

gündem NAZALI

www.nazaligundem.com

ISSN 2602-3601 / 2022 İLKBAHAR / SAYI 19

▶ **BSH Kararı Işığında Çevrimiçi Pazaryerlerinde İnternet Satışı Yasaklarına İlişkin Gelişen Rekabet Hukuku Rejimi**

S. 03

▶ **Google Analytics Kararları Çerçevesinde Kişisel Verilerin Aktarımına İlişkin Güncel Gelişmeler**

S. 33

▶ **Yeni Bir Varlık: Kripto Varlık
Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yer Alan Otoritelerin
Kripto Varlıklara İlişkin Yaklaşımları ve Öngörüler**

S. 67

ISSN: 2602-3601

YIL: 4 / 2022 İLKBAHAR / SAYI: 19

SAHİBİ

NAZALI Avukatlık Ortaklığı adına
ERSİN NAZALI

SORUMLU MÜDÜR

ÇAĞDAŞ GÜREN

YAYIN YÖNETİM YERİ

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok.
No:3 Elit Residence Kat:4 Daire: 12
Şişli 34360 İSTANBUL
T:+90(212)380-0640
F:+90(212)217-1890
<http://www.nazali.av.tr>

Dergimiz üç ayda bir yayınlanır

BASKI-CİLT

Yapım Tanıtım Yayıncılık Ltd. Şti.
Gülbağ Mah. Gülbağ Cad. No:80/1
Mecidiyeköy Şişli / İSTANBUL

NAZALI Gündem'de yer alan yazı, şekil, tablo ya da resimlerin telif hakkı (Copyright c) NAZALI Avukatlık Ortaklığına aittir. Bir bölümü ya da tamamı izinsiz kopyalanamaz ya da basılamaz. Yazılardan alıntı yapıldığında, derginin kaynak olarak belirtilmesi gereklidir. Yayımlanan yazıların bilimsel ve etik sorumluluğu yazarlara aittir. Dergimiz yayımlanan haberler dışındaki yazılarda belirtilen görüşler karşısında resmen tarafsızdır. Dergide adı yer alan ürün veya servis reklamı için hiçbir güvence vermez.

İÇİNDEKİLER

- 3 BSH KARARI IŞIĞINDA ÇEVİRİMİÇİ PAZARYERLERİNDE İNTERNET SATIŞI YASAKLARINA İLİŞKİN GELİŞEN REKABET HUKUKU REJİMİ
- 9 ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDA MÜLKİYET HAKKI VE VERGİ İLİŞKİSİ
- 17 TEMEL GIDA MADDELERİNDE KDV ORANIN YÜZDE 1'E DÜŞÜRÜLMESİ VE İNDİRİMLİ ORAN İADE TALEPLERİNE ETKİSİ
- 23 04.11.2021 TARİH VE E.2019/4, K.2021/78 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİ KARARI IŞIĞINDA 213 SAYILI VERGİ USUL KANUNU'NDA DÜZENLENEN VERGİ SUÇLARI VE YARIGILAMA USULÜ
- 29 VERGİ MAHREMİYETİ İLKESİ VE İSTİSNALARININ TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
- 33 GOOGLE ANALYTICS KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN AKTARIMINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER
- 41 ÇALIŞMA HAYATINDA STAJYER VE ÇIRAKLAR
- 47 BEDELLİ ASKERLİĞİN İŞ HUKUKU VE İŞ İLİŞKİLERİNDEKİ YANSIMALARI
- 51 HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İSPAT YÜKÜ VE ARAÇLARI
- 57 ANONİM ŞİRKETLERDE İMTİYAZ
- 67 YENİ BİR VARLIK: KRIPTO VARLIK AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YER ALAN OTORİTELERİN KRIPTO VARLIKLARA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARI VE ÖNGÖRÜLERİ
- 75 YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMASI
- 81 ÇEVRE MEVZUATIMIZDAKİ ÇELİŞKİLİ DÜZENLEMELERE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

ÖNSÖZ

Bahar ayının gelmesi ile birlikte hem iş hem de sosyal alanda daha yoğun bir gündem ile karşı karşıyayız.

Çeşitli üniversitelerin kariyer günleri ile gelecekteki meslektaşlarımızla buluşmak, bizler için oldukça keyifli ve bir o kadar da heyecan vericiydi. Genç meslektaşlarımızla buluşmak, geleceğin güvencesi olan gençlerin heyecanına ortak olmak ve onlara kariyer yolculuklarında destek olmak öncelikli konularımız arasında yer almaya devam edecek.

Öte yandan, mevzuattaki güncel gelişmeleri hem NAZALI Gündem'de yer alan makalelerimiz ile hem de yapmış olduğumuz webinalar ile takip etmeye ve sizlere aktarmaya devam ediyoruz. Webinarlarımıza ve dergimize göstermiş olduğunuz ilgi için birkez daha teşekkür ederiz.

Dergimizin bu sayısında da farklı ve oldukça faydalı olacağına inandığımız makaleler ile Sizlerin karşısındayız. Avukat Alper Örnek ve avukat Dila Güneş tarafından bir devam makalesi niteliğinde kaleme alınmış olan ve kripto varlıklara ilişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan otoritelerin yaklaşım ve öngörülerinin kronolojik olarak yer verildiği makale oldukça faydalı bir çalışma olmuştur.

Rekabet Hukuku ekibimiz tarafından, Rekabet Kurulu'nun en güncel kararlarından olan BSH kararı ele alınarak, Kurul'un çevrimiçi pazaryerlerinde internet satışı kısıtlamalarına yönelik tutumunu değerlendirilmiştir.

Değerli Üstadımız Gelir İdaresi Grup Başkanı İmdat Türkay tarafından ise hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin zedelenerek "mülkiyet hakkının ihlâli" sonucunu doğurması, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında değerlendirilerek, verginin yasallığı ilkesinin gelişimine son derece katkı sağlayan bir çalışma kaleme alınmıştır.

Kıdemli yönetici avukat Tuğçe Gelir ve stajyer avukat İlayda Süer tarafından ise Google Analytics hizmetinden faydalanan şirketler hakkında verilen güncel kararlar ve gelişmeler mercek altına alınarak, kişisel verilerin aktarımına ilişkin yararlı ve geleceğe ışık tutan tespitlere yer verilmiştir.

Keyifli okumalar dileriz.

NAZALI GÜNDEM

BİZDEN HABERLER

- ◇ **REKABET HUKUKU AVUKATLARIMIZDAN BEYZA SARIPINAR, ARTİSTİK BUZ PATE-Nİ GENÇ AMATÖRLER ŞAMPİYONASI'NDA TÜRKİYE 4.SÜ OLMUŞTUR.**

Rekabet hukuku bölümü avukatlarımızdan Beyza Sarıpınar, 25-26 Şubat 2022 tarihlerinde düzenlenen Artistik Buz Pateni Genç Amatörler Şampiyonası'nda Türkiye 4.sü olmuştur. Kendisini tebrik eder, başarılarının devamını dileriz.

- ◇ **BİLGİ HUKUK FAKÜLTESİ KULÜBÜ'NÜN ORGANİZE ETTİĞİ "BİLGİ 20. HUKUKTA KARI-YER GÜNLERİ" ETKİNLİĞİNE KATILIM SAĞLADIK.**

NAZALI Vergi & Hukuk olarak bu yıl da, Bilgi Hukuk Fakültesi Kulübü'nün organize ettiği "Bilgi 20. Hukukta Kariyer Günleri" etkinliğine katıldık. Bizleri, gelecekteki meslektaşlarımız ile buluşturan, başta Üniversite Kulübü üyelerine ve katılım sağlayan herkese bu keyifli söyleşi için teşekkür ederiz.

- ◇ **REKABET HUKUKU ORTAĞIMIZ METİN PEKTAŞ, İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ ENERJİ KULÜBÜ'NÜN DAVETLİSİ OLARAK WEBİNARA KATILDI.**

Rekabet Hukuku Ortağımız Metin Pektaş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Enerji Kulübü'nün davetlisi olarak 15 Nisan 2022 tarihinde "Enerji Sektöründe Liberalleşme ve Rekabet Hukuku Uygulamaları"na ilişkin webinar gerçekleştirmiştir.

- ◇ **NAZALI BASKETBOL TAKIMIMIZ, HARDLİNE ŞİRKETLER 3X3 ŞİRKETLER BASKET-BOL LİGİ'NE KATILDI.**

Gruptan başarıyla çıkan takımımız çeyrek finale kadar yükseldi. Final tadında oynanan çeyrek final maçlarındaki başarıları için takımımızı tebrik ediyoruz. Yeni turnuvaları heyecanla bekliyoruz.

- ◇ **1 NİSAN 2022 TARİHİNDE "VERGİ, GÜMRÜK VE SOSYAL GÜVENLİKTE GÜNDEM" WEBI-NARIMIZI GERÇEKLEŞTİRDİK.**

Yönetici Ortağımız Ersin NAZALI BSc, LLB, MSc, LLM-Avukat, YMM'nın moderatörlüğünde gerçekleşecek olan, Gümrük ve Dış Ticaret Ortağımız Fatih UZUN, Sosyal Güvenlik Hukuku Ortağımız Fatih BAKIR ve Vergi Ortağımız Ömer Emen'in konuşmacı olarak katılmış olduğu "Vergi, Gümrük ve Sosyal Güvenlikte Gündem" webinarımız 1 Nisan 2022 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

BŞH KARARI IŞIĞINDA ÇEVİRİMİÇİ PAZARYERLERİNDE İNTERNET SATIŞI YASAKLARINA İLİŞKİN GELİŞEN REKABET HUKUKU REJİMİ

Metin PEKTAŞ

*Ortak, Rekabet Hukuku ve
Uyum, Rekabet Kurumu Eski
Başuzmanı*

Derviş Boran BEYSÜLEN

Avukat

Buse GÜLER

Stj. Avukat

ÖZET

Dijitalleşme ile e-ticaretin küresel ticaret hacmi içerisindeki payının hızla artmasıyla birlikte internet satışları rekabet hukukunun sıklıkla gündemine gelmektedir. Sağlayıcıların yeniden satıcılarla ilişkilerini düzenleyen Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde Rekabet Kurumu, internet satışlarını pasif satış olarak kabul ettiğini vurgulamakta ve çevrim içi platformları da kapsayacak şekilde sağlayıcıların internet üzerinden satışları engelleyici uygulamalarını yasaklamaktadır. Bu noktada sağlayıcılar, bayilerin internet satışlarına ilişkin olarak yalnızca objektif ve makul kriterler getirebilmektedir. Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin en güncel kararı olarak karşımıza çıkan BŞH kararı Kurul'un internet satışı kısıtlamalarına yönelik katı tutumunu ortaya koyarak yol gösterici bir rol üstlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnternet Satışları, Çevrim İçi Pazaryerleri, Seçici Dağıtım Sistemleri, Dikey Kısıtlamalar, Pasif Satış

GİRİŞ

E-ticaret, gerek tedarikçi gerekse tüketici yönlü olarak pazarda yarattığı önemli etkinlikler nedeniyle geleneksel mağazacılık karşısında yükselişini sürdürmekte olup, bu doğrultuda yeniden satıcıların çevrim içi kanallardan satış yapma yönündeki motivasyonları da artmaktadır. Zira internet satışları; maliyet, müşteriye erişim, geri bildirimlerin takibi, stok yönetimi gibi konularda fiziksel mağazacılığa karşı önemli avantajlara sahiptir. Diğer yandan tüketiciler açısından internet satışları; ürünlere kolay erişim, avantajlı fiyatlar, karşılaştırma olanakları ve tüketici yorumlarının incelenmesi gibi birçok fayda ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada, sağlayıcılar da fiziksel mağazacılığın ayakta kalabilmesi gibi çeşitli sebeplerle yeniden satıcıların çevrim içi kanallar üzerinden satış yapmasını engelleme eğilimi gösterebilmektedir. Bu durumda rekabet otoriteleri, internet satışlarına ilişkin kısıtlamalara yönelik uygulamalar karşısında dikey ilişkilere müdahalelerde bulunmaktadır.

Dikey ilişkilere yönelik kuralların büyük oranda fiziksel mağazacılığa yönelik olması nedeniyle internet satışlarına yönelik yeni kural setlerinin oluşturulma ihtiyacı doğmuş olup çevrim içi kanalların sağladığı kazanımlar ve ilginin artmasıyla rekabet otoriteleri peşi sıra düzenlemeler ve kararlarla internet satışlarına ilişkin Rekabet Hukuku rejimini büyük oranda belirginleştirmiştir. Bu çalışmada, öncelikle internet satışlarına ilişkin Türkiye'deki Rekabet Hukuku kurallarına genel hatlarıyla değinilecek, akabinde BŞH kararı ışığında Rekabet Kurulu'nun gelişen yaklaşımı ele alınacaktır.

1. İNTERNET SATIŞ KISITLAMALARINA İLİŞKİN REKABET HUKUKU KURALLARI

Teşebbüsler arası dikey ilişkiler kapsamındaki rekabet kısıtlamalarına ilişkin kurallar, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde düzenlenmektedir. Dikey ilişkilere yönelik belirlenen kural seti, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da da Rekabet Kurumu'nca açıklanmıştır. Bu mevzuat kapsamında düzenlenen hususlardan biri de pasif satış yasağı altında yeniden satıcıların internet satışlarının sağlayıcılar tarafından yasaklanamayacağına

yöneliktir. Kılavuz kapsamında internet satışlarına ilişkin kurallar kısaca şu şekildedir:

- İnternet satışları kural olarak pasif satış niteliğindedir. Her yeniden satıcı, internet üzerinden satış yapabilme hakkına sahip olup tüketicilerin yeniden satıcıya ait internet sitesini ziyaret etmesi ve yeniden satıcı ile iletişime geçmesi veya tüketicilerin yeniden satıcı tarafından otomatik olarak bilgilendirilmeyi talep etmiş olması vesilesiyle gerçekleşen satışlar pasif satış olarak değerlendirilir.
- İnternet satışları pasif satış olarak değerlendirilmekle birlikte, Rekabet Kurumu pasif satış kısıtlaması olarak değerlendirdiği başlıca uygulamalara da Kılavuz'da yer vermektedir. Buna göre; (i) bir münhasır dağıtıcının başka bir dağıtıcının münhasır bölgesinde bulunan müşterilere, kendi internet sitesine erişimlerini kısıtlaması veya bu müşterilerin, üreticinin veya diğer münhasır dağıtıcının sitesine yönlendirilmesi, (ii) münhasır dağıtıcının, müşterinin teslimat, posta, kredi kartı vb. gibi adres bilgisinden, adresin dağıtıcının münhasır bölgesinde olmadığını fark etmesi durumunda işlemi sonlandırması, (iii) internet kanalıyla yapılan satışların toplam satışlara oranına ilişkin kısıtlama getirilmesi (sağlayıcının, internet satışlarını engellemeden fiziki satış mağazalarının da etkinliğini koruyabilmek adına dağıtıcının satışının belli bir oranını fiziki mağazalar kanalıyla satması koşulu getirmesi veya sağlayıcının internet kanalıyla gerçekleşen satışların genel dağıtım sistemine uygunluğunu sağlaması için koşullar getirmesi hariç olmak üzere) ve (iv) dağıtıcının, sağlayıcıya, internet üzerinden tekrar satışa sunacağı ürünler için fiziki satış noktalarında arz edilecek ürünlere kıyasla daha yüksek fiyat ödemesinin kararlaştırılması Kılavuz kapsamında pasif satışın engellenmesi ile eşdeğer kabul edilerek rekabeti sınırlayıcı uygulama olarak görülmektedir.
- Aynı şekilde yeniden satıcılara bölge ve müşteri tahsisi yapılan dağıtım modelinde

de, sağlayıcının yeniden satıcı tarafından kurulan bir internet sitesindeki satışları engellemesi, pasif satışların engellenmesi niteliğinde olup rekabet kurallarının ihlâli anlamına gelmektedir.

- Seçici dağıtım modelleri açısından bakıldığında Rekabet Hukukunun konuya yaklaşımı esneyebilmektedir. Bu modelde, tıpkı fiziki satış noktalarında olduğu gibi internet satışlarına yönelik olarak da sağlayıcı tarafından; dağıtımın niteliği ve kalitesi ile marka imajını arttırmak amacıyla somut ve makul birtakım koşullar getirilebilmektedir. Ancak yine yetkilendirilmiş dağıtıcıların internet üzerinden satışları kural olarak engellenmemektedir. Sağlayıcı tarafından internet satışlarına ilişkin öngörülebilecek olan kalite standartlarının, internet satışlarına yönelik getirilen kriterler, geleneksel dağıtım kanalı için öngörülen kriterler ile tamamen aynı olması gerekmemekle birlikte kıyaslanabilir olmalı, aynı amaca hizmet etmeli ve ürünün niteliği, kriterler arasındaki farklılığı haklı kılmalı ve internet satışlarını yasaklayıcı bir etki doğurmamalıdır. Bunun yanında seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması ile sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi, ağır sınırlama olarak değerlendirilmiştir.

2. REKABET KURULU'NUN BSH KARARI

Bu noktada internet satışlarının kısıtlanmasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun BSH kararı¹, internet satış yasaklarına Rekabet Kurumu'nun yaklaşımı bakımından güncel ve yol gösterici önemli bir kaynak hâlini almıştır. BSH kararı, internet satış yasaklarına ilişkin kuralların uygulamadaki karşılığını ve Kurum'un bakış açısını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Kararda Kurul'un daha önceki karar-

1 Rekabet Kurulu'nun 16.12.2021 tarih ve 21-61/859-423 sayılı kararı

larından farklı olarak ilk defa doğrudan çevrim içi pazaryerleri üzerinden yapılan satışların kısıtlanması değerlendirilmiştir.

Karar BSH'nin yetkili bayileri arasında imzalanan bayilik sözleşmeleri ile bu sözleşmelere ek olarak uygulanan sirkülerdeki yetkili bayilerin çevrim içi pazaryerleri üzerinden satış yapmasının kısıtlanması ve yetkili bayilere tek elden satın alma yükümlülüğü getirilerek seçici dağıtım sistemi üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımlarının engellenmesi hükümlerine menfi tespit/muafiyet tanınması talebine ilişkin Kurul değerlendirmelerini içermektedir.

BSH, ürettiği ve tedarik ettiği ürünlerin satışını seçici dağıtım ağıyla gerçekleştirmektedir. BSH ile yetkili satıcılar arasında kurulan sözleşme uyarınca yetkili bayiler BSH ürünlerinin satışını, kendilerine ait internet sitesi ve/veya pazaryeri aracılığıyla gerçekleştirebilme hakkına sahip olmakla birlikte üçüncü taraf çevrim içi pazaryerleri aracılığıyla satış yapmaları yasaklanmış, satış yasağının ihlâl edilmesi, bu aykırılığın yazılı ihtara rağmen giderilmemesi hâli BSH tarafından haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır.

BSH, karar konusu menfi tespit/muafiyet verilmesi talebine gerekçe olarak;

- BSH ürünlerinin üçüncü şahsın markasından oluşan alan adını taşıyan bir sayfada pazarlanmak zorunda kaldığı, bazı pazaryeri satış platformlarında bayilerin kendilerine ait bölümleri olabilese de tüketicinin buraya ulaşabilmesi için mutlaka üçüncü şahsın internet sitesinden giriş yapması gerektiği bu nedenle de tüketicilerin pazaryeri ile ürünün üreticisi/satıcısı arasındaki ayrımı bilmediği,
- Pazaryeri niteliğindeki satış platformlarında ürün görseli ve ürün bilgilerinin eksik veya yanıltıcı olabildiği, BSH'nin bu alanlarda hem hukuken hem de fiilen kontrol ve müdahale imkânının bulunmadığı,
- Tüketicilerin; satın alma öncesi danışma, satın alma süreçleri, teslimat, montaj, iade

ve onarım aşamalarında doğrudan satıcı ile iletişime geçmelerinin kısıtlı olduğu ve pazaryerlerinin farklı teslimat süreçlerinin ve satış sonrası hizmetlerinin tüketicilerde memnuniyetsizlik yaratabildiği,

- Pazaryerlerinde yetkili olan ve olmayan satıcıların bir arada bulunduğu, tüketici nezdinde yetkili olan satıcı ile yetkili olmayan satıcının eşit olduğu, bunun da BSH'nin sürekli yatırım yaptığı seçici dağıtım sistemine zarar verdiği,
- Üçüncü şahıslara ait çevrim içi pazaryeri platformlarında ürünlerin rakip ürünlerle bir arada satışa sunulduğu ve reklamlarla rakip ürünlere yönlendirme yapıldığı,
- BSH'nin kendi tüketicisi ile iletişim kurma, kişiselleştirilmiş tüketici deneyimi sunma ve yasalar çerçevesinde tüketicisinin kişisel verilerini işleme ve pazarlama amaçları ile kullanabilmesi hakkına ulaşmasının engellendiği, pazaryerinin bu anlamda haksız kazanç elde ettiği,
- Eşleniklik prensibi gereği BSH'nin bayilerine mağazalarında çevrim dışı satışlar için getirebileceği kısıtlamaları çevrim içi satışlarında da getirebilmesi gerektiği,

hususlarını Kurul'a sunmuş, çevrim içi pazaryerlerinde yapılan satışların BSH'nin kurumsal kimliğine ve marka imajına zarar verdiğini/verceğini belirterek ilgili kısıtlamaların BSH'nin kurmuş olduğu seçici dağıtım ağının etkinliğinin korunmasını sağlayacağını ileri sürmüştür. Kurul kararında, ilk olarak BSH'nin kurmuş olduğu seçici dağıtım sistemini değerlendirmiş ardından üç aşamalı bir inceleme ile menfi tespit ve muafiyet değerlendirmesi yapılmıştır.

Seçici dağıtım sisteminin Rekabet Hukuku kapsamında nasıl değerlendirileceği, ABAD'ın 1977 yılında vermiş olduğu *Metro Kararı*'ndaki² kriterlere paralel olarak Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzun 171. paragrafında düzenlenmiştir. Buna göre; saf nitel seçici dağıtım sistemi i) ilgili ürünün niteliği, kalitenin korunması ve uygun kullanımının temini için, bir seçici dağıtım sisteminin gerekli olduğu, ii) yeniden dağıtıcıların kalite temelli objektif kriterlere göre

seçildiği, bu kriterlerin tüm potansiyel yeniden satıcılar için yeknesak bir şekilde ve ayrımcılıktan uzak olarak uygulandığı ve son olarak iii) uygulanan kriterlerin gerekli olandan fazla olmayıp orantılı olduğu hallerde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurmadığından Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında kabul edilir. Aranılan nitelikleri taşımayan seçici dağıtım sistemi ise, Kanun'un 4. maddesini ihlâl etmektedir.

Kurul, BSH'nin seçici dağıtım sisteminde yapmış olduğu çevrim içi pazaryerlerinde satış kısıtlamasına ilişkin Avrupa rekabet otoritelerinin konuya ilişkin yaklaşımlarına müracaat ederek bir değerlendirme yapmıştır. Bu kapsamda ABAD'ın *Coty kararına*³ değinilmesi gerekmektedir. ABAD kararında, ilk olarak lüks ürünler için seçici dağıtım sistemlerinin gerekli olup olmayacağını, ardından da seçici dağıtım sistemi üyesi bir satıcının, herhangi bir kalite standardı belirlemeksizin pazaryerleri aracılığıyla satışları bütünüyle kısıtlayıp kısıtlamayacağını değerlendirmiştir. Değerlendirmesi sonucunda mahkeme, çevrim içi pazaryerleri aracılığıyla yapılan satış kısıtlamasının, sağlayıcıya, çevrim içi satış koşullarına ilişkin öngörülen kriterlerin ihlâl edilip edilmediğini kontrol etme imkânı tanıdığını, ürünlerin lüks imajını koruma amacına hizmet ettiğini kabul etmiş ve kısıtlamanın ihlâl olarak değerlendiremeyeceği kanaatine varmıştır.

BSH kararında ise;

- i. BSH ürünlerinin teknolojik olarak karmaşık olması ve ürün tasarımının tüketici tercihiinde etkili bir unsur olması nedeniyle birinci koşul kapsamında incelemeye konu ürünlerin niteliğinin, kalite algısının korunması ve uygun kullanımının temini için bir seçici dağıtım sistemini gerekli kılabilceği değerlendirilmiştir.
- ii. Yetkili bayilerin yanında bazı elektromarketleri de kapsayan bir seçici dağıtım sisteminin uygulandığı kabul edildiğinde, elektromarketlerin çevrim içi pazaryerlerinde kendi mağazaları ara-

cılığıyla BSH markalı ürünlerin satışını gerçekleştirmekte olduğu da Kurul tarafından göz önüne alınmıştır. Bu durumda, başvuru konusu koşulların bayiler ve elektromarketler arasında yeknesak ve orantılı olarak uygulanmadığı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda BSH'nin, yeniden satıcıların kalite temelli objektif kriterlere göre seçilme koşulunu sağlamadığına karar verilmiştir.

- iii. Bununla birlikte BSH ürünlerinin, lüks üründen ziyade genel kullanım amacına hizmet eden ve talebin fiyat esnekliğinin görece yüksek, kullanım ömrü bulunan ve gelişen teknolojiler nedeniyle zamanla değeri azalan ürünler olması sebebiyle lüks ürün olarak nitelendirilemeyeceği belirtilerek, ürünün *Coty* kararındaki nitelikleri sağlamadığından bahisle çevrim içi pazaryerleri satışlarına yönelik kısıtlamanın orantılı olmadığı kanaatine varılmıştır.

Sonuç olarak, BSH'nin seçici dağıtım ağının etkinliğini sağlamaya ilişkin uyguladığı/uygulamayı planladığı pazaryerlerinden satış yasasının ve bayilik sözleşmelerinde bayilerin son kullanıcılara yapacakları aktif ve pasif satışlarının kısıtlanması ile bayilere ürünleri BSH'dan temin etme zorunluluğu getirilmesinin Dikey Kılavuz'un 171. paragrafında sayılan saf nitel seçici dağıtımın korunmasına yönelik menfaatleri korumaya yönelik olmadığı ve dolayısıyla söz konusu yasakların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl eder nitelikte olduğu değerlendirilerek söz konusu sözleşmelere ve sirkülere menfi tespit verilmemiştir.

Kurul tarafından yapılan grup muafiyeti değerlendirmesinde ise, BSH tarafından bayilerinin çevrim içi platform vasıtasıyla yapacağı satışlara yönelik herhangi bir niteliksel kriter getirmeden bu satışları bütünüyle kısıtlaması, ilgili yasaklamanın doğrudan veya dolaylı olarak internet satışlarının engellenmesine yol açmasına ek olarak, sağlayıcı tarafından öngörülen şartların eşdeğerlik prensibine aykırı ve alıcıların dağıtım kanalı olarak interneti kullanmasını

3 *Coty, Case C-230/16 [2017]*.

caydırıcı nitelikte olması ve yine seçici dağıtım sistemi üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif ve pasif satışların yasaklanması sebepleriyle söz konusu uygulamanın ağır sınırlama niteliğini haiz olduğu ve anlaşmayı grup muafiyetinden çıkardığı değerlendirilmiştir.

Son olarak Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki dört koşul çerçevesinde yapmış olduğu bireysel muafiyet değerlendirmesinde;

- i. *Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması bakımından:* Kurul, BSH'nin bildirme konu kısıtlamalara sunduğu gerekçelerin marka imajının korunması yönünde sağlanan/sağlanacak etkinlikleri değerlendirmiş; (i) tüketicilerin pazaryerlerinin e-ticaretteki hızlı gelişime bağlı olarak aracı rolündeki pazaryeri ile satıcı arasındaki farkın bilincinde olduğunu, (ii) platformların BSH'nin marka imajını koruyabilmek için gerekli göreceği önlemlerin gerçekleştirilebilmesi amacıyla iş birliği yapmaya açık olduğunu, (iii) pazaryerlerinin ürün sayfasında satıcının yetkili bayi olup olmadığına dair bilginin sağlayıcı tarafından bayi ile yapılacak anlaşmalar yoluyla temin edilebileceğini, (iv) bedavacılık probleminin çevrim içi kanallara has olmadığını fiziksel kanallarda da karşılaşılabilecek bir durum olduğunu değerlendirerek BSH tarafından pazaryerlerinde yapılan satışların belirli kriterler getirmek yerine tamamen yasaklanmasının, başvuru konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) bendi çerçevesinde ortaya çıkacak yararlı etkileri sağlamayacağı kanaatine varmıştır.
- ii. *Tüketicinin bundan yarar sağlaması bakımından:* Kurul; yapılan anketler sonucu internet üzerinden alışverişin tüketicilerce tercih edilme sebeplerine bakıldığında; ürün fiyatlarının fiziksel kanallara kıyasla daha uygun, ürün çeşitliliğinin fazla olması ve bu kanaldan alışveriş yapmanın zaman tasarrufu sağlaması olduğu ve tüketici anketine katılan ve be-

yaz eşya satın alan tüketicilerin %56'sının çevrim içi pazaryerlerini tercih ettiği görülmüş bu kapsamda pazaryerlerinden yapılan satışların yasaklanmasının internet üzerinden alışverişin yaygın bir şekilde kullanıldığı günümüzde tüketici faydası sağlamaktan uzak olduğunu değerlendirmiştir.

- iii. *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması bakımından:* Kurul; çevrim içi platformlarda yetkili satıcıların satışlarının tamamen yasaklanmasının, uygulamanın pazarın geneline sirayet etme riski de dikkate alınarak incelendiğinde rekabeti kısıtlayıcı potansiyel riskler barındırdığı, birikimli etki-den kaynaklanabilecek rekabet sorunları nedeniyle de marka içi ve markalar arası rekabeti azaltabileceği, pazara girişleri engelleyebileceği ve yetkili satıcıların internet kanalının önemli bir kısmına erişimini engelleyeceği ve piyasadaki rekabeti görece küçük ve zayıf teşebbüsler aleyhine bozabileceği için rekabeti olumsuz etkileyebilecek potansiyelde olduğu kanaatine varmıştır.
- iv. *Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılması bakımından:* Kurul; BSH'nin söz konusu bayilik sözleşmesinde ve sirkülerdeki hükümleri uygulama amacına ulaşmak için alternatif başka yollar bulunduğu, bu nedenle de pazaryerlerinde yapılan satışların belirli kriterler getirilmek yerine tamamen yasaklanmasının marka imajının korunması ve bedavacılık sorunun çözümü için rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlayacağına kanaat getirmiştir.

Bu çerçevede Rekabet Kurulu, yetkili satıcıların platform üzerinden gerçekleştireceği internet satışlarının BSH tarafından engellenmesine ilişkin başvuruyu, bireysel muafiyet şartlarının hiçbirini sağlamaması gerekçesiyle katı bir yaklaşımla reddetmiştir. Bu durum, Rekabet Kurulu'nun AB Hukuku uygulamasından farklılaşarak, seçici dağıtım sistemleri de dahil olmak üzere internet satışlarının engellenmesine oldukça mesafeli olduğunu göstermektedir.

Kararın devamında BSH'nin Mediamarkt ile imzaladığı elektromarket sözleşmesinde internet satışları için önceden BSH'dan izin alınması yükümlülüğünü getiren bir hüküm bulunduğu, bu hükmün pasif satış sınırlaması getirdiği ve bu nedenle grup muafiyetinden faydalanamayacağı değerlendirilmiştir. Söz konusu sınırlamaya yönelik bireysel muafiyet değerlendirmesinin ise Kurul'un 09.09.2021 tarih ve 21- 42/617-M sayılı kararı ile açılmış soruşturma kapsamında incelenmesine karar verilmiştir.

