandırmadaki gayreti özellikle vurgulanmaktadır⁷³. Öyle ki acentenin bu yönde bir gayretinin olması, tek başına denkleştirme bedeli ödenmesinin hakkaniyete uygun düşeceği hakkında yeterli görülmüştür⁷⁴. Ancak öğretide kanun koyucunun bu ifadeleri, hakkaniyetin denkleştirme isteminin somut olay bakımından takdir edilmesi ve bu istem bakımından hakkaniyetin düzenleyici ve çelişkileri önleyici işlevini kısıtla-dığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁵.

D. ACENTENİN MÜVEKKİLİNE YENİ MÜŞTERİLER KAZANDIRMASI SONUCUNDA ÖNEMLİ MENFAAT ELDE EDİLMESİ

Dördüncü ve son koşul kendi içinde iki aşamalı olarak düşünülebilecektir. Bu koşulun gerçekleşmesi için öncelikle acentenin müvekkiline yeni müşteriler kazandırması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, kazandırılan bu yeni müşteriler sayesinde müvekkilin "önemli menfaat" elde ettiğinden bahsedilebilmelidir.

Denkleştirme isteminde bulunulabilmesi bakımından müvekkil lehine önemli bir menfaatten bahsedilebilmesi, öncelikle acentenin müvekkiline yeni müşteri kazandırmasını gerekli kılar. Yeni müşteri kavramının içini doldurmadan önce müşteri kavramını anlamlandırmakta fayda vardır:

Müşteri, ticari faaliyette bulunan kimsenin en az bir kere ticari ilişkisi bulunan⁷⁶ ve bu anlamda ta-

cirin mal veya hizmet sunduğu kişidir⁷⁷. TTK m.122/1 bakımından aranan müşteri unsuru ise acentenin faaliyeti sonrasında müvekkile kazandırılmış olması koşuluyla kabul edilecektir. Üstelik tek bir sözleşme yapılan müşteri, eğer tekrar sözleşme yapması beklenmiyorsa denkleştirme istemi bakımından değerlendirilemeyecektir⁷⁸. Zira kanun koyucunun denkleştirme isteminde bulunulabilmesi için aradığı şartlardan belki de en önemlisi müşterilerin kazandırılması sayesinde tacirin önemli bir menfaat elde etmesidir (TTK m.122/1-(a)). Bahsi geçen önemli bir menfaatten kastın, kazandırılan müşteri ile ilerleyen zamanda müvekkilin yeniden sözleşme ilişkisine girmesi ihtimali dolayısıyla, müvekkilin işletmesinin ekonomik değerinin artması olduğu kabul edilmelidir.

Kanunda ifade edilen önemli menfaatin, işletmenin ekonomik değerinde meydana gelecek artış olarak anlaşılması sonucunda denkleştirme istemine esas müşterilerin yeni⁷⁹ ve sürekli⁸⁰ olması aranır⁸¹. Denkleştirme isteminde bulunabilmek için müvekkilin bu yeni ve sürekli müşterileri acentenin faaliyeti sonucunda kazanmış olması gerekir⁸². Belirtmek gerekir ki müvekkilin yeni bir müşteri kazanmış olmasında acenteden başka kişi veya unsurların⁸³ etkili olması halinde de acente kazandırılan bu müşteri dolayısıyla denkleştirme isteminde bulunabilecektir⁸⁴. Keza müvekkilin ticari işletme faaliyetini sürdürdüğü markasının halihazırda tanınmış bir marka olması durumu da yeni müşteri kazanılması hususunda acentenin olumlu etkisinden bahsedilebiliyor olması halinde denkleştirme isteminde bulunulmasına en-

⁷² Yargıtay 11. HD 2019/1475 E, 2020/1949 K, 24.02.2020 T, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, s.e.t. 8 Mayıs 2024.

⁷³ Benzer yönde ayrıca bkz. Ünal (n13) 14.

⁷⁴ Yılmaz (n52) 63.

⁷⁵ Yılmaz (n14) 123.

⁷⁶ Ayan (n7) 167.

⁷⁷ Sözlük anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 17 Mayıs 2024; Ayrıca müşteriden kastedilenin nihai tüketici olduğu hakkında bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12 HD 2018/418 E, 2018/1657 K, 20.12.2018 T, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, s.e.t. 8 Mayıs 2024.

⁷⁸ Karasu (n1) 293.

⁷⁹ Yıldız (n46) 541.

⁸⁰ "Sürekli müşteri" kavramı yerine "sadık müşteri" kavramı kullanımı için bkz. Akın (n9) 621.

⁸¹ Ayan (n7) 171; Kaya (n16) 253; Yılmaz (n14) 110; Koç (n19) 81.

⁸² Yılmaz (n14) 111.

⁸³ Öğretide bu duruma örnek olarak müvekkilin markasının veya tekel konumunda olmasının etkili olması gösterilmektedir (Ayan (n7) 172; Kaya (n16) 256; Yılmaz (n16) 111). Ayrıca bkz. TTK m.122 Gerekçesi: "... Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır".

⁸⁴ Karasu (n1) 293.

gel teşkil etmeyecektir⁸⁵. Ancak bu durum, denkleştirme istemine engel olmamakla birlikte, ödenecek denkleştirme bedelinin hesaplanması konusunda, hakkaniyet esası bağlamında dikkate alınacaktır⁸⁶.

Öğretide, denkleştirme isteminde bulunabilmek bakımından aranan “önemli menfaat” koşulunun farklı yorumlandığı görülmektedir. Bir görüş⁸⁷ aranan önemli menfaatin somut bir kazanç olduğunu savunurken, diğer bir görüş⁸⁸ ise her ne kadar kazanılan yeni müşteriler sayesinde somut bir kazanç elde edilebilecek ise de esas olarak menfaatin geniş yorumlanması gerektiğini savunur. Söz konusu menfaati geniş yorumlayanlar denkleştirme isteminde bulunabilmek bakımından, işletmenin bütün olarak değer kazanmasının da müvekkil için bir menfaat anlamına geldiğini ifade etmektedir⁸⁹. Kanatimizce bahsedilen bu son görüş TTK m.122/1 bağlamındaki menfaatten ne anlaşılması gerektiğine dair isabetli olmaktadır. Nitekim kanun koyucu TTK m.11/3 hükmünde müşteri çevresini ticari işletmelerin bir malvarlığı unsuru olarak saymış ve madde gerekçesinde bu durumu “... İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir.” ifadesiyle şüpheye yer veremeyecek şekilde açıklamıştır. Bu yüzden denkleştirmeye esas kabul edilen menfaatten yalnızca müvekkilin ciro artışı anlaşılmalıdır. Müvekkile kazandırılan müşteri çevresinin işletmenin bütüne kattığı değer de denkleştirme istemi bağlamında menfaat olarak değerlendirilmelidir⁹⁰. Öyle ki öğretide müvekkilin cirosunun artmamış olması durumunda bile kazandırılan müşteriler sayesinde işletmenin olası zararında azalma yaşanması hali dahi menfaat olarak değerlendirilmektedir⁹¹. Bunun yanı sıra, bazı müşteriler diğerlerine göre ciroda daha fazla paya sahip olabilir. Dolayısıyla her müşteri (işlem) ‘önemli menfaat’ unsuru bakımından müvekkil üzerinde aynı etkiye sahip olmayacaktır⁹².

⁸⁵ Karasu (n1) 292; Kaya (n15) 268.

⁸⁶ Kaya (n16) 256; Yılmaz (n16) 111.

⁸⁷ Akın (n9) 622.

⁸⁸ M. Kaya (n32) 367; Yılmaz (n16) 113.

⁸⁹ Yılmaz (n16) 113.

⁹⁰ Kaya (n16) 257; Yılmaz (n16) 113; Ünal (n13) 13.

⁹¹ Yılmaz (n16) 113.

⁹² Ünal Ertabak *Portföy Tazminatı (Türk Ticaret Kanunu Madde 122) Üzerine Düşünceler* (Ertabak Yayıncılık İstanbul 2022) 153.

Denkleştirme istemi özünde kazandırılan müşteriler sayesinde ileride edinilmesi muhtemel menfaatlara ilişkin olduğundan, menfaatin sağlanması ihtimali de koşulun gerçekleştiği yönünde değerlendirilmelidir⁹³.

Bütün bunların yanında, acentenin müvekkiline kazandırdığı müşteri çevresinin zaman içinde kaymalar yaşayacağı, sabit kalmayacağı düşünülmeli ve denkleştirme isteminin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır⁹⁴. Zira kazanılan müşteriler ile müvekkil arasındaki irtibat zamanla kesilebilecektir⁹⁵. Bu yüzden “müşterilerin kayma yüzdesi” belirlenir⁹⁶. Hayatın olağan akışı ile ticari hayatın gerektirdikleri dikkate alınarak Alman uygulamasında bunun yüzde yıllık %20 ile %25 arasında olacak şekilde belirlendiği görülmektedir⁹⁷.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Acentenin, tacirin hedef kitleye sunmak istediği mal veya hizmeti kendi ulaşabildiğinden geniş bir çevreye ulaştırması bakımından önemli rolü bulunmaktadır. Yalnızca ulusal düzeydeki ticari faaliyetler değil, uluslararası alanda gerçekleştirilen ticari faaliyetlerde yabancı tacirlerin ülkemizdeki müşteri çevrelerine hitap edebilmeleri bakımından da acenteler dikkate değerdir. Bu anlamda acentelerin acentelik sözleşmesi dolayısıyla yerine getirdikleri sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri sonucunda ücret ve diğer parasal haklar doğmakla birlikte, müvekkile kazandırılan yeni ve süreklilik arz eden müşteri çevresi dolayısıyla müvekkilin ayrıca bir menfaat elde ettiğinden bahsedilebilecektir. Öyle ki öğretilerdeki hâkim görüşe ve TTK m.122 hükmünün madde gerekçesine göre, müvekkil tacirin elde edeceği bu menfaatin karşılığı olarak nitelendirilen denkleştirme kurumu öngörülmüştür. Bu anlamda kanun koyucunun, acentelik faaliyeti vesilesiyle elde edilen müşteri çevresi ile kazanılan ekonomik değer karşılığı olarak nitelendirildiği denkleştirmenin, sözleşmenin sona ermesine bağlanan bir sonuç olduğu görülmektedir.

⁹³ Ayan (n7) 179; Karasu (n1) 296; Gökyayla Demir (n16) 269; Yılmaz (n16) 113.

⁹⁴ Yılmaz (n14) 114; Doğanay (n2) 2287.

⁹⁵ Ayan (n7) 181; Karasu (n1) 298; Gökyayla Demir (n16) 269; Kaya (n16) 369.

⁹⁶ Karasu (n1) 294.

⁹⁷ Ayan (n7) 181; Yılmaz (n16) 114.

Menfaat kavramı soyut bir kavram olmakla birlikte ilgili olduğu konu bakımından somutlaştırılıp anlamlandırılabilir. Bu çalışmada bu soyut kavram TTK m.122 ile acenteye tanınan denkleştirme isteminde bulunma hakkı ve bu hakkın kullanılabilmesinin bağlandığı koşullar dikkate alınarak anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Bu çalışma ile varılan sonucu ifade etmek gerekse: Acentenin denkleştirme istemi bağlamında; müvekkilin kazandığı yeni müşteriler sayesinde işletmesinin cirosunda artış olması, müvekkilin cirosunda artış olup olmadığından bağımsız olarak piyasadaki tanınırlığı ve tercih edilirliğinde görünür bir artış olması ile müvekkilin cirosunda bir artış olmaması -azalma yaşanması durumunda dahi- hallerinde; müvekkilin muhtemel zararının azaldığından bahsedileceğinden, müvekkilin önemli menfaat elde ettiğinin kabulü gerektirir. Bu durumda, acentenin denkleştirme istemi bağlamında müvekkilin menfaati kavramının, işletme faaliyeti bakımından yaşanan olumlu kabul edilen halleri işaret ettiği kabul edilmelidir.

Acentenin kusurunun varlığı ve bu kusur dolayısıyla acentelik sözleşmesinin müvekkil bakımından sürdürülemez hale gelmesi söz konusu olduğunda, sözleşmenin müvekkil tarafından haklı sebeple feshedilmesi mümkündür. Kanun koyucu bu feshin sonucunda TTK m.122/3 hükmüyle - bu hususu aynı madde hükmünün son cümlesinde yer alan hakkaniyet unsuruyla da ilişkilendirerek- acentenin denkleştirme isteminde bulunamayacağını öngörmüştür. Bu noktada bu hükmün, gayri maddi malvarlığı unsuru olan müşteri çevresinin önemi ve ticari işletmeye özgül malvarlığının bütününe etkisi bağlamında değerlendirilmesi gereği doğmuştur.

Kanunda belirtilen ve bir anlamda denetleme ölçütü olarak da ifade edilen hakkaniyet unsurunun m.122/3 hükmünde farklı bir açıdan yorumlandığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, acentenin hangi şartlarda denkleştirme istemine hak kazanacağı bağlamında değil hangi şartlarda bu haktan mahrum kalacağı yönünde bir hakkaniyet değerlendirmesi yapılmaktadır. Oysa kanaatimizce hakkaniyetin denkleştirme istemi bağlamında eski kanun döneminde gerek öğreti gerekse yargı çevreleri tarafından ifade edilmesi, acentenin müvekkilin işletmesine ve ticari hayatındaki kredisine kattığı olumlu değer

karşılıksız kalmasından kaynaklanmaktadır. Hakkaniyet unsuru, esasen acentenin müvekkilin işletmesine ve kendisine olumlu bir değer katıp katmadığı noktasında değerlendirilmelidir. Kanaatimizce TTK m.122/3 hükmüyle, acentelik sözleşmesi her ne sebeple sona erdirilmiş olursa olsun; acentenin müvekkilin işletmesine kazandırdığı müşteri çevresi, bu vesileyle müvekkile kazandırdığı markasal değer ve pazar payının hakkaniyete aykırı bir şekilde göz ardı edilmesine neden olunmaktadır. Bu durumda TTK ile kanuni dayanak bulan denkleştirme istemi, yaşanabilecek bazı durumlar bakımından işlevsiz bırakılmaktadır. Ne var ki acentenin maluliyeti sebebiyle acentelik faaliyetini sürdürememesi, acente ile müvekkil arasında şahsi birtakım anlaşmazlıkların meydana gelmesi gibi sebeplerle müvekkilin objektif olarak acentelik sözleşmesini devam ettiremeyeceği durumlar gibi sayılabilecek örneklerin yaşanması halinde dahi acentenin müvekkile ve onun işletmesine kattığı ekonomik değer ortadan kalkmamaktadır. Bu halde, denkleştirme isteminin gerekli olduğu yönündeki kanaati doğuran sebep göz ardı edilmiş olacaktır. Kanaatimizce "hakkaniyet gereği" acenteyi denkleştirme isteminden mahrum bırakmak; menfaat dengesini hakkaniyete aykırı bir şekilde, müvekkil tacir lehine bozmaktadır. Bu yüzden kanaatimizce -kanun koyucu TTK m.122/3 hükmünün gerekçesinde acentelik sözleşmesinin taraflarına aksini öngörme imkanı tanıdığını ifade etmiş olsa da uyuşmazlığı çözmekle görevli hakime denkleştirme isteminin kabul edilip edilmeyeceğine dair takdir yetkisi tanınması şeklinde bir düzenleme yapılması, denkleştirme isteminin var oluşuna ve hakkaniyete uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın İ, 'Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2013] 3 (62) 613.
- Akıncı O, 'Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 1988).
- Akkanat H ve Çekin MS, 'Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (D&R İstanbul 2015) 29.
- Altınok- Ormancı P, 'Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2009) 58 (3) 451.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2024).
- Ayan Ö, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2008).
- Ayhan R, Özdamar M, Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku* (Yetkin Yayınevi Ankara 2024).
- Ayter N, *Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme* (Sevinç Matbaası Ankara 1968).
- Badak Aybar Z, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi' [2013] İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 24 (2) 167.
- Bahadır Z, 'Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma' GÜHFD (2013) 3 (17) 1.
- Bahtiyar M, Ayli A, Şua M F. ve Karamanlıoğlu A, *Ticari İşletme Hukuku* (Beta, İstanbul, 2022).
- Bilgili F, Demirkapı E *Ticaret Hukuku Bilgisi* (Dora Yayıncılık Bursa 2020).
- Bilgişin Ş M, *Ticaret Hukuku Prensipleri, Birinci Kitap: Ticaret ve Tüccar* (Ulus Kitabevi Ankara 1936).
- Bozkurt T, *Ticari İşletme Hukuku* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2024).
- Darı A, 'Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi' Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2019]18 (9), 373.
- Doğanay M Z, 'Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması' [2021] SÜHFD, 29 (3) 2267.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayınevi Ankara 2019).
- Ertabak Ü, *Portföy Tazminatı (Türk Ticaret Kanunu Madde 122) Üzerine Düşünceler*, (Ertabak Yayıncılık İstanbul 2022).
- Gökyayla Demir C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2013).
- Hazıroğlu E C, 'Yapısal Değişiklikler ve Kurucu Menfaatleri' Batider (2016) 4(32) 173.
- Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A, Nomer Ertan F N, Ülgen H, *Ticari İşletme Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2015).
- İmregün O, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (Filiz Kitabevi İstanbul 2004).
- Kanışlı E 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi' [2014] Legal Hukuk Dergisi 138 (12), 111.
- Karaege Ö, *Acentenin Ücret Hakkı* (Adalet Yayınevi Ankara 2024).
- Karasu R, 'Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentenin Denkleştirme Talebi' [2008] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (4) 283.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme* (Güzel İstanbul Matbaası İstanbul 1968).
- Kaşak F E, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2018).
- Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap (Ticari İşletme) Yedinci Kısım (Acentelik)* (Beta Basım İstanbul 2016).
- Kaya Mİ, *Acentelik Hukuku* (2. Bs. Adalet Yayınevi Ankara 2022).
- Kayhan Ş, *Ticari İşletme Hukuku* (7. Bs. Seçkin Yayıncılık Ankara 2021).
- Kendigelen A, Uzel N 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinde Tür Değiştirme- Genel Değerlendirme' Feyzi Necmettin Feyzioğlu'na Armağan (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2020).
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2016).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz Kitabevi İstanbul 2017).
- Koç M, *Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020).
- Meral N, 'Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri' İnHFD (2014) 1(5) 327.
- Moroğlu E, *6102 sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2016).

- Oğuzman K, Öz T. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2020).
- Özsunay E, *Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Hakkında Bir Araştırma* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1962).
- Poroy R, Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024).
- Poroy R, Tekinalp Ü, Çamoğlu E (Editörler) *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bs. Vedat Kitapçılık İstanbul 2021).
- Sarıöz Büyükalp A. İ, 'Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2019] 2 (21), 523.
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2007).
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (Filiz Kitabevi İstanbul 2019).
- Şener O H, *Ticaret Hukukunun Genel İlkelerine İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022).
- Tandoğan H, 'Tek Satıcılık Sözleşmesi' [1982] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 11 (4) 1.
- Tekin U, *Acentenin Ücret Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2018).
- Uzunallı S, 'Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (2019) 1(5) 115.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022).
- Ünal A C, 'Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı' Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi [2024] 1 (10) 4.
- Valery J, 'Maison de Commerce et Fonds de Commerce' [1902] 16 Annales Dr Com & Indus Francais, Etranger & Int'l.
- Yasaman 'Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri' *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan* (Beta İstanbul 2003) I.
- Yıldız B, 'Acentenin Denkleştirme İstemine İlişkin Yargı Kararları Hakkında Bazı Değerlendirmeler' [2022] İn-HFD 13 (2) 534.
- Yılmaz H, *Acentenin Denkleştirme İstemi* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2020).
- Yılmaz İ, *Denkleştirme İsteminde Hakkaniyet Koşulu ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2023).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

GELENEKSEL OLMAYAN TELİF HAKLARI VE AVRUPA BİRLİĞİNDE VERİLMİŞ BAZI KARARLARIN TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA İNCELENMESİ^(*)

NON-CONVENTIONAL COPYRIGHTS AND ANALYSIS OF SOME JUDGEMENTS IN THE EUROPEAN UNION WITH REGARD TO TURKISH LAW

Av. Aslı ETAN^(**)

Öz

Telif hakları, eser sahiplerinin yarattıkları fikir ve sanat eserleri üzerindeki münhasır haklarını koruma fonksiyonuna sahip olup, fikir ve sanat eserleri hukukunun yapıtaşlarından biridir. Geleneksel anlamda eser olarak kabul edilen kitap, şarkı, resim gibi fikir ve sanat mahsullerinin yanı sıra, teknolojinin gelişmesiyle, bilgisayar programları hem uluslararası anlaşmalarda hem ulusal mevzuatlarda korunmaktadır. Ancak geleneksel olarak eser mahiyetinde kabul edilen ve telif hakkı koruması bahsedilen söz konusu tüm fikir ve sanat mahsullerinin ortak özelliği, görsel veya işitsel olarak algılanmalarının mümkün olmasıdır.

Rekabetin yoğun olduğu kozmetik veya gastronomi sektöründe, *yaratıcılar*, oluşturdukları mahsulleri mümkün olan her şekilde korumak istemektedir. Tam da bu noktada, parfümlerin veya şeflerin yemeklerinin kopyalanmasının önüne geçmek için, geleneksel telif hukuku kuralları yetersiz kalabilmektedir.

İşbu makalede, Avrupa Birliği üye ülke mahkemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen kararlar ışığında, koku ve tat alma duyuları ile algılanabilen ürünlerin eser mahiyeti ve bu kapsamda telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Telif Hakkı, Eser, Geleneksel Olmayan Telif Hakları, Koku, Tat.

Abstract

Copyright is one of the cornerstones of intellectual property law, which protects the exclusive rights of authors over their intellectual and artistic works. In addition to traditionally accepted intellectual and artistic works such as books, songs, paintings; with the development of technology, the computer programmes are protected both in international agreements and national legislation. However, the common feature of all these intellectual and artistic products, which are traditionally accepted as works and granted copyright protection, is that they can be perceived visually or auditorily.

In the highly competitive cosmetics or gastronomy sector, *creators* wish to protect their creations in every way possible. At this point, traditional copyright law rules might be insufficient to prevent the copying of perfumes or dishes of chefs.

This article will focus on the nature of the work for products that can be perceived by the senses of smell and taste in the light of the judgements rendered by the national courts in the European Union and the European Court of Justice and whether they can benefit from copyright protection in this context.

Keywords

Copyright, Work, Non-Conventional Copyrights, Smell, Taste.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 16.10.2024 / Kabul Tarihi: 12.12.2024).

^(**) Etan Hukuk Bürosu Kurucu Avukatı, İstanbul - Türkiye, (E-posta: asli@etanlaw.com, ORCID ID: 0000-0002-2964-2758).

Atıf/Citation: Etan, Aslı (2024), "Geleneksel Olmayan Telif Hakları ve Avrupa Birliğinde Verilmiş Bazı Kararların Türk Hukuku Kapsamında İncelenmesi", TFM, C: 10, S: 2, s. 231-247.

I. GİRİŞ

Hukuk sistemlerinin bazen gelişmelerin gerisinde kaldığı ve geleneksel kuralların yeniliklere ayak uyduramadığı bir gerçektir. Buna paralel olarak da dijital çağda teknolojinin hızlı gelişmesiyle birlikte alışılmışın dışında kalan fikri çaba mahsullerini koruma ihtiyacı hasıl olmaktadır. Nitekim, ülke mevzuatlarında daha önce yer almayan bilgisayar programları ve veri tabanları, tam da bu ihtiyacın bir sonucu olarak açıkça eser koruması altına alınmıştır.

Bu olumlu adımlar maalesef günümüz ihtiyaçlarına yetişememektedir. İster Türk hukukundaki gibi tahdidi, ister Fransız hukukundaki gibi örneksime yolu ile sayılsın, işbu makalede incelenmiş ülke mevzuatları geleneksel eser türlerinin dışında kalan ve koku veyahut tat yolu ile algılanabilen fikri çaba mahsullerini, tartışmaya mahal vermeyecek şekilde telif hakkı korumasından yararlandırmamaktadır.

İşbu makalede de geleneksel olmayan fikri mahsul kavramından, Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal mahkemelerinin ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") bu kavram altına giren ürünlere karşı bakış açısından ve bu bakış açısının Türk hukuku ile ne kadar örtüştüğünden bahsedilecektir.

II. GELENEKSEL OLMAYAN FİKRİ MAHSULLER

A. KAVRAM

Gerek Türk gerekse yabancı fikir ve sanat eserleri hukukuna bakıldığında görülmektedir ki, mevzuatlarda sayılan veyahut örnek gösterilen eserlerin hepsi, ya görme duyumuzla algılanan görsel veya işitme duyumuzla algılanan işitsel niteliktedir. Tam da bu sebeple olacak ki, aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulacak olmakla birlikte, *Levola v. Smilde* davasında *Smilde*, yaptığı savunmada, yalnızca görsel veya işitsel yaratımların telif hakkından faydalanabileceğini ileri sürmüştür¹. Bundan yola çıkarak, *kanaatimizce*, görsel, işitsel veya görsel işitsel şekilde algılanması mümkün olmayan veya mevzuatlarda sayılan eser tiplerine uymayan fikri mahsullerini geleneksel olmayan fikri mahsuller olarak adlandırmak mümkündür.

¹ *Smilde submits that the protection of tastes is not consistent with the copyright system, as the latter is intended purely for visual and auditory creations., ABAD, C-310/17, par. 23.*

Dr. Cristiana Sappa, WIPO nezdinde yapılan 11.12.2009 tarihli toplantıda paylaştığı "Non- Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy" isimli sunumun düzenlenmiş metninde, geleneksel olmayan mahsullerin korunup korunmayacağını irdelerken, geleneksel olmayan mahsullerin kimyasal duyularla algılandığı, geleneksel eserlerinse mekanik duyularla algılanabildiği şeklinde bir ayırım yapmıştır². Devamında, gerek koku ile algılanabilen gerekse tat ile algılanabilen ürünlerin ortak noktasının *intangible*, bir diğer ifade ile gayri maddi olduklarını ifade etmiştir³. Koku ve tat fikri mahsullerinin gayri maddi olduklarına katılsak da, mekanik ve kimyasal duyu ayırımının doğru olmadığı kanaatindeyiz, zira mekanik duyular her ne kadar duyma duyusunu kapsasa da, görme duyusunu kapsamamaktadır⁴. Geleneksel anlamda eser kabul edilen çoğu fikri mahsulün görme duyusu ile algılanabildiği düşünüldüğünde, mekanik ve kimyasal duyu ayırımı yeterli olmayacaktır.

B. ALTERNATİF KORUMA YOLLARI

Belirtilmelidir ki, geleneksel olmayan fikir mahsullerinin çeşitli şekillerde korunması mümkündür. İşbu makalede, dar anlamda fikri ve sanat eserleri hukuku⁵ kapsamında koruma üzerinde durulmuş olmakla birlikte, yine de sair koruma yöntemlerine de kısaca değinilmesi gerekmektedir.

² "Works of art which are protectable by copyright are generally perceived by mechanical senses: for example graphics, statues and music songs. However we may wonder whether works perceivable through chemical senses are also covered by copyright. We are thinking about fragrances, i.e. intangible aromas of liquid or solid substances, as well as gastronomy "dishes", i.e. the results of a series of instructions which embeds an intangible taste." Cristiana Sappa, "Non- Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy" WIPO/SMES/ROM/09 numaralı toplantı, ilgili belge, Aralık 11, 2009, s. 1 <https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130445> s.e.t. 19 Haziran 2024.

³ *Ibid* 1.

⁴ <<https://www.britannica.com/science/senses>> s.e.t. 19 Haziran 2024.

⁵ *Tekinalp*, fikir ve sanat eserlerini, sinai mülkiyet haklarını, ticaret unvanlarını geniş anlamda fikri mülkiyet hukuku kavramı altında incelemekte ve yalnızca fikir ve sanat eserleri için fikir ve sanat eserleri hukuku kavramını kullanmaktadır. Biz de bu ayırma katıldığımızdan, işbu makalede telif hakkı, eser sahipliği vb. meseleler için fikir ve sanat eserleri hukuku kavramı kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası On İki Levha, 2023) 110.

Her şeyden önce koku, tat ve fikri mülkiyet den-
diğinde, akla ilk gelen koruma marka korumasıdır.
Her ne kadar mevzuatımızda koku veya tat markala-
rının tescil edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme
yoksa da, tat veya koku markalarının tescili açıkça en-
gellenmemiştir. Bu sebeple, ayırt ediciliği haiz olan ve
kimyasal formülleri ve içerikleri Sicil’de gösterilebilir
olan tat ve koku işaretlerinin tescil edilip edilmeyeceği
tartışmalıdır⁶. TÜRK PATENT’in 2021 tarihli Marka
İnceleme Kılavuzu’nda koku ve tat markalarına ilişkin
olarak mevcut teknolojilerle koku ve tat markalarının
Sınai Mülkiyet Kanunu⁷ m.4 kapsamında korumanın
konusunun açık ve kesin belirleyecek şekilde sicilde
gösterilmesinin mümkün görünmediği gerekçesiyle
tescilin mümkün olmadığını ifade etmektedir⁸. Tek-
nolojinin ilerleme hızı dikkate alındığında bu duru-
mun değişeceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁹.

Türkiye’de durum böyle olsa da başka ülkelerde
en azından koku markaları için zor da olsa tescilin
yapılabildiği görülmektedir. Örneğin, Hasbro şirketi,
Play-Doh oyun hamurunun kokusunu USPTO nez-
dinde tescil ettirmeyi başarmıştır¹⁰⁻¹¹.

Özellikle koku mahsulleri için akla gelebilecek
ikinci bir koruma mekanizması patettir. Patent ko-
rumasından yararlanmak için ortada bir buluş olma-
lı, söz konusu buluş yeni olmalı -bir diğer ifade ile
teknğin bilinen durumuna dahil olmamalı-, buluş
basamağı şartını karşılamalı ve sanayiye uygulanabi-
lir olmalıdır¹². Bu sebeple, kokular açısından her

somut olay ayrı değerlendirilmelidir¹³. Yine de, özel-
likle parfüm sektöründe bu yolun çok tercih edilme-
diğini belirtelim. Zira, üreticinin rakiplerinin önüne
geçmesindeki en büyük etken gizliliktir¹⁴. Patent baş-
vurularında formüller alenileşeceği için bu yol tercih
edilmemektedir.

Marka ve patent koruması dışında, pek tabii ki,
ticari sırlar, gizlilik sözleşmeleri ve haksız rekabet
hükümleri ile de koku veya tat mahsullerinin korun-
ması mümkündür.

III. GELENEKSEL OLMAYAN ESERLER VE KORUNMALARINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ’NDE VERİLMİŞ BAZI KARARLARIN ÖZETLERİ

A. FRANSTZ TEMYİZ MAHKEMESİ’NİN 13.06.2006 TARİHLİ HAARMAN ET REİMER KARARI¹⁵

Fransız Temyiz Mahkemesi 1. Dairesi önünde ge-
len işbu olayda, davacı Bayan X, davalı şirket için geliştirdiği parfümün telif hakkı korumasına tabi olmadığına ilişkin Versailles İstinaf Mahkemesi’nin 05.02.2002 tarihli kararını Fransız Fikri Mülkiyet Kanununa aykırı olduğu, hangi formda yaratıldığına bakılmaksızın, hususiyet arz ettiği sürece her fikri çalışmanın eser olarak korunması gerektiği ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu’nda eser tiplerinin yalnızca örnek olarak listelendiği gerekçeleriyle temyiz etmiştir.

Fransız Temyiz Mahkemesi ise, bir parfümün kokusunu yaratma sürecinin yalnızca uzmanlığın ve *know-how*’ın uygulanmasından ibaret olduğu ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu art.L112-1 ve L112-2 anlamında bir ifade biçimi teşkil etmediği gerekçeleriyle temyiz başvurusunu reddederek, kokunun telif hakkı korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir.

⁶ Görüşler için bkz. Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 3-4, Çolak, gerek koku gerek tat markalarının tescilinin teorik olarak mümkün olabileceğe de, kısa vadede mümkün olmadığı görüşündedir. *ibid* 113.

⁷ Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) Kanun Numarası: 6769 Kabul Tarihi: 22.12.2016 RG 10.1.2017/29944.

⁸ TÜRK PATENT, Marka İnceleme Kılavuzu (2021) 18-19.

⁹ Dijital olarak kokuları aktarma üzerine çalışmalar yapılmaktadır. Bkz. <<https://www.uktech.news/vr/ow-smell-made-digital-funding-sleep-20240808>> s.e.t. 13 Ağustos 2024.

¹⁰ <<https://newsroom.hasbro.com/news-releases/news-release-details/hasbro-trademarks-favorite-smell-childhood-play-doh-scent>> s.e.t. 19 Haziran 2024.

¹¹ AB ve ABD nezdinde diğer örnekler için bkz. Özlem Fütman and Önder Erol Ünsal, “Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme” (2020) (1) FMR, ss. 1-18.

¹² SMK m.82-83.

¹³ Kokuların patentlenebilirlik şartları bakımından detaylı incelemesi için bkz. İhsan Osman Yarsuvat, “Kokunun Hukuken Korunması” (2021) İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi 53-55.

¹⁴ Charles Cronin, “Law and Odor: Elusive Copyright and Other IP Protection for Fragrances” Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 43.

¹⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 13.06.2006, 02-44.718. <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007056062>> (Légifrance, s.e.t. 18 Haziran 2024).

B. HOLLANDA TEMYİZ MAHKEMESİ'NİN 16.06.2006 TARİHLİ *KECOFA V. LANCÔME* KARARI¹⁶

İlginçtir ki, Fransız Temyiz Mahkemesi'nde verilen karardan yalnızca 3 gün sonra Hollanda Temyiz Mahkemesi kokuların eser teşkil etmesi ve telif hakkı korumasından yararlanabilmesinin önünü açarak Fransız Temyiz Mahkemesi'nin aksine bir karara imza atmıştır.

Lancôme, *Trésor* isimli parfümüne çok benzediği iddiası ile Hollandalı *Kecofa* şirketine Maastricht Yerel Mahkemesi'nde dava açmış ve *Kecofa*'nın *Female Treasure* isimli parfümünün eserden doğan haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile ihlalin sona erdirilmesini ve maddi tazminat talep etmiştir. Yerel Mahkeme *Lancôme* lehine karar vererek *Kecofa*'nın ihlali durdurmasını ve maddi tazminat ödemesine karar vermiştir.

Kecofa'nın temyizi üzerine, *Trésor* isimli parfümün telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanmayacağı için Hollanda Temyiz Mahkemesi öncelikle parfümün eser niteliğini haiz olup olmadığını, devamlı orijinal olup olmadığını değerlendirmiştir.

Temyiz Mahkemesi eser niteliğini haiz olup olmadığını değerlendirmek için kompozisyonu sonucu koku yayan maddeler ile koku duyusu ile algılanabilirlik arasında bir ayırım yapılmasını gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme *Lancôme*'un iddiaları uyarınca korumanın, ürünün sahip olduğu tek bir koku üzerinde değil, tüm koku kompozisyonu üzerinde talep edildiği anlaşıldığından tek bir kokunun eser niteliğini haiz olup olmadığını araştırmamıştır. Mahkeme bu kapsamda parfümün yalnızca duyu organları ile algılanabilir olmadığını, aynı zamanda yeterince somut, stabil ve objektif olarak belirlenebilir bulmuştur.

Buna ilaveten, Mahkeme, parfümün belirli bileşenlerin bir araya getirilerek yaratıcı bir sürecin sonucu meydana geldiğini, telif hakkı korumasından faydalanılabilmesi için eserin yeni olması gerektiğini, yalnızca yaratıcının¹⁷ bakış açısına göre ori-

jinal olmasını gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda da *Lancôme*'un *Trésor* isimli parfümün eser olduğuna karar vermiştir.

C. PARIS İSTİNAF MAHKEMESİ'NİN 25.01.2006 TARİHLİ *L'OREAL V. BELLURE NV* KARARI¹⁸

L'OREAL başka parfüm üreticileri ile birlikte Belçika menşeli *Bellure* parfüm üreticisine fikri ve sınai haklarının ihlal edildiği ve *Bellure* şirketinin haksız rekabet yaptığı gerekçesiyle Paris Yerel Mahkemesi'nde dava açmıştır. Yerel Mahkeme *L'OREAL* ve diğerlerinin davasını kabul etmiş, *Bellure* kararı istinaf etmiştir.

Her ne kadar *Bellure*, Fransız Telif Kanunu'nun yalnızca görme ve işitme duyuları ile algılanabilen eserleri koruduğunu iddia etse de; Paris İstinaf Mahkemesi, Fransız Telif Kanunu'nun eserleri sınırlı sayıda saymadığını ve kokuyla algılanabilen eserlerin korumadan istisna tutulmadığını belirtmiş ve Kanun L112-1 alıntılamıştır. Buna göre *işbu Kanun hükümleri türü, ifade biçimi, değeri veya amacı ne olursa olsun, tüm eser sahiplerinin hakkını korumaktadır*¹⁹. Mahkeme Fransız Hukuku'nda eserin somut²⁰ olması gibi bir şart olmadığını, eserin algılanabilir olması ve yaratıcının yaratıcılığını ortaya koymasının koruma sağlanması için gerekli olduğunu ifade etmiştir.

İstinaf Mahkemesi parfümün, koku duyusuyla da olsa algılanabilir olması sebebiyle eser olabileceğine, somut olayda davacıların kokularının orijinal olduğuna ve telif hakkı korumasından faydalanacaklarına, telif hakkı ihlali yaptığı iddia edilen parfümlerin davacıların parfümleri ile benzer olduğuna ve dolayısıyla ihlal bulunduğu karar vermiştir.

¹⁸ Cour d'appel de Paris, 4e chambre, 25.01.2006, 04/18300. <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2006/SK66246958A923C1BD9D7D>> s.e.t. 18 Haziran 2024.

¹⁹ Code de la propriété intellectuelle art.112-1: "*Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.*"

²⁰ Amerikan ve İngiliz Hukuk sistemlerinde bu şart *fixation* olarak adlandırılmakta olup, daha detaylı bilgi için bkz. Enrico Bonadio, Nicola Lucchi, "Introduction: setting the scene for non-conventional copyright", Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 7-9; Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries, WIPO and UNESCO (1976) 5, N. 20.

¹⁶ Hoge Raad, Eerste Kamer, 16.06.2006, C04/327HR; <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2006:AU8940&showbutton=true&keyword=Kecofa&idx=1>> (De Rechtspraak, s.e.t. 18 Haziran 2024).

¹⁷ Koku veya tat ile algılanabilen fikir mahsullerinin eser mahiyeti aşağıda tartışılacağından mümkün olduğunca "eser sahibi" ibaresinin kullanılmasından kaçınılmıştır.

D. ABAD'IN 13.11.2018 TARİHLİ *LEVOLA HENGELO BV V. SMILDE FOODS BV* KARARI²¹

İşbu dava Hollandalı iki peynir üreticisi arasındadır. *Levola*, *Heksenkaas* isimli sürülebilir peynirin tadının kendi fikri yaratımının bir sonucu olması sebebiyle, *Heksenkaas* Hollanda Telif Hakkı Kanunu m.1 anlamında bir eser olarak kabul edileceğini iddia ederek, tadı *Heksenkaas* peynirine benzediği iddia olunan ve *Smilde* şirketi tarafından üretilen *Witte Wievenkaas* isimli peynirin telif haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Gelderland Bölge Mahkemesi'nden ihlalin durdurulmasını talep etmiştir. 10 Haziran 2015 tarihli kararı ile Gelderland Bölge Mahkemesi, *Heksenkaas*'ın tadının Telif Hakkı Kanunu kapsamında korunabilir olup olmadığının araştırılmasına gerek olmadığına zira, *Levola*'nın *Heksenkaas* peynirinin hangi unsurlarının ürüne orijinal karakterini verdiğini gösteremediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Levola kararı istinaf etmiştir. Hollanda Temyiz Mahkemesi'nin 2006 tarihli *Lancôme* kararını emsal göstererek bir yemeğin tadının da eser olabileceğini iddia etmiştir. Arnhem-Leeuwarden İstinaf Mahkemesi bir yemeğin tadının telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanmayacağı sorusunu ABAD'a yöneltmiştir.

ABAD, bu soruyu cevaplandırmaya, bir ürünün eser olarak değerlendirilebilmesi için iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerektiğine dikkat çekerek başlamıştır. Buna göre ilk olarak mahsulün yaratıcının kendi fikri yaratımı olması, bir diğer ifade ile orijinal olması gerekmektedir. İkinci olarak, bir fikri mahsulün Direktif²² uyarınca yeterli kesinlik ve objektiflikle ifade edilebilir olması gerekmektedir. ABAD'a göre, bu şartın amacı; fikri mülkiyet otoritelerinin ve üçüncü kişilerin bu şekilde korunan ürünü açık ve kesin bir şekilde tanımlayabilmelerine olanak sağlanması ve subjektifliğin hukuki kesinliğe zarar verebilme ihtimali doğurmasıdır. Bu kapsamda bir yemeğin tadı kesinlik ve objektiflikle tespit

²¹ ABAD, C-310/17, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4989372>> (InfoCuria, s.e.t. 18 Haziran 2024).

²² Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

edilememektedir. ABAD, yemeğin tadının; tadanın yaşı, gıda tercihleri, tüketim alışkanlıkları gibi faktörlere bağlı olması sebebiyle öznel olması ve açık ve kesin tanımlanabilme şartının yerine getirilmemesi sebebiyle somut olayda peynirin bir eser sayılmayacağına ve bu sebeple telif hakkı korumasında yaralanamayacağına karar vermiştir.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere görme veyahut iştme duyusu dışındaki duyarlarla algılanabilen fikri mahsullerin eser sayılıp sayılmayacağı, dolayısı ile telif hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda bir görüş birliği yoktur. Öyle ki aynı ülke içinde dahi farklı yönde kararlara rastlamak mümkündür²³.

168 ülkenin taraf olduğu²⁴ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Konvansiyonu'nun²⁵ ikinci maddesi uyarınca, ifade şekli ne olursa olsun, tüm edebiyat ve sanat eserlerinin korunacağını düzenlemekte ve örneğe yolu ile edebiyat ve sanat eserlerini saymaktadır. Nitekim Bern Konvansiyonu Rehberi'nde, "edebi ve sanatsal eserler" ifadesinden, korunabilecek her eseri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶. Korunabilecek her eser ifadesinden de aslında telif konusunun *sınırsız*²⁷ olmayacağı anlaşılmaktadır²⁸.

²³ Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 14 Şubat 2007 tarihli kararında *Jean-Paul Gaultier*'in "*Le Mâle*" isimli parfümünün eser olarak korunabileceğine karar vermişken, Temyiz Mahkemesi 1 Temmuz 2008 tarihli kararı ile parfüm kokusunun know-how uygulamasından ibaret olduğu gerekçesi ile eser olarak korunamayacağına karar vermiştir.

²⁴ <[²⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works \(as amended on 28.09.1979\) <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283693>, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası 4117, Kabul Tarihi: 7.7.1995, RG 12.7.1995/22341.](https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasina-iliskin-bern-sozlesmesi.html#:~:text=Bern%205%C3%B6zle%C5%9Fmesi'ne%20halihaz%C4%B1rda%20T%C3%BCrkiye%20d%C3%A2hil%20168%20%C3%BClke%20taraf%C4%B1r> s.e.t. 30 Haziran 2024.</p></div><div data-bbox=)

²⁶ Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (WIPO 1978), 13, par. 2.6.

²⁷ *borderless*.

²⁸ Caterina Sganga, "Say Nay to a Tastier Copyright: Why the CJEU Should Deny Copyright Protection to Tastes (and Smells)" (2018) 8.

Konvansiyon'un ikinci maddesinin ikinci fıkrası ise eserlerin maddi bir forma sahip olmaması halinde korunup korunmayacağını Konvansiyon'a taraf ülkelerin inisiyatifine bırakarak bu hususun iç hukukta düzenleneceğini öngörmüştür. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere Bern Konvansiyonu ile kendilerine tanınan bu yetkiyi kullanmışlar ve maddi forma sahip olma şartını iç hukuklarında benimsemişlerdir²⁹.

FSEK³⁰ m.1/B eseri, *sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri* olarak tanımlamaktadır.

Tekinalp'e göre bir mahsulün FSEK anlamında eser olarak korunabilmesi için, mahsulün yaratıcısının hususiyetini taşıması, mahsulün dış dünyaya yansımış olması, FSEK'te düzenlenen eser türlerinden biri kapsamında olması ve fikri bir çabanın sonucu ortaya çıkması gerekmektedir³¹.

Nal/Suluk bir ürünün eser niteliğini haiz olması için şekli, objektif ve subjektif şartları karşılaması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre; şekli şart ürünün FSEK'te sayılan eser türlerinde birine dahil olması, subjektif şart ürünün eser sahibinin hususiyetini taşıması ve objektif şart ise ürünün tasarrufa elverişli olması ve dış dünya tarafından algılanabilir olması anlamına gelmektedir³².

Bozbel de bir ürünün FSEK kapsamında eser olarak sayılabilmesi için ortada fikri bir ürünün olması gerektiğini, fikri ürünün şekle bürünmesi gerektiğini, fikri ürünün eser sahibinin hususiyetini yansıtmaması gerektiğini ve fikri ürünün FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dahil olması gerektiğini ifade etmektedir³³.

Bu kapsamda yukarıdaki kararlara konu olmuş parfümün ve peynirin Türk hukukunda eser olarak korunup korunmayacağını anlaşılmaması için;

- Mahsullerin fikri bir çaba teşkil edip etmediğinin,
 - Mahsullerin hususiyet taşımasının mümkün olup olmadığının
 - Mahsullerin dış dünya tarafından algılanabilir olup olmadığının ve
 - Mahsullerin FSEK'te sayılan eser türlerine dahil olup olmadığının,
- incelenmesi gerekmektedir.

A. KOKU VEYA TAT İLE ALGILANABİLEN ÜRÜNLERİN FİKRİ ÇABA TEŞKİL EDİP ETMEYECEĞİ

Her şeyden önce bir ürünün eser olarak korunabilmesi için onun fikri bir ürün olması gerekmektedir. O ürünün yaratımı sırasında fikri bir çabanın ortaya koyulması şarttır. *Tekinalp*'e göre bu şart eserin insan tarafından oluşturulmuş olmasını gerekli kılmakta olup, bir makinenin yaptığı çevirinin ya da hayvanların oluşturduğu herhangi bir sonuç eser teşkil etmeyecektir³⁴. Ancak bunun insan dışı yaratım kaynaklarından istifa edilemeyeceği şekilde anlaşılmasında gerekmektedir. Şayet bu yararlanma, eser sahibinin hususiyetini yansıtmamasını engelleyecek bir boyutta olursa, artık eser sahibinin fikri çabasından söz edilemeyecektir³⁵.

Bu kapsamda incelendiğinde ilk bakışta parfümlerin içeriğinde bulunan esansların, yemeklerin içinde bulunan malzemelerin insan dışı kaynaklardan elde edilmesi sebebiyle fikri çaba teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak atölyede uzun yılların deneyimi sonucu yaratılan belirli bir kokunun veya tat damakta oluşacak tadı düşünerek, farklı bölgelerdeki ineklerin sütü ile yaratılan bir peynirin arkasında yaratıcısının zihinsel çabası bulunmaktadır. Nitekim işbu makaleye konu kararların çoğunda parfümlerin veya peynirin bilgisayar tarafından üretildiği gibi bir bilgi yer almamakta olup, kararlarda fikri çaba unsuru tartışılmamıştır. Bu sebeple koku veya tat yolu ile algılanabilen mahsullerin fikri bir çaba sonucu ortaya çıkabileceği söylenebilir.

Vurgulanmalıdır ki, *Haarman et Reimer* kararında mahkeme yaratma sürecinin yalnızca uzmanlığın ve *know-how*'ın uygulanmasından ibaret oldu-

²⁹ Giuseppe Mazziotti, "Music improvisation and copyright" Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Edward Elgar Publishing 2018) 184.

³⁰ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası 5846, Kabul Tarihi: 5.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

³¹ *Tekinalp*, (n5) 103, N. 2.

³² Cahit Suluk, Raif Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin 2023) 70-76.

³³ Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (On İki Levha 2015) 27-32.

³⁴ *Tekinalp*, (n5) 113, N. 22.

³⁵ *Bozbel* (n33) 28.

ğunu ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu art.L112-1 ve L112-2 anlamında bir ifade biçimi teşkil etmediğini belirtmiştir. Her ne kadar Mahkeme karar metninde dava konusu parfümün bir fikri yaratım olduğunu tespit etmiş olsa da, *know-how* uygulamasının Fransız hukukundaki yorumu üzerinde durulmalıdır. Fransız Hukuku uyarınca bir yaratımın korunması için ortada zihinsel bir çaba olmalı ve bu çabanın sonucu estetik olmalıdır. Buna göre yaratıcı ortaya çıkacak mahsulü kendi zihninde şekillendirmiş olmalı ve sonuç şans eseri ortaya çıkmamalıdır³⁶. Bu kapsamda *know-how*'ın basit bir uygulaması sonucu ortaya çıkan mahsul, eser olarak değerlendirilmemekte, zira Fransız mahkeme kararları uyarınca bir tekniğin veya yöntemin uygulanması eser teşkil etmemektedir³⁷.

Farmasötik amaçlarla bileşenleri karıştıran kimyagerlerden farklı olarak, estetik gayelerle parfümlerini yaratan yaratıcılar, aynı ressamın resimlerindeki imzalar gibi parfümlerinde kendi imzalarını taşıyan koku göstergeleri olduğunu düşünmektedirler³⁸. Aynı şey imza tabaklara sahip şefler için de söylenebilir. Bu açıdan koku ile veyahut tat ile algılanabilen ürünlerin somut olaya göre değişebilecek olmakla birlikte teorik olarak fikri bir çabanın ürünü olabileceği kanaatindeyiz.

B. KOKU VEYA TAT İLE ALGILANABİLEN ÜRÜNLERİN HUSUSİYET TAŞIMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

Hususiyet, bir mahsulün eser korumasından yararlanabilmesi için en önemli şartlardan biridir. Hususiyet kavramı kanunda açıkça tanımlanmamaktadır. Yargıtay, hususiyet kavramına ilişkin olarak kararlarında genellikle özgünlükten³⁹, ben-

zerlerinden ayrılmasını sağlayacak ayırt edici unsurlardan⁴⁰, orijinallikten⁴¹, sıradan olmamaktan ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcı olmaktan⁴² ve kopya olmamaktan⁴³ bahsetmekte, ancak hususiyeti net bir şekilde tanımlamamaktadır.

Doktrin deyse, hususiyetin ne anlama geldiği ve kıstasları hakkında birlik bulunmamaktadır. İşbu makalenin kapsamının daha dar olması sebebiyle tüm tartışmalara⁴⁴ değinilmeyecek olmakla birlikte koku ve tat duyuları ile algılanabilecek mahsullerin hususiyet arz edip etmeyeceği tartışmasında önem arz edebilecek bazı görüşler üzerinde durulacaktır.

Tekinalp hususiyetin kendisini anlatımda gösterdiğini, üslubun öznel olduğunu, üslubun yalnızca edebi eserleri kapsamadığını, her eserin kendine özgü bir üslubu olduğunu ve üslubun yeni olmasının şart olmadığını ifade etmektedir⁴⁵. Bilimsel eserlerden örnek gösteren *Tekinalp*, bu ihtimalde hususiyetin kendini bilgi birikiminde ve bilginin bilimsel yöntemde kullanımında gösterdiğini ifade etmektedir⁴⁶. *Tekinalp* özgünlük/orijinal olma görüşünü eleştirmektedir. Ona göre zaten orijinal yaratımların eser niteliğinden şüphe edilemez; ancak bir yaratımı eser olarak nitelendirmek için onun özgün veya orijinal olmasını beklemek eser korumasının kapsamını hayli daraltacaktır⁴⁷. *Tekinalp* devamla hususi-

³⁶ Stephanie Delannoy, "La Protection Juridique d'un Parfum" (Universite de Sciences Sociales Toulouse Memoire de Master 2006-2007) 82, N. 199.

³⁷ *Ibid* 82, N. 199; parfümün know-how'dan istifade edilerek aslında estetik değere sahip bir esere dönüştürüldüğüne ilişkin eleştiri için bkz. *ibid.* 82, N. 200.

³⁸ Cronin (n14) 345.

³⁹ Yargıtay 11 HD., 21.03.2023, 4258/1720 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024; Yargıtay 11 HD., 21.09.2017, 1344/4595 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024; Yargıtay 11 HD., 11.05.2022, 8676/3718 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024); Yargıtay 11 HD., 08.11.2022, 2602/7937 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁴⁰ Yargıtay 11 HD., 22.12.2015, 1179/13762 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁴¹ Yargıtay 11 HD., 24.05.2022, 8509/3996 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁴² Yargıtay 11 HD., 13.03.2007, 934/4555 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024) Söz konusu kararda mahkeme orijinallik ve yaratıcılığın oda dar yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir: "... Şüphesiz, "hususiyetin" daraltıcı anlamda yorumu suretiyle, mutlaka üst düzeyde yaratıcılık ve orijinallik içermesi gerektiği düşüncesi benimsenemez. Ancak, öte yandan "hususiyetin" geniş anlaşılması da eser olmayan ürünlere bu niteliğin tanınması aracı yapılmamalıdır."

⁴³ Yargıtay 11 HD., 13.03.2007, 934/4555 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024); Yargıtay 11 HD., 02.07.2007, 7694/10079 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁴⁴ Tartışmalar için bkz. *Tekinalp* (n5) 104 N. 6 vd.; Hayri Bozgeyik, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet" (2009) 25(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 171 vd.

⁴⁵ *Ibid* 105-106 N. 7.

⁴⁶ *Ibid* 106 N. 7; Bu görüşe örnek olarak bkz. HGK., 20.02.2020, 7/185 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁴⁷ *Ibid* 106-107 N. 8.

yetten söz edilebilmesi için belli bir düzeyin aşılması gerektiğini (sıradan olunmaması), belirli bir düzeye sahip fikri çabaların sonuçlarının her gün karşımıza çıkabilecek sıradan sonuçlardan ayrıldığını ifade etmekte⁴⁸, ayrıca hususiyetin sadece üslupta değil bir bütün olarak hem şekilde hem içerikte kendisini gösterdiğini vurgulamaktadır⁴⁹.

Ateş de hususiyeti açıklarken anlatım ve üslup kavramları üzerinde yoğunlaşmış ve yaratıcının kendine ait özelliklerinin yarattığı ürüne yansımaları gerektiğini ifade etmiştir⁵⁰.

Nal/Suluk ise hususiyetin içerik, anlatım veya üslupla eşit olmadığını belirtmekte ve hususiyetin belirlenmesinde üslup ve göreceli bir bağımsızlığın yanında 3 kriterin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹:

- *Yaratıcının serbest biçimlendirme alanı*⁵²
- *Fikri üründe genelin üzerinde bir özelliğin varlığı*
- *Fikri üründe amaca uygun olanın üzerinde bir özelliğin varlığı*

Bozbel hususiyetin yenilik anlamına gelmediği, herkes tarafından yapılması mümkün olmayan, *basit zanaatın* sınırlarını aşan bir fikri çabayı ifade ettiği, hususiyetin hem içerikte hem üslupta var olabileceği, vasatın üzerinde ve sıradan olmayan fikri çabanın hususiyet taşıdığı görüşündedir⁵³.

Aksu'ya göre hususiyet eserin yaratıcısının fikri bir çalışmasının ürünü olması ve yaratıcının yetenek ve yaratıcılığının bir yansımasıdır⁵⁴. *Aksu* bir yaratımın eser korumasından faydalanması için onun mutlak anlamda yeni olması gerektiğini, ancak mahsulün kendisini *önceki biçim hazinesinden yeterli biçimde ayırması gerektiğini* ifade etmektedir⁵⁵.

⁴⁸ *Ibid* 107 N. 9.

⁴⁹ *Ibid* 108 N. 10.

⁵⁰ Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser (Turhan Kitabevi 2007) 75.

⁵¹ Suluk, Nal ve Karasu (32) 72-74.

⁵² Yazar bu kavramı fikri ürün yaratıcısının ürünü yaratırken sahip olduğu özgürlük olarak tanımlamakta, işin amacı, doğası ürünü o şekilde meydana getirmeyi gerektiriyorsa hususiyetten söz edilemeyeceğini ifade etmektedir.

⁵³ *Bozbel* (n33) 31.

⁵⁴ Mustafa Aksu, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması (Beta 2006) 74.

⁵⁵ *Ibid* 75.

Bozgeyik hususiyetin eser sahibinin, esere kendi fikir dünyasından yaptığı katkısı olduğunu ifade etmektedir⁵⁶. *Bozgeyik* hususiyetin tespiti için bazı kriterler belirlemiştir⁵⁷, buna göre:

- *Bağımsız fikri faaliyet*⁵⁸
- *Serbest biçimlendirme alanı*⁵⁹
- *Rutinden farklı olma*⁶⁰

Erdil de hususiyet şartını tarif ederken bireysellik ve üslup ifadelerini kullanmaktadır. Ona göre eser FSEK kapsamında hangi eser türüne giriyorsa o eser türüne yeni bir bakış, söylem ve ilerleme katmalıdır⁶¹.

Aslında çoğu görüşün ortak noktası fikri çabanın sahibinin ürüne katkısı olması ve onu sıradanlıktan çıkarmasıdır. Bu sebeple koku veya tat yolu ile algılanabilen fikri ürünlerin eser olarak korunabilmesi için aslında nihai ürünlerin sıradan olmaması, yaratıcının bir katkısının bulunması gerekmektedir. İşbu makaleye konu kararlara bakıldığında da gerçekten *orijinallik* üzerinde durulan kavramlardan biri olmuştur.

Hollanda Temyiz Mahkemesi *Kecofa v. Lancôme* kararında belirli bileşenlerin bir araya getirilmesinin yaratıcı bir sürecin sonucu olduğunu ve orijinalliğin yenilik anlamına gelmediğini belirterek parfümlerin eser korumasından yararlanacağına hükmetmiştir. Benzer şekilde Paris İstinaf Mahkemesi *L'OREAL v. Bellure NV* kararında dava konusu parfümün orijinal olduğunu ifade ederek hususiyet taşıdığı kanaatine varmıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi *Haarman et Reimer* kararında ise parfümlerin fikri çaba teşkil etmelerine karşın ancak hususiyet arz ettikleri durumda korunacaklarına değinerek, *know-how* uygulamasının kanun kapsamında bir ifade edilmiş biçimi sayılamaya çağından dava konusu parfümün eser korumasından

⁵⁶ *Bozgeyik* (n44) 175.

⁵⁷ *Ibid* 175-177.

⁵⁸ Yazar burada eser sahibinin fikri çalışmasının başka çalışmalardan veya çalışmaların sonuçlarından bağımsız olmasından bahsetmektedir.

⁵⁹ Yazar bu şart altında fikri faaliyetin şekillenmesinden ve fikri faaliyetin esere yansımalarından bahsetmektedir. *Kanaatimizce* bu şart *Tekinalp*'in üslup anlayışını içermektedir.

⁶⁰ Yazar alışlagelmiş, tekrar eden çalışmaların hususiyet arz etmediğini ifade etmektedir.

⁶¹ Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserlerin Kanunu Kısa Şerhi, (On İki Levha 2021) 9.

yararlanamayacağına hükmetmiştir. CPI L112-4 uyarınca *fikri bir eserin başlığı, orijinal olması koşuluyla, eserin kendisiyle aynı şekilde korunur*⁶². Her ne kadar hususiyet (orijinallik) şartı işbu madde ile getirilmiş olsa da Fransız hukukunda bu şart ürünün eser korumasından yararlanması için temel bir ilke olarak kabul edilmektedir⁶³. Fransız hukukunda özgünlüğün yaratıcının yaratıcılığının hukuki anlamda tezahürü olarak kabul edilmekte, hususiyet eser sahibinin kişiliğinin damgasına benzetilmektedir⁶⁴.

Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği'nde verilen yargı kararlarında, parfümlerin hususiyet taşıyabilme ihtimali kategorik olarak reddedilmemekte⁶⁵, koku kompozisyonlarının orijinallik teşkil edebileceğine yönelik bir anlayış bulunmaktadır. Gerçekten de gerek şeflerin imza tabakları gerek yaratıcılarının imza kokularını barındıran parfümler, sıradanlığın ve rutinin dışına kolaylıkla çıkabilmekte, kendi yaratıcılarının kişiliklerini taşıyabilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında koku ile veyahut tat ile algılanabilen fikri çabaların hususiyet taşımasının mümkün olduğu *kanaatindeyiz*.

C. KOKU VEYA TAT İLE ALGILANABİLEN ÜRÜNLERİN DIŞ DÜNYA TARAFINDAN ALGILANABİLİR OLUP OLMADIĞI

Hususiyet arz eden bir fikri çabanın eser korumasından yararlanabilmesi için karşılaması gereken bir diğer şart ise ürünün düşüncede kalmaması, bir şekil altında dış dünyada vücut bulmasıdır⁶⁶. Öğretide bu şart *şekillenme*⁶⁷, *sabitleşme/sabitlenme*⁶⁸, *objektif olarak algılanabilirlik*⁶⁹ gibi ifadelerle anılmaktadır.

Yargı kararlarında ise *yasa karşısında eser niteliğini kazanabilmesi için iki unsur gerekli olduğu, birincisi objektif unsur ki, yasanın bunu mahsul (ürün) olarak belirttiği, buna göre eserin, evvela temellüke, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olması gerektiği*⁷⁰ ifade edilmektedir. İlk derece mahkemesi güncel bir kararında yine objektif ve subjektif unsur ayrımı yapmış, devamla dış dünya tarafından algılanabilirlik şartını, somut netice ve algılanabilirlik olarak nitelendirerek düşüncenin açıklanma formatının da bu unsur içinde değerlendirildiğini ifade etmiştir: *"... Objektif unsur gereğince, bir fikir ve sanat ürününün hukuk alanında korunmayı hak edebilmesi için sahibinin hususiyet arz eden fikri çabasının somut neticesi olması gerekir. Başka bir deyişle bu fikri çaba gözle görülebilir, elle tutulabilir, kulla- la duyulabilir, kısaca algılanabilir olmalıdır. Fikir ve düşünceler, ancak bir şekle büründüğünde yani eser formunda açıklığında fikri hukuk kapsamına girer. Diğer taraftan eserde algılanabilir olma dışında düşüncenin açıklanış formatı da önemlidir. Yani fikir ve sanat ürününün FSEK'te öngörölmüş olan düşünceyi ifade formatlarından birine dahil olması gerekir..."*⁷¹

Kanaatimizce, sabitleşme ibaresinin kullanılması isabetli değildir. Zira sabitleşme⁷² terimi Bern Konvansiyonu kapsamında maddi bir forma sahip olma değil, bir araç üzerinde tespit edilme anlamı taşıyan, kalıcılık, istikrarlılık gibi unsurları bünyesinde barındıran, çoğaltıma veya iletme elverişlilik gerektiren çok dar ve katı bir şartı⁷³ ifade etmektedir. Kanunumuzda ise, bu anlamda sabitleşmenin karşılığı yalnız-

⁶² "Le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même."

⁶³ Delannoy (n36) 83 N. 202.

⁶⁴ <<https://www.culture.gouv.fr/nous-connaître/Organisation-du-ministère/Le-secretariat-général/Service-des-Affaires-Juridiques-et-Internationales/Bureau-de-la-propriété-intellectuelle-BDPI/Fiches-techniques-sur-les-droits-d'auteur-et-les-droits-voisins2>>, fiche N.2 (s.e.t. 04 Ekim 2024).

⁶⁵ Krş. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin *Haarman et. Reimer* kararı.

⁶⁶ Tekinalp (n5) 108, N.11.

⁶⁷ *İbid.* 108 vd.; Bozbel (n33) 30; Erdil (n61) 9.

⁶⁸ Yalçın Tosun, "Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları" (2008) T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Doktora Tezi 26; İlhami Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2021) 66.

⁶⁹ Suluk, Nal ve Karasu (32) 75.

⁷⁰ HGK., 18.11.2009, 459/541 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024); HGK., 30.09.2015, 105/2019 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024); Yargıtay 20 HD., 23.02.2016, 16299/2196 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024); Yargıtay 20HD., 05.11.2015, 11100/10711 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024).

⁷¹ İstanbul 3. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi, 06.07.2023, 470/117 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024).

⁷² *fixation*.

⁷³ United States Code, Title 17 - COPYRIGHTS §101 Definitions: "A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is "fixed" for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission."

ca seslerin tespitinde düzenlenmiştir. FSEK m.1/B-e uyarınca, “*Tespit: Seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletilebilir şekilde bir araca kaydedilmesi işlemi*” ifade etmektedir. Bu sebeple, eserin vücut bulması ve dış dünya tarafından algılanabilir hale gelmesi ile sabitlenmesinin aynı olmadığı kanaatindeyiz⁷⁴.

Terimsel farklılıklar bir ne kenara şekillenme/dış dünya tarafından algılanabilir hale gelme/sabitlenme şartının ne kadar dar ya da geniş yorumlanacağı hayli önemlidir. Öğretide *kanaatimizce* de isabetli şekilde algılanabilirliği daha geniş yorumlayan yazarlar mevcuttur. *Arslanlı*, üçüncü kişilerce algılanabildiği sürece gayri maddi araçlar ile vücut bulan eserlerin korunacağı görüşündedir⁷⁵. *Erel* de benzer şekilde ürünün ifade edilme biçiminin eserin duyularına hitap etmesi için kullanılan birer araç olduğunu ifade ederek, aslında gayrimaddi şekillerde algılanabilir mahsullerin eser korumasından yararlanabileceği kanaatinde⁷⁶. *Nal/Suluk* objektiften şarttan bir ürünün telif korumasından yararlanabilmesi için eşya üzerinde somutlaşması gerektiğini, ürünün üçüncü kişiler tarafından algılanabilir olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir⁷⁷. *Keza Bozbel* de içerik ve şekil ifade edilmesi gerektiğini, bir ifade aracıyla algılanabilir hale getirilmesi halinde ürünün eser korumasından yararlanacağını ifade etmektedir⁷⁸.

Algılanabilirlik şartını daha dar yorumlayan yazarlar da mevcuttur. Örneğin *Erdil* ürünün duyularla algılanabilir hale gelmesi için maddi bir cisim üze-

rinde somutlaşması gerektiği görüşündedir⁷⁹. *Güneş* Anglo-sakson hukukunda sabitleme kavramına paralel şekilde, eserin korunmadan faydalanması için onun *kaydedilmesi, yazılması, herhangi bir yöntemle filme alınması, işaretlenmesi ve sabitlenmesi* gerektiği kanaatinde⁸⁰. Ayrıca bununla beraber eserin yasa da belirtilen formlardan biri olarak somutlaşması gerektiğine dikkat çeker⁸¹.

Kanaatimizce, teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurulduğunda şekillenme, algılanabilirlik şartını duyu organları ile algılanabilir şekilde yorumlamak daha doğrudur⁸².

Yukarıda örnek verilen kararlar incelendiğinden hususiyet dışındaki tartışma konularından birinin dış dünya tarafından algılanabilirlik olduğu görülmektedir. Örneğin, *ABAD*'ın *Levola Hengelo BV v. Smilde Foods BV* kararında, Divan, algılanabilirliği daha dar yorumlayarak mahsulün kesinlik ve objektiflikle tanımlanabilir olmasını aramıştır⁸³. Tat kavramının kesimden, yaşa birçok farklı faktörden etkilenmesi sebebiyle de peynirin eser korumasından faydalanabilecek düzeyde kesin ve objektif şekilde belirlenemediğini ifade etmiştir. Tam aksine, Hollanda Temyiz Mahkemesi ve Paris İstinaf Mahkemesi ise parfümlerin algılanabilir ve yeterince somut oldukları kanaatinde⁸⁴.

Şekillenme/dış dünya tarafından algılanabilirlik/somutlaşma şartının nasıl yorumlandığına göre aslında koku ve tat yolu ile algılanabilen mahsullerin FSEK anlamında korunmadan faydalanıp faydalanmayacağı değişecektir. Örneğin *Güneş* gibi algılanabilirlik kanundaki eser türlerine dahil olma şartı ile birlikte yorumlanırsa, parfümlerin veya yemeklerin *şu anki hukuk sistemimize göre* eser olarak korunması mümkün olmayacaktır. Ancak herhangi bir

⁷⁴ Bu yönde bkz. Aksu (n54) 69; Yargıtay'ın aksi yönde görüşü için bkz. CGK., 28.01.2020, 788/34 (Lexpera İçtihat Bankası, s.e.t. 15 Ekim 2024).

⁷⁵ Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri*, İkinci Kitap (Sulhi Garan Matbaası 1954) 13 *nakleden* Elnur Karimov, “Fikri Hukukta Vücuda Getirilmemiş ve Tamamlanacak Eser Kavramları ve Tasarruf İşlemleri” Abuzer Kendigelen and Mustafa Halil Çonkar and İbrahim Çağrı Zengin and Arslan Kaya and Ahmet Özsoy (ed.) Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, (On İki Levha 2021) 306.

⁷⁶ Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, (Üçüncü Bası Yetkin Yayınları 2009) 29 *nakleden* Elnur Karimov, “Fikri Hukukta Vücuda Getirilmemiş ve Tamamlanacak Eser Kavramları ve Tasarruf İşlemleri” Abuzer Kendigelen and Mustafa Halil Çonkar and İbrahim Çağrı Zengin and Arslan Kaya and Ahmet Özsoy (ed.) Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, (On İki Levha 2021) 306.

⁷⁷ Suluk, Nal ve Karasu (32) 75-76

⁷⁸ Bozbel (n33) 30.

⁷⁹ Erdil (n61) 9.

⁸⁰ Güneş (n68) 66.

⁸¹ *Ibid* 66, aynı yönde bkz. Ateş (n50) 60.

⁸² Aynı yönde bkz. Ozan Ali Yıldız, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Türleri Yönünden Benimsenen Sınırlı Sayı İlkesine Eleştirel Bir Yaklaşım” Fikri Haklar Komisyonu 2018-2020 Özel Yayını <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/Baro_fikri_sanayi_haklar_komisyonu2018-2020.pdf>, s.e.t. 15 Ekim 2024, 215.

⁸³ Mahkemenin kararında *fixation* şartını aramamış, yalnızca *objective and precise identification*'dan bahsetmiştir.

şekilde, geçici ya da kalıcı olduğuna bakılmaksızın, duyu organlarımızla algılayabildiğimiz mahsullere eser koruması bahsedildiği takdirde, parfümler ve yemekler de *diğer şartları sağladığı ihtimalinde* FSEK kapsamında korunacaktır.

D. KOKU VEYA TAT İLE ALGILANABİLEN ÜRÜNLERİN FSEK’TE SAYILAN ESER TÜRLERİNE DAHİL OLUP OLAMAYACAĞI

Bir mahsulün FSEK kapsamında bir eser olarak korunabilmesinin son şartı mahsulün FSEK’te sayılan eser türlerinden birine dahil olmasıdır. FSEK’te eser türleri ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanat eserleri, sinema eserleri ve işlenme ve derleme eserler olmak üzere beş adet *numerus clausus* şekilde sayılmaktadır. Her bir eser grubunun altında ise kanun koyucu örnekseme yolu ile hangi eserlerin o türe ait olabileceğine ilişkin yol göstermektedir. Bu sebeple FSEK’te değişikliğe gitmeden yeni bir eser türü oluşturularak konusu yeni eserlerin FSEK kapsamında korunması mümkün olmayıp, yalnızca beş adet eser türünün herhangi birinin tarifine uyuyorsa, söz konusu yeni eser FSEK kapsamında korunabilecektir⁸⁴.

Eser türlerine tek tek bakılacak olunursa kanun koyucu ilk olarak Madde 2’de ilim ve edebiyat eserlerini düzenlemektedir. Bu tür eserlerin ortak özelliği yazılı ya da sözlü şekilde olması fark etmeksizin dil ile ifade edilmeleridir⁸⁵. Zira kanun koyucunun saydığı örneklerle bakıldığında madde metninde; *herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler, bilgisayar programları, rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar, teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler* bulunmaktadır.

Kanun koyucu ikinci olarak musiki eserleri düzenlemiştir. Bu türdeki eserler işitsel yolla ifade edilmekte olup FSEK m.3 uyarınca *musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir*. Kanun koyucu musiki eser olarak nitelendirilebilecek mahsulleri saymakta, yalnızca sözlü veya sözsüz olabileceğini belirtmektedir. Nitekim Bern Konvansiyonu’nda da benzer şekilde sözlü veya sözsüz bestelerin müzikal eser ola-

rak kullanılacağı ifade edilmektedir. Burada vurgulanması gereken iki konu; eser olanın müziğin icrası değil, müziğin kendisi olması⁸⁶ ve sesin kaynağının eserin korunması üzerinde bir etkisi olmamasıdır⁸⁷.

FSEK’te düzenlenen üçüncü eser türü güzel sanat eserleridir. Güzel sanat eserleri türü altında örnek verilen mahsullerin ortak özelliği sanatsal bir değere sahip olmalarıdır⁸⁸. Şayet bedii vasfı bulunmuyorsa mahsul güzel sanat eseri olarak nitelendirilemeyecek ancak tasarım veya şartları sağlaması halinde başka türde bir eser sayılabilecektir⁸⁹. *Her türlü resimler, desenler, güzel yazılar, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, heykeller, mimarlık eserleri, minyatürler, moda tasarımları, fotoğrafik eserler ve slaytlar, grafik eserler, karikatür eserleri, her türlü tiplmeler* Kanun koyucu tarafından verilen örnekler arasındadır.

Kanun koyucu dördüncü olarak sinema eserlerini kanunda ayrı bir eser türü olarak düzenlemektedir. Sinema eserleri kanunda şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.”* Sinema eserlerini diğer eserlerden ayıran en önemli özelliklerinden biri resimle birlikte senaryo, müzik gibi farklı kompozisyonlardan oluşmasıdır⁹⁰. Bu sebeple olacaktır ki, kanun koyucu 8. maddenin 3. fıkrasında, sinema eserlerindeki hak sahipliğini ayrıca düzenlemekte ve kimlerin hak sahibi olabileceğini karine şeklinde öngörmektedir⁹¹. Buna göre: *“Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler.”*

Son olarak işlenmeler ve derlemelere de kısaca değinilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu işlenme ver derlemeleri de ayrı birer eser türü olarak kabul etmek-

⁸⁴ Mustafa Arıkan, “Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması” (2009) T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Tezi 40.

⁸⁵ Suluk, Nal ve Karasu (32) 88.

⁸⁶ Tekinalp (n5) 123, N. 43.

⁸⁷ *Ibid* 124, N. 44.

⁸⁸ Suluk, Nal ve Karasu (32) 93.

⁸⁹ Tekinalp (n5) 126, N. 53.

⁹⁰ Arıkan (n85) 51.

⁹¹ *Ibid* 52.

tedir. FSEK m.1/B altında işleme eser; “*diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri*”, derleme eser ise “*özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eser*” olarak tanımlanmaktadır. İşleme eserler FSEK m.6’da yine örnekseme yolu ile sayılmaktadır. Buna göre tercüme, bir romanın tiyatroya çevrilmesi, müzikal aranjmanlar, şerhler işleme eserlerdir. Her eser türünde olduğu gibi işleme eserlerde de eser korumasından yararlanılması için en önemli şart hususiyetin bulunmasıdır.

Koku veya tat ile algılanabilen ürünlerin FSEK kapsamında eser korumasından yararlanıp yararlanmayacağını anlayabilmek için öncelikle herhangi bir eser türüne dahil olup olmadığı incelenmelidir. Esasen parfümlerin sahip olduğu esanslar kimyasal formüllerle, yemekler ise tarifler ile veyahut içindekiler listesi ile tarif edilebilmektedir. Hususiyet taşıyıp taşımadıkları tartışması bir kenara, yalnızca objektif şart açısından incelendiğinde parfüm formülünün veya yemek tarifinin FSEK m.2’de yer alan ilim ve edebiyat eserleri kapsamına girebileceği söylenebilir. Yemeğin tabakta estetik şekilde sunulmuş biçimi⁹² veya bu sunuluşun fotoğraflanması FSEK m.4’te yer alan güzel sanat eserleri arasına dahil edilebilir.

Ancak işbu makale de görme veya işitme gibi geleneksel duyu ile algılanmayan mahsullerin eser olarak korunup korunamayacağına ilişkindir. FSEK’te eser türlerinin *numerus clausus* şeklinde sayılıyor olması eserden doğan korumayı son derece daraltmakta ve karma nitelikteki veya teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni eserleri koruma kapsamı dışına almaktadır⁹³. Hal böyle olunca kokular ve tatlar her ne kadar dış dünya tarafından algılanabilir olsalar da, hususiyet arz edebilseler de FSEK’te sayılan eser türlerine dahil edilemedikleri için eser korumasından faydalanamayacaklardır⁹⁴.

⁹² Amerikan hukukunda yemeklerin tabakta sunulmuş biçimleri üç boyutlu bir uygulama olması sebebi ile *heykel* kategorisinde değerlendirilen görüşler mevcuttur. Bkz. Cathay Y. N. Smith, “Copyright in Culinary Presentations Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 134.

⁹³ Yıldız (n82) 219.

⁹⁴ *Ibid* 219; Yarsuvat (n13) 28.

Fransız Hukukunda ise yukarıda da bahsedildiği üzere eser türleri *numerus clausus* değil örnekseme yolu ile sayılmakta⁹⁵ ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m.112-1 uyarınca türü, ifade biçimi, değeri veya amacı ne olursa olsun, tüm eser sahiplerinin hakları korunmaktadır. Bu sebeptir ki, Fransız Mahkemelerinde özellikle ilk derece ve istinaf mahkemelerinde hususiyet ve dış dünya tarafından algılanabilen bir mahsul olduğu sürece parfümlerin telif hakkından faydalanabileceği kabul edilmiştir.

Kanaatimizce Fransız hukukundakine benzer bir düzenleme ile FSEK’te eser türlerinin sınırlayıcı değil örnekseme yolu ile sayılması⁹⁶ günümüz ihtiyaçları için elzem olup, ancak bu yolla Türk hukukunda da koku ile algılanabilen mahsuller eser korumasından faydalanabilecektir.

SONUÇ

Dünyadaki fikri hukuk sistemleri incelendiğinde; bazen eser türlerinin tahdidi şekilde sayıldığına, bazense örnekseme yolu ile listelendiğine tanık olmaktayız. Ancak tahdidi sayılan veya örnekseme yolu ile listelenen tüm eserlerin ortak özelliği, yalnızca görme ve işitme duyu ile algılanabiliyor oluşudur. Bu da akla koklama ve tatma duyu ile oluşturulan ürünlerin nasıl korunacağı sorusunu getirmektedir.

Pek tabii ki, eser koruması dışında başka yollar da mevcuttur. En azından kokular için, çok sık olmasa da, marka korumasından, patent korumasından ve haksız rekabet korumasından söz etmek mümkündür. Ancak, bu korumaların hiçbiri, eserden ve eser sahipliğinden doğan hakları bahşetmemektedir.

Başta Fransa olmak üzere, bazı hukuk sistemlerinde, yukarıdaki sorunlar tartışılmıştır. Koku ile algılanabilen bir parfümün veyahut tat ile algılanabilen bir peynirin eser olarak korunması mümkün müdür? Avrupa Birliği üye ülkelerinin yargı kararlarında bu konuda birlik olmadığı belirtilmelidir. Fransadaki İstinaf Mahkemesi’nde parfümleri eser

⁹⁵ Aynı şekilde Hollanda Hukuku uyarınca korunabilecek eserlere ilişkin tüketici bir liste bulunmamakta olup, bir mahsul duyuyla algılanabilir ve orijinal olduğu müddetçe telif hakkı korumasından faydalanabilecektir. <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html>, s.e.t. 13 Ekim 2024.

⁹⁶ Bu yönde bkz. Yıldız (n82) 220.

olarak koruma eğilimi varken, Temyiz Mahkemesi parfüm yaratımının yalnızca bir *know-how* uygulaması olduğu görüşündedir. ABAD'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta ise, tat ile algılanabilen peynirin eser korumasından yararlanamayacağı, zira tadın keskin ve objektif şekilde belirlenemediği ifade edilmiştir.

Türk hukuku açısından, bir ürünün eser korumasından yararlanabilmesi için; onun fikri bir çabanın neticesi olması, bu fikri çabanın dış dünya tarafından algılanabilir olması, fikri çabanın hususiyet içermesi ve neticenin FSEK'te sayılan eser türlerinden birinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Parfümün veya bir yemeğin, bilgisayar veya mekanik vasıtalar kullanılsa da, insan zihninin bir ürünü olduğundan, fikri çaba teşkil ettiği söylenebilir. Parfümler; içlerinde yaratıcılarının imzasını taşıyan koku kombinasyonları barındırmakta olup, hususiyet şartını sağlamaları pekâlâ mümkündür. Aynı şekilde, bir şefin tabağında kullandığı malzemeler, o şefin imzası olabilir. Bu sebeple, tat veya koku yolu ile algılanabilen ürünlerin hususiyet taşıyabileceği *kanaatindeyiz*. Algılanabilirlik hususu biraz daha tartışmalıdır. Şayet, dış dünya tarafından algılanabilirlik, eser türlerine dahil olma şartı ile birlikte yorumlanırsa, bir parfümün veya eserin Türk hukukunda eser olarak korunamayacağı sonucuna varılacaktır. Ancak kalıcılık veya bir şekilde sabitlenme aranmaksızın, duyu organları ile üçüncü kişiler tarafından algılanabilir olmayı, fikri çabanın yalnızca bir fikir olmaktan çıkıp meydana geldiği şeklinde yorumladığımız takdirde, parfümlerin veya yemeklerin eser olarak korunması gündeme gelecektir. Ancak belirtmelidir ki, yukarıdaki tüm şartlar gerçekleşse dahi, Türk hukukunda eser türleri *numerus clausus* şekilde sayılmaktadır. Yemeğin kendisinin veya parfümün kokusunun hiçbir eser türünde karşılığı bulunmadığından, şu anki mevzuat uyarınca koku veya tat ile algılanabilen ürünlerin eser olarak korunması kanaatimizce mümkün değildir.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği	RG	: Resmi Gazete
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı	s.	: Sayfa
Art.	: article	S.	: Sayı
bkz.	: bakınız	ss.	: sayfa aralığı
CPI	: Code de la propriété intellectuelle (Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu)	SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
Ed.	: Editör	TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
HD.	: Hukuk Dairesi	UK	: United Kingdom
HGK	: Hukuk Genel Kurulu	UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
IP	: Intellectual Property	USTPO	: United States Patent and Trademark Office
krş.	: Karşılaştırmız	WIPO	: World Intellectual Property Office
m.	: Madde	v.	: versus
n	: Dipnot	vb.	: ve benzeri
N.	: Numara	vd.	: ve devamı
par.	: Paragraf		

KAYNAKÇA

- Aksu M, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması (Beta 2006).
- Arıkan M, Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması (2009) T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Tezi.
- Arslanlı H, Fikri Hukuk Dersleri, İkinci Kitap (Sulhi Garan Matbaası 1954).
- Ateş M, Fikri Hukukta Eser (Turhan Kitabevi 2007).
- Bonadio E, Lucchi N, "Introduction: setting the scene for non-conventional copyright", Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 1.
- Bozbel S, Fikri Mülkiyet Hukuku (On İki Levha 2015).
- Bozgeyik H, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet" (2009) 25(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 169.
- Cronin C, "Law and Odor: Elusive Copyright and Other IP Protection for Fragrances", Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 340.
- Çolak U, Türk Marka Hukuku (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası Vedat Kitapçılık 2012).
- Delannoy S, Stephanie Delannoy, "La Protection Juridique d'un Parfum" (Universite de Sciences Sociales Toulouse Memoire de Master 2006-2007).
- Erdil E, Fikir ve Sanat Eserlerin Kanunu Kısa Şerhi (On İki Levha 2021).
- Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, (Üçüncü Bası Yetkin Yayınları 2009).
- Fütman Ö, Ünsal ÖE, "Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme" (2020) 22(1) FMR 1.
- Güneş İ, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Güncellenmiş 3. Baskı Seçkin 2021).
- Karimov E, Elnur Karimov, "Fikri Hukukta Vücuda Getirilmemiş ve Tamamlanacak Eser Kavramları ve Tasarruf İşlemleri" Abuzer Kendigelen and Mustafa Halil Çonkar and İbrahim Çağrı Zengin and Arslan Kaya and Ahmet Özsoy (ed.) Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, (On İki Levha 2021) 299.
- Mazziotti G, "Music improvisation and copyright", Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 174.
- Sappa C, "Non- Conventional Copyright Subject Matter: Fragrances and Gastronomy". WIPO/SMES/ROM/09 numaralı toplantı. Aralık 11, 2009 (link aşağıda elektronik kaynaklarda listelenmiştir).
- Sganga C, "Say Nay to a Tastier Copyright: Why the CJEU Should Deny Copyright Protection to Tastes (and Smells)" (2018) (link aşağıda elektronik kaynaklarda listelenmiştir).
- Smith CYN, "Copyright in Culinary Presentations", Enrico Bonadio, Nicola Lucchi (ed.) Non-Conventional Copyright Do New and Atypical Works Deserve Protection, (Eward Elgar Publishing 2018) 128.
- Suluk C, Karasu R, Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı Seçkin 2023).
- Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası Vedat Kitapçılık 2012).
- Tosun Y, "Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları" (2008) T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Doktora Tezi.
- Yarsuvat İO, "Kokunun Hukuken Korunması" (2021) İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi.
- Yıldız OA, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Türleri Yönünden Benimsenen Sınırlı Sayı İlkesine Eleştirel Bir Yaklaşım" Fikri Haklar Komisyonu 2018-2020 Özel Yayını.

İnternet Kaynakları

- Légifrance, <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007056062>>.
- De Rechtspraak, <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2006:AU8940&showbutton=true&keyword=Kecofa&idx=1>>.
- Doctrine, <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2006/SK66246958A923C1BD9D7D>>.
- InfoCuria, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4989372>>.
- WIPO/SMES/ROM/09 numaralı toplantı, <https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130445>.
- <<https://www.britannica.com/science/senses>>.
- <<https://newsroom.hasbro.com/news-releases/news-release-details/hasbro-trademarks-favorite-smell-childhood-play-doh-scent>>.

<<https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasina-iliskin-bern-sozlesmesi.html#:~:text=Bern%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi'ne%20halihaz%C4%B1rda%20T%C3%BCrkiye%20d%C3%A2hil%20168%20%C3%BClke%20taraf%C4%B1r>>.

<https://www.researchgate.net/publication/328394049_Say_Nay_to_a_Tastier_Copyright_Why_the_CJEU_Should_Deny_Copyright_Protection_to_Tastes_and_Smells>.

<<https://www.uktech.news/vr/ow-smell-made-digital-funding-sleep-20240808>>.

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/Baro_fikri_sanayi_haklar_komisyonu2018-2020.pdf>.

<https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html>.

Ministère de la Culture, <<https://www.culture.gouv.fr/nous-connaître/Organisation-du-ministère/Le-secretariat-général/Service-des-Affaires-Juridiques-et-Internationales/Bureau-de-la-propiété-intellectuelle-BDPI/Fiches-techniques-sur-les-droits-d-auteur-et-les-droits-voisins2>>.

<<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283693>>.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

CYBERSYMBIOSIS OF HUMAN JUDGES AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: PROBLEMS AND POTENTIAL SOLUTIONS FOR INTEGRATION AND FOR THE SUCCESSFUL MODERNIZATION OF THE JUDICIAL SYSTEMS OF THE BRICS COUNTRIES^(*)

İNSAN HAKİMLERİN VE YAPAY ZEKÂNIN SİBER SİMBİYOZU: BRICS ÜLKELERİNİN YARGI SİSTEMLERİNİN ENTEGRASYONU VE BAŞARILI MODERNİZASYONU İÇİN SORUNLAR VE OLASI ÇÖZÜMLER

Prof. Dr. Said S. GULYAMOV^(**)

Abstract

Today, there are many economic and international unions and associations. One of the most interesting from the point of view of globalization, decentralization, and strategic partnership is the BRICS union. In parallel, the agenda includes the issue of the need for strategic reform of the legal sphere in the context of the development of advanced technologies such as artificial intelligence and much more. The above points are the reason for interest in conducting this research, in particular, this article examines the situation of cybersymbiosis between humans and artificial intelligence in order to consider how this phenomenon can be applied in the BRICS countries. The article proposes a structure that will allow the use of expert systems and the capabilities of people in order to improve justice with the integrated use of modern technologies. Using the research design discussed in the article, it can be noted that artificial intelligence is expected to help cope with tasks in the analysis and systematization of various phenomena, and intelligent models make it possible to

create a system of responsibilities and proposals that can take a personalized approach to the issue of rulemaking.

The main goal of this article is thoughtful cooperation within the framework of cybersymbiosis between humans and artificial intelligence, which will help the BRICS countries to target the vector of development of law-making activities, including such provisions of the vector of change as court cases, cases, writing regulations and much more. However, there remain a number of threats that need to be resolved in order to get rid of ethical and other misunderstandings on the part of artificial intelligence developers, the operation of various automated systems and other problems. In addition, the article offers a number of suggestions and solutions that will help potentially get rid of the above problems.

Keywords

Cybersymbiosis, Artificial Intelligence, Neural Networks, Court, BRICS Countries, Law Enforcement.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 19.06.2024 / Kabul Tarihi: 09.10.2024).

^(**) Tashkent State University of Law, Taşkent - Özbekistan
(E-posta: said.gulyamov1976@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2299-2122).

Atıf/Citation: Gulyamov, Said S. (2024), "Cybersymbiosis of Human Judges and Artificial Intelligence: Problems and Potential Solutions for Integration and for the Successful Modernization of the Judicial Systems of the BRICS Countries", TFM, C: 10, S: 2, s. 249-261.

Öz

Günümüzde birçok ekonomik ve uluslararası birlik ve dernek bulunmaktadır. Küreselleşme, ademi merkezileşme ve stratejik ortaklık açısından en ilginç olanlardan biri BRICS birliğidir. Bununla paralel olarak, gündem yapay zekâ ve daha pek çok gelişmiş teknolojinin gelişimi bağlamında hukuk alanında stratejik reform ihtiyacı konusunu içermektedir. Yukarıdaki noktalar, özellikle bu makalenin BRICS ülkelerinde uygulanabilecek insan ve yapay zekâ arasındaki sibersembiyoz durumunu incelemesi bakımından, bu araştırmanın yürütülmesine olan ilginin nedenidir. Makale, modern teknolojilerin entegre kullanımıyla adaleti iyileştirmek için uzman sistemlerin ve insan yeteneklerinin kullanılmasına olanak tanıyacak bir yapı önermektedir. Makalede tartışılan araştırma tasarımı kullanılarak, yapay zekanın çeşitli olguların analizi ve sistematikleştirilmesi görevleriyle başa çıkmada yardımcı olması beklendiği ve akıllı modellerin, kural koyma konusunda kişiselleştirilmiş bir yaklaşım

benimseyebilecek bir sorumluluklar ve öneriler sistemi oluşturulmasına olanak sağladığı not edilebilir.

Bu makalenin ana amacı, insan ve yapay zekâ arasındaki sibersembiyoz çerçevesinde düşünceli bir iş birliğidir. Bu iş birliği, BRICS ülkelerinin yasa yapma faaliyetlerinin gelişim vektörünü hedeflemesine yardımcı olacaktır. Bu değişim vektörü, mahkeme davaları, vakalar, yönetmelik yazımı ve daha pek çok konuyu içermektedir. Bununla birlikte, yapay zekâ geliştiricileri tarafından etik ve diğer yanlış anlamaları, çeşitli otomatik sistemlerin işleyişini ve diğer sorunları ortadan kaldırmak için çözülmesi gereken bir dizi tehdit hala mevcuttur. Ayrıca makale, yukarıda belirtilen sorunlardan potansiyel olarak kurtulmaya yardımcı olacak bir dizi öneri ve çözüm sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, Sibersembiyoz, Sınır ağları, Mahkeme, BRICS ülkeleri, Hukuk Uygulaması.

I. INTRODUCTION

A. REVIEW OF THE TOPIC OF CYBERSYMBIOSIS BETWEEN HUMANS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Speaking about cybersymbiosis, it is important to note that this concept is innovative and refers to the interaction between humans and computers as parties, each of which will have a number of powers, functions, needs, and parameters¹. With the emergence and development of artificial intelligence (AI) systems, especially with the advancement of Large Language Models technology (such as GPT, Transformers, etc.), BRICS countries have begun to show interest in this technology as it promises to solve various problems with particular effectiveness. Initially, the question of using analytical tools and expert systems to address pressing issues was raised. Indeed, speaking of specific examples, it is important to say that, for instance, in India there is a very large number of cases that the traditional justice system cannot handle; for example, more than twenty million cases are still pending and are not progressing through the stages of resolution. This suggests that not every per-

son has the opportunity to have their cases heard fairly². Additionally, it may be noted that other countries, such as some countries in South Africa, also require protection but do not pursue cases³. By introducing a judicial system where both humans and AI are present, such limitations would disappear, as many cases could be considered at the first stage using automated systems, as well as human participation, since summarizing and annotating cases would significantly solve the problem of case stagnation⁴.

The use of expert systems (AI) in the judicial system has actually become a major issue for the BRICS countries (Brazil, Russia, India, China, South Africa), which have strived and continue to strive to improve rule-making in this matter. However, there are a number of problems associated with the automated functions of the judicial system, which threaten the most important values in matters of justice and accountability. Therefore, it is very important to consider models that can combine all aspects to solve problems. Speaking about the context of the court, it is worth considering that a person has a certain abstract and contex-

² 'Access to Justice Survey' (Daksh India 2018).

³ McQuoid-Mason D, 'Access to Justice in South Africa: Are There Enough Lawyers?' (2013) 3(3) *Oñati Socio-Legal Series* 561, 579.

⁴ 'Supreme People's Court Work Report' (Supreme People's Court of China 2021).

¹ Parasuraman R, Sheridan TB, Wickens CD, 'A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation' (2000) 30(3) *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics-Part A: Systems and Humans* 286, 297.

tual thinking, as well as cultural awareness, and most importantly, a sense of justice, which AI is yet to acquire in the future. In parallel, AI can expand human limitations, for example, a person cannot work with such a huge amount of data as AI. At the same time, it is important to note that it is necessary to overcome those problems that are paramount, primarily related to discrimination, inaccurate, incorrect answers, false concepts, etc., especially in the context of the BRICS countries, since the article is dedicated to them. Ultimately, the approach of implementing modern technologies is expected to become an indispensable tool in the legal field of BRICS countries.

B. SIGNIFICANCE AND RELEVANCE OF THE STUDY FOR THE DEVELOPMENT OF RULEMAKING

This research is primarily aimed at developing certain frameworks and mechanisms that could be suitable for the symbiosis of judicial systems in which both humans and AI systems would appear, which could be suitable for countries belonging to the BRICS Union. This mechanism would allow working with huge amounts of data, as well as taking into account various subtleties in unstructured information, through which further technological and political developments would occur that could be successfully implemented together with AI systems in the courts of the BRICS countries.

The BRICS countries are making every possible attempt to speed up the development of AI systems, and a number of cooperation agreements have already been signed on reforms in the regulatory creation system⁵. However, there are a number of limitations, such as, for example, each country's personalized approach to justice issues, personalized data protection regime, mentality, cultural views and much more, which is imperative to take into account before certain documents are issued that will spell out human interaction and cars. It is important to approach with a humanistic focus, since the interests of this law should be primarily aimed at people.

The research conducted as part of this work is aimed primarily at the theoretical and practical justifi-

cation of the recommended regulatory and other frameworks and mechanisms so that judges can apply AI in the BRICS countries in order to improve the functioning of the justice system in the above-mentioned countries. The results of this work can be considered relevant, if only because they will be incredibly useful in the practical work of politicians, judges, technologists and other authoritative persons included in the leadership of the BRICS countries, who strive and, according to their functional responsibilities, want to improve the judicial systems, which will also help them practically implement the AI system in practice.

II. METHODOLOGY

A. LITERATURE REVIEW

As part of this study, a primary literature review was conducted. The academic database search produced a vast array of information in databases such as Scopus, Epub, SSRN, ResearchGate and many others. Innovative articles of recent years were analyzed on such topics and areas as cybersecurity, legal liability, AI in law, cyber law, combating cyber threats and much more. In addition, articles and legal documents of the BRICS countries, representatives of the academic communities of the countries of this union, and many other works were analyzed.

In addition, advanced models were reviewed, which included the interaction of humans and AI in developed countries, as well as successful cases of practical application of measures to bring technology and human capabilities closer together. Research data on ethical, moral, technological and other issues that had to be taken into account for further work with the article were collected and summarized. All this made it possible to deeply analyze the legal, technical and other components of the state of development of such issues as automation, AI and the ethical applicability of technologies in legal systems.

B. COMPARATIVE ANALYSIS OF APPROACHES TO DETERMINING THE ROLE OF AI AND HUMANS IN VARIOUS BRICS COUNTRIES

In addition to the conducted literature review, a comparative analysis of the approaches and positions of key participants (BRICS countries) was also carried out on how they define the role of AI

⁵ BRICS, 'Joint Statement of the BRICS Ministers of Foreign Affairs/ International Relations on Strengthening and Reforming the Multilateral System' (2020).

and humans in the judicial system, which would allow for further reforms and changes in this direction. Various government reports, roadmaps, plans, comments, media coverage and more were reviewed. It is worth saying that countries have quite different approaches to such concepts and areas. For example, if we talk about China, this country puts ethical issues at the forefront, which it asks to resolve before introducing any systems, but is not a supporter of banning these systems⁶. Speaking about India, there is more emphasis on the effectiveness of such systems so that they bring benefits and economic profit to humanity⁷. In South Africa, they first of all propose to consider the implementation of AI systems in order to resolve administrative and legal matters⁸. Therefore, before arriving at the results of our study, we analyzed all the information described above.

C. ASSESSING THE ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF DIFFERENT COMPETENCIES AND POWERS BETWEEN HUMAN JUDGES AND AI SYSTEMS IN THE CONTEXT OF THE BRICS COUNTRIES

In addition to literary and comparative analysis, we carried out methods of multi-criteria analysis of the model, which made it possible to understand how different assessments of the trade-offs between the assignment of various tasks of the judicial body for the essence of people can be found, and which tasks can be solved by AI systems within the framework of a personalized approach in order for them to be suitable for all BRICS countries. First of all, in addition to the ethical and purposeful aspects, other secondary factors were taken into account, such as efficiency, speed, credibility, accuracy and others that could be suitable for the above countries. First, it is important to note that this methodology made it possible to understand that most problems can be solved using a mixed model, since the initial proces-

ing of creating structured components falls on the shoulders of AI systems, and a more human-centered system can be solved by people. The final decision on what tasks will fall within the competencies and powers of AI and human judges should be made at a later stage, and include: subject matter experts, technology specialists, lawyers and representatives of BRICS governments.

III. RESULTS OBTAINED

A. THE NEED TO IMPLEMENT AI SYSTEMS IN THE JUDICIAL SYSTEMS OF THE BRICS COUNTRIES

1. Current Limitations of Court Systems

Countries belonging to the BRICS union have many problems that prevent legal and judicial cases from being resolved in a fair manner, in accordance with the demands and problems of the current time. Such limitations, as mentioned earlier, include the accumulation of cases not reviewed in time, the lack of timely access to cases for a socially vulnerable segment of the population, a large number of controversial decisions in similar cases, difficulties in processing a large amount of data, as well as a considerable likelihood of making mistakes at various stages of consideration of cases.

In addition, as mentioned earlier, in the BRICS countries, cases are not processed on time in every country. Thus, in India, the previously mentioned cases (in the number of more than 20 million cases) have been waiting for consideration for decades, and those cases that do get their turn are not always considered transparently and fairly. In addition, vulnerable populations often have problems traveling long distances to get to court. Moreover, there may be cases when a case began to be considered in one court, but was then transferred to other courts, where the consideration process could also be delayed.

Furthermore, a number of problems are observed in other countries. For example, in Brazil, it takes a long time to process a case⁹. Some reports indicate that there are partial violations of an important nature, such as corruption schemes, transparency in making decisions, and much more. In addition, the

⁶ Feng E, 'How China is Using AI in Its Courtroom - The First AI Judge in the World is in China' (TechNode 2021).

⁷ Choudhary A, 'Role of Artificial Intelligence in Judiciary' (2018) 6(1) International Journal of Advances in Science Engineering and Technology 17, 19.

⁸ Odendaal N, 'Case Study on the Use of Artificial Intelligence in the Public Sector - South Africa' (UNDP Global Centre for Public Service Excellence 2020).

⁹ 'Brazil's Justice is Very Slow' (The Brazil Business 2019).

courts are accumulating a large number of cases that are being considered slowly¹⁰.

In addition to the above examples, there are other examples of how different problems manifest themselves in litigation at different stages of the case¹¹. Experts and judges do not always cope with a large accumulation of cases, because a huge amount of data, often presented in digital form, often exceeds human capabilities for processing data. Therefore, we believe that the judicial systems of the BRICS countries need to be reformed and improved.

2. Eliminating Constraints with AI

AI has a number of positive opportunities to combat the limitations that exist in the various judicial systems of the BRICS countries. For example, through automated analysis of documents and cases, AI algorithms (using machine learning, neural networks, and other mechanisms) can also provide recommendation systems for various sanctions, decisions, and evidence.

Moreover, AI can be used in preparing preliminary assessments and assisting in the preparation of template documents at centers in urban and rural areas. In addition, translation using AI helps to work with a large number of different linguistic groups. There are also cloud systems that can work and analyze a large amount of information. It is important to note that the targeted use of neural networks and other types of AI can make justice systems more accessible, adapted to the modern day, as well as systematized and simplified.

3. Examples of Successful Application of AI in Various Public Sector Contexts in the BRICS Countries

Countries that have applied an AI system in the public sector have implemented these technologies in areas such as the tax industry, police activities, verification of various documents for obtaining any contracts, including industrial and defense systems, which also

include the creation of models and the dissemination of these implementations into the judicial industry.

Speaking about specific examples, it is important to note that, for example, India has included machine learning technologies in the tax system, where there is already high efficiency and transparency of this system in those regions where this technology has been introduced and tested¹². In addition, we can cite the example of China, which implemented an AI system in order to conduct preliminary testing and forecasting in various cases related to the possible commission of a crime, and also helped law enforcement officers distribute forces and resources in the most optimal way.

South Africa has taken the path of social implementation of AI technologies into the public administration system and introduced these technologies in order to provide a fair and efficient system for the payment of social benefits for disability and alimony, thereby improving existing systems, making them more accurate and adaptive.

The Russian Federation did not pass by either, which created a direct division of neural network technologies in order to introduce them into the military, for example, for intelligence technologies and control. Decisions like these to implement AI systems indicate increased demand, and can also bring both benefits and improvements, allowing for cost savings, increased transparency, improved user experience, as well as consideration of the data that is collected, taking into account context and ethics when collecting and analyzing data, as well as carry out other procedures. Similar examples of the successful application of AI technologies, as well as other existing examples in various unions and countries, can serve as an impressive vector for all BRICS countries to modernize their judicial systems.

4. Potential Opportunities of AI for Modernizing the Judicial Industry in the BRICS Countries

Speaking about specific applications of machine learning and other AI technologies, it is worth noting the most basic areas. The first is a review of legal documents. For legal documents, it can be said that the

¹⁰ Gomes AO, Guimaraes TA, Akutsu L, 'The Relationship between Judicial Staff and Court Performance: Evidence from Brazilian State Courts' (2016) 32(4) International Journal for Court Administration 81, 89.

¹¹ Wang Y, 'Judicial Reform of Chinese Characteristics: A Mixture of Progress and Inertia' (2021) 2021 United States Association of Comparative Law.

¹² Sikdar S, 'How India is Using AI to Enhance Tax Collection and Prevent Fraud and Corruption' (Analytics Insight 2021).

above technologies can quickly analyze and identify a number of evidence and other points that can be reflected for further analysis. The second is predictive systems. For example, predictive algorithm systems can take into account past actions and decisions in order to develop probabilistic models that will be used in practice, directly subject to the necessary tests and tests. The next point is an evidentiary check. Using AI, you can check the accuracy of any documents and other resources. The following is judicial documentation, which helps, with the help of AI, to recognize certain signs and characteristics that can be presented during a court hearing. Additional opportunities include the implementation of AI in areas such as sentencing databases, case management, translation services and, finally, the ability to conduct virtual court hearings.

The above technologies primarily suggest that the symbiosis of human and AI in court proceedings, especially in the context of the BRICS countries, can increase transparency and efficiency in a number of cases that were described above.

5. Hypothesis About Human-AI Interaction to Improve the Justice Functioning Model

Having analyzed all the above areas and existing limitations, we can form a hypothesis that the symbiosis of human and AI within the judicial systems of the BRICS countries will significantly improve the efficiency, accessibility and quality of justice. The unique capabilities of AI, such as high-speed processing of huge volumes of data, extracting valuable insights from unstructured information on cases, combined with human competencies, such as contextual thinking and objectivity, with proper interaction, can overcome many of the systemic problems that are hindering the development of BRICS judicial institutions today.

However, to realize this potential, it is extremely important to clearly define the areas of responsibility and limits of authority of both human judges and AI systems, ensure high-quality training of personnel, and introduce mechanisms to ensure transparency and accountability. In the following sections, we will examine in detail the proposed approach to creating such responsible and productive cyber-symbiotic judicial systems based on human-AI cooperation, adapted to the specifics and needs of the BRICS countries.

B. MODEL OF SYMBIOSIS BETWEEN JUDGES, PEOPLE AND AI SYSTEMS

1. Uniquely Human Properties

Speaking about the unique human properties and competencies that only people can possess, it is important to note that first of all we are talking about justice, that is, a person's ability to take into account the context and weigh various circumstances in order to make decisions that are devoid, on the one hand, of emotional background, but on the other hand, taking into account the context and avoiding various prejudices. The machine is not yet capable of critical thinking. The second quality I would like to talk about is wisdom. First of all, we are talking about the fact that the human brain is able to correctly build various connections and understand when it makes mistakes, from which it learns. The third thing I would like to talk about is thinking in context, which allows a person to avoid various statistical situations and act dynamically in a context-oriented manner. The next point is the supervisory component, which helps a person control and analyze various circumstances that may be incorrect in a given situation, including self-control. And the last most significant point and criterion is communication, which allows a person to explain the decisions that he makes, as well as take into account various restrictions that a person also tries to avoid.

As a result, it is important to emphasize that the AI system, although it is at a high stage of development and improvement system, still has those characteristics that are unique to humans.

2. Unique Competencies of AI

In turn, AI also has a number of advantages and unique features. First of all, we are talking about speed. AI systems can very quickly analyze large amounts of information and build a number of characteristics and contextual relationships, which is still beyond the control of humans. It is also about recognizing patterns that AI algorithms can detect in unstructured volumes of information, including both numerical and textual information, which is very suitable for the legal field. The third issue to mention when talking about the unique characteristics of AI is consistency. When legal logic is codified

using AI, it is possible to build different sequences of interactions that were inherent in previous cases. The unique memory of AI can store details of information about incidents that occurred previously. It can be noted that AI, although deprived of some human competencies, is capable of solving a number of legal judicial circumstances in many characteristics that require some logical improvements and influencing the judicial system as a whole.

3. Task Distribution

The above criteria, which are unique to humans, and the criteria that are unique to AI, must be distinguished by the distribution of tasks. For example, the final judgement, the assessment of the credibility of witness testimony, and other systems associated with sentencing and the emergence of new cases should be decided only by a person. At the same time, viewing and analysis of various large volumes of data, a recommendation system, forecasting, aggregation, and systematization can be inherent in both AI and humans. Tasks that should only be attributed to AI may include, for example, translating various judicial information at a meeting in real time, introducing various schedules and compiling prognostic lists, servicing various chatbots in real time, compiling a database using textual information and big text data. Thanks to this structure, which is described in this section, it will be possible to build the correct various systems of task distribution, which will be quite uniquely suited to most judicial precedents.

4. Models of Symbiosis between Humans and Machines, Adapted for the BRICS Countries System

BRICS judicial systems can also rely on such points and contextual meanings that human judges will be better oriented to cultural, social wisdom to engage in fair, transparent adjudication. In turn, assistants will analyze cases using AI. Also, speaking about AI tools, it can be noted that they will document other details and generate various reports. Through constant interaction between humans and AI, joint activities will take place in which various update systems, analyzes and other models will be compiled that will help improve the entire court system as a whole. With such a distribution of labor, where the distribution of

competencies will be clearly defined, the conditions and criteria will be theoretically taken into account, under which both fair decisions and other points that must be directly taken into account will be taken into account. All this can be further implemented into the system of judicial components.

5. The Importance of Symbiosis and Possible Improvements

At the same time, the above-mentioned consideration of criteria and parameters, taking into account the competencies of humans and AI, as well as the joint interaction of humans and AI within the framework of a court hearing and other systems of the judicial industry, can bring a number of positive features, including the fact that the possibility of efficiency of the judicial system as a whole will expand. The time for analysis and forecasting based on available information will be reduced, and valuable information will be provided to judges in brief summaries, which will help them see the case in a more integral and general position. Human prejudices will also be reduced due to the fact that a person will be provided with analytical data devoid of emotional overtones. In addition, transparency will increase, since systems generated by AI and output data will be verified and taken into account from the point of view of objectivity. All this will allow the countries belonging to the BRICS Union to better carry out very important and responsible tasks and tasks that will allow them to achieve the principle of the rule of law and law. The symbiosis of man and AI, taking into account and having the delimitation of competencies of both the first and second parties, can allow for the responsible integration of AI into the judicial systems of countries.

C. TECHNOLOGICAL SOLUTIONS FOR THE INTRODUCTION OF AI INTO THE COURT SYSTEM

1. AI Architecture

Speaking about the proposed assistant based on AI in order to expand the capabilities of representatives of the judicial system, it is important to mention first of all the architecture that will be presented in this assistant based on AI. The first is an interface that will be based on a web design interface that will help peop-

le access the neural network assistant seamlessly using gadgets. The second is the level of integrative connection of the neural network system with databases, for example, where documents and various data will be stored. The third is the extraction of information using special modules and plugins that will work with structured and unstructured information based on human rights, court decisions using neuro-symbolic programming. The next item is an information extraction module that will help predict and apply various methods of already statistical information and work methods, such as regression analysis, clustering analysis, based on what data will be extracted and what data will be obtained from it.

The next point is Natural Language Generation (NLG), which helps to formulate various projects for restoring documents in a form that will be convenient for a person. With all this, automation of the work process should be associated with the fact that a person should have an idea of how things are progressing and what needs to be done. The next issue to mention is, of course, the explainability module, which will represent various situations, factors that will influence the forecast and recommendations of AI on queries about how it works. The final issue to scrutinize is the means of ensuring the confidentiality of the system, such as, for example, encryption systems, which will ensure the confidentiality of data in various cases.

The design and implementation principles suggest that data integration, which will be associated with a system of political, progressive analyzes of work processes and opportunities, should be exactly such an architecture of the judicial systems of the BRICS countries.

2. Features of the Assistant Program Based on AI

In order for AI systems to work in tandem with a person, he/she, of course, must first of all talk about expanding capabilities. First of all, it should be multilingual neuro-linguistic programming in order for him to understand the context, various metaphors and comparative characteristics that differ in different languages. To do this, he/she needs a large database. The next thing that AI needs in order to carry out its tasks is a legal and theoretical understanding of the

context of those documents, biological justifications that will be used in algorithms when building AI. The next thing to mention is advisory forecasts that would allow the AI system to take into account various factors of the situation. Next is workflow optimization. The AI system constantly needs to improve and find more convenient solutions in order to create recommendation systems that will be accepted in the systems of judicial panels. Speaking of this, one cannot fail to mention reliable security systems, which must take into account cybersecurity systems and functions, where audit mechanisms must be applied.

Systems introduced into the modern structure of the judicial system must first of all have a systematic approach to precisely those characteristics that are paramount today and represent relevant structures.

The next issue to scrutinize is exactly how the proposed assistant will be implemented using the leading capabilities of AI. First of all, this is, of course, predictive analytics, which refers to machine learning methods and, at the same time, will provide highly accurate forecasts. The second issue to mention is tools that relate to workflow and will optimize and automate proper workflows in court. These include Airflow, XGBoost systems and much more. However, there are a number of problems that need to be addressed today. It is necessary to apply developments of an adapted nature that will be guided by ethical principles and protect human rights.

3. The Interface that is Proposed and Implementation in Work Processes so that a Person Can Interact with AI

Having mentioned what AI needs in order to successfully work with a person, it is important to note that a person should also be comfortable. First of all, we are talking about the optimal interface and design so that a human judge can talk to AI or communicate via text. In addition, the dashboard and board, which will show exactly the results that a person can view based on the recommendation system, setting parameters, must be implemented in such operating systems that work for a person. In addition, there should be application-based AI systems that will allow a person to access the Internet and simultaneously use AI systems.

In addition, it is important that a person rely on the AI assistant and not worry about the final decision being made by a human, and they must also understand that the AI was developed with ethical and legal contexts in mind.

4. Implementation Challenges Specific to BRICS Countries

Speaking about the problems that human judges may face when implementing AI systems to work in tandem, it may be that the digitalization of courts cannot be complete, since there are different standards that protect different types of data and they cannot be used in a complete way for training AI. In addition, there are various guidelines that protect the rights of citizens and their data, which also prevents this information from being trained and fed into AI systems. In addition, there are certain barriers between humans and AI, which do not allow these two parties to directly communicate on equal terms, because AI today is not perfect and makes a number of mistakes. The next matter worth mentioning is the different legal systems, since the BRICS countries have their own characteristics, and it is very difficult to build a universal system that suits everyone. The next point is the budget, since the BRICS countries have different budgets, and it is very difficult to adapt and create some kind of unified unique assistant systems, since each has its own budget.

All of the above suggests that although there are a number of problems, it will be possible to overcome them by finding the potential for implementation in order to jointly participate in the judicial system through the symbiotic participation of humans and AI systems.

D. DEVELOPMENT OF GENERAL PRINCIPLES

1. Call for an Update of the Legal Framework

In order to successfully implement responsible partnerships in tandem with the work of AI and humans, it is necessary to update the various legal standards that exist today. Speaking about the context of the BRICS countries, first of all, it is important to determine that it directly requires determining the capabilities of AI that will be given to it and what will be allowed. That is, for example, in court proceedin-

gs - what will happen when consulting the essence and what autonomous decisions will be applied. The general legislative framework of both the European Union and other countries that are members of this union must also be observed¹³.

The next thing is, of course, the requirement for transparency in the development of AI, namely in the technological models that will be used in this system. For example, the legislation of the People's Republic of China requires that when implementing a court decision using AI, people must be informed about exactly what role AI played in a particular part of the judicial process¹⁴.

If we talk about accountability and certification, the main point here is that many countries, such as Brazil, have a Data Protection Law that sets boundaries to protect the rights of users to ensure that AI systems are not used inappropriately¹⁵.

In addition, it must be strictly ensured that when a person refers the problem to a court, he understands that he is addressing a fair system that will consider his case from the most objective side and make a fair decision¹⁶. The next issue to dwell about is that by harmonizing the above laws and standards, the BRICS countries can responsibly promote neural networks, machine learning, and other AI technologies, while respecting and not violating the rights of other participants in the court.

2. Policies Regarding the Regulation of Types of Cooperation between Human and AI in the Context of BRICS Countries

We believe that it is necessary to develop a general policy that will address the main points and cri-

¹³ CEPEJ, 'European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems' (2018).

¹⁴ Gulyamov S, Rustambekov I, Narziev O, Xudayberganov A, 'Draft Concept of the Republic of Uzbekistan in the Field of Development Artificial Intelligence for 2021-2030' (2021) 1 *Yurisprudensiya* 107, 121.

¹⁵ Monteleone S, Puccetti R, 'A Global Look at Data Protection & AI: Legislating Responsible AI Development & Deployment. Recognizing the Promise & Managing the Peril' (Global Partners Digital 2021).

¹⁶ Mehta PB, 'Emerging Role of Artificial Intelligence in the Legal Field and Justice System: Note from India' (2017) 12 *Journal of Legal Technology Risk Management* 124.

teria in this matter. Firstly, it says that it is necessary to create models that can be analyzed for the accuracy of data in various cases, in order to essentially consider them in the future, first of all, to increase administrative efficiency, while, of course, there will be widespread review by the judge. It is also important to define those models that will be prohibited so that developers understand which models can be used. The next point is those models that are limited, that are not allowed in practice, but that can be improved. They, of course, must be finalized taking into account the ethical and legal needs and points that are inherent in certain judicial systems of countries. In addition, policy must first of all emphasize the analytical component, and AI systems must take into account that risk systems can be different, and high-risk systems, even a system that shows results in real time, should influence only those moments which are within their competence.

Thus, we can say that it is important to approach this issue with a degree of responsibility in order to unleash the full potential in the tandem of the symbiosis of man and AI.

3. AI System Transparency

Here we are talking primarily about the need to conduct audits using proven methods of error analysis and provide explanations to all parties in simple language. It is also important to involve external expert groups, maintain detailed documentation, support citizens through consultations. People should know how AI model algorithms were built, on what principles the general AI system is based, as well as what data is used as input and output. All this will ensure transparency, explainability and openness of the AI system to protect people's rights.

4. Monitoring and Audit Mechanisms

Speaking about the not so standard and innovative industry discussed in this article, first of all it is worth saying that the audit should be separate. First of all, it is worth saying that here auditors must be not just lawyers, but also programmers, sociologists and other specialists who can qualitatively and objectively evaluate the work of an AI system, as well as all other components in which this system was created. In addition, it is imperative to keep track

of various versions, updates, metrics, statistical reports, complaint books, feedback and various other references that will combat people's biases and help create an objective, secure and quality audit that will be carried out by ethical hackers in order to identify vulnerabilities and combat them. In addition, of course, it is necessary to attract specialists from different countries in order to share experience and monitor each other's developments in various issues. All this will help build the specifics of the issues and needs of each party.

5. Redress Mechanisms

It is also important to talk about mechanisms for compensation for damage and errors that can be caused to a person in the context of the fact that he may encounter AI systems during the trial. First of all, it is worth saying that it is worth relying on the law regarding AI. It is also important to consider the significant harm that can be caused by interacting with AI systems. There should be some kind of error management processes in place, and any errors should be disconnected from the AI system, and if such an error is found, then the entire AI system should be suspended until it is resolved. In addition, crime victims should, of course, receive adequate compensation if AI errors lead to them being treated unfairly. There should also be recovery funds that will help a person restore his situation.

If a person has suffered serious harm with the participation of an AI system, then a solution is possible, including re-sentencing or deleting the record.

IV. CONCLUSION

In conclusion, I would like to say that the model of symbiosis of man and AI, which is intended to strengthen the judicial systems in the BRICS countries, is aimed primarily at increasing the efficiency of both administrative and other issues in all judicial systems and solving problems with bias, accountability, and other aspects of task distribution that can be encountered in human-machine interactions.

The main conclusion is that it is crucial to expand access to high-quality justice in BRICS countries today while mitigating risks that could compromise fair sentencing. By collaboratively addressing

challenges, it is possible to make better use of the benefits of digitalization. The future direction primarily aims to synchronize work processes for humans and AI, increasing efficiency at all stages and potentially elevating these countries to a new level of judicial effectiveness.

It is important to conduct testing, various sandboxes and international cooperation, to attract a wide range of specialists, including lawyers, sociologists, technologists, programmers, in order to ensure security and accountability at all levels. All this will help build modern and fair justice throughout the world.

REFERENCES

- BRICS, Joint statement of the BRICS ministers of foreign affairs/international relations on strengthening and reforming the multilateral system, 2020, <<http://infobrics.org/>> I.a.d. 15 May 2024.
- CEPEJ, European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment 2018, <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>> I.a.d. 3 April 2024.
- Choudhary A, Role of artificial intelligence in judiciary. *International Journal of Advances in Science Engineering and Technology*, 6(1), 2018, 17-19.
- Daksh, Access to justice survey, 2018, <<http://dakshindia.org/wp-content/uploads/2016/05/Daksh-access-to-justice-survey.pdf>> I.a.d. 7 June 2024.
- EU, Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence, 2022, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>> I.a.d. 22 March 2024.
- Feng E, How China is using AI in its courtroom - the first AI judge in the world is in China. *TechNode*, 2021, <<https://www.dw.com/en/how-chinas-ai-is-automating-the-legal-system/a-64465988>> I.a.d. 29 May 2024.
- Gulyamov SS, AI authorship and ownership of intellectual property in industrial power and control systems. In *Proceedings of the 2023 5th International Conference on Control Systems, Mathematical Modeling, Automation and Energy Efficiency, SUMMA 2023* (pp. 217-221).
- Gulyamov, SS, Legal frameworks for the integration of artificial intelligence. In *IFMBE Proceedings* (Vol. 92, 2024, pp. 144-149).
- Gulyamov S, Rustambekov I, Narziev O, Xudayberganov A, Draft Concept of the Republic of Uzbekistan in the Field of Development Artificial Intelligence for 2021-2030. *Yurisprudensiya*, 1, 2021, 107-21, <https://www.researchgate.net/publication/351658151_DRAFT_CONCEPT_OF_THE_REPUBLIC_OF_UZBEKISTAN_IN_THE_FIELD_OF_DEVELOPMENT_ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_FOR_2021-2030> I.a.d. 18 April 2024). <doi: <http://dx.doi.org/10.51788/tsul.jurisprudence.1.1./QUGT2226>>.
- Konaev M, Bendett S, Russian AI Strategy: Ambitions and Implications. *Georgetown Journal of International Affairs*, 22(3), 2021, 125-134.
- McQuoid-Mason D, Access to justice in South Africa: Are there enough lawyers?. *Oñati Socio-Legal Series*, 3(3), 2013, 561-579. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2272640> I.a.d. 12 June 2024.
- Mehta PB, Emerging role of artificial intelligence in the legal field and justice system: Note from India. *Journal of Legal Technology Risk Management*, 12, 2017, 124.
- Monteleone S, Puccetti R, A Global Look at Data Protection & AI: Legislating Responsible AI Development & Deployment. Recognizing the promise & managing the peril. *Global Partners Digital*, 2021, <<https://www.gp-digital.org/>> I.a.d. 8 March 2024.
- NPC, <http://bg.china-embassy.gov.cn/eng/zgzt/lh/200502/t20050215_2368881.htm> I.a.d. 2 May 2024.
- Odendaal N, Case study on the use of artificial intelligence in the public sector - South Africa. *UNDP Global Centre for Public Service Excellence*, 2020.
- Parasuraman R, Sheridan TB, Wickens CD, A model for types and levels of human interaction with automation. *IEEE Transactions on systems, man, and cybernetics-Part A: Systems and Humans*, 30(3), 2000, 286-297. <doi: <https://doi.org/10.1109/3468.844354>> I.a.d. 8 March 2024.
- Sikdar S, How India is using AI to enhance tax collection and prevent fraud and corruption. *Analytics Insight*, 2021, <<https://www.analyticsvidhya.com/blog/2023/04/how-india-uses-data-analytics-ai-ml-to-improve-tax-process/>> I.a.d. 30 April 2024.
- South African Government. (2016). *National Integrated ICT Policy Green Paper*.
- Supreme People's Court of China, Supreme People's Court work report, 2021, <https://english.court.gov.cn/> (Accessed: June 5, 2024).
- The Brazil Business, Brazil's justice is very slow. *The Brazil Business*, 2019.
- Wang Y, Judicial reform of Chinese characteristics: A mixture of progress and inertia. Vol. 2021, *United States Association of Comparative Law*.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANTIYA ÇAĞRILMASI^(*)

INVITATION TO THE MEETING OF THE SPECIAL BOARD OF PREFERENTIAL SHAREHOLDERS IN JOINT-STOCK COMPANY

Arş. Gör. Dr. Osman KARAKÖSE^(**)

Öz

Anonim ortaklıklarda imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini korumak üzere, bu pay sahiplerinden oluşan kurula, genel kurul kararını onaylamama yetkisi verilmiştir. Bu onay olmadan genel kurul kararının uygulanmayacağı kanunda öngörülmüştür. Onaya sunulacak kararlar kanunda sınırlı olarak sayılmış olup, sadece genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesi ve kayıtlı sermaye sistemine geçilmesine ilişkin kararları ile yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılmasına ilişkin kararları özel kurulun onayına tabi kılınmıştır. Yönetim kurulu, onaya tabi kararın alındığı tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırır, aksi halde her bir imtiyazlı pay sahibi bu bir aylık sürenin sona ermesinden itibaren onbeş gün içerisinde çağrı yapılması için mahkemeye müracaat edebilir. Kanun, ilgili kararların imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olmasını, onaya sunulma şartı olarak düzenlemiş ancak ihlalin varlığına kimin karar vereceğine değinmemiştir. Kanunda ayrıca çağrı yapmaya yetkili kişiler belirtilmişse de çağrı usulü düzenlenmemiştir. Kanundaki bu düzenleme eksikliği, toplantıya çağrının yapılma usulü konusunda uyuşmazlıkların çıkmasına sebep olabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Ortaklık, İmtiyazlı Pay Sahipleri, Yönetim Kurulu, Toplantı Çağrısı, Genel Kurul.