Karar, yetkili bayilerin kendilerine ait internet sitesi ve/veya pazaryeri aracılığıyla satış yapmalarına herhangi bir kısıtlama getirilmeksizin seçici dağıtım sistemi kapsamında çevrim içi pazaryerleri üzerinden yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi hususuna Kurul'un yaklaşımını ortaya koyması açısından kritik önem taşımaktadır. Bu kapsamda, çevrim içi pazaryerleri üzerinden yapılacak satışların kısıtlanması, marka imajının korunması amacının etkinliğinin sağlanması için orantılı bulunmamış ve bir pasif satış yasağı olarak değerlendirilmiştir. Kurul'un bireysel muafiyet incelemesinde Kanun'da öngörülen şartların hiçbirinin sağlanmadığına yönelik değerlendirmesi, Türk Rekabet Hukukunda internet satış kısıtlamalarının hukuka uygun görülmesinin pek mümkün olmadığını ve Kurum'un konuya oldukça katı bir şekilde yaklaştığını göstermektedir.

SONUÇ

Rekabet Hukukunda çevrim içi satışlara ilişkin olarak yeniden satıcıların internet üzerinden yapacakları satışlar pasif satış niteliğinde kabul edilmekte ve bu satışlar sağlayıcılar tarafından engellenememektedir. Bu noktada yeniden satıcıya getirilen internet satış yasakları, Rekabet Hukukunda ağır sınırlama olarak görülmekte ve marka imajının korunması amacına yönelik olarak yalnızca sağlayıcıların belirli kalite standartları empoze etmesine izin verilmektedir. Rekabet Hukukundaki bu yaklaşım kuşkusuz çevrim içi platformlar üzerinden gerçekleştirilen satışları da kapsamaktadır. Bu çerçevede yakın tarihli BSH kararında, seçici dağıtım sistemleri de dahil olmak üzere, yeniden satıcılardan yalnızca belirli standart ve ko-

şulları karşılayan satış platformları üzerinden satış yapmalarının istenebileceği ancak internet satışlarının bütünüyle yasaklanamayacağı yönündeki kuralların, AB uygulamasının aksine katı yönde olgunlaştığı görülmektedir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDA MÜLKİYET HAKKI VE VERGİ İLİŞKİSİ*

İmdat TÜRKAY

Gelir İdaresi Grup Başkanı

ÖZET

Anayasa Mahkemesine başvuru yapan bir mükellef tarafından, vergi kanunları ile belirlenen istisna miktarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan genel tebliğ ile azaltılmasının ve Anayasa'nın 73. maddesi ile Cumhurbaşkanı'na (Bakanlar Kurulu'na) verilen yetkinin anılan Bakanlık tarafından kullanılmasının vergilerin kanuniliği ve vergide eşitlik ilkelerine aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine verilen 3/11/2020 tarihli ve 2016/3675 başvuru no.lu Anayasa Mahkemesi Kararında; idarenin yasa ile düzenlenmesi gereken hususları Bakanlar Kurulu Kararı veya "genel tebliğ" ile düzenlemesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyerek "mülkiyet hakkının ihlâli" sonucunu doğurduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da dayanarak ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Vergi, İstisna, Verginin Kanuniliği, Vergide Eşitlik, Mülkiyet Hakkı.

GİRİŞ

Anayasa'nın 73. maddesine göre; herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilebilir. Anayasa'da yer alan vergi istisnası konusunun olmadığı hiçbir vergi kanunu düzenlemesi yok gibidir. Yasallaşan her vergi kanununda vergileme ilkeleri gereğince mutlaka vergi muafiyeti ve istisnası bulunmaktadır. İşte vergi kanunlarında yer alan en sıkıntılı hükümlerden biri de vergiden istisna edilen hususların sınırlarının belirlenmesi ve uygulanmasıdır. Vergi hukukunda çok önemli bir yere sahip olan istisna uygulaması

ile aslında vergiye tabi olması gereken bir konunun çeşitli sebeplerle vergi dışı tutulması sağlanmaktadır.

Standart vergi sisteminden sapmalar; vergi indirimi, indirimli vergi oranı, vergi istisnası, vergi mahsubu, vergi muafiyeti ve vergi ertelemelerinden oluşmaktadır. Vergi sisteminde sıkça karşılaştığımız istisna teriminin manası; standart vergi yapısında esas itibarıyla vergilendirilmesi öngörülen bir konunun, gelirin, servetin, mal teslimi veya hizmet ifasının, kıymetin, evrakın veya işlemin kısmen veya tamamen devamlı ya da geçici bir şekilde vergi dışı tutulmasıdır. Muafiyet denildiğinde ise anlaşılması gereken şey; standart vergi yapısında esas itibarıyla kendileri için vergi borcu doğması öngörülmüş olduğu halde, kanunen veya kanunun verdiği yetki kapsamında belirli gerçek ve tüzel kişilerin, mükellef veya meslek gruplarının kısmen veya tamamen, devamlı veya geçici bir şekilde vergisel sorumluluk dışında tutulmasıdır. Vergi istisnası ve muafiyetler, vergi hukukunda yer alan vergi harcaması denen bir üst kavramın altında yer almakta olup vergi harcaması ile vazgeçilen gelir, indirim, standart oranlardan sapmaya sebep olan vergi hükümleri, yasal düzenlemelerden sap-

* Bu yazıda yapılan açıklamalar, tamamıyla yazarına ait olup, hiçbir şekilde yazarın çalıştığı kurumunu bağlamaz, kurumunun görüşü olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez.

malar, var olan vergi sisteminden ayrışmaların anlaşılması gerekmektedir.¹

Bu çalışmamızda, Türk Vergi Sisteminde çok önemli bir yer teşkil eden vergi istisnası konusunda, 5.3.2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 3/11/2020 tarihli ve 2016/3675 başvuru no.lu Anayasa Mahkemesi Kararında yer alan açıklamalardan bahsedilecektir. Söz konusu Kararda; Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlükler, 35. maddesindeki mülkiyet hakkı, 73. maddesindeki vergi ödevi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokolde yer alan hükümlerden bahsedilmiş ve genel vergilendirme ilkeleri olan kanunilik, belirlilik ve ölçülülük ilkelerine de vurgu yapılmıştır. Ayrıca olay incelemesinde ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile Danıştay içtihatı da dikkate alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yapan mükellef özetle, vergi kanunları ile belirlenen istisna miktarının Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan tebliğ ile azaltılması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayanmadığını öne sürmüştür. Biraz daha detaylı anlatmak gerekirse Başvurucu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 14. maddesinin 3. fıkrası ile belirlenen istisna miktarının Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 100 seri no.lu KDV Genel Tebliği ile azaltılmasının ve Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrasıyla Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin Maliye Bakanlığı tarafından kullanılmasının vergilerin kanuniliği ve vergide eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, açtığı davada ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda belirsiz ve soyut ifadelerle davanın reddine karar verilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini de ileri sürmüştür. Başvurucu, ayrıca açtığı davada ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlarda belirsiz ve soyut ifadelerle davanın reddine karar verilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu’nun şikâyetinin özünün vergilendirmenin kanuni daya-

nağının bulunmadığına yönelik olduğu dikkate alındığında Başvurucu’nun ihlâl iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. KONUYA İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Söz konusu Kararda, idarenin yasa ile düzenlenmesi gereken hususları “Bakanlar Kurulu Kararı” veya “genel tebliğ” ile düzenlemesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyerek “mülkiyet hakkının ihlâlî” sonucunu doğurduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da dayanarak ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğunu oybirliğiyle kabul etmiştir. Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ise oyçokluğuyla karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında, vergiye ilişkin hukuk kurallarını yorumlama veya vergisel olay ve olguları değerlendirme gibi bir görevi bulunmamaktadır. Ancak somut olayda vergilendirme yoluyla başvuru hakkının mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin mevcut olduğu kuşkusuzdur. Vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ise öncelikle belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni temelinin bulunması gerekmektedir.

Anayasa’nın 13. maddesi şöyledir: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”. Anayasa’nın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir: “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*”. Anayasa’nın 35. maddesinde, mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmiş; bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılacağı öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa’nın 13. mad-

1 2020 Vergi Harcamaları Raporu, Gelir İdaresi Başkanlığı, Ankara 2020, s. 1-4.

desinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir. Anayasa'nın "Vergi ödevi" kenar başlıklı 73. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.*"

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir: "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.* Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, Sözleşme ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafında öngörülen mülkiyetin kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM, bu paragrafta yer alan kuralın taraf devletlere vergi koyma ve vergilerin ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü kanunları çıkarma konusunda açık bir yetki tanıdığını kabul etmiştir.

AİHM'e göre mülkiyet hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin anılan maddesinin ilk ve en önemli koşulu, kamu makamları tarafından mülkiyet hakkına yapılan herhangi bir müdahalenin hukuka dayalı olması gerekliliğidir. Bu maddenin birinci paragrafının

ikinci cümlesinde, devletlere yalnızca *hukukun öngördüğü koşullar* dâhilinde mülkiyetten yoksun bırakma yetkisi verilmiş; ikinci paragrafta ise devletlere ancak hukuk kuralları uygulanarak mülkiyeti kamu yararına kontrol etme yetkisi tanınmıştır. AİHM, hukuka dayalı olma ilkesini yalnızca bu maddede yer alan hükümlerden çıkarmamaktadır. Kararlarda sıklıkla demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin bütün maddeleri için geçerli olduğu ifade edilmektedir. AİHM'e göre hukukilik ilkesi, müdahalenin ilk olarak iç hukukta bir temelinin olması gerektiği anlamına gelmektedir. AİHM, Sözleşme'de geçen *hukuk* ya da *hukuka aykırı* terimlerine sadece iç hukuka atıfta bulunmakla kalmayıp aynı zamanda bu terimlerin hukukun üstünlüğü ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Buna göre, uygulanan iç hukuktaki düzenlemelerin hukukun üstünlüğü ilkesiyle de uyumlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Hukuka dayalı olma ilkesi, ayrıca iç hukukta uygulanan kanun hükümlerinin yeterli derecede erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olmasını da içermektedir.

Öteyandan *Tkachenko/Rusya* kararında AİHM, iç hukuktaki düzenlemelere aykırı olan bir müdahalenin de hukukilik ölçütünü karşılamadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte herhangi bir usule aykırılığın müdahalenin hukukiliğiyle uyumsuz kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda AİHM, hukukun doğru biçimde uygulanması ve yorumlanması konusunda sınırlı bir yetkisi olduğunu ve ulusal mahkemelerin yerine geçme gibi bir sorumluluğu olmadığını ancak bu kararların açık bir keyfilik veya bariz takdir hatasından yoksun olmaması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM sonuç olarak somut olayda iç hukukta öngörülen kamulaştırma usulüne aykırı davranıldığını tespit ederek mülkiyet hakkının ihlâline karar vermiştir. AİHM; vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin de yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli bir hukuka dayalı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda *Hentrich/Fransa* kararına konu olayda taşınmaz satışının vergi değerinin altında yapılması nedeniyle ön alım hakkının kullanılması söz konusudur. AİHM; ne zaman kullanılacağı belirli olmayan bu yetkinin öngörülemez biçimde kişiye özgü ve keyfi olarak uygulandığı,

ayrıca müdahalenin dayandığı hukuki düzenlemenin keyfiliğe karşı yeterli güvenceler içermediği sonucuna varmıştır.

3. KARARDA BAHSEDİLEN VERGİLEME İLKELERİ

Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir, öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi de hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini temel bir ilke olarak benimsemiştir. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Bu bağlamda müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir.

Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiilî güçten kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılan vergilendirme yetkisi dar anlamda devletin kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini; geniş anlamda ise çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri karşılamak için gerçek ve tüzel kişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsamaktadır. Bu yetkiye dayanılarak kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınan vergi, Anayasa'nın 73. maddesine göre gerçek ve tüzel kişilerin -yasalarla belirlenmek koşuluyla- mali güçlerine göre yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür. Devlet bu yolla kamu giderlerini karşılamak için veya mali politikasının gereği olarak piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır.

Devletin kamusal gereksinimlerin karşılanması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği kamu alacağı biçiminde tanımlanan verginin anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Verginin niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki ilkelerinin özenle göz önünde tutulması gerekir. Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş; diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir. Devletin vergilendirme yetkisi; Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan verginin kanuniliği, mali güce göre ödenmesi, genelliği, vergi yükünün adaleti ve dengeli dağılımı ilkeleri yanında Anayasa'nın genel ilkeleri ile de sınırlandırılmıştır. Böylece Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Devletin vergilendirme yetkisine ilişkin temel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 73. maddesi, vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına

yapılacak müdahalelerde kanunilik ilkesini özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, kaldırılır ve değiştirilir. Vergilerin kanuniliği ilkesi olarak adlandırılan bu anayasal ilke “Temsilsiz vergi olmaz” ilkesine dayanmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, 1628 tarihli Haklar Dilekçesi, 1689 tarihli Haklar Bildirisi ve 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde kullanılan genel onay; parlamentonun onayı, temsilcilerin onayı gibi kavramlar vergilerin ancak halkın temsilcilerinin rızasına dayanılarak alınabileceğini göstermektedir. Anayasa tarihimizde ise vergilendirmeye ilgili iradeyi sergileyecek organın bu iradesinin somutlaşma biçiminin ön plana çıktığı görülmektedir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 96. maddesinde “Tekâlifi Devletin hiçbir bir kanun ile tâyin olunmadıkça vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz” kuralına, 1924 Anayasası’nın 85. maddesinin birinci fıkrasında da “Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunabilir.” kuralına yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın 61. maddesinin ikinci fıkrasında “Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur.” kuralı, 1982 Anayasası’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında ise “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” kuralı yer almıştır. Bu kurallarda ifade edilen vergilerin kanuniliği ilkesi, “Temsilsiz vergi olmaz” ilkesi ile birlikte vergilendirme yetkisinin ancak kanunla konulma koşuluna uygun olduğu takdirde kullanılabilmesini öngörmektedir.

Verginin kanuniliği ilkesi takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Vergi ve mali yükümlülüklerin kanunla getirilmesini öngören Anayasa’nın 73. maddesi, mali yükümlülüğün yalnızca kanun ile konulabileceği ve kanunun hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır. Ancak vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenleme yapılırken bu yükümlülüklerle ilişkin tüm unsurların aynı kanun, madde veya fıkrada düzenlenmesi

zorunlu değildir. Bu çerçevede kanunla belirlenmesi zorunlu olan unsurlar aynı kanunun farklı hükümlerinde düzenlenebileceği gibi farklı kanunlarda da düzenlenebilir. Dolayısıyla bir kural, sırf kanunla düzenlenmesi gereken unsurların bir kısmını içermediği gerekçesiyle kanunilik ilkesine aykırı hâle gelmez.

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşmiş içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümlülüğün kanunla konulmasını öngörürken keyfi ve takdire dayalı uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümlülüğün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli değildir. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için vergilendirmede vergiyi doğuran olayın, yükümlünün, vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanlaşımını gibi belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir. Bir mali yükümlülük bu yönleri dolayısıyla kanunla yeterince çerçelenmemişse kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümlülükler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kanunlarla düzenlenmelidir.

Öte yandan kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin mümkün bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir. Ancak yürütme organınca yapılacak düzenleme vergilendirmenin esaslı unsurlarının belirlenmesine yönelik olmamalıdır. Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile vergi mükellefi bakımından vergi yükümlülüklerinin belirliliğinin ve öngörülebilirliğinin, bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilmektedir. Anayasa’nın 13, 35 ve 73. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden vergilendirme yoluy-

la mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması durumunda takdire dayalı olma ve keyfiliği önlemek için müdahalenin vergiyi doğuran olay, yükümlü, sorumlu, matrah, miktar ve oranların yukarı ve aşağı sınırları, istisna ve muafiyet tutarları, tarh, tahakkuk ve tahsil usulü, yaptırım ve zamanaşımı gibi verginin belli başlı temel öğelerini ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlemiş bir kanun hükmüne dayanması gerekliliği anlaşılmaktadır.

Somut olayda vergi kanunları ile ihracat rejimi kapsamında yurt dışına çıkarılacak eşyayı taşıyan belirli nitelikteki araçlara standart depolar esas alınarak teslim edilecek motorin miktarı kadar bir vergi istisnası getirildiği ancak anılan kanunlarda standart deponun tanımının yapılmadığı gibi her araç yönünden bu depoya teslim edilebilecek akaryakıtın miktarının belirtilmediği görülmektedir. Bu durum yurt dışına çıkarılacak eşyanın taşınmasında kullanılan araçların marka ve sınıf çeşitliliği nedeniyle uygulamada bir standardın oluşmasını güçleştirmekte ise de bu nedenle oluşan belirsizlik doğrudan 3065 sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktadır. İdare ise belirsizliği ortadan kaldırarak bir standart oluşturmak amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan tebliğ ile belirlenen istisna miktarını esas almıştır. Maliye Bakanlığı'nın vergi kanunlarındaki belirsiz hükümleri bu şekilde yorumlayarak bir standart oluşturması, başka bir anlatımla alt ve üst sınırları belirtilmeyen bir istisnanın kapsamının belirlenmesi vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırıdır. Nitekim kanunda yer alan ve istisna miktarını belirleyen standart yakıt deposu kavramı çerçevesinde başvuru tarafından aynı maddi olguya -taşımacılık istisnası- dayalı olarak açılan on yedi davadan on altısında derece mahkemeleri bu gerekçeyi esas alarak başvuru lehine karar vermiştir. Bu hâlde kanunda öngörülen istisnanın İdare tarafından belirlenen limitler esas alınarak belirlenmesi şeklindeki mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13, 35 ve 73. maddelerine aykırı olarak kanuni bir dayanağının mevcut olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen diğer unsurlar olan meşru amaç ve ölçülülük kriterlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir. Başvurucu'nun şikayetinin özünün vergilendirmenin kanuni dayanağının bulunmadığına yönelik olduğu dikkate alındığında Başvurucu'nun ihlâl iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür. Söz konusu Kararda özetle, Anayasa Mahkemesi tarafından;²

- Vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin, belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni düzenlemesinin olması gerektiği,
- Yapılan müdahalenin kanuna dayalı olarak yapılması ile birlikte aynı zamanda, yapılan müdahalenin ölçülülük prensiplerine uygun olması gerektiği,
- Maliye Bakanlığı tarafından alt düzenleyici işlemler ile istisna hükümlerinin kapsamını belirleyici ve özellikle daraltıcı nitelikte bir işlem yapamayacağı,
- Maliye Bakanlığı'nın vergi kanunlarındaki belirsiz hükümleri (alt ve üst sınırları belirtilmeyen) yorumlayarak bir standart oluşturmasının vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırı olduğu,
- Kanun'da öngörülen istisnanın İdare tarafından belirlenen limitler esas alınarak belirlenmesi şeklindeki mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13, 35 ve 73. maddelerine aykırı olarak kanuni bir dayanağının mevcut olmadığı,
- Bu sebepler uyarınca, Başvurucu'nun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hak ihlâli oluşturduğu,
- İhlâlin ortadan kaldırılması adına, ihlal sonucuna ulaştırılan nedenleri gideren ve ihlâl kararında belirtilen ilkelere uygun olarak yeniden yargılama yapılması gerektiği,

2 http://nazaligundem.com/tr/yayinlar/anayasa-mahkemesinin-03112020-tarih-ve-20163675-sayili--bireysel-basvuru-ila-skin-karari,erişim_tarihi:05.06.2021.

hususları belirtilerek mülkiyet hakkının ihlâl edildiği ve ihlâlin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın Danıştay 4. Dairesi'ne gönderilmesi yönünde hüküm verilmiştir.

Özetlemek gerekirse, Anayasa Mahkemesi tarafından, Başvurucu'nun mülkiyet hakkına yapılan müdahalede ihlâl olduğu iddiası incelenmiş ve Anayasa Mahkemesi, Maliye Bakanlığı'nın vergi kanunlarındaki belirsiz hükümleri yorumlayarak bir standart oluşturmasının vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespitinde bulunmuş ve bu standart esas alınarak mülkiyet hakkına yapılmış müdahalenin ihlâl oluşturduğuna karar vermiştir. Karar sonucunda, incelenen başvuruda mülkiyet hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmış olduğu ve dolayısıyla ihlâlin idarenin işleminden/eyleminden kaynaklandığının anlaşıldığı, bununla birlikte derece mahkemelerinin de ihlâli gideremediği belirtilmiştir. Bu açıdan ihlâlin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığının söylenebileceği ve bu durumda mülkiyet hakkının ihlâlinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu belirtilmiştir.

Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama karar verilerle Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlâl kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

SONUÇ

Vergi kanunları ile belirlenen istisna miktarının Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan tebliğ ile azaltılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına ilişkin olarak

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapan mükellef, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 14/3. fıkrası ile belirlenen istisna miktarının anılan bakanlık tarafından yayımlanan 100 seri No. lu KDV Genel Tebliği ile azaltılmasının ve Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kullanılmasının vergilerin kanuniliği ve vergide eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Somut olayda Anayasa Mahkemesi tarafından, Başvurucu'nun mülkiyet hakkına yapılan müdahalede ihlâl olduğu iddiası incelenmiş olup; Anayasa Mahkemesi, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın vergi kanunlarındaki belirsiz hükümleri yorumlayarak yayımladığı genel tebliğle bir standart oluşturmasının vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırı olması tespitinde bulunmuş ve bu standart esas alınarak mülkiyet hakkına yapılmış müdahalenin ihlâl oluşturduğuna karar vermiştir.

Özetlemek gerekirse, bahse konu kararda, idarenin yasa ile düzenlenmesi gereken hususların "Bakanlar Kurulu Kararı" veya "genel tebliğ" ile düzenlenmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyerek "mülkiyet hakkının ihlâli" sonucunu doğurduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da dayanarak ifade edilmiştir. Konu hakkında hem Danıştay Dairesinin hem de Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun aksine kararlarına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen söz konusu kararlar, kanunla getirilen bir vergi istisnasına Bakanlar Kurulu Kararı ve Genel Tebliğ ile kanunda olmayan bir sınırlama getirilemeyeceği, hatta başka kanuna atıfla bile bu sınırın getirilmesinin verginin yasallığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği hükme bağlanmıştır.³

3 Ahmet Özansoy, *Mih Gibi Akılda Tutulması Ders Gibi Anayasa Mahkemesi Kararı*, <https://vergialgi.net>, erişim tarihi: 08.06.2021.

TEMEL GIDA MADDELERİNDE KDV ORANIN YÜZDE 1'E DÜŞÜRÜLMESİ VE İNDİRİMLİ ORAN İADE TALEPLERİNE ETKİSİ

Aslıhan KAVRAN
KDV İade Müdür Yardımcısı

Cansu DUYMAZ
KDV İade Uzmanı

ÖZET

14.02.2022 tarihi itibarıyla 13.02.2022 tarih ve 31749 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar (Karar Sayısı: 5189) ile 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda değişiklik yapılmıştır. Bahsi geçen Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 'KDV Sistemini Sadeleştirme Programı' kapsamında gıda ürünlerinde KDV indirimi ile birlikte ilgili ürünlerin hem toptan hem perakende teslimlerinde aynı KDV oranının uygulanması düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: KDV, KDV İndirimi, KDV Oranları, Gıda Maddeleri, Gıda Maddelerinde KDV Oran Değişikliği.

GİRİŞ

13.02.2022 tarih ve 31749 sayılı Resmî Gazete'de 5189 sayılı 'Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar' yayımlanmıştır.¹ Bu karar ile 24.12.2007 tarih ve 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Karar'da değişiklikler yapılarak, gıda maddelerinde KDV oranı yüzde 8'den 1'e düşürülmüştür. Makalemizde, gıda maddelerinin KDV oranlarının değişikliği ile öneminin artacağını düşündüğümüz indirimli oran KDV iade talebine ilişkin usul ve esaslar ile KDV iade taleplerine etkisi tartışılacaktır.

1. 13.02.2022 TARİH VE 5189 SAYILI MAL VE HİZMETLERE UYGULANACAK KATMA DEĞER VERGİSİ ORANLARININ TESPİTİNE İLİŞKİN KARARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KARAR İNCELEMESİ

Bilindiği üzere, 24.12.2007 tarih ve 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca, Mal Teslimleri ile Hizmet İfalarına Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranları;

lanacak Katma Değer Vergisi Oranları;

- Ekli listelerde yer alanlar hariç olmak üzere, vergiye tabi işlemler için; %18,
- Ekli (I) sayılı listede yer alan teslim ve hizmetler için; % 1,
- Ekli (II) sayılı listede yer alan teslim ve hizmetler için; % 8,

olarak uygulanmaktaydı.

Cumhurbaşkanı'nın 12 Şubat 2022 tarihinde "KDV Sistemini Sadeleştirme Programı" kapsamında temel gıda maddelerinde yüzde 8 olan KDV oranının yüzde 1'e indirileceğini açıklamasının ardından yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile oran 14 Şubat 2022 tarihinden itibaren yüzde 1'e indirilmiş bulunmaktadır. Bu değişikliklerle, gıda maddeleri II sayılı listeden I sayılı listeye alınmıştır. Daha önce %8 KDV oranı uygulanan; söz konusu karara ekli II sayılı listenin "A) GIDA MADDELERİ" bölümünde yer alan tüm mallar için KDV oranı %1 olarak belirlenmiştir.

İlgili karar, Özel Tüketim Vergisi'ne tabi gıda maddelerini kapsamamakta olup ÖTV'ye de tabi olan havyar ve havyar yerine kullanılan ürünler, kolalı içecekler, meyveli soda ve benzerleri ürünler için %8 KDV oranı uygulanmaya devam edecektir. ² Dolayısıyla, sayılan ÖTV'ye tabi havyar ve havyar yerine kullanılan ürün-

¹ Cumhurbaşkanlığı'nın 13.02.2022 tarih ve 5189 sayılı kararı 14.02.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

² Bahsi geçen gıda ürünleri GTİP numaraları her ne kadar 2007/13033 sayılı karar eki I numaralı listede yer alsada da 13.02.2022 tarih ve 5189 sayılı bahsi geçen Karar'ın 1. maddesinde 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle KDV oranı %8 olarak kalması şeklinde düzenlenmiştir.

ler, kolalı içecekler, meyveli soda ve benzerleri hariç olmak üzere tüm gıda ürünlerinde KDV oranı %1 olarak uygulanacaktır.

Ayrıca Karar öncesi (I) sayılı listede (aşağıda belirtildiği gibi) yer alan ürünlerin bazılarının perakende ve toptan teslimlerinde farklı KDV oranları uygulanmaktaydı:

- Mazı, palamut, kendir tohumu, kano-la (kolza), kitre ürünlerinin perakende safhadaki teslimlerinde %18, toptan teslimlerinde %1,
- Kuru üzüm, kuru incir, kuru kayısı, ceviz, fındık, antep fıstığı, çam fıstığı, yer fıstığı, kestane, leblebi, ayçiçeği çekirdeği, kabak çekirdeği ürünlerinin perakende teslimlerinde % 8, toptan teslimlerinde %1,
- Meyan kökü, meyan balı, meyan hülasesi, çöven, sumak yaprağı, defne yaprağı, ıhlamur, kekik, adaçayı, mahlep, kimyon, susam, anason, haşhaş tohumu, rezene tohumu, süpürge teli ve tohumu ile bunlardan mamul süpürgeler, kapari (kebere), harnup (keçiboynuzu), harnup çekirdeği, zerdali çekirdeği, kayısı çekirdeği, kişniş, acıbadem, kuzu göbeği mantar, şeker pancarı ürünlerinin perakende teslimlerinde % 8, toptan teslimlerinde %1,
- Buğday, bulgur, arpa, mısır, yulaf, çavdar, darı, çeltik, pirinç, soya, kuru fasulye, kuru barbunya, kuru bakla, nohut, mercimek, patates, kuru soğan, sarımsak, zeytin, zeytinyağı, küçük ve büyükbaş hayvanlar (arılar dahil), 20/12/2010 tarih ve 2010/1180 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İstatistik Pozisyonlarına Bölünmüş Türk Gümrük Tarife Cetvelinin 2 no.lu faslında yer alan mallar (etler ve yenilen sakatat) (02.07 pozisyonu ve 0209.90.00.00.00 gümrük tarife istatistik pozisyon numarasında yer alan mallar hariç), tavuk yumurtası ürünlerinin perakende teslimlerinde % 8, toptan teslimlerinde %1 oranında

İlgili Karar ile, 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın, perakende teslimlere ilişkin 1'inci maddesinin 4'üncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış olup toptan ve perakende safhalarında uygulanan farklı KDV oranları uygulamasına son verilmiştir.³

Bununla birlikte ilgili Karar, restoran, kafeterya, pastane gibi yemek hizmeti verilen, ayakta yemek yenilen yerler, yemeği pakette satan veya diğer şekillerde yemek hizmeti sunan yerlerde verilen hizmetleri kapsamamakta olup, ilgili hizmetlere ilişkin %8 KDV oran uygulaması devam etmektedir.

2. GIDA ÜRÜNLERİ TESLİMİNDE İNDİRİMLİ ORAN KDV İADE UYGULAMASI

3065 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca vergi oranları indirilen teslim ve hizmetler dolayısıyla yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen KDV tutarlarının Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen sınırı aşan kısmı, mezkur Kanun'un 29/2'nci maddesi hükmü gereğince mahsuben ve/veya nakden iade edilmektedir.

Gıda maddelerinin tesliminde faaliyet gösteren mükellefler de zamanaşımı süresi göz önünde bulundurmak suretiyle (işlemin gerçekleştiği dönemi izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar talep edilmesi şartıyla) yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen KDV tutarlarının nakden veya mahsuben iadesini talep etmektedirler.

KDV indirimi uygulaması akabinde, indirimli oran işlemlerine ilişkin KDV iade uygulamasının da etkileneceği açıktır. Buna göre, yüklenilen KDV tutarının artışıyla yüklenilen KDV ve hesaplanan KDV arasındaki farkın artışı dolayısıyla KDV iade taleplerinin tutar bakımından ve iade talep edenlerin sayısı bakımından artacağı düşünülmektedir.

Gıda sektöründe faaliyet gösteren işletme-

3 Perakende ve toptan teslimlerde farklı KDV oranları uygulaması 13.02.2022 tarih ve 5189 sayılı Karar'ın 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

lerin, ilk madde malzeme ve diğer yönetim giderleri kapsamında katlandığı enerji, ambalaj, nakliye vb. niteliğindeki alımlarında %18 KDV oranı uygulanması nedeniyle bu firmaların yüklenilen KDV ve hesaplanan KDV tutarları arasındaki farkın %18'lik alımlarının tüm alımlarına oranı nispetinde ve dolayısıyla iade edilecek KDV tutarının da bu nispette artacağı düşünülmektedir.

Uygulamalı örneklerle değerlendirildiğinde, imalatçı olmayıp alım-satım şeklinde gıda maddelerinin satışı faaliyeti yürüten bir işletmenin KDV indirimi uygulaması öncesinde yüklenilen KDV tutarında %1, %8 ve %18'lik alışlarının payları, maliyeti, kârlılık oranı ve iade edilebilir KDV tutarlarını bir örnek üzerinden açıklayacak olursak gıda alım-satım faaliyetinde bulunan bu işletmenin KDV oranı indirim sonrasında da aynı kâr marjı ile satış yaptığı ve doğrudan alımlarının %8 yerine %1 KDV hesaplandığı varsayımı ile iade talep edilebilir KDV tutarı her iki durum için aşağıdaki şekilde hesaplanmıştır:

Tablodan anlaşılacağı üzere; tedarikçi bir firmanın % 8 KDV'ye tabi alımlarının toplam alımlarının içerisindeki payının, %18 KDV'ye tabi alımlarından fazla olacağı tabiidir. Son yasal düzenleme ile yapılan indirim uygulamasıyla %8 KDV oranındaki alımlarına %1 KDV oranı uygulansa dahi; alımları, maliyeti ve kârlılık oranı değişmemesi halinde iade edilebilir KDV tutarının arttığı görülmektedir.

Diğer bir örnekle, üretim yaparak gıda maddelerinin imalatı ve satışı faaliyetini yürüten bir işletme için ise %18 alımlarının %8 alımlarına nispeten fazla olduğu varsayılarak 1. örnekteki tutarlarla hesaplama yapılmıştır. Buna göre, imalatçı bir firmanın KDV indirimi uygulaması öncesinde yüklenilen KDV tutarında %1, %8 ve %18'lik alışlarının payları, maliyeti, kârlılık oranı ve iade edilebilir KDV tutarlarını bir örnek üzerinden açıklayacak olursak gıda üretimi-satımı faaliyetinde bulunan bu işletmenin KDV oranı indirim sonrasında da aynı kâr marjı ile satış yaptığı ve doğrudan alımlarının %8 yerine %1 KDV hesaplandığı varsayımı ile iade

AL-SAT YAPAN İŞLETMELER İÇİN (ÖRNEK- 1)			
Alımların Yüzde Dağılımı	Detay	Yüklenilen KDV Detayı (KDV İndirimi öncesi durum)	Yüklenilen KDV Detayı (KDV indirimi sonrası durum)
0,01%	%1'lik Alımlar (a)	30.000,00	30.000,00
92,00%	% 8'lik Alımlar (b)	276.000.000,00	276.000.000,00
7,99%	%18'lik Alımlar (c)	23.970.000,00	23.970.000,00
	Maliyet (d=a+b+c)	300.000.000,00	300.000.000,00
	KDV'siz Diğer Maliyetler (e)	6.000.000	6.000.000
	Teslim Tutarı (f)	318.240.000,00	318.240.000,00
	Kâr (g= f - d - e)	12.240.000,00	12.240.000,00
	Kâr Oranı (g / d)	0,04	0,04
	İade Tutarı (İstisna Tutarı Hariç)	935.700,00	3.892.500,00
		$((a*0,01)+(b*0,08)+(c*0,18) - (f*0,08))$	$((a*0,01)+(b*0,01)+(c*0,18) - (f*0,01))$

talep edilebilir KDV tutarı her iki durum için aşağıdaki şekilde hesaplanmıştır:

İMALATÇI – ÜRETİM YAPAN İŞLETMELER İÇİN (ÖRNEK- 2)			
Alımların Yüzde Dağılımı	Detay	Yüklenilen KDV Detayı (KDV İndirimi öncesi durum)	Yüklenilen KDV Detayı (KDV indirimi sonrasındaki durum)
4,00%	%1'lik Alımlar (a)	12.000.000,00	12.000.000,00
40,00%	% 8'lik Alımlar (b)	120.000.000,00	120.000.000,00
56,00%	%18'lik Alımlar (c)	168.000.000,00	168.000.000,00
	Maliyet (d)	300.000.000,00	300.000.000,00
	KDV'siz Maliyet (e)	30.000.000	30.000.000
	Teslim Tutarı (f)	379.500.000,00	379.500.000,00
	Kâr (g= f - d - e)	49.500.000,00	49.500.000,00
	Kâr Oranı (g / d)	0,15	0,15
	İade Tutarı (İstisna Tutarı Hariç)	4.800.000,00	19.605.000,00
		$((a*0,01)+(b*0,08)+(c*0,18) - (f*0,08))$	$((a*0,01)+(b*0,01)+(c*0,18) - (f*0,01))$

Tablodan anlaşılacağı üzere; imalatçı bir firmanın % 18 KDV'ye tabi alımlarının toplam alımları içerisindeki payı %8 KDV'ye tabi alımlarından fazla olduğu durumda tedarikçi bir firmaya nispetle daha fazla KDV yükü olacağı görülmektedir. Son yasal düzenleme ile yapılan indirim uygulaması sonrasında %8 KDV oranındaki alımlarının %1 KDV oranı uygulanarak değişmesi ile alımları, maliyeti ve kârlılık oranı değişmemesi halinde iade edilebilir KDV tutarının artacağı görülmektedir.

Dolayısıyla yapılan indirim uygulaması sonrasında artan devir yükünün ve iade edilebilir tutarın artmasında; %18 KDV'lik alımlarının toplam alımlar içerisindeki oranının önemli olduğu görülmektedir.

SONUÇ

İndirimli oran iade talebinde indirimli orana tabi işlemin bünyesine giren KDV'nin iadesi söz konusu olduğundan son düzenleme ile gıda maddelerinin KDV oranlarının düşürülmesi

iade taleplerinde değişikliklere sebep olacaktır. Bunlardan ilki, temel gıda maddelerinde %8 KDV oranı uygulanan ürünlerde %1 KDV oranı uygulaması ile %18 KDV'ye tabi alımlarının toplam alımlar içerisindeki nispetince devreden KDV yükünü artıracaktır. Bu itibarla, iade talep eden mükelleflerin iade edilebilecek KDV tutarının artacağı ve iade talebi bulunmayan mükellefler için ise iade talep etmenin KDV iade talebinin artan devir yükü nedeniyle cazip görüleceği düşünülmektedir. Bu da önümüzdeki dönemde artacak KDV iade talepleri nedeniyle iade servislerinin yoğunluklarının artmasını da beraberinde getirecektir. Hem şu anki durumda da Vergi Dairelerinde indirimli oran iadeleri için yetişmiş elemanın azlığı bu iade taleplerinde sürecinin uzamasına sebep olmaktadır.

Hâlihazırda devreden KDV yükünün artmasının her ne kadar mevcut mevzuat gereğince iadesi mümkün olsa da uzun süren ve zor bir süreç olduğundan, sürecin gıda teslimi yapan firmalar için avantajlı olmayacağı açıktır. Her ne kadar Kanun hükmünde “yılı içerisinde

indirilemeyen verginin iade edilmesi” olarak bahsedilse de, Tebliğ ve sair düzenlemelerde “yüklenilen verginin iade edilmesi”, “indirimli orana tabi işlemlerin bünyesine giren vergilerin iade edilmesi” şeklinde belirtildiğinden iade süreci içinde birçok devre yük olan alıma ilişkin KDV’nin iadesi kabul görmemektedir.

Özetle, yapılan değişiklikle beraber özellikle enflasyonun yükseldiği ve paranın değer kaybettiği bir durumda tüketiciler için fiyatları düşürecek bir etkisi olsa da gıda ürünleri teslimi yapan firmalar için devir yükünün artmasına ve mevcut iade uygulaması ile de bu tutarın iadesi alınsa da zaten uzun olan sürecin uzamasına ve bu sebeple alınan iade tutarının değerinin kaybolmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla bu düzenleme ile beraber indirimli oran iade taleplerine ilişkin düzenlemelerin de yapılması ihtiyacının doğacağı kanaatindeyiz.

04.II.2021 TARİH VE E.2019/4, K.2021/78 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİ KARARI IŞIĞINDA 213 SAYILI VERGİ USUL KANUNU'NDA DÜZENLENEN VERGİ SUÇLARI VE YARIGILAMA USULÜ

Serena BAKİOĞLU
Avukat

Ayça AKÇAY
Stj. Avukat

ÖZET

213 sayılı Vergi Usul Kanunu (“VUK”)’un 367. maddesinin son fıkrasında önceden vergi ziyayı ve usulsüzlük cezaları hakkında verilen idari kararların ceza mahkemesini bağlamayacağı hükmünün 04.II.2021 tarih ve E.2019/4, K.2021/78 sayılı Anayasa Mahkemesi (“AYM”) Kararı ile iptal edilmesi “Non Bis in Idem İlkesi” ve adil yargılanma hakkının önemini gündeme getirmiştir.

Konu hakkında süre gelen tartışmalar ve 2014 tarihinde değişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) içtihadı da göz önüne alındığında Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karar yerinde olmakla birlikte makalemizde, bahsi geçen suçların tanımı, yargılama süreçleri ve son olarak da iptale konu fıkranın Anayasa’ya ve Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (“AİHS”) uygunluğu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Non Bis in Idem İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı, Vergi Kaçakçılığı Suçu

GİRİŞ

Vergi ceza hukukuna ilişkin kurallar esasen VUK’ta düzenlenmiş olup söz konusu suç ve cezalar, vergi ziyayı suçu (VUK madde 341), genel usulsüzlük (VUK madde 351,352), özel usulsüzlük (VUK madde 353) suçlarıdır. Bu suçları işleyenler bakımından para cezası ve işyeri kapatma cezası idare tarafından verilmektedir. Ancak VUK’ta idarenin uyguladığı bu yaptırımların yanında ceza hukukunun da uygulandığı ve yargılama süreçlerine ceza mahkemesinin dahil olduğu suçlar da bulunmaktadır. Bunlara da kaçakçılık (VUK madde 359), vergi mahremiyetini ihlâl” (VUK madde 362), ve mükellefin özel işlerini yapma” (VUK madde 363) suçları örnek verilebilir.

Vergi hukukunu ve ceza hukukunu ilgilendirmesi fark etmeksizin suçu oluşturan fiil ve bunun neticesinde verilecek cezalar bakımından tamamen bir ayırım yapılması mümkün olmamaktadır. Bu durum bakımından Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 3.II.2021 tarih

ve E.2020/483, K.2021/1496 sayılı kararında “... Olayda, idari cezalar için de geçerli olan “ceza gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı” yolundaki genel ceza hukuku ilkesinin varsayım ya da kıyas yoluyla ceza tayinine olanak tanınamaması dikkate alınmak ve ceza kesilmesini öngören ve bu cezanın kesilmesine dair koşulları düzenleyen maddede belirtilen unsurların bir arada gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, hesap dönemi kapandıktan sonra özel usulsüzlük cezası kesilemeyeceği gerekçesiyle özel usulsüzlük cezasını kaldıran Vergi Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...” denilmesinden de vergi mahkemelerinde verilen bir kararın da ceza hukukundan bağımsız olamayacağı görülmektedir.

Bu açıklamalar ışığında makalemizin devamında soruşturma ve kovuşturma aşamaları ceza mahkemelerince devam ettirilen ve karar mercii de ceza mahkemesi olan, VUK’un 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçu ve bu suçun yargılama sürecinde uygulanacak usul inceleneyecektir.

VUK’un 359. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine görüldüğü üzere, her ne kadar daya-

nağı gerçek bir muamele veya durum olsa da bu muamele ya da durumu mahiyet ya da miktar itibariyle gerçek dışı gösteren belge, yanıltıcı belgedir. Varlığı sayılan suretlerle kanıtlanmış olduğu hâlde o belgenin ibraz edilmemesi de gizleme olarak kabul edilecektir. Yanıltıcı belge düzenleyen ve kullananlar veya varlığı sabit olan belgeleri gizleyenler hakkında da onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

Yine aynı fıkranın (b) bendinde ise, “Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.” denilerek sahte belgenin tanımı ve bunları kısmen ya da tamamen düzenleyen veya kullananlar bakımından uygulanacak ceza belirtilmiştir.

Bu bakımdan Yargıtay II. Ceza Dairesi'nin 09.11.2021 tarih ve E.2020/1492, K.2021/10051 sayılı kararında, “Tefecilik suçunun oluşumu için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi yeterli olup faiz karşılığında ödünç olarak verilecek paranın kişiye elden ve nakten verilmesi yada doğrudan banka hesabına yatırılması ile tefecilik suçu tamamlanmış olur. Failin ödünç verdiği parayı geri alabilmek için başkaca fiiller gerçekleştirmesi halinde ve bu anlamda ödünç parayı alan kişinin kredi kartını mal ve hizmet satışı olmadan POS cihazından geçirmek suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlenmesi durumunda 5464 sayılı Kanununun 36. maddesinde düzenlenen “gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenleme” suçu, POS cihazı ve banka kayıtlarının vergi kayıtları ile ticari defterle uyumlu hale getirmek için gerçek bir muamele ve durum olmadığı halde bunlar varmış gibi gider pusulası ve fatura düzenlenmesi halinde de 213

sayılı VUK 359. maddesinde düzenlenen “sahte belge-/fatura düzenleme/kullanma” suçu ayrıca oluşacağından;” denilerek sahte belge veya fatura düzenleme ve/veya kullanma suçunu oluşturan bir duruma örnek verilmiştir.

Mezkûr maddenin (c) ve (ç) bentlerine baktığımızda ise “...Ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler”in de üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, son fıkrada, kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddedeki cezaların yanında VUK'un 344. maddesinde yazılı vergi ziyayı cezasının da uygulanabileceğinden bahsedilmiştir.

Maddeden ve Kanun'un gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kaçakçılık suçu ve cezası ile hazinenin menfaati ve ceza hukukundaki birçok suçta olduğu gibi kamu yararı korunmakta olup 4369 sayılı Kanun' yürürlüğe girmeden önce zararın gerçekleşmesi şartı aranmaktaydı. Ancak yeni düzenlemeler sonucunda hazinenin maddi olarak bir zarar etmesi şartı aranmaktadır.

1 4369 Sayılı Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset Ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 Ve 4208 Sayılı Kanunlar İle 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Ve 190 Sayılı Genel Kadro Ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

Makalemizin devamında daha detaylı inceleneceği üzere suçun hareketinin ve neticesinin tanımı ile suçu kesinleşen hükümlünün alabileceği cezaların aralığının VUK ile belirlenmesine rağmen bahsedilen aralıktaki cezanın uygulanmasını sağlayacak mahkeme ceza mahkemelelidir ve yine bir sonraki bölümde daha detaylı incelenecek olan cezaları uygulamadaki usul de VUK'ta gösterilmesine rağmen bu usulü uygulayacak makam da ceza mahkemeleri olacaktır.

KAÇAKÇILIK SUÇLARININ CEZALANDIRILMASINDA USUL

VUK'un "Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında Usul" başlıklı 367. maddesi uyarınca;

- *Yapılan inceleme sırasında VUK'un 359. maddesinde² sayılan suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde durumun Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi zorunlu olup; Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.*
- *359. maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve bu durum Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.*

- *Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına yapılan bildirimde ertelenir.*
- *359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*

Maddeye baktığımızda ilk olarak VUK'un 367. maddedeki genel rejim olan "incelemenin tamamlanarak mütalaayla birlikte suç duyurusunda bulunulması" şartının VUK'un 359/ç maddesindeki suçlar bakımından uygulanmayacağı görülmektedir. İlâveten; kamu davası açılması için de incelemenin tamamlanmasına gerek bulunmadığı düzenlenmektedir.³ Ayrıca uygulayıcısı da farklı olan VUK'un 359. maddesindeki kaçakçılık suçları ile usulsüzlük ve vergi ziyai cezalarının birlikte uygulanması da mümkündür⁴.

İşbu maddenin son fıkrasının 04.II.2021 tarih ve E.2019/, K.2021/78 sayılı AYM kararı ile iptal edilmeden önceki hâli ise şu şekilde idi:

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz."

²

- *Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,*
- *Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,*
- *Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,*
- *Ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar,*
- *Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler.*

³ Nadir GÜLHAN, "7318 s. Kanun ile Getirilen Vergisel Düzenlemeler", Haziran 2021, MDERGİ/8719A.005, Sayı:210

⁴ Funda BAŞARAN YAĞAŞLAR, "Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:82, Sayı:6, Yıl:2008

AYM kararı ile iptal edilen son fıkrada da bir önceki fıkrayla bağlantılı olarak usulsüzlük ve vergi ziyayı cezalarının uygulayıcısı idari makam ve mercilerin verdiği kararların ceza hakimini bağlamayacağı düzenlenmiş idi. Düzenleme gereği de hem vergi mahkemesinde hem de ceza mahkemesinde bir kişinin aynı fiilden dolayı farklı yargılamaya tabi tutulabilmesi söz konusu olacaktır. *Non bis in idem* ilkesi aynı eylem ve konudan doğa suçlar için mükerrer yargılama ve ceza yapılmasını engeller. Ayrıca uluslararası insan hakları standartları gereği bu ilke mutlak bir gereklilik olarak görülmektedir.⁵

Söz konusu fıkra AYM kararı öncesinde de öğretilerde tartışmalara sebep olmakta idi. Hükmün hukuka aykırılığını ileri süren görüşlere göre fıkrada yer alan “bağlamama” kriteri eylemin varlığı ile ilgili olmayıp; Yargıtay’ın incelemesinden geçerek kesinleşen bir kararın vergi yargı mercii veya idare tarafından kabul edilmemesi hukuki bir kargaşaya mahal verecektir.⁶ Bu nedenle hukuk birliğini sağlamak adına, kaçakçılık fiilleriyle üç kat vergi ziyayı cezası kesilebilmesi için ceza mahkemesinin suçun tespit edildiğiyle ilişkin kararı gerekmektedir.⁷

Nitekim konu hakkında 2014 tarihinde AİHM de görüş değiştirmiş ve 20 Mayıs 2014 tarihli Glantz & Finlandiya Davası Kararında “*para cezasının cezai nitelikte olduğu, başvuruca yüklenilen suçları da kaynağın ve dönemin aynı olduğunu tespit ettikten sonra, farklı yargılamaya tabi olup olmadığına bakmıştır. Bu aşamada da yüksek mahkeme idari mahkemenin kesin kararının 11 Ocak 2010 tarihinde gerçekleşmesine karşın aynı anda ceza mahkemesinde yargılamaya devam edildiğini, bu mahkemenin de 18 Mayıs 2011 tarihinde (başka bir karar) kesinleştiğini ifade etmiş, dolayısıyla başvuranın, iki kez cezalandırılmasına ve yargılanmasına sebep olduğunu tespit ederek durumu AİHM 7 Nolu Protokol’ün 4. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.*”⁸

Bahsedilen fıkranın iptal kararını veren

4.11.2021 tarih ve E.2019/4, K.2021/78 sayılı AYM kararında ise kuralın gerekçesinde “...açılmış olan bir kamu davasında, örneğin belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmiş olabilir. Ancak, bu belgelerin düzenlenmesi suretiyle bir vergi ziyama sebebiyet verilmiş olabilir. Belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmiş olmasına rağmen, vergi ziyasına sebebiyet verilmiş olması dolayısıyla idari para cezası olarak vergi cezası verilebilmelidir. Keza, Maliye Bakanlığı ile arasında anlaşma bulunmayan kişiler tarafından basılan örneklerin kullanılması suretiyle fatura düzenlenmiş olması dolayısıyla kişi hakkında cezaya hükmedilmiş olabilir. Ancak, düzenlenen fatura gerçek bir ticari ilişkiyi yansıtmış ve dolayısıyla, bir vergi ziyama sebebiyet verilmemiş olabilir. Bu nedenle, 359 uncu maddenin (c) bendindeki suç oluştuğu gerekçesiyle mahkumiyete rağmen, şayet bu örnekler kullanılmak suretiyle fatura düzenlenmiş olması dolayısıyla vergi ziyayı doğmamışsa idari para cezası olarak vergi cezası verilmez. “ şeklindeki örneklere yer verilmek suretiyle kurala açıklık getirilmiştir, denilmiştir. Ayrıca gerekçede maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin bu bağlamdaki hükmünün sadece vergi mevzuatı uygulayıcıları tarafından değil vergi mahkemeleri tarafından da göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

Kararın fıkra değerlendirmesine özgü ikinci bölümünde ise Anayasa’nın 36. maddesi yönünden inceleme yapılmıştır. Burada güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında, yargılama/cezalandırma sürecinin kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması ve aynı konu ve hareketten doğan suç ile ilgili bir yargılama/cezalandırma sürecinin işletilmesi bulunmaktadır.

VUK’un 367. maddesinin iptale konu fıkrasından önceki fıkralarında da belirtildiği üzere kaçakçılık suçundan veya vergi kabahatlerinden dolayı başlatılan cezalandırma süreçlerinden birinin kesinleşmek suretiyle sona erme-

5 Yücel OĞURLU, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:52, S.2, 2003, s.103.

6 A. Bumin DOĞRUSÖZ, “Vergi Ceza Sistemine Yönelik Eleştiriler”, Vergi Sorunları Dergisi Şubat 2008, Sayı: 233, s.99

7 Özgür BİYAN, “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyayı Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi”, MDERGİ/8784A.025, Ocak 2016, Sayı: 145

8 BİYAN, a.g.m

sinden sonra diğ erinin başlaması ya da anılan süreçlerden birinin kesinleşmesinden önce başlayan diğ er sürecin ilk sürecin kesinleşmesinden sonra da işlemeye devam etmesi durumunda olduğ undan ve bu durumların birbirlerini ilgilendirmesi sebebiyle yeniden yargılama/cezalandırma söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan kararın sonucunda: *“bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması da mümkün değildir. Dolayısıyla bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı kurulmasına engel olan kuralın adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelere aykırılık oluşturabileceği anlaşıldığından kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”* denilmiştir.

SONUÇ

Sonuç olarak, makalemiz boyunca detaylıca incelenmiş AYM kararına konu VUK'un 367. maddesinin son fıkrası hem AİHS'in 6. maddesi hem de Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile çelişmekte idi. İptali gereken bu fıkra yukarıda verilen karar tarihi itibarıyla, geç kalınmış da olsa iptal edilmiş, hukuki kargaşa önlenmiştir.

VERGİ MAHREMİYETİ İLKESİ ve İSTİSNALARININ TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mine BEYAZHANÇER
Stj. Avukat

ÖZET

Vergi mahremiyeti kapsamında mükellefin sırları ve gizli kalması gereken diğer hususların ifşa edilemeyeceği Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Vergi mahremiyeti ilkesi, mükellefin Anayasal haklarından kaynaklanmasının yanı sıra vergilendirme işlemleri sırasında bilgi paylaşımı için mükellefe güven tesis etmektedir. Buna karşın vergi mahremiyeti ilkesinin istisnası niteliğinde bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışmada, söz konusu istisnaların temel haklar çerçevesinde değerlendirilmesi ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Mahremiyeti İlkesi, Vergi Mahremiyetini İhlâl Suçu, Kişisel Verilerin Korunması

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması ve güvenliği temel haklarımızdan olup tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınmıştır.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Anayasa’da kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümlerin yeterli görülmediği, tarafı olduğumuz uluslararası belgelerin de kişisel verilerin korunmasını önemle vurguladığı, bu bağlamda bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceğinin hükme bağlanması ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü gerekçesiyle, Anayasa’nın 20. maddesine “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebi-

li. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” fıkrası eklenmiştir.

Eklenen fıkra öncesinde de temel bir hak olan kişisel verilerin korunması yalnızca kanunla kısıtlanabileceken, eklenen fıkra ile bu güvence pekiştirilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu(“VUK”)’nun “Vergi mahremiyeti” başlıklı 5. maddesinde vergilendirme ve vergi yargısı sürecinde görevli olan kişilerin, mükellefin sırlarını ifşa edemeyeceği düzenlenmiştir. Vergi mahremiyeti düzenlemesiyle, mükelleflerin vergi dairelerine güven duymaları sağlanarak doğru beyanda bulunmalarına uygun bir ortam oluşturulduğu da söylenebilir.¹

Ayrıca VUK’un “Bilgi vermekten imtina edememek” başlıklı 151. maddesinde kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişilerin, özel kanunlarda yazılı mahremiyet hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten imtina edemeyecekleri düzenlenmiştir.

1. Vergi Mahremiyeti İlkesinin Kapsamı

Vergi mahremiyetinin ihlâli suçu, VUK’un 361. maddesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesine atıf yöntemiyle düzenlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali

¹ Dr. Seyfettin KARA, Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:32 (Ekim 2017)

Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu (“3568 sayılı Kanun”) gibi çeşitli kanunlarla da vergi mahremiyeti ilkesine yönelik düzenlemelerin yanı sıra 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (“AATUHK”)’un 107. maddesinde, VUK’un 361. maddesinde olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesine atıf yapılmıştır.

VUK’un 5. maddesinde görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer hususları ifşa edemeyeceği düzenlenen kişiler:

1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar,
2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanlar,²
3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler,
4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler olarak sayılmıştır.

Danıştay’ın vergi mahremiyeti ilkesinin kapsamına yönelik görüşleri somut olay üzerinden şekillenmektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 23.10.2019 tarih ve E.2019/13, K.2019/704 sayılı kararında:

“213 Sayılı Vergi Usul Kanununun “Vergi Mahremiyeti” başlıklı 5. maddesi; vergi idaresi veya vergi ile yasal nedenlerle ilgilenme yetkisi bulunanlar tarafından edinilen, öğrenilen ve/veya toplanılan bilgilerin korunmasını ve mükelleflerin gizli kalması gereken bilgilerinin bu kişiler tarafından açıklanması ve/veya kullanılmasını yasaklayan bir hükümdür. Mükelleflerin bilgilerinin gizliliğini korumayı amaçlayan “mahremiyet” hükmü, hukuki anlamda önemli bir mükellef hakkı niteliği taşımakta, bu hakkın ihlâl edilmesi, bunu ihlâl edenlerin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği’nin 57. maddesinin 4. bendinde, başka bir mükellefin sahte belge kullandığına ilişkin tespitler içeren vergi tekniği raporunun, nezdinde inceleme yapılan mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna eklenmeyeceği

öngörülmüştür. Her ne kadar uyumsuzluk döneminden sonra, 25/10/2016 tarih ve 29868 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ise de, sözü edilen bu düzenlemenin, 213 Sayılı Kanun’un vergi mahremiyetine ilişkin 5. maddesiyle aynı amaca işaret etmiş olması karşısında, bu nitelikteki vergi tekniği raporlarının tebliğ edilmemiş olmasının, davacının hak-kaniyete uygun yargılama hakkını kısıtladığından söz edilmeyecektir.” gerekçesiyle davacı adına yapılan cezalı tarhiyatın dayanağı olan takdir komisyonu kararında atıf yapılan vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemiş olması vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilmiştir.

Öte yandan Danıştay 9. Dairesi’nin 15.10.2018 tarih ve E.2016/5032, K. 2018/6219 sayılı kararında:

“Vergi mahremiyeti ilkesi, mükellefler açısından kendilerine ait gizli bilgilerin güvenle vergi dairesine verilebilmesini sağlamaktadır. Ancak vergi mahremiyeti ilkesi ile; görevleri gereği bir mükellefin vergisel sırlarına malum olan kişilerin bu bilgileri kendi veya üçüncü kişilerin nef’ine (yararına) kullanması yasaklanmıştır. Bahsedilen kuralın; kişiden, mülkiyet hakkının aleyhine sonuç doğuracak iddiaların, incelemede kriter olarak alınan verilerin, hem Anayasal hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında sahip olduğu savunma hakkının kullanılmaz hale gelmesi sonucunu doğuracak şekilde gizlenmesi anlamında yorumlanmaması gerektiği açıktır.” gerekçesiyle vergi inceleme raporunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım iddialarının gizli emsal bedele dayanarak yapılmış olmasının vergi mahremiyetini ihlâl kapsamında olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir.

27.06.2017 tarih ve 931/13 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) kararında³, vergiye ilişkin bilgilerin derlenmesi ve öngörülebilenin ötesinde geniş bir kitleye yayınlanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğine aykırı olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir. Olayda gerçek kişilerin vergiye ilişkin bazı bilgilerinin halka açık

² Yargılamanın aleniliği ilkesi nedeniyle mahkemelerde öğrenilebilecek bilgiler açısından “ifşa” kapsamının belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Süheyl Donay, Beta Yayınları Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008, sf. 168-169

³ <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/case-satakunnan-markkinaporssi-oy-satamedia-oy-v-finland/> Erişim Tarihi: 20.03.2022

olduğu Finlandiya’da, Satakunnan Markkinapörssi Oy isimli şirket 1994 yılından beri gelir idaresinden bu bilgileri toplayarak Veropörssi isimli gazetede yayımlamaktadır. 2003 yılına gelindiğinde Satamedia Oy isimli ikinci bir şirketle bu faaliyetlerini 1.2 milyon Finlandiya’nın bilgilerini kapsayacak şekilde bir veri bankası oluşturmuş ve bu verilere ulaşımın sağlandığı SMS hizmeti sağlanmaya başlanmıştır. Bu faaliyetin Ombudsman tarafından durdurulması üzerine işbu şirketler, AİHS’nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kısıtlandığı gerekçeyle AİHM’ye başvurmuşlardır. AİHM mükelleflerin vergilendirme işlemlerine ilişkin bilgilerinin bu denli erişilebilir hâle gelmesini özel hayatın gizliliğine aykırı bulmuştur.

2. Vergi Mahremiyeti İstisnalarının Değerlendirilmesi

Vergi mahremiyetine müdahaleye yönelik fiillerin hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi halinde suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple VUK’un 5. maddesinde “*Hazine ve Maliye Bakanlığı ve diğer vergi idaresi birimlerince açıklanabilir ya da paylaşılabilir bilgiler, kanuni zorunluluk gereği vergi levhası asması gerekenlerin levhalarında yer alacak bilgiler, Bakanlık veya yetki verdiği vergi idaresi birimi, tarha esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarını açıklaması*” olarak sayılan istisnaların vergi mahremiyetini ihlâl suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁴

Maliye Bakanlığı’na “mükelleflerin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilmesi, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanun’la kurulan birlik

ve meslek odalarına bildirilmesi” yetkisi tanınmış, bu bilgilerin açıklanmasıyla ilgili usulleri belirlemeye yetkisi de yine Maliye Bakanlığı’na verilmiştir. Bu yetkinin Maliye Bakanlığı’na verilmiş olmasının özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına yönelik birtakım soru işaretleri doğurmaktadır. Bu düzenleme vergi mahremiyetini ihlâl suçuna yönelik hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği temel haklardan olup Anayasa’da güvence altına alınmıştır. Kişisel verilerin korunması da özel hayatın gizliliği doğrultusunda önem taşımaktadır. Kişisel verilerin korunması, vergi mevzuatında vergi mahremiyeti ilkesi kapsamında yer edinmiştir. VUK’un 5. maddesiyle vergilendirme işlemleri sırasında edinilen sır niteliğindeki bilgilerin veya gizli kalması gereken diğer hususların ifşa edilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bazı durumlarda vergi mahremiyetine müdahale niteliğinde işlemlerin yapılması üstün kamu yararı sebebiyle zorunlu hâle gelmektedir. Bu durumlar da özel olarak düzenlenmiş olup vergi mahremiyetini ihlâl suçu kapsamında hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Vergi mahremiyeti ilkesinin istisnaları değerlendirilirken, bu ilkenin temelini Anayasa’dan aldığı göz ardı edilmemeli ve somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır.

4 Yiğit YILDIZ, Kişisel Verilerin Korunmasının Vergi Mahremiyeti ile Etkileşimi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 2019, 1(2), 1-16.

GOOGLE ANALYTICS KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN AKTARIMINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

Tuğçe GELİR
Kıdemli Yönetici Avukat

İlayda SÜER
Stj. Avukat

ÖZET

Günümüzde dijital mecralarda kullanıcı takibi, veri analizi ve benzeri yöntemler ile şekillendirilen pazarlama stratejileri, pek çok şirketin büyüme ve etki alanlarını genişletme yönündeki hedeflerini gerçekleştirme bakımından önemli bir basamaktır. Söz konusu pazarlama stratejilerinin temelini ise genellikle kullanıcı verileri oluşturmaktadır. Öte yandan kullanıcı verilerinin 'kişisel veri' hukuki niteliğini haiz olması halinde, ilgili yöntemlere başvuran şirketlerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat düzenlemeleri kapsamında yasal yükümlülüklerinin ortaya çıkması ve bunların usulüne uygun şekilde yerine getirilmemesi halinde ise caydırıcı yaptırımlarla karşı karşıya kalmaları söz konusu olabilmektedir. İşbu makalede, Amerika Birleşik Devletleri'nin gözetim yasalarına tabi olan Google LLC'nin sunduğu Google Analytics hizmetinden faydalanan şirketler hakkındaki güncel kararlara ve gelişmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, GDPR, Schrems, Google Analytics, Gizlilik Kalkanı, Standart Veri Koruma Maddeleri.