Abstract

In order to protect the interests of the preference shareholders in joint-stock company, the board consisting of these shareholders is authorized not to approve the general assembly decision. It is stipulated in the law that without this approval, the general assembly decision will not be implemented. Decisions that subject to approve is counted limited in law, only the decisions of the general assembly regarding the amendment of the articles of association and the transition to the system of registered capital and the decisions of the board of directors regarding the increase of capital in the registered capital system are subject to the approval of the special board. The board of directors shall call the special committee to the meeting within one month from the date of receipt of the decision subject to approval, otherwise, each preference shareholder may apply to the court for a call within fifteen days from the expiration of this one-month period. The law stipulates that the violation of the rights of the preference shareholders is as a condition of submission to approval, but does not refer to who decides on the existence of the violation. In the legal regulations, although persons authorized to make calls are specified, the call procedure is not regulated. This lack of regulation in the law, may lead to disputes regarding the way the call is made to the meeting.

Keywords

Joint Stock Company, Preference Shareholders, Board of Directors, Meeting Call, General Assembly.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 15.04.2024 / Kabul Tarihi: 11.09.2024).

^(**) Dicle Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Diyarbakır - Türkiye, (E-posta: zaoskargm@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6391-2638).

Atıf/Citation: Karaköse, Osman (2024), "Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Toplantıya Çağrılması", TFM, C: 10, S: 2, s. 263-277.

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda imtiyazlı payların öngörülmesi halinde imtiyazların korunmasını sağlayan mekanizmalar da oluşturulmuştur. İmtiyazların korunması, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu aracılığıyla sağlanmaktadır. İmtiyazları ihlal edecek nitelikte bulunan esas sözleşme değişikliği kararları ile kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka kapalı şirketlerde yönetim kurulunun sermaye artırım kararlarının uygulanabilmesi için imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayı şart koşulmuştur. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun anılan kararları onaylaması için toplantıya çağırılması gerekir. Bu çağrı yönetim kurulu tarafından yapılır. Yönetim kurulunun çağrıyı yapmaması üzerine her bir imtiyazlı pay sahibinin çağrı yapılması için mahkemeye başvurma hakkı doğar.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun nasıl toplanacağı konusunda diğer ülke hukuklarına nazaran Türk hukukunda daha detaylı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir¹. Örneğin İsviçre hukukunda imtiyazlı pay sahipleri kuruluna ilişkin düzenlemeler² bulunmakla birlikte bu kurulun toplanma prosedürüne ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda bu kurulun toplanmasında, genel kurulun toplanmasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Alman hukukunda ise toplantının yapılmasına ilişkin bir düzenleme³ olmakla birlikte bu kurulun toplanma esasları genel kurulun toplanma esaslarına paraleldir. İngiliz hukukunda ise imtiyazlı pay sahipleri kurulunun karar alma usulüne ilişkin kurallar⁴ varsa da toplantıya çağrıya ilişkin özel kuralların mevcut olmadığı görülmektedir.

Fransız hukukunda imtiyazlı paylara ilişkin oldukça detaylı düzenlemeler mevcuttur. İmtiyazları değiştiren genel kurul kararları, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayı olmadan geçerli olmaz⁵.

Esas sermayenin değiştirilmesinde veya azaltılmasında (buradaki anlamıyla uyarlanmasında) genel kurul, bu değişikliklerin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarına olan etkisini de belirler⁶. Sermaye değişiminin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarına olan etkisine ilişkin düzenlemelere esas sözleşmede de yer verilebilir. İmtiyazlı pay sahipleri, bir özel kurul oluşturur. Bu kurul, şirketin imtiyazlı paylardan doğan özel haklarla ilgisi hakkında bir rapor düzenlemek üzere şirketin denetçilerinden birini görevlendirebilir. Hazırlanan rapor, bu pay sahiplerinin oluşturduğu özel kurula sunulur⁷.

Pay sahipleri özel kurulu, genel kurul toplantısı için öngörülen şekilde toplantıya çağrılır ve genel kurulla aynı gün toplanır⁸. Toplantıda ancak ilgili pay sahiplerinin üçte biri bulunursa müzakere yapılabilir. İkinci toplantı için müzakere yetersayısı ise beşte birdir⁹. Yönetim kurulu veya genel müdür (*directoire*), bu özel kurula genel kurula sunulan taslak hakkında bir rapor sunar¹⁰. Pay sahipleri özel kurullarında pay sahiplerinin temsili, genel kurulda temsile ilişkin esaslara bağlanmıştır. Ancak özel kurullarda hazır olmak için verilen temsil yetkisi, toplanmasının sebebi olan genel kurulla ilgili olan tüm özel kurullar için verilebilir¹¹.

Görüldüğü üzere imtiyazlı pay sahiplerinin toplantıya çağırılması konusunda Türk hukuku, diğer ülke hukuklarına nazaran daha detaylı ve kendine özgü hükümler ihtiva etmektedir. Fransız hukukunda imtiyazlı pay sahiplerinin toplantısına ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte bu düzenlemeler, kanunda dağınık bir şekilde bulunduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) düzenleme kadar kapsamlı da değildir. Yabancı hukuklarda imtiyazlı pay sahipleri kurulunun toplantıya çağırılması ve işleyişi, çoğunlukla genel kurula ilişkin düzenlemelere tabi tutulmuştur. TTK'nın getirdiği düzenleme ise bu özel kurulun çağrı ve işleyişine özgü bir düzenlemedir. TTK'nın bu derli toplu ve öngün düzen-

¹ İsviçre, Alman, İngiliz, Amerikan ve Avrupa Birliği hukuklarında imtiyazlı paylara ilişkin genel bilgiler için bkz. Betül Aktaş, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Kurulu* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 79-91.

² Bkz. İsviçre Borçlar Kanunu (Code des Obligations Suisse) m.654-656.

³ Bkz. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz) m.138.

⁴ Bkz. İngiliz Ortaklıklar Kanunu 2006 (Companies Act 2006) m.630; m.334.

⁵ Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce) L225-99.

⁶ Code de Commerce L228-16.

⁷ Code de Commerce L228-19.

⁸ Code de Commerce R228-16.

⁹ Code de Commerce L225-99.

¹⁰ Code de Commerce R228-41.

¹¹ Code de Commerce R228-46.

lemesi, memnuniyet verici olsa da düzenlemenin bünyesinde bazı eksiklikler, hatalar ve çelişkiler göze çarpmaktadır. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantıya çağırılması konusunda da sorunlar mevcuttur. Bu çalışmada imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantıya çağırılması konusundaki sorunlar incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANMA NEDENİ VE ÇAĞRIYA YETKİLİ OLANLAR

Anonim ortaklıklarda bir pay sahibinin genel kurul kararı aleyhine yargı yoluna başvurma imkânı vardır (TTK m.445, 446, 447). Genel kurul kararları için butlan sebepleri, TTK m.447'de sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayıldığı gibi, iptal sebepleri de TTK m.445 ve m.446'da sayılmıştır. İmtiyazlı pay sahipleri de zaten pay sahibi sıfatıyla genel kurul kararı aleyhine iptal veya tespit davası açabileceği gibi imtiyazlı pay sahibi sıfatıyla da genel kurul kararlarına karşı koyabilmektedir. Ancak iptal ve butlan sebeplerinden farklı olarak imtiyazlı pay sahibinin imtiyazlı pay sahibi sıfatıyla genel kurul kararına karşı koyması, kararın hukuka aykırı olmasına bağlı değildir. Butlan veya iptal edilebilirlik sebepleri bulunmayan bir genel kurul kararı yine de imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ediyorsa bu kararın uygulanamaması söz konusu olabilir. Ancak her genel kurul kararı değil sadece TTK m.454'te sayılan genel kurul veya yönetim kurulu kararları, imtiyazlı pay sahiplerinin onayına tabidir. Buna göre, esas sözleşmede değişiklik yapan genel kurul kararlarıyla yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki veren genel kurul kararı¹² ve yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı¹³ imtiyazlı pay sahiplerinin onayına tabidir.

¹² Yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki verilmesine ilişkin genel kurul kararı da bir esas sözleşme değişikliğini gerektirdiğinden (TTK m.460/1) aslında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına tabi olan kararlar, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı ile kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı olmak üzere iki türdür (H. Ali Dural, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu' (2013) 12(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 141).

¹³ Halka açık anonim ortaklıklarda, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun tavan dâhilindeki sermaye artırımına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına tabi değildir (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.18/4).

Belirtelim ki, genel kurul toplantısına imtiyazlı pay sahiplerinin en az yüzde altmış katılmış ve bunların çoğunluğu, genel kurul kararı lehine oy kullanmışsa artık imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması gerekmez (TTK m.454/4). Bu düzenleme, aşağıda açıklanacağı üzere ihlal konusunda asıl karar verici kişilerin imtiyazlı pay sahipleri olduğunun bir işaretidir. Yine sermayenin asgari sermayeye yükseltilmesi için yapılan esas sözleşme değişikliği de imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına tabi değildir (TTK Yürürlük Kanunu m.20/2).

İmtiyazlı pay sahipleri, genel kurul toplantısına hiçbir mazereti olmadan katılmasalar bile alınan genel kurul kararına karşı koyabilirler (Karş. TTK m.446). Adi pay sahipleri, hukuka aykırı olmayan bir genel kurul kararına, ancak oylamada olumlu oy kullanmayarak karşı koyabilecek iken imtiyazlı pay sahipleri ise adi pay sahiplerine göre bu hususta daha avantajlı olup, genel kurulda olumsuz oy kullanmasına rağmen engelleyemediği genel kurul kararını bu defa özel kurulda onay vermeyerek kararın uygulanmasını engelleyebilir. Genel kurul toplantısına hiçbir mazereti olmaksızın katılmayan, hatta katılıp da olumlu oy veren imtiyazlı pay sahibinin daha sonra karara onay vermemesi çelişkili davranış yasağı oluşturmaz. Aksi halin kabulü, imtiyazlı korunması mekanizmasını etkisizleştirir. İmtiyazlı pay sahipleri, genel kurul toplantısındaki görüş ve oylarından bağımsız olarak imtiyazlı pay sahipleri kurulunda görüş bildirebilir ve oy kullanabilirler. Diğer bir anlatımla imtiyazlı pay sahiplerinin genel kurulda kullandığı oy ile özel kurulda kullandığı oy birbirinden bağımsızdır, meğerki genel kurula yüzde altmış veya üzerindeki bir çoğunlukla katılan imtiyazlı pay sahipleri, katılanların çoğunluğu ile olumlu oy kullanmış olsun (TTK m.454/4).

Birden fazla imtiyazlı pay sahipliği grubu varsa, her imtiyazlı pay grubu ayrı ayrı olarak toplanıp karar vermelidir¹⁴. Yönetim kurulunun imtiyazlı pay

¹⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 3 (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 1835-1836; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1 (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021), N. 801; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2015) 554; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (Dora 2013) 447; Osman Tufan Kayıran, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'na İlişkin Değerlendirmeler' (2019) 2(12) Dünya Multidisipliner Araştırmalar Dergisi 61, 12.

sahipleri özel kurulunu toplantıya davet etmemesi üzerine bazı grup pay sahiplerinin mahkemeye başvurusu ancak diğer bir grup pay sahiplerinin başvurmaması halinde sadece başvuran grup toplantıya çağrılır. Hiçbir üyesinin mahkemeye başvurmadığı imtiyazlı pay sahipleri grubu toplantıya çağrılmaz. İhlal hangi grubun imtiyazına ilişkin ise sadece o grup toplantıya çağrılır¹⁵.

Bir örnek: 91 kişinin bulunduğu ve herkesin eşit paya sahip olduğu bir anonim şirkette, 90 kişinin birer oyu varken 1 kişinin (A) ise 10 oyu olmak suretiyle oyda imtiyaz söz konusu olsun. Yapılan genel kurul toplantısına bütün pay sahipleri katılsın ve TTK m.479/3a uyarınca esas sözleşme değişikliklerinde oyda imtiyaz kullanılmadığından sermaye artırma kararı verileceğini ve imtiyazlı olmayan 48 kişinin olumlu oy verdiğini ve imtiyazlı olmayan 42 kişi ile imtiyazlı olan ancak bu imtiyazı kullanamayan (A)'nın ise olumsuz oy verdiği varsayalım. Neticede sermaye artırmaya ilişkin değişiklik 43 olumsuz oya karşılık 48 kişinin olumlu oyu ile kabul edilir. Ancak imtiyazlı pay sahibi (A), oyda imtiyazı kullanabilseydi kararın çıkmasına engel olabilirdi (o zaman 10 + 42 = 52 oy ile değişiklik teklifi reddedilirdi).

Ancak esas sözleşme değişikliğinde oyda imtiyazı kullanamayan (A), genel kurulda alınan bu karara TTK m.454 uyarınca engel olabilir. Bunun için ise genel kurul kararı ilan edilir ve bir ay içinde yönetim kurulu (A)'ya haber verir. (A), genel kurul kararının kendi imtiyaz hakkını ihlal ettiği sonucuna varırsa bunu gerekçeli bir tutanağa yazar. Ayrıca bu tutanağı 10 gün içinde bir tebligat adresi ile beraber yönetim kuruluna sunar. Yönetim kurulu buna karşı iptal davası açabilir (TTK m.454/7). Neticede mahkeme, ihlal sonucuna varırsa genel kurul kararı uygulanamaz.

Yukarıdaki örnek senaryoda, kanun kendi içinde çelişki içindedir. Bir taraftan esas sözleşme değişikliklerinde oyda imtiyaza izin vermemekte, diğer taraftan ise bu imtiyazdan dolayı hem de uzun bir prosedür sonucunda imtiyaz sahibini korumaktadır. Gerçekten de oyda imtiyazın esas sözleşme değişikliği kararlarında kullanılmayacağına ilişkin TTK m.479/3.c hükmü, lafzi açıdan yorumlandığında bu imtiyazın esas sermaye değişikliği kararlarında

kullanılmayacağı ancak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu vasıtasıyla bu imtiyazdan faydalanılacağı sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık esas sözleşme değişikliğinde oy imtiyazının kullanılmaması kuralının geniş yorumlanarak genel kurul kararındaki oylama dışında da böyle bir imtiyazın söz konusu olmadığı ve bu sebeple oyda imtiyaz hakkı bulunan pay sahiplerinin özel kurul için toplanmasının da söz konusu olmadığı savunulabilir.

Kanun, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için gerekli olan çağrıyı yapma yetkisini, esas olarak yönetim kuruluna vermiştir. Ancak yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya davet etmeyi düşünmemesi veya daveti ihmal etmesi durumunda her imtiyazlı pay sahibi, mahkemeye aracılığıyla imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma hakkına sahip olacaktır.

Yönetim kurulu veya imtiyazlı pay sahipleri dışında herhangi bir kişinin yapmış olduğu çağrı üzerine imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması hukuken mümkün değildir. Yetkisiz kişilerin çağrısı üzerine toplanan imtiyazlı pay sahiplerinin almış olduğu kararlar, yok hükmündedir¹⁶.

II. YÖNETİM KURULU TARAFINDAN ÇAĞRI YAPILMASI

A. YÖNETİM KURULUNUN İHLAL KONUSUNDA DEĞERLENDİRME YAPMA YETKİSİNE SAHİP OLUP OLMADIĞI SORUNU

TTK m.454, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması halinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayını aramaktadır. Ancak buradaki ihlalin var olup olmadığına kimin karar vereceği açık değildir. Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine veya yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin kararı ve halka açık olmayan anonim şirketlerde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu ihlalin varlığına kim tarafından karar verileceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

¹⁵ İpek Okucu Taftalı, *Anonim Şirketlerde İmtiyaz* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 173.

¹⁶ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 95.

Bir görüşe göre, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmeyeceği yönetim kurulu tarafından değerlendirilir¹⁷. Yönetim kurulu, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte bulursa imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırır¹⁸. Bu görüşe göre, ihlalin varlığı imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanma şartıdır. Ancak bu görüşe göre ihlalin mevcut olup olmadığı konusunda değerlendirme yetkisi, münhasıran yönetim kuruluna tanınmış değildir. Yönetim kurulu ihlal bulunmadığı gerekçesiyle toplantı çağrısı yapmamış olsa bile ihlalin mevcut olduğunu düşünen imtiyazlı pay sahipleri mahkemeye müracaat ederek toplantı yapılmasını sağlayabilir¹⁹.

Diğer görüşe göre ise imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesi imtiyazlı pay sahipleri özel kurul tarafından yapılacaktır²⁰. Bu görüşe göre, ihlalin varlığı imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanma şartı olmayıp genel kurul kararının onaylanmama sebebidir. Buna göre, her esas sözleşme değişikliğinde veya ilgili yönetim kurulu kararında, yönetim kurulu ihlalin varlığından bağımsız olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırır.

Ticaret sicili yönetmeliğine göre (TSY m.71/3) genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararı imtiyazlı pay sahipleri özel kurul tarafından onaylanmadan veya onaylanmış sayılmadan tescil edilmeyecektir. Böylece yönetmeliğe göre anılan kararların ihlal edici niteliği bulunup bulunmadığına bakılmaksızın her türlü kararların tescil edilmesi için ya imtiyazlı pay sahipleri özel kurul tarafından onaylanmış veya onaylanmış sayılması gereklidir. Ancak kararın onaylanmış olması için zaten imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmış olması veya toplantıya davet edilmiş olmasına rağmen toplanmamış olması gereklidir. Böyle olunca da hak ihlalinin mevcudiyetinden bağımsız olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantıya çağırılması gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır.

Kanunda esas sözleşme değişikliği veya yönetim kurulunun sermaye artırımı kararlarının imtiyaz haklarını ihlal edip etmediği konusunda bir birini takip eden iki aşama öngörülmüştür. Bu iki aşamada farklı değerlendirmelerin söz konusu olması halinde ise mahkeme, ihlal olup olmadığına karar verecektir. İlk aşamada ihlalin olup olmadığını değerlendirecek kişiler, yönetim kurulu ve münferit imtiyazlı pay sahipleridir. Bu ikisinin değerlendirmesi arasında önem derecesi yoktur. Diğer deyişle yönetim kurulunun değerlendirmesi ile imtiyazlı pay sahiplerinin değerlendirmesi arasında altlık-üstlük ilişkisi yoktur. Herhangi birisinin ihlalin varlığı şeklindeki değerlendirmesi imtiyazlı pay sahipleri kurulunun toplanması için yeterlidir. Her ikisi de ihlalin bulunmadığı yönünde değerlendirme yapmışsa özel kurul, toplantıya çağırılmayacaktır. Yönetim kurulu ile münferit pay sahiplerinin değerlendirmeleri arasında bir ağırlık derecesi bulunmamakla birlikte bir zamansal öncelik öngörülmüştür. Buna göre ilk olarak yönetim kurulunun çağrı yapma yetkisi vardır ve imtiyazlı pay sahiplerinin çağrı yapma girişimleri, ancak yönetim kurulunun harekete geçmemesi halinde gündeme gelecektir. Son tahlilde münferit imtiyazlı pay sahiplerinin ihlalin mevcut olduğu yönündeki değerlendirmeleri, her durumda imtiyazlı pay sahipleri kurulunda incelenecektir. Yönetim kurulu lehindeki zamansal öncelik, pratik bir amaç için öngörülmüş olup imtiyazlı pay sahiplerinin girişimlerini ve değerlendirmelerini ortadan kaldırmaz, sadece zamansal olarak ötelemiş olmaktadır. İster yönetim kurulu tarafından ister imtiyazlı pay sahipleri tarafından yapılsın, ilk aşamadaki değerlendirme, nihai bir değerlendirme olmayıp imtiyazlı pay sahipleri kurulunun toplanma şartıdır. Bu ilk değerlendirme, esas değerlendirme değildir. Yönetim kurulunun ne ihlalin mevcut olduğu ne de mevcut olmadığı yönündeki değerlendirmesi bağlayıcı değildir. Bu sebeple burada ihlalin gerekçesinin ortaya konulmasına gerek yoktur. Bu gerekçelerle, takdir yetkisinin kullanılmasının ötesinde dürüstlük kuralına aykırı bir tutum söz konusu olmadığı sürece, çağrı yapmayan yönetim kurulunun bir sorumluluk da taşımadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki yönetim kurulu toplantı çağrısı yapmazsa imtiyazlı pay sahiplerinin girişimi ile toplantının yapılması sağlanacak olup, eğer imtiyazlı pay sahipleri de her-

¹⁷ Okucu Taftalı (n15) 172.

¹⁸ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020), N. 9-53.

¹⁹ Tekinalp (n18), N. 9-53.

²⁰ Dural (n12) 144; Esra Uysal, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018) 192.

hangi bir girişimde bulunmamışlarsa artık imtiyazlı pay sahipleri, yönetim kurulunun sorumlu olduğunu iddia edemezler.

İhlalin olup olmadığı konusunda ikinci aşama ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından yapılan değerlendirmedir. Bu değerlendirme ortaklık bünyesindeki nihai ve esaslı bir değerlendirme olduğundan gerekçeli olması öngörülmüştür (TTK m.454/3). İhlalin mevcut olup olmadığı yönünde özel kurulun açıkladığı sonuç, genel kurul kararını doğrudan etkiler. İhlal bulunmadığı yönünde karar verilmişse genel kurul kararı onaylanmış sayılır ve buna karşı koyacak başka bir çare yoktur. Ancak bu özel kurulda imtiyazlı pay sahiplerinin toplantı yapması usulüne ve iradelerine ilişkin bir sakatlık varsa onay veren kararın mahkeme yoluyla iptali istenebilir. Özel kurul, ihlalin mevcut olduğu yönünde karar vermişse genel kurul kararını onaylamaz. Bu durumda yönetim kurulunun onay vermeme kararına karşı iptal davası açabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihlalin olup olmadığı yolunda son söz özel kurulda olmasına karşılık bu kurulun değerlendirmesi yargısal denetime açıktır. Neticede genel kurul kararının uygulanmaması için, ilk iki aşamada ihlalin var olduğunun değerlendirilmesi ve ikinci aşama yargıya taşınmışsa mahkemece de ihlalin var olduğu yönünde karar verilmesi ile mümkündür.

İhlalin varlığını toplantı şartı olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım değildir, zira ihlale ilişkin kararı, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu verecektir. Teorik açıdan toplantı şartı sağlanmamışsa toplantı da yapılmaz, yapılmışsa bile geçersiz olur. Oysa ihlalin mevcut olup olmadığı, toplantı sonunda belirlenecektir. İhlal, bir onaydan kaçınılma şartıdır yoksa gerçekten ihlal varsa bile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, olumlu karar vermişse genel kurul kararı sonuç doğurur.

Yönetim kurulu genel kurul kararından sonra ihlalin var olup olmadığı hakkında kendi değerlendirmesini yapmalı ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantı için çağırıp çağırılmayacağına karar vermelidir. Pratiklik ve olması gereken açısından yönetim kurulunun her türlü esas sözleşme değişikliği kararlarını imtiyazlı pay sahipleri kurulunun onayının alınması için gecikmeksizin toplantı çağırması yerinde olur. Ancak hiç bir değerlendirme

yapılmasa bile genel kurul kararının tescilinin talep edilmesinde sicil müdürlüğü tescilden kaçınmaz. Yönetim kurulunun çağrı yapmamış olması halinde çağrı yapıp yapılmayacağına imtiyazlı pay sahiplerinin tercihi belirleyicidir. Yönetim kurulundan sonra takdir yetkisi bu pay sahiplerine verilmiştir. Bu kişiler, ihlal bulunmadığı değerlendirmesinde bulunmuş olabilirler veya ihlalin varlığına rağmen mahkemeye gitmemeyi tercih edebilirler. Sicil müdürünün imtiyazlı pay sahiplerine tanınan tercih hakkını görmezden gelmesi ve imtiyazlı pay sahipleri kurulunun onay kararını araması söz konusu olamaz. Sicil müdürünün tescilden kaçınabileceği durum, imtiyazlı pay sahipleri kurulunun onay vermeme kararının varlığıdır. Onay vermeyi gösteren tutanak bulunmadıkça genel kurul kararı geçerli olacaktır.

B. YÖNETİM KURULU TARAFINDAN YAPILACAK ÇAĞRININ SÜRESİ

TTK m.454/2'ye göre yönetim kurulu, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde toplantıya çağırır. Hükümde geçen ilanın hangi ilan olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Genel kurul kararı, ticaret sicili gazetesinde ilan edildiği gibi (TTK m.422/2) internet sitesi açmakla yükümlü şirketlerde burada da ilan (TTK m.1524) edilir.

Doktrinde bir görüşe göre, hükümde geçen ilan, genel kurul kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde (TTGS) ilanınıdır²¹. Bu görüşe göre genel kurul kararının tescil ve ilan edilmesi, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bu karara karşı koymasına engel teşkil etmez. Bu görüş, genel kurul kararının ilan edilmesiyle zaten uygulanmış olduğu²² ve ayrıca tescil edilmiş olan genel kurul kararının tekrar tescil edilmesini talep etmenin (TTK m.454/7) anlamsızlığı gerekçesi ile eleştirilmektedir²³. Aynı şekilde

²¹ Tekinalp (n18), N. 9-53.

²² Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (7. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2012), (Öneriler) 256; Mustafa Yiğit Örnek, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 95; Gül Akad, *Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (Vedat Kitapçılık 2013) 62.

²³ Dural (n12) 148.

imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmayan genel kurul kararı zaten tescil edilmez (Ticaret Sicili Yönetmeliği, m.71/3) ve böylece tescil edilemeyen kararın ilanı da söz konusu olmaz²⁴. Bu eleştirinin temelinde genel kurul kararının tescil edilmekle uygulanmış olduğu savı yatmaktadır²⁵. Ancak genel kurul kararının tescil edilmiş olması, bu karara karşı iptal veya butlanın tespiti davası açılmasını önlemeyeceği ve bunun gibi imtiyazlı pay sahiplerinin onay vermemesi üzerine kararın geçersiz olmasının mümkün olduğu belirtilmektedir²⁶.

Diğer bir görüşe göre ise buradaki ilan genel kurul toplantısına çağrı ilanıdır²⁷. Yargıtay da bir kararında, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun genel kurul toplantısı için yapılan çağrıdan itibaren bir ay içinde yönetim kurulu tarafından çağrılması gerektiğini belirtmiştir²⁸. Bu yorum kanunun lafzına aykırıdır, çünkü kanun hükmü “*genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren*” şeklinde olup açıkça kararın ilanından bahsetmektedir. Ayrıca çağrısız genel kurul toplantısında da bir çağrı ilanı olmayacağından bu tür genel kurul toplantılarında alınan kararlar için sürenin başlaması mümkün olmamaktadır. Yine gündem maddesinde yer alan hususların genel kurul kararına dönüşeceği de kesin değildir²⁹.

Başka bir görüşe göre ise hükümde geçen ilan, TTK m.1524 uyarınca genel kurul kararının internet sitesindeki ilanıdır³⁰. Ancak 6335 sayılı kanunun 35.

maddesi ile yapılan değişiklikten sonra sadece bağımsız denetime tabi şirketlerin internet sitesi kurmak ve bu sitede ilan vermek yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bağımsız denetime tabi olmayan şirketler için internet sitesi kurmak yükümlülük olmaktan çıkarıldığı için kanunun bu yoruma göre uygulanması mümkün değildir.

Son olarak diğer bir görüşe göre ise hükümde geçen ilanı, genel kurul kararının alınma tarihi olarak anlamak gerekir³¹. Bu görüş olması gereken açısından yerinde olsa da kanunun açık lafzına aykırıdır. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğe³² göre de (m.7/1.c), imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun en geç genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren bir ay içinde toplantıya çağrılacağı şeklindedir³³. Bu yönetmelik, normlar hiyerarşisi ilkesine aykırılık taşır³⁴.

Bu hükümde geçen ilanın hangi ilan olduğu tartışması bir yana, yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma süresinin genel kurul kararının ilanı tarihinden başlaması anlaşılır değildir. Anonim ortaklıkta ilan, pay sahiplerini veya üçüncü kişileri bilgilendirmek için yapılabilir. Ancak burada yapılmış bir genel kurul toplantısı mevcut olup pay sahiplerini bu toplantıya çağırın, toplantının yerini ve zamanını belirleyen de yönetim kuruludur. Böyle olunca yönetim kurulunun genel kurul kararından haberi olmadığı düşünülemez. O halde yönetim kurulunun harekete

²⁴ Şener (n14) 555.

²⁵ Okucu Taftali (n15) 174; Dural (n12) 147.

²⁶ Tekinalp (n18), N. 9-53.

²⁷ Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 305; Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (n22) 257; Örnek (n22) 95.

²⁸ Yargıtay 11. HD, 21.06.2013, 4301/13049 K. “6102 Sayılı Kanunun 454. maddesine göre genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine dair kararının imtiyazlı pay sahiplerinin hakkını ihlal edecek nitelikte olması halinde bu kararın imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamayacağı, bu durumda davaya konu 7.8.2012 tarihli genel kurul toplantısının ilanının 16.8.2012 tarihinde yapıldığı, davalı şirket özel kurulunun 16.9.2012 tarihine kadar yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılmasının gerekli olduğu, bu yapılmadığı taktirde imtiyazlı pay sahiplerinin 1.10.2012 tarihine kadar Asliye Ticaret Mahkemesinde 454. maddeye uygun olarak dava açmaları gerektiği...” (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁹ Okucu Taftali (n15) 175.

³⁰ Dural (n12) 149.

³¹ Murat Oruç, ‘Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması’ (2010) 26(4) BATİDER 170, 189; Bir aylık sürenin genel kurul kararı tarihinden başlayacağı görüşüne katılmakla birlikte imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu için yapılacak çağrının genel kurulun çağrısı ile aynı tarihte yapılabileceği ancak her halükarda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantısının genel kurul kararından sonra yapılması gerektiğini savunan Okucu Taftali (n15) 176.

³² Resmi Gazete, 28.11.2012, S. 28481.

³³ En isabetli çözümün Yönetmelikteki düzenleme olduğu yönünde Füsün Nomer Ertan, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Kurulu-6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’ (2014) 117-118 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133, 137; Kanunun Yönetmelik hükmü gibi düzenlenmesinin isabetli olacağını belirten Aktaş (n1) 202.

³⁴ Okucu Taftali (n15) 175; Serkan Turgut ‘Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi’ (2019) 11(39) TAAD 243, 250; Yavuz Can Aslan 87.

geçmesini böyle bir ilanla ilişkilendirmek isabetsiz olmuştur. Bir aylık sürenin genel kurul kararının ilanı tarihinde başlamasını anlamsız kılan diğer bir husus ise genel kurul toplantısına yapılan çağrının tüm pay sahiplerine yapılmış olması ve gündemin de ilan edilmiş olmasıdır. İmtiyazlı pay sahiplerinin de genel kurulun toplanacağından, toplantı tarihinden ve gündemden haberleri olacaktır. Hal böyle olunca zaten genel kurul kararından haberi olan kişilerin reaksiyon alabilmeleri için ayrıca bir ilandan bahsetmek gereksiz görünmektedir.

Genel kurul kararının imtiyazlara hanel getirip getirmedığının imtiyazlı pay sahiplerince öğrenilmesi açısından ilanın bir önemi bulunmasa da imtiyazlı pay sahiplerinin ne zaman ve nerede toplanacaklarını öğrenmeleri bakımından ilanın bir işlevi vardır. İmtiyazlı pay sahipleri kurulunun toplanması için ilanın gerekli olduğu diğer bir husus ise yönetim kurulunun sermaye artırımı kararına ilişkindir. Genel kurul kararının aksine imtiyazlı pay sahiplerinin yönetim kurulu kararının alınacağından önceden haberi olması düşünülemez. Bu sebeple yönetim kurulu kararı söz konusu olunca kanunda öngörülen ilandan itibaren bir aylık süre anlamlı olmaktadır. Yönetim kurulunca sermaye artırımı kararının ilanından (TTK m.460/6) itibaren bir ay için imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıya çağrılmalıdır³⁵.

Kanunun açık hükmü karşısında, TTK m.454/2'de öngörülen bir aylık sürenin genel kurul çağrısı ilanı olarak anlamak mümkün değildir. Ayrıca genel kurulun toplantısı için yapılacak çağrının toplantıdan önceki bir aydan daha uzun süre önce yapılması da mümkündür. Kanun bu sürenin asgari uzunluğunu iki hafta olarak tayin etmiş ancak bir üst sınır öngörmemiştir. Örnek olarak yönetim kurulu toplantıdan iki ay önce de genel kurula çağrı yapılabilir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasına yönelik yönetim kurulunca yapılacak çağrı için ise azami bir aylık süre öngörülmüştür. O halde TTK m.454/2'de sözü edilen ilan, genel kurulun toplanması için yapılan çağrı ilanı olarak anlaşılırsa örnekteki gibi bir senaryoda yönetim kurulu, henüz genel kurul toplantısı yapılmadan çağrı ilanından

itibaren bir ay için imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırarak ve bu süre içinde çağrı yapılmazsa imtiyazlı pay sahipleri onbeş gün içine mahkemeye başvuracaklardır. Görüldüğü üzere böyle bir durumda henüz genel kurul kararı mevcut olmadan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için girişimlerde bulunmak gerekecektir. Ayrıca genel kurul toplantısına imtiyazlı pay sahiplerinin en az yüzde altmış katılmış ve bunların çoğunluğu, genel kurul kararı lehine oy kullanmışsa artık imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantısının gerekli olmadığını düzenleyen TTK m.454/4 hükmü de, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu için yapılacak toplantı çağrısının genel kurul toplantısından sonra olması gerektiği anlamına gelmektedir. Aksi halde gerekli olmayan bir toplantı için çağrı yapmanın manası yoktur.

TTK m.454/2'de öngörülen bir aylık sürenin genel kurul kararının internet sitesinde ilanından itibaren başladığını kabul etmek de yukarıda değinildiği üzere internet sitesinin açılması zorunluluğu bütün şirketler için söz konusu olmadığından böyle bir yorum, çözüm olmaktan çok, yeni sorunlara gebe bir yaklaşım olacaktır.

Kanunun amacına en uygun düşen yorum, TTK m.454/2'de öngörülen bir aylık sürenin genel kurul toplantısı tarihinden itibaren başlamasını kabul etmektir. Ancak bu yorum da kanunun lafzına aykırı düştüğü gibi, genel kurul toplantısına katılmayan veya katılma imkânı bulamayan imtiyazlı pay sahiplerinin genel kurul kararından habersiz olabilecekleri gerçeği karşısında soruna bütünüyle çözüm olmaktan uzaktır.

Kanunda açık düzenlemesi ve diğer yorumlara da itibar edilememesi karşısında sözü edilen bir aylık sürenin genel kurul kararının ilanından itibaren başladığı kabul edilmelidir. Kanunun bu düzenlemesi, kusurludur ancak diğer yorum yollarıyla ayakta tutulması da mümkün değildir. O halde en doğru çözüm, kanunu bu haliyle uygulamak ve en kısa sürede ilgili hükmü tadil etmektir. Mevcut duruma göre yönetim kurulu, genel kurul kararını tescil ve ilan ettirir. Sicil müdürü, bu tescil ve ilanı yapmak zorundadır. İlandan sonra imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıya çağrılacaktır.

³⁵ İsmail Cem Soykan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 468; Esra Cenkci, *Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 349.

Olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, genel kurulun çağrısıyla aynı günde ve aynı şekilde yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılmalıdır. Bu çağrıda genel kurul toplantısının gündemi de yer almalıdır. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, genel kurul toplantısından sonraki bir zamanda, mümkünse aynı günde, değilse en kısa zamanda toplanmalıdır. Yönetim kurulu imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantıya çağırılmıyorsa genel kurul kararından itibaren onbeş gün içinde imtiyazlı pay sahipleri mahkemeye başvurabilmelidir.

C. TOPLANTI ÇAĞRISINDAN SONRA TOPLANTININ YAPILMASI SÜRESİ VE ŞEKLİ

Yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırmasından itibaren kaç gün için toplantı yapılması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Kanunda süre öngörülmemiş olması, önemli bir eksiklik olup genel kurul kararının sürüncemede kalması riski mevcuttur³⁶. Ayrıca TTK m.454/5, çağrıya rağmen süresi içinde toplanmayan özel kurulun genel kurul kararına onay vermiş sayılacağını düzenlemiştir. Çağrıya rağmen toplanmamak, onay verme sebebi olduğundan önemli bir sonuç doğurmaktadır. Böyle önemli bir sonucu doğuran sürenin ne kadarlık bir süre olacağının kanunda düzenlenmesi yararlı olurdu. Çağrıdan sonra toplantı süresi konusunda genel kabul gören görüş, TTK m.414'ün kıyasen uygulanmasıdır³⁷. İkinci sorun, çağrıyı yapan kişinin bir süre belirleme yetkisine sahip olup olmadığı, bu yetkiye sahip olduğu kabul edilecekse genel kurul toplantısı için öngörün asgari iki haftalık süreden daha kısa olup olmayacağıdır. Doktrindeki görüş doğrultusunda TTK m.414 uygulanacaksa özel kurulun toplantısı için de belirlenecek süre, iki haftadan az olamayacaktır. Üst sınır, söz konusu değildir. Oysa genel kurul kararının akıbetinin bir an önce belli olmasında şirketin menfaati vardır. Bu sebeple özel kurulun toplantısının gecikmeksizin yapılmasını sağlamak üzere bir üst sınır tayinine ihtiyaç bulunmaktadır.

³⁶ Bu toplantının genel kurul toplantısından hemen sonra yapılmasının şirketin işlerliği açısından pratik bir çözüm olduğu, bu şekilde masraf ve zaman kaybının önüne geçileceğini belirten Bilge Ayтуğar, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 432.

³⁷ Dural (n12) 150; Okucu Taftalı (n15) 180.

Aynı şekilde TTK'da yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma şekli belirtilmemiştir. Kanun koyucunun bunu unuttuğu mu yoksa bilinçli olarak mı boş bıraktığı açık değildir. Doktrinde bir görüşe göre, genel kurulun toplantıya çağrı usulünü düzenleyen TTK m.414, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun çağrılmasında da kıyasen uygulanmalıdır³⁸. Yapılan çağrının gündemi de içermesi gerekir³⁹. Kanaatimizce imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun çağrılma şekli konusunda serbesti tanınması, uyumsuzlukların doğmasına sebep olacak nitelikte olur. Kanunda TTK m.414'ün kıyasen uygulanacağını belirtilmesi yerinde olurdu.

D. ÇAĞRI YAPMAYAN YÖNETİM KURULUNUN SORUMLULUĞU

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma yönetim kurulu için bir görevdir⁴⁰. Kanunda çağrı yapmanın yönetim kurulu için zorunlu olduğunun vurgulanmamasının bir eksiklik olduğu ifade edilmektedir⁴¹. Yönetim kurulunun bu görevini zamanında yerine getirmemesinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna sebep olacağı ileri sürülmektedir⁴². Yukarıda da belirttiğimiz gibi yönetim kurulunun bir takdir yetkisi söz konusu olduğundan ancak dürüstlük kuralına uymayan hallerde sorumluluk gündeme gelmelidir. Buradaki sorumluluk imtiyazlı pay sahiplerine karşı değildir. Çünkü çağrının yönetim kurulu tarafından yapılmaması halinde her bir imtiyazlı pay sahibinin mahkeme aracılığıyla imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplama hakkı vardır. Ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmaması halinde karar uygulanamayacağından imtiyazlı pay sahipleri bir zarara uğramış olmaz. Kararı alan organ, her ne kadar genel kurul olsa ve TBK m.52'e göre şirketin (pay sahiplerinin) rızası olduğu düşünülse bile buradaki zarar genel kurul kararının

³⁸ Şener (n14) 556; Dural (n12) 150; Örnek (n22) 92.

³⁹ Örnek (n22) 94.

⁴⁰ Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (n16) 95; Neşe Kirtil, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu* (Güncel Yayınevi 2005) 46; Hakan Bilgeç, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz* (Turhan Kitabevi 2017) 266.

⁴¹ Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (n22) 257.

⁴² Şener (n14) 555.

uygulanmasından doğmayıp aksine, yönetim kurulunun ihmali sebebi ile bu kararın zamanında veya hiç uygulanmamasından ileri gelmektedir.

III. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİNİN ÇAĞRI İÇİN MAHKEMEYE BAŞVURMASI

A. MAHKEMEYE MÜRACAAT ŞARTLARI

Yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırmasa her imtiyazlı pay sahibi, yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere onbeş gün içinde mahkemeye müracaat ederek imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasını talep edebilir⁴³. Kanunun gerekçesine göre imtiyazlı pay sahiplerine çağrı yapma yetkisinin verilmesi ile yönetim kurulunun ihmali sebebiyle toplantı yapılmaması tehlikesi ortadan kaldırılmıştır⁴⁴. Görüldüğü üzere kanun, toplantı çağrısı konusunda bir kademelen-dirme yapmış ve çağrı yapma görevini ilk olarak yönetim kuruluna vermiş ancak yönetim kurulunun çağrı yapmaması üzerine ikincil olarak imtiyazlı pay sahiplerine bu hak verilmiştir⁴⁵. Ayrıca imtiyazlı pay sahiplerine doğrudan çağrı yapma yetkisi verilmiş, mahkeme aracılığıyla çağrı yapılması zorunlu tutulmuştur. İmtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvurması bir hak niteliğinde olduğundan, başvuru yapılmaması bir sorumluluk doğurmaz⁴⁶.

⁴³ Genel kurul kararı tarihinden itibaren bir aylık süre ile yönetim kurulunun çağrı yapmaması halinde imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye müracaat için öngörülen 15 günlük süreyi toplam suretiyle imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren 45 gün içinde toplantıya davet edilmesi gerektiğini belirterek hatalı bir şekilde değerlendirme yapan Kayıran (n14) 13. Bir kere bir aylık süre her zaman 30 günlük süre değildir. İkincisi, yönetim kurulunun çağrı yapmaması durumunda öngörülen 15 günlük süre mahkemeye başvuru süresidir. Mahkeme bu başvuruyu inceleyecek ve olumlu karşılarsa davet yapılması için görevlendirme yapacaktır. Görevlendirilen kişi de toplantı için çağrı yapacaktır. Görüldüğü üzere mahkeme aracılığıyla toplantı çağrısı yapılmasının 45 günlük süreyle doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁴⁴ TTK Gerekeç, m.454.

⁴⁵ Bu kademelen-dirmeyi isabetsiz bularak yönetim kuruluna çağrı yapma görevinin verilmesinin ve çağrı yapılmaması halinde genel kurul kararının uygulanamayacağı şeklindeki yaptırım kararının yeterli olduğunu belirten Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (n22) 273.

⁴⁶ Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (n16) 95; Okucu Taftalı (n15) 177.

Yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma için öngörülen süre bitmeden imtiyazlı pay sahiplerinin toplantı yapılması için mahkeme başvurusunda bir hukuki menfaat yoktur; çünkü genel kurul kararı, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onanmadıkça veya onanmış sayılmadıkça uygulanmaz. Böylece zaten uygulanamayan bir genel kurul kararının imtiyazları ihlal etmesi de mümkün olmaz⁴⁷. Bu sebeple kanunun, imtiyazlı pay sahiplerine mahkemeye başvurma imkânı getirilmesi hatalı olmuştur. Olması gereken hukuk açısından, yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu çağırması zorunlu tutulup imtiyazlı pay sahiplerine bu hakkın verilmemesi daha isabetli olurdu. Böylece ya yönetim kurulu imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu çağırarak ya da çağırmayacak ve genel kurul kararı da uygulanamayacaktır. Ancak mevcut düzenlemede yönetim kuruluna bir takdir yetkisi verildiği için yönetim kurulunun çağrıyı yapmaması ihtimali üzerine onbeş gün içerisinde herhangi bir imtiyazlı pay sahibi mahkemeye başvuruda bulunmazsa genel kurul kararı onaylanmış sayılacağından imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını korumaları için mahkemeye başvurmaları yerinde olmuştur.

B. MAHKEMEYE BAŞVURMA SÜRESİ

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırma, yönetim kurulu için bir görevdir. Ancak yönetim kurulu en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için çağırmasa her imtiyazlı pay sahibi, yönetim kurulu için öngörülen çağrı süresinin son gününden başlamak üzere onbeş gün içinde mahkemeye müracaat ederek imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasını sağlayabilir. Buradaki onbeş günlük süre, bir hak düşürücü süredir⁴⁸. Yönetim kurulu tarafından yapılacak ilan için öngörülen bir aylık süre ise bir hak düşürücü süre değil, imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye müracaat haklarının doğması şartıdır. Bir aylık süre dolduktan toplantıya çağırma yetkisi imtiyazlı pay sahiplerine geçmektedir. Özel kurulu toplantıya çağırma, yönetim kurulu için bir menfaat olmadığından bu süreye hak düşürücü süre demek mümkün değildir.

⁴⁷ Benzer şekilde bkz. Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (n22) 257.

⁴⁸ Aktaş (n1) 196.

Kanunda dikkati çeken bir başka hatalı düzenleme, imtiyazlı pay sahipleri için öngörülen mahkemeye müracaat süresinin, yönetim kurulunca yapılacak çağrı için belirlenen sürenin bitmesinden sonra onbeş gün olmayıp ondört gün olmasıdır. Çünkü onbeş günlük süre, yönetim kurulunun çağrısı için öngörülen bir aylık sürenin bitiminden değil fakat bu bir aylık sürenin son gününden başlar. Böylece yönetim kurulunun çağrı süresinin son günü ile imtiyazlı pay sahibinin çağrı süresinin ilk günü aynı gündür. Bu bir günlük süre içerisinde hem yönetim kurulu çağrı yapabilir hem de imtiyazlı pay sahipleri mahkemeye müracaat edebilir. Örnek: Genel kurul kararının ilan edildiği gün 1 Aralık 2016 ise yönetim kurulu en geç 1 Ocak 2017 tarihine kadar imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırabilir. Bu bir aylık çağrı süresinin son günü olan 1 Ocak 2017 tarihi, aynı zamanda imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvurmaları için öngörülen onbeş günlük sürenin ilk günüdür. Bu sebeple imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvuru süresi, yönetim kurulunun çağrı süresinin sona ermesinden sonra ondört gündür. Kanun metni, “*bir aylık çağrı süresinin sona ermesinden başlamak üzere onbeş gün içinde*” şeklinde olmalıydı.

Yönetim kurulunun çağrı yapmayacağına karar vermesi halinde, kanaatimizce onbeş günlük süre yönetim kurulunun bu kararından itibaren başlatılmamalıdır. Her şeyden önce yönetim kurulunun bu kararından imtiyazlı pay sahiplerinin haberi olmayabilir. Yine bir imtiyazlı pay sahibinin yönetim kurulundan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için çağrı yapmasını talep etmesi ancak bu talebin yönetim kurulu tarafından reddedilmesi halinde de, onbeş günlük süre yönetim kurulunun bu kararından itibaren değil yönetim kurulunun çağrı süresinin bitiminden başlamalıdır. Yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırması için öngörülen bir aylık süre bitmeden imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye müracaat etmeleri halinde kanaatimizce mahkeme, bir aylık süre dolana kadar yönetim kurulunun çağrı yapma hususunu bekletilmesi mesele yapmalıdır. Ancak yönetim kurulunun yapacağı çağrı için öngörülen süre bitmeden imtiyazlı pay sahiplerinin dava açması halinde davanın reddedilmesi gerektiği savunular da bulunmaktadır⁴⁹.

Mahkemeden karar almadan imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırması mümkün değildir⁵⁰. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun çağrısız toplanmasının da mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁵¹. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantısında bakanlık temsilcisinin de bulunmasının gerektiği hallerde (Yönetmelik, m.32/1.ç) çağrısız toplantı imkânsız olmaktadır. Yönetim kurulunun talebi veya mahkeme kararına dayanarak kayyımın talebi olmadan imtiyazlı pay sahiplerinin bakanlık temsilcisini toplantıya davet etmesi, ortaklığın kurumsal yapısı dikkate alındığında geçerli değildir.

C. MAHKEMENİN YAPACAĞI DEĞERLENDİRMENİN KAPSAMI

İmtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvurusu halinde mahkemenin, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediğini inceleyip incelemeyeceği kanunda açık değildir. Ayrıca mahkeme kararının kesin olup olmadığı, incelemenin dosya üzerinden yapıp yapılmayacağı da kanunda düzenlenmemiştir⁵². Mahkemenin ihlalin olup olmadığı hususunda bir inceleme yapacağı ileri sürülmüştür⁵³. Mahkemenin yapacağı incelemenin sadece şekli şartların mevcut olup olmadığına ilişkin olması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür⁵⁴. Kanaatimizce de mahkeme kararı, şekli şartların incelenmesinden ve çağrı için gerekli işlemleri yapacak olan kişiyi görevlendirmekten ibaret olmalıdır. Böylece mahkeme, talepte bulunan kişinin imtiyazlı pay sahibi sıfatına sahip olup olmadığı, genel kurul kararının mevcut olup olmadığı, talebin süresi içinde yapıp yapılmadığı gibi usulü incelemelerden ibaret olmalıdır⁵⁵. Kanaatimizce ihlalin bulunup bulunmadığına ilişkin yargısal denetim, sadece TTK m.454/7’de öngörülen iptal davasında söz konusu olacaktır.

⁵⁰ Şener (n14) 556.

⁵¹ Aksi görüşte bkz. Şener (n14) 556; Okucu Taftalı (n15) 178.

⁵² Bunun önemli bir eksiklik olduğunu belirten Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (n22) 274; Bunun bir çekişmesiz yargı işi olduğunu belirten Aktaş (n1) 192.

⁵³ Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 238; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 2* (Adalet Yayınevi 2022) 442.

⁵⁴ Akad (n22) 60; Mehmet Berkay Nizamoğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (Yetkin Yayınları 2019) 78.

⁵⁵ Dural (n12) 151.

⁴⁹ Pulaşlı (n14) 1839.

Yönetim kurulunun süresi içinde çağrı yapmaması üzerine imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeden çağrı yapılmasını istemesi halinde çağrı, bizzat mahkeme tarafından yapılmayacaktır. Mahkeme bu iş için kayyım atamalı veya yönetim kurulunu yahut imtiyazlı pay sahiplerinden birini çağrı için görevlendirmelidir⁵⁶. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğe m.9/7'e göre, mahkeme tarafından yetkilendirilen imtiyazlı pay sahiplerinden her biri, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırabilir. Bu yönetmelik uyarınca mahkeme kayyım atamayıp imtiyazlı pay sahiplerinden birini yetkilendirmek zorundadır. Bu yönüyle yönetmelik kanuna aykırıdır⁵⁷. Mahkemenin kararında bir çağrı süresini belirtmesi de genel kurul kararının sürüncemede kalmaması adına yararlıdır. Ayrıca çağrıdan sonra ne kadar bir süre içinde toplantı yapılması gerektiğinin belirtilmesi de yerinde olacaktır. Ancak bir toplantı için bir süre öngörülmemişse TTK m.414, kıyasen uygulanmalıdır.

SONUÇ

Anonim ortaklıklarda genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararları ile kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka kapalı şirketlerde yönetim kurulunun sermaye artırımı kararlarının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylamadıkça uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İmtiyazlı pay sahiplerinin toplanmasını sağlayacak çağrı ilanına ilişkin esaslar, TTK m.454 hükmünde düzenlenmekle birlikte bu düzenlemenin pek çok açıdan sorunlu olduğu görülmektedir.

Düzenlemeye göre yönetim kurulu en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu toplantıya çağırılmazsa her imtiyazlı pay sahibi, yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere onbeş gün içinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması için mahkeme başvurabilir.

Kanunda çağrı yapma yetkisi ilk olarak yönetim kuruluna verilmiştir. Yönetim kurulunun çağrı yapmamaya karar vermesi veya çağrı yapmayı ihmal etmesi halinde her bir imtiyazlı pay sahibi mahkeme aracılığıyla çağrı yapma hakkına sahip olacaktır. Kanunun bu düzenlemesi karşısında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmeyeceğine ilk aşamada yönetim kurulunca karar verileceği ancak bu kararın kesin ve bağlayıcı olmadığı görülmektedir. İmtiyazlı pay sahiplerine de bir değerlendirme yetkisi verilmişse de mahkemeye başvurmadan bu yetkinin kullanılması mümkün değildir. Başvuru üzerine mahkemenin kararı da hak ihlalinin bulunup bulunmadığına yönelik değildir. Hak ihlali bulunup bulunmadığına esas olarak imtiyazlı pay sahipleri kurulu karar verecektir.

Hükümde geçen ilanın hangi ilan olduğu da belirsizdir. Doktrinde bu ilanın genel kurulun toplanması için yapılan ilan olduğu, genel kurul kararının internet sitesindeki ilanı olduğu ve genel kurul kararının alınma tarihi olduğuna yönelik farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Ancak kanunun açık lafzı karşısında doktrindeki bu görüşlerin kabul edilmesi mümkün değildir. Kanuni düzenlemeye göre bu ilanın genel kurul kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'ndeki ilanı olduğu anlaşılmaktadır.

TTK m.454/5, çağrıya rağmen süresi içinde toplanmayan özel kurulun genel kurul kararına onay vermiş sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun hangi süre içinde toplanması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuda genel kabul gören görüş, genel kurulun toplantısına ilişkin TTK m.414'ün uygulanması ve özel kurulun da çağrıdan itibaren iki hafta geçtikten sonraki bir tarihte toplanmasıdır. Genel kurul kararının bir an önce belirsizliklerden kurtulması adına imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bir an önce toplanması zarureti karşısında bir üst sınırında da getirilmesi ihtiyacı vardır.

Çağrı yapmanın yönetim kurulunun bir görevi olduğu ve bunu yapmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulacağı doktrinde kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce yönetim kurulunun çağrı yapmaması üzerine hak sahibi imtiyazlı pay sahiplerine mahkemeye müracaatla çağrı yapılmasını sağlama imkânı tanıdığından yönetim kurulunun çağ-

⁵⁶ Dural (n12) 150.

⁵⁷ Dural (n12) 150, dn. 32. Ayrıca çağrının imtiyazlı pay sahibi tarafından yapılmasının pratikteki zorlukları için bkz. Şener (n14) 556.

rı yapmaması ancak dürüstlük kuralına açıkça ters düşüyorsa sorumluluk gündeme gelmelidir. Yönetim kurulu tarafından ihlal bulunmadığı değerlendirilmediği yapılabilir ancak bu değerlendirme bağlayıcı olmadığından bir sorumluluk doğmamalıdır.

Yönetim kurulunun çağrı yapmaması üzerine her bir imtiyazlı pay sahibine mahkeme müracaat hakkı verilerek yönetim kurulunun olumsuz tavrı veya ihmali sebebiyle imtiyaz haklarının korunması güçlendirilmiştir. Ancak imtiyazlı pay sahiplerinin bu hakkı yönetim kurulunca süresi için çağrı yapılmamışsa doğar. Yönetim kurulu için öngörülen bir aylık sürenin geçmiş bulunması, imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvuru hakkını kazanmaları şartıdır. Bu süreden sonra onbeş gün içinde mahkemeye başvurulabilir. Bu onbeş günlük süre ise bir hak düşürücü süredir.

Çağrı yapılması için başvuru mahkemenin sadece şekli bir inceleme yapmakla mı yetineceği yoksa ihlalin var olup olmadığını da incelemek için işin esasına da mı gireceği açık değildir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte ihlalin var olup olmadığına imtiyazlı pay sahipleri kurulunda karar verileceği ve yönetim kurulunun bu karara karşı ayrı bir iptal davası açabileceği düzenlemesi karşısında mahkemenin sadece şekli bir inceleme yapması gerektiği kabul edilmelidir. Mahkeme; bir genel kurul veya yönetim kurulu kararının bulunup bulunmadığını, bu kararların imtiyazlarla ilgisi bulunup bulunmadığını, yönetim kurulunca süresi içinde çağrı yapıp yapılmadığını ve imtiyazlı pay sahiplerinin süresi içinde mahkemeye başvurup başvurmadığını incelemekle yetinmeli ve ihlal hakkında esas inceleme yapmamalıdır.

Sonuç olarak TTK m.454, mevcut şekliyle uygulanabilecek kadar açık değildir. En kısa zamanda bu hükmün yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmelidir.

DÜZENLEME ÖNERİSİ

Yönetim kurulu, genel kurul çağrısıyla birlikte aynı şekilde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu da toplantıya çağırır. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantısı, genel kurul kararı tarihinden sonra olmak üzere belirli bir süre (örneğin onbeş gün) içinde yapılır.

Yönetim kurulunun çağrı yapmaması üzerine her imtiyazlı pay sahibi, genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren belirli bir süre (örneğin onbeş gün) içinde yönetim kurulundan bir çağrı yapmasını talep edebilir. Yönetim kurulu, bu talep üzerine belirli bir süre (örneğin onbeş gün) içinde çağrı yapmazsa talepte bulunan imtiyazlı pay sahipleri, belirli bir süre (örneğin onbeş gün) içinde mahkemeye başvurarak çağrı yapılmasını talep edebilir.

Mahkeme talebi kabul ederse imtiyazlı pay sahibine çağrı yapması için izin verir. Mahkeme, yönetim kurulunun veya gerekli görülmesi halinde atayacağı bir kayyımın çağrı yapmasına da karar verebilir.

İmtiyazlı pay sahiplerinin talebi üzerine yönetim kurulunca veya mahkemeye çağrı yapılmasına karar verilmesi halinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, çağrıdan itibaren iki haftadan az ve bir aydan fazla olmayacak bir süre içinde toplanmalıdır. Bu süre içinde toplantı yapılmazsa genel kurul kararı onaylanmış sayılır.

KAYNAKÇA

- Akad G, *Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (Vedat Kitapçılık 2013).
- Aktaş B, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Kurulu* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Aslan Y C, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu' (2017) 5(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73.
- Aytuğar B, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Bilgeç H, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz* (Turhan Kitabevi 2017).
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (Dora 2013).
- Cenkci E, *Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Dural H A, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu' (2013) 12(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139.
- Ertan F N, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Kurulu-6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler' (2014) 117-118 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133.
- Kayıran O T, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'na İlişkin Değerlendirmeler' (2019) 2(12) Dünya Multidisipliner Araştırmalar Dergisi 61.
- Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler* (On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Kirtil N, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu* (Güncel Yayınevi 2005).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Moroğlu E, *Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (7. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2012).
- Nizamoğlu M B, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu* (Yetkin Yayınları 2019).
- Okucu Taftalı İ, *Anonim Şirketlerde İmtiyaz* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Oruç M, 'Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması' (2010) 26(4) BATİDER 170.
- Ölmez F, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Örnek M Y, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu' (Yüksek Lisans Tezi Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1 (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 3 (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Soykan İ C, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Turgut S, 'Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi' (2019) 11(39) TAAD 243.
- Uysal E, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, C. 2 (Adalet Yayınevi 2022).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

YOKSUN KALINAN KAZANÇ HESAP YÖNTEMİNE İLİŞKİN SEÇİMLİK HAKKIN NE ZAMAN KULLANILACAĞI SORUNU^(*)

THE ISSUE OF WHEN TO EXERCISE THE RIGHT TO CHOOSE THE METHOD USED TO CALCULATE LOST PROFITS

Av. Turan KOCAKAYA^(**)
Av. Duru Helin OZANER^(***)

Öz

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (**SMK**) 151. maddesi, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi tarafından açılacak tazminat davalarında, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına ilişkin düzenleme içermektedir. İlgili maddede yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik olarak üç farklı tazminat hesaplama yöntemi davacıya seçimlik hak olarak tanınmıştır. Maddede davacıya tanınan seçimlik hakkın ne şekilde ve ne zaman kullanılacağı hususu ise açık bir şekilde düzenlenmemiş olup, kanun koyucu tarafından yalnızca davacının bu seçimlik haklardan birisinin seçileceği düzenleme altına alınmıştır. Yerleşik Yargıtay uygulamasında, davacının bu seçimlik hakkını davanın başında, henüz davalıya ait defter ve belgelerin mahkemeye sunulmasından önce kullanması gerektiği ifade edilmektedir. İşbu çalışma kapsamında aksi yöndeki Bölge Adliye Mahkemesi kararı inceleme altına alınarak, yerleşik içtihat çerçevesinde seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin sorunlar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yoksun Kalınan Kazanç, Sınai Mülkiyet Kanunu, Tazminat, Ön Sorun, Ön İnceleme.