GİRİŞ

Avrupa Birliği ("AB")'nden Amerika Birleşik Devletleri ("ABD")'ne gerçekleştirilen kişisel veri aktarımlarında veri alıcısı tarafın ABD gözetim yasalarına tabi bir şirket olması halinde, aktarılan kişisel veriler için 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü¹ ("GDPR") hükümlerinde öngörülen standartlara denk bir korumanın ABD'de sağlanamadığı hususunda var olan endişelerin oldukça eskiye dayandığı ve bu endişelerin varlığını halen sürdürdüğü geniş çevrelerce bilinmektedir. Nitekim geçtiğimiz günlerde, Avusturya Veri Koruma Otoritesi² ("DSB"), Avrupa Veri Koruma Denetçisi³ ("EDPS") ve Fransız Veri Koruma Otoritesi⁴ ("CNIL") tarafından Google Analytics hizmetini kullanan AB şirketlerinin/kuruluşlarının GDPR'de belirlenen veri aktarım yöntemlerinden standart veri koruma maddelerine (*standard data protection clauses*) dayanarak Google LLC'ye ("Goog-

le") gerçekleştirdikleri veri aktarımlarının, Google'in aldığı ek tedbirlerin yeterli olmaması gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Anılan kararlarda ayrıca AB-ABD arasındaki veri aktarımlarında alınması gereken ek teknik ve idari tedbirler bakımından önemli değerlendirmelere yer verilmiştir. İşbu makale kapsamında öncelikle kısaca GDPR hükümleri çerçevesindeki üçüncü ülkelere veri aktarım yöntemlerine ve bu kapsamda AB-ABD arasındaki veri aktarımları bakımından alınan güncel kararlara ve gelişmelere, takiben Google Analytics hizmetinin genel çerçevesi ile Google Analytics kullanımı kapsamındaki veri aktarımına ilişkin yetkili otoritelerin güncel kararlarına ve son olarak ise kişisel verilerin ABD'ye aktarımı hususunda AB'nin yaklaşımına ve beklenen gelişmelere yer verilmiştir.

I. GDPR HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE VERİ AKTARIMI

GDPR'nin 5'inci bölümünde yer alan hükümler uyarınca hukuka uygun şekilde üçüncü bir ülkeye kişisel veri aktarımı yalnızca (i) Avrupa

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the free movement of such data, and repealing directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1, Erişim Tarihi: 3 Mart 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

² Datenschutzbehörde, <https://www.dsb.gv.at/>

³ European Data Protection Supervisor, https://edps.europa.eu/_en

⁴ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, <https://www.cnil.fr/fr>

Komyonu⁵ (“Komisyon”) tarafından verilerin aktarıldığı uluslararası bir organizasyonun veya üçüncü ülkenin ya da o ülkenin içindeki bir bölgenin yahut bir veya daha fazla sektörün yeterli düzeyde koruma sağlamayı taahhüt ettiğine ilişkin bir yeterlilik kararı verilmesi⁶, (ii) böyle bir kararın mevcut olmaması durumunda, ilgili kişilere icra edilebilir ilgili kişi haklarının ve başvurulabilir yasal yolların sağlanması şartıyla veri aktaran veri sorumlusu yahut veri işleyen tarafından yeterli bir güvence sağlanması⁷, (iii) anılan iki şartın da sağlanamaması durumunda ise, GDPR’nin 49’uncu madde hükümlerinde belirlenen istisnai hallerden birinin somut olayda mevcut olması halinde gerçekleştirilebilmektedir.

Mevcut durumda, Komisyon tarafından yeterli düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ülke sayısı oldukça sınırlı olduğundan, üçüncü ülkelere veri aktarımı bakımından uygulamada sıklıkla GDPR’nin 46’ncı maddesinde düzenlenen yeterli bir güvence tesis etme yoluna başvurulmaktadır. Söz konusu güvenceler arasında yer alan standart veri koruma maddeleri ise, diğer güvencelere kıyasla sunduğu kolaylıklar nedeniyle şirketler tarafından en çok başvuru mekanizmalardan biri olsa da veri güvenliğini sağlamada fiilen yetersiz kalması nedeniyle her daim eleştirilere konu olmaktadır.

2. AB İLE ABD ARASINDAKİ KİŞİSEL VERİ AKTARIMINA İLİŞKİN GELİŞMELER

AB’den ABD’ye veri aktarımları şirketler tarafından genellikle Avrupa Birliği Adalet Di-

vani’nin (“ABAD”) Schrems I⁸ kararına kadar Komisyon tarafından alınan güvenli liman (*safe harbour*) yeterlilik kararına⁹ istinaden gerçekleştirilmekteydi. Takiben Komisyon tarafından AB-ABD arasındaki veri aktarımlarına dayanak teşkil edecek gizlilik kalkanı (*privacy shield*) yeterlilik kararı¹⁰ alınmış olsa da, söz konusu karar GDPR ve AB Temel Haklar Şartı (*EU Charter of Fundamental Rights*) ile eşdeğer bir koruma mekanizmasının ABD’de mevcut olmadığı, dolayısıyla gerekli güvenlik düzeyinin tesisinde yetersiz kaldığı ve ABD otoritelerinin yabancıların kişisel verilerine erişim yetkilerinin yeterince sınırlandırılmamış olması nedeniyle ilgili kişilerin GDPR’de öngörülen haklarına orantısız şekilde müdahale edildiği gerekçeleriyle ABAD tarafından 16 Temmuz 2020 tarihinde alınan Schrems II¹¹ kararı ile geçersiz kılınmıştır. Bununla birlikte Schrems II kararı ile gizlilik kalkanı geçersiz kılınmış olsa da transatlantik aktarımların, standart veri koruma maddelerine dayanılarak da hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebileceği ancak bunun için aktarımın gerçekleştirileceği üçüncü ülkelerde AB mevzuatında öngörülen seviyede bir koruma sağlanması adına aktarım taraflarınca gerekli ek güvenlik tedbirlerinin alınması gerektiği açıklamalarına yer verilmiştir.

3. NONE OF YOUR BUSINESS TARAFINDAN AB-ABD ARASINDAKİ VERİ AKTARIMLARINA İLİŞKİN YAPILAN ŞİKAYETLER

Schrems II kararını takiben, dijital hakların etkin bir şekilde uygulanmasını hedefleyen ve kâr amacı gütmeyen Avusturya merkezli bir kuruluş

5 European Commission, https://ec.europa.eu/info/index_en

6 General Data Protection Regulation, OJ 2016 L 119/1, Erişim Tarihi: 3 Mart 2022, madde 45

7 Yeterli güvenceler, GDPR’nin 46’ncı maddesinin ikinci fıkrasında (i) kamu kurumları nezdinde yasal olarak bağlayıcı ve icra edilebilir bir belgenin varlığı, (ii) bağlayıcı kurumsal kurallara dayalı aktarım, (iii) Komisyon tarafından kabul edilen standart veri koruma maddeleri, (iv) bir denetleyici kurum tarafından kabul edilen ve Komisyon tarafından onaylanan standart veri koruma maddeleri, (v) üçüncü ülkedeki veri sorumlusu veya veri işleyenin, veri sahiplerinin haklarına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere uygun güvenlik önlemlerini uygulamaya yönelik bağlayıcı ve icra edilebilir taahhütleri ile 40’inci madde uyarınca onaylanmış davranış kuralları veya (vi) söz konusu taahhütler ile 42’nci madde uyarınca onaylanmış bir sertifikasyon mekanizmasının varlığı olarak sayılmıştır.

8 Judgment of 6 October 2015, Schrems I, C-362/14, EU:C:2015:650, Erişim tarihi: 4 Mart 2022, CURIA - Documents (europa.eu)

9 Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce, Erişim Tarihi: 1 Mart 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0520&from=en>

10 Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, Erişim Tarihi: 3 Mart 2022, EUR-Lex - 32016D1250 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

11 CJEU Judgment in the Schrems II Case, European Parliament, Erişim tarihi: 1 Mart 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS_ATA\(2020\)652073_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS_ATA(2020)652073_EN.pdf)

olan None of Your Business (“NOYB”) tarafından Google Analytics ve Facebook Connect uygulamalarını kullanmaya halen devam eden şirketler hakkında 17 Ağustos 2020 tarihinde Avrupa Ekonomik Alanı’ndaki 30 veri koruma otoritesine toplam 101 farklı şikayet başvurusunda bulunulmuştur.¹² Söz konusu şikayetler kapsamında, gizlilik kalkanı yeterlilik kararının iptal edilmesi sonrasında, şirketlerin AB’de bulunan ilgili kişilerin kişisel verilerini ABD’nin gözetim yasalarına tabi olan Google gibi firmalara standart veri koruma maddelerine dayanarak aktarmalarının, aktarılan verilere ABD’li otoritelerin geniş erişim yetkileri olması nedeniyle, hukuka uygun olmadığı yönünde iddialar ileri sürülmüştür. Bu başvuruların üzerine, Avrupa Veri Koruma Kurulu¹³ (“EDPB”) ise 4 Eylül 2020 tarihinde NOYB tarafından iletilen şikayetlere ilişkin özel bir “görev komitesi” kurduğunu ve söz konusu şikayetlere konu hususların komite üyeleri arasında yakın bir iş birliği içerisinde koordineli olarak değerlendirilmesinin amaçlandığını açıklamıştır.¹⁴ Anılan gelişmelerin ardından Komisyon, 4 Haziran 2021 tarihinde ABAD’ın Schrems II kararında yaptığı değerlendirmeleri de göz önünde bulundurarak AB’den üçüncü ülkelere aktarılan kişisel verilerin bu ülkelerde de etkili bir şekilde korunabilmesi adına güncellediği standart veri koruma maddelerini¹⁵ kamuoyunun bilgisine sunmuştur.¹⁶

4. GOOGLE ANALYTICS UYGULAMASI-NA GENEL BAKIŞ

NOYB tarafından Google Analytics uygula-

ması kapsamında gerçekleştirilen veri aktarımlarına ilişkin yapılan şikayetlere istinaden AB yetkili otoriteleri tarafından verilen kararlara konu Google Analytics, uygulama/internet sitesi işleticisi müşterilerinin, mobil uygulamalarını ve/veya internet sitelerini ziyaret eden kullanıcıların bu siteleri/uygulamaları nasıl kullandıklarını takip etmelerini sağlayan ve müşterilerine kullanıcılarının davranışlarına ilişkin analizler ve raporlar hazırlayan bir servistir. Google Analytics, bu hizmeti sunarken müşterilerinin internet sitelerini/mobil uygulamalarını ziyaret eden her bir kullanıcıyı ve oturumlarını ayırt etmek için kullanıcıların cihazlarına yerleştirilen çerezlere bir istemci kimliği kaydetmekte ve söz konusu çerezler aracılığıyla kullanıcıların hareketlerini izlemektedir.¹⁷ Bu kapsamda Google Analytics tarafından var sayılan şekilde toplanan verilere kullanıcıların (i) yaş aralıkları, (ii) aktivitelerinin hangi şehir ve ülkede gerçekleştiği, (iii) internet sitesine nereden yönelindikleri, (iv) cinsiyet bilgileri, (v) ilgi alanları ve (vi) cihazlarında hangi dilin seçilmiş olduğu bilgileri örnek gösterilmektedir.¹⁸ Bununla birlikte, Google Analytics’in kullanımı halinde, müşterilerin internet siteleri/uygulamaları için yapılan trafik ölçümlerine ve analizlerine ilişkin tüm verilerin ABD merkezli çok uluslu bir şirket olan Google sunucularından geçerek ABD’ye ulaştığı bilinmektedir.¹⁹

5. AVUSTURYA VERİ KORUMA OTORİTESİNİN GOOGLE ANALYTICS KARARI

NOYB tarafından AB veri koruma otorite-

¹² NOYB, 101 Complaints on EU-US Transfers Filed, Erişim Tarihi: 1 Mart 2022, <https://noyb.eu/en/101-complaints-eu-us-transfers-filed>

¹³ European Data Protection Board https://edpb.europa.eu/edpb_en

¹⁴ European Data Protection Board - Thirty-seventh Plenary session: Guidelines controller-processor, Guidelines targeting social media users, taskforce complaints CJEU Schrems II judgement, taskforce supplementary measures, Erişim Tarihi: 1 Mart 2022, https://edpb.europa.eu/news/news/2020/european-data-protection-board-thirty-seventh-plenary-session-guidelines-controller_en

¹⁵ European Commission, “European Commission Adopts New Tools For Safe Exchanges Of Personal Data”, 4 June 2021, Erişim tarihi: 1 Mart 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2847

¹⁶ Komisyon tarafından 4 Haziran 2021 tarihinde yayımlanan modernize edilmiş standart veri koruma maddelerinde, aktarılan kişisel veriler bakımından veri alıcısının bulunduğu ülkede AB’dekine eş bir korumanın sağlanıp sağlanamayacağı hususunda şirketlerin risk bazlı bir yaklaşım benimseyebileceği belirtilmiş olup ABD şirketlerine veyahut riskli olduğu düşünülen ülkelere veri aktarılmaması yönünde kısıtlayıcı bir hüküm getirilmemiştir.

¹⁷ Matt Burgess, Europe’s Move Against Google Analytics Is Just the Beginning, Erişim Tarihi: 6 Mart 2022, <https://www.wired.com/story/google-analytics-europe-austria-privacy-shield/>

¹⁸ Google, [GA4] Predefined User Dimensions, Erişim tarihi: 1 Mart 2022, https://support.google.com/firebase/answer/9268042?visit_id=637817436298945965-2193613515&rd=1

¹⁹ Matt Burgess, Europe’s Move Against Google Analytics Is Just the Beginning, Erişim Tarihi: 6 Mart 2022, <https://www.wired.com/story/google-analytics-europe-austria-privacy-shield/>

lerine ve denetçilerine iletilen 101 benzer şikayetten ilki, DSB tarafından 22 Aralık 2021 tarihinde verilen karar ile sonuçlandırılmıştır.²⁰ İlgili şikayet kapsamında; Google'ın Foreign Intelligence Service Act²¹ ("FISA") yasasına tabi olduğu, bu yasa hükümleri uyarınca Avusturyalı internet sitesi (*Netdokter.at*) işleticisi tarafından Google'a aktarılan kişisel verilere ilişkin olarak ABD yetkili otoriteleri tarafından iletilecek erişim talepleri çerçevesinde Google'ın kendisine aktarılan verileri ifşa etmeye zorlanabileceği, anılan gerekçeler doğrultusunda aktarıma konu kişisel veriler bakımından ABD'de yeterli korumanın sağlanmadığının görüldüğü ve bu nedenle AB-ABD arasındaki aktarımın hukuka uygun olmadığı iddiaları ileri sürülmüştür.²²

Google ve Avusturyalı şirket ise bu iddialara karşı Google'a aktarılan IP adresinin, diğer kullanıcı tanımlayıcılarının ve tarayıcı parametrelerinin kişisel veri olarak nitelendirilemeyeceği, kişisel veri olarak kabul edilse dahi Google tarafından (i) ABD otoritelerinin veri erişim taleplerine ilişkin şeffaflık raporları oluşturulması, (ii) ilgili kişilerin bu erişim talepleri hakkında bilgilendirilmesi, (iii) Google'ın söz konusu talepleri içerik ve kapsam bakımından inceledikten sonra yerine getirmesi, (iv) veri merkezlerinde kriptografi (*encryption*) yönteminin kullanılması, (v) verilerin rumuzlanması (*pseudonymization of data*) ve (vi) IP adreslerinin anonimleştirilmesi gibi kişisel verilerin korunması adına ek teknik ve idari tedbirlerin alındığı yönünde savunmada bulunmuşlardır.

DSB tarafından yapılan inceleme kapsamında (i) çevrim içi tanımlayıcı formatında olan kimlik numaraları diğer tanımlayıcılarla birleştirildiğinde bireyler birbirinden ayırt edilebilir olduğu için bu kimlik numaralarının kişisel veri niteliğini haiz olacağı, (ii) bir verinin kişisel veri olup olmadığı değerlendirilirken bireyin kimliğini belirlemek için gereken tüm bilgilerin aynı kişi/kişiler nezdinde bulundurulmasının

dan ziyade, veriyi elinde bulunduran kişinin/kişilerin makul bir çabayla bireylerin kimliğini tespit edip edemeyeceğinin/edemeyeceklerinin dikkate alınması gerektiği, (iii) FISA'ya tabi ABD şirketlerinin kendilerine aktarılan verileri, talep edildiğinde ABD yetkili otoriteleri ile paylaşma yükümlülükleri olduğu ve bu yükümlülüklerin kapsamına şifrelenmiş verilerin "kripto anahtarlarının teslimi" de dahil olabileceğinden, kişisel verilerin şifrelenmesinin dahi somut olay nezdinde yeterli bir önlem olarak nitelendirilemeyeceği, (iv) IP adresleri ve diğer kullanıcı tanımlayıcıları, bireyleri ayırt etmek ve adreslemek için kullanıldığından, GDPR'nin 28'inci resitalinde açıklanan rumuzlama kapsamında sayılamayacağı ve (v) Google'ın, Analytics hizmetinin kurulumu bakımından internet sitesi işleticisine veri mahremiyetinin sağlanması adına çeşitli kurulum opsiyonları (örn. kullanıcıların IP adreslerinin anonimleştirilmesi) sunmasına karşın somut olayda Avusturyalı internet sitesi işleticisinin anonimleştirme aracını aktive etmemesi nedeniyle bu özelliğin sunulmuş olmasının uyuşmazlığın çözümü bakımından uygulanabilir olmadığı yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu doğrultuda Google tarafından alınan teknik ve idari tedbirlerin, ABD gözetim yasaları uyarınca kendilerine geniş erişim ve izleme yetkileri tanıyan ABD istihbarat servisleri tarafından Google'a iletilecek veri erişim talepleri kapsamında doğabilecek hak ihlallerini engelleyememesi sebebiyle yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte DSB tarafından yapılan değerlendirme kapsamında, veri aktarımlarına ilişkin kuralların somut olaydaki ABD veri alıcısı Google için değil yalnızca veri aktaran AB kuruluşu için uygulanabilir olduğu kabul edilmiş olup bahse konu aktarım işleminde veri alıcısı hukuki statüsünü haiz Google'a yönelik iddialar reddedilmiştir. Bununla birlikte ilgili otorite, GDPR'nin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 5'inci ve 29'uncu maddeleri ve veri işleyen baş-

²⁰ Austrian Data Protection Authority Decision of 22 December 2021 on the Use of Google Analytics, NOYB v. NetDokter and Google LLC, Erişim Tarihi: 27 Şubat 2022, https://noyb.eu/sites/default/files/2022-01/E-DSB%20-%20Google%20Analytics_EN_bk.pdf

²¹ The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) [2008], Erişim Tarihi: 1 Mart 2022, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-110hr6304pcs/html/BILLS-110hr6304pcs.htm>.

²² European Rulings on the Use of Google Analytics and How It May Affect Your Business, Erişim Tarihi: 3 Mart 2022, <https://www.dataprotectionreport.com/2022/02/european-rulings-on-the-use-of-google-analytics-and-how-it-may-affect-your-business/>

lıklı 28'inci maddesi çerçevesinde meydana gelmesi olası ihlaller bakımından Google'ın faaliyetlerini ayrıca araştıracağını belirtmiştir.

Son olarak, ilgili kararda her ne kadar veri aktaran internet sitesi işleticisinin GDPR hükümlerine aykırı hareket ettiği belirtilmiş olsa da henüz söz konusu internet sitesi işleticisine DSB tarafından herhangi bir ceza yaptırımını uygulandığına dair bir bilgi bulunmamaktadır.²³

6. AVRUPA VERİ KORUMA DENETÇİSİNİN AVRUPA PARLAMENTOSU HAKKINDA VERDİĞİ KARAR

DSB'nin Google Analytics kullanımına ilişkin kararını takiben NOYB tarafından iletilen şikayet üzerine, EDPS de 5 Ocak 2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu'na ("Parlamento") çalışanları tarafından COVID-19 test randevusu alınmasına imkân sunan internet sitesinde işlenen kişisel verilerin ABD'ye hukuka aykırı şekilde aktarılmış olması gerekçesiyle kınamada²⁴ bulunmuştur. Söz konusu kınamayı tetikleyen NOYB'un Ocak 2021 tarihli şikayeti kapsamında Parlamento'nun internet sitesine konumlandırılan çerez butonundaki aydınlatma metninin aldatıcı (örn. farklı dillerdeki aydınlatma metinlerinin birbirinden farklı olması) ve anlaşılması güç olduğu ve ABD'ye gerçekleştirilen veri aktarımının hukuka aykırı olduğu yönünde iddialar ileri sürülmüştür. Bunun üzerine soruşturma başlatan EDPS, Parlamento'nun internet sitesindeki çerezlerin kullanımı kapsamında Google'dan ve Stripe'tan²⁵ hizmet alırken ABD'ye aktardığı kişisel veriler için AB'dekine eşdeğer düzeyde bir koruma sağlamak adına alınan sözleşmeye dayalı teknik ve

idari tedbirlere ilişkin hiçbir belge, kanıt veya başka bilgi sağlamaması nedeniyle Parlamento'nun internet sitesinde ABD şirketlerine ait çerezlerin bulunduğu 30 Eylül ile 4 Kasım 2020 tarihleri arasında gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinin ABAD'ın Schrems II kararına ve AB kurumlarının tabi olduğu 2018/1725 sayılı Tüzük'ün²⁶ 46'ncı ve 48'inci maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirmiş ve fakat söz konusu aykırılık bakımından Parlamento'ya herhangi bir cezaya hükmetmemiş olup yalnızca kınamada bulunmuştur.²⁷

7. FRANSIZ VERİ KORUMA OTORİTESİ KARARI

NOYB'un şikayet başvurusu üzerine Google Analytics kullanımının GDPR hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine hükmeden bir diğer veri koruma otoritesi ise CNIL'dir. CNIL tarafından yapılan inceleme kapsamında (i) AB'den ABD'ye gerçekleştirilen veri aktarımlarına ilişkin hususların mevcut durumda yeterince düzenlenmediği, (ii) iki ülke arasındaki aktarımlara yönelik henüz yeni bir yeterlilik kararı verilmediği, (iii) DSB'nin değerlendirmeleri ile paralel bir yaklaşıma sahip olarak, Google'ın AB'den ABD'ye aktarılan veriler bakımından aldığı ek tedbirlerin, aktarılan bu verilere ABD istihbarat servisleri tarafından erişilmesinin engellenememesi nedeniyle yeterli olmadığı ve (iv) bu nedenle Google Analytics hizmetinin kullanılmasının Fransız internet kullanıcıları açısından risk teşkil ettiği değerlendirmelerinde bulunulmuştur.²⁸ Bu doğrultuda CNIL, 10 Şubat 2022 tarihinde Google Analytics kullanılarak gerçekleştirilen veri toplama ve aktarım faaliyetlerinin GDPR'nin 44'üncü maddesini

23 Noyb, Austrian DSB: Use of Google Analytics violates "Schrems II" decision by CJEU, Erişim Tarihi: 6 Mart 2022, <https://noyb.eu/en/austrian-dsb-eu-us-data-transfers-google-analytics-illegal>

24 European Data Protection Supervisor Decision of 5 January 2022 in complaint case 2020-1013 submitted by Members of the Parliament against the European Parliament, Erişim Tarihi 9 Mart 2022 https://noyb.eu/sites/default/files/2022-01/Case%202020-1013%20-%20EDPS%20Decision_bk.pdf

25 Ödeme hizmeti sağlayan ABD merkezli bir şirkettir.

26 Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC, OJ L 295, Erişim Tarihi 5 Mart 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32018R1725>

27 NOYB, EDPS sanctions the European Parliament for illegal EU-US data transfers - among other violations, Erişim Tarihi: 7 Mart 2022, <https://noyb.eu/en/edps-sanctions-parliament-over-eu-us-data-transfers-google-and-stripe>

28 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés Decision of 10 February 2022, Erişim Tarihi: 6 Mart 2022 <https://>

ihlâl ettiğine ve hukuka aykırı olduğuna kanaat getirerek Fransız internet sitesi yöneticisini, kararın tebliğini takiben 1 ay içinde işlemlerini GDPR'ye uygun hâle getirmesi ve bu kapsamda gerekli ise söz konusu Google Analytics aracının mevcut sürümüyle ilgili veri işleme faaliyetlerini durdurması konusunda talimatlandırmıştır. Öte yandan CNIL, internet sitesinde yaptığı açıklamada, internet sitesi trafiği ölçümü ve analizi hizmetleriyle ilgili olarak, bu araçların yalnızca anonim istatistik verileri üretmek için kullanılması ve böylelikle GDPR kapsamında öngörülen ilgili kişilerden rıza alma yükümlülüğünden muafiyet sağlanabileceği yönünde bir öneride bulunmuş ve hangi çözümlerin ilgili kişilerin rızasını gerektirmeyeceğini belirlemek için bir program başlattıklarını duyurmuştur.²⁹ Aynı açıklamada, CNIL tarafından Google Analytics kullanan başka internet sitesi işletmecilerine de GDPR'ye uyum sağlamaları yönünde talimatta bulunulduğu bilgisine yer verilmiştir.

8. KİŞİSEL VERİLERİN AKTARIMI HUSUSUNDA AVRUPA BİRLİĞİ YAKLAŞIMI VE BEKLENEN GELİŞMELER

Yukarıda incelenen karar ve kınama metinleri göz önünde bulundurulduğunda, yetkili AB otoritelerinin, uyuşmazlığa konu somut olayları, EDPB tarafından kurulan özel görev komitesinin koordinasyonu altında ve iş birliği içinde inceleyip benzer değerlendirmelerde buldukları görülmektedir. Dolayısıyla NOYB tarafından

iletilen 101 şikayetten sonuçlandırılmayanlara ilişkin olarak diğer AB otoriteleri tarafından verilecek kararlarda da emsal kararlardaki anlayışın benimseneceği tahmin edilmektedir. Zira (i) Hollanda Veri Koruma Otoritesi³⁰ internet sitesinde yaptığı açıklamada³¹ bu konuya ilişkin yürüttüğü iki soruşturma neticelendirildiğinde şirketlerin Google Analytics hizmetini kullanmalarının yasaklanabileceğini belirtmiş, (ii) Norveç Veri Koruma Otoritesi³² diğer AB otoritelerinin yaklaşımını takip edeceğini ifade ettiği ve şirketlere Google Analytics'e alternatif olan başka hizmeti kullanmaları yönünde tavsiyede bulunduğu bir bildiri³³ yayımlamış, (iii) Danimarka Veri Koruma Otoritesi³⁴ internet sitesinde yaptığı açıklamada³⁵ diğer AB otoriteleri ile benzer bir yaklaşıma sahip olduğunu açıklamış ve (iv) Lihtenştayn Veri Koruma Otoritesi³⁶ AB kuruluşlarına internet sitelerini veri koruma kurallarına uygun olarak tasarlamaları ve Google Analytics yerine verilerin korunması ile uyumlu alternatif çözümler kullanmaları yönünde çağrıda bulunduğu bir bildiri³⁷ yayımlamıştır.

Bu gelişmeleri takiben, Meta Platforms, Inc.'nin³⁸ 2 Şubat 2022 tarihinde ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu'na sunduğu 2021 yıllık raporunda, yeni bir transatlantik veri aktarım çerçevesi kabul edilmemesi ve ABD'ye gerçekleştirilen veri aktarımları bakımından standart veri koruma maddelerinin veyahut diğer alternatif aktarım yöntemlerinin kullanılmaması durumunda, şirketlerinin Facebook ve

www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_ordering_to_comply_anonymised_-_google_analytics.pdf

29 CNIL, *Use of Google Analytics and data transfers to the United States: the CNIL orders a website manager/operator to comply*, Erişim Tarihi: 6 Mart 2022 <https://www.cnil.fr/en/use-google-analytics-and-data-transfers-united-states-cnil-orders-website-manageroperator-comply>

30 *Autoriteit Persoonsgegevens, Autoriteit Persoonsgegevens* |

31 *Autoriteit Persoonsgegevens, Questions from Organizations about Cookies*, Erişim Tarihi: 7 Mart 2022, <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/internet-telefoon-tv-en-post/cookies#hoe-kan-ik-bij-google-analytics-de-privacy-van-mijn-websitezoekers-beschermen-4898>

32 *The Norwegian Data Protection Authority*, <https://www.datatilsynet.no/en/about-us/>

33 *Datatilsynet, Google Analytics May be Illegal*, Erişim Tarihi: 7 Mart 2022 <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2022/google-analytics-kan-vare-ulovlig/>

34 *The Danish Data Protection Agency*, <https://www.datatilsynet.dk/om-datatilsynet>

35 *Datatilsynet, Decision on the Use of Google Analytics by the Austrian Data Protection Authority*, Erişim Tarihi: 3 Mart 2022 <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2022/jan/afgoerelse-om-brug-af-google-analytics-fra-det-oestrigske-datatilsyn>

36 *Datenschutzstelle Fürstentum Liechtenstein*, <https://www.datenschutzstelle.li/>

37 *Datenschutzstelle Fürstentum Liechtenstein, Google Analytics and Sata Protection*, Erişim Tarihi: 9 Mart 2022, *Google Analytics and Data Protection :: Data Protection Office (datenschutzstelle.li)*

38 *Önceden Facebook olarak bilinen Meta Platforms, Inc., çok uluslu bir Amerikan teknoloji şirkettir.*

Instagram da dahil olmak üzere bir dizi önemli ürüne ve hizmete ilişkin AB’de teklif vermeyi durdurmalarının gerekebileceği ve bu durumun şirketlerinin işleyişini, finansal durumunu ve operasyon sonuçlarını önemli ölçüde etkileyeceği konusunda önemli açıklamalara yer verilmiştir.³⁹ Meta Platforms, Inc. yetkililerinin söz konusu yıllık rapordaki açıklamaları pek çok kişi tarafından AB’ye karşı bir uyarı veyahut tehdit gibi yorumlanmış⁴⁰ olsa da Meta Platforms, Inc. tarafından 8 Şubat 2022 tarihinde yapılan açıklamada⁴¹ şirketin AB’yi tehdit etme niyetinin bulunmadığı ve yıllık raporda yalnızca uluslararası veri aktarımlarına ilişkin belirsizliklerden kaynaklı ticari riskin ortaya konduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, 4 Şubat 2022 tarihinde Google tarafından şirketin resmi internet sitesinde yayımlanan paylaşımda ise, Google Analytics’in kullanılmaya devam edilmesini istediklerine ve bu kapsamda müşterilerinin hangi verilerin toplanacağı ve nasıl kullanılacağı hususlarını belirleyebilmelerine olanak sağlayan ek kontrol seçenekleri sağlamayı taahhüt ettiklerine ve böylelikle müşterilerinin AB yasaları ile uyumlu hareket etme yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardımcı olmayı hedeflediklerine yönelik açıklamalara yer verilmiştir.⁴² AB-ABD arasındaki veri aktarımına ilişkin tartışmalar süregelirken AB’nin rekabetten sorumlu komiseri Margrethe Vestager tarafından da AB-ABD arasındaki kişisel veri aktarımına ilişkin yeni bir Gizlilik Kalkanı anlaşması yapılmasının AB gündeminde öncelikli bir konu olduğu ancak Avrupa hukukundaki özel hayatın gizliliğine ilişkin haklar ile ABD gözetim sisteminin birbiriyle çatışan noktaları nedeniyle bu konuda bir uzlaşmaya varmanın kolay olmadığı yönünde bir açıklama yapılmıştır.⁴³

SONUÇ

Yukarıda anılan gelişmeler doğrultusunda, AB-ABD arasındaki veri aktarımı bakımından AB tarafından atılacak bir sonraki adımın ne olacağı pek çok şirket ve hukukçu açısından büyük bir merak konusu olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte NOYB tarafından Avrupa Ekonomik Alanı’ndaki 30 veri koruma otoritesine iletilen 101 şikayetten henüz sonuçlandırılmayanların akıbetinin mevcut içtihadı takip etmesi beklenmektedir. Bu halde, AB-ABD arası veri aktarımı gerçekleştiren GDPR’ye tabi kuruluşların mevcut iş süreçlerinin olumsuz yönde etkilenmesi elbette kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla ilerleyen süreçte söz konusu ticari belirsizliklerin ortadan kaldırılması ve fakat ilgili kişilerin temel ve hak ve özgürlüklerinin etkin şekilde korunmasına devam edilebilmesi için EDPB’nin inisiyatifiyle kurulan komite tarafından farklı bir yaklaşım benimsenerek daha uzlaşmacı bir sonuca varılması veya AB-ABD arasındaki veri aktarımlarına ilişkin yeni bir yeterlilik kararının uygulamaya alınması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte söz konusu ihtimâllerin gerçekleşmesi halinde dahi uyumsuzlukların temelini oluşturan ABD gözetim yasalarının içeriği ve kapsamı değişmedikçe kişisel verilerin iki bölge arasındaki aktarımı bakımından tartışmalı hususların belirli bir süre sonra yeniden gündeme gelmesinin kaçınılmaz olacağı düşünülmektedir.