Abstract

Article 151 of the Industrial Property Code No. 6769 (IPC) governs the calculation of lost profits in lawsuits that the right holder may bring. The article offers three alternative methods for the plaintiff to calculate the compensation for the loss of profits. However, it is not clear when and how the plaintiff may exercise the optional right provided in the article. The legislator has only set forth that the plaintiff will select one of these discretionary rights. Following the precedents set by the Court of Cassation, the plaintiff should exercise the right to choose at the beginning of the proceedings, before the defendant presents their register or account book and documents to the court. This study examines the issues surrounding when to exercise this right, in light of the contrary decision of the Regional Court of Appeal and established case law.

Keywords

Lostprofit, Industrial Property Code, Compensation, Preliminary Problem, Preliminary Examination.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 13.04.2024 / Kabul Tarihi: 22.07.2024).

Bu makale, Turan Kocakaya ve Duru Helin Ozaner tarafından 30.11.2023 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Araştırmaları Merkezi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen "V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

^(**) Avukat, İzmir Barosu;
İzmir Ekonomi Üniversitesi, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, İzmir - Türkiye,
(E-posta: turankocakaya@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9379-3414).

^(***) Avukat, Ankara Barosu, Ankara - Türkiye,
(E-posta: ozanerduruhelin@gmail.com, ORCID ID: 0009-0001-7081-2288).

Atıf/Citation: Kocakaya, Turan & Ozaner, Duru Helin (2024), "Yoksun Kalınan Kazanç Hesap Yöntemine İlişkin Seçimlik Hakkın Ne Zaman Kullanılacağı Sorunu", TFM, C: 10, S: 2, s. 279-296.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

A. İNCELENEN YARGI KARARI METNİ

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2023 tarihli 2023/675 E. 2023/772 K. sayılı ilamı¹.

-KARAR-

Davacı, adına tescilli markanın ayırt edilemeyecek kadar veya en azından iltibas ya da iltibas tehlikesi yaratacak derecedeki benzerinin, izin ve onayı alınmaksızın davalı tarafından kullanıldığı, tescilli markadan kaynaklanan hakların ihlal edildiği iddiasıyla eldeki davayı ikame etmiştir. Dava dilekçesinde davalı iş ve işlemlerinin marka ihlali ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine; ihlal ve haksız rekabetin ref'i ile men'ine; yaratılan olumsuz maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına; 6769 sayılı SMK'nın 150/3 maddesi gereğince davalılar tarafından marka ihlali ve haksız rekabetin gerçekleştirildiği süreç boyunca davacıya ait markanın ihlali nedeniyle ve bu ihlal neticesinde elde ettikleri kazancı gösterir bilgi ve belgeleri sunmaları yönünde ara karar kurulmasına; maddi ve manevi tazminatın ihlal ve haksız rekabet eylemlerinin gerçekleştiği tarihten itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı ise gerçekleştirdiği eylemlerin ihlal niteliğinde olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dava dilekçesinde uğramış olunan zararın tespiti için, davalı yanın marka ihlali ve haksız rekabetin gerçekleştirdiği süreç boyunca, davacıya ait markanın kullanımları ve kullanım sonucu elde ettikleri kazancı gösterir bilgi ve belgeleri sunmalarına karar verilmesini ilişkin talep ile haksız rekabete ilişkin talep İlk Derece Mahkemesi tarafından dikkate alınmamış olup; davacı yana marka hakkına tecavüzden kaynaklı maddi tazminat talepleri yönünden seçimlik hakkını sunmak üzere iki haftalık kesin süre verilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından davacıya verilen kesin süre içerisinde davacı seçimlik hakkını kullanmamıştır. Bunun üzerine İlk Derece Mahkemesi SMK'nın 151/2-a-b-c fıkralarında belirtilmiş hesap yöntemlerinden birini seçmeyerek davacının talebini somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getir-

mediğinden bahisle tazminat davası usulden reddedilmiştir.

Davanın usulden reddine ilişkin karar davacı yan tarafından istinaf edilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesince yapılan inceleme neticesinde maddi tazminat yönünden seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin hususun tahkikata yönelik işlemlerden olduğu ve bu nedenle ilk derece mahkemesince bu hususun ön inceleme duruşmasından ve tarafların uyumsuzluk konularının tespitinden önce değerlendirilmesinin usul ve yasaya uygun olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu hususun yanı sıra, SMK 150/3 maddesinde; "... açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, snai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebileceği..." hükmü gereğince davacı vekilinin, dava dilekçesinde; SMK 150/3 maddesi gereğince, zarar miktarının belirlenebilmesi için, davalı tarafın marka ve telif hakkının ihlali nedeniyle ve bu ihlal neticesinde elde ettikleri kazancı gösterir tüm bilgi ve belgeleri sunmasına karar verilmesini talep ettiğinin, ilk derece mahkemesinin bu hususta olumlu olumsuz karar vermeden davacı vekiline tazminat yönünden seçimlik hakkını kullanması için muhtıra tebliğ edildiği, ön inceleme duruşmasından önce tahkikata yönelik olarak yapılan bu işlemin usul ve yasaya uygun olmadığı, mahkemenin eksik inceleme ile karar verdiği belirtilerek davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına HMK'nın 353/1-a-6 maddesi gereğince kesin olarak karar verilerek, dosya yargılamaya kaldığı yerden devam edilmek üzere İlk Derece Mahkemesine gönderilmiştir.

B. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENECEK HUKUKİ SORUN

Bölge Adliye Mahkemesi kararı ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çerçevesinde, bu çalışma kapsamında incelenecek sorun; SMK'nın 151/2 maddesi kapsamında davacı tarafça yoksun kalınan kazanç hesaplamasına yönelik gerçekleştirilecek seçimlik hak kullanımının, davalı tarafın elde ettiği kazancı gösterir bilgi ve belgelerin mahkemeye su-

¹ UYAP Karar Arama, <<https://emsal.uyap.gov.tr>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

numundan sonra gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ile bu seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkindir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı, yerleşik Yargıtay uygulamasından farklılaşması yönüyle seçilmiş olup, kararın incelenmesi için aşağıda; ilgili mevzuatın, seçimlik hakka etkisi olabilecek davacı yetkiler, yerleşik içtihat ve doktrin incelenmiş olup, bu yönde kapsamlı bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar davacı tarafça haksız rekabet talepleri de ileri sürülmüş ve fakat mahkemece bu husus göz ardı edilerek eksik inceleme ile hatalı karar verilmişse de, işbu makalenin konusu seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin olduğundan bu hususta detaylı açıklamalara yer verilmemiştir.

II. YARGI KARARININ İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İLGİLİ MEVZUATIN TESPİTİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

SMK m.151/2 çerçevesinde düzenlenen yoksun kalınan kazanca ilişkin seçimlik hakkın kullanılması, incelenen istinaf kararı, yerleşik içtihat ve doktrin göz önünde bulundurulduğunda birden çok mevzuat hükmünü, özellikle usule ilişkin hükümleri ilgilendiren bir meseledir. Bu çerçevede seçimlik hakka ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için bu düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir.

SMK'nın 150/3 maddesiyle kanun koyucu ihlal iddiasında bulunan hak sahibinin yoksun kalınan kazanca ilişkin Kanun'un seçenek olarak sunduğu hesaplama yöntemlerinden birini tercih ederken mütecevazin elindeki belgelere ihtiyaç duyabileceğini ve seçimini buna göre yapabileceğine göz önüne almış ve ilgili maddeyle hak sahibine tazminat davasından önce, delil tespiti isteminde ya da açılmış tazminat davasında zarar miktarının belirlenebilmesi açısından mahkemeden davalının zararın belirlenmesine yarar sağlayacak belgeleri sunması yönünde karar verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. İlgili maddeyle düzenlenen ve hak sahibinin açılmış tazminat davasında bu hakkı talep edebileceğine ilişkin hüküm açılmış davada bu talebin hangi aşamada ileri sürüleceği hususunda önem arz etmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 119/1-f maddesi gereğince dava dilekçesinde "İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği" açıkça belirtilmelidir. Davacının delilleri genel olarak belirtmesi yeterli kabul edilmemekte, hangi delillere dayandığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir². Davacı yan tarafından somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, hakim in davayı aydınlatma ödevi kapsamında söz konusu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında davacıya kesin süre vermesi isabetli olacaktır. Dilekçelerin karşılıklı sunulmasıyla birlikte, mahkeme, HMK'nın 137. maddesi uyarınca ön inceleme aşamasında dava şartlarını ve ilk itirazları değerlendirerek, uyuşmazlık konularını belirleyebilir, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri yapabilir durumda olacaktır³.

Belgelerin birlikte verilmesi başlıklı HMK'nın 121. maddesi ise "Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur." hükmünü haizdir. İlgili madde gereğince davacının dava dilekçesinde hem delillerini göstermesi hem de başka yerlerden getirtilecek belgelerle ilgili ve bu belgelerin nereden temin edileceğine dair açıklamalarına yer vermesi zorunludur. Dava dilekçesinde davacı yan tarafından delil olarak gösterilen ancak mahkemeye sunulmayan belgeler ile başka yerlerden getirtilecek belgeler hakkında davacı yan tarafından gerekli açıklamalarda bulunmaması halinde HMK'nın 139/5 maddesi gereğince mahkeme tarafından söz konusu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilmesi gerekmektedir. Bu süre içinde davacı yanın eksikliği tamamlamaması durumunda HMK'nın 140/5 maddesi gereğince mahkeme davacının o delile dayanmaktan vazgeçtiğine karar verecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, dava sebebi olarak gösterilen vakıalar ve delillerin dilekçede yer

² Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt II (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2017) 1138.

³ Pekcanitez (n2) 1140.

almaması halinde mahkeme re'sen inceleme ve tespit yapamayacaktır, bu eksikliğin en geç ön inceleme aşamasına geçilmeden, cevaba cevap dilekçesinde tamamlanmaması halinde somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacının aleyhte sonuca katlanması kaçınılmaz olacaktır⁴.

HMK'nın 119/1-f, 129/1-e, 129/2, 318 maddelerinde yer alan düzenlemeler gereğince taraflar iddia ve savunmalarının dayanağı olan delillerini dilekçelerinde göstermek zorundadır ve dahası tarafların elinde olmayan delillerle ilgili nerede bulduklarına ilişkin mahkemeye bilgi verilmesi gerekmektedir. Taraflar dilekçelerinde açık bir şekilde belirtmedikleri ve dayanmadıkları delillere ön inceleme aşamasında gösteremezler. Dilekçelerinde belirtmiş oldukları ancak henüz mahkemeye sunmadıkları belge ve dokümanları ön inceleme aşamasında sunabilecekleri gibi, ön incelemede hakim tarafından verilecek iki haftalık kesin süre içinde de mahkemeye sunabilirler. Diğer bir anlatımla dava dilekçesinde deliller belirtilmiş ve fakat bunların hangi vakılara ilişkin olduğuna dair açıklama yapılmamışsa, diğer bir deyişle somutlaştırma yükümlülüğü yerine getirilmemişse mahkeme bu eksikliği HMK'nın 31/1 maddesinde hüküm altına alınmış hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderebilecektir. Bunun yanı sıra, tarafların ellerinde bulunmayan ancak nerede bulunduğu hakkında bilgi verdikleri belgelerin mahkeme tarafından tahkikat başlamadan önce toparlanması ve ilgili yerlerden getirilmesi gerekir⁵.

HMK'nın 190. maddesi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince "... taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". HMK'nın 194. maddesinde ise "Taraflar dayandırdıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır". Somutlaştırma yükümlülüğü kural olarak iddia yükünü taşıyan taraftadır. Ne var ki, bazı durumlarda taraflar somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirebilmek için karşı yanın yardımına ihtiyaç duyabilirler. Bu gibi durumlarda karşı yanın vakıaların aydınlatılmasına katılma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶.

Yerleşik içtihadta vurgulanan bir diğer konu ise iddia edilmeyen bir husus hakkında ispat faaliyetinin de söz konusu olmayacağıdır. İddia yükünün dilekçeler teatisi aşamasında yerine getirilmemesi halinde esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın davanın iddia yükü yerine getirilmediğinden bahisle usulden reddi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, davacı yan dava dilekçesinde birtakım iddialar öne sürmekle birlikte bu iddialar somut ve açık değilse somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğinden bahsedilecektir. İddia yükünde ortada herhangi bir vakıa mevcut değildir, somutlaştırma yükümlülüğünde ise vakıa mevcuttur, ne var ki bu vakıa açık ve somut değildir. Somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile iddia yükünün gereğinin yapılmamasının sonuçları birbirinden farklı olduğu da kararda ayrıca vurgulanmıştır. Somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde HMK madde 31 gereğince hakimin davayı aydınlatma ödevi dikkate alınmalıdır⁷.

HMK'nın Belirsiz Alacak Davası başlığı altında düzenlenen 107. maddesinde yer alan "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve aşgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*" düzenlemesi de incelenen konu açısından önem arz etmektedir. Nitekim yoksun kalınan kazancın hesap yöntemlerine ilişkin seçimlik hakkın kullanımı doğrudan doğruya talep sonucunu da etkileyecek olup, bir kez seçim yapıldıktan sonra belirsiz alacak hükümleri çerçevesinde herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın değiştirilebilir olup olmadığı tartışma konusudur.

HMK'nın 176 vd. maddeleri gereğince taraflardan her biri karşı tarafın yahut hâkimin onayına bağlı olmaksızın tahkikatın sona ermesine kadar bir

⁴ Pekcanitez (n2) 1161.

⁵ Pekcanitez (n2) 1292.

⁶ Pekcanitez (n2) 1685.

⁷ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2014 tarih 2014/19856 E. ve 2014/27673 K. sayılı kararında da iddia yükü ile somutlaştırma yükünün farklı hususlara ilişkin olduğu ve farklı sonuçlar doğurduğu belirtilerek dava dilekçesinde hiçbir vakıa ve iddiaya yer verilmemesi halinde iddia yükünün yerine getirilmediğinden; vakıaların bir kısmı belirtilmekle birlikte bu vakıaların somut ve açık bir şekilde gösterilmemesi ve delillerle ilişkilendirilmemesi halinde ise somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahsedilmektedir. Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

defaya mahsus olmak üzere yargılama süresince yaptığı tüm usul işlemlerini tamamen veya kısmen ıslah edebilir. Yukarıda bahsedilen HMK'nın 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası ile dava tarihinde alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde alacaklıya ortalama bir dava değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açma hakkı verilmiştir. İlgili Kanun maddesinin 2. fıkrasında “*Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu noktada ıslah işleminin taraflara tüm usuli işlemlerle ilişkin ıslah hakkı tanıdığı, belirsiz alacak davasının ise alacaklıya yalnızca alacak miktarını iddianın genişletilmesi yasağından bağımsız bir şekilde tam ve kesin olarak belirleme hakkı tanıdığı önem arz etmektedir.

B. HESAPLAMA YÖNTEMLERİ VE SEÇİMLİK HAKKA ETKİSİ

İncelemeye konu yargı kararının ve işbu çalışmanın temel konusu yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemi konusunda davacının seçimlik hakkını ne zaman kullanacağıdır. O halde, davacının bu seçimlik hakkı ne zaman ve ne şekilde kullanabileceği konusunu tartışırken, göz önünde bulundurulması gerekli bir diğer husus da hesaplama yöntemlerinin niteliği ve her bir yöntem için gerekli olan delillerdir. Nitekim seçimlik hakka konu olan hesaplama yöntemleri arasındaki benzerlik ve farklılıklar seçimlik hakkın kullanım şekli ve zamanına da etki ettiği ifade edilmektedir⁸. Bu sebeple, seçimlik hak kapsamında, davacıya tanınan hesaplama yöntemleri ve seçimlik hakkın kullanılmasına etkisi açıklanacaktır.

1. Hesaplama Yöntemleri

SMK m.151/2 kapsamında yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı ola-

rak; “*a) sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edeceği muhtemel gelir, b) sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, c) Sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli*” olarak belirtilen değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanmaktadır. Davacı tarafça bu hesaplama yöntemlerinden birinin tercih edilmesi gerekmekte olup⁹, yoksun kalınan kazancın hesabı için farklı yöntemin tercihi mümkün değildir¹⁰.

Bu hesaplama yöntemlerinin detayları kanun ile düzenleme altına alınmamış olup, uygulamaya bırakılmıştır. İşbu çalışma kapsamında bu hesaplama yöntemleri genel olarak ifade edilecek ve hesaplama yöntemleri için hangi belge ve bilgilerin gerektiği hususlarına yer verilecektir.

⁹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2011) 65; Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınevi Ankara 2012) 371; İlhami Güneş, *Uygulamalı Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2021) 497; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2021) 1013; İlhami Güneş, *Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020) 342; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakta Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2003) 274; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2012) 501, 646; Ahmet Tamer, *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları* (Bilge Yayınevi Ankara 2013) 38; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2024) 210; Uğur Çolak *Türk Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2022) 1052; Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2008) 541; Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Türhan Kitabevi Ankara 2004) 521; Sabih Arkan, *Marka Hukuku Cilt II* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 553, Ankara 1998) 248; Bedriye İlikiz Tuana Taşkın, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024) 142; Fatih Aydın, “Sınavi Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat” [2017] 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 545.

¹⁰ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mü-talaalar, Bilirkişi Raporları III* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2008) 5; Tekinalp (n9) 501, 646; Karan ve Kılıç (n9) 521; Hamdi Yasaman, ‘Sınavi Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları’ Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarlan (ed), *Türkiye Adalet Akademisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Ankara 2020) 324; Güneş, *Marka* (n9) 497; Çolak, *Marka* (n9) 1010-1011; Güneş, *Patent* (n11) 342; Saraç (n9) 274; Tamer (n9) 38; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 210; Çolak, *Patent* (n9) 1053; Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2014) 471; Suluk ve Orhan (n9) 54; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tuana Taşkın (n9) 143; Aydın (n9) 545.

⁸ Hamdi Yasaman ve Tolga Ayoğlu ve Fülurya Yusufoglu Bilgin ve Pınar Memiş Kartal ve Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınavi Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Cilt III (Seçkin Yayıncılık Ankara 2021) 3095, 3098.

a. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Rekabeti Olmasaydı, Hak Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelir

Bu hesaplama yöntemi çerçevesinde, sınai mülkiyet hakkı sahibinin, mütecavizin haksız fiili ve dolayısı ile rekabeti olmasaydı elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede sınai mülkiyet hakkı sahibinin bu hesaplama yönteminde hak sahibinin temel olarak iki şekilde zararı olduğu ifade edilmektedir; a) malvarlığında meydana gelmesi muhtemel artışın yokluğu (soyut/pasif zarar), b) malvarlığında meydana gelen azalma (somut/aktif zarar)¹¹.

Bu hesaplama yönteminde, mahkemelerce sınai mülkiyet hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, hak sahibinin tecavüz fiili öncesi ile tecavüz sonrası kar oranları arasındaki karşılaştırmalar ve mütecavizin ticari defterleri incelemeye konu olmaktadır¹². Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınmışlık durumu, tecavüz sırasındaki lisansların sayısı gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterlerde yer alan kazanca etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

b. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Elde Ettiği Net Kazanç

İkinci hesaplama yönteminde, mütecavizin elde ettiği net kazancın belirlenmesine yöneliktir. Madde gerekçesinde net kazancın kâr olduğu hususuna da özellikle yer verilmiştir¹³. Madde metninde, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin, bu tecavüz eylemi dolayısıyla elde ettiği net kazanç olarak tanımlanmıştır. Kanun gerekçesinde bu hususa ilişkin olarak, önceki düzenlemede sınai mülkiyet hakkının katkısı oranında tazminata hükmedildiği ve bu durumun

¹¹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3101; Tuana Taşkın (n9) 131.

¹² Kemal Atasoy, 'Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması' Vol. 1, S. 1 [2015] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38; Saraç (n9) 295; Çolak, *Patent* (n9) 1058 vd.; Arkan (n9) 247; Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi Ankara 2013) 128 (Çağlar, burada yalnızca sınai mülkiyet hakkı sahibinin verilerinin kullanılacağını ifade etmektedir); Tuana Taşkın (n9) 146; Yargıtay HGK 01.07.2021 Tarih, 2017/11-29 E. ve 2021/896 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr> > s.e.t. 06 Haziran 2024).

¹³ 6769 sayılı kanun m.151 gerekçesi.

düşük tazminatlara hükmedilmesine yol açması gösterilerek, tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Bu hesaplama yönteminde, mahkemece sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin ticari kayıt ve defterleri üzerinde inceleme yapılacak ve bu defterler üzerinden kazanç belirlenerek sınai mülkiyet hakkının bu kazanca etkisi hesaplanacaktır¹⁴. Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınmışlığı, mütecavizin kazanca etkili olan marka dışındaki eylemleri¹⁵, tecavüz sırasında davacı markasına ait lisansların sayısı gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterler de yer alan kazanca etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

c. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Bu Hakkı Bir Lisans Sözleşmesi ile Hukuka Uygun Şekilde Kullanmış Olması Halinde Ödemesi Gereken Lisans Bedeli

SMK'da yer alan son hesaplama yöntemi olan bu yöntem doktrinde lisans örneklemesi olarak da adlandırılmaktadır¹⁶. Bu hesaplama yönteminde sınai mülkiyet hakkı sahibinin yahut bu hakka tecavüz edenin kazançlarına bakılmamakta olup, arada farazi bir lisans sözleşmesi olsa idi bu lisans bedelinin miktarının ne olacağı üzerinde durulmaktadır.

Bu hesaplama yöntemine göre tazminat belirlenirken davacı tarafca sunulacak örnek lisans sözleşmeleri, somut olayın özellikleri ve şartları, sınai mülkiyet hakkı sahibinin ticari defterleri, sınai mül-

¹⁴ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3102; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 327; Güneş, *Marka* (n9) 487-488; Atasoy (n12) 39; Orhan Sekmen, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi' C. 14, S. 2 [2015] İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 98; Saraç 29; Çolak, *Patent*, 1065; Suluk ve Orhan (n9) 543; Tuana Taşkın (n9) 148; Yargıtay HGK 01.07.2021 Tarih, 2017/11-29 E. ve 2021/896 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr> > s.e.t. 06 Haziran 2024).

¹⁵ Gönen (n9) 70-71; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 397; Güneş, *Marka* (n9) 504 vd.; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3102; Sekmen (n16) 98; Saraç (n9) 288; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 217; Çolak, *Patent* (n9) 1065; Suluk ve Orhan (n9) 542; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tekinalp (n9) 502, 647; Çağlar (n12) 129; Tuana Taşkın (n9) 148-149; Aydın (n9) 558.

¹⁶ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3103; Atasoy (n12) 41; Saraç (n9) 288; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tekinalp (n9) 502; Tuana Taşkın (n9) 149; Aydın (n9) 559.

kiyet hakkına tecavüz edenin ticari defterleri ile üretim ve satış kapasitesi, emsal lisans sözleşmeleri gibi unsurlar dikkate alınmaktadır¹⁷. Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınırlık durumu, tecavüz sırasındaki lisansların sayısı ve bedelleri gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterlerde yer alan kazanç etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

2. Hesaplama Yöntemi Seçiminin Hukuki Mahiyeti ve Hakkın Kullanımına Etkileri

SMK m.151'de esasen herhangi bir dava veya talep türü düzenlenmemekte olup, yalnızca SMK m.150 kapsamında talep edilebileceği düzenleme altına alınan tazminat talebinin bir unsuru olan yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik hak sahibine tanınan seçimlik hakları belirtilmektedir. Bununla birlikte bu seçimlik hakkın niteliğine yönelik birçok fikir ve tartışma bulunmakta olup, bu tartışmalar kısaca özetlenmektedir.

a. Türk Hukukunda Hakkın Niteliğine İlişkin Tartışmalar

Bir görüşe göre davacının bu seçiminin hukuk önünde yenilik doğuran bir işlem olduğu mütalaa edilmektedir¹⁸. Bu çerçevede bu seçimlik hakların her birinde dayanılan vakıa ve delillerin de farklılaştığı ifade edilmekte olup, bu anlamda seçim ile birlikte tazminat yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi söz konusu olacaktır¹⁹. Seçim hakkının yenilik doğuran bir işlem olduğunun kabulü halinde, HMK m.119 gereğince davacı tarafça yapılacak seçimin dava başında mahkemeye bildirilmesinin gerekli olduğu ve sonradan da ıslah ile dahi değiştirilmesinin mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkacaktır²⁰. Nitekim yenilik doğuran haklar kural olarak kullanılmakla tükenen

haklardandır²¹. Gelişen anlayışlar çerçevesinde ise; muhatabın rızası²², irade sakatlığı halleri²³, muhataba ulaşmadan beyanın geri alınması²⁴, seçimlik olarak birden fazla yenilik doğuran hakka sahip olunması halinde, muhatabın seçim yapılan hakkın kullanımına itiraz etmiş olması²⁵ hallerinde yenilik doğuran hakkın kullanıldıktan sonra geri alınabileceği yahut değiştirilebileceği ifade edilmektedir²⁶. Ayrıca Yasaman bu hakkı yenilik doğuran seçimlik hak olarak nitelermekteyse de davacının ıslah yoluyla seçimlik hakka ilişkin seçimini değiştirebileceğini²⁷ ve dahi davada terditli olarak ileri sürülebileceğini ileri sürmektedir²⁸. Hesap yöntemlerinin terditli olarak ileri sürülebileceğine ilişkin doktrinde başkaca bir görüşe ve içtihat da rastlanmamıştır. Öte yandan Uzunallı'ya göre kanun ile öngörülen bu hesaplama yöntemleri birbirinden bağımsız talepler olmayıp, aynı temele dayalı farklı hesaplama olanaklarıdır²⁹.

²¹ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları Ankara 2005) 443.

²² Buz (n21) 447 vd. Yenilik doğuran haklarda muhatap, iradenin varması gereken kimseyi işaret etmektedir. Ancak hesap yöntemlerine ilişkin açıklamanın mahkemeye yapılacağı ve fakat bundan mahkemenin değil davalı tarafın etkileneceği göz önüne alındığında bu hususun davalının rızası olarak anlaşılması daha isabetli olacaktır.

²³ Buz (n21) 453.

²⁴ Buz (n21) 452. Burada hesaplama yöntemlerine ilişkin seçim kararının kime ulaşması gerektiği tartışma konusu olabilir. Nitekim kanun koyucu bu açıklamanın mahkemeye yapılmasını düzenleme altına almışsa da hukuki durumu etkilenecek olan kişi davalıdır. Bu çerçevede tazminat hesabı yöntemi seçimine ilişkin açıklamasının davalıya mı yoksa mahkemeye mi varmadan önce geri alınabileceği hususu tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce her ne kadar bu açıklama mahkemeye yapılıyor olsa da, mahkemenin değil davalının menfaati etkileniyor olacağından bu açıklamanın davalıya varmadan önce davacı tarafça değiştirilebileceği hususu savunulabilecektir.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz (n21) 454 vd. Bu hususun SMK m.151 kapsamındaki yöntemler yönünden uygulanabilir olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim hemen her davada davalı tarafça ihlal olmadığı yönünde bir savunma gerçekleştirilmekte olup, tüm talepler yönünden davaya itiraz edilmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce davacının bu hususa dayanmak suretiyle seçim yöntemini değiştirebilmesi ancak davalının açıkça hesaplama yöntemi seçimine itiraz etmesi halinde mümkün olabilmelidir.

²⁶ Yenilik doğuran hakların geri alınması ve değiştirilebilmelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Buz (n21) 443 vd.

²⁷ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Tazminat* (n10) 5; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325.

²⁸ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3099; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325.

²⁹ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 209-210; Karan ve Kılıç (n9) 520.

¹⁷ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; 3104-3105; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 420; Güneş, *Marka* (n9) 488; Sekmen (n16) 98; Saraç (n9) 289-290, 295; Çolak, *Patent* (n9) 1072 vd.; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020) 414; Tuana Taşkın (n9) 150; Aydın (n9) 561.

¹⁸ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325; Güneş, *Marka* (n9) 487; Atasoy (n12) 36; Çolak, *Patent* (n9) 1070.

¹⁹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095, 3098.

²⁰ Yasaman, *Tazminat* (n10) 5; Güneş, *Haksız Rekabet*, (n17) 487.

Bir başka tartışma alanı da hesap yöntemlerden birinin seçiminin HMK m.119.(1).ğ bendinde yer verilen talep sonucunun belirtilmesi ile ilgili olup olmadığıdır. Bu tartışma, hesap yöntemine ilişkin davacı tarafça yapılan seçimin dava süresince değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu ile de yakın bir ilişki içerisinde. Bir görüşe göre, hesap yöntemlerinden birinin seçiminin talep sonucunu etkileyeceği ve de bu sebeple dava başında bu yöntemlerden birinin seçilmesi gerektiği ve dava süresince de ancak ıslah ile değiştirilebilecektir³⁰. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre hesaplama yönteminin değiştirilmesi ile talep sonucunun değişmeyeceği ifade edilmektedir³¹. Ayrıca bu görüşe göre, hesaplama yönteminin değiştirilmesi ile talep sonucu tazminat miktarı değişse dahi, HMK m.107 kapsamında bu davalar belirsiz alacak davası olarak açıldığından, talep sonucu tahkikatın tamamlanmasına kadar değiştirilebilmekte olup, hesap yöntemlerine ilişkin bu seçim de dava süresince davalı tarafın rızasından bağımsız olarak serbestçe değiştirilebilecektir³².

³⁰ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Tazminat* (n10) 5. Yasaman her ne kadar 2008 tarihli derlemelerinden oluşan eserinde yer alan Tazminat makalesinde tazminat miktarının değişmesinin söz konusu olmaması hallerinde yargılama sırasında seçilen yöntemin değiştirilebileceğini ifade etmişse de, sonraki tarihli çalışmasında (Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095, bkz. 28 no.lu atıf) bu görüşe yer vermemiş olduğundan bu görüşünü değiştirdiği sonucuna ulaşılmaktadır; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325; Güneş, *Marka* (n9) 497; Çolak, *Marka* (n9) 1014; Güneş, *Patent* (n9) 342; Çolak, *Patent* (n9) 1052, 1053 (Çolak her ne kadar dava dilekçesi ile davanın başında bu seçim hakkının kullanılması gerektiğini ifade etmişse de, hangi gerekçe ile olduğunu ifade etmemiştir; Güneş, *Haksız Rekabet* (n17) 414; Tuana Taşkın (n9) 145; Aydın (n9) 549.

³¹ Uzunallı, *Marka Hukuku* (n11) 372. Buna karşılık Yasaman, seçim hakkının değiştirilmesinin yalnızca müddeabihe ilişkin değil HMK m.176 çerçevesinde tarafların usul işlemlerinin ıslahına ilişkin de olduğu ve bu çerçevede müddeabih değişmesi dahi dayanılan vakia ve delillerin değiştirilebilmesi için ıslah yolunun kullanılması gerektiğini ifade etmektedir (Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095).

³² Uzunallı, *Tazminat* (n11) 372; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 210; Çağlar (n11) 127. Hesaplama yöntemi seçiminin belirsiz alacak davasından bağımsız olarak dava sırasında değiştirilebileceğini savunan görüşler için bkz. Arkan (n9) 245; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 520; Güneş, *Marka* (n9) 487; Atasoy (n12) 36; Saraç (n9) 275; Gönen (n9) 66; Suluk ve Orhan (n9) 541; Kutlu Oyaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli* (Nobel Kitabevi Ankara 2002) 3231; Tuana Taşkın (n9) 143. Aydın'a göre, hesaplama yöntemi seçiminin talep sonucu ile bir ilgisi yoktur, dolayısı ile HMK m.107 kapsamındaki davacı yetkisinin bu seçime herhangi bir etkisi bulunmamaktadır (Aydın (n9) 548-549).

Bir diğer tartışma konusu ise seçimlik hakkın davacı tarafça dava dilekçesinde açıkça kullanılmamasının davacının talebinde belirsizlik yarattığı ve bu hususun HMK m.31 kapsamında hakimın davayı aydınlatma yükü kapsamında davacıya hangi seçimlik hakkı seçtiğini açıklattırarak gidermesi gerektiği ifade edilmektedir³³. Karşı görüşe göre ise mahkemece verilecek karardan önce hesap yöntemi tercihinin gerçekleştirilmesi yeterli olmalıdır³⁴.

Doktrinde ileri sürülmesi de seçimlik hakkın kullanımının hukuki sebeplerin mahkemeye sunulması olarak değerlendirilebilir olup olmadığının da tartışılması gerektiği düşünülmektedir. Bu yönden bakıldığında HMK m.119 çerçevesinde, dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlara arasında 1. fıkranın g bendi ile hukuki sebeplerin de dava dilekçesinde yer alması gerektiği bildirilmiştir. O halde, davacının SMK m.151'de yer alan üç bentten hangisine dayanılarak davanın ikame edildiği hususunun da açıkça mahkemeye bildirilmesi gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Bununla birlikte, HMK m.119'da hukuki sebeplerin bildirilmemesine yönelik herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Özkes tarafından savunulan görüşe göre, dava dilekçesinde hukuki sebep bildirmek zorunlu olup, kanunda belirtilmese dahi vakıaların bildirilmemesi ile aynı hukuki sonuçların ortaya çıkması gereklidir³⁵. Bu görüş savunulduğu takdirde, mahkemece davacıya HMK m.119/2 uyarınca eksikliklerin tamamlanması için 1 haftalık kesin süre verilecek, davacı tarafça bu eksikliğin süresi içerisinde tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağına karar verilecektir.

Uygulamada davacı tarafça seçimlik haklardan hangisine dayanıldığı mahkemeye açıkça bildirilmemişse yerleşik uygulamada davacıya talebinin iki haftalık süre içerisinde açıklanması için süre veril-

³³ Gönen (n9) 65; Güneş, *Marka* (n9) 486; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3096; 3097-3098; Çolak, *Marka* (n9) 1013; Güneş, *Patent* (n9) 342; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n11) 210; Çolak, *Patent* (n9) 1052; Aydın (n9) 546. Aydın aynı sayfada dava dilekçesinde hangi hesap yönteminin seçildiğini belirtme zorunluluğunun mevcut olmadığını bunun önünde SMK m.150/3'te yer alan talebin olduğunu ifade etmektedir (Aydın (n9) 546).

³⁴ Çağlar (n12) 127.

³⁵ Muhammet Özkes, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' Osman Berat Gürzumar (ed) *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları Ankara 2009) 779.

mektedir³⁶. Bu çerçevede seçimlik hakkın kullanımının mahkemelerce; davanın dayanağı olan vakıalara, delillere ve hukuki sebeplere ilişkin olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bunun yanında uygulamada gerçekleştirilen açıklama yapılması için kesin süre verilmesi ve açıklama yapılmaması halinde davanın usulden reddedilmesi kararları, mahkemelerce bu seçimin dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmediği sorusunu da ortaya çıkarmaktadır. Nitekim HMK m.115/2 uyarınca mahkeme tamamlanabilir dava şartının varlığı halinde davacıya dava şartını tamamlaması için kesin süre verebilmekte ve bu süre içerisinde tamamlanmaması halinde davayı usulden reddedebilmektedir. Yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerini düzenleyen SMK m.151'in lafzına bakıldığında bu hususun dava şartı olmadığı açık olup, doktrinde de bu seçimin dava şartı niteliğine ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

b. Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Yer Alan Yasal Düzenlemeler

Mehaz Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında ise yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerinin Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanmasına ilişkin 2004/48 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 13. maddesinin birinci fıkrası ile düzenleme altına alındığı görülmektedir³⁷. Madde metnine bakıldığında iki bent halinde

düzenleme yapıldığı ve ilk fıkrada hak sahibinin uğradığı kazanç kaybı ile ihlalcinin kazancı düzenlenmiş ve ikinci bentte ise ihlal edenin hukuki bir ilişki altında bu hakkı kullanmış olması kapsamında ödenecek olan lisans bedeli düzenlenmiştir³⁸.

Avrupa Birliği mevzuatında hesaplama yöntemlerinin seçimine ilişkin davacıya açıkça bir hak veya yükümlülük öngörülmemiş olup, bu hesaplama yöntemleri mahkemece uygun tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar olarak düzenlenmiştir³⁹. Bu düzenlemenin fikri mülkiyet hakkı hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi için getirildiği ifade edilmekte olup, gerekçesi olarak da mahkemelerce yapılacak incelemede tazminat hesap yöntemlerinin uygulanmasında karşılaşılan pratik zorluklara ve bu zararların ispatında gerekli delillerin toplanmasındaki imkanların yetersizliği vurgulanmaktadır⁴⁰. Bu zorluk sebebiyle, eldeki belge ve bilgiler doğrultusunda her biri aynı amaca yönelik üç farklı hesaplama yöntemi belirlendiği ifade edilmektedir⁴¹. Bu çerçevede hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesi ile mevcut olayda uygulanabilecek en uygun tazminat hesaplama yönteminin belirlenmesi ve bu yöntem üzerinde hüküm kurulması esası benimsenmiştir⁴².

Alman hukukunda da yoksun kalınan kazançla ilişkin hesap yöntemleri kanun ile düzenleme altına alınmadan önce uzun süreler boyunca örf ve adet hukuku kapsamında uygulama alanı bulmuştur⁴³. Kanun ile düzenleme altına alınması ise yukarıda bahsedilen 2004/48 sayılı direktifin çıkmasından sonra Alman Marka Kanunu'nun 14. maddesinin 6.

³⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D. 26.10.2022 Tarih, 2022/1350 E. ve 2022/1803 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://kazanci.com.tr> s.e.t. 06 Haziran 2024). Hesaplama yöntemlerinden hangisinin tercih edildiğinin açıklattırılmasına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. aşağıda dn. 56.

³⁷ Direktif 13. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "*Member States shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the right holder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him/her as a result of the infringement. When the judicial authorities set the damages:*

(a) they shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the infringement;
or

(b) as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorisation to use the intellectual property right in question." 2004/48/EC sayılı AB Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29> s.e.t. 08 Nisan 2024.

³⁸ Dàvid Adamov, Barna Fazekas ve Krisztián Tivadar, 'Damages in trade mark infringement litigation: a comparative analysis of the Hungarian, other European, and US jurisdictions' [2009] Vol. 4, No. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice 342; John Fitzgerald ve Alison Firth, 'Is Article 13 of the Enforcement Directive a redundancy notice for the account of profits remedy in the UK?' [2014] Vol. 1, No. 9, Journal of Intellectual Property Law & Practice 738.

³⁹ 2004/48/EC sayılı AB Direktifi.

⁴⁰ Advocate General Saugmandsgaard ØE'nin görüşü, JØrn Hansson v. Jungpflanzen Grünewald GmbH, C-481/14, Avrupa Adalet Divanı (Oberlandesgericht Düsseldorf'tan ön karar talebi), 04.02.2016, s. 13, par. 83.

⁴¹ C-481/14 par. 84.

⁴² C-481/14 par. 84.

⁴³ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 370.

paragrafı ile olmuştur⁴⁴. Yine Alman Patent Kanunu'nun 139. maddesinin 2. paragrafı ile de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁵. Bu çerçevede Alman Hukuku'nun da uzun süredir bu hükümleri uyguladığı göz önüne alındığında, tartışmalarda dikkate alınması gerektiği açıktır.

Alman hukukunda da Avrupa Birliği'nde olduğu gibi hesaplama yöntemlerinde davacıya bir seçimlik hak tanınmamış olup, bu yöntemler davacının hakkının en iyi şekilde korunabilmesi ve uygun tazminat miktarının belirlenebilmesi için getirilmiştir⁴⁶. Her ne kadar, kanunun kaleme alınış şekli ile seçimlik hak olarak düzenlenmediği görülse de, davacı tarafça bu hesap yöntemlerinden birinin davanın son aşamasına kadar ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁴⁷. Bu çerçevede, davanın başında davacı tarafça herhangi bir hesaplama yönteminin mahkemeye bildirilmesi zorunlu olmadığı gibi, bu haklarını hep birlikte mahkeme önünde talep ederek en uygun tazminat miktarının bulunmasını mahkemeden talep edebilecektir⁴⁸. Nitekim burada önemli olan davacının yoksun kalınan kazanca ilişkin tazminat talebini ileri sürmesi olup, bu husus talep sonucunu belirlemesi açısından yeterli olacaktır⁴⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu ilke kararlarından birisinde maddi olmayan haklar hukuku (*immateriälgüterrecht*) kapsamında tanınan yoksun kalınan kazancın hesabı yöntemleri arasında bir seçimlik borç ilişkisi (*wahlschuldverhältnis*) bulunmadığı ve de seçimlik hakların dava sırasında değiştirilebileceği, davacının dava başında ileri sürmediği hesaplama yöntemlerinden vazgeçmiş sayılmayacağı hususu açık bir şekilde ifade edilmiştir⁵⁰.

⁴⁴ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 370.

⁴⁵ Maddenin İngilizce metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_patg/englisch_patg.html#p0770> s.e.t. 06 Haziran 2024.

⁴⁶ Maddenin İngilizce metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html#p0119> s.e.t. 08 Nisan 2024.

⁴⁷ Adamov, Fazekas ve Tivadar (n38) 342; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 383.

⁴⁸ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373.

⁴⁹ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373.

⁵⁰ BGH, 11 ZR 5/64 Messmer-Tee II, 12.01.1966 Tarih <https://www.prinz.law/urteile/bgh/lb_ZR__5-64> s.e.t. 08 Nisan 2024; Ayrıca bkz. Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371. Kararda bu husus şu şekilde ifa-

Görüldüğü gibi, AB ve Alman mevzuatında yoksun kalınan kazanca ilişkin tazminat düzenlemesi, SMK m.151'de yer alan düzenlemeden farklılaşmaktadır. Bu çerçevede, her ne kadar SMK'nın genel gerekçesinde AB mevzuatı ile uyumlaşma amacından bahsedilmişse de⁵¹ Türk kanun koyucusunun yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin olarak KHK'lar döneminde yapılan seçimi devam ettirmek suretiyle bir tercih yaptığı görülmektedir. Bu kapsamda, Türk hukuku yoksun kalınan kazanca ilişkin hesaplama yöntemlerini AB ve Alman mevzuatından farklı olarak seçimlik hak şeklinde düzenlediğinden devam eden açıklamalarda yalnızca Türk hukukundaki tartışmalara yer verilmiştir.

C. SMK M.150.(3) KAPSAMINDA DAVACIYA TANINAN HAK VE SEÇİMLİK HAKKA ETKİSİ

1. SMK m.150.(3) Kapsamında Davacıya Tanınan Hak

SMK m.150.(3) ile kanun koyucu davacıya "... *sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep...*" etme hakkı tanımıştır. Madde metninde yer alan hak sahibinin uğradığı zarar kavramının SMK m.151.(1)'de fiili kaybi ve yoksun kalınan kazancı kapsadığı düzenleme altına alınmıştır.

Bu çerçevede davacı tarafça tazminat davası açılmadan önce veya açılmış olan tazminat davasında öncelikle incelenmek üzere davalı tarafından satış rakamları, ciro ve gelir bilgileri, özet bilançoları ve benzeri mali bilgi ve belgelerin sunulması hakkında karar verilmesi talep edilebilecektir. Bu hükmün dü-

de edilmiştir: "... Görüldüğü kadariyle, bu durumlarda bir seçimlik borç ilişkisinin var olduğu görüşü hiçbir yerde savunulmamıştır. Aksine, genel olarak kabul edilen, zarar gören tarafın ana talepte bir hesaplama yöntemi belirleyebileceği ve dava sürecinde bir hesaplama yönteminden diğerine geçebileceğidir (RG GRUR 1938, 836, 837; BGH GRUR 1952, 509, 512 - *Dia-Rähmchen II*)..." (BGH, 11 ZR 5/64 Messmer-Tee II, s. 20).

⁵¹ Kanunlar ve Kararlar Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-41e1-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6769#step-2>> s.e.t. 07 Haziran 2024.

zenlenme amacının, davacının dava konusu ürünle ilgili olarak davalı tarafça sunulacak bilgilere göre değerlendirme ve tercih yapabilmesini sağlamaktır⁵². Nitekim yoksun kalınan kazancın hesabının yapılabilmesi ancak davalının ticari defter ve belgelerinin incelenmesi ile mümkün olabilecektir⁵³.

2. Davacıya Tanınan Hakkın Seçimlik Hakka ve Kullanımına Etkisi

SMK m.150.(3) ile sınai mülkiyet hakkı sahibine tanınan hak, tazminat davasından önce veya tazminat davasında ileri sürülebilecek ve mahkemece öncelikle değerlendirilerek karar verilecek bir taleptir. Bu çerçevede HMK m.163 ve 164 gereğince mahkemece bu talep bir ön sorun olarak ele alınıp incelenmeli ve karara bağlanmalıdır.

Bu çerçevede davacı tarafça SMK m.150.(3)'te yer alan hakkın kullanıldığı mahkemeye bildirilmiş ise, artık mahkemece bu bir ön sorun olarak dikkate alınmalı ve tazminat davasına geçmeden önce bu talep hakkında bir karar verilmelidir. Davacının bu talebi değerlendirilip karara bağlandıktan sonra ve davalı tarafça bu karar gereği yerine getirildikten sonra mahkemece davacıya kısa ve makul bir süre tanınarak, yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin açıklama yapması istenmelidir⁵⁴.

D. YERLEŞİK İÇTİHAT

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.10.2022 tarih 2020/237 E., 2020/4035 K⁵⁵, sayılı ilamında Yerel Mahkeme tarafından davalının eyleminin tasarım hakkına tecavüz teşkil ettiği tespit edilmiş olmasına rağmen davacının somut kazanç kaybının bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddine ilişkin kararı olay tarihinde yürürlükte olan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' ("Tasarım KHK")nin 50. maddesi uyarınca tescilli tasarıma tecavüz halinde tasarım hakkı sahibinin tasarım hakkına tecavüzün tespit ve men'i talepleri ile birlikte tazminat isteme hakkı bulunduğu

belirtilmiştir. Yerel Mahkeme davacının dava dilekçesindeki tazminat talebinin Tasarım KHK'nın 52. maddesinde belirtilen seçimlik haklardan herhangi birine yönelik olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini, eğer bir tercih yapılmadıysa bu yöndeki seçiminin açıklattırılması sonrasında tarafların delillerinin toplanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶.

Yoksun kalınan kazançla ilişkin hesap yöntemlerine ilişkin davacı tarafça seçim yapılması halinde, Yargıtay yerleşik içtihatında bu seçimin daha sonra yalnızca ıslah yoluyla değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2012 tarih 2010/10672 E. 2010/2762 K. sayılı ilamında "556 sayılı KHK'nın 66'ncı maddesinde marka hakkının ihlali halinde yoksun kalınan kazancın temini için talep edilebilecek tazminat talebi 3 ayrı seçenek halinde belirtilmiş olup, davacı marka hakkı sahibi başlangıçtaki tercihi itibariyle bunlardan lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunduğu göre, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebini değiştiremeyeceği gibi ıslah sureti ile de söz konusu tazminata dair 66'ncı maddesindeki seçeneklerden bir diğerine dayanılmadığından, artık mahkemece 556 sayılı KHK'nın 66/1- (c) bendi yani lisans bedeli dışında bir başka tazminat seçeneğine dayalı olarak maddi tazminata hükmedilemez." denilmiştir⁵⁷.

⁵² Çolak, *Marka* (n9) 1102; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 323; Güneş, *Marka* (n9) 446, 496; Aydın (n9) 546.

⁵³ Arkan (n9) 247; Tekinalp (n9) 503.

⁵⁴ Çolak, *Marka* (n9) 1102; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 323; Çolak, *Patent* (n9) 997; Tuana Taşkın (n9) 140.

⁵⁵ Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

⁵⁶ Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 02.10.2018 Tarih, 2016/14671 E. ve 2018/5910 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Mayıs 2024); Yargıtay 11. H.D. 07.02.2006 Tarih, 2006/122 E. ve 2006/1085 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 25.03.2004 Tarih, 2003/8468 E. ve 2004/2076 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 06.09.2014 Tarih, 2014/4654 E. ve 2014/10869 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 12.06.2014 Tarih, 2014/4055 E. ve 2014/11311 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 07.03.2002 Tarih, 2001/10185 E. ve 2002/2000 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 27.03.2006 Tarih, 2005/3507 E. ve 2006/3137 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 02.06.2005 Tarih, 2004/7923 E. ve 2005/5758 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 25.03.2004 Tarih, 2003/8468 E. ve 2004/3076 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 04.07.2017 Tarih, 2015/14678 E. ve 2017/4063 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024).

⁵⁷ Aydın (n9) 547. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 02.02.2015 Tarih, 2014/15891 E. ve 2015/1106 K. (Yargıtay Ka-

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, davacı tarafça dava dilekçesinde yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin tercihin yapılması, eğer bu tercih yapılmadıysa mahkemece davacıya bu yönde ihtar yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine yerleşik uygulamada bu hesaplama yöntemi seçiminin ancak islah ile değiştirilebileceği ifade edilmektedir.

E. İSTİNAF MAHKEMESİ KARARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRME

İstinaf mahkemesi tarafından verilen kararda, hesap yöntemine ilişkin seçimlik hakkın tahkikata yönelik işlemlerden olduğu ifade edilmişse de, hesap yöntemlerinin ve buna ilişkin seçimin hukuki mahiyeti hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. İstinaf kararı bu yönüyle aydınlatıcı değildir. O halde, olaya konu kanun metni, HMK kuralları ve doktrinde ileri sürülen görüşler yönünden bir değerlendirme yapılması gereklidir.

1. Hesap Yöntemlerinin ve Seçimin Hukuki Mahiyeti Yönünden

Hesaplama yöntemlerine ilişkin düzenlemenin yer aldığı SMK m.151/2'nin lafzında "... *hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır...*" denmektedir. O halde, burada kanun koyucunun hak sahibi tarafından hesap yöntemlerinden birinin tercih edilmesini ve bu tercihe göre hesaplama yapılmasını arzuladığı açıkça görülmektedir. Buradan hareketle kanaatimizce kanun koyucunun mehz Avrupa Birliği düzenlemesinden ayrılarak hak sahibine seçim yapma ödevi yüklemesi, burada hak sahibine seçimlik hak tesis edildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

İstinaf kararında, ilk derece mahkemesinin davacıya tanınan seçim hakkının kullanılmaması sebebiyle davanın usulden reddedilmesine ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Davanın kesin süre içerisinde seçim hakkının kullanılmaması sebebiyle usulden reddedilmesi HMK m.115/2 çerçevesinde dava şartı eksikliği durumunda mümkün olacaktır. SMK m.150 ve 151 lafzı dikkate alındığında bu seçim hakkının dava şartı olarak düzenlenmediği açık olup, doktrinde de bu yönde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın da hatalı olduğu düşünülmektedir.

Bununla birlikte, bu seçimlik hakkın yenilik doğuran haklardan olup olmadığı tartışma konusu olacaktır. Nitekim, yenilik doğuran haklarda mevcut durumun değiştirilmesi söz konusu olmakla birlikte, yoksun kalınan kazanca ilişkin hesap yöntemi tercihinde ise hak sahibi ile mütecevaz arasındaki hukuki ilişki aynı kalmaktadır. Zira, davacının dava dilekçesindeki talebi maddi zararının ve yoksun kalınan kazancının karşılanmasına yöneliktir.

Hesap yöntemlerinin mehz mevzuata getiriliş amacı da değerlendirildiğinde bu yöntemlerin taraflar arasında farklı hukuki ilişkileri oluşturmaktan ziyade hak sahibine etkin tazminat koruması sağlamak olduğu açıkça ifade edilmiştir⁵⁸. O halde, her ne kadar Türk kanun koyucu tarafından bu hesaplama yöntemlerine ilişkin hak sahibine seçim yapma ödevi yüklenmişse de, bu seçimin yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olmayacağını kabulü gerekmektedir. Zira aksi yorum, bu maddenin düzenlenme amacını aşan bir yorum taşıyacak olup, hak sahibine tanınmak istenen etkin tazminat korumasını adeta şans oyununa döndürecek ve etkisiz hale getirecektir. Bu anlamda, burada Türk kanun koyucusu tarafından davacıya yüklenen seçim yapma ödevinin ancak HMK kapsamında davanın somutlaştırılması, delillerin ve vakıaların gösterilmesi, ve hukuki sebep bildirilmesi ile ilişkilendirilebilecek bir usuli işlem olduğu kanaatindeyiz.

2. Hesaplama Yöntemlerine İlişkin Seçimin Ne Zaman Yapılması Gerektiği Yönünden

İstanbul 16. Bölge Adliye Mahkemesi, verdiği kararda, hesap yöntemi seçiminin tahkikata ilişkin işlemlerden olduğunu ve ön inceleme aşaması tamamlanmaksızın davacıya bu yönde bir seçim yapmak üzere süre verilemeyeceğini açıkça ifade et-

rar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 01.03.2018 Tarih, 2016/7907 E. ve 2018/1598 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. H.D. 22.02.2023 Tarih, 2020/1610 E. ve 2023/206 K. (UYAP Karar Arama, <https://emsal.uyap.gov.tr> s.e.t. 05 Haziran 2024); İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. H.D. 29.11.2021 Tarih, 2019/263 E. ve 2021/1426 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr>> s.e.t. 06 Haziran 2024).

⁵⁸ Bkz. yuk. II, E, 2, b.

miştir. Bahsettiğimiz üzere, mahkemece bu hususun gerekçesine ise yer verilmemiştir.

HMK m.119 ile dava dilekçesi içeriğinde bulunması gerekli hususları şu şekilde sıralamıştır;

“... ”

e) *Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.*

f) *İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.*

g) *Dayanılan hukuki sebepler.*

ğ) *Açık bir şekilde talep sonucu.*

“... ”

SMK m.151/2'ye bakıldığında ise hak sahibinin seçimine bağlı olarak yoksun kalınan kazancın üç hesap yönteminden birine göre hesaplanacağı hususu açık bir şekilde ifade edilmektedir. Hesaplama yöntemlerinin seçimine göre davacı tarafça dayanılan deliller ve vakıaların da değiştiği hususuna yukarıda değinilmiştir. Yine hesaplama yöntemi tercihi, yoksun kalınan kazançla ilişkin tazminatın hukuki sebebinin de etkilemektedir.

HMK m.137'de ise ön incelemenin kapsamı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre ön incelemede mahkeme “... *dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar...*”. Görüldüğü gibi, HMK m.119'da yer alan dava dilekçesinde yer alması gerekli hususların ön inceleme aşamasında tamamlanmış olması gerekmektedir.

O halde, tüm bu düzenlemelerden hareketle, SMK m.151/2'de yer alan yoksun kalınan kazançla ilişkin hesaplama yöntemlerinden hangisinin tercih edildiği ve bu hesaplama yöntemine ilişkin delilin tahkikat aşamasına geçilmeden önce davacı tarafça mahkemeye bildirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, istinaf mahkemesi tarafından bu seçimin tahkikat aşamasında yapılması gerektiği düşüncesinin ardında, ön inceleme aşamasında delillerin toplanması sonrasında davacıya toplanan bu deliller çerçevesinde hesap yöntemi tercihinin sağlıklı olarak açıklanması düşüncesinin yattığı düşünülebilir.

Öte yandan SMK m.150/3 açık hükmü gereğince davacı dava öncesinde ve dava esnasında davalının gerçekleştirdiğini iddia ettiği marka ihlaline yönelik belgelerin mahkemeye sunulmasına karar verilmesini talep edebilmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D. tarafından verilen kararda da, davacının ilgili belgeler mahkemeye sunulduktan ve incelendikten sonra davacının hangi seçimlik hakkı kullanacağına karar vermesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, Bölge Adliye Mahkemesi kararında belirtilen seçimlik hakkın tahkikata yönelik işlemlerden olduğu hususuna katılmak mümkün değildir. Nitekim, hangi hesaplama yöntemi doğrultusunda yoksun kalınan kazancın hesaplanacağı ve buna ilişkin deliller, HMK'da yer alan dava dilekçesinde yer alması zorunlu unsurlar arasında sayılmaktadır. O halde bu hususun ön inceleme aşamasında tamamlanması gerektiği açıktır. Bununla birlikte bu seçimin dava dilekçesinde yapılması gerekliliği hususu ise halen tartışmalı kalacaktır. Bu noktada kanaatimizce dava dilekçesiyle birlikte davacı seçimini mahkemeye bildirmelidir. Eğer davacı tarafça tüm hesaplama yöntemlerine ilişkin deliller ve vakıalar dava dilekçesinde gösterilmişse ve de SMK m.150/3'te yer alan düzenleme gereği davalı tarafın elinde bulunan tazminatla ilişkili belgelerin mahkemeye sunulması talep edilmişse, o halde artık bu talebin öncelikle mahkeme tarafından değerlendirilerek HMK m.137 vd. maddeleri uyarınca ön inceleme aşamasında tamamlanması gerekmektedir. SMK m.150/3 kapsamında verilen karar yerine getirildikten ve davalı elindeki defter ve belgeler mahkemeye sunulduktan sonra, tahkikata geçmeden önce en geç ön inceleme duruşmasında mahkemece davacıya hangi usul ile hesaplama yapılmasını talep ettiğini açıklattırılmalıdır.

3. Hesaplama Yöntemlerine İlişkin Seçimin Yargılama Sırasında Değiştirilebilmesi Yönünden

Bölge Adliye Mahkemesi kararında hesaplama yönteminin yargılama sırasında değiştirilebilir olup olmadığı yönünden herhangi bir değerlendirme içermemekte, sonradan değiştirilebilir olup olmadığına dair değerlendirme yapılabilecek başkaca bir açıklama da bulunmamaktadır.

Her ne kadar yukarıda bahsedildiği gibi mehz düzenlemelerde bu hakların seçimlik borç ilişkisi niteliğinde olmadığı, aynı zarara ilişkin farklı hesaplama yöntemleri olduğu hususlarına hak verilse de, iç mevzuatın göz önüne alınması gereklidir. Mevzuat göz önüne alındığında ise, hesap yöntemine ilişkin seçimin davacı tarafça tahkikata geçilmeden önce yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, davacının talebi yoksun kalınan kazanç olup, hesaplama yönteminin yalnızca bu tazminatın hesaplanma şekli olduğu hususu göz önüne alındığında bunun yalnızca bir usuli işlem olduğu ve yenilik doğuran bir hakkın kullanımı niteliğinde olmadığı düşünülmektedir⁵⁹. Bu seçimin bir usuli işlem olduğu düşünülmeyle birlikte, bu seçimin de yalnızca ıslah ile değiştirilebileceği düşünülmektedir. Aksi halde, davacıya hesaplama yöntemine ilişkin seçimini serbestçe değiştirme hakkı tanınması söz konusu olacak ve bu durum da defalarca bilirkişi raporu alınmasına sebep olarak yargılamanın makul sürede tamamlanması ilkesine ve usul ekonomisine aykırı olacaktır.

Öte yandan HMK m.107 kapsamında seçim yönteminin davacı tarafça serbestçe değiştirilebileceği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Nitekim HMK madde 107 hükmü, davacı yanın başlangıçta talep ettiği zarar miktarının seçilen yönteme göre yapılan inceleme ve değerlendirme sonrasında daha fazla olduğu durumda etkili olacaktır. Davacı yan bu maddeye dayanarak yalnızca başlangıçtaki alacak talep miktarını ıslah ya da muvafakatten bağımsız olarak arttırabilecek, ne var ki başlangıçta seçtiği yöntem değiştirilemeyecektir.