39 Meta Platforms, Inc., *Annual Report Pursuant to Section 13 or 15(D) of the Securities Exchange Act of 1934 for the Fiscal Year Ended December 31, 2021*, p.36, Erişim Tarihi 7 Mart 2022, <https://d18rnop25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/14039b47-2e2f-4054-9dc5-71bcc7cfo1ce.pdf>

40 Aaron Nicodemus, *Meta Threatens to Pull Facebook, Instagram in Europe over GDPR Data Transfer Dispute*, Erişim Tarihi: 9 Mart 2022, <https://www.complianceweek.com/data-privacy/meta-threatens-to-pull-facebook-instagram-in-europe-over-gdpr-data-transfer-dispute/31333.article>

41 Meta Platforms, Inc., *Meta Is Absolutely Not Threatening to Leave Europe*, Erişim Tarihi: 9 Mart 2022, <https://about.fb.com/news/2022/02/meta-is-absolutely-not-threatening-to-leave-europe/>

42 Google, *Regarding international data transfers in Google Analytics*, Erişim Tarihi 7 Mart 2022, <https://support.google.com/analytics/answer/11609059?hl=en>

43 IAPP, *Vestager: Privacy Shield Replacement is ‘High Priority,’ but ‘Not Easy’*, Erişim Tarihi 7 Mart 2022, <https://iapp.org/news/a/vestager-privacy-shield-replacement-is-high-priority-but-not-easy/>

ÇALIŞMA HAYATINDA STAJYER VE ÇIRAKLAR

Muhammet Fatih YILDIZ

Avukat

Bengisu ÖZBEK

Stj. Avukat

ÖZET

Stajyer ve çırakların çalışma hayatına dahil edilmesi adına 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu ("Kanun") düzenlenmiştir. Kanun'da, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında ve yükseköğretimde eğitim görmekte olan öğrencilerin, teorik eğitimle öğrenmiş oldukları bilgilerini pratik yaparak geliştirmeleri amacıyla işletmelerde "staj" veya "çıraklık" adı altında mesleki çalışma yapmaları buna karşılık işverenlerin ise yapılan çalışma neticesinde stajyer ve çıraklara belli bir miktar ödeme yapması öngörülmüştür. Yine bahse konu öğrencilerin, çalışma hayatında aktifrol alabilmesi ve teorik eğitimle öğrenmiş oldukları bilgileri pratik eğitimle tamamlayabilmeleri adına bazı işverenlere işyerlerinde stajyer çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu anlamında işçi sayılmayan stajyer ve çırakların, staj ve çıraklık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak başvurabileceği mahkemeler ise başvurunun konusuna göre değişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Stajyer, Staj, Çırak, Mesleki Eğitim Kanunu, Ücret, Görevli Mahkeme.

GİRİŞ

Yürürlükteki mevzuat kapsamında stajyer, çırak ve işçi kavramları ve stajyer, çırak ve işçinin hukuki statüleri birbirinden farklılık göstermektedir. Ancak uygulanacak hükümler hususunda aralarında farklılık mevcut olmakla birlikte benzerlikler de bulunmaktadır. Uygulamada en çok önem arz eden husus, stajyer çalıştırma yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, makalemizde öncelikle stajyer ve çıraklara ilişkin mevzuat hükümlerine yer verilecek olup Kanun kapsamında işverenin stajyer çalıştırma yükümlülüğü değerlendirilecek ve işverenin stajyer çalıştırma yükümlülüğünün ihlâli hâlinde karşılaşacak olduğu yaptırım ve yaptırımı uygulayacak olan mercinin tespiti yapılacaktır. İşveren ile stajyer ve çıraklar arasında staj veya çıraklık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli olan yargı mercileri de güncel Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

1. STAJYER VE ÇIRAKLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

1.1. Stajyer ve Çıraklara İlişkin Mevzuat Hükümleri

Mesleki eğitime ilişkin ilke ve esaslar Ka-

nun'da yer almaktadır. Bu minvalde, Kanun'da stajyer ve çırakların hukuki statüsü, ücreti, çalıştırılma esasları ve mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde yapılacak olan mesleki eğitime ilişkin esaslar düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte stajyer ve çırakların sigortalılık durumlarına ilişkin olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İlâveten, işverenlerin, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalarına dair yükümlülüklerini düzenleyen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun hükümleri stajyer ve çırak çalıştıran işverenler açısından da uygulama alanı bulacaktır.

1.2. İşçi, Stajyer ve Çırak Kavramları Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar

İşçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi hükmünde, "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi" olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, stajyer ve çırakların hukuki statülerine ilişkin ilke ve esaslar Kanun'da düzenlenmektedir. Stajyerin tanımı, her ne kadar Kanun'da doğrudan yapılmamış olsa da staj kavramı Kanun'un 3/r. maddesi hükmünde "Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektö-

rü tanınmaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetiştirmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma” şeklinde yer almaktadır. Bu doğrultuda, staj yapan kişi de stajyer olarak nitelendirilmektedir. Anılan madde hükmünde, her ne kadar staj tanımında sadece yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin yaptıkları mesleki çalışma esas alınmış olsa da Kanun’un 18. maddesi’ hükmünden staj yapabilecek olan öğrencilerin aynı zamanda mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencileri de olabileceği anlaşılmaktadır. Çırak ise Kanun’un 3/c. maddesi hükmünde, “çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi” olarak tanımlanmaktadır.

İşçi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmesinin asli unsurları işçinin iş görme edimine karşılık işverenin ücret ödeme borcu iken; stajyer ile işveren arasındaki sözleşme ilişkisinde işverenin asıl borcu mevzuatta yer alan düzenleme neticesinde, mesleki ve teknik eğitim yapan ortaöğretim okul veya kurumlarında veya yükseköğretim kurumlarında eğitim alan öğrencilerin teorik eğitim ile edindikleri bilgilerin pratik eğitimle geliştirilmesine yardımcı olmaktır. Çırak ile işveren arasında yapılan sözleşmenin asli unsurları ise, işverenin çırağa belirli bir sanatı öğretme ve mesleki gelişimine yardımcı olma borcuna karşılık çırağın da bir meslek veya sanatı öğrenmek amacıyla işverene hizmet etme borcudur.

Her ne kadar stajyer veya çırakla yapılan sözleşmenin asli unsuru işverenin ücret ödeme borcu olmasa da stajyer ve çırağa Kanun’un 25. maddesindeki “(...) işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler ile mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında staj veya tamamlayıcı eğitim gören öğrencilere asgari ücretin net tutarının; yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde otuzundan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde onbeşinden, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin yüzde otuzundan, [...] aşağı ücret ödenemez.” hükmü ile işyerinde çalışan personel sayısına bağlı olarak değişen

asgari tutarlarda ödeme yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Madde metninde sadece mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında staj ve/veya çıraklık yapan öğrencilere işverenin ödeyeceği ücret tutarının belirlendiği görülmektedir. Ancak işverenin işyerinde çalışan ve yükseköğretimde eğitim görmekte olan stajyere de, Yükseköğretimde Uygulamalı Eğitimler Çerçeve Yönetmeliği’nin 12/7. maddesinin “İşletmede mesleki eğitim gören öğrencilere 3308 sayılı Kanunun 25 inci maddesi uyarınca ücret ödenir.” şeklindeki atfı neticesinde, yine Kanun’un 25. maddesinde belirtilen aynı tutarlarda ücret ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bir başka deyişle, hüküm zorunlu staj yapan üniversite öğrencilerini de kapsayacak şekilde uygulanmaktadır.

Stajyerlere ödenecek olan ücretin miktarı noktasında, ana kural Kanun’un 25. maddesi uyarınca işyerinde çalışan personel sayısına göre belirlenecek olan tutarda ücretin ödenmesi olmakla birlikte; Yükseköğretimde Uygulamalı Eğitimler Çerçeve Yönetmeliği’nin geçici 1. maddesinde “Bu madde kapsamında özel sektör işletmelerinde, teknoparklarda, araştırma altyapılarında, Ar-Ge merkezlerinde ya da sanayi kuruluşlarında işletmede mesleki eğitim yapan öğrencilere 1/1/2023 tarihine kadar uygulamalı eğitimleri süresince asgari ücretin net tutarının %35’i ücret olarak ödenir.” sayılan işyerlerinde stajını yapacak olan yükseköğretim öğrencilerinin alacakları ücrete ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Nitekim, mezkûr maddenin 4. fıkrası hükmü uyarınca “Üçüncü fıkra kapsamına giren öğrenciler için 1/1/2023 tarihine kadar bu Yönetmeliğin 12 nci maddesinin yedinci fıkrası uygulanmaz.”. Bu kapsamda, yükseköğretim kurumunda okumakta olan stajyere ödenecek olan ücret hususunda Yönetmelik’in geçici 1. maddesi, Kanun’un 25. maddesi’ne göre özel hüküm teşkil ettiğinden öncelikli olarak uygulanacaktır. Bir başka deyişle, işyerinin madde hükmünde sınırlı olarak sayılmış olan işyerlerinden biri olması hâlinde yükseköğretim öğrencisi olan stajyerlere ödenmesi gereken ücret, asgari ücret tutarının en az %30’u değil, %35’i olması gerekecektir.

1 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nun 18/1. maddesi uyarınca, “On ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az olmamak üzere mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine beceri eğitimi, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencilerine staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırır. Öğrenci sayısının tespitinde kesirler tam sayıya tamamlanır. Bu işletmeler mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumu öğrencilerine staj yaptırabilir.”

İşverenin işçilerin ücretlerini banka kanalıyla ödemesine dair yükümlülüğü “Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik”te düzenlenmektedir. Anılan Yönetmelik’te, banka kanalıyla ücreti ödenmesi zorunlu tutulan kişiler arasında stajyer ve çıraklar sayılmamıştır. Her ne kadar stajyer ve çıraklara yapılan ödemelerin banka kanalıyla yapılması mevzuatta düzenleme altına alınmamış olsa da stajyer ve çırak ücretlerinin banka kanalıyla ödenmesi işverene ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Stajyerler ve çıraklar, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 5/b. maddesi² hükmü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılmışlardır. İş sağlığı ve güvenliği açısından da işverenin iş yerinde çalıştıracığı kişiler yönünden stajyer, çırak veya işçi olmasına bakmaksızın 6331 sayılı İş Sağlığı Güvenliği Kanunu’nun 2/1. fıkrasının “*Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.*” şeklindeki hükmü uyarınca, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirleri alması gerekmektedir.

2. İŞVERENİN STAJYER ÇALIŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kanun’un yukarıda madde metni verilen 18. maddesi ile, 10 ve daha fazla sayıda personel çalıştıran işverene belli sayıda stajyer çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Madde hükmünde yer alan ve işverenin işyerinde çalıştırmakla yükümlü olduğu stajyerler, zorunlu stajını yapmakta olan öğrencilerdir. Eş deyişle, zorunlu staj, eğitim görmekte olduğu kurum tarafından staj yapması zorunlu tutulan ve madde hükmü uyarınca stajını yapan öğrencilerin tabi olduğu stajdır. Bu doğrultuda, işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu stajyer sayısı, işyerinde zorunlu stajını yapmakta olan yükseköğretim öğrencileri ile mesleki ve teknik ortaöğretim okul

ve kurum öğrencilerinin toplam sayısı dikkate alınarak hesaplanacaktır. Bununla birlikte mevzuatta işverene işyerinde çırak çalıştırma yükümlülüğü getirilmemiştir. Dolayısıyla işverenin işyerinde çalıştırmakla yükümlü olduğu stajyer sayısının hesabında, işyerinde gönüllü staj yapan öğrenciler ile çalışmakta olan çıraklar dikkate alınamayacaktır. Bir başka deyişle, işverenin işyerinde gönüllü stajyer ve/veya çırak çalıştırıyor olması, stajyer çalıştırma yükümlülüğünü bertaraf etmeyecektir.

Uygulamada, İl/İlçe Milli Eğitim Müdürlüklerince İŞKUR’dan temin edilen verilerle işletmelerde çalışan toplam personel sayısı tespit edilmekte ve bu tespite göre stajyer çalıştırmak zorunda olduklarına kanaat getirilen özel sektör işverenlerine stajyer çalıştırmak zorunda olduklarına (3308 sayılı Kanun madde 18’e tabi olduklarına) dair bir yazı gönderilmektedir. İşveren tarafından stajyer çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde, Kanun’un 24. maddesinde “*On ve daha fazla personel çalıştıran ve Bakanlıkça işletmelerde meslekî eğitim kapsamına alınan, ancak, beceri eğitimi yaptırmayan işletmeler, beceri eğitimi yaptırmaması gereken her öğrenci için eğitim süresince her ay 18 yaşını bitirenlere ödenen asgari ücretin net tutarının 1/3’ü nispetinde, yirmi ve daha fazla personel çalıştırılması hâlinde 2/3’ü nispetinde saymanlık hesabına para yatırmakla yükümlüdürler.*” şeklinde belirtilen tutarı işverenin Milli Eğitim Bakanlığı’nın merkez saymanlık hesabına ödemesi gerekmektedir. İşverenin stajyer çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde ödemekle yükümlü olduğu tutarın hukuki niteliği idari para cezası değil mesleki eğitime katılma payıdır. Söz konusu yükümlülüğü denetleyecek olanlar ise Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı müfettişlerdir.

3. STAJ VE ÇIRAKLIK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3/1. maddesinin “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile*

² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 5/b. maddesi uyarınca “5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu’nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğretim sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, [...] iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır.”

işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” şeklindeki hükmü uyarınca, iş sözleşmesine dayalı olan her türlü işçilik alacağı davasından önce dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak arabuluculuk dava şartı açıkça işçilik alacaklarından kaynaklı uyuşmazlıklar için getirilmiş olup işverenle çalıştırmakta olduğu stajyer veya çıraklar arasındaki alacaklardan (ücret gibi) kaynaklı uyuşmazlıklar için getirilmemiştir. Samsun Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen “[...] okul müfredatı gereği [...] zorunlu stajını yaptığı, ancak davalı kurumun 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25’inci maddesi uyarınca ödenmesi gereken staj ücretini ödemediğini belirterek alacak isteminde bulunduğu,[...], genel mahkeme sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olup arabulucuya başvurma dava şartı mevcut olmadığı[...].” şeklinde verilen kararda³ da, mesleki eğitim gören öğrencinin yapmış olduğu staja ilişkin ücret alacağına ilişkin davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığına hükmedilmiştir.

Stajyerin hukuki niteliğinin İş Kanunu’nda belirtilen işçi kavramından farklı olduğuna yukarıda detaylı olarak değinilmiştir. Bu itibarla, staj ve çıraklık sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesi değil, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesidir⁴. Nitekim stajyerlerin ücret alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu mahkemelerin vermiş oldukları kararlar ile de sabittir. Konuya ilişkin olarak, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararda⁵; stajyer öğrencinin, özel bir hastanede zorunlu stajına binaen yaptığı çalışma karşılığı olarak hak etmiş olduğu ve kanundan doğan ödemenin tarafına yapılmasını talep ettiği uyuşmazlıkta, görevli mahkemenin iş mahkemesi değil asliye

hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle davalının istinaf başvurusu reddedilmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3/3. maddesinin “İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” şeklindeki hükmü uyarınca iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklarda da arabuluculuğa başvuru yapılması dava şartı olarak aranmaktadır. Stajyer ve çırakların geçirmiş olduğu iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklı maddi ve manevi tazminat taleplerinin hangi mahkemede görülmesi gerektiği noktasında mevzuatta açık herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte stajyer ve çırakların işyerinde çalışmaya başladıkları tarihte başlayan ve çalıştıkları süre zarfı için geçerli olan iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının niteliği ve iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hususların bildiriminin işverene ait bir yükümlülük olması sebeplerine istinaden bu hususta açılan davalarda görevli mahkeme genel görevli asliye hukuk mahkemesi değil, ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesidir⁶. Nitekim, Yargıtay’ın vermiş olduğu “5510 sayılı Kanuna göre çıraklar ve stajyerler, yaşı ve tabi olduğu yasa ne olursa olsun, kısa vadeli sigorta koluna tabi olacaktır. 6331 sayılı Kanunda hüküm bulunmamakta ise de çırak ve stajyerlerin kısa vadeli sigorta koluna tabi olduğu gözetildiğinde, bu neviden davaların İş Mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir. Zira, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu tabi kısmının kusura isabet eden pay oranında tazminattan düşülmesi gerekmekte olup, bunu yapacak uzman mahkeme iş mahkemesidir. Aksine yorum, başka bir ifadeyle özel uzmanlık gerektiren mahkemelerden bu davaların alınarak genel mahkemelere verilmesi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun ruhuna

3 Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 22.03.2019 tarihli ve E.2019/1272 sayılı kararı

4 Faruk B. MUTLAY- Melih İŞİK, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, S. 588

5 “Davalı vekili istinaf dilekçesinde İş Mahkemesinin görevli olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay 22. HD’nin 2013/6970 E-2014/4726 K sayılı 04/03/2014 tarihli kararı ile Dairemizin 2018/2115 E- 2018/1542 K sayılı 12/10/2018 tarihli emsal kararında vurgulandığı gibi davacı ile davalı arasındaki ilişki çıraklık sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi 4857 Sayılı İş Kanunu anlamında bir iş sözleşmesi ya da 6098 Sayılı TBK’nun 393. maddesi kapsamında bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda davaya bakmak görevi Asliye Hukuk Mahkemesine ait olduğundan davalının görev itirazı yerinde görülmemiştir.” (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi’nin 05.10.2020 tarih ve E.2020/503 sayılı kararı)

6 Sedef KOÇTANGÜN, “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018/40, S.142

ve çıkarılış amacına aykırı olur” şeklindeki kararda da iş kazasından kaynaklanan tazminat taleplerinin iş mahkemelerinde görülmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁷.

SONUÇ

İlgili mevzuatlar ve yargı kararları ışığında, her ne kadar stajyer, çırak ve işçinin tabi olduğu ortak hükümler olsa da hukuki statüleri birbirinden farklıdır. Nitekim, mevzuatta işverene stajyer çalıştırma yükümlülüğü getirilmişken çırak çalıştırma yükümlülüğü getirilmemiştir. Bununla birlikte iş sözleşmesinden doğan her tür işçilik alacağına ilişkin uyuşmazlıkta zorunlu arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak öngörülmüşken, staj ve çıraklık sözleşmesinden doğan alacaklara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa başvurulması öngörülmemiştir. Staj ve çıraklık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, görevli mahkeme genel görevli asliye hukuk mahkemesi iken; iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hususlara bakmakla görevli olan mahkeme ise, ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesidir.

7 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2020 tarih ve E.2019/5063 sayılı kararı

BEDELLİ ASKERLİĞİN İŞ HUKUKU VE İŞ İLİŞKİLERİNDEKİ YANSIMALARI

Orkun Ayberk APAN
Stj. Avukat

ÖZET

26.06.2019 tarih ve 30813 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7179 sayılı Askeralma Kanunu ile bedelli askerlik sürekli hale gelmiştir. Değişen mevzuat ile beraber bedelli askerlik nedeniyle işçilerin ücretsiz izne çıkması, iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı, ihbar tazminatına etkisinin ne olacağı, bedelli askerlikte geçen sürenin işçinin yıllık ücretli izin hakedişinin hesabında esas alınacak olan kıdeme etkisinin ne olacağı ve işçinin askerlik dönüşünde işe başlatılması bakımından uygulamada soru işaretleri oluşmuştur. Bu nedenle söz konusu durumlar aşağıda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bedelli Askerlik, Askeralma Kanunu, İşveren, İşçi, Kıdem.

GİRİŞ

26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. maddesi ile IIII sayılı Askerlik Kanunu’na geçici 55. madde eklenmiş ve bu suretle bedelli askerlik uygulaması ülkemizde bir kez daha yürürlüğe konmuştur. Akabinde, 26.06.2019 tarih ve 30813 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7179 sayılı Askeralma Kanunu ile bedelli askerlik uygulaması sürekli hale getirilmiştir. Yürürlükteki mevzuat kapsamında bedelli askerlik uygulamasına ilişkin genel ilke ve esaslar, Askeralma Kanunu’nda yer almaktadır.

I. BEDELLİ ASKERLİĞİN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

I.I. Ücretsiz İzin Bakımından

IIII sayılı Askerlik Kanunu’nun geçici 55. maddesinde, bedelli askerlik yükümlülerinin çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından ücretsiz izinli sayılacağı belirtilmiştir. Ancak 2019 yılında yürürlüğe giren 7179 sayılı Askeralma Kanunu ile bedelli askerlik hizmetinden yararlanan işçilerin temel askerlik

eğitim süresi boyunca ücretsiz izinli sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir düzenleme getirilmediğinden bedelli askerlik süresince iş sözleşmesinin askıya alınma durumu olağan ücretsiz izin prosedürü çerçevesinde işletilecektir.

Mezkûr duruma binaen, muvazzaf askerlik hizmetini, bedelli askerlik ile yerine getirecek olan işçi açısından işverenin ücretsiz izin verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin ücretsiz izin kullanması, işveren ile işçinin karşılıklı mutabakatına bağlıdır. Dolayısıyla işverenin teklifi üzerine işçinin onay vermesi veya işverenin işçinin talebini uygun bulması hâlinde, işçi bedelli askerlik süresince ücretsiz izin kullanabilecektir.

İşverenin işçiyi bedelli askerlik süresince ücretsiz izne çıkarmak istemesi hâlinde, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesinde belirtilen esaslı değişiklik sürecini işletmesi ve ilgili işçiden yazılı onay alması gerekecektir. Zira işçinin ücretsiz izinde olduğu süre zarfında işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu geçici bir süre askıda olacağından ücretsiz izin uygulaması çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturmaktadır. Bu kapsamda işveren ücretsiz izin teklifini yazılı olarak işçiye bildirmeli ve 6 iş günü içerisinde işçiden yazılı olarak onay almalıdır. Yazılı biçimde bildirilmeyen veya işçi tarafından 6 iş günü içerisinde kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacak-

tır. Ücretsiz iznin uygulanabilmesi için işçinin ücretsiz izin önerisini kabul etmesi gerekmektedir. Buna karşın, işçi rızası alınmadan ücretsiz izne çıkmaya zorlanırsa İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca "çalışma koşullarının uygulanmaması" nedeniyle haklı feshe başvurabilecek ve işyerinde bir yıl ve üzeri kıdeme sahipse kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

1.2. Kıdem Tazminatı Bakımından

1475 sayılı İş Kanunu'nun hâlen yürürlükte olan 14. maddesinde, bir yıl ve üzeri kıdeme sahip işçilerin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmelerini sonlandırmaları hâlinde kıdem tazminatına hak kazanacakları hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda, bir yıl ve üzeri kıdeme sahip işçi, iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle sona erdirdiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında muvazzaf askerlik hizmetinin bedelli olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Konuya ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ("BAM") 28. Hukuk Dairesi ("HD") kararında, "Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi yeterli olup, askerliğin kısa süreli ya da bedelli olması önem taşımaz. 1475 sayılı Kanununun 14. maddesi "Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla" işten ayrılanların kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemekle yetinmiş, muvazzaf askerlik hizmetinin ne şekilde yapılacağı, diğer bir ifade ile fiilen mi yoksa bedel ödemek suretiyle mi yapılacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Bu bağlamda bedelli askerlik suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılmak için işyerinden ayrılan işçinin de kıdem tazminatına hak kazanması gerekir." şeklinde hüküm kurmuştur. Paralel olarak, Konya BAM 8. HD de vermiş olduğu kararında, "1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/3. maddesinde muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda işçi belirtilen bu hükümden yararlanarak bedelli için dahi olsa iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatı talep hakkına sahiptir."² şeklinde hüküm kurarak aynı yönde görüş bildirmiştir.

Sonuç olarak, yargı kararlarında da kabul edildiği üzere, bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiren ve bir yılın üzerinde hizmet süresine sahip olan işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bu açıdan, bedelli askerlik olgusunun teyit edilmesinin ardından gerekli şartları sağlayan işçiye işten çıkışı hâlinde kıdem tazminatının ödenmesi gerekir.

1.3. İhbar Tazminatı Bakımından

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın ihbar süresine uymaması nedeniyle karşı tarafa ödemesi gereken tazminattır. İşçinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun hâlen yürürlükte olan 14. maddesi uyarınca, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini sonlandırdığı durumlarda ihbar süresine uyma yükümlülüğü ve ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Nitekim değerlendirmemize paralel olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında "İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin ... muvazzaf askerlik, evlilik gibi sebeplerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır."³ şeklinde hüküm kurmuştur.

İhbar süresi ve ihbar tazminatı noktasında, muvazzaf askerlik hizmetinin bedelli askerlik şeklinde ifa edilip edilmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini sonlandıran işçi, ihbar süresinin bitimini beklemeksizin iş sözleşmesini sonlandırabilecek ancak ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır.

1.4. Yıllık Ücretli İzin Bakımından

Anayasa'nın 50. maddesinde, çalışanların dinlenme hakkı güvence altına alınmış ve İş Kanunu'nun 53. maddesinde ise, yıllık ücretli izin hükme bağlanmıştır. Bu noktada, işçilere yıllık ücretli izin kullanılması gerektiğine

1 İstanbul BAM 28. HD'nin 26.12.2019 tarih ve E.2019/3156, K.2019/3356 sayılı kararı.

2 Konya BAM 8. HD'nin 24.1.2020 tarih ve E.2019/2257, K.2020/167 sayılı kararı.

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.4.2018 tarih ve E. 2018/9-241 K. 2018/768 sayılı kararı.

ilişkin hüküm emredici hüküm niteliğini taşımaktadır. Nitekim işçinin yıllık ücretli izinde bulunduğu süre zarfında dinlenmesi esastır. Bu doğrultuda, işçinin yıllık ücretli izinde bulunduğu süre zarfında askerlik hizmetini ifa ediyor olması yıllık ücretli iznin doğasına aykırılık teşkil edeceğinden işçinin askerlik hizmetini ifa ettiği süreçte yıllık ücretli izinde gösterilmesi hukuken uygun bir uygulama olmayacaktır.

1.5. İşçinin Yeniden İşe Başlatılması Bakımından

İşçinin yeniden işe başlatılması İş Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrasında, "Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder." şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda kanun, işverene, askerlik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren işçinin askerliğini tamamladıktan sonra iki ay içerisinde işe alınma talebiyle kendisine başvurduğu takdirde, bu işçiyi eski işi veya benzeri bir işte boş yer varsa derhal; yoksa boşalacak ilk işe alma yükümlülüğünü yüklemiştir. Aksi takdirde, işbu yükümlülüğüne aykırı davranan işveren tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

Nitekim Konya BAM kararında, "7146 sayılı Kanunla 01/01/1994 tarihinden (bu tarih dahil) önce doğmuş olup, henüz askerliğini yapmamış ve 03/08/2018 tarihi itibarıyla fiili askerlik hizmetine başlamamış olanlara askerliğini bedelli olarak yapma imkânı getirilmiştir. 4857 sayılı kanuna tabi olarak çalışanlardan zorunlu (muvazzaf) askerliğini yapanların askerlikten kaynaklanan kıdem tazminatı ve askerlik dönüşü ise başlama şeklinde iki önemli hakkı vardır. Askerlik nedeniyle işten ayrılan işçinin kıdem tazminatı alabileceğine dair düzenleme 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer almakta olup, bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 7146

sayılı Kanunda, temel askerlik süresince çalışanın işyeri tarafından ücretsiz izinli sayılacağına yer verildiğinden, bedelli askerlik nedeniyle işine ara verecek işçinin askere gideceğini belirterek iş akdini feshetmemişse dönüşünde aynı yerde çalışma hakkına da sahiptir. Ancak bunun yerine ücretsiz izin talep edebilir. Bu durumda ise ortada bir feshi olmadığından feshe bağlı alacak olan kıdem tazminatı talebinden söz edilemez. Yani işçinin seçimlik hakkı vardır."⁴ ifadeleriyle işçinin muvazzaf askerlik hizmetini tamamlamasının akabinde işe devam etme talebi varsa, işverenin işçiyi işe almakla yükümlü olduğu yönünde hüküm kurmuştur.

SONUÇ

Bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini sonlandıran işçi bedelli askerlik süresince ücretsiz izne çıkabilir. Ancak yıllık izin süresince işçinin dinlendirilmesi asıl olduğundan bedelli askerlik süresince söz konusu işçiye yıllık izin kullanılmamalıdır. Yargı kararları ışığında, bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiren işçi bir yıl ve üzeri kıdeme sahipse kıdem tazminatına hak kazanır ancak bu noktada işçinin ihbar tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Bununla birlikte, bedelli askerlik dönüşü işçi iki ay içerisinde işe alınma talebiyle kendisine başvurduğu takdirde, işveren bu işçiyi eski işi veya benzeri bir işte boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe almakla yükümlüdür; aksi takdirde, işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.

4 Konya Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi'nin 24.1.2020 tarih ve E. 2019/2257 K. 2020/167 sayılı kararı.

HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İSPAT YÜKÜ VE ARAÇLARI

Zeynep GÜLAY
Avukat

İrem ÇITAK
Avukat

ÖZET

Kişi, kural olarak çalışmaya başlamakla sigortalı olur. Kurum tarafından kanundan kaynaklanan sigorta edimlerinin sigortalıya sunulması için işbu çalışma ilişkisinin bildirilmesi, bu bildirim yanısıra sigortalının ilgili sigorta kollarından sağlanan yardım ve haklardan faydalanabilmesi için adına belirli bir süre prim ödenmesi de gerekmektedir. Dolayısıyla işverenlere, çalıştırdıkları sigortalıları Kuruma bildirme ve prim ile hizmet belgesi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Kayıt dışı istihdam ise, sosyal güvenlik açısından niteliği itibarıyla yasal işlerde çalışarak istihdama katılan kişilerin, çalışmalarının gün veya ücret olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına hiç bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Gerek kısa gerekse uzun vadede kayıt dışı istihdam ülke ekonomisi ile kişilere oldukça büyük zararlar vermekle birlikte sosyal açıdan da birçok olumsuzluğu beraberinde getirmektedir. Bu çalışmamızda, kamu düzenine ilişkin olan hizmet tespiti davalarında ispat yükü ve araçları hem doktrin hem de Yargıtay Kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Tespiti Davaları, Hizmet Tespiti Davalarında İspat Yükü, Hizmet Tespiti Davalarında İspat Araçları.

GİRİŞ

Kayıt dışı istihdam, gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun günümüz ekonomilerinde var olan ciddi bir sorun olmakla beraber Türkiye açısından özellikle 1980'li yıllardan sonra gündeme gelmiş olan bir kavramdır. Ülkeden ülkeye farklılıklar arz etmekle birlikte ekonomik krizler, işsizlik, istihdam üzerindeki mali yüklerin fazla olması, vergi oranları, enflasyon, rekabet etmek için maliyetleri azaltma isteği kayıt dışı istihdama yol açan nedenlerin başında gelmekte olup bu durumun önüne geçebilmek için öncelikle kayıt dışılığın hangi nedenlerden kaynaklandığının tespiti gereklidir.

Kayıt dışı istihdam çalışanlar, işverenler ve devlet açısından birçok açıdan olumsuzluğu beraberinde getirmektedir. Çalışanlar sendikal haklardan yoksun kalmakta, yeterli sağlık hizmetlerinin alınamaması sonucunda hastalık vakaları artmakta, iş kazası veya meslek hasta-

lığı, analık durumlarında hak ve yardımlardan faydalanamamakta, emekli aylığına hak kazanamamakta; işverenler açısından ise primi ödeyenlerle ödemeyenler arasında haksız rekabet ortamının oluşmasına sebebiyet vermektedir. Devlet açısından ise öncelikle prim kaybı gündeme gelmektedir. Ayrıca devlet sosyal güvenlik sisteminden kaynaklanan yükleri taşımak zorunda kalmakta, bu durum ise çalışanların sistemden yararlanamamaları sebebiyle sosyal güvenlik açıklarının artması sonucunu beraberinde getirmektedir. Anlaşıldığı üzere, kayıt dışı istihdam gerek çalışanlar ile işverenler, gerekse devlet açısından ciddi boyutta ahlaki dejenerasyona sebep olmaktadır.

Kayıt dışı istihdam kavramı, ilgili literatürlerde birçok farklı şekilde tanımlanmaktadır.

Avrupa Komisyonu, kayıt dışı çalışma ile ilgili yayınladığı raporda, kayıt dışı çalışmayı, üye devletlerin düzenleyici sistemlerindeki farklılıkları dikkate alarak, niteliği itibarıyla yasal, ancak kamu otoritelerine bildirilmemiş üretim faaliyetleri olarak tanımlamaktadır.¹ Daha önce Avrupa Komisyonu tarafından ya-

¹ Sander MATEMAN, Piet H. RENOOY, *Undeclared Labour in Europe Towards an integrated approach of combatting undeclared labour* (Final Report, Regioplan Publicationnr. 424, Amsterdam, 2001, 15 Kasım 2005, s.93, http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/work/undeclared_labour_in_europe_de.pdf; Erişim Tarihi: 07.03.2022.

pılan bazı çalışmalarda üretim faaliyetlerinin yerini ücretli faaliyetler ibaresi almaktaydı. Yapılan düzenlemeler sonucu, işbu tanım genişletilerek ücret karşılığı olmaksızın yapılan üretim faaliyetleri de kapsama dâhil edilmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) tarafından kullanılan tanımda da kayıt dışı istihdam, belirli bir referans döneminde formel, enformel ya da hanehalklarınca formel olmayan bir şekilde yerine getirilen işleri kapsamaktadır.²

Sonuç itibarıyla kayıt dışı istihdam kavramı, piyasa koşullarında kendi işyerinde veya herhangi bir sektörde bağımlı çalışan olarak istihdam edilen kişilerin, devlet denetim mekanizmasının olmadığı, ücret, mesai gibi konularda Sosyal Güvenlik Kurumu’nun denetimi dışında ücretin ya da çalışma gün sayısının eksik veya hiç bildirilmediği yasa dışı çalışmalar olarak tanımlayabilmek mümkündür.³

Hukuk düzenimizde, kayıt dışı çalışanların hizmet tespiti davaları ikame ederek haklarını aramaları mümkündür. Hizmet tespiti davalarında ise ispat kavramını ispat yükü ve araçları kavramları içerisinde irdelemek gerekir.

1. HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İSPAT

Bir davada davanın taraflarınca ileri sürülen iddia ve savunmalar, birtakım olay ya da olgulara dayanır. Bu olay ya da olgular, taraflar arasında çekişmeli ise ispat edilmeleri gerekir. İspat edilmemiş bir olay ya da olgu ile mevcut olmayan bir olay ya da olgu eşdeğerdir. İspat faaliyeti, esas itibarıyla davaya bakan hâkimi inandırma faaliyetidir.

Hizmet tespiti davasında sigortalı, davalı işverene ait işyerinde geçen çalışmalarının işverence Kuruma bildirilmediğini ve ücret miktarını ispat etmek durumundadır. İşveren ise,

davacının kendisine ait iş yerinde çalışmadığı veya tüm çalışmalarının Kurum’a eksiksiz bildirildiği yönünde savunma yaparak karşı ispat faaliyetine girişir.⁴

1.1. İspat Yükü

Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” şeklindeki hükmüyle genel ispat kuralını belirlemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”)’nin 190. maddesi de aynı yönde bir hükme yer vererek ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa ait olduğunu düzenlemiştir. Bazı durumlarda, genel kuralın dışında ispat yükü Kanun tarafından belirlenmiş olabilir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 86. maddesinin 9. fıkrasında hizmet tespiti davasında davacının, işverene ait işyerinde sigortalı olarak geçen çalışmalarının Kurum’a bildirilmediğini, Kurum tarafından tespit edilmediğini ve ücret miktarını ispat etmekle yükümlü olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

HMK’nın 25. maddesi, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.*” şeklindedir. Bu ilkenin anlamı hâkimin, Kanun’un öngördüğü hâllerde re’sen harekete geçerek uyuşmazlığın aydınlığa kavuşturulması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla araştırma yapmasına ve delil toplamasına izin verildiğidir. Bu noktadan hareketle, Kanun’da asıl olanın dava malzemesinin taraflarca getirilmesi olduğu ve fakat Kanun’un öngördüğü istisna hâllerde ise hâkimin re’sen harekete geçerek delil toplama-

2 Ralf HUSSMANN, *Defining and Measuring Informal Employment*, International Labour Office, Bureau of Statistics, Switzerland, 2004, 5 Aralık 2005, s.3.

<http://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/download/papers/meas.pdf>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

3 İrem Özlem YANICI ERDAL, *Türkiye’de Kayıt Dışı İstihdam ve Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Politikaları*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:8, Sayı:16, 2019, s.228,

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ufuksbedergi/issue/58933/849547>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

4 Erdal ARAP, *Hizmet Tespiti Davaları*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.138.

sına müsaade edildiği sonucuna varmak mümkündür. Re'sen araştırma ilkesi kamu yararının ağır bastığı ve kamu düzenini gerektiren hallerde uygulama alanı bulan bir yargılama hukuku ilkesidir.⁵ Kamu düzenine ilişkin olan hizmet tespiti davalarında da re'sen araştırma ilkesi geçerlidir.⁶

Hâkim re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulunduğu davalarda, kendisine gerçek görünmeyen iddiaların varlığı hâlinde, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla araştırma yapmakla yükümlüdür. Taraflardan birinin isticvap edilmesi ve bunun ikrarla sonuçlanması hâlinde bile hâkim, tarafın beyanı ile bağlı olmayacak ve bu konuya ilişkin olarak yine araştırma yapabilecektir.⁷ Yani hâkim tarafların sunduğu delillerle bağlı kalmayıp, gereken her türlü araştırmayı yapma yükümlülüğü altındadır.

Hizmet tespiti davalarının kamu düzenini ilgilendirdiği, bu sebeple de özel bir duyarlılık ile yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın güncel bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanun'un 79/10. ve 5510 sayılı Kanun'un 86/9. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de, davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu sebeple özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir.”*⁸

a. İspatın Gerekli Olduğu ve Olmadığı Haller

İspatın gerekli olmadığı hâlleri ikrar ile çekişmesiz vakıalar ve herkesçe bilinen vakıalar başlıkları altında toplamak mümkündür. İkrar, bir tarafın diğer bir tarafın ileri sürdüğü vakıa-

nın kısmen ya da tamamen doğru olduğunun kabulü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ikrar edilen vakıa çekişmeli olmaktan çıkar ve ispat edilmesine gerek kalmaz.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu düzenine ilişkin olan hizmet tespiti davalarında ikrar mümkün değildir. Bu nedenle hizmet tespiti davasında davadan feragat, davayı kabul ve sulhun yanında ikrarın da kabulü mümkün değildir.⁹ Bu hususun yanı sıra ispatın konusunu taraflarca çekişmeli olan ve dava konusu uyuşmazlığın üzerinde etkili olan vakıalar oluşturduğundan herkesçe bilinen vakıalar ve çekişmesiz vakıaların ispatına gerek yoktur.

Sigortalılık niteliği ve fiili çalışma, söz konusu işyerinin kanun kapsamında olup olmadığı, kesintili veya kesintisiz çalışma olgusu ile ücret miktarı ise ispatlanması gereken olgulardandır. 5510 sayılı Kanun'a göre, kişi çalışmaya başladığı tarihten itibaren sigortalı sayılır. Yani sigortalılık niteliği bakımından tam veya kısmi zamanlı olarak fiilen çalışma olgusunun gerçekleşmesi şarttır. İşveren, işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte Kurum'a vermekle yükümlüdür. Çalışan tarafından ikame edilen davanın kabulü için söz konusu işyerinin Kanun kapsamında bulunması gerekmektedir. Yargıtay, güncel bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; *“Bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu koşul oluşmuşsa işyerinin gerçekten var olup olmadığı kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma olgusunun varlığı özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır.”*¹⁰

5 Seda ÖZMUMCU, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s.150,

213535 (dergipark.org.tr), Erişim Tarihi: 07.03.2022

6 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 28.01.2014 tarih ve E.2013/17322,K.2014/1631 sayılı kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2017 T. 2016/4209 E. ve 2017/6459 K. sayılı kararı,

www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

7 Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2014, s.262.

8 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 06.11.2017 tarih ve E.2017/1672,K.2017/8847 sayılı kararı,

https://www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

9 Resul ASLANKÖYLÜ, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Yetkin Yay., Ankara 2009, s.1338.

10 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2020 tarih ve E.2019/2680,K.2020/649 sayılı kararı,

https://www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

Bu hususların yanı sıra, hizmet tespiti davalarında davacının kesintili veya kesintisiz çalıştığı dönemleri kuşku duyulmayacak ölçüde ispatlaması şarttır. Bu noktada belirtmek isteriz ki işbu davalar beş yıllık hak düşürücü süreye tabi olup, hak düşürücü süre işçinin işten çıktığı yılın son gününden itibaren işlemeye başlar. Ancak işçi yıllarca kesintisiz ve aralıksız olarak aynı işyerinde çalışmışsa, işçinin beş yılı aşan süreye ilişkin sigortasız çalışmaları için bile hizmet tespit davası açabilmesi mümkündür. Davacının hizmet tespiti davasında ispat etmesi gereken unsurlardan birisi de ücrettir. Kurum'ca işverene tahakkuk ettirilecek primler açısından öncelikle ücretin belirlenmesi gerekir.

1.2. İspat Araçları

a. Kesin İspat Araçları

Hizmet tespiti davalarında kesin ispat araçlarını senet ile belge ve kesin hüküm başlıkları altında toplayabilmemiz mümkündür.

Senet, kişinin iradesine ilişkin beyanının dış dünyaya yazılı olarak yansıtılması biçimidir. Ayrıca senedin yazılı olması, bir vakıa hakkında bir irade beyanı içermesi ve imzalı olması gerekir.¹¹ Bu unsurlardan birinin dahi eksik olması durumunda senet niteliği taşımayacağından belge olarak kabul edilecektir.

Hizmet tespiti davası kural olarak her türlü delille ispatlanabilir. Ancak yazılı belgelerin bulunması durumunda bunların ispat gücü diğer ispat araçlarına göre daha fazladır. Sigortalı ile işverenin imzasını taşıyan ücret bordrosu gibi yazılı belgelerin bulunması durumunda bu belgeler kesin delil olarak kabul edilir. Buna karşılık sigortalının imzasını içermeyen bordro, bildirge, vizite kâğıdı gibi belgelere hizmet tespiti davasında yazılı delil olarak itibar edilemez. İşe giriş bildirgesinde, ücret tediye bordrolarında,

aylık prim ve hizmet belgelerinde sigortalının imzası bulunmasına rağmen sigortalı söz konusu belgeleri hata, hile veya korkutma sonucunda imzaladığını iddia ederse bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bunun yanında sigortalı söz konusu belgelerdeki imzanın kendisine ait olmadığını da ileri sürebilir.¹²

Ayrıca davacı tarafından işveren aleyhine ikame edilmiş bir dava mevcut ise ve bu dava karara bağlanarak kesinleşmişse yani ortada bir kesin hüküm varsa davacının tekrar aynı işveren aleyhine aynı dönemlere ilişkin hizmet tespiti davası ikame etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda ise kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilecektir.¹³

Bu hususların yanı sıra, hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle yemin müessesesine başvurulması mümkün değildir.

b. Takdirî İspat Araçları

Tanık, uzman görüşü, keşif ve işçilik haklarına ilişkin davada verilen hüküm ise takdirî ispat araçları arasında yer almaktadır.

Hizmet tespiti davasında davacı sigortalı olarak fiilen çalıştığını fakat işverence Kurum'a bildirilmediğini iddia etmektedir. Çalışma olgusu maddi bir vakıa olduğuna göre tanık delili ile ispatlanması mümkündür. Ancak yazılı belgelerin varlığı durumunda tanık sözlerine itibar edilemez. Bunun dışında ücret miktarına yönelik olarak da tanık deliline başvurulması mümkündür. Ancak iddia edilen ücret miktarı HMK'nın 200. maddesindeki parasal sınırı aşıyorsa yazılı delil ile ispatlanması gerekir.¹⁴ Ayrıca re'sen araştırma ilkesi uyarınca hizmet tespiti davalarında *hâkimin* tanıkları re'sen belirlenmesi mümkün olup¹⁵ tanıkların dinlenme-

11 Muhammet PEKCANITEZ, Hakan ATALAY, Oğuz ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay. 7. Bası, Ankara, 2008, s.480.*

12 ARAP, a.g.e, s.167-168.

13 *Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 04.03.2002 tarih ve E.2001/9748, K.2002/1414 sayılı kararı, https://www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 07.03.2022.*

14 ARAP, a.g.e, s.171.

15 *Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 15.05.2017 tarih ve E.2016/1147, K.2017/3947 sayılı kararı, https://www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 07.03.2022.*

si sırasında da özel bir duyarlılık gösterilmesi gerekmektedir.¹⁶ Ayrıca Yargıtay, hizmet tespiti davalarında öncelikle davacı ile birlikte çalışan bordro tanıklarının dinlenmesini,¹⁷ davacı ile aynı işyerinde çalışan kişilerin bulunmaması durumunda ise komşu işyerlerinde çalışan kişilerin ifadelerine başvurulması gerektiğini vurgulamıştır.

Hizmet tespiti davalarında uzman görüşüne başvurulması da mümkündür. Ancak mahkeme uzman görüşünü serbestçe takdir etme hakkını haizdir. HMK'nın 293. maddesi uyarınca, *hâkim, kendisinden rapor alınan uzmanı mahkemeye davet edip dinleyebilir.*

Ayrıca, hizmet tespiti davalarında mahkemece re'sen veya taraflardan birinin talebine üzerine keşif deliline de başvuru sağlanabilir.¹⁸

Takdiri ispat araçlarının bir diğeri de işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen hükümdür. İşbu hüküm hizmet tespiti davasında kesin olmasa da oldukça güçlü bir delil niteliğini haizdir. İşçilik alacaklarına ilişkin davada verilen hükmün kesin delil olarak kabul edilmemesinin nedeni davanın tarafının Sosyal Sigortalar Kurumu olmadığıdır.¹⁹

SONUÇ

Sosyal Güvenlik Kurumu'na hizmet süreleri eksik bildirilen veya hiç bildirilmeyen çalışanların işverene karşı ikame ettikleri hizmet tespiti davaları sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında oldukça önemli bir yere sahiptir. Temelini Anayasa'dan alan sosyal güvenlik hakkına herkesin sahip olduğu kabul edilmiş ve Devletin bu güvenliği sağlayacak her türlü tedbiri alması öngörülmüştür. Bu nedenle de kamu düzenine ilişkin olan hizmet tespiti davalarında re'sen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla hizmet tespiti davasında davacının, işverene ait

işyerinde sigortalı olarak geçen çalışmalarının Kurum'a bildirilmediğini, Kurum tarafından tespit edilmediğini ve ücret miktarını ispat etmekle yükümlü olduğu açıkça hüküm altına alınmışsa da davaya bakan *hâkim*, taraflarca sunulan delillerle bağlı olmayıp hiçbir şüpheye yer verilmeyecek şekilde gerçek durumun ortaya çıkması adına her türlü araştırmayı yapma yükümlülüğü altındadır. Bu araştırmayı yaparken *hâkim*, mevcut ise öncelikle kesin delil araçlarını incelemelidir. Takdirî delillerin aksine kesin delil araçları *hâkimi* bağlayıcı niteliktedir. Kesin delillerin mevcut olmaması hâlinde ise takdirî ispat araçları incelenmelidir.

¹⁶ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 29.01.2003 tarih ve E.2003/21-1K.2003/34 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

¹⁷ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 03.03.2020 tarih ve E.2019/1079,K.2020/1413 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

¹⁸ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 18.06.2020 tarih ve E.2019/3635,K.2020/12478 sayılı kararı, <https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 07.03.2022.

¹⁹ Barış DUMAN, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin tespiti, Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s.102.

ANONİM ŞİRKETLERDE İMTİYAZ

Betül TORUN

Avukat

ÖZET

İmtiyaz, adi paya nazaran esas sözleşme ile üstün hak veya haklar sağlamak ve payın içerdiği haklar bakımından paylar arası eşitliği bozarak daha fazla hak veya öncelik tanımak amacı ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda mevcut olan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da varlığını kanun koyucunun koruduğu bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede imtiyaz, adi paya nazaran üstün hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Bu çalışmamızda, paylar arası eşitliği bozan imtiyaz kurumu, konunun kapsamının genişliği sebebiyle yalnızca kapalı anonim şirketler esas alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz, İmtiyazlı Pay, Nispi Eşitlik, Üstün Hak, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu

GİRİŞ

İmtiyaz müessesesi, uzun yıllardır Türk Ticaret Hukukunda mevcudiyeti olan bir kurum olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nda da kanun koyucu tarafından korunmuş ve kural olarak, pay sahiplerinin pay sahipliği haklarından sermayeye katılımları ile orantılı olarak yararlanmasını öngören nispi eşitlik ve oransallık ilkesine istisna olarak varlığını 6102 sayılı TTK' da da muhafaza etmiştir. Anonim şirketlerde genel kural, payın sağladığı haklardan şirket sermayesine katılım oranında yararlanılabilmesidir. Bu kural, imtiyazlı payların mevcudiyeti halinde terk edilmekte ve sermayeye katılım oranları, imtiyazlı paylar karşısında önemsizleşerek imtiyazlı pay lehine üstün veya yeni bir takım haklar yaratılmaktadır. Bu çalışmamızda, öncelikle, imtiyazın tanımı yapılarak özelliklerine değinilecek, akabinde ilgili mevzuat düzenlemesi çerçevesinde imtiyazın tanınma yöntemleri açıklanacak ve son olarak imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçmek amacı ile kanun koyucu tarafından öngörülen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ve işleyişi incelenecektir.

1. İMTİYAZ

Türk Dil Kurumu ("TDK"), imtiyaz kavramını başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya

şart, ayrıcalık olarak tanımlanmaktadır.¹ TTK ise, anonim şirketlerde imtiyaz kavramını paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlamaktadır. Gerçekten de TTK' nın 478. maddesi, "(1) İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir. (2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakları gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. (3) 360'ncü madde hükmü saklıdır." düzenlemesini içermektedir.

İlgili madde incelendiğinde, imtiyaza ilişkin üç temel özelliğe kanun maddesinin lafzından ulaşılabildiği görülmektedir. Bu çerçevede değinilmesi gereken ilk özellik, imtiyaz ancak esas sözleşme ile öngörülebilir yahut esas sözleşmenin değiştirilmesi neticesinde, imtiyazlı pay oluşturulabilir. İkinci olarak, imtiyaz ancak paya tanınabilir. Kanun maddesi açıkça "... gibi haklarda paya tanınan" ibaresi ile imtiyazın pay sahibine/sahiplerine değil, paya tanındığını vurgulamış bulunmaktadır. Son olarak, yine madde metninden de görüleceği üzere, imtiyaz, paya üstün bir nitelik kazandırmaktadır. Biz de imtiyaza ilişkin açıklamalarımızı kanun maddesini esas alarak, bu üç özellik çerçevesinde inceleyip konuya açıklık kazandırmaya çalışacağız.

1.1. İmtiyaz, Esas Sözleşme ile Öngörülebilir

TTK'nın 478. maddesi ile imtiyazın ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşmenin sonradan değiştirilmesi ile paya sağlanabileceği açıkça

1 <https://sozluk.gov.tr/> (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 03.03.2022

öngörülmüştür. İmtiyaz, mutlak surette esas sözleşme ile tanınır.²

İmtiyaz, anonim şirket kurma iradesini haiz olan kurucuların üzerinde mutabık kaldığı esas sözleşme ile öngörülebilir. Nitekim, Kanun'da 478. maddede, "ilk esas sözleşme" ibaresi ile şirketin kuruluşunda kurucu pay sahiplerinin mutabık kaldığı esas sözleşmede imtiyazlı payların öngörülebileceğini belirtmiş bulunmaktadır. Yine, TTK'nın esas sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurları saydığı 339. maddesinde de eğer mevcutsa, imtiyaza ilişkin düzenlemelerin de esas sözleşme içeriğine dahil edilmesi zorunluluğu belirtilmiştir.

İmtiyazlı paylar, kuruluş aşamasında öngörülebileceği gibi daha sonrasında esas sözleşmenin değiştirilmesi sureti ile de paya tanınabilir. Bu husus, TTK'nın 478. maddesinin "ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek" düzenlemesi ile ifade edilmiştir. Ancak madde açıkça esas sözleşmenin değiştirilmesi sureti ile imtiyazın öngörülebileceğini düzenlediğinden, esas sözleşme değişikliği yapılmaksızın yalnızca genel kurul kararı ile imtiyazın tanınması imkân dahilinde değildir.³ İmtiyazın tesis edilmesi için genel kurulun yalnızca bu yönde karar alması bu sebeple yeterli olmayıp olağan ya da olağanüstü genel kurul toplantısı ile esas sözleşmenin değiştirilmesi ve imtiyazın da bu suretle tesis edilmesi gerekmektedir.

TTK'nın 421. maddesi, esas sözleşme değişikliklerinin kural olarak şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınan kararlar neticesinde gerçekleşeceğini öngörmekle birlikte, aynı maddenin 3. fıkrası ile imtiyazlı pay oluşturulması için özel nitelikli çoğunluk öngörülmüş ve imtiyazlı pay oluşturulması için alınacak esas sözleşme değişikliği kararları için sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin ya da temsil-

cilerinin olumlu oyu aranmıştır. Şu halde, imtiyazlı pay tanınması için yapılacak esas sözleşme değişikliğinde sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahipleri olumlu oy kullanmış olmalıdır.

İmtiyazın esas sözleşme içerisinde detaylandırılması zorunludur. Bu sebeple, imtiyazların tanımlanması, içeriğinin belirlenmesi ve somutlaştırılması esas sözleşme ile yapılmalıdır. Esas sözleşmede belirli payların imtiyazlı olduğunun belirtilmesi yeterli olmayıp imtiyazın konusunun ve kapsamının da açıkça belirtilmesi gerekliliği mevcuttur.⁴

1.2. İmtiyaz, Paya Tanınabilir.

Kural, imtiyazın paya tanınmasıdır. Nitekim, TTK'nın 478. maddesi, "İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara tanınabilir." ifadesi ile açıkça imtiyazın paya tanınabileceğini belirtmiş bulunmaktadır. Bu kural gereği; imtiyaz, üstün hak olup kişiye, makama veya belirli bir sığata değil, yalnızca paya bağlıdır.⁵

Kural bu olmakla birlikte, 6335 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile TTK'nın 478. maddesine dördüncü fıkraya olarak eklenen düzenleme ile, sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerde, yalnızca bunların sahip oldukları paylara imtiyaz tanınması imkânı getirilmiş; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa herhangi bir imtiyaz tesis edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu madde çerçevesinde, sermayesinin yarısından fazlasını tek başına veya birlikte Devlet, il özel idaresi, belediye, diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar ve bunların üst

2 Hasan Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre İmtiyazlı Paylar", *Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S.1., 2013 s. 2

3 Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş 15. bs.*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 563; Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", s. 2

4 Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre İmtiyazlı Paylar", s.3; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., s. 566

5 Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, a.g.e., s.563; Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", s. 3

kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ya da aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerde, yalnızca bunlar lehine imtiyaz öngörülebilir. Bu çerçevede; TTK, her ne kadar 478. maddesi ile imtiyazın paya tanınması imkânını tanımlıysa da, aynı maddenin son fıkrası ile malikin maddede sayılan kurum ve kuruluşların olmadığı paylar lehine imtiyaz tesisini açıkça yasaklamış bulunmaktadır.

1.3. İmtiyaz, paya üstün bir nitelik kazandırır.

TTK'nın ilgili madde metninde de belirtildiği üzere imtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır. Payların A, B, C gibi gruplara ayrılması yahut payların nama ya da hamiline yazılı olması bu paylar bakımından imtiyaz yaratıldığı anlamına gelmez.⁶ Zira payların gruplara ayrılması halinde dahi, her bir pay grubunun birbirine üstünlük sağladığı durumların mevcut olmadığı hallerde üstünlükten bahsedilemeyeceği için imtiyazdan da bahsedilemeyecektir. Kanunun bahsettiği üstünlük, hiyerarşik bir üstünlük olmayıp imtiyazlı payın adi paya nazaran daha fazla pay sahipliği hakkını sağlaması anlamındadır.⁷ Kural olarak, her pay sahibi şirket sermayesine katılım oranında değişen haklara sahiptirler ve bu sebeple, payın sağladığı haklardan, şirket sermayesine katılım oranları da gözetilerek yararlanma hakkına sahiptirler.⁸ Anonim şirketler hukukunda haklardan yararlanma, açıklandığı üzere bu çerçevede, oransallık ilkesi çerçevesinde vücut bulmasına rağmen, imtiyaz bu oransallık ilkesinin sonucu olan paylar arası eşitlik prensibinin istinasını teşkil etmektedir.⁹ İmtiyazlı pay sahibi lehine, anonim şirkete hakim olan bu oransallık ilkesinden sapılmak sureti ile imtiyazlı pay lehine daha fazla

pay sahipliği hakkı doğmaktadır. Bu da imtiyazlı payı, adi paya nazaran üstün bir hale getirmekte ve ona üstün bir nitelik kazandırmaktadır.

2. İMTİYAZ TÜRLERİ

6012 sayılı TTK'nın 478. maddesine göre, imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan bir haktır. Kanun maddesinden de görüleceği üzere, sayım sınırlı olmayıp, kanunda öngörülmeleyen bir pay sahipliği hakkı yaratmak sureti ile de imtiyaz yaratılabilir. Ancak hem madde metnini esas alarak hem de uygulamada en çok karşılaşılan imtiyaz türlerinin yine maddede belirtilenler olduğunu gözeterek açıklamalarımızı bu doğrultuda yapacağız.

2.1. Kâr Payında İmtiyaz

Kâr payı hakkı, faaliyet yılı sonunda dağıtılmaya tahsis edilmiş net dönem kârının, genel kurulun¹⁰ kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre, kârın dağıtılması yönünde karar almasına müteakip pay sahiplerinin talep etmesi mümkün olan alacak olarak tanımlanabilir.¹¹

Pay sahiplerinin kâr payı hakkını düzenleyen TTK'nın 507. maddesi incelendiğinde, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre hesaplanan net dönem kârına, pay sahiplerinin payları oranında katılabileceği belirtilmiş ve genel kuralın, her pay sahibinin kâr payı hakkının sermaye payı ile orantılı olması gereği pozitif düzenleme ile TTK'da yerini bulmuş bulunmaktadır.

Kural, pay sahibinin kâr payına iştirakinin yine payı oranında olmasıdır.¹² Ancak yine aynı

6 Soner Altaş, "Yeni TTK'ya Göre İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paylar Özel Kurulu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.8, S. 83, Temmuz 2013, 71- 79, s.71; Ömer Teoman, "Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrılacak Yaratmak Anlamına Gelir mi?" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.18, S.3, 1996, 1-6, s.3 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 02.03.2022

7 Altaş, a.g.m. s. 72

8 Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", s. 3

9 Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", s. 1

10 TTK'nın 407. maddesine göre, yıllık kâr üzerinde tasarruf ile kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesi, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra dahil edilmesi veya kullanılmasına dair kararların alınması Genel Kurulun devredilmez görev yetkilerindedir. TTK kapsamında yıllık kâr üzerinde tasarrufa ilişkin Genel Kurulun toplantı ve karar nisaplarına ilişkin özel bir düzenleme yer almadığı için, Genel Kurul bu yöndeki kararlarını, şirket esas sözleşmesinde aksi bir hüküm yoksa, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımı ile toplanan toplantıda, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile alabilirler.

11 Hasan Karşoğlu, "Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri", *Ankara Barosu*, 2019, S.3 184-227, s.190

12 Hüsnü Turanlı/Seda Seyman Korkmaz, "Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Alma Hakkı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk*

maddenin 2. fıkrası, esas sözleşmede payların bazı türlerine tanınan imtiyaz haklarıyla özel menfaatlerin saklı olduğunu belirtmektedir. Söz konusu düzenleme, TTK'nın 478. maddesi ile uyum içerisindedir zira TTK'nın 478. maddesi de imtiyazın kâr payı için de tesis edilebileceğini açıkça zikretmiştir. İlgili düzenlemeler incelendiğinde, her pay sahibinin payı oranında kâra katılması ilkesine istisna getirilebilmesi mümkün kılınmıştır. Gerçekten de anonim şirketler tarafından ihraç edilen imtiyazlı paylar, itibari değeri ile eşit olan payların eşit oranda kâr payından yararlanması kuralının istisnasını teşkil eder.¹³

Kâr payında imtiyazın nasıl tesis edilebileceğine ilişkin TTK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada, öncelikle imtiyaz sahibine kâr payı ödenmesi ve eğer geriye kâr kalırsa, adi pay sahiplerine kâr ödemesi yapılması gibi kârdan öncelikli yararlanma; kârdan daha fazla pay almak sureti ile adi paylara nazaran kârdan daha yüksek oranda pay alabilme; kâr payı dağıtımı yapılmadığı yıllardaki kâr haklarını da muhafaza ederek kâr payı dağıtımı yapıldığı zaman dağıtım yapılmayan dönemdeki kâr paylarını da alma şeklinde kâr payından kümülatif olarak yararlanma ve kâra tekrar katılabilme yöntemleri ile kâr payında imtiyaz tesis edilebilir.¹⁴ Bu modellerden biri ya da birkaçını içeren düzenlemelerin esas sözleşme ile getirilmesi mümkündür.