III. SONUÇ

SMK m.151/2'de yer alan yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik üç adet hesap yönteminin niteliği, bunlar arasındaki seçimin ne zaman yapılacağı ve bu seçimin daha sonradan değiştirilebilir olup olmadığı hususları tartışmalıdır. Yargı kararlarında ve doktrinde bu husus etraflıca ele alınmamış olup, bazı tartışma konularına yönelik argümanlar, gerekçeleriyle birlikte çeşitli çalışmalarda ileri sürülmüştür. Dahası madde gerekçesinde, komisyon raporlarında ve maddelerin görüşüldüğü meclis otu-

rumlarında da bu hususa ilişkin detaylıca bir bilgiye rastlanmamıştır. Bu husus, önem arz eden tazminat davalarında hükmün ne şekilde uygulanacağı konusunda tereddütler yaratmakta ve zaman zaman hak kayıplarına da yol açmaktadır. Böylece hak sahibine etkin bir tazminat koruması sağlama amacına ulaşmada zorluklarla karşılaşmaktadır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D.'nin incelenen kararında yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerine ilişkin seçimin ne zaman yapılacağına ilişkin çok önemli iki değerlendirme bulunmaktadır. Bunlar seçimin tahkikata ilişkin olması ve davacının SMK m.150/3 kapsamında yer alan hakkını kullanmasıdır. Seçimin yapılmasının tahkikata ilişkin olduğu hususuna ilişkin kararda herhangi bir gerekçelendirme yapılmamıştır. Öte yandan HMK kapsamında getirilen ön incelemenin ve dava dilekçesinin kapsamı dikkate alındığında, hesap yöntemi tercihinin kural olarak davanın başında mahkemeye bildirilmesinin, yargılamanın sağlıklı olarak yürütülebilmesi açısından gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

Bölge Adliye Mahkemesi kararında önem arz eden ikinci değerlendirme ise, davacının SMK m.150/3 kapsamındaki hakkını kullanması halinde, hesap yöntemine ilişkin davacı seçiminin bu talepten sonra yapılabileceğine ilişkindir. Yargıtay kararlarında aynı gerekçeye rastlanmayan bu karar, mevzuata ve doktrinde yer alan hakim görüşe de uygun olup, yerleşik uygulamaya ışık tutması açısından da önemlidir. Zira, yerleşik uygulamada davacının HMK m.150/3'te yer alan hakkını kullanmasından bağımsız olarak hesap yöntemlerine ilişkin seçimini davanın başında yapması için kesin süre verilmektedir. Bu süre içerisinde seçim yapılmaması halinde ise somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahisle dava usulden reddedilmektedir. Bu çerçevede, incelenen Bölge Adliye Mahkemesi kararının, özellikle ilk derece mahkemelerine ışık tutması arzu edilmektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararında yer almayan ve fakat seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin sorun ile çok yakından ilişkili olan, bu hakkın niteliğinin ne olduğu konusu da yine tartışmalıdır. Yargı kararlarında bu hususa ilişkin görüşe rastlanmamış olup, teorik bir tartışma olması sebebiyle bundan sonra rastlanmasının da zor olduğu düşü-

⁵⁹ Bkz. yuk. II, E, 1.

nülmektedir. Ancak, bu hakkın niteliğine yönelik birçok farklı görüş bulunmakta olup, bu görüşler işbu çalışmada özetlenmiştir. Mehaz düzenlemede ve eskiye dayanan Alman hukuku uygulamalarında bu hesap yöntemlerinin seçimlik borç ilişkisi olmadığı, yargılama sırasında değiştirilebileceği gibi mahkeme tarafından uygun hesap yönteminin tespit edilerek uygulanacağına yönelik düşüncelerin hukukumuzda doğrudan uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, SMK açık hükmünde mehazın aksine davacının bu hesap yöntemlerinden birini seçmesi hususu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu hesaplama yöntemlerinin taraflar arasında farklı hukuki ilişkileri doğurmadığı yönündeki görüşten faydalanmak mümkündür. Bu doğrultuda kanaatimizce, kanunun açık lafzı karşısında bu yöntemlere ilişkin hak seçimlik hak olup, bu seçimlik hakkın taraflar arasındaki hukuki ilişkide yeni bir durum ortaya çıkarmadığı gibi, bu ilişkiyi değiştirmede de düşünüldüğünde, bu hak yenilik doğuran haklardan değildir.

Seçimlik hakka ilişkin tercihin yargılama sırasında değiştirilebilir olup olmadığı yönünde de yine doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar yine işbu çalışmada özetlenmiş olup, yerleşik içtihata ve doktrindeki hakim görüşe göre bu seçim ancak ıslah yoluyla değiştirilebilecektir. Biz de, yargılamanın sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi ve davacı-davalı arasındaki dengenin korunabilmesi amacıyla bu tercihin ıslah ile değiştirilebileceği görüşüne katılmaktayız.

KAYNAKÇA

- Adamov D, Fazekas B ve Tivadar K, 'Damages in trade mark infringement litigation: a comparative analysis of the Hungarian, other European, and US jurisdictions' [2009] Vol. 4, No. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice 341-346.
- Arkan S, *Marka Hukuku* Cilt II (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:553 Ankara 1998)
- Atasoy K, 'Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması' (2015), 1 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24
- Aydın F, 'Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat' [2017] 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 517-576.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2015)
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları Ankara 2005)
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi Ankara 2013)
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2021)
- Çolak U, *Türk Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2022)
- Fitzgerald J ve Firth A, 'Is Article 13 of the Enforcement Directive a redundancy notice for the account of profits remedy in the UK?' (2014) 1 (9) Journal of Intellectual Property Law & Practice 737.
- Gönen C, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2011)
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin Yayınevi Ankara 2020)
- Güneş İ, *Uygulamalı Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2021)
- Güneş İ, *Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020)
- Karan H ve Kılıç M, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Turhan Kitabevi Ankara 2004)
- Meran N, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2014)
- Oytaş K, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli* (Nobel Kitabevi Ankara 2002)
- Özekes M, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' Osman Berat Gürzumar (ed) *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları Ankara 2009)
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt II (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2017)
- Saraç T, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara, 2003)
- Sekmen O, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi' (2015) 14 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67.
- Suluk C ve Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2008)
- Tamer A, *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları* (Bilge Yayınevi 2013)
- Taşkın B İ T, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024)
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık Ankara 2012)
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2024)
- Uzunallı S, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınevi Ankara 2012)
- Yasaman H ve Ayoğlu T ve Yusufoglu Bilgin F ve Memiş Kartal P ve Yüksel S H ve Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Cilt III (Seçkin Yayıncılık Ankara 2021)
- Yasaman H, 'Sınai Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları' Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan (ed), *Türkiye Adalet Akademisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Ankara 2020) 309-330
- Yasaman H, *Marka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaaalar, Bilirkişi Raporları III* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2008)

İnternet Kaynakları

Avrupa Birliği Mevzuat Bankası, <<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>>.

Alman Federal Adalet Bakanlığı, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html#p0119>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlar Veritabanı, <<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=1954685>>.

Kanunlar ve Kararlar Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-41e1-037b-e050-007f01005610&kanun-Numarasi=6769#step-2>>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr>>.

Mevzuat Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.gov.tr>>.

Prinz Avukatlık Bürosu, <https://www.prinz.law/urteile/bgh/Ib_ZR__5-64>.

Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>.

UYAP Karar Arama, <<https://emsal.uyap.gov.tr>>.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TİCARET SİCİLİ KAPSAMINDAKİ FAALİYETLERİN KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

EVALUATION OF ACTIVITIES WITHIN THE SCOPE OF TRADE REGISTRY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW

Av. Alperen KORKMAZ^(**)

Öz

Ticaret hayatında güveni ve aleniyeti tesis etmeyi amaçlayan ticaret sicili, kişisel veri niteliğini haiz veriler de içermektedir. Kişisel verilerin korunmasına yönelik girişimlerin artmasıyla ticaret sicili kapsamında yürütülen faaliyetlerde kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Çalışmamızla, kişisel verilerin ticaret sicili kapsamında yürütülen faaliyetler neticesinde işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı, hangi kişisel verilere ticaret sicilinde yer verilebileceği, bu verilerin ne kadar süre sicilde kalması gerektiği, silinmiş ticaret sicili kayıtlarında yer alan kişisel verilerin durumu ve veri aktarımı gibi hususlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Ticaret Sicili, Kişisel Veri, Aleniyet, Veri Aktarımı, Terkin.

Abstract

The trade registry, which aims to establish trust and publicity in business life, also includes data that qualify as personal data. With the increase in initiatives for the protection of personal data, whether or not the processing of personal data in activities carried out within the scope of the trade registry is lawful has also become a matter of debate. Our study will attempt to explain whether or not the processing of personal data as a result of activities carried out within the scope of the trade registry is lawful, which personal data can be included in the trade registry, how long this data should remain in the registry, the status of personal data in deleted trade registry records, and data transfer.

Keywords

Trade Registry, Personal Data, Publicity, Data Transfer, Cancellation.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.10.2024 / Kabul Tarihi: 02.12.2024).

Bu çalışma Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği m.43/5 gereği Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanmakta olan "Ticaret Sicili Kayıtlarının Tutulmasından Sorumluluk" adlı tez çalışmasından türetilmiştir.

^(**) Avukat, Ticaret Bakanlığı, Ankara - Türkiye,

(E-posta: alperenkorkmaz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8338-3144).

Atıf/Citation: Korkmaz, Alperen (2024), "Ticaret Sicili Kapsamındaki Faaliyetlerin Kişisel Verileri Koruma Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi", TFM, C: 10, S: 2, s. 297-316.

I. GİRİŞ

Ticaret hayatının dinamik yapısı gereği, tacir ve ticari işletmeye ilişkin önemli bilgilerin bir sicil nezinde kaydı ve dileyen herkesin bu kayda erişmesi önem taşımaktadır. Bu amaç doğrultusunda ticaret ve sanayi odaları bünyesinde, Ticaret Bakanlığı denetimi ve gözetimi altında bir ticaret sicili tutulması öngörülmüş, dileyen herkesin ticaret sicili kayıtlarına erişebilmesine imkân sağlanmıştır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)'nın yürürlüğe girmesi ile kişisel verilerin korunması hususu özel bir kanunla düzenlenmiş, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken kurallar açık bir biçimde belirlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle kişisel veri içeren sicillerin durumu da tartışma konusu olmuş, siciller kapsamında yapılan işleme faaliyetleri Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) ve yabancı mahkeme kararlarında tartışılmıştır.

Ticaret sicili de tacir ve ticari işletmeye ilişkin verileri içerdiğinden ticaret sicilinde, ticaret sicili müdürlüğünde saklanan belge ve senetlerde, Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS)'nde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi (TTSG)'nde belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin veriler de bulunmaktadır. Bu doğrultuda, ticaret sicilinde ve ticaret sicilinde mevcut belge ve senetlerde yer alan verilerin niteliğinin ortaya konulması, ticaret sicili kapsamında yürütülen faaliyetlerin kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olup olmadığı ve bu faaliyetlerin KVKK'ya aykırı olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

Çalışmamızla, ticaret sicilinde yer alan kişisel verilerin tespiti ile bu verilerin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı incelenecek, özel nitelikli kişisel veriler bakımından dikkat edilmesi gereken hususlar, ticaret sicili tarafından diğer kurum, kuruluş ve sicillere yapılan bildirimlerin hukuki niteliği ve silinen ticaret sicil kayıtlarına erişimin KVKK'ya aykırı olup olmadığı gibi hususlar KVKK, Kurul, ABAD ve Alman Yargıtay kararları göz önünde bulundurulmak suretiyle açıklanmaya çalışılacaktır.

II. TİCARET SİCİLİNİN VE SİCİLDE KAYITLI VERİLERİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI MEVZUATI AÇISINDAN TANIMLANMASI VE HUKUKİ DURUMLARININ TESPİTİ

A. TİCARET SİCİLİ

Ticaret sicili ticari işletme ve tacirle ilgili hukuki önem arz eden bilgi ve işlemlerin kayıt edilerek hukuki varlık kazanmasını ve/veya açıklanmasını sağlayan, bu suretle hukuki güvenliğin tesisini amaçlayan resmi, aleni bir sicil olarak tanımlanabilecektir¹. Ticaret sicili sayesinde, sicilde kayıtlı bir husus yalnızca ilgilisi tarafından değil bilgiye ulaşmak isteyen herkesçe bilinebilecek, herkes sicilde kayıtlı bilgilere erişerek, tacir ya da ticari işletme hakkında doğru ve güncel bilgilere ulaşabilecek, böylece ticaret hayatında şeffaflık sağlanacak ve ticari ilişkilerde güven tesis edilecektir². Bu doğrultuda, ticaret sicilinin en büyük amacının ticaret hayatına ilişkin önemli bilgilerin kamuoyuna duyurulması ve hukuki güvenliğin sağlanması olduğu söylenebilecektir³. Bu amacın sağlanabilmesi için de sicilin herkese açık olması, sicilde kayıtlı hususlara herkes tarafından erişilebilmesi gerekmektedir⁴.

Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın "Açıklık" başlıklı 35'inci maddesi ile ticaret sicilinin aleni bir sicil olduğu ifade edilerek, herkesin ticaret sicil kayıtlarını inceleyebileceği ifade edilmiştir. Burada vurgu-

¹ Mehmet Emin Bilge, Ticaret Sicili (Beta Yayınevi 1999, İstanbul) 11; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku (Vedat Kitapçılık 2021, İstanbul) 357; Duygu Demirel, Ticaret Sicili (Seçkin Yayıncılık 2016, Ankara) 30; Şaban Kayıhan, 'Ticaret Sicili Memurunun Tescil Başvurularını İnceleme Görev ve Yetkisinin Kapsamı' (2007) C. (11) (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 357, 358; Halil Doğan Küçükaydın, Ticari İşletme Hukuku (editörler Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can ve Esra Kaşak) (Yetkin Yayınları 2021, Ankara) 177.

² Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku (Güzel İstanbul Matbaası 1968, Ankara) 307; Necla Akdağ Güney, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011, İstanbul) 17..

³ Bilge (n1) 9; Yaşar Karayalçın, 'Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri' (1975) Cilt (8) BATIDER 1, 5; Demirel, (n1) 33; Cafer Eminoğlu, 'Ticaret Siciline Tescile Şirket Sözleşmesine ve Emredici Hükümlere Uygunluk İncelemesi' (2015) (8) Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi 55, 56; Küçükaydın (n1) 185.

⁴ Nurdan Balkan, 'Kişisel Veri Koruma Hukuku ile Ticaret Sicilinin Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi' (2024)(2) AHBVHFD 207, 213.

lanması gereken en önemli husus sicil kayıtlarının incelenbilmesi yahut sicil müdürlüğünce saklanan kayda esas belgelerden örnek alınması konusunda ilgisini ispat zorunluluğu bulunmamasıdır⁵. Diğer bazı sicillerin aksine, ticaret sicilinde kişi ilgisini ispat etmeksizin hem sicil kayıtlarını hem de müdürlükte muhafaza edilen tüm senet ve belgeleri inceleyebilmekte, giderini ödemek suretiyle bunlardan onaylı örnek alabilmekte, onaylı belge istemediği takdirde evrak örneklerini ücretsiz bir biçimde temin edebilmektedir⁶.

MERSİS üzerinden sicil kayıtlarına erişilebilmesi ve tescil edilen olguların TTSG’de ilanı da ticaret sicilinde aleniyetin sağlanmasına yönelik diğer müesseseler olarak ifade edilebilecektir. Nitekim MERSİS ile sicil işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasının sağlanmasının yanında kişilere ticaret sicili kayıtlarına zaman ve mekân engeli bulunmaksızın erişme imkânı da sağlanmıştır⁷. İlan ile de sicile tescil edilen hususların üçüncü kişilere duyurulması suretiyle aleniyet sağlanmaya çalışılmaktadır⁸.

Ticaret sicili kayıtlarının aleni olmasının sonucu olarak, ticaret sicili kayıtları nerede buldukları önem taşımaksızın üçüncü kişiler hakkında, tescilin TTSG’de ilan edildiği; ilanının tamamı Gazete’nin aynı nüshasında yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü takip eden iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı, üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenmeyeceği hükümlenmiştir⁹. Bu doğrultuda, sicil kayıtlarını

bilmediğini ileri süremeyecek olan üçüncü kişilerin sicil kayıtlarına ulaşabilmesinin temini gerektiğinden, aleniyetin ticaret sicili için mutlaka sağlanması gereken bir durum olduğu söylenebilecektir¹⁰.

B. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20’nci maddesinin üçüncü fıkrasında; herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede bu hakkın; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilmeyi, bu verilere erişilmeyi, bunların düzeltilmesinin veya silinmesinin talep edilmesini ve kişisel verilerinin işleme amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de içerdiği ifade edilmiştir. Maddede ayrıca, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasının bulunması halinde işlenebileceği belirtilerek, kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hükümlenmiştir.

Bu kapsamda yürürlüğe konulan KVKK’nın 1’inci maddesinde de Kanunun amacı; kişisel verilerin işlenmesi sırasında özel hayatın gizliliği başta olmak üzere, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve kişisel verilerin işlenmesi sırasında uyulması gereken usul ve esasların belirlenmesi olarak ifade edilmiştir.

Kanun’un 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde de kişisel verinin tanımı yapılmış ve kişisel verinin kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye dair her türlü bilgi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kavram çok geniş bir çerçeveyi çizmekte, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait tüm bilgiler kişisel veri olarak nitelendirilmektedir. Bu doğrultuda, adı, soyadı, doğum yeri, doğum tarihi, kimlik numarası, adresi, fiziksel nitelikleri, medeni hali, ekonomik durumu, telefon numarası, çalışma bilgileri, tapu kayıtları, banka bilgileri, ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi gibi bilgilerin yanı sıra; dini, mezhebi, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika gibi sivil toplum örgütlerine üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle

⁵ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n1) 360; Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku Cilt 1 Ticari İşletme Hukuku (12 Levha Yayınları 2012, İstanbul) 124..

⁶ TMK 1020 uyarınca tapu sicili kayıtlarının incelenbilmesi için kişinin ilgisini inanılır kılabilmesi gerekmektedir. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n1) 360; Bilge (n1) 152; Akdağ Güney (n2) 55-56.

⁷ Mehmet Emin Bilge, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili Sisteminde Öngördüğü Değişiklikler’ (2005) (148) Yaklaşım 241, 241; Demirel (n1) 34-35.; Ali Bozer ve Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları 2017, Ankara) 360; Akdağ Güney (n2) 57.

⁸ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları 27. bası, 2021, Ankara) 273; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n1) 360; Bozer/Göle (n7) 361.

⁹ Gül Okutan, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu (Hukuk Fakültesi Yayınları 1997, İstanbul) 10; Arkan (n8) 275; Bozkurt, (n5) 127; Küçükaydın (n1) 188.

¹⁰ Tapu siciline ilişkin benzer yorum için bkz. Tuğçem Seçer, ‘Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2024) C (11) (1) SÜHFD 341, 345-346; Bozer/Göle (n1) 363.

İlgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri gibi saymakla tüketilemeyecek bilgiler kişisel veri niteliğindedir¹¹.

C. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE TİCARET SİCİLİ, MERSİS VE TTSG'DE YER ALAN VERİLERİN NİTELİĞİ

Ticaret sicili tacirlere ve ticari işletmelere ilişkin önemli bilgiler içerdiğinden gerçek kişilere ilişkin bilgiler de ticaret sicilinde yer alabilmektedir. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY) m.50'de gerçek kişilere ait ticari işletmenin tescilinde, işletme sahibinin ad ve soyadı ile vatandaşlık, yerleşim yeri ve kimlik numarasına, tacirin temsilcisinin bulunması halinde, temsilcinin adı ve soyadı, yerleşim yeri, kimlik numarası ve temsil yetkisinin kapsamına, tacirin küçük veya kısıtlı olması halinde ya da yasal danışman atanmış olması halinde veli, vasi veya yasal danışmana ilişkin bilgilerin sicile tescil edileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan, ticaret sicili kayıtlarında, ticaret sicil müdürlüğünde saklanan belge ve senetlerde, MERSİS ve TTSG'de yer alan kayıt ve ilan metinlerinde de gerçek kişilere ilişkin bilgiler bulunmaktadır. Bu bilgiler belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ait bilgiler içerdiğinden KVKK m.3/1-d uyarınca kişisel veri niteliğindedir.

Diğer yandan, tüzel kişiye ilişkin sicil kayıtlarında, sicile ilişkin belge ve senetlerde, MERSİS ve TTSG'de yer alan kayıtlarda da gerçek kişilere ilişkin bilgiler bulunabilmektedir. Yani yalnızca gerçek kişi tacire ait bilgiler değil, tüzel kişi tacire ilişkin olmakla birlikte tüzel kişi tacir ile bağlantıları sebebiyle sicilde bilgilerine yer verilen gerçek kişilere ilişkin bilgiler de kişisel veri niteliğindedir¹². Nitekim

tüzel kişi tacirlere ilişkin kayıtlarda, kurucu, ortak, yönetici, temsilci, tasfiye memuru, denetçi gibi gerçek kişilere ilişkin kişisel verilere yer verilmektedir. Örneğin, TSY m.69/1-ada, kurucuların imzaları noter tarafından onaylanmış veya müdürlükte huzurda imzalanmış şirket sözleşmesinin sicile sunulması gerektiği, 65/1-ada ortakların ad ve soyadı, kimlik numarası, yerleşim yeri ile vatandaşlığının sicile tescil edileceği, 53/1-c'de, derneğin yönetimi ve temsili ile görevlendirilmiş kişilerin adı ve soyadı ile vatandaşlığı, kimlik numarası ve yerleşim yerinin sicile tescil edileceği, 91/1-d'de, denetime tabi şirketler bakımından da denetçinin ad ve soyadı veya unvanı, kimlik numarası yerleşim yeri gibi bilgilerin sicil müdürlüğüne tescil edileceği, 63/3-ç'de, tasfiye memurunun ad ve soyadı ile kimlik numarası ve yerleşim yerinin sicile tescil edileceği. 90/1-ğ'de, şirket müdürlerinin Kanunun 40'ıncı maddesi uyarınca düzenlenmiş imza beyannamelerinin sicile sunulacağı düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, sicil kaydında, sicile esas belgelerde, MERSİS'te ve TTSG'de yer alan; tacir, temsilci, kanuni temsilci, tasfiye memuru, denetçi gibi kişilere ait ad, soyad, vatandaşlık, kimlik numarası, yerleşim yeri, adres, imza, fotoğraf, yaş küçüklüğü, kısıtlılık, malvarlığı gibi bilgiler kişisel veri niteliğindedir¹³.

Ç. TİCARET SİCİLİNE TESCİL, MERSİS'E AKTARIM VE TTSG'DE İLANIN KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ NİTELİĞİNDE OLUP OLMADIĞI

KVKK'nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında kişisel verilerin işlenmesinin kapsamı açıklanmıştır. Maddede, kişisel verilerin tamamıyla ya da kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak şartıyla otomatik olmayan

niteliğinde değildir. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 10/02/2022 tarih ve 2022/103 sayılı kararında; "Her ne kadar şikâyete konu edilen Şirket adında ilgili kişinin ad ve soyadı geçse de, sosyal medyada yapılan paylaşımlarda tüzel kişiliğin hedeflendiği anlaşıldığından söz konusu veri gerçek kişiye değil tüzel kişiliğe ait veri olarak değerlendirildiğinden şikâyet konusunun Kanun kapsamında olmadığı kanaatine varılması nedeniyle yapılacak bir işlem olmadığına" karar verilmiştir.

¹³ Seçer (n10) 348; Gerçek kişilere ilişkin malvarlığı bilgileri de kişisel veri niteliğindedir. Bu nedenle, sicilde, MERSİS'te ve TTSG'de yer alan malvarlığı bilgileri ile sicilde mevcut belge ve senetlerde yer alan banka bilgileri, tapu, telif hakkı, marka, patent gibi fikri ve sınai haklar da kişisel veridir.

¹¹ Damla Gürpınar, 'Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk' (2017) C. 19 (Özel Sayı) DEUHFD Şeref Ertaş'a Armağan 679, 681; Sinan Sami Akkurt, 'Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış' (2022) C. 2(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 20, 21; Emine Badur ve Nesibe Kurt Konca, 'Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme' (2022) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 478; İbrahim Korkmaz, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme' (2016) (124) TBB Dergisi 81, 94.

¹² Furkan Güven Taştan, Türk Sözleşmeler Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2017, İstanbul) 32; Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması (Yetkin Yayınları 2004, Ankara) 35; Tüzel kişilere ait sicil kayıtlarında yer alan kişisel veriler KVKK kapsamında olmakla birlikte, tüzel kişinin ticaret unvanında yer alan gerçek kişi ismi kişisel veri

biçimde elde edilmesinin yanı sıra kişisel verilerin kaydı, depolanması, muhafazası, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarımı, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi her çeşit işlemin kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olduğu hükmolunmuştur. Bu doğrultuda, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemin kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olduğu ifade edilebilecektir¹⁴.

Ticaret sicili ile ticaret hayatı için önem arz eden birtakım bilgiler sicile kaydedilmektedir. Kanunda sicile kaydı öngörülen hususların kişisel veri içermesi halinde bu kişisel verilerin kaydı, depolanması, muhafaza edilmesi yani kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olmaktadır. Diğer yandan, ticaret sicili işlemleri elektronik ortamda MERSİS aracılığı ile gerçekleştirildiğinden, bu işlemlerin bir veri kayıt sistemi kapsamında gerçekleştiği söylenebilecektir¹⁵. Bu nedenlerle, ticaret sicilinin tutulması amacıyla yapılan bu faaliyetlerin kişisel verilerin işlenmesi kapsamında olduğu değerlendirilmektedir¹⁶.

Nitekim, KVKK'nın 28'inci maddesinde Kanunun istisnası niteliğindeki haller belirtilmiş olup, ticaret sicilinin tutulmasına ilişkin faaliyetlere ilgili madde kapsamında yer verilmemiştir¹⁷. Diğer yandan, TTK'nın 24'üncü maddesinin beşinci fıkrasında; elektronik ortamda yapılacak ticaret sicili kayıtlarında kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuata uyulması gerektiği hükmolunmuş, TSY'nin 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında, sicil müdürlüğünde mevcut kayıt, belge ve senetlerin incelenmesi sırasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat kapsamında gerekli tedbirlerin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple, ticaret sicili kapsamında yapılan işlemlerin TTK ve TSY hükümleri uyarınca da KVKK kapsamında olduğunun kabul edildiği söylenebilecektir.

Bu tespitin akabinde, ticaret sicili, MERSİS ve TTSG kapsamında veri sorumlusu sıfatının kimde olduğunu açıklamakta da fayda bulunmaktadır. KVKK m.3/1-(1)'de veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaç ve yöntemini belirleyen ve veri kayıt sisteminin kurulması ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda veri sorumlusu olarak nitelendirilecek kişilerin gerçek ya da tüzel kişi olması gerekmektedir.

TTK m.24/1'de ticaret sicili müdürlüklerinin ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odaları bünyesinde faaliyet gösterecek şekilde kurulacağı hükmolunmuştur. Dolayısıyla, ticaret sicili müdürlüklerinin kendilerine ait bir tüzel kişilikleri bulunmamakta, ticaret ve sanayi odalarının tüzel kişiliği altında faaliyet göstermektedirler¹⁸. Bu doğrultuda, ticaret sicili ticaret sicili müdürlüklerince tutulsa da veri sorumlusu sıfatı ticaret sicili müdürlüğünün faaliyet gösterdiği ticaret ve sanayi odasındadır¹⁹. Sicil kayıtlarını yapmakla görevli; sicil müdürü, müdür yardımcısı ve tescile yetkili personel ise Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca ilgili kullanıcı sıfatına haiz olacaklardır²⁰.

D. TİCARET SİCİLİNİN TUTULMASI SIRASINDA KVKK KAPSAMINDA ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Kişisel verilerin korunması amacıyla alınabilecek tedbirler, KVKK'nın çeşitli maddelerinde belirtilmiştir. Bu tedbirler kişisel verilerin (m.4, 5) ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine (m.6), kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine (m.7), kişisel verilerin yurt içinde ve yurt dışına aktarılmasına (m.8, 9), veri yükümlüsünün aydınlatılmasına (m.10), veri güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler (m.12) olarak sayılabilecektir.

¹⁴ Badur/Kurt Konca (n11) 479.

¹⁵ MERSİS'in devreye girmesi öncesinde de, ticaret sicili kayıtları el ile kaydedilmekle birlikte belirli bir sistematik çerçevesinde gerçekleştiğinden KVKK kapsamında kişisel verilerin işlenmesi olarak değerlendirilebilecekti. Badur/Kurt Konca (n11) 479; Korkmaz (n11) 91; Başalp (n12) 30; Taştan (n12) 46-47.

¹⁶ Seçer (n10) 348.

¹⁷ Tapu siciline ilişkin benzer görüş için bkz. Seçer (n10) 348.

¹⁸ Demirel (n1) 106-107.

¹⁹ Veri sorumlusu sıfatına sahip olmak için verinin doğrudan sorumlu tarafından işlenmesine gerek bulunmamaktadır. Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri (Seçkin Yayın-cılık 2022, Ankara) 79.

²⁰ 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Doğru Bilinen Yanlıklar (KVKK Yayınları 2020, Ankara) <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6722/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar>>, 21, s.e.t. 20 Kasım 2024.

Ticaret sicili, MERSİS ve TTSG kapsamında kişisel verilerin kaydedilmesinin kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olduğu ve ticaret sicilinin KVKK m.28'de sayılan istisnalardan olmadığı bir önceki başlıkta belirtilmiştir. Bu doğrultuda, ticaret sicili kapsamında işlenecek ve işlenmiş kişisel verilerle ilgili KVKK'da belirtilen kurallara uyulması gerekmektedir. Kişisel verilerin silinmesi, aktarımı gibi hususlar üzerinde ikinci kısımda durulacaksa da kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin önem arz eden ve tartışılan hususların açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

1. Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Önlemler

Ticaret siciline kaydı gereken hususlar TTK ve ilgili mevzuatta belirtilmiş, bu hususların tesciline ilişkin detaylı düzenlemelere ise TSY'de yer verilmiştir²¹. Mevzuatta ticaret siciline tescil edilmesi belirtilen olgular dışındaki olguların sicile kaydı mümkün değildir²². TTK m.32/1'de; sicil müdürünün tescil için aranan kanuni şartların varlığını incelemekle yükümlü olduğu hükümlenmiş, TSY m.34/1-a ve b'de de; tescili istenen olgunun kaydının gerekip gerekmediği, tescil isteminin Kanun ve bu Yönetmelikte öngörüldüğü şekilde ve mevzuatta belirtilen kişiler tarafından yapıp yapılmadığının ticaret sicili müdürünce inceleneceği düzenlenmiştir²³.

Kişisel veri içeren hususlar bakımından da, KVKK m.4/2-ç'de kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı olarak, sınırlı ve ölçülü bir biçimde işlenmesi gerektiği hükümlenmiştir²⁴. Bu doğrultuda yalnızca ilgili mevzuatta ticaret siciline kaydedilmesi

gerektiği belirtilen hususlar ticaret siciline kaydedilmelidir. Örneğin, tacirin adı, soyadı, yerleşim yeri gibi kişisel verileri sicile tescil edilmesi gerektiği belirtildiğinden sicile kaydedilebilecek, medeni hali, doğum yeri vb. bilgiler ise sicile kaydı öngörülmediğinden ticaret siciline tescil edilemeyecektir.

Sicile kaydedilen ve ilan edilen bilgilerin kötüye kullanımının engellenmesi için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Örneğin, TSY m.41/2'de; TSY uyarınca tescil edilen gerçek kişilere ait kimlik numaralarının ilan edilmeyeceği belirtilmiştir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 9'uncu maddesinde, nüfus kayıtları ve bu kayıtların tutulmasına dayanak olan belgelerin gizli olduğu belirtilmiş ve nüfus kayıtlarına bu bilgileri işleyen memurların ve Kimlik Paylaşımı Sistemi kapsamında bu kayıtlardan faydalanan diğer görevlilerin de Kanunda belirtilen gizliliğe uymak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda, MERSİS'te yapılan sorgularda ve TTSG'de yapılan ilanlarda, kimlik numarası ve açık adres bilgilerine yer verilmemesi gerekmektedir. Nitekim MERSİS kayıtlarında ve TTSG'de yer alan ilanlarda, kimlik numaraları ilk üç ve son iki rakamı açık diğer rakamların üstü çizilmek suretiyle, yerleşim yeri bilgisi de il ve ilçe ismi yazılmak suretiyle belirtilmektedir²⁵.

2. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Önlemler

Ticaret sicilinde, özellikle sicilde saklanan senet ve belgelerde özel nitelikli kişisel verilerin bulunması ihtimali mevcuttur. Daha önce belirtildiği üzere, TTK m.35/2'de, herkesin ticaret sicilini ve sicil müdürlüğünde muhafaza edilen tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği hükümlenmiştir. Doktrinde incelemenin; sicil esas defteri, gelen giden defteri, ihtar ve ceza defteri, diğer defterler, fihristler, limited şirket ortaklar listesi, anonim şirket genel kurul zabıtları, dilekçeler, dilekçe eki senet ve belgeler vb. kapsadığı ifade edilmiştir²⁶. Hal böyleyken sicilde

da Genel İlkeler' (2020) C. 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 47, 60.; Taştan (n12) 51.

²⁵ Anonimleştirme olarak adlandırılan bu yöntem, veri minimizasyonunun sağlanması için tercih edilen yöntemlerden biridir. Yücedağ (n24) 60.

²⁶ Bilge (n1) 152; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n1) 359; Akdağ Güney (n2) 48.

²¹ TTK dışında, TBK m.547/2, İİK m.166 gibi hükümlerde de tescili gereken hususlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bozer/Göle (n7) 352; Aydın Çelik, 'Anonim Ortaklıkların Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliklerinde Bakanlığın İzin Yetkisinin Sınırlandırılması Karşısında Sicil Memurunun İnceleme Yetkisi' (2005) (2) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 27, 32.

²² Arkan (n8) 266; Kayıhan (n1) 362; Eminoğlu (n3) 70.

²³ Karayalçın (n3) 5; Eminoğlu (n3) 64 vd.

²⁴ 2016/679 sayılı Yönergede veri minimizasyonu olarak belirtilen bu ilkeyle, kişisel verilerin işlendikleri amaçla orantılı olarak ve gerektiği ölçüde işlenmesi amaçlanmaktadır. Ticaret sicili bakımından da Kanun'un işlenmesini öngördüğü kişisel veriler ticaret sicilinin amacıyla doğru orantılı biçimde ve kamuoyunun aydınlatılması için paylaşılması gerektiği oranda paylaşılmalıdır. Nafiye Yücedağ, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamın-

mevcut özel nitelikli kişisel verilerin üçüncü kişilerce görülmesi ihtimali mevcuttur. Bu nedenle, özellikle sicilde mevcut senet ve belgelerde yer alan özel nitelikli kişisel verilerin durumunun tartışılmasında bu bilgilere üçüncü kişilerce erişilip erişilemeyeceği ve bu bilgilerin aleniyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

KVKK'nın özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarını düzenleyen 6'ncı maddesinde; kişilerin ırk, etnik köken, siyasi düşüncesine, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançlarına, kılık kıyafetine, dernek, vakıf ya da sendika üyeliğine, sağlığına, cinsel hayatına, ceza mahkûmiyetine ve güvenlik tedbirlerine ilişkin verileri ile biyometrik ve genetik verilerinin özel nitelikli kişisel veri olduğu ifade edilmiştir²⁷.

Özel nitelikli kişisel veriler kişilik haklarının özüne ilişkin olması sebebiyle daha fazla koruma altına alınmış, işlenebilmeleri için özel birtakım şartlar öngörülmüş ve ancak KVKK m.6'da belirtilen şartların bulunması halinde işlenmeleri mümkün kılınmıştır²⁸. Bu kapsamda özel nitelikli kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızasının olması, kanunlarda açıkça öngörülmesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması gibi hallerde işlenebileceği belirtilmiştir²⁹. KVKK m.6/4'te de, özel nitelikli kişisel veriler işlenirken, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiş, Kişisel Kurul'un 31/01/2018 tarihli ve 2018/10 sayılı Kararı ile de "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler (Önlemler) belirlenmiştir³⁰.

Ticaret sicili bakımından konu değerlendirildiğinde, sicilde yer alabilecek özel nitelikli kişisel verilere, kişinin mahkûmiyetine, TCK m.53 uyarınca belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına, kısıtlanmasına, cinsiyet değiştirmesine ve isim değiştirmesine ilişkin veriler örnek gösterilebilir³¹. Bu veriler ticaret sicilinde ya da tescile dayanak belgelerde yer alabilecektir.

Mevcut TTK hükümleri ve TSY düzenlemeleri çerçevesinde sicil kaydı ve sicil müdürlüğünde tutulan bilgi ve belgeler sicilin aleniyeti kapsamında olmakla birlikte bu durum 6698 sayılı Kanunda belirtilen şartlara ve Kurumca belirlenen Önlemler'e uyulmayacağı anlamına gelmemektedir.

Bu doğrultuda, ticaret sicili kapsamında işlenen özel nitelikli kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından incelenmesinde somut olaya göre hareket edilmesi ve özellikle KVKK m.4/2-ç'de belirtilen "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" şartının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu doğrultuda, ticaret sicilinin amacı doğrultusunda üçüncü kişilerce bilinmesinde fayda olmayan verilerin işlenmemesi, sicilde ya da sicil müdürlüğünde saklanan senet ve belgelerde mevcut olmakla birlikte üçüncü kişilerce bilinmesi gerekmeyen özel nitelikli kişisel verilerin incelemeye kapalı tutulması gerektiği düşünülmektedir.

Örneklerle konu açıklanacak olursa, mahkûmiyet nedeniyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılan bir kişinin limited şirket müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin genel kurul kararının ticaret siciline tescili halinde, sicile kaydedilen müdür değişikliği kararı üçüncü kişilerce incelenebilecektir. Tescilin dayanağı olan genel kurul kararı da üçüncü kişilerce incelenebilecektir. Ancak genel kurul kararı ile birlikte belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ve mahkûmiyet kararı da sicile sunulduğu takdirde, kararın mahkûmiyete ilişkin kısmının ve bu kısımda yer alan özel nitelikli kişisel verinin işlenmesinin ticaret sicilinin tutulma amacıyla örtüştüğü söylenemeyecektir. Bu durumda, kararın mahkûmiyete ilişkin kısmının kapatılması suretiyle bu verinin üçüncü kişilerce bilinmesinin önüne geçilebilecektir.

²⁷ Akkurt (n11) 21; İrmak Erdoğan, Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri (Seçkin Yayıncılık 2022, Ankara) 73.

²⁸ Mesut Serdar Çekin, '6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi' (2016) (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 629, 635; Korkmaz (n11) 111-112; Taştan (n12) 43.

²⁹ GDPR m.9'da da özel nitelikli kişisel veriler olarak adlandırılan verilerin işlenmesi yasaklanmış, sadece belirli durumların varlığı halinde bu verilerin işlenmesine izin verilmiştir. <<https://gdpr-info.eu/art-9-gdpr/>> s.e.t. 20 Ağustos 2024.

³⁰ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10>> s.e.t. 20 Temmuz 2024.

³¹ BGH 03.02.2015, II ZB 12/14, s.e.t. 16 Temmuz 2024.

Tacirin akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanması halinde de benzer bir durum söz konusudur. Tacirin kısıtlandığı ve kendisine yasal temsilci atandığı hususu sicile tescil edilecek ve üçüncü kişilerce bu bilgilere erişilebilecektir. Ancak, kısıtlanmaya ilişkin mahkeme kararında yer alan sağlık verilerine üçüncü kişilerce erişilebilmesinin ticaret sicili kapsamında yapılan işleme faaliyetinin amacı ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu söylenemeyecektir³². Bu halde de kararın sağlık verisi içeren kısmının kapatılması suretiyle üçüncü kişilerin incelemesine tutulması yöntemi benimsenebilecek ya da nüfus müdürlüğünden alınan karar sicil müdürlüğüne sunularak özel nitelikteki sağlık verilerinin işlenmesinin ve bu verilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesinin önüne geçilecektir.

Konuya ilişkin başka bir örnek olarak kişinin cinsiyet ve isim değiştirmesi verilebilecektir. Üçüncü kişiler sicil kaydını inceleyerek isim değişikliğini öğrenebileceklerdir. Ancak tescile dayanak belge olarak isim değişikliğine ilişkin nüfus müdürlüğü ya da mahkeme kararının sunulması gerekmektedir³³. Bu durumda üçüncü kişilerin isim değişikliğini ve buna dayanak belgeleri inceleyebilmesi gerekmektedir. Ancak, özellikle mahkeme kararında cinsiyet değişikliği hususunun belirtilmesi muhtemeldir. Bu nedenle mahkeme kararının isim değişikliğine ilişkin kısmının incelenmesi ticaret sicili kapsamındaki işleme faaliyetinin amacıyla ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşacaksa da mahkeme kararının cinsiyet değişikliğine ilişkin kısmı yönünden aynı şey söylenemeyecektir.

Bu örnekte isim değişikliğinden de kişinin cinsiyet değiştirdiği hususu anlaşılacağı bu sebeple mahkeme kararının tümünün incelemeye açık tutulmamasında hukuki yarar olmadığı düşünülecekse de her durumda cinsiyet değişikliğinin anlaşılacağı söylenemez. Örneğin sadece sicil kaydı incelendiğinde bu husus anlaşılacaktır ya da isim değişikliği sonucu tercih edilen isim her iki cins tarafından da kullanılan bir isimse yine cinsiyet

değişikliği anlaşılabilir. Konu Alman Federal Mahkemesinin bir kararında da tartışılmıştır. Somut olayda, ticaret sicilinde cinsiyet ve isim değişikliği zikredilmeksizin, “*Bayan ... tarihinde itibaren şirketin genel müdürüdür.*” şeklinde bir kayda yer verilmiştir. Davacının eski kayıtlarda da doğum tarihi ve soyadı bulunduğu cinsiyet değiştirdiği hususunun anlaşılacağı gerekçesiyle eski kaydın silinmesi talebi sicilin tamlığı, sicile güven ilkesi ve kamu yararı gerekçeleriyle reddedilmiştir³⁴.

Diğer taraftan, örnek verilen özel nitelikli kişisel verilerin mahkeme kararına konu olan hususlar olduğu gözetildiğinde, mahkeme kararlarının aleni olduğu, aleni olan bir kararın sicilde incelenmesinin engellenmesinin hukuka aykırı olacağı da düşünülebilir. Zira, Anayasa'nın 141'inci maddesinde, HMK m.28'de ve CMK m.182'de duruşmanın ve kararların bildirilmesinin aleni olduğu vurgulanmıştır. Yine Yargıtay Kanunu m.58, Danıştay Arşiv Yönetmeliği m.23 vd., Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.202'de dosyaların incelenmesi ve kararlardan örnek alınmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir³⁵. Ancak ilgili mevzuatın tetkikinden de görüleceği üzere kararların aleniliğin mutlak bir durum arz etmemektedir. Kararların incelemeye açık tutulması belirli kişiler ve durumlar bakımından kısıtlanmıştır. Ayrıca, Resmi Gazete'de yayımlanan kararlar dahi sınırlı sayıda belirtilen hallere ilişkin olup yayımlanan bu kararların dahi Anayasa Mahkemesi'nce verilen bireysel başvuru kararları hariç olmak üzere (ilgilinin talebi halinde bu kararlarda da kişisel veriler gizlenmektedir.) kararlarda yer alan kişisel veriler gizlenerek yayımlandığı görülmektedir.

Bu sebeple, TTK'da sicil aleniyeti konusunda herhangi bir ayırım olmasa da KVKK ve Kurum-

³² Kişinin kısıtlanmasına ve vasi atanmasına ilişkin kararların ilanının kişilik hakkı ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Necati Şükrü Bayramoğlu, 'Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu ve İlan Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu' (2020) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 473-510.

³³ <<https://www.samsuntso.org.tr/tescil/Ad-soyad-vs-degisiklik-islemleri-6088-6088.htm>> s.e.t. 26 Kasım 2024.

³⁴ BGH, 03.02.2015, II ZB 12/14, s.e.t. 16 Temmuz 2024.

³⁵ “Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 70'inci maddesinin birinci fıkrası ile ilgili açılan davada Danıştay Onuncu Dairesinin 11/4/2019 tarihli ve Esas No: 2015/5331; Karar No: 2019/2829 sayılı kararında “Dava ile ilgili olanların dosya inceleme usulünün ve gizli veya kişisel verileri içeren ya da ticari sır niteliğindeki belge ve tutanakların incelenmesinin dava dosyalarının taraflarınca incelenmesinden nitelik itibarıyla farklı olduğu,” şeklindeki değerlendirmesi de bu yöndedir.”

ca belirlenen Önlemler doğrultusunda somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda, üçüncü kişilerce bilinmesinde fayda bulunmayan özel nitelikli kişisel verilerin sicilde ayrı olarak tutulması, incelemeye kapalı tutulması ya da bilgi ve belgede mevcut özel nitelikli kişisel verinin gizlenmesi gibi yöntemler izlenebilecektir. Nitekim ticaret sicilinin aleniliği ile amaçlanan sicil kaydının ve kaydın dayanağı senet ve belgelerin üçüncü kişilerin incelemesine açık olmasıdır. Bu sayede bir husus sicilde kayıtlı olup olmadığı öğrenilebilmekte ve kayıtlı ise kaydın gerekçesine ulaşılabilir. Aleniyetin sınırsız biçimde uygulanması halinde bu kez kişisel veriler bakımından dengenin bozulması söz konusu olacaktır.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI MEVZUATI KAPSAMINDA TİCARET SİCİLİ VE SİCİLDEKİ VERİLERİN HUKUKİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TİCARET SİCİLİNİN ALENİYETİNİN KVKK'YA AYKIRI OLUP OLMADIĞI

Ticaret sicili ile ticaret hayatı için önem arz eden bazı bilgilerin ticaret sicili aracılığıyla kamuoyuna sunulması, böylelikle ticari ilişkilerde ihtiyaç duyulan belirlilik ve güvenin tesisi amaçlanmaktadır³⁶. Tacirle ve ticari işletmeyle ilişki içerisinde bulunan ya da ilişkide bulunmayı düşünen kişiler için tacirin ve ticari işletmenin yapısı, ekonomik durumu gibi hususlar önem taşıdığından³⁷, ticaret sicilinin aleni olduğu kabul edilmiş, TTK'nın 35'inci maddesi ve TSY'nin 15'inci uyarınca ilgili olması gerekmeksizin herkesin sicil kayıtlarına ve sicilde mevcut bilgi ve belgelere erişebilmesine imkan tanınmıştır.

Ticaret siciline tescil başvurusunda sicil müdürlüğüne sunulan, sicil kaydında yer verilen ve TTSG'de ilan edilen belirli ya da belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin bilgilerin KVKK kapsamında kişisel veri olduğunu ifade etmiştik. Peki herkesin, ticaret sicilini ve müdürlükte muhafaza edilen tüm senet ve belgeleri inceleyebilmesi, sicilde bulunan veya bulunmayan hususlara ilişkin onaylı belge talep edebilmesi, ticaret siciline kaydedilen olguların TTSG'de ilan edilmesi KVKK'ya aykırılık teşkil etmekte midir?

KVKK'nın 4'üncü maddesinde kişisel verilerin işlenmesi sırasında uyulması gereken genel ilkeler belirtilmiştir. Bu ilkelerle katı kurallar konulmama- la birlikte kişisel verileri korumaya yönelik olarak genel olarak uyulması gereken hukuki çerçeve çizilmiştir³⁸. Bu ilkeler uyarınca kişisel verilerin; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde, doğru ve gerektiğinde güncel, belirli, açık ve meşru amaçlar için, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar saklanmak şartıyla işlenebileceği hükümlenmiştir.

KVKK'nın kişisel verilerin işleme şartlarını düzenleyen 5'inci maddesinin birinci fıkrasında da kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan işlenemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, sınırlı sayıda belirtilen bazı hallerde kişisel verilerin işlenmesine izin verilmiş ve bu haller hukuka uygunluk sebebi olarak zikredilmiştir. Nitekim, KVKK m.5/2'de sayılan bazı hallerde açık rızanın aranmayacağı ifade edilmiştir. KVKK m.5/2'de kişisel verilerin işleme şartları düzenlenmiş olup hüküm gereği kişisel veriler kanunlarda açıkça öngörülmesi, veri sorumlusunun hukuki sorumluluğunun yerine getirilebilmesi için zorunlu olması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için zorunlu olması hallerinde kişisel verilerin işlenebileceği hükümlenmiştir.

Kanunda sayılan hukuka uygunluk sebepleri değerlendirildiğinde ticaret sicilinde, sicilde mevcut belge ve senetlerde, MERSİS'te ve TTSG'de işlenen veriler bakımından, bu verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi ve ticaret sicili müdürlüklerine yüklenen hukuki sorumlulukların yerine getirilmesi maksadıyla işlendiği söylenebilecektir³⁹.

Bilindiği üzere, ticaret siciline tescili gereken hususlar TTK ve ilgili mevzuatın muhtelif hükümlerinde düzenlenmiş, TSY'de de mevzuatta tescili öngörülen hususların ticaret siciline kaydında hangi bilgilere yer verileceği açıklanmıştır⁴⁰. Bu nedenle ticaret hayatında taşıdığı önem dolayısıyla birtakım

³⁶ Bilge (n1) 150.

³⁷ Bilge (n1) 149.

³⁸ Yücedağ (n24) 48; Korkmaz (n11) 99.

³⁹ Balkan (n4) 234.

⁴⁰ Eminoğlu (n3) 70; Kayıhan (n1) 362.

bilgilerin ticaret siciline kaydedilmesi ve kaydedilen bu hususların MERSİS'te yayınlanması ve TTSG'de ilanı kanuni bir zorunluluğun sonucudur.

Mevcut hükümler doğrultusunda, ticaret siciline kaydı gereken bilgilerin kişisel veri niteliğine haiz olması, bu bilgilerin sicile kaydedilmesine ve aleni hale getirilmesine engel değildir. Bu nedenle, kanunen sicile kaydı gereken -özel nitelikli kişisel veriler dışındaki- kişisel verilerin alenileştirilerek hem kayıt sahibinin hem de üçüncü kişilerin menfaatinin korunmasının amaçlanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. TTK m.36 ile herkese sicil kayıtlarını bilme yükümlülüğü, ilgililere de sicile tescil yükümlülüğü yüklenildiği göz önünde bulundurulduğunda, sicilde yer alan kayıtların incelenmesinin sınırlanmasının kabul edilebilir bir durum olmadığı söylenebilir⁴¹.

Bu doğrultuda, -özel nitelikli kişisel veriler dışındaki- kişisel verilerin, ticaret siciline kaydı, sicil kaydının, elektronik sicilin ve sicil müdürlüğünde saklanan senet ve belgelerin üçüncü kişilerin incelemesine ve örnek almasına açık olması ve tescil edilen hususların ilan edilmesi, ilgilinin açık rızası olmaksızın da yapılabilecektir⁴².

Nitekim, ticaret sicili bakımından kamunun yararı bireyin yararından üstün tutulmuş ve ticaret hayatında güvenin sağlanabilmesi için bu kayıtların tutulması ve kişilerin erişimine açık olması tercih edilmiştir. Yine, kişisel veri niteliğindeki bu verilerin üçüncü kişilerin erişimine sunulması, çoğunlukla kişisel verisi paylaşılan kişi bakımından da yararlıdır. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere TTK m.36/3 uyarınca üçüncü kişiler, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine öne süremeyecek⁴³, m.36/4 uyarınca da tes-

cili zorunlu iken tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu olmasına karşın ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir⁴⁴. Yani, sicile tescil edilen bu bilgiler sayesinde kişi sicilde kayıtlı hususları üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmekte, tescili zorunlu hususların sicile kaydedilmemesi halinde ise bu imkândan faydalanılamamaktadır. Dolayısıyla ticaret siciline kayıt ve bu sicilin aleniyeti kayıt ilgisinin de menfaatine sonuç doğurmaktadır⁴⁵. Bu kapsamda, ticaret sicili kapsamında kişisel verilerin işlenmesinde hukuka aykırılık olmadığı düşünülmektedir.

Kurul'un 06.01.2022 tarihli ve 2022/6 sayılı kararında⁴⁶ da eski ortağı olduğu şirkete ait bilgilerde ismine yer verildiği, bu şirketle bağının kalmadığı dolayısıyla isminin sicil kaydından silinmesini talep eden başvurunun talebi, başvurunun kişisel verisinin kanunlarda açıkça öngörülme ve veri sorumlusunun hukuki sorumluluğunu yerin getirilmesi için zorunlu olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Alman Federal Mahkemesinin (BGH) bir kararında da, limited şirket (GmbH) genel müdürü olan davacının, ticaret sicilinde yer alan doğum tarihi ve yerleşim yeri bilgilerinin güvenlik endişesi nedeniyle silinmesine ilişkin talebinin reddine karar vermiş, gerekçede genel müdürlerin doğum tarihi ve yerleşim yeri bilgisinin sicile kaydının zorunlu olduğu, zira, genel müdürün şirketin yetkili temsil organı olduğu, ve şirketi temsile yetkili kişinin net bir biçimde tespit edilebilmesi için şirket genel müdürünün tam adının, doğum tarihinin ve ikamet yerinin tescili, depolanması ve açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. Genel müdürlere ait kişisel verilere sicilde yer verilmesinin üçüncü kişilerin artan ekonomik risklerinin dengelenmesi, sicilin doğruluğunun sağlanması ve ticaret hayatının düzgün bir şekilde işlemesi için gerekli olduğu belirtilmiş, bu nedenle de genel müdürlerin

nın Değerlendirilmesi'(2022) (4), Ankara Barosu Dergisi 137, 147-148; Necla Akdağ Güney, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri'(2011) (1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 39, 41-42.

⁴¹ Tapu siciline ilişkin bezer görüş için bkz. Seçer (n10) 350.

⁴² Kişisel verilerin korunması sınırsız bir korumayı ifade etmemektedir, kanunlarda açıkça öngörülmesi durumunda, üstün kamu yararının bulunduğu hallerde yapılan işleme faaliyeti açık ve ölçülü olmak şartıyla hukuka uygun kabul edilmektedir. Korkmaz (n11) 148.

⁴³ Karayalçın (n3) 14; Bilge (n1) 168 vd.; Erol Ulusoy, 'Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili - Ticaret Sicili Bilgi Bankası- İnternet Sayfası' Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Birinci Cilt Ticaret Hukuku (Vedat Kitapçılık 2007, İstanbul) 89, 101; Akın Ünal, 'Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları' (2006) Legal Hukuk Dergisi 1395, 1397; Murat Cangül, 'Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluya Hak Kaybı-

⁴⁴ Bilge (n1) 186 vd.; Karayalçın (n3) 17; Ünal (n43) 1401.

⁴⁵ Ulusoy (n38) 101; Akdağ Güney (n43) 42.

⁴⁶ <<https://www.kvkk.gov.tr/lcerik/7291/2022-6>> s.e.t. 15 Temmuz 2024.

-tehlike altında olsalar dahi- kişisel verilerinin paylaşılmasına katlanmaları gerektiğine karar verilmiştir⁴⁷.

ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı)'ın 2017 tarihli bir kararında⁴⁸ da kamu kurumlarının kanuni yükümlülükler kapsamında gerçekleştirdikleri veri işleme faaliyetlerinin karar tarihinde yürürlükte bulunan 95/46 sayılı Yönergenin 7/1-e maddesinde yer verilen -kamu yararını gerçekleştirmek üzere resmi bir görev kapsamında- gerçekleştirilen faaliyet çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, zira herkesin bilgi edinmek, yatırım kararı almak ve ticari ilişkileri ile ilgili karar vermek gibi amaçlarla ticaret sicili kayıtlarına ulaşabilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹.

Kararda ayrıca, bir takım kişisel verilerin ticaret sicilinde işlenmesinin üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatleri bakımından gerekli olduğu belirtilmiş, ticaret sicilinin şirketler ile ilgili bilgi sağlama fonksiyonu üstlendiği, şirketlerin sınırlı sorumluluğu nedeniyle ancak şirketlerin malvarlığı ile sorumluluğu söz konusu olduğundan, üçüncü kişilerin şirkete ve şirketin temel organlarına ilişkin verilere ulaşmada meşru menfaatleri olduğu ifade edilmiştir.

B. TİCARET SİCİLİ MÜDÜRLÜĞÜNCE KİŞİSEL VERİLERİN DİĞER KURUM VE KURULUŞLARA AKTARILMASI

Ticaret hayatı için önem arz eden bilgilerin ticaret siciline tescili gerektiğinden, birçok bilgi ilk kez ticaret siciline tescili anında öğrenilmiş olmaktadır, bu bilgilerin diğer kurum ve sicil müdürlükleri bakımından taşıdıkları önem dolayısıyla çeşitli mevzuat hükümleri ile ticaret siciline kaydedilen hususların ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilmesi gerektiği düzenlenmiş, böylece, diğer kurum ve kuruluşların da önemli bu bilgilere hızlı bir biçimde erişmesine imkan sağlanmıştır⁵⁰.

⁴⁷ BGH 23.01.2024, II ZB 7/23, s.e.t. 16 Temmuz 2024.

⁴⁸ ECJ 09.03.2017, C-398/15, s.e.t. 09 Ağustos 2024.

⁴⁹ Karara ilişkin detaylı değerlendirme için bkz. Balkan (n4) 219-232. Kararda dikkat çekici bir başka husus sicile tescil edilen verinin tescil ile aleni hale geldiğinin vurgulanması ve bu verilerin ilgilisince aleni hale getirilen kişisel veri olarak işlenmesinde hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmektedir. Türk doktrininde ise kamuya duyurulmuş ve alenileşmiş verilerin dahi kişisel verilere ilişkin koruma kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Çelikel (n19) 59; Akkurt (n11) 26.

⁵⁰ Fahri Özsungur, 'Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmi Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri' (2014) 63(3) AÜHFHD 623, 623.

TTK (TTK m.27/2), Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY) m.31, 65/3, 70/2, 74/3, 91/3, 95/2, 125/1-b, 125/6, 127/2, 127/5, 129/4, 127/6, 129/7, 131/3, 135/5, Vergi Usul Kanunu m.153'te, Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 11/4-c-3 ve 14/3-e-f-g), Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (m.4) ile ticaret sicil müdürlüklerine; diğer ticaret sicil müdürlüklerine, vergi dairelerine, tapu, gemi ve fikri mülkiyet ile benzeri sicillere, SGK'ya ve Ticaret Bakanlığına bildirim yapma yükümlülüğü yüklenmiştir⁵¹.

Diğer taraftan, TSY m.20'de, mahkemelerin, cumhuriyet savcılıkları ve denetim elemanlarının müdürlüklerden, sicilde mevcut belge asıllarının kendilerine verilmesini talep edebileceği, bu halde talep edilen evrakın yetkili makamlara teslim edileceği, evrak elektronik ortamda arşivlenmiş ise, yetkili makama elektronik ortamda erişim hakkı da tanınabileceği düzenlenmiştir.

Ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulan kişisel veri niteliğindeki bu verilerin, yukarıda zikredilen, kurum, kuruluş, mahkemeler, savcılıklar ve denetim elemanları ile paylaşılması KVKK kapsamında bir aktarım niteliğindedir.

Nitekim, KVKK m.3/1-e'de, aktarım faaliyetinin de kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Kanun'un 8'inci maddesinde ise kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamayacağı belirtilmiş ancak 5'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde ve yeterli önlemleri almak kaydıyla 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerde ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılabileceği hükümlenmiştir.

Bu doğrultuda, ticaret sicili müdürlüklerince yapılacak aktarımlarda 8'inci maddede belirtilen kurallara uyulması gerekmektedir. Ticaret siciline kayıtlı kişisel verilerin işlenmesi bakımından ilgililerin açık rızasının bulunduğu söylenemeyecektir. Bu durumda, Kanun'un 5/2 ve 6/3'üncü maddelerindeki koşulların var olup olmadığı değerlendirilmelidir.

⁵¹ Özsungur (n50) 625-640.

Konunun girişinde de belirttiğimiz üzere, ticaret sicilinin tutulması, verilerin MERSİS'e kaydı ve üçüncü kişilerin erişimine açılması ve yine sicile tescil edilen olguların TTSG'nde ilanı TTK'nın hükümleri doğrultusundadır. Sicile kayıtlı olguların ve mevzuatlarda belirtilen yükümlülükler kapsamında diğer kurum ve kuruluşlarla paylaşılması da 5/2 ve 6/3'üncü maddelerde belirtilen ve açık rıza alınmasının gerekmediği istisnai hükümler kapsamındadır. Nitekim, yapılan aktarımların çoğunlukla kanun kapsamında, veri sorumlusunun hukuki sorumluluğunun yerine getirebilmesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması ya da istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki sorumlulukların yerine getirilmesi için zorunlu olması nedeniyle gerçekleştirildiği düşünülmektedir. Örneğin, VUK m.153'te bildirilen bildirim yükümlülüğü Kanun kapsamında, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği uyarınca yapılan bildirim sosyal güvenlik alanındaki hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olması nedeniyledir. Bu şekilde benzer mevzuatta öngörülen yükümlülüklerin tümü veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Bu nedenle, mevzuatla ticaret sicili müdürlüğe yüklenen bildirim yükümlülüklerinin KVKK'ya aykırı olmadığı düşünülmektedir.

Buna karşın, her bir somut olay bağımsız olarak değerlendirilmeli, her bir kişisel veri bakımından, işleme şartlarının mevcut olup olmadığı göz önünde bulundurulmalı, Kanuna uygun olmayan hallerde verilerin işlenmemesi ve diğer kurum ve kuruluşlarla paylaşılmaması gerekmektedir. Kanun'un 8'inci maddesi kapsamında değerlendirilemeyen ve ticaret sicilinin aleniyeti olarak değerlendirilemeyen bilgilerin diğer kurum ve kuruluşlarla paylaşılmaması gerekmektedir.

Nitekim Kurul'un 22.04.2020 tarihli ve K: 2020/307 sayılı Kararında da; müdürlükler nezdinde tutulan kişisel verilerin çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılması bir "aktarım" faaliyeti olduğu ifade edilerek, ticaret sicilinin aleni olmasının sicilde yer alan kişisel verilerin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinden muaf olacağı anlamını taşımadığı, bu nedenle müdürlüklerce aktarımların Kanununun 8'inci maddesinde yer alan dü-

zenlemeye uygun biçimde yapılması ve sicilde aleni olarak işlenen verilerin işlenmesi noktasında aleniyet amacına bağlı kalınması gerektiği belirtilmiştir.