2.2. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı

Değindiği üzere, kural, imtiyazın paya tanınması olmakla birlikte, TTK'nın 478. maddenin 3. fıkrası ile 360. maddenin saklı olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de TTK'nın 360. maddesi incelendiğinde, nitelik ve özellikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa yönetim kurulunda

temsil edilme hakkı tanınmak sureti ile imtiyazın paya tanınması genel kuralından sapılarak yönetim kurulunda temsil edilme hakkının pay sahiplerine tanındığı görülmektedir.¹⁵

İlgili maddeye göre, esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Maddenin 2. fıkrası ile bu şekilde tanınan temsil edilme hakkında tanınan payların imtiyazlı sayılacağı belirtilmiştir. Bu yönüyle TTK'nın 360. maddesi, TTK'nın imtiyazın paya tanınabileceğine ilişkin düzenlemesinin istisnasını oluşturmaktadır. Zira madde ile özellikleri ve nitelikleri ile bir grup oluşturan pay sahiplerine (paylara değil) ve azlığa imtiyaz tesis edilmiş olmaktadır.¹⁶

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının özellikle aile şirketlerinde yaygın olarak kullanıldığı doktrinde belirtilmektedir. Özellikle orta veya büyük çaplı olan veya büyümek isteyen aile şirketlerinde, şirketin ihtiyacı olan ek sermayenin bireysel katkılarla sağlanamaması ve şirket hisselerinin halka satılması durumunda şirkete büyük oranda nakit girerken, bir yandan da ailenin kontrol gücü ve şirket üzerindeki ekinliği azalmaktadır. İşte bu noktada TTK'nın 360. maddesi ile sermaye artırımını düşünen ancak şirkette etkinliğini kaybetme korkusunu yaşayan mevcut pay sahipleri, yeni pay sahipleri karşısında kendilerini koruyabilme ve şirket yönetiminde etkinliklerini devam ettirebilme imkânına kavuşabilmektedir.¹⁷

Yönetimde temsil edilme hakkı ise, yönetim kurulu üyelerinin belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, nitelik ve özellikleri itibarıyla bir grup oluşturan pay sahipleri ve azlık arasından seçilmesi sureti ile tesis edilebileceği gibi esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday

Fakültesi Dergisi, 14(1) 2015, 7-44, s. 27 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 03.03.2022

¹³ Karşlıoğlu, a.g.m., s. 186; Hakan Bilgeç, "Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kâr Payında İmtiyaz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21 Özel S., 2019, 2323-2356, s.2345-2350

¹⁴ Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar" sf. 8; Turanlı/Korkmaz, a.g.m., s. 27

¹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e. sf. 567

¹⁶ Altaş, a.g.m., sf. 73; Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", s. 5

¹⁷ Rauf Karasu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2016, C. 2, S.1., s. 33 (Çevrimiçi) 11.03.2022

önerme hakkı tanınmak sureti ile de tesis edilebilir. İlk ihtimalde, yönetim kurulu üyeleri belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, nitelik ve özellikleri itibarıyla bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlık arasından seçilecektir. Yönetim kurulunu seçme hakkı, genel kurulun devredilmez hak ve yetkilerinden olmakla birlikte, genel kurul yönetim kurulu seçiminde bu yönetimde temsil edilme imtiyazına haiz olan pay sahipleri arasından yönetim kurulu seçmekle mükelleftir. İmtiyazın ikinci görünümü ise, yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkıdır. Bu durumda, genel kurulun seçeceği kişi veya kişiler, imtiyazlı pay sahipleri tarafından belirlenerek genel kurula önerilmektedir.

Esas sözleşme ile imtiyazın tesis edildiği hallerde, esas sözleşmede tercih edilen yönetime göre, hak sahibi kişilerin yönetime katılma haklarını kullanabilmelerini güvence altına almak adına genel kurulun hak sahipleri tarafından önerilen adayı veya hak sahibi gruba dahil olan aday, haklı bir neden mevcut olmadıkça, seçme zorunluluğu vardır.¹⁸

2.3. Oyda İmtiyaz

TTK'nın 434. maddesi ile kural olarak pay sahiplerinin oy haklarını genel kurulda paylaşımının itibari değeriyle orantılı olarak kullan-

cakları öngörülmüştür. Ancak genel kurulun bu istisnası oyda imtiyaz olup bu imtiyaza ilişkin olan ilgili düzenleme TTK'nın 479. maddesinde yer almaktadır.

İlgili madde ile oyda imtiyazın eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmesi sureti ile tanınabileceği açıklanmıştır.¹⁹ Şu halde, itibari değeri 100 TL olan (A) grubu payların 1 oy hakkı, yine itibari değeri 100 TL olan (B) grubu payların 2 oy hakkı mevcutsa, (B) grubu paylar imtiyazlı kabul edilecektir.

Aynı maddenin 2. fıkrası ise, oyda imtiyaza ilişkin bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır. İlgili maddeye göre, bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınması mümkündür. Şu halde, Kanun'un öngördüğü üzere, eşit itibari değerdeki paylara farklı oy hakkı vermek mümkün olmakla birlikte; bir paya, kural olarak, en fazla onbeş oy hakkı tanınabilir.

Genel kural, bir paya en fazla on beş oy hakkı tanınması olmakla birlikte, yine aynı madde bunun da istisnasını öngörerek kurumsallaşmanın²⁰ veya haklı bir sebebin²¹ ispatlandığı durumlarda bir paya on beş oy hakkından daha fazla oy hakkı tanınmasına imkân tanımıştır. Ancak sınırlamanın aşılması, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkeme-

¹⁸ Argun Karamanlioğlu, "TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları – Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.16, S. 197-198, 225-279, s. 265

¹⁹ Oyda imtiyaz, iki suretle yaratılabilir. Bunlardan ilki; aynı itibari değeri taşıyan paylara farklı oy hakkı tesis etmek sureti ile olabilir. Örneğin, itibari değeri 100 TL olan (A) grubu paylara bir oy hakkı tanınırken, itibari değeri (A) grubu paylarla aynı olan ve 100 TL itibari değerinde bulunan (B) grubu paylara iki oy hakkı tanınması bu yöntemle oyda imtiyazın yaratılması anlamına gelir. Bir diğer yöntem ise, farklı itibari değerdeki oylara aynı oy hakkının tanınması yolu ile olur. 100 TL itibari değerde olan (A) grubu paylara bir oya hakkı tanınırken, itibari değeri 200 TL olan (B) grubu paylara da bir oy hakkı tanınabilir. Bu yöntemde ise, sermayeye katılım oranlı farklı olsa da, (A) grubu paylara (B) grubu paylarla eşit oy hakkı tanınması sureti ile (A) grubu paylar imtiyazlı hale getirilmiştir. Ancak Kanun ve Gerekçe, ikinci yöntemle izin vermemiştir. Teoman ise, bu iki yöntemin de oyda imtiyaz için öngörülmesinin mümkün olduğunu ve yalnızca bir yöntemle geçerlilik tanıyıp diğerini dışlamanın haklı sebepleri bulunmadığını ileri sürerek durumu eleştirmektedir. Ömer Teoman, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Eylül 2009, C.25, S.3, 5-24, s. 21-22

²⁰ Kurumsallaşma politikası; kurucu vefat edince şirketin dağıtılmaması ve şirketlerin ömürlerinin, kurucuların veya onların altsoylarının ömürleri ile sınırlı olduğu inancını değiştirmeye, şirketlere devamlılık sağlamaya yöneliktir. Ancak madde metninden de görüleceği üzere, bu doğrultuda istisna edilme kararı için kurumsallaşma projesinin mevcut olması ve bunun şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret merkezince uygun bulunması gerekmektedir. Bkz. Hasan, Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Haziran 2008, S.3, 19- 32, s.22 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 01.03.2022

²¹ Kanun'un gerekçesi incelendiğinde; haklı sebeplerin, açıklanan hukuk politikasına uygun olması gerektiği; özelleştirmede veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatinin korunması, şirketin dar boğazdan kurtarılması, hak pay sahiplerinin korunması gibi amaçlarla ve iyi işleyebilecek bir mekanizma ile yönetimin profesyonellere bırakılması Kanun tarafından uygun görülmüştür. Yine, hakim projeyi kurumsallaşma sebebine dayanan istisna edilme kararlarında isteyebileceği madde metninde belirtilmişse de mahkemenin haklı sebepler istisnasında da proje istemesine engel olmadığı madde gerekçesinde belirtilmiştir.

sinin kurumsallaşma projesini veya haklı sebebi incelemesi ve buna bağlı olarak sınırlamadan istisna edilme kararı vermesine bağlıdır.

TTK' nın 479. maddesinin 3. fıkrası ise, oyda imtiyazın etkisizleştiği durumları düzenlemiştir. Maddenin bu fıkrasına göre, oyda imtiyaz, esas sözleşme değişikliği ve ibra ve sorumluluk davası²² açılması durumlarında kullanılamayacaktır. Bu durumda, imtiyazlı paylar da adi paylar gibi yalnızca bir oy hakkı vermektedir. Gerekçe incelendiğinde, oyda imtiyazın etkisizleştiği durumların, önem kriteri yanı sıra hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olma amacına göre belirlendiği belirtilmektedir.

2.4. Rüçhan Hakkında İmtiyaz

Rüçhan hakkı, sözlük anlamı itibarıyla öncelik hakkı anlamına gelmekte olup anonim ortaklıkta esas sermayenin artırılması yoluna gidildiğinde mevcut pay sahiplerinin, esas sermayedeki payları ile orantılı olarak yeni pay almada öncelik hakkına rüçhan hakkı denilmektedir.²³ Nitekim, TTK'nın 461. maddesi ile her pay sahibinin yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermaye oranına göre alma hakkına haiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki rüçhan hakkı, dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını neticesinde çıkarılacak yeni payları pay sahiplerinin payları ile orantılı olarak almasını sağlar.²⁴ Rüçhan hakkı, sermayenin dış kaynaklardan artırımının yapıldığı hallerde söz konusu olup TTK'nın 462. maddesine göre, sermayenin

iç kaynaklardan yapıldığı hallerde, zaten, mevcut pay sahipleri sermaye oranlarına göre yeni çıkarılacak payları bedelsiz olarak ve kendiliğinden iktisap edeceklerdir.

Rüçhan hakkı ile pay sahiplerinin sahip olduğu eski durumlarını koruma amacı güdüldüğü; örneğin kâr payı, tasfiye payı gibi mali hakların ya da oy hakkı gibi şahsi hakların sermaye artırımını karşısındaki eski değerini yitirmemesi amacı ile yeni payların da öncelikli olarak pay sahibine verilmesi ile pay sahiplerinin pay sahipliği haklarında hiçbir değişiklik olmayacağı belirtilmektedir.²⁵

Esas sözleşmeye hüküm koymak suretiyle anonim şirketin yapacağı sermaye artırımları neticesinde çıkarılacak yeni payları alma konusunda bazı paylara adi paylara oranla üstünlük tanınabilir. Adi paylara nazaran üstünlük sağlayan bu paylara da rüçhan hakkında imtiyazlı paylar denilmektedir.²⁶

Rüçhan hakkının nasıl tanınacağı hususunda TTK'da özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple, öğretilerde rüçhan hakkında imtiyazın farklı şekillerde yaratılabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda rüçhan hakkında imtiyaz, ilk olarak, her pay sahibinin esas sermayedeki payları oranında yeni payları iktisap etme hakkından sapılmak ve sermayeye katılma oranından daha fazla oranda yeni pay alma hakkı şeklinde tanınabilir. Örneğin, sermayenin yüzde onunu temsil eden bir paya, yeni çıkarılan payların yüzde otuzunu öncelikle alma hakkı tanın-

22 Pulaşlı, *Kanun'da yer almamakla birlikte, sorumluluk davasında genel kurulun şirketi temsil etmek üzerinde kayyım seçeceği durumlarda da oyda imtiyazın etkisizleşeceğini; aksi halde, oyda imtiyaz sahibi olan kişilerin bu imtiyazları gözetilerek yapılan bir kayyım seçimi sonucunun, sorumluluk davası açılması ile güdülen amaca ulaşmaya engel olabileceğini savunmaktadır. Zira, oyda imtiyazın kayyım seçiminde etkili olacağı kabul edilirse, yönetim kurulu üyesi olan imtiyazlı pay sahipleri aleyhine oyda imtiyaz etkisizleştiği için sorumluluk davası açılması yönünde genel kurul kararı alınsa dahi kayyım seçiminde oyda imtiyaz devreye gireceğinden bu sefer aleyhlerine sorumluluk davası açılması düşünülen kimselerin seçeceği bir kayyım şirketi temsil edecektir ki bu da şirketin menfaatlerini olumsuz etkileyebilir. Konunun İsviçre Hukuku'nda da tartışmalı olduğunu belirten Pulaşlı, *İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta tartışıldığını belirterek Federal Mahkeme'nin sorumluluk davasında şirketi temsil edecek kayyım seçimlerinde de oyda imtiyazın etkisizleştiği yönünde kararını dikkat sunmaktadır. Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller", s. 25-31**

23 Nihat Taşdelen, "Anonim Ortaklıkta Rüçhan Hakkı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992, S. 5, 235-251, s.235 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 10.03.2022

24 Şükrü Yıldız, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C.18, S.2, 809-817, s.809 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 10.03.2022

25 Taşdelen, a.g.m. sf. 235

26 Murat Besen, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar*, Oniki Levha Yayıncılık, Mart 2018, sf. 57

mak sureti ile rüçhan hakkında imtiyaz sağlanabilir.²⁷

İmtiyazın sağlanmasına ilişkin diğer bir yöntem ise, bazı payları yeni çıkan paylardan öncelikli olarak yararlandırıp, geriye kalan paylardan da sermaye payı oranında yeni pay alma hakkı tanımak suretiyle olabilir. Sermaye oranı yüzde on olan ve yüzde beş oranında rüçhan hakkına haiz olan bir pay sahibi, yüz bin adet pay çıkarılması durumunda beş bin adedi imtiyazlı pay sahibi olması sebebi ile iktisap edecek, diğer kalan doksan beş bin adet ise, sermaye payı oranında kendisine dağıtılarak normal koşullarda yeni çıkan paylardan on bin adet alabilecekken, rüçhan hakkında imtiyazlı olması sayesinde on dört bin beş yüz adet yeni pay iktisap edebilecektir.²⁸

2.5. Tasfiye Payında İmtiyaz

TTK'nın 507. maddesi ile şirketin sona ermesi halinde, her pay sahibinin esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı durumlarda tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılacağını düzenlenmiştir. Yine konuya ilişkin aynı Kanun'un 543. maddesinde de tasfiye halinde bulunan şirketin borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan varlığının, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, pay sahipleri arasında ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılacağı hükme bağlanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, tasfiye payı alma hakkı, anonim şirketin tasfiyeyi gerektirecek bir biçimde sona ermesi üzerine, usulünce yürütülen tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra pay sahiplerine getirdikleri sermayenin iadesini müteakiben, varsa bakiye tutar üzerinde, Kanun'da veya esas sözleşmede belirlenen oranlar dahilinde pay sahiplerinin talepte bulunabilme hakkı olarak tanımlamak mümkündür.²⁹

Gerek TTK'nın 507 ve 543. maddeleri gerekse TTK'nın 478. maddeleri birlikte değerlendirildi-

ğinde, Kanun'un tasfiye payında da imtiyaz tanınmasına imkân tanıdığı ve esas sözleşmede yapılacak düzenleme ile pay sahiplerinin sermaye payları oranından farklı olarak tasfiye payı alabileceklerinin hüküm altına alındığı görülmektedir.

İlgili düzenlemeler ile tasfiye payında imtiyaz mümkün kılınmakla birlikte, imtiyazın sağlanma yöntemlerine ilişkin TTK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde tasfiye payında imtiyazın, kanunda öngörülen sınırlar gözetilerek (Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddeleri) ve dürüstlük kuralına (Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi) uygun bir biçimde istenilen şekilde düzenlenebileceği belirtilmektedir.

Kâr payında imtiyaz metodlarında olduğu gibi, bazı pay sahiplerinin diğer paylara oranla tasfiye bakiyesinden daha fazla oranda yararlanması, tasfiye bakiyesinin belirli kısmının ilk önce imtiyazlı paylara dağıtılıp kalan kısmının yine imtiyazlı paylar ile adi paylara dağıtılması yahut imtiyazlı paydan öncelikli olarak yararlandırılması ve sonrasında bir varlık kalmışsa, kalanın diğer paylar arasında dağıtılması gibi yöntemlerle tasfiye payında imtiyaz yaratılabileceği belirtilmektedir.³⁰

2.6. Kanunda Yer Almayan İmtiyaz Çeşitleri

TTK'nın 478. maddesi incelendiğinde, imtiyaz, kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkında paya tanınan üstün bir haktır. Ancak madde metni incelendiğinde, maddede sayılan imtiyaz türlerinin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de Kanun lafzi ile başka imtiyazların da yaratabileceğini belirtmiştir. İlk olarak, maddenin lafzında "imtiyaz kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi" ifadesi ile sayımın sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Yine ilgili madde "... veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır." ifadesi ile imtiyazın kanunda öngörülme bir hak olarak da tahsis edilebileceğini açıklamış bulunmaktadır.

27 Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıklarda Yeni Pay Alma Hakkı*, İstanbul, Beta Basım, 1996, s. 282.

28 Esra Uysal, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar*, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016, sf. 134

29 Şengül AL KILIÇ, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.XXIII, S.4, 47-97, s.49-50 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 11.03.2022

30 Besen, a.g.e. sf. 51-52

Şu halde, imtiyazın bir paya adı paya nazaran üstün bir hak tanınması suretiyle yaratılması imkân dahilinde olduğu gibi kanunda bulunmayan yeni bir pay sahipliği hakkı tanınması suretiyle yaratılması da mümkündür. Örneğin, şirketin aylık mizanı veya üç aylık hesaplarını inceleme, tahvil veya intifa senetleri alma, şirket tesislerinden yararlanma hakkı esas sözleşmeye konularak TTK madde 478 anlamında imtiyaz yaratılmış olacaktır.³¹ Ancak belirtmek gerekir ki genel kurula katılma, öneride bulunma, iptal davası başta olmak üzere her türlü dava haklarında, adi paylara tanınan inceleme ve bilgi alma ve denetleme haklarında, bu haklarda imtiyaz yaratılması hakların niteliğine uygun düşmediği ve adi paylara nazaran üstünlük yaratılması imkân dahilinde olmadığından imtiyaz yaratılamaz.³²

3. İMTİYAZLI PAYLAR ÖZEL KURULU

TTK' da imtiyazlar, TTK'nın 454. maddesinde düzenlenmiş bulunan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından korunmaktadır.³³ İlgili madde ile; genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edecek nitelikte olması halinde pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantı ile söz konusu kararı onaylaması gereği; aksi halde, ilgili kararın uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda bahsi geçen madde uyarınca, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edecek nitelikteki kararların bu payların sahiplerince onaylanması gerekmekte olup bu pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları özel toplantıya "imtiyazlı paylar özel kurulu" adı verilmektedir.³⁴

İlgili Kanun maddesi incelendiğinde, imtiyazlı paylar özel kurulunu toplantıya

çağırma görevi, yönetim kuruluna verilmiştir. Yönetim kurulu, bu çağrıyı en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde gerçekleştirmelidir. Yönetim kurulunun kendisine yüklenen bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçmek isteyen kanun koyucu, her imtiyazlı pay sahibine de imtiyazlı paylar özel kurulunun toplantıya çağrılması için asliye ticaret mahkemesinden talepte bulunma hakkı tanımıştır. Her imtiyazlı pay sahibi, bu doğrultuda yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere on beş gün içinde kurulun toplantıya çağrılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden talep edebilir.

Özel kurul, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğu ile toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu ile karar alır. Ancak genel kurulda, imtiyazlı payların sahipleri veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine maddede öngörülen toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak olumlu oy vermişlerse, toplantının yapılmasına gerek yoktur.

Çağrıya rağmen, süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır. Kanun koyucu, bu madde ile ilk toplantıda nisap sağlanamaması sebebi ile ikinci bir toplantı yapılmasına gerek görmemiş, aksine, alınan karara geçerlilik atfetmiştir.³⁵ Bu hüküm, şirketi koruma amacı gütmekte olup çağrıya rağmen toplantının yapılmaması, genel kurul kararının sürüncemede kalması sonucunu doğurduğundan ve bu hali ile şirkete zarar verdiğinden genel kurul kararı kanun koyucu tarafından geçerli kılınmıştır.³⁶

Eğer toplanan özel kurul, alınan genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl ettiği kanısında ise, bunu gerekçeli olarak

31 İlknur Kaya, "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C.2, S.3, 225- 245, s. 246 (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 08.03.2022

32 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., s.565

33 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., s.570

34 Altaş, a.g.m., sf. 76

35 Altaş, a.g.m., sf. 76

36 Altaş, a.g.m., sf. 76

bir tutanakta belirtir ve tutanağı on gün içinde yönetim kuruluna teslim eder. Tutanakla birlikte, alınan kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl ettiğini düşünerek olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin de olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile yönetim kurulunun açacağı iptal davası için geçerli olmak üzere ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verilir. Kanun, tutanak ile birlikte verilen bilgilerin tescil edilmesi ve Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi zorunluluğunu aramaktadır. Bu maddede belirtilen koşullar yerine getirilmediğinde ise, özel kurul kararı alınmamış sayılacaktır.³⁷

Alınan kararın onaylanmaması halinde, yönetim kurulu, özel kurulun onaylamama kararı aleyhine iptal davası açabilir. Açılacak dava ile yönetim kurulu, alınan kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlâl edilmediğini ispat etmelidir. İptal davası için bir aylık süre öngörülmeyle birlikte, Kanun bu sürenin tutanağın yönetim kurulunca alınması anında değil kararın alındığı tarihten itibaren başlamasını öngörmüştür. Bu sebeple dava, özel kurul karar tarihinden itibaren bir ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır.

SONUÇ

İmtiyaz kurumu, anonim şirketlere hâkim olan ve itibari değeri eşit olan payların birbiri ile eşit haklar yaratacağı temel prensibinin istisnası olan kurumdur. Zira paya imtiyaz tanınması ile birlikte, aynı itibari değere sahip paylar arasındaki eşitlik imtiyazlı pay lehine bozulmaktadır. Nispi eşitlik ilkesine getirilen bu istisna ile imtiyazlı pay üstün veya öncelikli hak veya haklar sağlamaktadır.

Kural, imtiyazın paya tanınmasıdır. Yine ilgili Kanun maddesi, imtiyazın ancak esas sözleşme ile tesis edilebileceğini belirtmiş bulunmaktadır. İmtiyaz, kuruluş aşamasında kurucuların mutabık kaldığı esas sözleşme ile

şirketin kuruluşu anında tesis edilebileceği gibi esas sözleşmenin sonradan değiştirilmesi ile de imtiyaz tesisi mümkündür. Kanun'un Genel Kurul'un toplantı ve karar nisaplarına ilişkin ilgili hükmü incelendiğinde; imtiyazın tesisi için nitelikli bir toplantı ve karar nisabı arandığı görülmektedir.

İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı, oy hakkından öngörülebilir. Kanun maddesi, bu haklarda imtiyazın yaratılabileceğini belirtmiş olmakla birlikte, bu sayımın sınırlı olmadığını vurgulamış ve kanunda öngörülmeyen yeni bir pay sahipliği hakkı tesis edilmek suretiyle de imtiyazın sağlanabileceği belirtilmiştir.

Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararı ve yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararının, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl edebileceğini öngören Kanun, böyle bir ihlâl riskinin önüne geçmek adına ilgili kararları İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'nun onayına bağlamıştır. Kurul, yönetim kurulunun çağrısı üzerine ya da yönetim kurulunun bu görevini yerine getirmemesi halinde imtiyazlı pay sahiplerinin şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden çağrı yapılması yönünde talebi ile yapılan çağrı neticesinde toplanır. Toplantı neticesinde, alınan kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl ettiği kanısı oluşması halinde, olumsuz yönde alınan karara karşı yönetim kurulu iptal davası açabilir. Bu süre boyunca, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlâl ettiği yönünde kanaat belirtilen kararlar askıda geçersizdir. İmtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının hazır bulunduğu toplantıda hazır bulunanların çoğunluğunun olumlu oyları ile ilgili karar geçerli hale gelir.

³⁷ Altaş, alınan kararın tescil edilmemesi ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanmamasının özel kurul kararının alınmaması sayılmasına sebep olmasını tasvip etmemektedir. Zira yazara göre, bu görev yönetim kuruluna aittir ve yönetim kurulunun bu görevi yerine getirmemesi sebebi ile özel kurulun aldığı kararı geçersiz saymak hakkaniyetli değildir. Altaş, a.g.m., s.76

YENİ BİR VARLIK: KRİPTO VARLIK AVRUPA BİRLİĞİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YER ALAN OTORİTELERİN KRİPTO VARLIKLARA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARI VE ÖNGÖRÜLERİ

Alper ÖRNEK
Avukat

Dila GÜNEŞ
Avukat

ÖZET

NAZALI Gündem'in 17. sayısı altında konuya giriş mahiyetindeki ilk makale sonlandırılırken, Türkiye haricindeki ülkelerin kripto varlıklara karşı ne gibi bir yaklaşım benimsediklerine dair araştırmalar ile serinin ikinci yazısına devam edileceği bildirilmiş idi. Bu doğrultuda, işbu çalışma kapsamında kripto varlıklara karşı Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan otoritelerin yaklaşımları ve kripto varlıkların geleceğine dair mülahazaları aktarılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kripto Varlık, Kripto Değer, Stablecoin, Digital Euro, Avrupa Merkez Bankası, FED, FINMA, LIBRA.

GİRİŞ

İnternet çağının bir hediyesi olarak hayatımıza giren kripto varlıklar, mevcutta regüle edilmiş piyasalara meydan okurcasına işlem görürlerken bu varlıklara yasal anlamda nasıl muamele edileceğine dair bitmeyen tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmaların hâlihazırda nihayete kavuşmadıkları ve yakın bir zamanda da kavuşma imkânlarının olmadığı açıktır. Zira kripto varlıklara ilişkin gerçekleştirilen her türlü yaklaşım ancak yerel ve global anlamda bir bütünlük arz ettiği vakit tamam olacaktır.

Bu anlayışla, Avrupa Birliği ("AB") ve Amerika Birleşik Devletleri ("ABD")'ndeki otoritelerin kripto varlıklara ilişkin yaklaşımları işbu yazı altında ele alınmaya çalışılmıştır. İnceleme altına alınan sistemlerin kripto varlıklara olan yaklaşımlarında ortak refleksleri benimsedikleri görülmüştür. Bu sistemler kripto varlıkları öncelikle "yabancı" olarak tanımlayarak bunların olumsuz özellikleri üzerinde durmuş, sonrasında bu yabancıları sistemle uyumlaştırma çabası içine girmiş ve son raddede kripto

varlıkların ödeme aracı olarak kullanımı için mümkün görünen en makul yolun "merkez bankaları aracılığı" ile yeni kripto ekosistemleri üzerinden oluşturulacak merkez bankası dijital para birimlerinin kullanımı olacağını mütalaa etmişlerdir. İşbu çalışma altında, konunun genişliği nedeniyle, ancak ilgili ülke otoritelerinin öncelikli kaynaklarına atıf yapılmış olup konuya ilişkin tüm eserler işbu çalışmada sayılan metinlerden ibaret değildir.

1. AVRUPA BİRLİĞİ

Günümüzde Avrupa olarak isimlendirilen coğrafi alan içerisinde, aynı kültürel birliktelik ve bu birliği devam ettirme iddiası ile sosyo-ekonomik bir oluşum olarak ortaya çıkan Avrupa Birliği, kendisine bağlı üye ülkelerin yerel regülatif yaklaşımları ile kendi kurumlarının konu hakkında yayımladıkları düzenleyici metinleri birlikte ele alma çabasına girişmiş ve bu anlayışla, "dijital euro"ya giden sürecin kapılarını aralamıştır.

12 Aralık 2013. Birlik içerisinde, kripto varlıklara karşı ne gibi bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğine dair ilk açıklama *European Banking Authority*¹ (EBA) tarafından yayımlanan 12 Aralık 2013 tarihli uyarı metni² ile oluşturulmuş ve bu uyarı açıklaması içerisinde kripto varlıkların ne

1 Avrupa Bankacılık Otoritesi

2 Avrupa Bankacılık Otoritesi "Warning to Consumers on Virtual Currency", Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/598344/b99b0dd0-f253-47ee-82a5-c547e408948c/EBA%20Warning%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>

oldukları, ne şekilde çalıştıkları ve ne gibi riskleri ihtiva ettikleri kaleme alınmıştır. Metin içeriği incelendiğinde, EBA'nın, kullanıcıları yüreklen-dirmekten ziyade bu gibi platformlarda yapacakları işlemlerde karşılaşabilecekleri (i) paralarını kaybetme yahut çaldırma, (ii) kripto varlıkların değerlerinin anlık yükselmesi ve alçalması nede-niyle kripto varlıkların parasal değerlerine itibar edilemeyeceği ve (iii) bu platformlarda yapılan işlemler ile kriminal aktivitelere karışabileceği yahut bilinmeden destek olunabileceği gibi riskleri sıraladığını görmekteyiz.

4 Temmuz 2014. EBA, bu yaklaşımını ko-nuyla ilgili hazırladığı 4 Temmuz 2014 tarihli "Sanal Değerlere İlişkin EBA Görüşü"³ isimli metinde de sürdürmüş, bu metin içerisinde 12 Aralık 2013'te yayımladığı uyarı bildirisinde yer alan riskleri 70 başlık altında daha da detaylan-dırmış ve fakat buna karşın sistemin avantajları olarak sıralanabilecek unsurlara da "ekonomik avantajlar" ve "bireysel avantajlar" ana baş-lıkları altında yer vermiştir. Bu rapor içerisinde EBA, kripto varlık ekosisteminin ne şekilde regüle edilebileceğine dair birtakım önerilerde bulunmuşsa da, bu konuda getirilebilecek dü-zenlemelerin AB çatısı altında her ülkeye uygu-lanabilir bir şekilde gerçekleştirilmesinin azami ehemmiyette olduğuna dikkat çekmiş ve net bir tanım yapmaktan kaçınmıştır.

Şubat 2015. Yayınladığı bir diğer rapor⁴ ile EBA, konuya ilişkin incelemelerini sürdürmüş ve kripto varlıkları, "herhangi bir merkez bankası,

kurum yahut e-para kurumu tarafından ihraç edil-memiş, kimi durumlarda banknota alternatif olarak kullanılabilen sanal değerler" olarak tanımlamıştır. EBA, bu raporu içerisinde, kripto varlıklara dair incelemelerde bulunulurken "para" kelimesinin kullanımının doğru olmayacağını, bunun ye-rine "sanal değer" kelimesinin kullanılmasının daha uygun olacağını değerlendirmiştir.

Ekim 2015. Bu süreçte Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Skatteverket v David Hedqvist*⁵ kararının incelenmesi azami ehemmiyettedir. Divan, anılan karar içerisinde kripto varlık alıp satan David Hedqvist tarafından gerçekleştirilen iş-lemlerin KDV'ye tabi olup olmadığına dair bir inceleme yürütürken kripto varlıkların mahiye-tine dair de bir incelemede bulunmuş ve kripto varlıkların "elektronik ortamda ihraç edilen, belirli bir sanal ortamda kullanım alanı olan, regüle edilmemiş ve e-para olarak isimlendirilemeyecek varlıklar" olarak tarif edilebileceğini belirtmiştir. Divan, bu nite-lendirmeyi, 2012 yılında *European Central Bank*⁶ (ECB) tarafından yayımlanan rapora dayalı ola-rak gerçekleştirmiştir. Divan'ın bu refleksinden anlaşılan, yargının, konuyla ilgili idari organla-rın tanımlamalarını takip ettiğidir.