Bu nedenle, ticaret sicili müdürlüklerince aktarılan kişisel veriler bakımından her bir aktarım faaliyeti için kanuni şartların mevcudiyeti değerlendirilmeli, şartların mevcut olmadığı hallerde aktarımdan kaçınılmalıdır.

C. TERKİN EDİLEN KAYITLARDA YER ALAN KİŞİSEL VERİLERİN DURUMU

TTK m.31 ve TSY m.29'da tescil edilmiş olgularda meydana gelen her türlü değişikliğin de tescil edileceği, tescilin dayandığı olgu veya işlemlerin kısmen ya da tamamen sona erer ya da ortadan kalkarsa sicildeki kaydın da kısmen ya da tamamen silineceği hükmolunmuştur.

TSY m.28/2'de de değişiklik, tescil edilmiş bir olguda meydana gelen değişiklik dolayısıyla sicildeki kayıtların değiştirilmesi veya düzeltilmesi; silinme ise tescil edilmiş olan bir olgunun ortadan kalkması veya sona ermesi sebebiyle bu olguya dair kayıtların silinmesi olarak tanımlanmıştır.

KVKK'nın "Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi" başlıklı 7'nci maddesinde; Kanuna uygun olarak işlene dahi, kişisel verilerin işleme sebeplerinin ortadan kalkması halinde veri sorumlusunca kendiliğinden ya da ilgisinin talebi halinde silineceği, yok edileceği ya da anonim hale getirileceği hükmolunmuştur. Dolayısıyla işleme amacının gerçekleşmesi, işleme amacıyla ilgisinin sona ermesi ya da işleme amacı sona eren kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesi gerekmektedir⁵².

Ticaret sicili bakımından konu incelendiğinde, sicil kaydının değişmesi ya da silinmesi ile silinen bilgilere artık sicil kaydında yer verilmese de, sicil defter, belge ve senetlerinde bu bilgiler kalmaya devam etmektedir. TSY 13/3'te de elektronik ortamda yapılan kayıtların, sicile kayıt tarihine göre sıralı biçimde ve güncel olan kayıtlar aktif olarak gözükecek şekilde, değişen veya silinen kayıtlar ise pasif olarak, istendiğinde erişilebilecek, ancak üzerinde herhangi bir değişiklik yapılamayacak şekilde tutulacağı dü-

⁵² Yücedağ (n24) 60.

zenlendiğinden, bir kayıt silinse dahi pasif olarak MERSİS'te gözükmeye devam etmektedir⁵³. Ayrıca, TTSG veri tabanında da eski kayıtlara erişilebildiğinden, silinmiş olan kayıtlar bu sistem üzerinden de görülebilmektedir.

Bu nedenle ticaret sicili kaydının değiştirilmesi ya da silinmesi halinde dahi değiştirilen ya da silinen bu kayıta mevcut kişisel verilerin işlenmeye devam edilmesi ve üçüncü kişilerce bu verilere ulaşılabilmesinin KVKK'ya aykırılık teşkil edip etmediğinin de açıklanması gerekmektedir.

KVKK m.4/2-d'de kişisel verilerin ilgili mevzuatta öngörülen ya da işleme amacına uygun olarak gerekli olan süre kadar muhafaza edilebileceği belirtilmiş, m.7/2'de ise diğer kanunlardaki hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Doktrinde kişisel verilere ilişkin makul saklama süresinin tespiti için kişisel verinin işlenmesinin öngörüldüğü mevzuata bakılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴. TTK ve TSY'de ticaret sicil kayıtlarının saklanmasına ilişkin herhangi bir süre öngörülmediği gibi değiştirilen ve silinen sicil kayıtlarına ne kadar süre erişilebileceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır⁵⁵.

Bu kapsamda, ticaret sicilinde mevcut kişisel veriler bakımından özel bir saklama süresi öngörülmediğinden, kişisel verilerin işleme amaçları bakımından konunun değerlendirilmesi ve işleme amacıyla orantılı olarak gerekli makul süre kadar saklanması gerekmektedir⁵⁶. Bu da ancak her somut olay bakımından konunun değerlendirilmesi suretiyle tespit edilebilir⁵⁷. Mevcut yasal durumda, ticaret

sicili, MERSİS ve TTSG'de yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin makul süre bakımından bir değerlendirme yapmak ise mümkün değildir.

Zira, tacir veya ticari işletmeye ilişkin sicilde yer alan kayıtlar değiştirilse ya da silinse de değiştirilen ya da silinen kayıtlara erişebilmek ticaret hayatının düzgün bir biçimde işlemesi için gereklidir, sicil kaydının değişmesi ya da silinmesi bu kayıtlara ihtiyaç olmadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle sorumluların tespiti ve borçlardan sorumluluk bakımından bu kayıtlara erişilmesi önem arz etmektedir.

Konunun önemi birçok şekilde ortaya konulabilir. Örneğin, şirketlerinin ortakları, yönetim ve temsil organları değişse de bu kişilerin ortak ve yönetici oldukları dönemlere ilişkin sorumlulukları sürmektedir. Nitekim, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35'inci maddesinde; limited şirket ortaklarının, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından payları oranında doğrudan doğruya sorumlu oldukları, ortağın şirketteki payını devretmesi halinde, devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden devralan ortakla birlikte müteselsilen sorumlu tutulacağı hükümlenmiştir. Aynı Kanunun mükerrer 35'inci maddesinde de benzer düzenlemelere yer verilmiş, kanuni temsilcilerin tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından sorumlu oldukları ifade edilmiştir. Hal böyle iken kamu alacağının tahsil edilebilmesi için değişmiş ve silinmiş ticaret sicili kayıtlara erişilebilmesi gerekmektedir.

Ticari işletme bakımından da değişen ve silinen kayıtlara erişilmesi gerekmektedir. Zira, TBK m.202/2'de de bir ticari işletmenin devri halinde, devreden, devrin ilanı ve bildiriminden önce doğan borçlardan devralanla birlikte iki yıl daha müteselsilen sorumlu olduğu hükümlenmiştir. Bu süre muaccel borçlarda devrin üçüncü kişilere bildirilmesinden ya da ilan ile duyurulmasından, müaccel borçlarda muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır⁵⁸. Yani devrin üzerinden iki yıldan uzun bir süre geçse de yeni muaccel olan bir borçtan ötürü devreden sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁹.

⁵³ Bozer/Göle (n7) 353.

⁵⁴ KVKK'nın 05/12/2018 tarihli ve 2018/142 sayılı Kararı'nda; "... Veri sorumlusu banka nezdinde bulunan kişisel verilerin silinmesi ile ilgili Kuruma yapılan başvuru hakkında; 6698 sayılı Kanunun ilgili maddesi ile 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 42'nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda; ilgili kişinin bankalar nezdindeki son işlemi üzerinden 10 yıllık saklama süresi geçmediği dikkate alındığında, şikayetçinin talebine yönelik Kurumumuzca yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar verilmiştir. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5424/2018-142>> s.e.t. 05 Eylül 2024); Korkmaz (n12) 104.

⁵⁵ Ticaret Sicili Nizamnamesinin 4'üncü maddesinde saklanmasında fayda bulunmayan sicilde saklanan senet ve belgenin imha edileceği, imha şartlarının talimatname ile belirleneceği düzenlenmiştir. Karayalçın, s. 288.

⁵⁶ Balkan (n4) 231; Korkmaz (n11) 104.

⁵⁷ Balkan (n4) 231.

⁵⁸ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2022, Ankara) 62.

⁵⁹ Gökhan Çınar, Ticari İşletme Devri (Seçkin Yayıncılık 2024, Ankara) 206.

Tacirin ticareti terk etmesi durumunda bu kayıt ticaret sicilinden silinecektir ancak İİK m.44 uyarınca ticareti terk eden tacir bu hususun ilanından itibaren bir yıl süre ile iflas yolu ile takip edilebilecektir. İflas yolu ile takibi alacaklılar lehine birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin iflas yolu ile takip ile borçlu malvarlığının tümü ile takip edilmekte ve alacaklılar arasında daha adaletli bir paylaşım gerçekleşmekte⁶⁰, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmakta⁶¹, yine iflasın açılmasıyla -taşınmaz ipoteğiyle güvence altına alınmış alacaklar hariç olmak üzere- borçlar muaccel hale gelmektedir⁶². Bu halde de eski sicil kayıtlarına erişilebilmesinin önemli bir kez ortaya konulmuş olmaktadır.

Kollektif şirket ortakları ve komandit şirketin komandite ortakları bakımından da benzer bir durum söz konusudur. TTK m.263/1'de kollektif şirket ortağının şirketten çıkışa ya da çıkarılma dahi çıkma veya çıkarılma öncesinde başlamış işlemlerin hukuki sonuçlarından faydalanabileceği, borçlarından da sorumlu olacağı hükümlenmiştir⁶³. TTK m.328'de de kollektif şirketlerin sona ermesi, tasfiyesi ve ortakların şirketten çıkma ve çıkarılmasına ilişkin 243 ilâ 303'üncü madde hükümlerinin komandit şirketler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı durum komandit şirket ortakları bakımından da geçerli olacak, her iki şirket türü bakımından da ortaklıktan çıkan ya da çıkarılan kişiler çıkma ve çıkarılma öncesinde başlayan ve fakat hukuki sonuçlarını bundan sonra doğuran işlemlerin hukuki sonuçlarına katlanacaklardır⁶⁴.

Diğer yandan, borç ve alacaklar dışında da değiştirilmiş ya da silinmiş kayıtlara erişilebilmesi önem taşımaktadır. Nitekim ticaret hayatında güven önem taşımaktadır. Kişilerin ticari faaliyette bulunacakları kişilere ilişkin verilere ulaşabilmesi gerekmektedir. Kişi, hukuki işlemlerde bulunacağı tacir ve ticari işletmeye ilişkin bilgi sahibi olmak için sicil kayıtlarına erişebil-

meli, eski ve güncel kayıtları göz önünde bulundurarak sözleşme yapma iradesini şekillendirmelidir.

Dolayısıyla ticaret sicili kayıtları değiştirilmiş ve silinmiş olsa dahi bu kayıtlara erişilebilmesi önem taşıdığından, değiştirilen veya silinen sicil kayıtlarında, MERSİS'te ve TTSG'de yer alan kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmadığı söylenebilecektir⁶⁵. Bununla birlikte doktrinde, TTK m.31/2 ve TSY m.29/3'te tescilin dayandığı olgu veya işlemler kısmen veya tamamen sona erer ya da ortadan kalkarsa sicildeki kayıt da kısmen ya da tamamen silineceği ifade edildiğinden gerçek kişi tacirin iflasına ilişkin kayıtların, tacirin iflasına ilişkin kararın kaldırılması halinde silinebileceği ifade edilmekle birlikte, bu kayıtların dahi silinemeyeceğini düşünmekteyiz⁶⁶. Nitekim anılan örnek bakımından da söz konusu verilerin işleme şartlarının ortadan kalktığı söylenebilecektir. Zira, iflas kararı kaldırılmış olsa dahi bu karar, kaldırma kararına değin yapılacak işlemler bakımından önem taşıdığından sicilde gösterilmelidir. Nitekim, ticaret sicilinin TTK'da sicile kaydı öngörülen hususlar bakımından tacire ilişkin tüm gelişmeleri göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle, bir hususun sicile kayıt sebebi ortadan kalkmış olsa dahi sicile kaydedildiğinin ve kaydın sonradan kalktığından da sicilde gösterilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, tescilin dayandığı olgu veya işlemlerin kısmen veya tamamen sona ermesi ya da ortadan kalkması durumuna sicile kaydedilmemesi gereken bir olgunun sicile kaydı gösterilebilir. Bu durumda, bu olgunun zaten sicile kaydı gerekmediğinden, sehven kayıt halinde silinmesi de mümkün olacaktır⁶⁷.

Sonuç olarak, kişisel veri içeren sicil kaydı değiştirilmiş ve silinmiş olsa da, eski kayıta, bu kayda ilişkin belge ve senetlerde, MERSİS'te ve TTSG'de bu kayıtlara yer verilmesi KVKK'ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Ticari hayatta güvenin sağlanması için bu bilgilerin devamında kamu yararı mevcuttur.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 06/01/2022 tarihli ve 2022/6 sayılı Kararında da; başvurunun eskiden ortak olduğu şirkete ait sicil bilgilerinin bulunduğu internet sayfasında eski ortaklar kısmında

⁶⁰ Yakup Oruç, İflas İdaresi (Seçkin Yayıncılık 2019, Ankara) 31,32; İbrahim Aşık/ Yakup Oruç/ Ozan Tok/ Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2023, Ankara) 573.

⁶¹ Oruç (n60) 108.

⁶² Aşık/Oruç/Tok/Saçar (n60) 573.

⁶³ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1 (Adalet Yayınevi 2018, Ankara) 433.

⁶⁴ Pulaşlı (n63) 466.

⁶⁵ Balkan (n4) 231.

⁶⁶ Balkan (n4) 231.

⁶⁷ Akdağ Güney (n2) 48.

isminin yazılı olmasının kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmadığı gerekçeyle KVKK'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir⁶⁸.

ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı)'ın 2017 tarihli bir kararında da, iflas ilan eden şirketin tek yöneticisi ve tasfiye memuru olan başvuruçunun, sicilde mevcut bu kayıtların ticari hayatını olumsuz etkilediği gerekçeyle sicilde mevcut kayıtların silinmesi talebi incelenmiş, kararda, zamanaşımı sürelerine bağlı olarak, çok uzun zaman geçmesine rağmen şirket organ ve tasfiye memurlarına karşı dava açılmasının söz konusu olabileceği ifade edilerek bu bilgilerin sicilde tutulmaya devam edilmesinin dava sırasında yürürlükte bulunan 68/151 sayılı yönerge uyarınca kişisel verilerin ihlali anlamına gelmediğini belirtmiştir⁶⁹.

Alman Federal Mahkemesinin 2015 yılında verdiği bir kararında, cinsiyet ve isim değiştiren limited şirket genel müdürünün, eski isminin sicilden silinmesine ilişkin talebinin reddine karar verilmesine ilişkin sicil mahkemesi kararına itirazı reddeden bölge adliye mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir. Kararda, kişinin özel hayatı ve cinsiyetine ilişkin bilgiler koruma kapsamında olmakla birlikte, ticaret sicilinin eksiksizliği ve doğruluğunu sağlamadaki kamu yararının daha ağır bastığı, aksi durumun sicilin güvenilirliğini tehlikeye düşüreceği, genel müdürün, şirketin yetkili temsil organı olduğu, bu nedenle şirketle ilişkide bulunan kişilerin korunması için genel müdürün şahsındaki herhangi bir değişikliği ticari sicile kaydedilmesi gerektiği dolayısıyla cinsiyet ve isim değişikliğinin yapıldığı 2012 yılı öncesindeki bilgiler sicilde kalmaya devam etmesi gerektiğine karar verilmiştir⁷⁰.

Ç. TİCARET SİCİLİ KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN YETERLİ ÖNLEM ALINMAMASI NEDENİYLE CEZAI VE HUKUKİ SORUMLULUK

KVKK m.17 ve 18'de kişisel verilere ilişkin suç ve kabahatler düzenlenmiş, yine TCK m.135-140'da da kişisel verilere ilişkin suçlara yer verilmiş, ilgili

hükümlerle belirtilen fiillerin mevcudiyeti halinde veri sorumlusunun ve veri işleyen cezalandırılacağı ya da hakkında idari yaptırım uygulanacağı hükümlenmiştir.

İlgili hükümler, ticaret sicili bakımından değerlendirildiğinde, ticaret sicil müdürlüğünde görevli personelce, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarının işlenmesi halinde TCK 135-140 hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ticaret ve sanayi odaları bakımından ise TCK m.140'da, yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı düzenlenmiş ve TCK m.60'da uygulanabilecek güvenlik tedbirleri belirtilmiş ise de güvenlik tedbirleri özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabileceğinden ve ticaret ve sanayi odaları kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğundan⁷¹ TCK m.60'da öngörülen güvenlik tedbirleri ticaret ve sanayi odalarına uygulanmayacaktır.

KVKK m.18'de belirtilen kabahatlere uygulanacak idari yaptırımların ticaret ve sanayi odaları aleyhine uygulanması mümkün değildir. Nitekim KVKK m.18/2 uyarınca m.18/1'de öngörülen idari para cezaları gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilecektir. KVKK m.18/1'de sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi halinde ise ilgili memur, diğer kamu görevlileri ya da memurlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacak ve sonucu Kurula bildirilecektir. Dolayısıyla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan ticaret ve sanayi odaları aleyhine bu madde kapsamında idari yaptırım uygulanamayacak, buna karşılık sicil müdürlüğü görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

Kişisel verisi ihlal edilen kişinin uğradığı maddi ve manevi zararı tazmini bakımından ise KVKK da özel bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak m.11/1-ğ'de kişisel verileri kanuna aykırı olarak işlenen kişilerin bu nedenle zarara uğramaları halinde veri sorumlusundan zararının giderilmesini talep edebi-

⁶⁸ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7298/Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulu-nun-Yeni-Yayimlanan-Karar-Ozetleri>> s.e.t. 17 Temmuz 2024.

⁶⁹ ECJ 09.03.2017, C-398/15, s.e.t. 09 Ağustos 2024.

⁷⁰ BGH, 03.02.2015, II ZB 12/14, s.e.t. 16 Temmuz 2024.

⁷¹ Bilge (n1) 41; Demirel (n1) 107.

leceği, m.14/3'te de, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu hükmolünmüştür⁷².

Genel hükümler ile ifade edilenin ne olduğunun kısaca açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Kişisel verisi ihlal edilenler somut olaya göre farklı hükümlere dayanmak suretiyle tazminat talebinde bulunabilecektir. Örneğin, KVKK m 14/3'te kişilik hakkından söz edildiğinden Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 25/3'üncü maddesi uyarınca tazminat talebi söz konusu olabilecektir⁷³. Kişisel verisi ihlal edilen kişinin, ihlal eden ile arasında bir sözleşme olması halinde de sözleşmeye aykırılık gereğince, kişisel verinin ihlali haksız fiil niteliğinde ise de haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunulabilecektir. Bu doğrultuda somut olayın niteliğine göre TMK 25/3, TBK 49 vd., TBK 112 vd. hükümlerine dayanılarak tazminat talebinde bulunulabilecektir⁷⁴.

Ticaret sicili kapsamında yürütülen faaliyetler sırasında kişisel verilerin korunması için gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle kişisel ve malvarlığı değerleri zarara uğrayanlar da zararlarının tazmini için sorumlulara başvurabilecektir. Kişisel verisi ihlal edilenler, bu nedenle uğradıkları zararı veri sorumlusu konumundaki ticaret ve sanayi odasından talep edebileceklerdir. Nitekim daha önce ifade ettiğimiz üzere, veri sorumlusu sıfatı ticaret ve sanayi odasındadır. Dolayısıyla açılacak davalarda ticaret sicil müdürlüğünün bünyesinde faaliyet gösterdiği ticaret/ticaret ve sanayi odaları davalı sıfatına sahip olacaklardır.

Buna ek olarak, kişisel verinin ihlali, ticaret sicilinin tutulmasına ilişkin bir faaliyet kapsamında gerçekleşmiş ise TTK m.25/2 kapsamında devletin de sorumluluğu söz konusu olabileceği düşünülmektedir⁷⁵. KVKK m.11 ile genel hükümlere atıf yapılmakta ve Kanunda atıf yapılan genel hükümlerde

kasıt TMK m.23 vd. hükümleri olmakla birlikte⁷⁶, TTK m.25/2'de ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili odanın müteselsilen sorumlu olduğu hükmolünmüştür. Devlet ve odanın sorumluluğunun şartı sicilin hiç veya gereği gibi tutulmamasıdır⁷⁷. Bu kapsamda, mevzuatta ticaret siciline tescil edileceği açıkça belirtilmeyen ya da ticaret sicili müdürünün hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olmayan bir kişisel verinin sicile tescil edilmesi, tescile dayanak belgelerde yer alan kişisel verilerin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, MERSİS'te ya da TTSG'de kimlik numarası ve yerleşim yeri bilgilerinin açık bir biçimde yer verilmesi gibi hallerde, sicilin gereği gibi tutulmamasından ve dolayısıyla ticaret sicilinin tutulması kapsamında bir hukuka aykırılıktan söz edilebilecek, bu durumda da kişisel verisi ihlal edilen kişinin maddi ya da manevi bir zarara uğraması halinde devlet ve ilgili odanın müteselsilen sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁸.

IV. SONUÇ

Ticaret sicilinin tutulmasına ilişkin faaliyetler kapsamında tacir ve ticari işletmeye ilişkin kayıtlar, belge ve senetler ile ilanlarda belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin veriler yer alabilmektedir. Ticaret sicili ile kişisel verilerin sicile kaydedilmesi, kişisel verilerin sicilde ve sicilde mevcut belge ve senetlerde kaydedilmesi, depolanması, muhafazası, diğer kurum, kuruluş ve sicillere aktarımı gibi faaliyetler söz konusu olduğundan, bu faaliyetler kişisel verilerin işlenmesi olarak nitelendirilebilmektedir.

Ticaret sicilinin tutulmasına ilişkin faaliyetlerde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak kişilerin açık rızasının bulunduğu söz edilemeyecek de ticaret sicilinde ve sicilde mevcut belge ve senetlerde yer alan verilerin bu hususların işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi nedeniyle hukuka uygun olduğu söylenebilecektir.

⁷² Mehmet Oğuz Vuraloğlu, 'Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi' (2018) (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181, 186; Badur/Kurt Konca (n11) 478.

⁷³ Badur/Kurt Konca (n11) 482.

⁷⁴ Badur/Kurt Konca, (n11) 482-483.

⁷⁵ Sorumluluğun türü bakımından bkz. Çekin (n28) 638; Korkmaz (n11) 134.

⁷⁶ Vuraloğlu (n72) 186.

⁷⁷ Bilge (n7) 242.

⁷⁸ KVKK m.11'de zarar ifadesi kullanılmıştır, bu sebeple manevi zararlar da tazminat kapsamındadır. Nitekim Alman hukukunda da kamu kurum ve kuruluşlarının kişisel verilerin işlenmesi sırasında uğranılan manevi zararların 130.000 Euro'ya kadar tazmin edileceği kabul edilmiştir. Vuraloğlu (n728) 196.

Bununla birlikte, ticaret sicili kapsamında yürütülen işleme faaliyetlerinde KVKK hükümlerinin göz önüne alınması ve verilerin işlenmesiyle ilgili gerekli önlemlere uyulması gerekmektedir. Her ne kadar aleniyetin ticaret siciline ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi kapsadığı düşünülebilirdi de ticaret sicili kapsamında yürütülen faaliyetler KVKK'da öngörülen kurallardan bağımsız değildir. Nitekim, TTK m.24/5'te bu görüşümüzü doğrular niteliktedir, ilgili hükümde ticaret sicili kapsamında yürütülen işleme faaliyetlerinde KVKK'ya uyulması gerektiği belirtilmektedir.

Bu doğrultuda kişisel veriler işlenirken, bu verinin işlenmesinin gerekip gerekmediği ve ticaret sicilinin amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığı, sınırlı ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir. Özel nitelikli kişisel veriler bakımından da hem KVKK hem de Kurulca alınan Önlemlere uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, ticaret sicili kapsamında üçüncü kişilerin öğrenmesinde yarar olduğundan söz edilemeyecek verilerin işlenmesinden kaçınılması, bu bilgilerin sicil müdürlüğünde bir belge içerisinde yer alması sebebiyle tutulmasının zorunlu olduğu hallerde de bu verilerin korunması için azami önem gösterilmeli ve inceleme esnasında bu veriler kapatılarak biçimde üçüncü kişilerin erişiminin engellenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ticaret sicili kapsamında tutulan bilgilerin diğer kurum ve kuruluşlarla paylaşılması bakımından, bu faaliyetler veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirilmesi niteliğinde olmakla birlikte, KVKK'nın verilerin aktarımına ilişkin kurallara uyulmalı ve her somut olay özelinde değerlendirme yapılarak aktarım faaliyeti için kanuni şartların mevcudiyeti değerlendirilmelidir.

Ticaret sicilinde yer almakla birlikte, değiştirilen ya da silinen kayıtlar bakımından da bu verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalktığı söylenemeyeceğinden bu kayıtların pasif olarak MERSİS'te ya da TTSG'ye ait arşiv kayıtlarında görünmesinde bir sakınca bulunmadığı düşünülmektedir.

Son olarak kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen kurallara uyulmadığı takdirde cezai ve hukuki sorumluluk söz konusu

olabilecek, ticaret sicili kapsamındaki faaliyetler neticesinde kişisel verisi ihlal edilen kişiler, uğradıkları maddi ve manevi zararın tazmini için ticaret ve sanayi odasının sorumluluğuna gidebilecektir. Kanaatimizce bu faaliyet ticaret sicilinin tutulmasına ilişkin bir faaliyet olduğundan TTK m 25/3 uyarınca oda yanında Devletin de sorumluluğuna gidilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011).
- Akdağ Güney N, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri'(2011) (1) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 39-58.
- Akkurt SS, 'Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış' (2018) 2(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 20-32.
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları 2021).
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O and Saçar ÖF İcra ve İflâs Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Badur E and Kurt Konca N, 'Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme' (2019) 13(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 476-490.
- Balkan N, 'Kişisel Veri Koruma Hukuku ile Ticaret Sicilinin Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi' (2024) XXVIII (2) AHBVHFD 207-240.
- Başalp N, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması (Yetkin Yayınları 2004).
- Bayramoğlu NŞ, 'Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu ve İlan Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu' (2020) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 473-510.
- Bilge ME, Ticaret Sicili (Beta Yayınevi 1999).
- Bilge ME, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili Sisteminde Öngördüğü Değişiklikler' (2005) 13(148) Yaklaşım 240-243.
- Bozer A and Göle C, Ticari İşletme Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları 2017).
- Bozkurt T, Ticaret Hukuku Cilt 1: Ticari İşletme Hukuku (12 Levha Yayınları 2012).
- Cangül M, 'Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi' (2022) (4), Ankara Barosu Dergisi 137-167.
- Çekin MS, '6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi' (2016) LXXIV (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 629-644.
- Çelik A, 'Anonim Ortaklıkların Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliklerinde Bakanlığın İzin Yetkisinin Sınırlandırılması Karşısında Sicil Memurunun İnceleme Yetkisi' (2005) (2) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 27-50.
- Çelikel S, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri (Seçkin Yayıncılık 2022) 57.
- Çınar G, Ticari İşletme Devri (Seçkin Yayıncılık 2024).
- Demirel D, Ticaret Sicili (Seçkin Yayıncılık 2016).
- Eminoğlu C, 'Ticaret Siciline Tescil Şirket Sözleşmesine ve Emredici Hükümlere Uygunluk İncelemesi' (2015) (8) Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi 55-94.
- Erdoğan I, Yapay Zeka ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri (Seçkin 2022).
- Gürpınar D, 'Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk' (2017) 19(Özel Sayı) DEUHFD Şeref Ertaş'a Armağan 679-694.
- Karayalçın Y, 'Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri', (1975) Cilt (8) BATIDER 1-29.
- Kayhan Ş, 'Ticaret Sicili Memurunun Tescil Başvurularını İnceleme Görev ve Yetkisinin Kapsamı' (2007) C. (11) (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 357-382.
- Korkmaz İ, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme' (2016) (124) TBB Dergisi 81-152.
- Küçükaydın HD, (ed) Ticari İşletme Hukuku (Yetkin Yayınları 2021).
- Okutan G, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu (Hukuk Fakültesi Yayınları 1997).
- Oruç Y, İflâs İdaresi (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Özsunur F, 'Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmi Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri' (2014) 63(3) AÜ-HFD 623-642.
- Poroy R and Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1 (Adalet Yayınevi 2018).
- Seçer T, 'Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2022) 11(1) SÜHFD 341-355.
- Taştan FG, Türk Sözleşmeler Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Ulusoy E, 'Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili - Ticaret Sicili Bilgi Bankası-İnternet Sayfası' Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Birinci Cilt Ticaret Hukuku (Vedat Kitapçılık 2007) 89-123.

- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan NE, Ticari İşletme Hukuku (Vedat Kitapçılık 2021).
- Ünal A, 'Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları' (2006) Legal Hukuk Dergisi 1395-1411.
- Vuraloğlu MO, 'Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi' (2018) XV (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181-203.
- Yücedağ N, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler' (2018) 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 47-63.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TELİF HUKUKUNDA MİMARİ PROJE VE MİMARLIK ESERİNDE KORUMANIN FARKI^(*)

THE DIFFERENCE BETWEEN ARCHITECTURAL PROJECT AND ARCHITECTURAL WORK PROTECTION IN COPYRIGHT LAW

Av. Doç. Dr. Cahit SULUK^(**)

Öz

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK) mimari eserler; bilimsel eserler (m.2) ve güzel sanat eserleri (m.4) şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Konunun iki ayrı maddede düzenlenerek farklı şartlara tabi tutulmasının önemli hukuki sonuçları vardır. Bu iki eser kategorisi açısından korumadaki esaslı fark, ilkinde çizimde/makette, ikincisinde cisimde somutlaşan eserin korunmasıdır.

2013 yılında 3194 sayılı İmar Kanununun 8. maddesinde yapılan değişiklikle Mimari Estetik Komisyonları öngörülerek FSEK'in sistemine müdahale edilmiştir. İmar mevzuatında benimsenen "özgün fikir" kavramı telif hukukuna yabancı olduğu gibi anılan Komisyonların uygulamaları imar uygulaması yapan idareler nezdinde tıkanıklıklara yol açmaktadır.

Bu çalışmada mimari eserler için FSEK'te öngörülen *bilimsel eser - sanat eseri* ayrımı incelenecektir. Ayrıca imar mevzuatında öngörülen değişikliklerin uygulamaya nasıl yansdığı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Telif Hakları, Mimari Eserler, Mimarlık Eserleri, Korumanın Farkı, Menfaatlerin Dengelenmesi.

Abstract

In the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (Turkish Copyright Act), architectural works are regulated under two separate articles: scientific works (art.2) and works of fine art (art.4). The fact that the subject matter is regulated in two separate articles and subjected to different conditions has important legal consequences. The essential difference between these two categories of works is in the object to be protected. In the first case, the work embodied in a drawing/model is protected, in the second, the work embodied in a building is protected.

With the amendment made in article 8 of the Zoning Law No. 3194 in 2013, Architectural Aesthetics Commissions were introduced and the system of Turkish Copyright Act was intervened. The concept of "unique idea" adopted in the zoning legislation is unfamiliar to copyright law protection, and the practices of the aforementioned Commissions cause blockages in the administrations implementing zoning applications.

In this study, the distinction between *scientific work* and *work of art* foreseen in Turkish Copyright Act for architectural works will be analysed. In addition, how the changes envisaged in the zoning legislation are reflected in practice will be emphasized.

Keywords

Copyrights, Work of Architecture, Difference of Protection, Balancing of Interests.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 15.10.2024 / Kabul Tarihi: 27.11.2024).

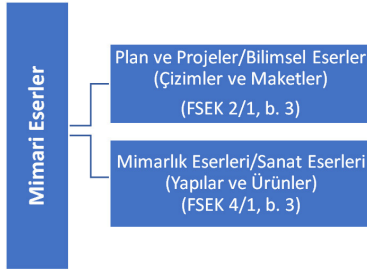
^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul - Türkiye,
(E-posta: suluk@suluk.com.tr, ORCID ID: 0000-0002-8952-9247).

Atıf/Citation: Suluk, Cahit (2024), "Telif Hukukunda Mimari Proje ve Mimarlık Eserinde Korumanın Farkı", TFM, C: 10, S: 2, s. 317-327.

I. GİRİŞ

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda (FSEK) mimari eserler¹ iki ayrı maddede düzenlenmiştir:

- i) FSEK 2/I, b. 3'te; "**Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarımı ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarımı ve projeleri**" eser kabul edilmektedir. Hükümde sadece mimari plan ve projeler değil, her türlü plan ve projeler düzenlenmiştir². Buna göre bir yapının çizim ve maketlerinin yanında makine, cep telefonu ve lazer pointer gibi fonksiyonel objelerin/ürünlerin çizim ve maketleri de hükmün kapsamındadır. Ancak konumuz itibarıyla açıklamalarımızı esas olarak mimari eserlerle sınırlı tutacağız.
- ii) FSEK 4/I, b. 3'te ise **estetik/sanatsal değere sahip mimarlık eserleri** koruma altına alınmıştır. Yine FSEK 22/2'ye göre; "... **mimarlık eserlerine ait plan proje krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır**". Dikkat edilirse her iki hükümde de sanatsal nitelikteki yapıları anlatmak maksadıyla "mimarlık eseri" kavramına yer verilmiştir.



¹ Bu çalışmada; FSEK 2/1, b.3'teki düzenleme bakımından *plan ve projeler*, FSEK 4/1, b.3'teki düzenleme için *mimarlık eserleri*, her iki düzenlemeyi birlikte ifade etmek için de *mimari eserler* terimleri kullanılmıştır. Benzer şekilde plan ve projeler için "*bilim eseri*", mimarlık eserleri için de "*sanat eseri*" kavramları tercih edilmiştir. Yasal düzenlemelerden yola çıkılarak yapılan bu kavramsallaştırma, bir sonraki paragrafta tablolatırılmıştır.

² Bu yönde Şeref Ertaş, Emre Gökyayla, "*Mimari Projeler Üzerindeki Telif Hakkı*", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, DEÜY, İzmir 2000, s. 409. Bu nedenle 4110 sayılı Yasa ile FSEK'te yapılan değişiklikte sayımın genişletilmesi, koruma kapsamını etkilemediği gerekçesiyle öğretilen haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2009, s. 62; Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan, Ankara 2007, s. 183.

Konunun iki ayrı maddede düzenlenerek farklı şartlara tabi tutulmasının önemli hukuki sonuçları vardır³. Şöyle ki, telif hukukunda mimari plan ve projeler ile bunların uygulanmasıyla/tatbik edilmesiyle⁴ ortaya çıkan yapının/cismin durumu ve koruma şartları birbirinden farklıdır. Yani mimari eserlerin korunmasında *çizim* ve *cisim*, farklı hukuki rejime tabidir. 2005 yılından önceki içtihatla genellikle bu ayırımı dikkat edilmediği için hem mimari plan ve projenin (çizimin/maketin), hem de plan ve proje uygulanarak inşa edilen yapının FSEK 4 (ve 22) bağlamında telif korumasından yararlanacağı sonucuna ulaşılmaktaydı. Öğretilen bu farklılığa dikkat çeken görüşlerin de etkisiyle içtihat hukukundaki bu yaklaşımda 2005 tarihli Stad Otel kararıyla birlikte önemli değişiklik olmuştur⁵. Fakat 2013 yılında 3194 sayılı İmar Kanunu ve buna bağlı olarak Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler, ruhsat otoritesi olan idareler nezdinde soruna yeni bir boyut kazandırmıştır. İmar mevzuatındaki değişiklik aşağıda ayrı bir başlık (IV) altında incelenecektir.

Çalışmamızda, mimari eserlerin koruma şartlarına kısaca değindikten sonra, *mimari plan ve projeler* (FSEK 2) ile *mimarlık eserlerine* (FSEK 4) ilişkin korumanın farklılığı incelenecektir. Ayrıca imar mevzuatındaki değişikliklerin uygulamaya nasıl yansıtıldığı üzerinde durulacaktır.

II. KORUMA ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, bir fikri ürünün telif hukuku anlamında *eser* kabul edilebilmesi için *sahibinin hususiyetini/fikri yaratıcılığını taşıması* ve yasa da belirtilen *eser gruplarından birine dâhil olması* gerekir

³ Geniş bilgi için bkz. Sabih Arkan, "*Mimari Eserlerde Malik ile Mimarın Hak ve Menfaatlerinin Dengelenmesi*", BATİDER, C. XXIV, S. 2/2007, s. 167 vd.; Cahit Suluk, "*Mimari Eserlerde Eser Sahibi ile Yapı Malikinin Menfaatlerinin Dengelenmesi*", FMR, C. XII, S. 1/2011, s. 45 vd.; Gürhan Sefa Doğrul, *Mimarın Telif Hakkı*, Ankara 2013, s. 77 vd.

⁴ *Hirş* FSEK m.2/b.3'deki eserler bakımından *tatbiki ilim* ifadesini kullanmıştır. Bkz. Ernst Hirş, *Fikri ve Sınai Haklar*, İstanbul 1948, s. 149-150. Sonradan öğretilen bu konuya vurgu yapılmıştır. Bkz. Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri*, C. II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 19-20.

⁵ 11. HD, 25.10.2005, E. 2005/3748, K. 2005/10277. Konuya ilişkin içtihatları geliştirmek için bkz. Suluk, 57 vd.

(FSEK 1/B/1-a). Bu yasal kriterlerin yanında ilgili fikri ürünün üçüncü kişilerce *algılanabilir düzeyde şekillenmiş/objektifleşmiş olması* da şarttır⁶.

Bu *genel kriterler* mimari eserler bakımından da geçerlidir. Bu şartlara ilave olarak plan ve projeler (FSEK 2) bakımından *ilmi ve teknik mahiyet (bilimsel nitelik)*, mimarlık eserleri (FSEK 4) için de *bedii vasıf/estetik değer/sanatsal özellik* aranır. Dolayısıyla FSEK 2 kapsamında *bilim eseri*, FSEK 4 kapsamında da *güzel sanat eseri* koruması vardır. Mimarlık, hem bilim hem de sanat dalı olduğu için bu düzenlemeler yerindedir.

Demek ki, bir çalışma bilimsel nitelikteyse, estetik değerde olup olmadığına bakılmaksızın FSEK 2. maddenin korumasından yararlanacaktır. Benzer şekilde çalışma estetik nitelikteyse, ilmi ve teknik mahiyet taşıyıp taşımadığı dikkate alınmaksızın FSEK 4. maddede öngörülen korumadan faydalana- caktır. Söz konusu çalışma hem bilimsel hem de estetik nitelikteyse, her iki hüküm de uygulama imkanı bulacaktır⁷. Bu son ihtimalde bir koruma, diğerini dışlamamaktadır.

B. PLAN VE PROJELER (ÇİZİMLER/MAKETLER)

Hususiyet taşıyan plan ve projeler/mimari tasarımlar, *bilimsel nitelikte* olmak kaydıyla FSEK 2/1, b. 3 hükmünce eser korumasından yararlanır⁸. Bilimsellikten maksat öğretici, açıklayıcı, aydınlatıcı, yol gösterici olması veya uygulamaya imkân vermesi-

dir⁹. Doktrinde anılan özelliklerdeki plan ve projelerin eser vasfında bulunduğuna, bu özellikte olmayanların ise şartların varlığı halinde güzel sanat eseri (FSEK 4), tasarım (SMK 55 vd.) ya da haksız rekabet (TTK 54 vd.) mevzuatıyla korunabileceğine işaret edilmektedir¹⁰.

Plan ve projelerin estetik unsurlar içermesi mümkündür¹¹. Bu özellik ister çizim isterse yapı aşamasında karşılansın ilgili plan ve proje, (ilim edebiyatın yanında) sanat eseri olarak telif korumasından yararlanacaktır¹². Plan ve projenin uygulanması suretiyle bina inşa edilmese de sonuç değişmez. Bu bağlamda şartları taşıyan mimarlık eserlerinin tas- lakları da korumadan faydalanır¹³. Elbette uygulama yapılmamışsa, ortada bir bina bulunmayacağı için mimarın, olmayan yapı/mimarlık eseri üzerinde herhangi bir hakkı doğmaz. Burada vurgulamak istediğimiz; estetik unsur ihtiva eden çizimlerin, çizim aşamasında kalsa bile güzel sanat eseri olarak koru- madan yararlanacağıdır¹⁴. Dolayısıyla bu nitelikteki bir plan ve proje uygulanarak bina inşa edilirse proje

⁶ Temel Nal/Cahit Suluk (Rauf Karasu), Fikri Mülkiyet Hukununun Esasları, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2024, s. 74.

⁷ Arslanlı, 20; Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, İstanbul 1981, s. 50 ve orada anılan yazarlar.

⁸ Bir kararında Yargıtay, hususiyet çitasını yüksek tutmuş ve 1976 yılında öğrenci yurdu olarak inşa edilen bir yapı projesinin eser olmadığına hükmetmiştir: "... Projenin müellifinin yaratıcı hususiyetini taşımadığı belirlenmiş, davacı tarafından bu belirlemenin aksine hususiyet ve özgünlüğün projenin hangi elemanlarında görüldüğüne dair somut veriler ortaya konulmamıştır. Gerçekten de belirli bir mesleki öğrenim sonucunda yapılan mimari çizimlerin FSEK anlamında eser olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda mahkemece davanın, davacıya ait mimari projenin eser niteliğini taşıması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir". Bkz. 11. HD, 11.02.2010, E. 2008/5296, K. 2010/1568 - Hayri Bozgeyik, Mimaride Telif Hakları, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2023, s. 226 dpn. 91. FSEK 2 anlamında plan ve projedeki hususiyet/fikri yaratıcılık ilmi ve teknik mahiyette, yani bilimsellikte aranacaktır. Bilimsel niteliği bulunmayan bir projeye dayalı yurt binası yapılamayacağına göre kararın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁹ FSEK'i hazırlayan Hırş'e göre 1910 tarihli Hakkı Telif Kanununda geçen "fenni" tabiri, ilgili fikri ürünün sanatsal özellikte olmadığını, ilmi ve teknik mahiyette, yani tatbiki ilim olduğunu anlatmaktadır. Bu ayırım, FSEK 2 ve 4'teki düzenlemelerle örtüşmektedir. Bkz. Hırş, Fikri ve Sınai Haklar, 149-150.

¹⁰ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat, İstanbul 2012, s. 123.

¹¹ Krş. Ahmet M. Kılıçoğlu, "Fikri Hukuk Açısından Mimari Projeler ve Mimarlık Eserleri", FMR, C. VII, S. 2/2007, s. 15; Hamdi Yasaman, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C. II, Vedat, İstanbul 2012, s. 3 ve 5.

¹² Krş. Kılıçoğlu, s. 22. İnşaat Mühendisleri Odası ve Mimarlar Odası'nca düzenlenen Mimari Proje Standartlarının 3. maddesine göre avan (ön) proje, mimarın sanat ve teknik karakterini ve yapının bütünlüğünü oluşturan temel öğedir. Yargıtay da bir kararında bu Standartlara atıfla bu yaklaşımı benimsemiştir: "... Eserin orijinalliğinin ve mimari niteliklerinin kaynağı, sanatsal değerinin ve sanat anlayışının belgesi önemle ve öncelikle ön (avan) projesidir. Çünkü mimarın form, dizayn ve estetik anlayışı bu ön projede gerçekleşmiştir". Bkz. 4. HD, 28.5.1984, E. 1984/2865, K. 1984/5113 - YKD, C. X, S. 12/1984, s. 1790-1795.

¹³ Bu yönde Arkan, 167; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan, Ankara 2008, s. 139; Bozgeyik, s. 69. Polis Akademisi Kararında gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay, kaba inşaat olarak bırakılan binanın estetik niteliğinin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11. HD, 22.9.2008, E. 2007/7885, K. 2008/10262. Somut olayda karar isabetli olabilir, fakat kanaatimizce bu yaklaşım hatalıdır. Estetik nitelik, henüz tamamlanmamış yapılarda bulunabileceği gibi, (genellikle olduğu üzere) plan ve proje aşamasında dahi bu özellikler algılanabilir. Tereddüt halinde incelemenin, ilgili alandaki uzman tarafından yapılacağı hatırdta tutulmalıdır.

¹⁴ Ayrıca bkz. Arslanlı, s. 20; Erel, s. 62-63.

sahibinin koruması izinsiz yapıya da sirayet eder ve telif ihlali gerçekleşir (FSEK 22/2).

İster bilim isterse sanat eseri vasfındaki bir çizimin, izinsiz olarak üçüncü kişilerce çizim olarak kullanılması telif ihlâlidir¹⁵. Sözelimi, mimari projenin bir mimarlık dergisinde ya da internet ortamında izinsiz kullanımı böyledir. Meğer ki söz konusu kullanım haber, eğitim ve öğretim gibi istisna ve sınırlamalar kapsamında gerçekleştirilsin. Ancak projenin uygulanması sonucunda ortaya çıkan yapı estetik nitelik taşıyamıyorsa, böyle bir uygulama, yani inşaat yapma eylemi çoğaltma sayılmayacak (FSEK 22/2) ve proje müellifinin, yapı üzerinde herhangi bir telif hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılacaktır¹⁶. Mimarlık sözleşmelerinde proje bedelinin, telif hakkı veya telif bedeli olarak nitelendirilmesi sonuca etkili değildir. Telif hukuku anlamında sahip olduğu hakkın hukuki niteliği ve yasal dayanağı ne olursa olsun, proje müellifinin, aradaki sözleşmeye veya mimarlık hizmetleri iş aşamalarına göre belirlenecek bedeli talep etme yetkisi aralarındaki sözleşme (ve imar mevzuatındaki bazı düzenlemeler) gereği devam edecektir¹⁷.

Özetle, plan ve projenin uygulanması suretiyle ortaya çıkan yapı, estetik nitelik taşıyamıyorsa, yani sanatsal özelliği bulunmuyorsa, proje müellifinin telif hakları projeden doğan hak ile sınırlı kalır ve koruma yapıya sirayet etmez. Bu ihtimalde müelli-

fin yapı üzerinde herhangi bir telif hakkı yoktur. Bu yüzden proje müellifi, yapıda sonradan gerçekleştirilecek değişikliği, yapıyı tahrip veya yok etme gibi eylemleri telif haklarını (FSEK 16-17) ileri sürerek engelleyemez. Dolayısıyla bu senaryoda uygulamada sıklıkla karşılaşılan tadilat projelerinde proje müellifinden izin almak da gerekmez.

C. MİMARLIK ESERLERİ (CİSİMLER)

Estetik değeri bulunan yapılar, *mimarlık eseri*¹⁸ niteliğinde olup güzel sanat eseri olarak korunur (FSEK 4). Bunun için yapı estetik/sanatsal değer taşımalıdır. İlave edelim ki mehaz Alman hukukunda gerek uygulamalı sanat eserlerinde gerekse ev, işyeri ve okul gibi işlevsel yapılarda mimarlık eseri niteliğini belirleme bakımından estetik değer varlığı yeterli görülmemekte; *estetik değer fonksiyonel özelliklere ağır basması* aranmaktaydı¹⁹. Almanları bu yola sevk eden neden, pek çok fonksiyonel objenin/tasarımın eser olarak korumasını önleme arzusudur. Zira telif koruması kültür ve sanat alanındaki, tasarım koruması ise sanayideki fikri ürünleri korumak için benimsenmiş olup tarihsel süreçte bunların hukuki rejimleri de bu ayırıma göre şekillendirilmiştir. Fakat *tam kümülatif korumayı* benimseyen AB müktesebatına²⁰ uyum bağlamında Alman içtihadındaki

¹⁵ 11. HD, 05.04.2004, E. 2003/9018, K. 2004/3524.

¹⁶ Ayiter, 57; Ateş, Eser 231; Nal/Suluk (Karasu), 93 vd.; Bozgeyik, 80; Kılıçoğlu, 17; Yasaman, 6. Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarının büyük ölçüde bu yönde olduğu söylenebilir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 04.04.2005, E. 2004/6421, K. 2005/3433; 11. HD, 04.04.2005, E. 2004/6793, K. 2005/3554; 11. HD, 21.06.2010, E. 2009/1346, K. 2010/7136. Aksi yönde Gürsel Üstün, "Deprem Sonrası Yapı Güçlendirmeleri Açısından Mimarlık-Mühendislik Projelerinde veya (Cisimlendirilmiş) Mimari Eserlerde Eser Sahipliği ve Öneriler", TMMOB Mimar Odaları İstanbul Büyükşehir Şubesi: Deprem Bölgelerinde Yapı Üretimi Sempozyumu, 15-16 Şubat 2002, s. 251 vd. Ayrıca krş. Ertas/Gökayla, s. 412.

¹⁷ Mimari proje müellifi ile yapı maliki arasındaki mimarlık proje sözleşmesine ayrıklık, sözleşmenin ihlali niteliğindedir. Sözgelimi, sözleşmede bir binanın yapılacağı kararlaştırılmasına rağmen daha fazla bina yapılmışsa durum böyledir. İmar mevzuatında da bu konuda düzenlemeler olup TMMOB'un Mimarlık Hizmetleri Şartnamesi ve En Az Bedel Tarifesinin 12.5 maddesinde öngörülen *yineleme katsayısı* uygulanır. Bkz. <<http://www.mo.org.tr/mevzuatDocs/mhs-enazbedel.doc>> s.e.t. 27.9.2024. Estetik nitelikte olmayan plan projenin uygulanması bir telif sorunu olmayıp, bir borçlar hukuku problemidir. Estetik nitelikte kilerin izinsiz kullanımı, sözleşmenin yanında çoğaltma hakkını da ihlal eder (FSEK 22).

¹⁸ FSEK 4'te *mimarlık eseri* ile kastedilen bizatihi yapının kendisinde teecessüm eden eserdir. Oysa 2. maddede düzenlenen plan ve projelerde korunan; çizimin/maketin kendisi olup koruma, bunların uygulandığı yapıya sirayet etmez.

¹⁹ Bu bağlamda mehaz Alman hukukunda fonksiyonel yapılar ile anıt ve abide gibi yapılarda aranan estetik değer çitası birbirinden farklıydı. Bu kademeli ilişki uygulamalı sanat eserleri ile has güzel sanat eserleri bakımından da geçerliydi. Uygulamalı sanat eserleri, şartların varlığı halinde kümülatif koruma ilkesi gereği tasarım mevzuatı ile de korunur (FSEK 4/son). Buna karşılık yağlı ve sulu boya tablo gibi has güzel sanat eserleri, tasarım korumasına pek uygun düşmediği için bunlarda aranan estetik değer çitası Alman hukukunda daha düşük tutulmaktaydı. Aynı şekilde prefabrik yapılar da tasarım mevzuatıyla korunabildiği için estetik değer çitası yüksek tutulmaktaydı. Bkz. U. Loewenheim/G. Schulze, Handbuch des Urheberrecht, München 2003, s. 1325 (Bozgeyik, s. 44 dñn. 102'den naklen). AB Tasarım Yönergesinin 17. maddesindeki düzenlemeyle eser/tasarım korumasında tam kümülasyon kabul edildiğinden (ve Alman Tasarım Yasasında 2004 yılında bu Yönergeye uyum yapıldığından) hareketle Alman içtihadında 2013 tarihli Birthday Train kararıyla değişikliğe gidilerek has güzel sanat eserleri ile uygulamalı sanat eserlerinde aranan estetik değer çitası eşitlenmiştir. Bkz. BGH, 13.11.2013, I ZR 143/12 - GRUR 2014 175 vd.

²⁰ AB müktesebatına göre bir tasarım hem eser hem de tasarım için öngörülen kriterleri karşılıyorsa hiçbir ayrımcılığa maruz

estetik fonksiyona *ağır basma yaklaşımı*, 2013 tarihli Alman Federal Mahkemesinin Birthday Train kararıyla²¹ terk edilerek has güzel sanat eserleri ile uygulamalı sanat eserlerinde aranan estetik değer çitası eşitlenmiştir. Ancak 21 Aralık 2023 tarihinde Alman Federal Mahkemesi konuyu tekrar deşeleterek Avrupa Adalet Divanına (ABAD) diğerlerinin yanında şu soruyu da sormuştur²²: Uygulamalı sanat eserleri söz konusu olduğunda, tasarım koruması ile telif koruması arasında, bu tür fikri ürünlerin eser olup olmadığı incelenirken, geliştiricinin özgür yaratıcı kararlarına diğer eser türlerine kıyasla daha yüksek gereklilikler getirilmesi gerektiği yönünde bir kural/istisna ilişkisi var mıdır? ABAD bu soruyu henüz cevaplamamıştır.

Mehaz Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda has güzel sanat eserleri ile uygulamalı sanat eserleri arasında kademeli bir ilişki bulunmadığı için kanaatimizce bizde önemli olan estetik değer/sanatsal özelliktir. Buna göre eğer somut olayda yeni ve ayırt edici özellikteki bir tasarım sanatsal özellik de taşıyorsa tam kümülatif koruma ilkesi gereği hem eser hem de tasarım korumasından faydalanır (FSEK 4/2)²³.

Estetik özellik yapının tamamında olabileceği gibi, genellikle görüldüğü üzere kapı, cephe ve çatı

kalmaksızın her iki korumadan da faydalanır (AB Tasarım Yönergesi 17). ABAD da Flos kararında tasarım/telif ikilisinde tam kümülasıyona dikkat çekmiş, ancak Yönergenin 17. maddesinin ikinci cümlesinde de düzenlendiği üzere telifteki orijinalite (hususiyet) çitasının ilgili ülkenin hukukuna tabi olduğuna vurgu yapmıştır. Yine ABAD, Yönergeden önce piyasada bulunan, yani artık tasarımdaki yenilik şartını sağlamayan Flos'a ait Arco Lamp olarak bilinen ikonik tasarımın da Yönergenin öngördüğü kümülatif koruma ilkesi gereği telif korumasından yararlanacağını içtihat etmiştir. Bkz. ABAD, C-168/09, 27 January 2011 - Flos SpA. Milano mahkemesi ise Arco Lamp, Le Corbusier ve Pantone Chair kararlarıyla sırasıyla dava konuları lamba, mobilya ve sandalyenin sanatsal özellikler taşıdığı gerekçesiyle telif korumasından yararlanacağına hükmetmiştir. Bkz. <<https://portolano.it/en/news/copyright-protection-of-design-approach-of-italian-courts-and-italian-law-after-ecjs-decision-in-flos-vs-semaro>> s.e.t. 15.9.2024.

²¹ Birthday Train kararı: BGH, 13.11.2013, I ZR 143/12 - GRUR 2014 175 vd.

²² BGH, ABAD'a yönlendirdiği ön görüş kararı için bkz. I ZR 96/22 (OLG Düsseldorf) <<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023210.html>> s.e.t. 11 Kasım 2024.

²³ Nal/Suluk (Karasu), 101.

gibi yapının belirli bir kısmında da bulunabilir²⁴. İkinci halde koruma ilgili bölümle sınırlıdır²⁵. Bununla birlikte bir ihlâl durumunda korunan özellikleri, korunmayanlardan aykılanarak bir inceleme yapılmaz; tam aksine bütüncül yaklaşım esastır. Yani *genel izlenime* bakılarak bir belirleme yapılır.

Estetik özellik yapı kütlelerinin yerleşiminde veya yapının çevreyle uyumunda da olabilir²⁶. Bu açıklamadan çevreyle uyumu olmayan yapıların estetik niteliği bulunmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Vurgulamak istediğimiz husus, çevreyle uyumun da estetik nitelik incelemesinde bir unsur olarak dikkate alınacağıdır.

Estetik değer kavramı, sübjektif nitelikte olup tartışmaya açıktır²⁷. Estetik değer ifadesiyle iyi, güzel, hoş ve benzeri anlamların yanında *estetik deneyim uyandıran* tüm çalışmalar kastedilmektedir²⁸. Estetik değer, insanın sanat duygusuna hitap eden özelliklerdir²⁹. Çirkin, hatta iğrendirici bir resim de bu anlamda estetik bir deneyim uyandırabilir.

Bir yapının, onun bir *mimarlık eseri* olarak kabul edilmesini gerektirecek *estetik değeri* haiz olup olmadığı belirlenmesinde, bu alandaki uzmanın/mimarın görüşleri dikkate alınmalıdır. Bu amaçla yapılan inceleme, estetik değerın mimarlık eserinin hangi unsurlarında ve ne şekilde bulunduğu konusunda yapılan tespitlere dayanmalıdır. Bununla birlikte inceleme yapılırken bütüncül yaklaşıma sadık kalınmalıdır.

Mimarlık eseri ve tarihi eser kavramları birbirinden farklıdır. Benzer şekilde kültür varlıkları ile mimarlık eserleri de farklı anlamlara sahiptir³⁰. Demek ki, bir çalışmanın mimarlık eseri olarak kabul

²⁴ Öztan, 139; Bozgeyik, 58, özellikle dpn. 186.

²⁵ Bu yönde Bozgeyik, 67; 11. HD, 11.2.2010, E. 2008/5296, K. 2010/1568- Bozgeyik 226 dpn. 91.

²⁶ Bu yönde Ankara 1. FSHM'nin Stad Otel Kararı - 8.12.2004, E. 2004/111, K. 2004/338.

²⁷ O kadar ki, öğretilerde mimarlık eserleri bakımından estetik değerin aranmaması gerektiği dahi savunulmuştur. Bkz. Ayiter, 58.

²⁸ Nal/Suluk (Karasu), 99.

²⁹ Bozgeyik, 53.

³⁰ Kültür ve tabiat varlıkları, 2863 Sayılı Yasa ile koruma altındadır (RG, 23.7.1983, 18113. Doktrinde her bir kültür varlığının mimarlık eseri olarak korunacağı ileri sürülmüştür. Kılıçoğlu, 17 vd.

edilebilmesi için tarihi ya da kültürel değerinin olup olmadığına bakılmaz. Bir çalışmayı, mimarlık eseri olarak nitelendirebilmek için o çalışmanın mutlaka bir mimar tarafından yapılması da gerekmez. Bir gösterge olsa bile projenin ödül ya da yarışma kazanması bizi otomatik olarak o çalışmanın mimarlık eseri olduğu sonucuna ulaştırmaz. Diğer yandan bir çalışmanın kamu düzeni ya da genel ahlaka aykırı olması, şartların varlığı halinde onun eser sayılmasını engellemez³¹. Plan ve proje ile yapının mali değeri, kalitesi, amacı ve tarzı gibi hususlar da önemsizdir. Önemli olan, ilgili çalışmanın FSEK’te öngörülen şartları taşımasıdır.

FSEK anlamında mimarlık eseri sayılmayan yapılar telif hukuku anlamında sıradan yapılarıdır³². Sıradan yapılar üzerinde proje müellifinin telif hakkı bulunmazken estetik özelliği/sanatsal değeri bulunan yapıların, yani mimarlık eserlerinin müelliflerinin yapı üzerinde de telif hakkı vardır. İzinsiz şekilde bu nitelikteki bir plan ve proje uygulanarak bina inşa edilmişse ve estetik nitelikte bir yapı meydana getirilmişse, proje müellifinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiştir (FSEK 22/2)³³. Benzer şekilde projeden faydalanmaksızın; salt güzel sanat eseri niteliğindeki bir binaya bakmak suretiyle yeni bir bina inşa edilmişse, yani kopyalama varsa ihlâl yine gerçekleşir.

Son olarak belirtelim ki yapı ile bütünleşmiş bahçe/peyzaj tasarımlarında da hususiyet ve estetik değer bulunuyorsa 4. maddedeki koruma, yapı ile

birlikte bahçeye de sirayet eder³⁴. Aynı kural yapının içindeki perde, mobilya ve ışıklandırma gibi unsurlar/iç tasarım bakımından da geçerlidir³⁵.

III. PLAN VE PROJE İLE MİMARLIK ESERİNDEKİ KORUMANIN FARKI

Yukarıda işaret edildiği üzere FSEK 2 ve 4’teki koruma, hukuki sonuçları itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır. Şöyle ki, plan ve projelerde ilmi ve teknik nitelik korunur. Mimarlık eserlerinde ise korunan yapıda somutlaşmış sanat eserdir. Demek ki eser, ilkinde *çizimde/makette* ikincisinde ise *cisimde* somutlaşır. Bunun sonuçları hukuki bakımdan önemlidir. FSEK 2’de bilimsel plan, proje ve maketlerin uygulanması suretiyle bina inşa edilmesine karşı telif koruması getirilmemektedir³⁶. Bu türden bir koruma ancak plan, proje ve maketlerin *sanatsal özelliklerinin bulunması* ve böylelikle de bunların, ilmi ve teknik eserler yerine (veya onunla birlikte), FSEK 4’te düzenlenen güzel sanat eserleri grubuna girmesi halinde mümkündür.

Vurgulamak gerekirse, ilmi ve teknik mahiyeteki eserler ile güzel sanat eseri niteliğindeki mimarlık eserlerinin korunması arasındaki *esaslı fark*, *korunacak nesnenin kendisindedir*³⁷. *Proje ve yapı* mimaride birbirini takip eden iki basamak olarak kabul edilirse, ilmi ve teknik nitelikteki plan ve projelerde (FSEK 2) koruma sadece birinci basamağa özgü iken, mimarlık eserlerinde (FSEK 4) ikinci basamağa da içine almaktadır. İlmi ve teknik nitelikteki plan veya projelerde yalnızca bu nitelikteki *çizimler/maketler* korunurken; güzel sanat eseri teşkil eden projelerde tasvir edilen, yani *yapıda tecessüm etmiş eser* de korunmaktadır. Özetle, telif koruması birinci basamakta *çizimle* sınırlıyken ikinci basamakta *cisme* de sirayet etmektedir.

³¹ Bu yönde Ayiter, s. 168; Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin, Ankara 2003, s. 357-258. Aksi yönde Üstün, 261-262.

³² Telif hukuku bağlamında sıradan olarak nitelenebilecek yapılar, tasarım hukukunda aranan yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini karşılıyorsa tasarım mevzuatıyla korumadan faydalanır. Başka bir deyişle eser ve tasarım korumasının kriterleri birbirinden farklıdır.

³³ Projenin uygulanmasını işleme sayan görüş için bkz. 11. HD, 6.7.1998, E. 1998/3202, K. 1998/5147- Cahit Suluk/Alı Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri*, Arıkan, İstanbul 2005, s. 356-357; Üstün, 254; Ertaş/Gökyayla, 414; Arzu Genç Arıdemir, *Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, İstanbul 2003, s. 67-68. Ankara FSHM’nin *Stad Otel Kararında* ise çoğaltma ve işleme karışımı bir eylem olduğuna ve fakat çoğaltma karakterinin ağır bastığına işaret edilmiştir. Mahkemeye göre eğer projenin estetik değeri varsa, bu projenin uygulanması 22. madde bağlamında çoğaltma olacaktır. Anılan kararda, Ayasofya’nın kiliseden camiye dönüşürülmesi işleme olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Ankara FSHM, 8.12.2004, E. 2004/111, K. 2004/338.

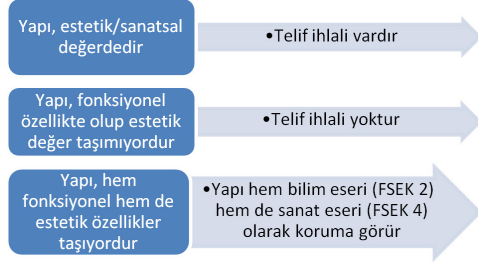
³⁴ Alman hukukunda mahkemelerce koruma çitası yüksek tutulduğu için önceki içtihatla bahçe yapılarında telif korumasına nadiren rastlanacağı hakkında bkz. Bozgeyik, s. 79 dpn. 291.

³⁵ Ernst E. Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II: Fikri Haklar*, İstanbul 1943, s. 48; Arslanlı, 25; Arkan, 168.

³⁶ Gerhard Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, München 2006, m.2, No: 194; Thomas Dreier/Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz, München 2006*, m.2, No: 223; BGH GRUR 1979, 464 vd. - Flughafenpläne; BGH GRUR 1985, 129 vd. - Elektrodenfabrik (Nal/Suluk (Karasu), 94’ten naklen).

³⁷ Nal/Suluk (Karasu), 95.

Bu açıklamalar ışığında proje müellifinden izin alınmaksızın proje uygulanarak bir bina yapılmışsa üç ihtimalle karşılaşılır:



Doktrinde konu şu örneklerle açıklanmıştır³⁸:

- “Tasarımcı *Mehmet Kurnaz*, özellikle yüksek dalgalarda hızla yol almayı sağlayan özel bir gemi gövdesi *tasarlamıştır*. *Süper Hızlı Tersanesi* de *Mehmet Kurnaz*’dan izin almaksızın bu tasarımı kullanarak tam da böyle bir gövde *inşa eder*. *Mehmet Kurnaz* telif haklarının ihlal edildiğini ileri sürer. Haklı mıdır?
- Mimar *Gül Güzelsever*, özelliği mantar başına benzeyen bir bina *tasarlamıştır*. Uygulamaya yönelik öncelikleri bulunmayan bu tasarım, özel estetiği ile öne çıkmaktadır. *Hızlı İnşaat Şirketi* ise bu binanın planları uyarınca bir bina *inşa eder*. Bu durumda *Gül Güzelsever*, telif haklarının ihlal edildiğini iddia edebilir mi?”

Bu örneklerde gemi gövdesinin tasarımı, FSEK 2/1, b.3’teki anlamda sadece *çizim* olarak korunmalıdır. *Mehmet Kurnaz*, bir mimarlık dergisinde ya da internette çiziminin yayımlanmasını engelleyebilir. Ne var ki tasvir edilen içerik ya da nesne (daha doğrusu nesneden somutlaşan fikri ürün) korunmadığından ve böylelikle de taklide karşı harekete geçilemeyeceğinden *Süper Hızlı Tersanesine* karşı telif hakkına dayalı herhangi bir talepte bulunamaz. Ancak patent, faydalı model ve tasarım mevzuatı hükümleri saklıdır.

Buna karşılık mantar biçimindeki yapılarda belli ki estetik özellik vardır. Bu nedenle de FSEK 4/1, b. 3 uyarınca bu tasarım, güzel sanat eseri olarak korunacaktır. Böylelikle koruma nesnesi tasarımda tasvir edilen eser olup, *Gül Güzelsever*’in izni olmaksızın bu yapının taklit edilmesi telif haklarını ihlal eder.

³⁸ Örnekler için bkz. Nal/Suluk (Karasu), 94-95.

Yapının estetik değeri olduğu için *Hızlı İnşaat Şirketi*, bu bina planları uyarınca *Gülsever*’den izin almadan bina inşa edemez. Estetik değeri olmayan plan ve projelerin üçüncü kişilerce kullanılarak yapı inşa edilmesi halinde, proje müellifinin iznine ihtiyaç yoktur. Zira bu halde artık telif korumasının doğal sınırına gelinmiş demektir.

IV. MENFAATLERİN DENGELENMESİ AMACIYLA İMAR MEVZUATINDA YAPILAN DÜZENLEMENİN SORUNA ETKİSİ

Konumuz özelinde fikri ürün sahibinin eserden doğan telif hakları ile yapı malikinin eşya hukuksundan kaynaklı hakları çatışmaktadır. Bu çatışma uygulamada pek çok ihtilaf doğurmuştur, halen de doğurmaktadır. Bu çatışmada *menfaatlerin dengelemesi* konusu, 2011 yılında yayımlanan bir çalışmamızda doktrindeki görüşler ve içtihatlar ışığında açıklanmıştır³⁹. Ancak 2013 yılında İmar Kanununun 8. maddesinde yapılan değişikliklerle FSEK’in öngördüğü hukuki rejim değiştirilmiştir.

İmar Kanunu 8/1-j hükmü şöyledir⁴⁰:

“İlgili idareler, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre *mimari estetik komisyonu* kurar. *Komisyon, yapıların ve onaylı mimari projelerinin özgün fikir ifade etmediğine karar vermeye yetkilidir*. Özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşü aranmaz. *Özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde; eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikçe, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişiklikler müellifinin izni alınmaksızın yapı-*

³⁹ Suluk, 45 vd.

⁴⁰ İmar Kanunundaki bu değişiklik, 6465 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılmıştır. Bkz. RG, 2.8.2013, 28726. Hükümde geçen “... eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile...” ifadesini Anayasa Mahkemesi iptal etmiş, ancak diğer hükümleri Anayasaya uygun bulmuştur. Bkz. AYM, 4.12.2014, E. 2013/114, K. 2014/184 - RG, 16.07.2015, 29418. Hükümün uygulamasını Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinin Mimari Estetik Komisyonları başlıklı 66. maddesi göstermektedir. Bkz. RG, 3.7.2017, 30113. Yönetmeliğin bu hükmünün de iptali istenmiş, fakat Danıştay bu talebi reddetmiştir. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 03.11.2021, E. 2019/550, K. 2021/2150; Danıştay 6. D, 03.02.2021, E. 2017/4783, K. 2021/1096; Danıştay 6. D, 01.02.2021, E. 2017/4211, K. 2021/817.

labilir. Bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücreti; ilgili meslek odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemez”.

Hükme göre şöyle bir uygulama yapılmalıdır:

- i) İmar iznini veren idareler, Mimari Estetik Komisyonu kurar.
- ii) Bu Komisyon, mimari projeler ile yapıların “özgün fikir” ifade edip etmediğine karar verir.
- iii) Özgün fikirde olmayanlar bakımından tadilat projelerinde proje müellifinin izni gerekmez. Bunun için hükümde yüzdelikle ifade edilen bir bedel de ödenmez.
- iv) Özgün fikir ifade edenlerde; yapılacak tadilatın eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna Komisyonca karar verilen değişiklikler proje müellifinin izni alınmaksızın yapılabilir. Ancak bu senaryoda Mimarlar Odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda %20’sini, inşaatı süren yapılarda %15’ini geçmeksizin proje müellifine ödeme yapılır.
- v) Özgün fikir ifade edenlerde yapılacak tadilatın eserin bütünlüğünü bozduğuna, estetik görünümünü değiştirdikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olmadığına Komisyonca karar verilen değişiklikler ancak proje müellifinin izniyle mümkündür.

Düzenlemede geçen “özgün fikir” ile neyin kastedildiği belirsizdir. Telif hukukuna yabancı bu terimin sözlük anlamından hareket edilirse eser korumasına yeni bir boyut kazandırılmış demektir. Şöyle ki **telif hukukunda soyut fikrin korunmayacağı kesin bir kuraldır**⁴¹. Bu ilke ulusal ve uluslararası metinlere girdiği⁴² gibi FSEK 2/2’de de kendine yer bulmuştur. FSEK’teki düzenleme, bilgisayar programlarıyla ilgili olmakla birlikte tüm eserler bakımından geçerlidir⁴³.

⁴¹ Arslanlı, 29; Nal/Suluk (Karasu), 84.

⁴² TRIPS 9/2; WCT 2; AB Bilgisayar Yönergesi 1/2 ve bu maddeye ilişkin 11 no.lu Recital; ABAD, C-393/09, 22 December 2010 - Bezpečnostní; ABAD, C-406/10, 2 May 2012 - SAS.

⁴³ Nal/Suluk (Karasu), 84.

Hükümdeki “özgün fikrin”; hususiyet (FSEK 1B/1-a), ilmi ve teknik mahiyet (FSEK 2/1, b. 3) veya estetik değerden (FSEK 4/1) hangisine/hangilerine karşılık geldiği belirsizdir. Bu kavramla estetik değer/sanatsal özellik kastediliyor olmalıdır⁴⁴. Bazı istisnai kararlar⁴⁵ bulunsa da uygulamada Mimari Estetik Komisyonları, herhangi bir riske girmemek adına önüne gelen dosyalarda genellikle yapıların ve onaylı mimari projelerin “özgün fikir” olduğuna karar vermektedir. Bunun da ötesinde anılan Komisyonlar, hükümde geçen; “... özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde; eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğu⁴⁶”nu kontrol etmeksizin pek çok olayda proje müellifinin iznini bir refleks olarak talep etmektedir. Bu uygulama, pratikte işlerin tıkanmasına ve yapı maliklerini, proje müelliflerinin (veya mirasçılarının) insafına bırakmak anlamına gelmektedir.

İlave edelim ki Yargıtay, 2005 yılında Stad Otel kararıyla şekillenen içtihadını, 2013 yılında imar mevzuatındaki değişiklikten sonra da sürdürmektedir⁴⁷.

V. SONUÇ

Mimari eserlerden olan plan ve projeler ile yapıda somutlaşan mimarlık eserlerinin iki ayrı hükümde düzenlenmesinin önemli hukuki sonuçları vardır.

⁴⁴ Ayrıca bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 03.11.2021, E. 2019/550, K. 2021/2150.

⁴⁵ Örnek olarak bkz. Danıştay 6. D, 23.05.2022, E. 2020/317, K. 2022/5991.

⁴⁶ Yargıtay’ın medeni hukuktaki lüks/keyfi, ihtiyaç ve zorunluluktan kaynaklı değişiklikler ayrımı yerine imar mevzuatında zorunlu ve diğer değişiklikler şeklinde ikili bir ayırımı gidilmiştir.

⁴⁷ Örnek olarak bkz. 11. HD, 07.12.2023, E. 2022/7570, K. 2023/7190. Yargıtay başka bir kararında imar mevzuatındaki değişikliği tartışmış ve dava konusu yapıların FSEK 4 anlamında sanat eseri olmadığı bilirkişi marifetiyle tespit edilmesine rağmen proje müellifinin izni gerekip gerekmediğinin incelenmesini talep ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. 11. HD, 20.06.2019, E. 2018/3101, K. 2019/4685. Yerel mahkeme ise bozma öncesinde proje müellifinin “yapma borcunu” yerine getirmesi gerektiğine hükmetmiştir. Oysa itibar edilen bilirkişi raporuna göre FSEK 4 uygulama alanı bulmadığı için yapı maliki, dilediği mimarla çalışarak tadilat projesini yaptırabilmeli, ilgili idare de proje müellifinin iznini sormamalıdır. Yargıtay şu kararlarında ise FSEK 2 ve 4’teki ayrımı isabetle yapmış ve sanatsal özellik taşımayan yapıdaki değişikliklere proje müellifinin müdahale edemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 11. HD, 03.12.2014, E. 2014/13023, K. 2014/18948; 11. HD, 09.06.2014, E. 2014/4558, K. 2014/10892.

Gerçekten FSEK'in 2. ve 4. maddelerinde öngörülen korumanın şartları birbirinden farklı olduğu gibi korumanın konuları da aynı değildir.

Diğer eser gruplarında aranan genel şartlara ilave olarak 2. maddede *ilmi ve teknik mahiyet* kriteri gereklidir. Daha doğrusu hususiyet, bilimsel özellikte aranır. Buna karşılık 4. maddede estetik değer/sanatsal özellik şartı getirilmiştir.

Diğer yandan iki hükümdeki korumanın konuları da birbirinden farklılık göstermektedir. İlkinde *çizim/tasarım* korunurken ikincisinde yapıda tecessüm etmiş/somutlaşmış eser koruma altına alınmıştır. Yani ikinci halde yapının bizatihi kendisinde somutlaşan eser korunmaktadır. Bir plan ve proje, hem bilimsel hem de estetik değer taşıyorsa hem bilim eseri (m.2) hem de sanat eseri (m.4) olarak korunacaktır.

Bu koruma farkının doğurduğu önemli bir hukuki sonuç daha vardır: Sadece "... *mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma sayılır*" (m.22/2). Bu bağlamda estetik değeri/sanatsal özelliği bulunmayan plan ve projelerin uygulanması suretiyle bina inşa edilmesine karşı telif koruması getirilmemiştir. Bu koruma, sadece estetik değeri olan yapılarla sınırlıdır.

Uygulamada en çok karşılaşılan ihtilaf tadilat projelerinde görülür. Şöyle ki mimari yapılar günlük olarak kullanıldığı için zamanla yapının eskimesi, yıpranması ya da yeni ihtiyaçların zorlaması yüzünden yapıda tadilata ihtiyaç duyulmaktadır. Ruhsatı gerektiren tadilatlar için ilgili belediyelere yapı maliklerinin başvurması üzerine yapının mimari proje müellifinin izni talep edilmektedir. Bu talepler sadece sanatsal nitelikteki yapılarla sınırlı tutulmalıdır. Kaldı ki tadilatın *keyfi, ihtiyaç ve zorunluluktan* kaynaklanıp kaynaklanmadığına bağlı olarak sadece keyfi/lüks olanlar bakımından proje müellifinin izni talep edilmelidir. Gerek Yargıtay'ın Stad Otel kararıyla istikrara kavuşmuş içtihadı gerekse de imar mevzuatındaki düzenlemeler bu yöndedir.

Diğer yandan imar mevzuatındaki düzenleme, telif hukukunda yerleşik terminolojiyle bağdaşmadığı gibi orada benimsenen menfaatler dengesine de yeni bir boyut kazandırmıştır. Yukarıda (IV) özetlenen bu çözüm tarzı, tespit edebildiğimiz kadarıyla henüz Yargıtay içtihatlarına pek yansımamıştır.

KAYNAKÇA

- Arıdemir Arzu Genç, *Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, İstanbul 2003.
- Arkan Sabih, “*Mimari Eserlerde Malik ile Mimarin Hak ve Menfaatlerinin Dengelenmesi*”, BATİDER, C. XXIV, S. 2/2007, s. 167 vd.
- Arslanlı Halil, *Fikri Hukuk Dersleri, C. II: Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul 1954.
- Ateş Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan, Ankara 2007.
- Ateş Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin, Ankara 2003.
- Ayiter Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 2. Bası, İstanbul 1981.
- Bozgeyik Hayri, *Mimaride Telif Hakları*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- Doğrul Gürhan Sefa, *Mimarın Telif Hakkı*, Ankara 2013.
- Erel Şafak N, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2009.
- Ertaş Şeref, Gökyayla Emre, “*Mimari Projeler Üzerindeki Telif Hakkı*”, Prof. Dr. Seyfullah Ediş Armağan, DEÜY, İzmir 2000.
- Hirş Ernst, *Fikri ve Smaî Haklar*, İstanbul 1948.
- Hirsch Ernst E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II: Fikri Haklar*, İstanbul 1943.
- Kılıçoğlu Ahmet M, “*Fikri Hukuk Açısından Mimari Projeler ve Mimarlık Eserleri*”, FMR, C. VII, S. 2/2007, s. 15.
- Suluk Cahit, Karasu Rauf, Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Seçkin Ankara 2024.
- Öztan Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan, Ankara 2008.
- Suluk Cahit, “*Mimari Eserlerde Eser Sahibi ile Yapı Malikinin Menfaatlerinin Dengelenmesi*”, FMR, C. XII, S. 1/2011, s. 45 vd.
- Suluk Cahit, Orhan Ali, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri*, Arıkan, İstanbul 2005.
- Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat, İstanbul 2012.
- Üstün Gürsel, “*Deprem Sonrası Yapı Güçlendirmeleri Açısından Mimarlık-Mühendislik Projelerinde veya (Cisimlendirilmiş) Mimari Eserlerde Eser Sahipliği ve Öneriler*”, TMMOB Mimar Odaları İstanbul Büyük-kent Şubesi: Deprem Bölgelerinde Yapı Üretimi Sempozyumu, 15-16 Şubat 2002, s. 251 vd.
- Yasaman Hamdi, *Fikri ve Smaî Mülkiyet Hukuku, C. II*, Vedat, İstanbul 2012.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARI BAKIMINDAN KİŞİ VE KURUMLARIN VERGİLENDİRİLMESİ^(*)

TAXATION OF INDIVIDUALS AND INSTITUTIONS IN TERMS OF PRIVATE EQUITY INVESTMENTS

Arş. Gör. Yaren YİTKİN^(**)

Öz

Girişim sermayesi; yeni bir yatırım yapmak isteyen kimselerin yenilikçi fikirlerini ve üretim yöntemlerini gerçekleştirmelerine yönelik maddi ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan bir finansman yöntemidir. 20. yüzyılın ortalarından bu yana yeterli sermayesi bulunmayan mühendisler, bilim insanları ve proje sahibi girişimciler, sermaye ile buluşarak girişimini hayata geçirmeye başlamıştır. Türk vergi mevzuatında ise girişim sermayesi yatırımlarının özel sektörün ve şirketlerin gelişimine katkısı nedeniyle teşvik edildiği görülmektedir. Böylece, hem girişim sermayesi fon ve ortaklıklarına yatırım yapmak için ayrılan tutarlar matrahtan indirilmiş hem de kişi ve kurumların yatırımlarına ilişkin kazançları istisna hükümleri ile vergilendirme işlemleri dışında bırakılmıştır. Son yıllarda ise teknogirişim sermayesi ile yeni bir teşvik konusu oluşturulduğu ve girişim sermayesinin teknoloji alanında kullanımının öncelendiği görülmektedir. Bu çalışmada, girişim sermayesi kavramı ve girişim sermayesi yatırım biçimleri açıklanarak ilgili yatırım biçimlerinde oluşan ortaklık yapısı ve ortakların nitelikleri ortaya konduktan sonra vergi hukuku düzenlemelerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Girişim Sermayesi, Melek Yatırımcı, Risk Sermayesi, Vergilendirme, Yatırım.

Abstract

Private equity is a financing method, aimed at meeting the monetary needs of entrepreneurs to realize their innovative ideas and new production methods. Engineers, scientists, and entrepreneurs who do not have enough capital have started to realize their project by meeting with the capital since the middle of the 20th century. In Turkish tax legislation, incentive tax arrangements have been preferred due to the contribution of private equity investments to the development of the private sector and companies. Thus, both the amounts allocated for investing in the private equity investment funds and trusts have been deducted from the base, and the earnings of individuals and institutions related to their investments have been excluded from taxation by exception provisions. It is observed that a new incentive issue has been created with techno-enterprise capital in recent years and the supportive perspective has been gradually expanding. In this study, the concept of private equity and forms of private equity investment will be presented, partnerships and qualities of partners formed in the relevant forms of investment will be set out, and tax law regulations will be included.

Keywords

Private Equity, Angel Investor, Venture Capital, Taxation, Investment.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 03.09.2024 / Kabul Tarihi: 11.12.2024).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye, (E-posta: yarenyitkin@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1552-9540).

Atıf/Citation: Yitkin, Yaren (2024), "Girişim Sermayesi Yatırımları Bakımından Kişi ve Kurumların Vergilendirilmesi", TFM, C: 10, S: 2, s. 329-350.

GİRİŞ

Girişim sermayesi, ülkemizde ilk olarak risk sermayesi terimiyle ele alınmış ve bir finansman yöntemi olarak kullanılmaya başlanmıştır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan "risk sermayesi yatırım fonu" ile "risk sermayesi yatırım ortaklığı", yerine 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn) "girişim sermayesi yatırım fonu" ile "girişim sermayesi yatırım ortaklığı" kavramları ihdas edilmiştir. Uygulamanın, başarılı olduğu ifade edilen uluslararası örnekleri kapsamında Türk sermaye piyasası mevzuatına kazandırıldığı ve böylece üst fon benzeri yapıların kuruluşuna imkan tanındığı belirtilmektedir².

Geliştirilebilir fikirler ya da yatırımların planlanması amacıyla taşıyan ve bu süreçte sermayenin tabana yayılması ile sermaye piyasalarına daha fazla kaynak yaratmayı hedefleyen birçok yatırım finansman modeli olduğu söylenebilir. Teknolojinin gelişimi ve mobil uygulama kullanımı çerçevesinde geliştirilen girişim sermayesi de bu finansman sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Bu kapsamda oluşturulan yapılardan biri girişim sermayesi yatırım fonu (GSYF)'dur. Kamu Aydınlatma Platformu (KAP) verilerine göre, ülkemizde 46 farklı şirket tarafından yönetilen 372 aktif GSYF bulunmaktadır³. Benzer biçimde yatırım gerçekleştiren girişim sermayesi yatırım ortaklığı (GSYO) sayısı ise Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) göre 13'tür⁴. İlgili şirketlerin sayısı ve yatırım oranı; yüksek getiri ümidiyle ve teşvikler dolayısıyla artış göstermektedir. Sermaye veya tecrübe unsurunu kullanarak girişim şirketlerinde ortaklık elde eden yatırımcılar ise melek yatırımcıdır⁵. Girişimciliğin finansmanında önemli rolü

olan melek yatırımcılar; fon ve ortaklıklardan farklı olarak, şirketin karar alma mekanizmasında bilgi ve tecrübesi ile aktif rol alarak kendi hisse değerinin artmasını sağlamaktadır.

Girişim sermayesi yatırım fonu ve ortaklıkları teknoloji ve inovatif fikirlerin gelişimindeki önemi dikkate alınarak teşvik edilmiş ve bazı vergisel avantajlar sağlanmıştır. İlgili fon ve ortaklıklarının işletilmesi ve yönetilmesinden kaynaklı kazançlarla, bunlardan kazanç elde eden kişi veya kurumların vergilendirilmesinde indirim, istisna ve muafiyet düzenlemeleri bulunmaktadır⁶. Benzer biçimde melek yatırımcıların da lisans edinmek suretiyle yatırım yapılan alana göre ilgili düzenlemelerden faydalanması mümkündür.

Bu çalışmada ise ilk olarak; girişim sermayesi, risk sermayesi gibi kavramlar ve melek yatırımcı dahil olmak üzere girişim sermayesi yatırım biçimlerine ilişkin açıklamalar yapılacak ve devamında fon ve yönetici şirketler ile kişi ve kurumların vergi istisna ve indirim müesseseleri karşısındaki durumu ortaya konacaktır.

I. GİRİŞİM SERMAYESİ

Girişim sermayesi yatırımları emek, sermaye ve *know-how* birlikteliğinden meydana gelmektedir. Bu nedenle girişim sermayesi benzeri finansman yöntemlerinin eski medeniyetlerce kullanıldığına ilişkin karşılaştırmalı hukuk örneklerine rastlanabilir⁷. Ancak günümüz anlamında girişim sermayesi örneklerinin 19. yüzyılın başlarında ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁸. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında teknoloji odaklı sanayi stratejileri artış göstermiş ve risk sermayesi adı verilen yeni bir finansman yöntemi mevzubahis olmuştur. Risk sermayesi, yaratıcı olmasına rağmen finansal gücü olmayan girişimcile-

¹ 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu m.39: "Diğer sermaye piyasası kurumları; ..., risk sermayesi yatırım fonları, risk sermayesi yatırım ortaklıkları, vadeli işlemler aracılık şirketleri, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak gayrimenkul değerlendirme kurumları ve portföy saklama şirketleridir.", R.G. 30.07.1981/17416.

² Aydın Yılmaz, *Teknoloji ve Yazılım Şirketlerinde Vergi Uygulamaları* (1. Baskı, Seçkin, 2020) 55.

³ Kamu Aydınlatma Platformu <<https://www.kap.org.tr/tr/YatirimFonlari/GSF>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁴ Sermaye Piyasası Kurulu <<https://spk.gov.tr/kurumsal-iletisim/rsyo>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁵ Terim ilk olarak "business angels" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. William E. Wetzel, "Angels and Informal Risk Capital", (1983) 24 (4) Sloan Management Review 23.

⁶ Erkan Aydın, "Girişim Sermayesi Yatırım Fon ve Ortaklıklarının Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi Bakımından Vergilendirilmesi" (2015) 37(2) Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi 76, Deniz Aytaç "Yeniliğin Finansmanı: Girişim Sermayesi" (2015) 16 (1) Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Dergisi 67.

⁷ Asurlularda *naruqqum*, Roma hukukunda *faenus nauticum*, İslam hukukunda *qirad* ve diğer örnekleri için bkz. Y. Selim Günay, *Hukuki Yönleriyle Girişimciliğin Finansmanı ve Girişim Sermayesi* (1. Baskı, On İki Levha 2024) 115.

⁸ Günay (n7) 116, Hakan Kildokum, "Girişim Sermayesi'nin Türkiye Serüveni Bir Modele Yönelik Fırsat Arayışı" (2012) 1(1) Balkan Sosyal Bilimler Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/bsbd/issue/43799/537987>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

rin, fikirlerini gerçekleştirmesini mümkün kılan dinamik bir finansman biçimi olarak tanımlanmaktadır⁹. Bu şirketler önce basit ya da karmaşık görünen ihtiyaçlara çözüm üreten ürünleri icat etmek, sonrasında ise piyasaya sunmak için gerekli finansman aracını sağlamak için girişim sermayesini kullanmaktadır. Bu kapsamda sermaye; araştırma-geliştirme (Ar-Ge), üretim, pazarlama gibi birçok aşamada finansman ihtiyacını karşılamaktadır. Böylece başarı durumunda yatırımcılar yüksek bir kârlılık ve büyük bir piyasa payı ile karşılaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu aşamada yeni bir ürünün icadı ve ürünün piyasada yer etmesi girişim sermayesi bakımından riskin konusunu oluşturmaktadır. Sayılan olasılıklar riski arttırdığından yüksek risk, başarı halinde yüksek getiriyi beraberinde getirmektedir.

Doktrinde girişim sermayesi; kuruluş ya da başlangıç aşamasında olan yüksek riskli yatırımları desteklemeyi hedefleyen özel bir finansman modeli olarak tanımlanabilmektedir¹⁰. Böylece girişim sermayesinin yeni fikirleri ve yeni kurulan başlangıç aşamasındaki şirketleri hedeflediği söylenebilir. Bu tanımlamanın aksine, girişim sermayesinin yeniden yapılandırılmaları, satın almaları ve büyüme stratejisi hedefleyen ve çoğunlukla üç ila on yıllık işletmelelere yapılan büyüme ve genişleme amaçlı yatırımları kapsayan geniş bir tanımlama mevcuttur¹¹. Bu nedenle girişim sermayesinin tam olarak neyi ifade ettiği açıklanmaya muhtaç bir husustur.

A. TERİM SORUNU

Hukukumuzda yabancı terimlerin yanlış kullanımına bağlı bir karmaşa mevcuttur. Girişim sermayesi için de bu karmaşanın varlığından söz etmek

mümkündür. Esasen girişim sermayesi “*private equity*” (PE) olarak adlandırılmakta, risk sermayesi ise “*venture capital*” (VC) olarak bu terimin bir alt başlığını oluşturmaktadır¹². Ancak girişim sermayesinin bir çatı kavram olarak risk sermayesi ve özel sermayeyi kapsadığı düşünülmektedir¹³. Ülkemizde bu ifadelerin yanında “cesarete dayalı sermaye” kavramının da kullanıldığı görülmektedir¹⁴. Özellikle İngiliz hukukunda risk sermayesinin; teknoloji kaynaklı firmaları desteklemek amacıyla, piyasaya girmeye hazırlanan firmalarda (*start-up*) veya firmanın ilk dönemleri için tercih edilen, sonuçları için en az 12 ay vade belirlenen orta veya uzun vadeli finansman aracı olarak kullanıldığı ifade edilmektedir¹⁵. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda da risk sermayesinin, özel sermayenin bir alt başlığı olarak kuruluş (*start-up*) veya ilk dönemlerindeki şirketler için kullanıldığını belirtmektedir¹⁶. Bu süreci takip eden ileri dönemlerde gerçekleşecek büyüme yatırımı, sermaye arttırımı, şirket birleşmeleri¹⁷, yönetim satın alması¹⁸, daha gelişmiş şirketlerin kaldıraçlı satın almaları¹⁹ ve özel borçlanma gibi işlemler bütünü ise girişim sermayesi olarak nitelendirilmektedir²⁰.

¹² Gallo, Vincenzo (n11) 3, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, 2022.

¹³ Günay (n7) 136, Kildokum (n8) <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/bsbd/issue/43799/537987>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

¹⁴ Çelikkaya (n10) 243.

¹⁵ Gallo, Vincenzo (n11) 5.

¹⁶ The Association of International Certified Professional Accountants, Accounting and Valuation Guide: Valuation of Portfolio Company Investments of Venture Capital and Private Equity Funds and other Investment Companies, New York, (2019) 9 doi: <10.1002/9781119663188>, s.e.t. 2 Eylül 2024.

¹⁷ Konsolidasyon olarak ifade edebileceğimiz *roll-up strategies*, küçük şirketlerin büyük bir ana şirkete bağlanarak veya ana şirket oluşturularak birleşmesi anlamına gelmektedir.

¹⁸ *Management buyout (MBO)* olan terim, bir şirketin yöneticilerinin şirket hisselerinin tamamı veya bir bölümünü satın alarak yönetmesi anlamına gelmektedir. Benzer diğer terim *management buy in (MBI)* ise dışarıdan yöneticilerin şirket hisselerinde veya tamamında satın alma yapmasını ifade etmektedir.

¹⁹ *Leveraged buy out (LBO)*, bir şirketin başka bir şirketi satın almak amacıyla, mevcut veya satın alınan şirketlerin varlıklarının teminat altına alınmasıyla, kredi veya borç para kullanımını ifade eder. İşlemden özsermayenin borca oranla daha az bir paydayı oluşturması tercih nedenleri arasındadır.

²⁰ Accounting and Valuation Guide (n16) 9, Magnus Henrekson, Tino Sanadaji, “Stock Option Taxation and Venture Capital Activity: A Cross-Country Study” (2018) 20 (1) Venture Capital, 54 vd.

⁹ Yılmaz (n2) 57.

¹⁰ Ali Çelikkaya, “AB’ye Uyum Sürecinde Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına Sağlanan Vergisel Avantajların Değerlendirilmesi” (2007) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 243, A. Kemal Gaygılı, “Girişim Sermayesi Fonunun Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi” (2024) 20 (229) Legal Mali Hukuk Dergisi 49; Damla Turan, Damla, Müslüme Narin, “Yeniğin Finansmanında Kullanılan Alternatif Yöntemler” (2022) 6 (2) Fiscaoeconomia 869.

¹¹ Serena Gallo, Verdoliva Vincenzo, *Private Equity and Venture Capital* (1. Baskı, Springer 2022) 2, S. Tayfun İnce, “Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi” (2018) Yüksek Lisans: Galatasaray Üniversitesi 8, Sermaye Piyasası Kurulu (2022), Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları.

ABD dünyanın girişim sermayesi piyasaları bakımından hem öncüsü konumdadır hem de en büyük girişim sermayesi piyasasına sahip ülkesidir²¹. ABD’de girişim sermayesi veya risk sermayesi uzun vadede fayda getirmekte ve yatırımın niteliği, fon yapısı gibi unsurlarla 10-12 yıl sürecek vadeler tespit edilebilmektedir²². Bu süreçte halka açık şirket hisselerinin satın alınması veya şirket birleşmeleri olası olduğu gibi az gelişmiş bir sektörde yeni bir şirketin kurulması veya gelişmiş bir sektörün önde gelen şirketlerinin satın alınması da mümkündür. Benzer biçimde, fonun yeniden yapılandırma sürecindeki bir şirkete ara finansman yöntemiyle yatırım yapması da önemli oranda pay alımı ile sonuçlanabilmektedir.

ABD hukukunda risk sermayesi “melek yatırımcı” (*angel investor*) ile de anılmaktadır. Melek yatırımcı, şahsi serveti ve çoğu zaman deneyimi ile kuruluş aşamasındaki şirketlere destek olan birey veya topluluğu ifade eder²³. Melek yatırımcıların, risk fonu (*hedge funds*), yönetilen hesaplar başta olmak üzere daha az nakit barındıran gayrimenkuller, girişim sermayesi veya risk sermayesi gibi oldukça çeşitli ve dengeli birçok varlıktan oluşan bir portföy oluşturduğu kabul edilmektedir²⁴. Bu kapsamda melek yatırımcının girişim sermayesi veya risk sermayesi fonlarına yatırım yapma imkanı bulunduğu, ancak bununla birlikte yeni kurulmuş ve sermaye ihtiyacı olan şirketlere de fon sağladığı düşünülebilir.

Risk sermayesinin yeni iş alanları oluşturduğu ve bu kapsamda özellikle Çin’de dünyanın en büyük ikinci risk sermayesi piyasasının (*VC market*) oluşturulmasının hedeflendiği ifade edilmektedir²⁵. Nitekim ABD ve Çin uyruklu yatırımcıların dış piyasalarda yapay zeka teknolojileri alanında karşıt ülkeye yöneldiği bilinmektedir²⁶. Çin’de 2011 yılında

büyük dolandırıcılık olayları ve skandallar meydana geldiğinden²⁷ 2014 yılında detaylı düzenlemeler yapılarak bu alanda faaliyet gösterecek şirketler, yasal düzenlemelere konu edilmiştir²⁸. 2022 yılı içinde ise Çin Menkul Kıymet Düzenleme Komisyonu (CSRC) son olarak sicile dayalı halka arz sistemi ile risk sermayesi piyasasını geliştirmeyi hedeflemiştir²⁹. Yasal düzenlemelerden önce ve sonra Çin’de yürütülen her iki sistemde de yatırımcıların yöneticilikten ziyade sınırlı ortak olduğu, yönetici veya kurucu gerçek kişilerin ise sınırsız ve şahsen sorumlu olabilecekleri bir komandit şirket yapısı oluşturulmaktadır³⁰.

Girişim sermayesi alanının başarılı örneklerinden olan Yeni Zelanda Girişim Yatırımları Fonu³¹ ile İsrail’de geliştirilen Yozma Programı³² teknoloji alanını öncelemektedir. Kanadada işçileri de esas alan fon, 1980’den bu yana faaliyetlerini devam ettirmektedir³³. Tayvan’da ilk kez yatırım yapan yatırımcıların en az 2 yıl süreyle sistemde kalması ve %20 oranında vergi ile karşılaşmasını öngören sistem 2006 yılından bu yana sürdürülmektedir³⁴. Almanya’da ise resmi fonun, zararları karşılamak amacıyla %75 ora-

²⁷ Detaylı bilgi için bakınız; Xuanyu Huang, *Scandal-Driven Regulation of China’s Stock Market: Dynamics among the State, Market, and Stockizens*, (2015) (PhD Thesis) Arizona State University, 128 <<https://core.ac.uk/download/pdf/79576457.pdf>> s.e.t. 2 Eylül 2024, Skandallar ayrıca haber konusu olmuştur. Bkz. <<https://www.chinadaily.com>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

²⁸ Lin (n21) 25 vd.; China Securities Regulatory Commission (CSRC), *Interim Measures for the Supervision and Administration of Privately Offered Investment Funds*, Regulation No. 105, 21 Aug 2014.

²⁹ CSRC, T. 16 Mar 2022, <http://www.csrc.gov.cn/csrc_en/c102030/c2098640/content.shtml> s.e.t. 2 Eylül 2024.

³⁰ Lora Dimitrova, Sapnoti K. Eswar, “Capital Gains Tax, Venture Capital, and Innovation in Start-Ups”, (2022) *Review of Finance*, 7, Lin (n21) 44.

³¹ *New Zealand Venture Investment Fund (NZVIF)* için bkz. <<https://www.nzvif.co.nz>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

³² Robyn K. Vidra, *The Venture Capital State* (1. Baskı, Cornell University Press 2022) 44, Lin (n21) 5, Yozma 2.0 adı verilen program kapsamında 18 Nisan 2024 itibarıyla yeni yatırımcı başvuruları başlamıştır. Bu yeni program ile yüksek teknoloji şirketleri için devlet katkı payı eklenerek yatırım yapılabilmektedir. Bkz. <https://innovationisrael.org.il/en/calls_for_proposal/yozma-2-0-fund/> s.e.t. 12.07.2024.

³³ *Labour Sponsored Venture Capital Fund (LSVCF)* bakımından detaylı bilgi için bkz. Douglas J. Cumming, “Agency Costs, Institutions, Learning and Taxation in Venture Capital Contracting”, (2005) 20 (5) *Journal of Business Venturing*, 588.

³⁴ Detaylı bilgi için bkz. K. Vidra (n32) 55 vd.

²¹ Lin Lin *Venture Capital Law in China*, (1. Baskı, Cambridge University Press 2021) 2.

²² *Accounting and Valuation Guide* (n16) 10.

²³ Janet K. Smith, Richard L. Smith, *Entrepreneurial Finance: Venture Capital, Deal Structure & Valuation*, (2. Baskı, 2019) 115, Turan, Narin (n9) 869.

²⁴ *Accounting and Valuation Guide* (n16) 20.

²⁵ Lin (n21) 2.

²⁶ Organisation for Economic Cooperation and Development, “Venture Capital Investments in Artificial Intelligence”, *Analyzing Trends in VC in AI Companies From 2012 through 2020* (2021) OECD Digital Economy Papers, No: 319 6 vd.

nında yatırımı sigorta ile koruma yoluna gittiği ifade edilmiştir³⁵. Japonya'da 1970 yılından beri banka, alt kuruluşlar ve bireylerce yasal olmayan bir zeminde devam eden risk sermayesi piyasası, 1988 yılından itibaren yasal bir zemine kavuşmuştur; ancak yatırımcıların şirket ortaklıkları sınırlı sorumluluk üzerine kurulu olmadığından riskin daha da arttığı belirtilmektedir³⁶.

Ülkemizde resmi fon olarak değerlendirilebilecek bir örnekten bahsetmek mümkündür. Hazine ve Maliye Bakanlığı ve Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) işbirliği ile oluşturulan “Türkiye Yüksek Teknoloji- Erken Aşama Yatırım Fonu” (*Tech-InvesTR*) 2018 yılında duyurularak başta sağlık teknolojileri olmak üzere yapay zeka, mobil oyun geliştirme, giyilebilir teknoloji ile blok zincir ve lojistik operasyonları gibi konuları esas alan girişimlere yatırım yapmak amacıyla faaliyete başlamıştır³⁷. Ardından ise pek çok yasal düzenleme ile teşvik edilen girişim sermayesi yatırımları alanında pandeminin de etkisi ile büyük bir patlama yaşanmış, 2021 yılı bu anlamda yıllık bazda en çok yatırım yapılan dönem olmuştur³⁸.

Nitelikli kuruluş kriterleri karşısında önemli vergi avantajları ile donatılan GSYF ve GSYO sisteminin SPK kapsamında; sektörel bazda destek sağlanan melek yatırımcıların ise Hazine ve Maliye Bakanlığının tescil sistemi ile faaliyet gösterdiği görülmektedir. Türkiye'de Hedef GSYO ile HUB GSYO'nun KOBİ niteliğindeki şirketlerin teknoloji ağırlıklı projelerine, Gözde GSYO'nun yeni girişimlere (*start-up*) ve erken aşamada finansman ihtiyacı olan şirketlere; RHEA GSYO'nun ise bunların aksine piyasada yer edinmiş, pazarda rekabet edebilecek ürün fikirleri olan KOBİ niteliğindeki şirketlere yatırım yapmayı tercih ettiği belirtilmektedir³⁹.

Türkiye'de, son yıllarda dikkat çekici bir şekilde büyüyen “Getir” firması da girişim sermayesi bakımından ülkemiz sınırlarını dahi aşan önemli örneklerden birini oluşturmaktadır⁴⁰. Getir GSYF; “RE-PIE Gayrimenkul ve Girişim Sermayesi Portföy Yönetimi A.Ş.” tarafından 2015 yılında kurulmuş, ancak 2019 ve 2021 yılları arasında büyük bir gelişme kaydederek Avrupa ve ABD'ye dek uzanan bir hizmet ağı oluşturmuştur⁴¹. Bu süreçte pandeminin de etkisiyle e-ticaret hacmi artış göstermiştir. Öyle ki iç piyasalarda e-ticaret dağılımında 2020 yılının ikinci altı ayında ticaret hacmi oranının, ilk altı ayın neredeyse iki katı olduğu görülmüştür⁴². 2021 yılında ise aldığı yatırımlar ile elektronik satış platformu olan “Trendyol” 11 milyar ABD Doları değerine ulaşarak Türkiye'nin en değerli şirketi konumuna gelmiştir⁴³.

Uluslararası ve yerel örnekleri ile mevzuat kapsamında kanaatimizce girişim sermayesinin *private equity* teriminin karşılığı olduğunu belirtmek gerekir. Girişim sermayesinde en riskli aşama olan firmaların kuruluş ve pazara giriş aşaması, ortaya çıkan yüksek riskten adını alan risk sermayesi, *venture capital* teriminin bir karşılığını oluşturmaktadır. Bu kapsamda doktrinde, yapılan tanımlamalarda öncelikle girişim şirketinin niteliği, şirketin bulunduğu aşama, kaynak ihtiyacı olması, büyüme potansiyeli, yüksek risk ve getiri beklentisi gibi hususlara yer verecek bir tanımlamanın gerekliliğine vurgu yapılmaktadır⁴⁴. Tüm bu açıklamalardan hareketle, Türk hukukunda girişim sermayesi; gelişme potansiyeli görünen küçük ve orta ölçekli işletmelere kuruluş ve faaliyetleri bakımından yapılan riskli yatırımlar sonucunda uzun vadede yüksek getiri elde etmek amacı taşıyan dış kaynaklardan temin edilen finansman kaynağıdır.

³⁵ Lin (n21) 5, *Wagnisfinanzierungsgesellschaft (WFG)* konusunda bir eyalet bakımından detaylı bilgi için bkz. <<https://www.saarland.de/mwide/DE/portale/wirtschaft/finanzierungsprogramme/wagniskapital.html>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

³⁶ K. Vidra (n32) 43.

³⁷ <<https://tubitak.gov.tr/destekler/sanayi>> s.e.t. 11 Jul 2024.

³⁸ <<https://www.invest.gov.tr/tr/library/publications>> s.e.t. 11 Jul 2024.

³⁹ İlnur Eskin, “The Examination of Venture Capital Investment Trusts in terms of Tax Legislation and Investment Strategies” (2023) 25 *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 128.

⁴⁰ Aydın Şenol, Seren Sancak, “Covid-19 Pandemisinin Sektörel Ölçekte Mali Analizi: Getir Girişim Sermayesi Örneği” (2022) 9 (1) *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi* 180.

⁴¹ Şirketin Almanya, Birleşik Krallık, İspanya, İtalya, Portekiz gibi Avrupa ülkelerinde hizmet verdiği ifade edilmektedir. Bkz. Şenol, Sancak (n40) 164.

⁴² Şenol, Sancak (n40) 170.

⁴³ Günay (n7) 122.

⁴⁴ Günay (n7) 111 vd.

B. KAPSAMI ve KULLANIM ALANI

Girişim sermayesi bir projenin hemen her aşamasında finansman aracı olabilmektedir. Ancak Ar-Ge harcamaları en belirgin ve riskli finansman aşaması olarak girişim sermayesinin yaygın kullanım alanını oluşturmaktadır. Bu aşamada riskin; henüz bir ürün yokken, fikirler ve fikirlerin gerçekleştirilmesine yönelik maliyetlerden bahsedilirken belirsizlikteki artıştan kaynaklandığını kabul etmek gerekir. Devamında görülen ikincil risk, ürün geliştirme süreci veya pazara sunma sürecinde yer almaktadır. Bu aşamalar başlangıç sermayesi olarak da adlandırılmaktadır⁴⁵. Firmaların yetersiz finansman nedeniyle girişim sermayesine başvurması da mümkündür. Bu durumda tam kapasiteye ulaşmak isteyen firmaya ek finansman sağlanmış olacaktır.

Doktrinde girişim sermayesi yatırımlarının aşamaları hakkında ittifakla kabul edilmiş bir sınıflandırma yoktur⁴⁶. Nitekim yatırımcı şirketin kuruluşunda veya ilerleyen aşamalarında girişim sermayesi yatırımı yapılabilir. Yenilikçi bir fikrin hayata geçirilme sürecinde girişim sermayesi yatırımları kendi içinde 5 aşamaya ayrılmaktadır⁴⁷. Bu süreç dar kapsamlı olan risk sermayesi yatırımlarını da içinde barındırmaktadır. Girişim şirketinin gelişim aşamaları; çekirdek, başlangıç (*start-up*), genişleme ve büyüme (ikinci ve üçüncü faz), olgunlaşma (köprü/destek finansmanı) ve son olarak çıkış aşamasıdır⁴⁸. Çıkış aşamasında şirket tasfiye edilebileceği gibi yeni ortaklarla faaliyetlerine devam edebilecektir.

Çekirdek aşaması, henüz bir girişim şirketinden bahsedilemeyen, hizmet ya da üretim biçimlerinin geliştirildiği aşamadır. Bu aşamada sadece şirketin

faaliyet biçimi değil, faaliyetin etkinliğinin kontrol edildiği etüt araştırmaları da yapılmaktadır. Pazar araştırmasını da kapsayan bu aşamanın en riskli aşama olduğu kabul edilmektedir⁴⁹.

Başlangıç aşaması, bir girişim şirketinin kurulduğu ya da kuruluş hazırlıklarının yapıldığı aşamadır. En çok tercih edilen aşama olan başlangıç aşamasında henüz kurumsal bir yapının oluşmadığı ve malzeme ve ekipman yatırımlarının yapıldığı ticari bir ürünün üretim ve piyasaya sürülme aşamalarının gerçekleşmediği veya bu sürece başlandığı kabul edilir.

Büyüme ve genişleme (*scale up*) fazına gelindiğinde ürün ya da hizmetin istikrarlı olarak piyasaya sunulduğu, belirsizliklerin önceki aşamalara nazaran azaldığı ve şirketin piyasa değerini artırıcı işlemler yaptığı görülmektedir⁵⁰. Bu aşamada şirketin farklı pazarlara açılması veya başka şirketleri bünyesine katması mümkündür. Büyüme ve genişleme süreci sadece sermaye değil, bunun yanında yönetim desteği ile gerçekleştirilmektedir.

Büyüme ve genişlemenin ardından şirketin kurumsal yapısı tamamlanır ve şirket belirli bir olgunluğa erişmiş olur. Bu aşamada piyasa değeri ölçülebilir hale gelir ve üretim kapasitesinin artırılması veya kâr artırımı için finansman ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu süreçte riskin azalması ile şirketin halka arz veya sermaye artırım yöntemlerine başvurması olasıdır⁵¹.

Son aşama, şirketin girişim hedefleri ile buna bağlı finansman ihtiyacının tamamlandığı aşamadır. Bu aşamada yatırımcı, şirketin olası büyüme hedeflerine ulaştığına kanaat getirerek elde edebileceği maksimum kârı alarak şirketten çıkış kararı alır. Yatırımcı, şirkette elde ettiği kârı alarak başkaca girişim şirketlerine yönelebilir ve böylece hem şirketlerin finansman ihtiyacı sağlanmış olur hem de yatırımcı gelir elde eder. Bu aşamada çıkış için halka arz, ortaklar arası satışlar, birleşme ve devralmalar kullanılabilir. Ülkemizde çıkış aşamasında çoğunlukla ortaklar arası satın almaların tercih edildiği ifade edilmektedir⁵².

⁴⁵ SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, 2024.

⁴⁶ Bu aşamaları erken dönem, gelişme dönemi ve çıkış dönemi olarak tasnif eden çalışma için bkz. Burcu Kantarcı, Girişim Sermayesi Yatırım Fonu, Yüksek Lisans 2024.

⁴⁷ Yılmaz Bayar, "Girişimcilik Finansmanında Risk Sermayesi ve Melek Finansmanı" (2012) 7 (2) Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi 134, Eskin (n39) 121.

⁴⁸ Bu aşamalar, bazı kaynaklarda çekirdek finansmanı, başlangıç, büyüme ve genişleme, köprü/destek finansmanı ve yatırımdan çıkış olarak sayılmaktadır. Bkz. İnce (n11) 12-14. Girişim şirketinin gelişme evrelerini tohum/geliştirme, başlangıç, olgunluk, büyüme ve çıkış/tasfiye olarak sınırlandıran kaynak için bkz. Günay (n7) 22 vd.

⁴⁹ Eskin (n39) 121, İnce (n11) 12.

⁵⁰ Günay (n7) 26.

⁵¹ İnce (n11) 13.

⁵² Eskin (n39) 122.

C. TEKNOGİRİŞİM SERMAYESİ

Erken aşama yatırımlarda 6. ve oyun sektöründe 2. sırada yer aldığı bilinen ülkemizde uluslararası yatırımlarda yeni hedef ve stratejilerin belirlenmesini gerektirmiştir⁵³. Türkiye Uluslararası Doğrudan Yatırım Stratejisi 2024-2028 verileri uyarınca ülkemiz, Avrupa'da teknoloji alanında yatırım alan 10 ülkeden biri konumundadır⁵⁴. Ülkemize yapılan teknoloji yatırımlarında her beş şirketten birinin uluslararası fonlar tarafından finanse edildiği ve bu şirketlerin istihdam, ihracat, Ar-Ge gibi alanlarda katkı sunduğu dikkat çeken tespitlerdendir. Öyle ki bu süreçte uluslararası sermayeli şirketlerin yıllık 730 patent başvurusunda bulunduğu da belirtilmiştir. Ekonomik kalkınmada önemli bir payı olduğu düşünülen girişimcilik sektörü ve yabancı yatırımcılar, bu nedenle bazı idari ve vergisel avantajlardan faydalanmaktadır.

5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun m.2/e teknoloji girişim sermayesini “*örgün öğrenim veren üniversitelerin herhangi bir lisans programından bir yıl içinde mezun olabilecek durumdaki öğrenci, yüksek lisans veya doktora öğrencisi ya da lisans, yüksek lisans veya doktora derecelerinden birini ön başvuru tarihinden en çok on yıl önce almış kişilerin, teknoloji ve yenilik odaklı iş fikirlerini, desteği veren merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri tarafından desteklenmesi uygun bulunan bir iş planı çerçevesinde, katma değer ve nitelikli istihdam yaratma potansiyeli yüksek teşebbüslere dönüştürebilmelerini teşvik etmek için yapılan sermaye desteği*” olarak tanımlamaktadır. Tanımdan yola çıkarak ilgili kişilerin eğitim düzeyi, eğitime bağlı olarak araştırmacı niteliğinin devamlılığı gibi unsurların varlığı ile teknoloji girişim sermayesi edinmesi de mümkündür.

Mevcut haliyle teknoloji girişim sermayesini, girişim sermayesinin daha dar ve teknolojiye yönelen bir başlığı olan risk sermayesine benzetebiliriz. Ancak işin niteliği bakımından getirilmiş özel şartlar, sınırlandırmayı ve kendine özgü uygulamaları beraberinde getirmektedir.

⁵³ Türkiye Uluslararası Doğrudan Yatırım Stratejisi 2024-2028 R.G. 29.07.2024/32616, <turkiye-uluslararasi-dogrudan-yatirim-stratejisi-2024-2028.pdf (invest.gov.tr)> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁵⁴ Türkiye Uluslararası Doğrudan Yatırım Stratejisi 2024-2028 (n53) 47.

II. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIM YÖNTEMLERİ

Girişim sermayesi alanında bir veya daha çok kimsenin, fon ve ortaklıklar vasıtasıyla ya da bireysel olarak girişim şirketlerine yatırım yapabilmesi mümkündür. GSYO ve GSYF kapsamında fon ve ortaklık payları iktisap edilirken melek yatırımcılar, doğrudan girişim şirketlerinin aktif rol oynayan ortağı olacaktır. Girişimciliğin finansmanında önemli bir konumu olan melek yatırımcının kişi, yatırım yöntemi ve araçları ile yatırım sonrası şirketteki konumu bakımından girişim sermayesinden ayrılan yönleri mevcuttur⁵⁵. Bu nedenle, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında girişim sermayesi olarak nitelendirilemeyen melek yatırımcılık, çalışmamızda girişim şirketlerine yatırım yapılması nedeniyle incelenmektedir.

A. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIM FONU

SPKn m.52/1 uyarınca, “*tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığı*” yatırım fonu olarak tanımlanmaktadır. Portföy yönetim şirketi ise SPKn m.52/3'e göre; fonu veya yatırım fonu katılma payı sahiplerinin haklarını koruyarak temsil eden, yöneten ya da yönetimini denetleyen anonim şirketlerdir.

SPKn uyarınca esasları belirlenerek kurulan girişim sermayesi yatırım fonlarının, nitelikli yatırımcılardan katılma payı karşılığı toplanan paranın, kanun tarafından belirlenmiş varlık ve işlemlerden ibaret olan portföyü işletmek için, kanunda sayılı portföy yönetim şirketlerince süreli olarak kurulan ve tüzel kişiliği olmayan malvarlıkları olarak tanımlandığı görülmektedir⁵⁶. Nitekim Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (GSYF Tebliği) de fonu “*Kanun hükümleri uyarınca nitelikli yatırımcılardan katılma payı karşılığında toplanan para ya da iştirak paylarıyla, pay sahipleri hesabına,*

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Günay (n7) 138 vd.

⁵⁶ Seren D. Yanık “Girişim Şirketlerinin Sermaye İhtiyaçlarını Karşılama İçin Kullandıkları Fon Mekanizmaları” (2021) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 347; Yılmaz (n2) 55.

inançlı mülkiyet esaslarına göre, üçüncü fıkrada belirtilen varlık ve işlemlerden oluşan portföyü işletmek amacıyla Kuruldan faaliyet izni alan portföy yönetim şirketleri ve girişim sermayesi portföy yönetim şirketleri tarafından bir içtüzük ile süreli olarak kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁷. Fon kapsamında yer alan inançlı mülkiyet hesabının temelinde, yatırım yapılan fonun yatırımcıların şahsi istek ve ihtiyaçlarından bağımsız olarak yönetim şirketlerince işletilmesi yer almaktadır. Bu nedenle SPKn m.52 gereğince inançlı mülkiyet; yatırımcıların, belirli miktarda paraya dair tasarruflarda bulunması ile, tasarruf edilen şey (eşya/ paraları) üzerinde işlem yapma yetkisinin, yatırım fonu kurucusuna, fon içtüzüğü ya da fon sözleşmesi uyarınca devrini ifade etmektedir.

Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği m.10/1 uyarınca, bu fonların kuruluş aşamasında şemsiye fon şeklinde yapılması gerekmektedir. Şemsiye fon, ihtiva edilen tüm fonların tek bir içtüzük kapsamında ihraç edilmesi şartına bağlı olarak kurulmaktadır⁵⁸. Bir başka ifadeyle, şemsiye fon içtüzüğü; kurucu, portföy saklayıcısı veya yönetici ile katılma payı sahipleri arasında kurulan, genel işlem şartı niteliğindeki fon portföyünün işletilmesini, saklanması, vekalet sözleşmesi hükümlerince yönetimini konu alan katılmalı bir sözleşmedir⁵⁹.

GSYF kapsamında değerlendirilecek bir diğer husus, bu fonlara yalnızca nitelikli yatırımcıların katılma payı ile kaynak sağlamasıdır. GSYF Tebliği'ne göre nitelikli yatırımcı “Kurulun sermaye piyasası araçlarının satışına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan kişiler ile 15/2/2013 tarihli ve 28560 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik’te tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişileri” ifade etmektedir. Dolayısıyla nitelikli yatırımcı “Yatırım fonları, emeklilik fonları, menkul kıymetler yatırım ortaklıkları, girişim sermayesi yatırım ortaklıkları, gayrimenkul

yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri, özel finans kurumları, portföy yönetim şirketleri, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu Kurulca belirlenecek diğer yatırımcılar ve halka arz tarihi itibarıyla en az 1 milyon Türk Lirası tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler...”⁶⁰ olarak kabul edilmektedir. Bu yatırımcılardan edilecek kaynak taahhüdü tutarının 5.000.000,00 TL olması ve bu tutarın bir yıl içinde tahsil edilmesi fon yönetimi bakımından zorunludur. Ayrıca nitelikli yatırımcıların kendi arasında katılma payı satışı yapması da mümkündür.

Kural olarak fonlar; kıymetli madenler, vadeli veya vadesiz para birimi ve döviz, türev araçlar, gayrimenkuller, devlet tahvilleri, kira sertifikaları, repoters repo işlemleri, menkul kıymetler ve başkaca fonlara yatırım yapabilmektedir. Ancak GSYF Tebliği m.23/1’e göre altın, diğer kıymetli madenler ve diğer emtialar ve bunlara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri fonun yatırım konusu olamaz. Ek olarak ilgili fonlar; sermaye piyasası araçlarını ödünç alma, açığa satma gibi işlemleri yapamazlar. Ayrıca içtüzüklerinde hüküm bulunması koşuluyla, türev araçlara taraf olmaları için sadece portföylerini belli piyasa risklerine karşı korumak amaçlanmalıdır. Türev araçlar sebebiyle oluşan açık pozisyon tutarının, toplam fon değerinin %20’sini aşamayacağı kabul edilmektedir.

GSYF bakımından mevcut koşulların yanında ek yatırım koşulları da tanımlanmıştır. SPKn kapsamında kurulan girişim sermayesi fonlarının toplam değeri, kendi alanlarında en az %80 oranındaki yatırımdan oluşmalıdır. Bununla birlikte fonun; bir hesap döneminde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler (KOBİ) Yönetmeliğinde belirtilen niteliklere⁶¹ sahip girişim şirketlerine doğrudan yatırımlarının, fon toplam değerinin %10 oranında bölümünü geçmesi halinde; yatırım yapma zorunluluğu sınırı, %51 olacaktır.

⁵⁷ III.52-4 No.lu Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği, Sermaye Piyasası Kurulu, R.G. 02.01.2014/28870.

⁵⁸ Türkiye Elektronik Fon Alım Satım Platformu (TEFAS), Terimler Sözlüğü, <<https://www.tefas.gov.tr/TerimlerSozlugu.aspx>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁵⁹ Yavuz Akbulak, “İnançlı Mülkiyet Üzerine Bir Değerlendirme”, (2020) Lexpera Blog, <<https://blog.lexpera.com.tr>> s.e.t. 2 Eylül 2024, Günay (n6) 178.

⁶⁰ SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, 2022.

⁶¹ KOBİ tanımı için bkz. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik m.4/b, R.G. 18.11.2005/25997.

Fonun mahiyeti kadar yatırım yapılacak girişim şirketlerinin nitelikleri de belirlenmiş durumdadır. GSYF Tebliği m.3/1-f uyarınca girişim şirketi, “*Türkiye’de kurulu veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı olan şirketler*”dir. Tebliğ m.18/1 uyarınca girişim şirketlerinin; geliştirdiği ticari veya zirai araç - gereç, hizmet, yeni ürün ve üretim tekniklerinin geliştirilmesini hedeflemeleri ya da yönetim veya sermaye desteği vasıtasıyla bu amaçları gerçekleştirebilecek durumda olmalarının gerektiği ve GSYF’lerin sadece kuruluş bakımından anonim ve limited şirket niteliğinde ise bu şirketlere yatırım yapabileceği belirtilmektedir.

Nitelikli yatırımcılar; fon yönetim şirketinin içtüzük uyarınca inançlı mülkiyet esaslı yönetimine tabidir. Asgari 5.000.000,00 TL kaynak ile %80 oranında veya KOBİ’lere destek olunması halinde girişim sermayesi yatırımları oranı en az %51 olan girişim sermayesi yatırım fonlarına yatırım yapmakta ve yatırımcılar orta veya uzun vadede getiri elde etmeyi beklemektedir. Böylece izahnameye bağlı olarak; fonun dönemlik getirilerinin veya katılım payı satışı kapsamında artan fon değerinden elde edilen kazançların, gelir veya kurum kazancı niteliğini kazanacağı görülmektedir.

B. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIM ORTAKLIKLARI

SPKn m.48/1 uyarınca yatırım ortaklıkları; “*sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurul tarafından belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklar*”dır. Anonim ortaklıklar; başlangıç sermayelerinin Kurul tarafından belirlenen asgari miktara uygun olması, payların bedelinin kuruluş esnasında tam olarak ve nakden ödenmesi, ticaret unvanında “yatırım ortaklığı” ibaresinin bulunması, esas sözleşmelerinin SPKn ve ilgili mevzuata uygun olması gibi şartları taşıması halinde girişim sermayesi yatırım ortaklığı (GSYO) olarak kurulabilecektir.

SPK’ya göre GSYO, “*kayıtlı sermayeli olarak kurulan ve çıkarılmış sermayelerini esas olarak girişim sermayesi yatırımlarına yönelten ortaklık*”tır⁶². İlgili

ortaklıkların yatırım ortaklığı adı ile anonim şirket olarak teşkilatlanması, en az 20.000.000,00 TL kayıtlı sermaye ile kurulması ve sermayenin tam ve nakden ödenmiş olması, bir lider sermayedar bulunması ve en az %25 oranında payın halka arz edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yer alacak şirketlerin, kurulması mümkün olduğu gibi mevcut şirketlerin belirtilen şartlara uygun olarak dönüştürülmesi de mümkündür. Sadece menkul kıymet ihracı yapılmayan GSYO’ların ara model niteliğinde olduğu da belirtilmektedir⁶³. Nitekim şirketin tüm hisselerinin halka arz edilmemesi ve sadece nitelikli yatırımcılara pay satılması şirketi diğer yatırım şirketlerinden ayıran özellikler arasındadır.

Lider sermayedar ise, halka arz sonrası edinilen paylar dikkate alınmaksızın, sermayenin en az %25’i oranındaki paylara ve imtiyazlı pay bulunması halinde ise bu payların %20’sine sahip olan ortak veya ortaklardır. Açıklamalar dahilinde lider sermayedarın tek başına veya bir araya geldiklerinde yönetimi kontrol edebilecek oranda paya sahip olan ortak veya ortakları ifade ettiğini söylemek mümkündür. İlgili oran; ortaklıkta imtiyazlı pay bulunmuyorsa, yalnız veya birlikte yönetim kontrolünü sağlayan payları ifade ederken imtiyazlı pay bulunduğu, tek başına veya birlikte yönetim kontrolü sağlayan imtiyazlı veya imtiyazsız payları ifade etmektedir. Lider sermayedar olan gerçek veya tüzel kişilerin tecrübe ve faaliyet geçmişi gibi sahip olması gereken bazı niteliklere de yer verilmiştir. Bu kapsamda GSYO Tebliği m.6 genel şartları belirtirken m.7 özel şartları ortaya koymaktadır. Genel şartlar arasında müflis olmamak, konkordato ilan etmemek veya iflasının ertelenmemiş olması, daha önce Kurul tarafından faaliyet izinleri iptal edilmemiş ve bir müeyyide ile karşılaşmamış olmak, Türk Ceza Kanunu’nda yazılı bazı suçlardan veya SPKn de belirtilen suçlardan kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmamak, mali güce sahip olmak, ilgili yatırım işinin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip olmak gibi hususlar yer almaktadır. Tebliğ m.7 uyarınca m.6’da yer alan şart-

Gün, Haydar Karadağ, “A Study on Venture Capital: Performance Analysis of Venture Capital Investments Trust Incorporations in Turkey” (2016) 16 (1) Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 66; Günay (n7) 198.

⁶² SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, 2022. İlgili şirketlerin likidite, finansal yapı ve kârlılık oranları gibi gösterge değerlendirmeleri için bkz. Musa

⁶³ Yalçın Ö. Okat, *Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları*, (1. Baskı, Seçkin 2009) 35.

ların yanında ticaret unvanında ismi yer alan ortakların lider sermayedar olması zorunludur. Ek olarak gerçek kişiler bakımından, bankacılık ve finans, girişimcilik veya işletmecilik alanlarında 5 yıllık tecrübe sahibi olmak ve menkul ve gayrimenkul varlıkları toplamı tek bir lider sermayedar için 10.000.000,00 TL servete, birden fazla lider sermayedar için ise toplamda 20.000.000,00 TL servete sahip olmak şartları mevcuttur. Tüzel kişiler bakımından faaliyet geçmişi süresi 3 yıl olup son hesap dönemi finansal tablolarının bağımsız denetimden geçirilmiş olması, kurulacak veya dönüşecek ortaklıklar bakımından özsermayesinin en az 2 kat ve aktif toplamının en az 3 katı miktarda olması gerekmektedir. İlgili şart bakımından GSYO Tebliği m.7 uyarınca; özsermaye miktarı 100.000.000,00 TL ve aktif toplam ise 200.000.000,00 TL olarak uygulanmaktadır.

Girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının faaliyetlerinin kapsamı, yatırım yapılabilecek alanlar ve sınırları Tebliğ'in 20. maddesinde ortaya konmaktadır. Bu kapsamda bir GSYO; girişim sermayesi yatırımı yapabileceği gibi portföyünü çeşitlendirmek için; yatırım fonu katılma paylarına, borsada işlem gören sermaye piyasası araçlarına, ters repo işlemlerine, Takasbank Para Piyasası işlemlerine veya Türk Lirası ve döviz cinsinden vadeli/vadesiz mevduat ve katılma hesaplarına yatırım yapabilecektir. Bir GSYO ayrıca portföyündeki girişim şirketlerinin yönetimine katılabilir ve portföyündeki girişim şirketlerine danışmanlık hizmeti verebilir. Ortaklığın; yurt içinde veya yurt dışında kurulan ve danışmanlık hizmeti veren şirketlere veya yurtdışında kurulmuş olan portföy yönetim şirketleri ile yurtdışında kurulmuş ancak sadece yurtdışında kurulmuş girişim şirketlerini faaliyet konusu edinen portföy yönetim şirketlerine ortak olması veya piyasa danışmanlığı hizmeti sunması da mümkündür⁶⁴.

Kural olarak ortaklık kapsamında bulunan payların rehin veya teminat konusu olması, üçüncü kişiler lehine ipotek tesis edilmesi mümkün değildir. Ancak KOBİ niteliğini haiz girişim şirketleri lehine ipotek tesis edilmesi veya rehin ve teminat verilmesi vasıtasıyla ortaklığın portföyüne katılan girişim şirketlerine yapılacak yatırımların finansmanında, bu girişim şirketlerinde mevcut veya gelecekteki paylarının üçüncü kişiler dışında rehin ve teminat olarak

verilmesine, sözleşme kapsamında imkan tanınabilmektedir. Bununla birlikte bir GSYO'nun, portföyündeki girişim şirketlerine yalnızca işletme sermayesi olmak üzere, kısa vadeli finansman sağlayabilmesi ve bunun SPK'nın örtülü kazanç hükümlerine aykırı olmayacağı da Tebliğ m.20/3'te belirtilmektedir.

C. BİREYSEL KATILIM YATIRIMCISI (MELEK YATIRIMCI)

Melek yatırımcı, işletmelerin büyümesi veya gelişimi için sermaye veya tecrübe desteği sağlayan gerçek kişileri ifade eden *angel investor* teriminin Türkçe karşılığını oluşturmaktadır. İlk kez 1983 yılında ortaya konan melek yatırımcı kavramı, çoğunlukla küçük, teknoloji odaklı firmalara yatırım yapan ve ülkelerin girişim sermayesi havuzunda önemli bir payı olan, ayrıca işletme bakımından ilişkili kişi olarak nitelendirilemeyecek yatırımcıları ifade etmektedir⁶⁵. Bir başka tanıma göre melek yatırımcı, büyüme potansiyeli olan yüksek riskli işletmelere kuruluşlarının ilk aşamasında yatırım yapan özel bir yatırımcı tipidir⁶⁶. Ancak Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik'te⁶⁷ melek yatırımcıların "bireysel katılım yatırımcısı (BKY)" olarak adlandırıldığı ve lisans ediniminde yüksek gelir/servet sahibi yatırımcılar ile tecrübeli yatırımcılar olarak iki farklı adla sınıflandırıldığı görülmektedir. Bu sebeple, melek yatırımcı terimi yerine, açıklamaların mevzuat ile uyumlu olması adına, bireysel katılım yatırımcısı teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

İşletmelere servet ve tecrübe yönünden destek olan BKY'nin lisans sahibi olmakla bazı vergi avantajlarından yararlanabileceği bilinmektedir. Bununla birlikte lisans sahibi olmamak yatırım yapma engeli değildir. Ülkemizde 2013 yılından bu yana 1072 BKY lisansı verilmiş olup Hazine ve Maliye Bakanlığı ile akredite 18 BKY ağı mevcuttur⁶⁸. Bakanlık istatistiklerine göre büyük bir bölümü İstanbul'da bulunan BKY'lerin %67.03 oranında yüksek gelir veya

⁶⁴ Aydın (n6) 64, Günay (n7) 210.

⁶⁵ Bkz. Douglas Cumming, Minjie Zhang, "Angel Investors Around the World" (2019) 50 Journal of International Business Studies, 692 vd,

⁶⁶ Günay (n7) 138, Yılmaz (n2) 78.

⁶⁷ Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik, R.G. 15.02.2013/28560.

⁶⁸ BKS İlerleme Raporu (2024 İkinci Çeyrek), T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 30 Haziran 2024.

servete sahip olduğu, toplam 71 yatırım yapılarak 32.031.246,00 TL sermayenin işletmelere aktarıldığı bilinmektedir⁶⁹. 2022 yılı verileri ile karşılaştırıldığında ise bir yılda 158 yeni BKY'nin lisans edindiği ve bu sürede 8.000.000,00 TL'ye yakın bir yatırım yapıldığı da tespit edilebilmektedir⁷⁰.

BKY lisansına sahip olanlar, lisanslarını 5 yıl süreyle kullanabilecek ve en çok beş anonim şirkete yatırım yaparak devlet desteğinden faydalanabilecektir. Girişimci ve BKY, şirkete koyulan sermayeyi de dikkate alarak kanunlara uygun bir şirket esas sözleşmesi hazırlayacaktır. İlgili esas sözleşme ayrıca Bakanlıkça incelenmektedir. Öyle ki, Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.26 kapsamında BKY'nin yatırımı kapsamında kendisi, eşi, alt ve üst soyu ile diğer hısımlarının toplam pay ve oy hakkının %50'yi aşamayacağı, BKY'nin yönetim kurulu dışında bir birimde görev alamayacağı, şirketten ücret veya maaş alamayacağı gibi yasal önlemler alınmaktadır. Ayrıca iktisap edilen şirket hisseleri bakımından halka arz edilmemiş olma veya başka bir şirketin kontrolünde olmamak gibi bazı şartlar mevcuttur⁷¹. Ancak bu aşamada BKY, şirkete temin ettiği girişim sermayesi karşılığında bir teminat aracı olarak çek, ipotek benzeri garanti talep edemeyecek; iktisap edilen hisse bedelleri, münhasıran iş planında belirtilen faaliyetlerde kullanılmak üzere müşterek imza gerektiren ortaklık banka hesabına aktarılacaktır. Kanun ve yönetmeliğe aykırı işlemlerin gerçekleşmesi halinde ise BKY'nin sistemden çıkarılacağı, destek alamayacağı ve kullanılan desteklerin Gelir Vergisi Kanunu (GVK) m.82 uyarınca geri alınacağı kabul edilmektedir⁷².

III. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARINI VERGİLENDİRME REJİMİ

Girişim sermayesi yatırımlarının desteklenmesi amacıyla vergi hukuku bakımından beyan edilecek kazançtan indirim, vergi muafiyeti ve istisnaları gibi düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak ilgili düzen-

lemeler tek bir kanunda toplanmak yerine mevzuatta dağınık bir biçimde konumlandırılmıştır. Bu kapsamda gerçek kişiler ve kurumların fon ve ortaklıklarda kurucu veya yatırımcı olması vergilendirmeye ilişkin açıklamaların temelini oluşturmaktadır. Aynı zamanda bir vergi indirimi ve teşvik aracı olan Vergi Usul Kanunu (VUK) m.325/A'da düzenlenen girişim sermayesi fonu ayırma yükümlülüğüne değinmek gerekecektir. Bu nedenle vergilendirme düzenlemeleri bakımından sırasıyla VUK, GVK ve Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) hükümleri incelenecektir.

A. VUK BAKIMINDAN FON AYIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6322 sayılı Kanun m.15 ile VUK m.325/A, vergi mevzuatına eklenmiş ve işletmelerin girişim sermayesi yatırımı yapmaları teşvik edilmiştir. Kanun gereğince "SPK'nın düzenleme ve denetimine tabi olarak Türkiye'de kurulmuş veya kurulacak olan girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına sermaye olarak konulması veya girişim sermayesi yatırım fonu paylarının satın alınması amacıyla, ilgili dönem kazancından veya beyan edilen gelirden girişim sermayesi fonu ayrılabilir. Bu fon, kurum kazancının veya beyan edilen gelirin %10'unu ve öz sermayenin %20'sini aşamaz."

İşletmeler, yatırım yapmak üzere ayırdığı girişim sermayesi fon tutarlarını; yıl sonuna dek pasifte geçici bir hesapta izleyecek ve yıl sonunda matrahtan indirebilecektir. Mükelleflerin, ilgili yıl sonuna dek GSYO veya GSYF yatırımı yapması halinde matrahtan indirim yapmasına imkân tanınmıştır⁷³. Aksi halde, zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilere ilişkin, vergi aslı ile gecikme faizi tahsil edilmektedir. Bu aşamada özel hesap dönemine tabi mükellefler için "fonun ayrıldığı yılın sonuna kadar" ifadesi bir engel teşkil etmeyecektir⁷⁴. Benzer biçimde fonun; amacı dışında başka bir hesaba aktarılması, ortaklara dağıtılması, işletmeden çekilmesi, dar mükellefler tarafından ana merkeze aktarılması veya işletmenin tasfiyesi, devri, bölünmesi, işin terki ya da GSYO

⁶⁹ BKS İlerleme Raporu (2023 Üçüncü Çeyrek), T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 30 Eylül 2023.

⁷⁰ Bilgilerin karşılaştırılabilmesi için bakınız. BKS Raporu (2022 Dördüncü Çeyrek), T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 30 Dec 2022.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.26.

⁷² Yılmaz (n2) 83.

⁷³ Konuya ilişkin örnek hesaplamalar için bkz. Gaygılı (n10) 54 vd., Zihni Kartal, "Girişim Sermayesi Fonunun Dokunulmazlığı Nereye Kadar?" (2012) 239 Yaklaşım <<https://portal.yaklasim.com>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁷⁴ İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı, E-84098128-125[10-2021/17]-310885 sayılı öznelgesi, T. 09.06.2022, detaylı bilgi için bkz. Gaygılı (n10) 65.

hisse senetlerinin veya GSYF katılma paylarının elden çıkarılma tarihinden itibaren altı ay içinde kanunun amacına uygun olarak yeniden kullanılması ihtimalleri de göz önünde bulundurulmuştur. Sayılan işlemlerin gerçekleştirildiği ya da yatırımlar bakımından sürenin dolduğu dönemde indirimden yararlanılamayacak ve vergilendirme gerçekleştirilecektir. Maddenin uygulanması bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın usul ve esasları düzenleme yetkisi mevcuttur.

Türkiye'de kurulmuş veya kurulacak olan GSYO veya GSYF sayısının artırılması için, bunların paylarının satın alınması, bu yapılara sermaye konulması ve fon ve ortaklık yatırımlarının özendirilmesi amacıyla bir vergi indirimi sağlandığı kanun gerekçesinden anlaşılmaktadır⁷⁵. Bu aşamada fon veya ortaklıkların faaliyette olması zorunluluğu bulunmamakla beraber yalnızca Türkiye'de, Türk hukuku uyarınca kurulması şartına yer verilmiştir. Ayrıca, tutulacak defterler ve yatırımların izleneceği hesaplar dikkate alındığında ilgili indirim imkanının yalnızca bilanço esasına göre defter tutan mükelleflere tanındığı görülecektir. Nitekim vergi mevzuatı bakımından pasifte geçici bir hesapta izleneceği belirtilen fonu tutarlarının ancak bu esaslara göre kayıt tutan mükellefleri ilgilendireceği açıktır⁷⁶.

İlgili düzenleme GVK ve KVK'de bazı değişiklikler yapılmasına da neden olmuştur. Bu kapsamda GVK m.89/12'de "*girişim sermayesi fonu olarak ayrılan tutarların beyan edilen kazancın %10'unu aşmayan kısmı*"nın beyannameden indirilebilecek gelirler arasında sayıldığı görülmektedir. Aynı sebeple, beyan edilecek kurum kazancından da aynı oranda indirim yapılabileceği KVK m.10/1-g'de hüküm altına alınmıştır. Kanunda beyanname verilmesi, ilgili yıl ve hesap dönemi ibarelerine değiniliyor olması nedeniyle gecikme faizinin de dönem sonu itibarıyla

işletilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁷. Bu değerlendirme, fonun kullanımı bakımından amacın dönem sonu itibarıyla gerçekleşmiş olması şartına dayanmaktadır. Ancak aksi bir görüş ise metinde yer alan tahakkuk ettirilemeyen vergi ifadesi nedeniyle verginin ancak beyanname verme tarihleri itibarıyla tahakkuk ettirilememiş olacağını ve gecikme faizinin beyanname verme tarihi itibarıyla işletilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁸. Kanaatimizce, indirimden yararlanma imkanı dönemlik olduğundan ve ilgili fonun dönem sonunda girişim sermayesi fon ve ortaklıklarına ilişkin tasarruflarda kullanılması gerektiğinden ilgili hesap dönemi sonu, gecikme faizi için esas alınması gereken tarih olabilir.

GVK ve KVK hükümleri değerlendirildiğinde, belirtilen dönemde kurum kazancı oluşmayan veya beyana tabi geliri bulunmayan mükelleflerin indirim imkanından yararlanması mümkün değildir. Ayrıca indirim bakımından beyan edilen gelirin %10'u ve öz sermayenin %20'si olan üst sınırların aşılması halinde, indirimden faydalanılmakla birlikte aşan kısmın dikkate alınmayacağı sonucuna varılmaktadır. İlgili sınırların tespitinde özsermayenin, dönem sonu özsermayesi olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹. Vergi iadesinin gerçekleşme tarihi değerlendirildiğinde ise geçici vergi dönemlerinde nihai olarak öz sermayeden bahsetmek mümkün olmayacağından ancak dönem sonunda mükelleflerin ödediği vergiyi iade alabileceği sonucuna varılabilir⁸⁰.

GSYF ve GSYO bakımından getirilen bu düzenlemenin bir indirimden ziyade istisna hükmü olması gerektiği de ifade edilmektedir⁸¹. Bu görüş, istisna ve indirimlerin taşıdığı amaçlar bakımından bir değerlendirmeye dayanmaktadır. İlgili miktarların girişim sermayesi yatırım fon ve ortaklarına ilişkin tasarruflara konu olduğu ve teşvik amacı ile mükellefin kazancının, yalnızca kendi gelir ölçüsü ile orantılı bir bölümünün vergi dışında bırakıldığı açıktır. Öyleyse girişim sermayesi yatırımlarının konu bakımından

⁷⁵ Kanunun 15. maddesinde yer alan düzenlemenin gerekçesi, sehven 14. maddede yer alacak biçimde metne işlenmiştir. Tasarı metni için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 258, No: 1/611, <<https://www5.tbmm.gov.tr>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

⁷⁶ Mehmet E. Akyol, "Girişim Sermayesi Fonu" (2013), 382 Vergi Dünyası, 19, Mehmet Bingöl, "Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarında Vergi Avantajı", (2022) 495 Vergi Dünyası 79, Gaygılı (n9) 52, Mehmet Yüce, "Vergi Mevzuatımız Açısından Girişim Sermayesi Fonu", (2013) 144 Bursa Bilanço 68.

⁷⁷ Aydın (n6) 78, Gaygılı (n10) 63, Kartal, <https://portal.yaklasim.com>, Yüce (n76) 68.

⁷⁸ Aydın (n6) 78, Yüce (n76) 68.

⁷⁹ Aydın (n6) 77, Gaygılı (n10) 53, Yüce (n76) 68.

⁸⁰ Akalp, Yakup "Girişim Sermayesi Fonuna İlişkin Dönem Sonu İşlemleri", (2012) 376 Vergi Dünyası 186.

⁸¹ Yüce (n76) 68.

vergi dışında bırakıldığı kabul edilebilir. Ancak somut miktarların kazanç değil de harcama kalemi olduğu düşünüldüğünde, ilgili harcamaların vergi mevzuatı dışında tutulması için kazançtan indirilmesi kanaatimizce vergi mantığı ile çelişmemektedir.

B. GVK BAKIMINDAN KİŞİLERİN VERGİLENDİRİLMESİ

SPKn uyarınca yatırımcılar veya tasarruf sahipleri; GSYF bakımından katılma paylarını, GSYO bakımından ise ortaklık paylarını edinerek yatırım yapabilirler. Ancak GVK hükümlerinin katılma payı ve ortaklık payı gibi SPKn değişikliği sonrasında kullanılmaya başlanan terimleri barındırmadığı ve mevzuat hükümleri arasında uyumsuzluk olduğu gözlemlenmektedir⁸². GVK'de katılma payı yerine eski SPKn'da yer alan katılma belgesi kavramına, yatırım ortaklıkları bakımından da pay yerine eski SPKn'da kullanılan hisse senedi kavramına yer verilmektedir⁸³.

Fon ve ortaklıklardan bireysel veya ticari amaçlarla gelir elde edilmesi mümkündür. Bu sebeple şahsi kazançların; temettü olarak nitelendirildiği ve menkul sermaye iradı kapsamında vergilendirildiği söylenebilmektedir. Ayrıca, GVK kapsamında ticari işletme bünyesinde elde edilen bir kazanç; girişim sermayesi yatırımlarından elde edilmekte ise ilgili faaliyetin kazançları ticari kazanç olarak nitelendirilmelidir. Belirli süre elde tutulduktan sonra satılan fon katılma payları ve ortaklık paylarının ise değer artışı kazancına konu olabilmesi mümkündür.

Yürürlük tarihi 01.10.2006 olan GVK Geçici m.67 konuya ilişkin önemli bir vergi istisnası düzenlemesidir. Ancak ilgili maddenin 17. fıkrasında yer alan yürürlük süresi, aksine bir düzenleme yapılmadıkça 31.12.2025'te sona erecektir. GVK Geçici m.67 kapsamında GSYF ve GSYO yatırımı yapan gerçek kişilerin elde edeceği kazançların stopaj yöntemiyle vergilendirilmesi esası benimsenmektedir. Bu durum sermaye piyasası araçları için yeni bir vergileme rejimi olarak nitelendirilmektedir⁸⁴. Ancak vergi yönetiminin düzenleyici işlemleri neticesinde birçok

oran %0 ve %15 aralığında tutulmuş, girişim sermayesi fon ve ortaklıkları bakımından farklı bir oran benimseninceye dek GVK Geçici m.67 bakımından istisna uygulaması oluşmuştur.

Bireysel katılım yatırımcıları için ayrıca GVK Geçici m.82'nin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hüküm uyarınca şartları taşıyan BKY, yatırım neticesinde sahip olduğu hisselerin tutarlarından %75 indirim ile beyanname verebilir. Ek olarak, bulunduğu proje, son 5 yıl içinde desteklenen bir projeye iştirak sağlamış ise BKY, %100 indirim imkanına sahip olacaktır. İndirim yapılmasına ilişkin bu kolaylık, aksine bir düzenleme yapılmadıkça 2027 yılının sonunda yürürlükten kaldırılacaktır.

1. Gelir Unsurlarının Vergilendirilmesi

a. Ticari Kazanç

Gerçek kişilerin ticari faaliyeti kapsamında elde edilen gelirlerinin, ticari kazanç nitelendirmesi ile vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle GVK m.67 kapsamında vergilendirilen kazançlar değerlendirildiğinde, tam mükellef gerçek kişilerce ticari işletme bünyesinde veya dar mükellef gerçek kişiler tarafından Türkiye'de bulundurulmuş işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla yürütülen ticari faaliyetler çerçevesinde elde edilen katılma payı ile pay alım - satım kazançları ticari kazançta dahildir.

b. Ücret

Ücret; GVK m.61 uyarınca, bir işverene bağlılık suretiyle elde edilen ve para ile temsil edilebilen menfaatler bütünüdür. Ödemenin tazminat, ikramiye veya huzur hakkı gibi isimlerle verilmiş olması, vergi kanunları bakımından ücret nitelendirmesini değiştirmemektedir. 7524 sayılı Kanun kapsamında, daha önce ilga edilen GVK m.17 yeniden düzenlenmiş ve teknogirişim şirketleri tarafından hizmet erbabına ücret niteliğinde verilen pay senetlerinin raiç bedeli ile bir yıllık brüt ücreti aşmayan kısmının vergilendirme işlemleri dışında bırakılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu madde kapsamında istisnadan faydalanmak uzun bir süre elden çıkarmama şartına bağlanmıştır. İşverenin; ilk üç yıl içinde hizmet erbabınca elden çıkarılan pay senetleri bakımından istisnadan faydalanamayacağı ve vergi ziyai cezası uygulanmaksızın istisna tutarını gecikme faizi

⁸² Aydın (n6) 70.

⁸³ Örneğin GVK m.75/2-1.

⁸⁴ Aydın (n6) 69, Faruk Sabuncu, Filiz Keskin, Gerçek Kişilerde Para ve Sermaye Piyasası Araçlarından Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi, (1. Baskı Beta 2005) 136.

ile ödeme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İktisap tarihinden itibaren altı yıl içinde gerçekleştirilen elden çıkarma işlemlerinde istisna edilen verginin %75, on ikinci yıla kadar ise istisna edilen verginin %25 oranında gecikme faizi ile iadesi gerekmektedir.

c. Menkul Sermaye İradı

BKY, GSYO ve GSYF bakımından yatırımcının mali anlamda en önemli haklarından biri, kâr payı alma hakkıdır. Ticari, zirai veya mesleki faaliyetler dışında; sermaye vasıtasıyla elde edilen faiz, kâr payı, kira ve benzeri iratlar menkul sermaye iradı olarak tanımlanmaktadır. GVK m.75/2-1'de belirtilen “*her nevi hisse senetlerinin kâr payları*”, SPKn’na uygun olarak kurulan yatırım fonlarının katılma belgelerine ödenen kâr paylarını da kapsamaktadır. Bu sebeple, GSYF katılma payları GSYO paylarından elde edilen kâr payları, madde kapsamında irat niteliğini haizdir. Bu kabulden hareketle, gerçek kişi ortakların GSYF katılma paylarından ve GSYO paylarından elde ettiği kâr payları, GVK m.75/1 uyarınca vergilendirilmelidir. Bu hususta ayrıca GVK Geçici m.67 kapsamında tevkifata tabi kazancın temettü üzerinden alınan stopaj olarak değerlendirilmesi ve vergi mahsubunun gerçekleştirilmesi de önerilmektedir⁸⁵.

d. Değer Artış Kazancı

GSYO payları ile GSYF katılma paylarından sağlanan gelirlerin hangi hallerde değer artış kazançları kapsamında olacağı değerlendirilmesi, konunun bütünlüğü açısından önem arz etmektedir. SPKn m.3/1-ş uyarınca sermaye piyasası araçları, türev araçlar ve menkul kıymetlerle yatırım sözleşmeleri dahil Kurul tarafından bu çerçevede olduğu tespit olunan diğer sermaye piyasası araçlarıdır. Bu tanıma göre GSYF katılma payları, diğer sermaye piyasası aracı niteliğindedir. Nitekim katılma payları; SPKn m.3/1-o’da da menkul kıymetler arasında sayılmaktadır. Benzer şekilde GSYF Tebliği m.3/1-ı katılma payını; yatırımcının fona katılımını gösteren ve sahip olduğu hakları taşıyan, kayden izlenen bir sermaye piyasası aracı olarak tanımlamaktadır. Açıklanan sebeplerle katılma payları, menkul kıymet niteliğinde olmayan diğer sermaye piyasası araçları arasında sayılabilir⁸⁶. GSYO payları ise, SPKn m.3/1-o kapsamında menkul kıymet sayılmaktadır.

GVK Mükerrer m.80/1 uyarınca değer artış kazancı; ivazsız iktisap edilenler veya iki yıldan uzun süreyle elde tutulan tam mükellef kurumların hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin ya da diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından doğan kazançlardır. GSYO payları birer menkul kıymet, GSYF katılma payları ise diğer sermaye piyasası araçlarından sayılacağından, satışlarından doğan kazançların da değer artış kazancı olarak vergilendirilebilmesi mümkündür. GSYF katılma payları ile GSYO paylarından ticari organizasyon içerisinde elde edilen gelirler, ticari kazanç olarak nitelendirilecektir. Bu sebeple, yatırımcıların şahsi olarak elde ettiği GSYF katılma payları ve GSYO paylarından sağladıkları kazançlara geniş istisnalar tanınırken ticari işletmeler bu imkandan yararlanamamaktadır⁸⁷.

2. Bireysel Katılım Yatırımcılarının Vergilendirilmesi

Bireysel katılım yatırımcılarına özgü olarak düzenlenen GVK Geçici m.82’ye göre ise VUK hükümlerince değerlendirilen girişim şirketi hisselerinin bedelinin %75’i iktisap tarihi esas alınmak suretiyle yıllık beyannameden indirilebilmektedir. Ancak bazı kamu kurum ve kuruluşları⁸⁸ tarafından Ar-Ge ve yenilikçilik programları yürütülmektedir. Bu programlar kapsamındaki bir projesi son beş yıl içinde desteklenmiş kurumların ortağı olan BKY’ler için indirim oranı %100’dür. İndirim ve desteklerden faydalanmak için BKY’nin iştirak hisselerini 2 tam yıl süreyle elde tutması şarttır. Tüm indirimler tutarının yıllık üst sınırı, 2.500.000,00 TL olarak tespit olunmuştur. Uygulama geçici nitelikte olup 31.12.2027 tarihinde sona ermektedir. Ancak Cumhurbaşkanının belirlenen süreyi uzatabileceği ve indirim oranında değişiklik yapabileceği Geçici m.82/8’de açıkça ifade edilmektedir.

3. GVK Geçici m.67 Kapsamında Tevkifat Usulü

Vergilendirme yöntemleri arasında önemli bir konumu olan tevkifat (kaynakta kesinti) yöntemi ile bazı kurum ve kuruluşlara yükümlülükler tayin edi-

⁸⁵ Sabuncu, Keskin (n82) 232.

⁸⁶ Aydın (n6) s. 71.

⁸⁷ Çelikkaya (n10) 251.

⁸⁸ Bu kuruluşlar; Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, TÜBİTAK ile Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı olarak sayılmaktadır.

lebilir. Menkul sermaye unsurları için de GVK Geçici m.67 kapsamında bankaların aracılık ettikleri faaliyetlerde tevkifat gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Geçici m.67/1-a'ya göre, banka ve aracı kurumların yaptığı stopaj bakımından konu unsurunu; alım satım faaliyetine aracılık edilen menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarının⁸⁹ alım ve satım bedeli arasındaki farktır. Geçici m.67/1 uyarınca tevkifat oranı, kurumlar vergisi mükellefleri ile münhasıran menkul kıymetlerin ve diğer sermaye piyasası araçlarının getirileri ile değer artışından kazanç elde etmek ve bunlara bağlı hakları kullanma faaliyetinde bulunan mükelleflerden Hazine ve Maliye Bakanlığı'na, SPK'n'a uygun olarak kurulan yatırım fonları ve ortaklıklarıyla benzer nitelikte olduğu belirlenenler için %0 olarak tespit olunmuştur⁹⁰. Bu nedenle GSYF ve GSYO bakımından tespit edilen oranın vergi ödeme yükümlülüğü doğurmadığı görülmektedir.

Kronolojik olarak incelendiğinde, 2006 yılında Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ile tevkifat yönüne ilişkin bazı vergi oranları tespit edilmiştir⁹¹. Devam eden süreçte %15 olarak belirlenen oran, 2010 yılında %0'a indirilmiştir⁹². Ardından 2012'de vadelerine gören değişen oranlarla, mevduat hesabı faizleriyle katılma hesapları için ödenen kâr payları üzerinden, %10 ila %15 oranında; döviz hesaplarına ilişkin faizlerle döviz katılma hesapları için ödenen kâr payları üzerinden %13 ila %18 oranında ve son olarak, menkul kıymetlerin geri alım - satım taahhüdünden veya alım - satımından kaynaklanan gelirleri

ile kar ve zarar ortaklığı belgesi karşılığında ödenen kâr paylarından %15 oranında tevkifat yapılması kararı verilmiştir⁹³. Ancak GSYF ve GSYO bakımından GVK Geçici m.67/8 kapsamında sayılan gelirler üzerinden gerçekleştirilecek olan tevkifat oranı, %0 olarak belirlenmiştir. Nitekim son olarak 31.10.2024'de 2006/10731 sayılı BKK oranlarının uygulamasının devamı 8775 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁹⁴ (CBK) ile sağlanmıştır. Kur korumalı vadeli mevduat ve altın mevduat hesapları girişim sermayesi fonunun doğrudan yatırım zorunluluğu bulunmamasına rağmen böyle bir yatırım yapılması halinde, kararda gösterilen %7,5 ve %5'lik oranlarda tevkifat gerçekleştirilecektir. Cumhurbaşkanının ilgili kararda bir değişiklik gerçekleştirilmesi halinde KVK m.34 gereğince yıllık beyanname verme zorunluluğu doğabilecektir. Bu ihtimalde ise, fon ve ortaklık gelirlerinin kurumlar vergisinden istisna edilmiş olması nedeniyle tevkifat ile tahsil edilen vergilerin ret ve iade işlemine konu olacağı düşünülmektedir⁹⁵.

Geçici m.67/2'de belirtilen gelir unsurları üzerinden ayrıca GVK m.94'e göre tevkifat yapılmayacaktır. Ek olarak, Geçici m.67/7 uyarınca tevkifat yoluyla vergilendirilen bu gelirlerin; tam mükellefler için yıllık beyannameye, dar mükellefler tarafından münferit beyanname ya da diğer gelirleri dolayısıyla vereceği yıllık beyannameye eklenmesi söz konusu olmadığından tevkifat yöntemi nihai vergileme olacaktır.

4. Beyan Usulü

GVK m.22/3 kapsamında her ikisi de tam mükellef olmak kaydıyla, gerçek kişilerin kurumlardan elde ettiği kâr payları yarı oranda vergi istisnasına tabidir. İstisna hükmü açık olduğundan dar mükellef bir kurumdan ilgili kazancın elde edilmesi halinde elde edilen kazancın tamamı vergilendirilecektir. Bu durum çifte vergilendirme olasılığının bir sonucu olarak istisna öngörüldüğünü açıkça ortaya koymaktadır.

Tam mükellef gerçek kişilerin GSYF ve GSYO kapsamındaki kâr paylarının istisna sonrasında kalan yarı oranındaki tutarı, belirli koşullarda yıllık

⁸⁹ GVK Geçici m.67/13: "Bu maddede geçen menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası aracı ifadesi, özel bir belirleme yapılmadığı sürece Türkiye'de ihraç edilmiş ve Sermaye Piyasası Kurulunca kayda alınmış ve/veya Türkiye'de kurulu menkul kıymet ve vadeli işlem ve opsiyon borsalarında işlem gören menkul kıymetler veya diğer sermaye piyasası araçları ile kayda alınmamış olsa veya menkul kıymet ve vadeli işlem borsalarında işlem görmese dahi Hazinece veya diğer kamu tüzel kişilerince ihraç edilecek her türlü menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracını ifade eder."

⁹⁰ 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.4, R.G. 01.08.2010/27659. Kanun metninin ilk halinde dar mükellef gerçek kişi ve kurumlar için vergi oranı %0 olarak tespit olunmuştur. İlgili hüküm AYM E. 2006/119, K. 2009/145, T. 15.10.2009 R.G. 08.01.2010/27456 kararı ile "mali güç ve vergide eşitlik" ilkelere kapsamında iptal edildikten sonra yerli ve yabancı yatırımcı ayrımı yapılmaksızın tüm kurumların kapsam dışında tutulması amacıyla yeniden kanun düzenlemesi yapılmıştır.

⁹¹ Bakanlar Kurulu Kararı, S. 2006/10731, R.G. 23.07.2006/26237.

⁹² Bakanlar Kurulu Kararı, S. 2010/926, R.G. 30.09.2010/27715.

⁹³ Bakanlar Kurulu Kararı, S. 2012/4116, R.G. 01.01.2013/28515.

⁹⁴ 9075 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, R.G. 01.11.2024/32709.

⁹⁵ Aydın (n6) s. 71.

olarak beyan edilmektedir. GVK m.86/1-c uyarınca kalan tutarın, başkaca gelirlerle (tevkifat yapılan ücretler ve menkul sermaye iratları gibi) birlikte beyan sınırını aşmışsa, bu tutarın tamamı yıllık beyanname gösterilecektir. Ancak ilgili tevkifat oranı da %0 olarak belirlendiği için bu aşamada beyanname verilmesi gerekmeyecektir⁹⁶. Söz konusu kâr paylarının ticari işletme kapsamında elde edilmesi durumunda ise GVK m.37 uyarınca ticari kazançta dahil edilerek beyan edilmesi gerekmektedir.

GVK m.86/2 gereğince, dar mükelleflerin GSYF ve GSYO'lardan elde edilen kâr payları; Türkiye'de elde edilmiş ve tamamı tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirilmiş olan menkul sermaye iradı veya ücret gibi kazançlar ve diğer kazançlarla birlikte beyan sınırına bakılmadan yıllık beyana dahil edilmeyecektir. Ancak dar mükelleflerin, Türkiye'de ticari kazanç elde ederek vergilendirilmesi halinde ilgili hükümden yararlanmaları mümkün değildir.

C. KVK UYARINCA KURUMLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

KVK, sermaye şirketlerinin kazançlarını kurumlar vergisinin konu unsuru içerisinde değerlendirmektedir. KVK m.2 uyarınca anonim şirketler ve SPKn'na tabi fonlar ile benzer nitelikteki yabancı fonlar ve sermaye şirketleri kurumlar vergisi mükellefleri arasındadır. Bu nedenle hem GSYF hem de GSYO tarafından elde edilen kurum kazancı vergiye tabi olacaktır. Ek olarak KVK m.10'da yapılan atf sebebiyle kurumların da VUK m.325/A kapsamında vergi indirimi müessesinden faydalanması mümkündür⁹⁷.

1. Girişim Sermayesi Yatırımlarına Tanınan Kazanç İstisnaları

SPKn'na tabi yatırım fon ve ortaklıklarını ele alan KVK m.5/1-d.3 uyarınca GSYF ve GSYO kazançları kurumlar vergisinden istisnadır. Kanun metninde gayrimenkul yatırım fonları ile emeklilik ve konut finansmanı gibi fonlara da yer verilmektedir. Ancak bazı fonlar bakımından "yatırım fonları veya ortaklıklarının portföy işletmeciliğinden doğan

kazançları" ifadesine yer verilirken bazıları için doğrudan "kazançları" ifadesine yer verilmektedir. Bu sebeple, GSYF ve GSYO'ların SPKn kapsamında yürüttükleri portföy yönetimi faaliyeti dışında sağladıkları kazançları da vergilendirilmemektedir. Böylece, vergilendirmenin konusuna değil mükellefe yönelik bir düzenleme ortaya çıktığını ve GSYF ve GSYO için muafiyet benzeri sonuçların bulunduğunu söylemek mümkündür.

"Yabancı fon kazançlarının vergilendirilmesi" başlıklı KVK m.5/A'da belirtilen özellikleri taşıyan yabancı GSYF'nin portföy yöneticiliğini yapanların, Türkiye'de elde edilmemek şartı ile elde ettiği kazançlarının kurumlar vergisinden istisna edildiği de görülmektedir.

2. İştirak Kazancı İstisnası

KVK m.5/1-a gereğince kurumlar vergisi mükelleflerinin; tam mükellef olan başka bir kuruma iştirak etmekten sağladıkları kâr payları, iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmekte ve kurumlar vergisi dışında bırakılmaktadır. Kanunun ilk metninde kâr paylarının bilinçli olarak kapsam dışı tutulduğu, ancak devam eden süreçte portföy işletmeciliği bakımından kâr paylarının ayrıca istisna edildiği belirtilmektedir. Bu kapsamda yalnızca iştirak edilen kurum bakımından yapılan vergilendirmeler ile çifte vergilemenin önlenildiği söylenebilmektedir⁹⁸.

Belirtildiği üzere, KVK m.5/1-a 2 ve 3. fıkraları gereğince tam mükellefiyete tâbi GSYF katılma payları ile GSYO hisse senetlerinden elde ettikleri kâr payları, vergiden istisna tutulmaktadır. Aynı zamanda 15 Temmuz 2023 itibariyle iktisap edilen katılım payının fona iadesi veya VUK uyarınca değerlendirilmesinden kaynaklanan değer artış kazançları istisna kapsamında tutulmuştur. Aynı bendin 5. fıkrasında yapılan değişiklik ile diğer yatırım fonlarının katılma payı ya da ortaklıkların hisse senetlerinden kaynaklanan kâr payları bu istisnanın dışında bırakılmıştır⁹⁹.

⁹⁶ Aydın (n6) s. 72, Gaygılı (n10) 57.

⁹⁷ Konuya ilişkin açıklamalar çalışmamızın "III. Girişim Sermayesi Yatırımlarını Vergilendirme Rejimi, A. VUK Bakımından Fon Ayırma Yükümlülüğü" kısmında detaylandırılmıştır.

⁹⁸ Aydın (n6) s. 73; Örtülü sermaye ve çifte vergilemeye ilişkin bkz. Danıştay 4. Dairesi, 6203/2681, 19.04.2022.

⁹⁹ 7456 sayılı Kanun m.8'in gerekçesi şöyledir: "Madde ile, kurumların, girişim sermayesi yatırım fonu katılma payları ile girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinden elde edilen gelirlere sağlanan istisna hariç olmak üzere diğer yatırım fonla-

Ek olarak, KVK m.5/1-e kapsamında “kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların %50’lik kısmı”; kurumlar vergisinden istisnadır¹⁰⁰. İlgili istisna oranı 27.11.2024 tarih ve 9160 sayılı CBK kapsamında %75’ten %50’ye düşürülmüştür¹⁰¹. Satış bedelinin; işlemten sonra iki takvim yılı dolana dek tahsil edilmesi, satış kazancının; istisnaya tabi kısmının işlemten tarihindense sonra beşinci yılın sonuna dek pasifte, özel bir fon hesabında tutulması ya da sermayeye ilave edilmesi şartları getirilmiştir. İstisnanın, satış yapıldığı dönemde uygulanabileceği ve bedelin, satışın yapıldığı yılı müteakip ikinci takvim yılının sonuna dek tahsil edilmesi gerektiği de kanunda yer alan hususlardandır. Böylece, kurumların satın aldığı GSYO paylarını iki yıl süreyle aktiflerinde bulundurmaları ve ardından satmaları halinde sağladıkları kazancın %50’lik kısmı kanuni şartlar gerçekleştiğinde kurumlar vergisine tabi olmayacaktır¹⁰².

KVK m.5/1-e hükmünün metninde katılma paylarına ilişkin bir açıklama yer almadığından katılma paylarının satışının istisna kapsamında yer almayacağı belirtilmektedir¹⁰³. Öyle ki, 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde 5.6.2.2.2. *İştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetleri* bölümünde KVK m.5/1-e’de yer alan iştirak hisseleri teriminden menkul değerler portföyünde yer alabilen hisse senetleri ile ortaklık paylarının anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur. İlgili hisse senetleri ve ortaklık paylarının; SPK’n’a göre kurulan yatırım

ortaklıklarının hisse senetleri de dahil olmak üzere sermaye şirketleri ile iş ortaklıkları, adi ortaklıklar ve kooperatiflere ait hisse senetleri/ortaklık payları olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte yatırım fonlarına ilişkin tebliğde ortaklık payı ve katılma payı kavramlarının farklı neticelere bağlanması, katılma payının iştirak hissesi olarak nitelendirilemeyeceği sonucunu beraberinde getirmektedir¹⁰⁴. Öyle ise kurumların, tüm koşullara sahip olmasına rağmen GSYF katılma paylarının satışından sağladıkları kazançları bakımından istisnadan faydalanamayacakları söylenebilir. Kurumların; yatırım ortaklıklarının veya fonların pay ya da katılma paylarını satın almalarındaki temel sebebin iştirak kazancı elde etmek olmadığı kabul görmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte kurumlar vergisi mükelleflerinin, GSYO kâr paylarına tanınan istisna yoluyla, bu ortaklıkların iştirak işlemlerinde dikkate alınması ve yatırımların özendirilmesi hedeflenmiştir.

D. DİĞER VERGİ ve HARÇLAR

GSYO ve GSYF bakımından banka ve sigorta muameleleri vergisi (BSMV), katma değer vergisi (KDV), damga vergisi ve harçlar bakımından da bazı istisnalar tanınmaktadır. Bu kapsamda Gider Vergileri Kanunu m.28/2 gereği banker sayılan ilgili fon ve ortaklıkların m.29/1-t gereğince para ve sermaye piyasalarında gerçekleştirilen işlemler dolayısıyla elde ettiği paralar istisna dahilindedir. Ancak banka, banker veya sigorta şirketlerinin GSYF yatırımları sonrasında elde edilen temettü, payların fona iadesi veya alım satımı neticesinde elde ettiği parasal getiriler üzerinden %5 oranında BSMV hesaplanmaktadır.

Kural olarak BSMV kapsamındaki işlemler KDV’den istisna olduğundan bu tutarlar KDV Kanunu m.30 gereğince indirilemeyecektir. Ancak BSMV kapsamına girmeyen ticari işlemlerden dolayı KDV hesaplanması gerekmektedir. Bu kapsamda yalnızca KDV Kanunu m.17/4-g gereğince ihraç edilen hisse senetlerinin teslimleri istisna kapsamında olup vergilendirme yapılmamaktadır.

Damga Vergisi Kanunu’nun Ek 2 sayılı tablosunda vergiden istisna edilen kağıtlar sıralanmıştır.

ından elde ettikleri gelirlere yönelik sağlanan istisna ile taşınmaz satışlarından elde edilen kazançlara tanınan kurumlar vergisi istisnasının kaldırılması amaçlanmaktadır.” <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>> s.e.t. 2 Eylül 2024.

¹⁰⁰ Girişim sermayesi yatırımlarının iştirakler hesabında yer aldığı ve yatırım yapılan şirketin varlığının sona ermesi ile iştirakler hesabında zarar meydana geldiği, ilgili kalemin zarar kaydedilebileceği ve istisnanın “satış” işlemlerinde uygulanması gerektiğine dair bkz. Danıştay VDDK, 222/96, 15.02.2023, Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Neslihan Karataş Durmuş, “Gayrimenkul ve İştirak Hisseleri Satışından Doğan Zararların Vergilendirmede Adalet ve Eşitlik İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi” (2023) 1 Adalet Dergisi, 47.

¹⁰¹ 9160 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, R.G. 27.11.2024/32735.

¹⁰² Aydın (n6) 75 Gaygılı (n10) 57.

¹⁰³ Aydın (n6) 75.

¹⁰⁴ Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1), R.G. 09.07.2013/28702.

¹⁰⁵ Aydın (n6) 75.

Bu tablonun 4. sırasında ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar yer almaktadır. Bu listeye göre 16. bentte ticaret şirketleri ile fonların kuruluşu, pay devri, sermaye arttırımı ya da süre uzatımı işlemleri için düzenlenen kağıtlar dahilinde damga vergisi alınması gerekmektedir. Yine 50. bentte “*Girişim sermayesi yatırım ortaklıkları ve girişim sermayesi yatırım fonlarının münhasıran girişim sermayesi yatırımları ile ilgili düzenlenen sözleşmeler ile bu sözleşmelere ilişkin düzenlenen diğer kâğıtlar.*” ibaresine açıkça yer verilmektedir. İlgili hükümler gereği GSYO ve GSYF bakımından damga vergisi istisnası da bulunmaktadır.

Harçlar Kanunu, yatırım ortaklığının kuruluş aşamasında faaliyet izin belgelerinin harca tabi olduğunu belirtmektedir¹⁰⁶. Kanununun 123. maddesi uyarınca sermaye şirketlerinin kuruluş, sermaye arttırımı, pay devri, devir, birleşme, bölünme gibi pek çok işlemi harçlardan muafır. Bu kapsamda bir anonim şirket olarak kurulan GSYO ve portföy yönetim şirketlerinin harçlardan muaf olduğu söylenebilir. Fonlar ise harçlar bakımından istisna hükmünde sayılmamakta, böylece GSYF kapsamında kuruluş ve buna benzer işlemler harca tabi olmaktadır.

E. TEKNOGİRİŞİM SERMAYESİ DESTEĞİ VE VERGİ İNDİRİMİ

Bazı mükellefler teknogirişim sermayesi desteği alan işletmelere yatırım yapmaları dolayısıyla 5746 sayılı Kanuna eklenen m.3/5 kapsamında vergi indiriminden faydalanmaktadır. Kanun hükmü uyarınca herhangi bir kamu kurumu tarafından desteklenebilir olmak ve 2 yıl içinde projede harcanmak koşuluyla 2.000.000,00 TL’yi aşmayan meblağlar GVK m.89 ile KVK m.10 uyarınca indirilecek giderler arasında yer alabilecektir. Söz konusu düzenleme VUK m.325/A hükmüne benzer nitelendirilmektedir¹⁰⁷. Nitekim harcanmayan miktara bağlı olarak

tahakkuk ettirilemeyen vergi aslı ve gecikme faizinin tahsili de sonuca bağlanmış konumdadır. Ek olarak kurumlar bakımından indirim konusu tutarın hesap dönemi başındaki öz sermayenin %20’sini aşmayacak biçimde dikkate alınması gerekmektedir.

Son olarak 7263 sayılı Kanun kapsamında bazı değişiklikler yapılmış ve zorunlu nitelikteki girişim sermayesi destek fonu müessesesi hukuk sistemimize dahil edilmiştir. Mevzuat değişikliği neticesinde, Ar-Ge, tasarım ve yenilikçi alanlarda faaliyet gösteren mükelleflerin istisna veya indirim tutarının 2.000.000,00 TL’den fazla olması halinde, bu tutarın %3’ü matrahtan indirim konusu yapılmaktadır¹⁰⁸. Bu fonun ise doğrudan ilgili faaliyetleri gerçekleştiren girişimcilere sermaye desteği olarak aktarılması ya da SPK’n’a göre Türkiye’de kurulu veya kurulacak GSYF’lere ya da GSYO’lara aktarılması şartı bulunmaktadır. Ancak bu aşamada yatırımın Türkiye’de kurulu fon veya ortaklıklara yatırım yapıp yapılmadığı, ilgili fon ve ortaklıkların yabancı yatırımcılarının oranı, ilgili fon ve ortaklıkların ilerleyen süreçte portföy yapısının değişmesinin sonuçları, fon ve ortaklıklara katılım süresi ve bu yapıların kâr dağıtımını yapıp yapmayacağı teknogirişim sermayesi sisteminin belirsiz bazı hususları olarak sayılmaktadır¹⁰⁹. Somut hali ve girişim sermayesinin teknolojiye özgülenmiş alt alanı olarak teknogirişim sermayesinin risk sermayesine benzetilmesi ve hatta özel risk sermayesinin Türk hukukunda karşılığı olarak nitelendirilmesi mümkün görünmektedir. Bu hususta kanunda öngörülen özel şartlar, risk sermayesinin Türk hukukuna özgü bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

SONUÇ

Girişim sermayesi, kavram olarak yeni kurulmuş veya ilk dönemlerini tamamlamakta olan şirketlerin teknolojik adımları ve yeni teknoloji ve ürün fikirlerinin gelişimi, ürünlerin üretimi, şirket ve

¹⁰⁶ Harçlar Kanunu Ek 7 Sayılı Tarife, XI. Finansal Faaliyet Harçları, 4. Yatırım ortaklığı kurma ve faaliyet izin belgeleri bölümünde tespit olunan maktu harç miktarı 2024 yılı için 48.305,30 TL’dir.

¹⁰⁷ Merve Beydemir, Zübeyir Bakmaz, Müge S. Ateş, “Teknoloji Geliştirme Bölgelerine Sağlanan Mali Teşvik ve Destekler ile 7263 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, (2022) 42 SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 328, Metin Çelik, “Teknogirişim Sermayesi Desteğinden Faydalanan İşletmelere Yatırım Yapan Mükelleflere Yönelik Vergi İndirimi” (2017) 208 Vergi Raporu 40, Kadir Gülçin, Ayşe G. Köksal, “Ar-Ge ve Teknopark İşletmelerine Getirilen Girişim Sermayesi Yatırım Fonu

Ayırma Zorunluluğunun Vergilendirme ve Uygulama Esasları”, (2022) 276 Vergi Raporu, 14.

¹⁰⁸ 15.12.2023 tarih ve 7953 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile istisna tutarı 1.000.000 TL’den 2.000.000 TL’ye ve ilgili oran %2’den %3’e, yıllık bazda aktarılması gereken tutar üst sınırı ise 20.000.000 TL’den 100.000.000 TL’ye yükseltilmiştir. R.G. 16.12.2023/32401.

¹⁰⁹ Bülent Taş, Nazmi Karyagdi, *Bilişim Sektörü İçin Vergi ve Teşvikler* (2. Baskı, Yetkin 2023) 238.

ürünlerin pazara girişi, gelişimi veya pazar payının arttırılması gibi birçok amaca hizmet eden yüksek risk içeren yatırım ve finansman aracı olarak açıklanabilir. Bu kapsamda inovatif fikirlere sahip gelişimi desteklenen işletme girişim şirketi olarak adlandırılır. İlgili şirketleri desteklemek ve orta ya da uzun vadede gelir elde etmeyi amaçlayan yatırımcıların ise GSYO veya GSYF kapsamında birleşmeleri ya da bireysel katılım yatırımcısı olabilmeleri mümkündür. İlgili fon ve ortaklık paylarının yalnızca nitelikli yatırımcılara satılacak olması yatırımcı portföyünü daraltmakla birlikte yüksek kaynak taahhüdü ve ifayı kolaylaştırmaktadır. BKY ise tecrübe veya sermaye unsuru ile şirketlerde ortak sıfatını haiz olan gerçek kişileri konu edinen melek yatırımcılık sisteminin karşılığını oluşturmuştur.

Girişim sermayesi yatırımlarından kaynaklanan vergisel yükümlülükler de gelir vergisi ile kurumlar vergisi kapsamında değerlendirilmekte, ayrıca muhasebe bakımından ayrı bir hesap tutulması nedeniyle VUK m.325/A'da yer alan düzenlemeler ile KDV, BSMV gibi muhtelif düzenlemelerle karşılaşmaktadır. Gerçek kişiler ile şirketlerin girişim sermayesi yatırımları için ayırmış oldukları meblağlar vergi dışında tutulmakta, ayrıca elde ettikleri gelirler de matrahtan indirilmektedir. Öyle ki kurumlar vergisinde GSYF ve GSYO bakımından neredeyse tüm kazançların istisna kapsamında olduğu söylenebilmektedir. GVK Geçici m.67 de benzer şekilde değer artışları neticesinde edinilen gelirler ve temettünün kaynağa kesinti yoluyla vergilendirilmesini öngörmektedir. Tevkifat oranlarının 2010 yılından bu yana %15'i aşmaması ve hatta %0 şeklinde uygulanması da girişim sermayesi yatırımları bakımından teşvik sisteminin oldukça geniş ölçekli bir uygulamaya sahip olduğunu göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Akalp Y, "Girişim Sermayesi Fonuna İlişkin Dönem Sonu İşlemleri", (2012) 376 Vergi Dünyası, 184-187.
- Akbulak Y, "İnançlı Mülkiyet Üzerine Bir Değerlendirme", (2020), Lexpera Blog, <<https://blog.lexpera.com.tr>>.
- Akbulak Y, "6322 sayılı Kanun ile Getirilen Girişim Sermayesi Fonu", (2013) 87 (2) İstanbul Barosu Dergisi, 214-224.
- Akdağ GC, *Girişim Şirketi (Start-Up)*, (1. Baskı, On İki Levha 2023).
- Aktaş M, "The Venture Capital Financing Model in Turkey and The United Kingdom: A Comparative Study" (2014) 12 Yeni Fikir 154-165.
- Akyol ME, "Girişim Sermayesi Fonu", (2013) 382 Vergi Dünyası, 17-20.
- Aydın E, "Girişim Sermayesi Yatırım Fon ve Ortaklarının Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi Bakımından Vergilendirilmesi" (2015) 37 (2) Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi 57-82.
- Aytaç D, "Yeniliğin Finansmanı: Girişim Sermayesi" (2015) 16 (1) Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Dergisi 59-80.
- Bayar Y, "Girişimcilik Finansmanında Risk Sermayesi ve Melek Finansmanı", (2012) 7 (2) Girişimcilik ve Kalınma Dergisi, 133-144.
- Beydemir M, Bakmaz Z, Ateş MS, "Teknoloji Geliştirme Bölgelerine Sağlanan Mali Teşvik ve Destekler ile 7263 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", (2022) 42 Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 316-347.
- Bingöl M, "Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarında Vergi Avantajı" (2022) 495 Vergi Dünyası, 76-81.
- Cumming DJ, "Agency Costs, Institutions, Learning and Taxation in Venture Capital Contracting", (2005) 20 (5) Journal of Business Venturing 573-622.
- Cumming D, Zhang M, "Angel Investors Around the World", (2019) 50 Journal of International Business Studies 692-719.
- Çelik M, "Teknogirişim Sermayesi Desteğinden Faydalanan İşletmelere Yatırım Yapan Mükelleflere Yönelik Vergi İndirimi" (2017) 208 Vergi Raporu 35-43.
- Çelikkaya A, "AB'ye Uyum Sürecinde Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına Sağlanan Vergisel Avantajların Değerlendirilmesi" (2007) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 241-259.
- Dimitrova L, Eswar SK, "Capital Gains Tax, Venture Capital, and Innovation in Start-Ups" (2022) Review of Finance 1-49.
- Eskin İ, "The Examination of Venture Capital Investment Trusts in terms of Tax Legislation and Investment Strategies", (2023) 25 Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 119-136.
- Gallo S, Vincenzo V, *Private Equity and Venture Capital* (1. Baskı, Springer 2022).
- Gaygılı AK, "Girişim Sermayesi Fonunun Vergilendirilmesi ve Muhasebeleştirilmesi" (2024) 20 (229) Legal Mali Hukuk Dergisi 47-70.
- Gülçin K, Köksal AG, "Ar-Ge ve Teknopark İşletmelerine Getirilen Girişim Sermayesi Yatırım Fonu Ayırma Zorunluluğunun Vergilendirme ve Uygulama Esasları" (2022) 276 Vergi Raporu, 11-27.
- Gün M, Karadağ H, "A Study on Venture Capital: Performance Analysis of Venture Capital Investments Trust Incorporations in Turkey", (2016) 16 (1) Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 57-74.
- Günay YS, *Hukuki Yönleriyle Girişimciliğin Finansmanı ve Girişim Sermayesi* (1. Baskı, On İki Levha 2024).
- Henrekson M, Sanadaji T, "Stock Option Taxation and Venture Capital Activity: A Cross-Country Study" (2018) 20(1) Venture Capital (An International Journal of Entrepreneurial Finance), 51-71.
- İnce ST, "Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Payscale Sözleşmesi" (2018) Yüksek Lisans: Galatasaray Üniversitesi.
- Kantarçık B, Girişim Sermayesi Yatırım Fonu, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024.
- Karataş Durmuş N, "Gayrimenkul ve İştirak Hisseleri Satışından Doğan Zararların Vergilendirmede Adalet ve Eşitlik İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi" (2023) 1(1) Adalet Dergisi 47-82.
- Kartal Z, "Girişim Sermayesi Fonunun Dokunulmazlığı Nereye Kadar?" (2012) 239 Yaklaşım.
- Kıldokum H, "Girişim Sermayesi'nin Türkiye Serüveni Bir Modele Yönelik Fırsat Arayışı", (2012) 1(1) Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, <<https://dergipark.org.tr/pub/bsbd/issue/43799/537987>> s.e.t. 31 Temmuz 2024.
- Lin L, *Venture Capital Law in China* (1. Baskı, Cambridge University Press 2022).
- OECD, "Venture Capital Investments in Artificial Intelligence", Analysing Trends in VC in AI Companies From 2012 through 2020, (2021) OECD Digital Economy Papers, No: 319.
- Okat YÖ, *Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları* (1. Baskı, Seçkin 2009).

- Sabuncu F, Keskin F, *Gerçek Kişilerde Para ve Sermaye Piyasası Araçlarından Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi*, (1. Baskı, Beta 2005).
- Sermaye Piyasası Kurulu, Girişim Sermayesi Yatırım Fonu, Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, 2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları, 2022.
- Smith JK, Smith RL, *Entrepreneurial Finance: Venture Capital, Deal Structure & Valuation*, (2. Baskı, Stanford University Press 2019).
- Şenol A, Sancak S, "Covid-19 Pandemisinin Sektörel Ölçekte Mali Analizi: Getir Girişim Sermayesi Örneği", (2019) 9(1) Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi 163-182.
- The Association of International Certified Professional Accountants, *Accounting and Valuation Guide: Valuation of Portfolio Company Investments of Venture Capital and Private Equity Funds and Other Investment Companies*, (Wiley 2019) doi: 10.1002/9781119663188.
- Taş B, Karyağdı N, *Bilişim Sektörü İçin Vergi ve Teşvikler* (2. Baskı, Seçkin 2023).
- Turan D, Narin M, "Yeniliğin Finansmanında Kullanılan Alternatif Yöntemler", (2022) 6 (2) Fiscaeconomia, 863-883.
- Vidra RK, *The Venture Capital State: The Silicon Valley Model in East Asia* (1. Baskı, Cornell University Press 2022).
- Yanık SD, "Girişim Şirketlerinin Sermaye İhtiyaçlarını Karşılama İçin Kullandıkları Fon Mekanizmaları" (2021) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 339-372.
- Yılmaz A, *Teknoloji ve Yazılım Şirketlerinde Vergi Uygulamaları* (1. Baskı, Seçkin 2020).
- Wetzel WE, "Angels and Informal Risk Capital", (1983) 24 (4) Sloan Management Review, 23-34.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*