11 Eylül 2019. *Swiss Financial Market Supervi-sory Authority*⁷ (FINMA), bir basın açıklaması⁸ ile Cenevre merkezli LIBRA isimli kuruluş⁹ tara-fından iletilen "stablecoin"¹⁰lerin ne tür düzenle-melere tabi olması gerektiği yönündeki soruya cevap vermiştir. Açıklama içerisinde, FINMA, bu gibi sistemleri "ödeme sistemleri/araçları"

3 Avrupa Bankacılık Otoritesi, "EBA Opinion on Virtual Currencies", Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>

4 Avrupa Bankacılık Otoritesi, "Virtual Currency Schemes", Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>

5 Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Skatteverket v. David Hedqvist*, ECLI:EU:C:2015:718, Karar Tarihi 22.10.2015, Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8AFB846A2F9EAF4CC2275D19179A038F?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5074064>

6 Avrupa Merkez Bankası

7 İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu

8 İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu, "Stable Coin Guideline", Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>

9 Aralarında Spotify, Uber, kripto para sektör devleri Coinbase ve Andressen Horowitz'in de yer aldığı 21 şirketin bulunduğu, Facebook liderliğinde İsviçre'de kurulu kâr amacı gütmeyen dernektir. Global ve dijital ödeme sistemi kurma hedefleri vardır. Kuruluş, gü-nümüzde, ismini "Diem" olarak değiştirmiştir. Detaylı bilgi için bknz. <https://www.diem.com/en-us/>

10 Değeri başka bir fiyat para birimine ya da değerli bir varlığa sabitlenmiş yeni bir kripto para türüdür. Bu paralar, ABD doları, diğer kripto para birimleri, değerli metaller veya üçünün bir kombinasyonu gibi fiyat para birimlerine sabitlenebilir. En bilinen stableco-in'lerden biri, değeri ABD dolarına eşlenik olması öngörülerek oluşturulan Tether'dir.

şeklinde lisanslandırabileceğini, ödeme sistemi olarak kabul edilecek sanal değere ilişkin teknolojik altyapının kara para aklama karşıtı yasalara tabi olacağını ve mevcutta ödeme sistemi kuruluşlarına uygulanan sair düzenlemelerin de ihraç edilebilecek “stablecoin”lere uygulanacağını belirtmiştir. FINMA, yapmış olduğu açıklamada, EBA ile aynı doğrultuda, “blockchain tabanlı ödeme sistemlerinin ancak uluslararası bir çaba ile regüle edilebileceği”ne vurgu yapmış ve konunun vergi hukuku, rekabet hukuku ve kişisel verilerin korunması hukuku gibi yönlerinin kendi değerlendirme alanları dışında olduğunu açıklayarak konu ile ilgili görüşlerini sonlandırmıştır.

Eylül 2020. ECB tarafından “stablecoin”ler üzerine bir rapor¹¹ hazırlanmış, “stablecoin”leri diğer kripto değerlerden ayıran esaslı unsurun, “stablecoin”lerin diğer sanal değerlere göre piyasa fiyatı dalgalanmalarından daha az etkilenmesi olduğuna işaret etmiştir. Rapor içerisinde “stablecoin”lerde 2018 yılından beri ciddi bir ihraç artışı olduğu, ancak 2020’de patlak veren korona virüs salgını ile Bitcoin gibi “stablecoin” formunda olmayan diğer sanal değerlere daha fazla rağbet olduğu belirtilmiş, son tahlilde, bu alanın regüle edilmesi için uluslararası koordinasyonlu bir çalışmanın elzem olduğuna vurgu yapılmıştır.

Eylül 2020. Avrupa Komisyonu, yayımladığı bir basın açıklaması¹² ile yasa teklifi olarak değerlendirmeye aldığı Dijital Finans Paketi’ni duyurmuş, kripto değerlere ilişkin regülatif önerilerin bu paket içerisinde yer aldığını ifade etmiştir. Komisyon, “Kripto Değerler Marketlerine İlişkin Regülasyon” olarak teklif edilen (i) metnin sanal değerler için finansal stabiliteyi sağlama kapasitesine ve (ii) yatırımcıları piyasa risklerinden koruma özelliğine dikkat çekmiştir. Teklif edilen mevzuatın, kripto değerlere ilişkin hukuki yaklaşımda da birlik sağlayaca-

ğının ifade edildiği açıklamada, “stablecoin” ihraç eden organizasyonlar üzerine getirilecek yükümlülükler ile yatırımcı haklarının korunacağı ve Avrupa Birliği’nin üye ülkelerinden birinde lisans alan bir ihraççı organizasyonun, diğer ülkelerde de faaliyet göstermesine izin verilebileceği bildirilmiştir.

Ekim 2020. “Dijital euro”, ilk kez ECB’nin yayımladığı “Dijital Euro Üzerine Rapor”¹³’a konu olmuş, rapor içerisinde dijital euro’ya geçilmesinin (i) Avrupa’nın dijitalizasyon sürecine katkı sağlayacağı ve Avrupa Birliği’nin stratejik bağımsızlığını kuvvetlendireceği, (ii) nakit ödeme hususunun kaldırılmasına önayak olacağı, (iii) diğer ülke Merkez Bankaları’nın ihraç edebileceği dijital değerler ile dönüşüm hâlinde kullanılabilmesi, (iv) mevcut ödeme sistemlerinde yer alan riskleri minimize edeceği, (v) EURO’nun global bilinirliğini perçinleyeceği ve (vi) mevcut ödeme yöntemlerinden daha tasarruflu olduğu belirtilmiştir. Rapor içerisinde yer alan hukuki görüşe göre Avrupa Birliği yasaları, mevcutta, dijital euro’nun yasal ödeme aracı olarak kullanılmasına engel bir düzenleme içermediği ve dolayısı ile, Birliğin, yasal ödeme aracı olarak dijital euro’yu ihraç etme kapasitesi olduğu ifade edilmiştir. Konuya özel hukuk alanı kapsamında çok sınırlı değinen raporda, dijital euro’nun ihraç koşullarına göre özel hukuk yorumlamalarının şekilleneceği; ancak, şimdilik, temelde yatan hukuki ilişkinin havale ilişkisi şeklinde yorumlanabileceğine atf yapılmıştır. Raporun sonunda, dijital euro’nun bir kripto değer yahut “stablecoin” olmadığına açıkça vurgu yapılarak, Merkez Bankası tarafından ihraç edilecek bu değer devletin himayesini haiz olduğu ifade edilmiştir.

Temmuz 2021. ECB tarafından dijital euro üzerine hazırlanan bir açıklamada¹⁴ Temmuz 2021’de dijital euro projesine başlandığı, ancak bu çalışmalar sonucu dijital euro’nun ihraç edi-

11 Avrupa Merkez Bankası, “Occasional Paper Series”, Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op247-fe3df92991.en.pdf>

12 Avrupa Komisyonu, “Press Corner”, Erişim Tarihi: 12.03.2022 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1684

13 Avrupa Merkez Bankası, “Report On a Digital Euro”, Erişim Tarihi: 12.03.2022 https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro-4d7268b458.en.pdf

14 Avrupa Merkez Bankası, “Press Release”, Erişim Tarihi: 12.03.2022 <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714-d99198ea23.en.html>

leceğinin garanti edilmediği bildirilmiştir.

Ağustos 2021. İsviçre Federal Meclisi'nin Ekim 2020'de yürürlüğe koyduğu *Law on Distributed Ledger Technology*¹⁵'e dayanılarak ihdas edilen Yönetmelik ile kripto değerlere ilişkin bir tanım getirmiş ve bu değerleri "ihraç edenin amacına bağlı olarak (i) mal ve hizmetlerin alımında kullanılan bir ödeme enstrümanı ya da (ii) para ve değer transferleri için kullanılan bir enstrüman" olarak nitelemiştir.¹⁶

Şubat 2022. Konuyla ilgili en yakın açıklama, ECB İcra Kurulu üyesi Fabio Panetta tarafından 18 Şubat 2022 tarihinde *US Monetary Policy Forum*'da¹⁷ gerçekleştirilmiş, Panetta, dijital paraların ancak Merkez Bankaları denetiminde ihraç edilebileceğini ve sadece bu yolla ilgili chain sistemi üzerinde kişilere dair tutulan veriler ile sair verilerin güvende olacağını ifade etmiştir.¹⁸

2. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Kripto varlıkların kullanım alanını oluşturan blokzincir teknolojisi, akıllı sözleşmeler ve dolayısıyla kripto varlıklar Amerika Birleşik Devletleri'nde de oldukça yoğun bir kullanım alanına sahiptir.¹⁹ Söz konusu sistemlerin kullanımının yaygınlaşması nedeniyle ABD'de de kripto varlıkların hukuki statülerinin tespiti kapsamında çeşitli otoriteler tarafından çalışma ve değerlendirmeler yapılmaktadır. Elbette yapılan her çalışma, kripto varlıkların hukuki statüsü hakkında net bir çıkarım yahut sonuç içermemekte ancak ABD'nin kripto varlıklara yaklaşımına ışık tutmaktadır.

2013 yılında ABD Hazine Bakanlığı'na bağlı bir birim olan *Financial Crimes Enforcement Network*²⁰ (FinCEN) tarafından kripto varlık-

ların kullanımının artması nedeniyle, kripto varlık birimlerini kullanan kuruluşların ve bireylerin tabi olduğu hukuki düzenlemeler ile mevcut hukuk [spesifik olarak Bank Secrecy Act²¹ ("BSA")] sisteminin gelişen bu yeni alana ne şekilde uygulanacağı konularını aydınlatmak için bir kılavuz yayımlanmıştır.²² Kılavuzda, "para birimi"nin ilgili mevzuat uyarınca, banknot veya madeni para olarak ABD veya başka bir devlet tarafından resmi para birimi olarak kabul edilen, tedavülde olan ve çıkarılan ülkede değişim aracı olarak kullanılan varlıklar olarak tanımlandığı açıklanmış; sanal varlıkların bir değişim aracı olmasına karşın "para birimi" olarak kabul edilmek için aranan koşulların tümünü sağlamadığı ifade edilmiştir. Devamında değiştirilebilir veya "gerçek para birimi"nin yerine geçebilen, merkezi olmayan dönüştürülebilir sanal değerlere ("convertible" virtual currency) atıfta bulunularak Bitcoin ve benzeri kripto varlıkların bu kapsama girdiği belirtilmiştir. Kılavuz kapsamında, sanal değer kullanıcılarının "money services business" olarak kabul edilmediği ve bu nedenle FinCEN düzenlemeleri kapsamında bu kişilerin kaydolma, bildirim yapma ve kayıt tutma yükümlülüklerinin bulunmadığı; buna karşın yönetim veya aktarımla yetkili kişilerin BSA uyarınca bazı yükümlülüklerinin olduğu açıklanmıştır.

FinCEN tarafından kripto varlıkların kullanımını kapsamında dolandırıcılık, para aklama ve benzeri finansal suçların önüne geçilmesi amacıyla bu alanda faaliyet gösteren bazı kişi ve kurumlar BSA düzenlemelerine tabi tutulurken; *Internal Revenue Service*²³ (IRS) 2014 yılında yayımladığı bildiriye, sanal değerlerin dâhil olduğu işlemlerden (madencilik, hizmet veya mal karşılığı kripto varlıkla ödeme alınması gibi) elde edilen gelirlerin vergiye tabi olduğunu ka-

15 Dağıtık Defter Teknolojisi Kanunu

16 <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland>

17 ABD Para Politikası Forumu

18 https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2022/html/ecb.sp220218_1~938e881b13.en.html

19 İlgili otoritenin kripto varlıkların ABD'de yoğun şekilde kullanılmadığına ilişkin aksi yöndeki açıklamaları için bkz.: dipnot 36-37

20 Finansal Suçları Engelleme Ağı

21 Banka Gizliliği Yasası

22 FinCEN, "Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies", 2013,

Erişim Tarihi: 11.03.2022

<https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>

23 Milli Gelirler İdaresi

bul etmiştir.²⁴ IRS tarafından kripto varlıklar, blokzincir gibi dağıtık deftere dijital olarak kaydedilen ve işlemleri güvence altına almak için kriptografi kullanan bir tür sanal değer olarak kabul edilmektedir.²⁵

ABD’de kripto varlıkların hukuki statüsü ile bu alana uygulanacak düzenlemelere ışık tutan daha güncel tarihli bir rapor ise *Securities Exchange Commission*²⁶ (SEC) tarafından Haziran 2021’de yayımlanmıştır.²⁷ “Bitcoin future”²⁸ işlemlerinin niteliğinin değerlendirildiği bültende, Bitcoin’in ABD’de emtia niteliğinde olduğu belirtilerek, emtia vadeli işlemlerinin Commodity Futures Trading Commission²⁹ (CFTC) tarafından düzenlenen ve denetlenen vadeli işlem borsalarında gerçekleşmesi gerektiği açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere, kripto varlıkların hukuki statüsü ve durumu, kripto varlıklarla işlem yapılan sistemler ile kripto varlıkların konu olduğu sözleşmelerin hukuki statüleri ve bunlara uygulanacak hukuki düzenlemelere bağlıdır. Bu yönde bir bakış açısı olarak, CFTC tarafından Kasım 2018’de yayımlanan “A Primer On Smart Contracts” isimli rehberde^{30,31}, akıllı sözleşmelerin, uygulamalarına veya ürün karakterizasyonuna bağlı olarak mevcut bazı yasal düzenlemelere tabi olabileceği açıklanmıştır. Akıllı sözleşmelerin tabi olabileceği düzenlemeler ba-

kımından ticaret borsası mevzuatı ve CFTC düzenlemeleri, federal, eyalet ve yerel vergi ile menkul kıymetler yasaları ve düzenlemeleri, kara para aklamaya ilişkin yasalar ve para aktarımına ilişkin düzenlemeler ile bankacılık mevzuatı rehberde örnek olarak gösterilmiştir.³² Akıllı sözleşmelerin hukuki durumu hakkında yapılan değerlendirmelerde, şekli ne olursa olsun, mevcut yasal düzenlemelerin tüm sözleşmeler bakımından uygulanacağı ve kod olarak yazılan sözleşmelerin veya esas unsurlarının da geçerli yasa ve yönetmeliklere tabi olması gerektiği CFTC tarafından hazırlanan rehberde belirtilmiştir³³

Kripto varlıkların ABD’deki durumuna ışık tutar şekilde yapılan en güncel tarihli açıklamalardan biri *Federal Rezerv System*³⁴ (FED) bünyesindeki *Board of Governors of the Federal Reserve System*³⁵ tarafından yayımlanan Ocak 2022 tarihli “Money and Payments: The U.S. Dollar in the Age of Digital Transformation” isimli rapordur.³⁶ Uygulamaya ve gündeme bakıldığında her ne kadar blokzincir teknolojisi ve akıllı sözleşmelere yoğun bir yönelim olduğu söylenebilecek olsa da rapor kapsamında; değerlerinin stabil ve değer değişikliklerinin dengeli olmaması, hizmet sağlayıcıları olmaksızın kullanılmaması ve işlem hacminde ciddi sınırlamaların bulunması nedeniyle kripto varlıkların ABD’de ödeme aracı olarak kullanımının yaygın olarak

24 IRS, “Notice 2014-21”, Erişim Tarihi: 11.03.2022

<https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>

25 <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/frequently-asked-questions-on-virtual-currency-transactions>

Erişim Tarihi: 11.03.2022

26 Menkul Kıymetler Borsası Komisyonu

27 SEC, “Funds Trading in Bitcoin Futures – Investor Bulletin”, Haziran 2021, Erişim Tarihi: 11.03.2022 https://www.sec.gov/oia/investor-alerts-and-bulletins/ib_fundstrading

28 Bitcoin sözleşmeleri uyarınca yapılan vadeli işlemler olarak açıklanmaktadır.

29 ABD Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu

30 Commodity Futures Trading Commission, “A Primer On Smart Contracts”, 2018, Erişim Tarihi: 11.03.2022

https://www.cftc.gov/sites/default/files/2018-11/LabCFTC_PrimerSmartContracts112718.pdf

31 Önemle belirtmek gerekir ki söz konusu rehberin girişinde işbu rehberin asıl amacının gelişmekte olan FinTech uygulamaları hakkında eğitsel bir doküman sağlamak olduğu ve rehberin bu amacı aşar şekilde CFTC’nin resmi politikası veya pozisyonu niteliğinde olmadığı açıklanmıştır.

32 “A Primer On Smart Contracts”, s. 25

33 “A Primer On Smart Contracts”, s. 25

34 Amerikan Merkez Bankası

35 ABD Federal Rezerv Sistemi Yöneticiler Kurulu

36 Board of Governors of the Federal Reserve System, “Money and Payments: The U.S. Dollar in the Age of Digital Transformation”,

2022, Erişim Tarihi: 11.03.2022

<https://www.federalreserve.gov/publications/files/money-and-payments-20220120.pdf>

benimsenmediği açıklanmıştır.³⁷ Söz konusu çalışmada, kripto varlıkların enerji ayak izine de atıf yapılarak dolandırıcılık, hırsızlık ve benzeri sorunlara da elverişli olması nedeniyle kripto varlıklar eleştirilmekte ve bunun karşısında değerlerini ulusal para birimi veya emtia gibi bir veya daha fazla değere sabitleyen ve kripto para biriminin daha yeni bir versiyonu olarak nitelendirilen “stablecoin” kavramı tanıtılmaktadır. Tether (USDT) gibi “stablecoin”lerin tabi olduğu hukuki düzenlemelerin belirlenmesi ve bu alanın regüle edilmesi için tekliflerde bulunduğu ve çalışmalar yapıldığı haberlere konu olmaktadır. Bununla birlikte FED tarafından hazırlanan söz konusu rapor, merkez bankası dijital para birimlerinin (central bank digital currencies, CBDC) artıları ve eksilerinin değerlendirilmesi amacıyla hazırlanmış olup merkez bankası tarafından tedavüle sokulacak dijital para birimleri, kripto değerlerin ve “stablecoin”lerin daha güvenli alternatifi olarak tanıtılmaktadır. Nihayetinde söz konusu rapor FED’in kripto varlıkların hukuki statüsü hakkında çıkarımlarını içermemektedir. Yine de bir yorumla, ABD’nin, hâlihazırda mevcut olan kripto varlıkların kullanımının yaygınlaştırılmasından ve desteklenmesinden ziyade devlet merkezli bir sanal para biriminin çıkarılmasına eğilim gösterdiği söylenebilecektir.

Bununla birlikte, ABD’nin çeşitli eyaletlerinde kripto varlıklara ilişkin yasal düzenlemeler yahut yasa tasarıları da mevcuttur. Söz konusu düzenleme veya tasarıların durumları ve içerikleri, eyalet bazında değişiklik göstermekte olup bir birlik söz konusu değildir. Örneğin, bazı eyaletlerde kripto varlıklarla ilgili çalışma yapmak üzere komitelerin kurulması kararlaştırılmış, bazı eyaletlerde kripto varlıkların kullanım alanına ve transfer yöntemine göre ayrıma gidilerek devir için bildirim yükümlülüğü ile bildirimde kripto değer ABD dolarına çevrilmesi gibi yükümlülükler ile kurallar getirilmiş, kripto varlıklar üzerindeki hak sahipliği gibi çeşitli konularda hak ve sorumluluklar

belirlenmiştir. Ancak belirtildiği üzere, hukuk sistemi gereği örneklenen düzenlemeler eyalet bazlı olup doğrudan kripto varlıkların hukuki statüsü veya kripto varlık işlemleri hakkında devletin genelinde uygulanan düzenlemeler niteliğinde değildir. Kaldı ki bazı eyaletlerde kripto varlıkları özel olarak düzenleyen yasalar yahut yasa tasarıları dahi mevcut değildir.

Kripto varlıkların hukuki statüsü ve kripto varlık işlemleri özelinde federal düzeyde bir yasal düzenlemenin mevcut olmaması, bu konuda hiçbir düzenleme yahut belirlilik olmadığı anlamına gelmemektedir. Yukarıda değinildiği üzere, ABD’de farklı kurumlar tarafından yapılan değerlendirmeler ile kripto varlıkları da kapsamına alan yahut kripto varlıkların transferine ilişkin süreçlerde uygulanan yasal düzenlemeler mevcuttur. Bunların yanı sıra, ABD Senatosu tarafından 10 Ağustos 2021’de onaylanan ve amacı altyapı finansmanının artırılması olan bir kanun metninde³⁸, bir değer, kriptografik olarak güvenliği sağlanmış dağıtık defter veya benzer teknoloji üzerine kaydedilmiş olan dijital temsili şeklinde tanımlanan dijital varlıkların “broker³⁹”lerine birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Bu düzenleme, IRS tarafından kripto varlıkların transferi üzerinden yüksek meblağda ek vergi geliri elde edileceği yönünde yorumlanmaktadır.

SONUÇ

Uluslararası alanda bir yandan kripto varlıkların kullanım alanları dikkate alınarak ekosistemin aktörlerini ve bilhassa bireyleri koruyucu önlem ve yöntemler belirlenirken bir yandan da bu ekosistemin devlet yahut bir otorite merkezinde, kontrol ve denetimi mümkün şekilde uyarlanmasına ilişkin yöntemler üzerinde çalışılmaktadır. Genel yaklaşıma bakıldığında, kripto varlıkların dâhil olduğu işlemlerin kıyas yoluyla mevcut bazı hukuki düzenlemelerin kapsamına dâhil edildiği; bunun yanında kripto varlıklar ve kripto varlıklar ile yürütülebilecek işlemler ile bunların sonuçları

37 Bkz.: “Money and Payments: The U.S. Dollar in the Age of Digital Transformation”, s. 11

38 “Infrastructure Investment and Jobs Act”, Erişim Tarihi: 11.03.2022

<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3684/text>

39 Başka bir kişi adına dijital varlıkların transferinin gerçekleştirilmesine ilişkin herhangi bir hizmeti düzenli olarak sağlamakla sorumlu kişi.

hakkında kapsam ve çerçevenin belirlenmesi için daha büyük ölçekli çalışmalara ihtiyaç duyulduğu da görülmektedir.

Takip eden çalışmalarımızda, uluslararası alanda AB ve ABD dışındaki otoritelerin kripto varlıklara ilişkin durumu ve çalışmalarını inceleyerek, global ölçekte daha net bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMASI

Oğulcan DOĞAN
Avukat

Rüya SOFİ
Avukat

Burak YILMAZ
Stj. Avukat

ÖZET

Geleneksel markalara göre daha fazla emek ve çaba ile ortaya çıkan tanınmış markalar, ihlâllere daha açık konumda olup daha üst düzeyde korunması gerekmektedir. Sulandırma korumasında, geleneksel korumadan farklı olarak markanın tescilli olduğu sınıf dışındaki mal ve/veya hizmetler açısından koruma söz konusu mevcut olup sulandırma fiili farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Markanın sulandırılmasına karşı koruma hakkında Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği hukukunda sayısız eserler, yasal düzenlemeler ve kararlar bulunmaktadır. Ülkemizde ise, son dönemlerde Yargıtay kararlarında bu kavrama atıf yapılmaya başlanarak bu kavram Türk Hukukunda da önemli bir yer almaya başlamıştır. Makalemizde markanın sulandırılmasının koşulları ve çeşitlerinden bahsedilerek sulandırma hakkındaki kararlara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Tanınmış Marka, Sulandırma, Markanın Sulandırılması, Bulanıklaştırarak Sulandırma, Lekeleyerek Sulandırma.

GİRİŞ

Uluslararası ticaretin gün geçtikçe artması markaların ihlâlini gündeme getirmektedir. Markaların sınırlarını aşması daha fazla talep ve tercih edilebilirliği artırdığından ihlâl kaçınılmaz olmaktadır. Marka koruması denilince “karıştırma ihtimâline karşı koruma” akıllara gelmekteyse de harcanan emek ve maddi değer göz önünde tutularak markaların tescilli olduğu sınıf dışındaki mal ve/veya hizmetler açısından da korunması gerekmektedir. Geleneksel korumaya nazaran kapsam ve sınırları daha belirsiz ve tartışmalı olan “sulandırmaya karşı koruma” kavramının gerek ülkemizde gerekse uluslararası hukuktaki yerinin tespiti önem arz etmektedir. Tanınmış markaya daha üstün koruma sağlayan markanın sulandırılması koruması, markanın sulandırılması şartları, sulandırılma kavramının yargı kararlarındaki yeri çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

I. TANINMIŞ MARKA VE SULANDIRMA KAVRAMLARI

Tanınmış marka “*hedef kitlesi dışında da toplumun önemli bir kesimince bilinen, kalite ve güven sim-*

gesi haline gelen işaretler” şeklinde tanımlanmakta olup¹ diğer markalara nazaran daha yoğun emek ve yatırım yapılması sonucu meydana gelir. Tanımdan hareketle mal veya hizmetin kaynağını gösteren tanınmış marka, Tüketicie güven verir ve markayı tanıyan müşteriler hizmet dışı bir faaliyet alanı gördüklerinde marka sahibinin faaliyet alanını genişlettiği düşüncesiyle tercihlerini bu markadan yana kullanma eğilimine girerler.

Sulandırma kelimesi, su veya başka bir sıvı katıp karıştırarak yoğunluğunu azaltmak şeklinde tanımlanmaktadır. Markanın sulandırılması ise tüketicilerin, marka sahibinin faaliyet alanını genişlettiği düşüncesine bürünerek tanınmış marka ile işletme arasındaki bağın zayıflaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tanınmış markalar için koruma, aynı veya benzer mallar yanında farklı mal ve hizmetler için de koruma kapsamındadır.

Markanın sulandırılması durumunda korunan taraf tüketici değil, marka sahibidir. Bu koruma aynı zamanda, tanınmış markanın izinsiz bir şekilde kullanılarak bundan fayda sağlanılmasını ve markanın ayırt edici karakterinin ve itibarının zedelenmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesi, tanınmış bir mar-

1 İlhami GÜNEŞ, *Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 s. 49*

kanın aynısının veya benzerinin, aynı/benzer ya da farklı mal veya hizmetlerde haklı bir sebep olmaksızın kullanılması sonucu, tüketici nezdinde marka ile markayı taşıyan mal veya hizmetler arasındaki bağın azalarak zarar görmesidir.² Markanın itibarının zarar görmesi ise, tanınmış bir markanın haksız yere kullanılması sonucunda tüketiciler nezdinde markanın olumlu imajın zarar görmesi ve olumsuz algılar yaratılması şeklinde tanımlanabilir.³

2. MARKANIN SULANDIRILMASI KOŞULLARI

Markanın kendinden sonraki kullanım sonucu, ayırt edicilik karakterinin ve itibarının zarar görmesiyle meydana gelen marka sulandırması için belirli bazı koşulların oluşması gerekmektedir. Uluslararası hukukta ve Türk Hukukunda sulandırmaya karşı korumadan yararlanabilmek için öncelikle; **(i)** markanın tüketici nezdinde belirli bir düzeyde tanınırlığa erişmiş olması aranmaktadır. Sulandırmaya karşı koruma bakımından tanınırlığın ne olduğunu tespit eden ilk karar olan Chevy kararında, önceki markanın sulandırmaya karşı korumadan yararlanabilmesi için, bu markayı taşıyan mal ve/veya hizmetin yöneldiği tüketici kitlesinin büyük bir kısmı tarafından tanınır olması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Akabinde, **(ii)** markalar arasındaki bağlantının varlığı, **(iii)** önceki markanın tescilli veya tescil için başvuru aşamasında olması ve **(iv)** markasal kullanım koşulunu sağlaması gerekmektedir.

Taraf işaretleri arasındaki bağlantı koşulu na yer veren tek hukuki düzenleme, Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) Revizyon Kanunu olup, Avrupa Birliği (“AB”) ve Türk marka mevzuatlarında bağlantı koşuluna yer veren

hukuki düzenleme bulunmamaktadır.⁴ Doktrinde de tüketicinin, sonraki işareti gördüğünde önceki markayı anımsamasının, mutlaka önceki markanın değiştirildiği yönünde bir algı oluşturmadığı, sonraki işareti gören tüketicinin algısının sadece bu markanın bildiği başka bir marka ile oldukça benzer olduğu düşüncesinden ibaret olabildiği ve böyle bir durumda, gerekli ve yeterli seviyede bağlantıdan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) tarafından bu yöndeki görüşe uygun olarak, Adidas kararında; spor ayakkabılarında bulunan üç şeridin, sonradan “Fitnessworld” marka bluzlarda çift şerit olarak kullanılmasının, toplumun ilgili kesimi tarafından süsleme olarak algılanacağı, bu sebepten ötürü de taraf işaretleri arasında bağlantı kurmasının mümkün olmadığını yönünde kanaate varılmıştır.⁶

Sulandırmaya karşı korumanın özelliklerinden bir diğeri ise, itiraz aşamasında tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış; ihlâl halleri aşamasında ise sadece tescil edilmiş markaların korumadan yararlanabilecek olmasıdır. Marka kullanılmaya başlanmış ve hatta tanınırlık kazanmış olmakla beraber tescil yapılması geciktirilmiş olabilmektedir. Bu durumlarda, hak kaybına uğramamak amacıyla önceki markanın tescil başvurusu aşamasında olması durumunda da sonraki tescil başvurusuna sulandırmaya dayalı olarak itiraz da bulunabilmesi gerekmektedir.

Doktrinde, sulandırmaya karşı korumadan yararlanabilecek markaların, tescil ya da tescil başvurusu aşamasında olanlar ile sınırlandırılması eleştirilmiş ve korumanın tescilsiz markaları da içerecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak sulandırmaya karşı korumanın kapsam ve sınırlarının belirsiz yeri kar-

2 Gül BÜYÜKKILIÇ, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.15

3 BÜYÜKKILIÇ, a.g.e, s. 17

4 Oğuzhan HACİÖMEROĞLU, Zeliha İNCE, *Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler ile Yargı Kararları Işığında Tanınmış Markanın Sulandırılması*, Ticari ve Fikri Mülkiyet Dergisi, Haziran 2020, s.94

5 Ilanah Simon Fhima, *Trade Mark Dilution in Europe and The United States*, Oxford University 2012, s.65

6 ABAD *Avrupa Topluluklarının Mahkemesi*, InfoCuria Case-law, Erişim Tarihi: 11 Mart 2022, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=85EEB006D9053E8F2A093CDD323937E1?text=&docid=215208&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first%E2%88%82=1&cid=11644961>

şısında kanuni düzenlemelerden ayrılarak korumanın tescilsiz markaları da kapsayacak şekilde genişletilmesi yerinde bir tercih olmayacaktır.

Bir diğer koşul ise, sonraki işaretin marka olma zorunluluğunun bulunup bulunmamasıdır. Uluslararası ve Türk marka mevzuatında, sulandırmaya karşı korumadan faydalanabilmek için önceki işaretin bir marka olması gerekmekte iken sonraki işaretin marka olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, sonraki işaret bir marka olmasa dahi sulandırmaya karşı koruma kapsamında bu işaretin markasal kullanımının gerekli olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.⁷ Markasal kullanım “*markanın mal ve hizmetlerin köken itibarıyla farklılıklarını belirtmeye imkân veren kullanım şekli*” olarak tanımlanmaktadır.⁸ Sonraki kullanıcının önceki tarihli kullanıcının markasını, markasal kullanımı dışında ticaret unvanında veya işletme adında, eserlerde, tasarımlarda, program adlarında vb. kullanması durumunda markasal sulandırılmasının gündeme gelip gelmeyeceğine ilişkin olarak ABD, AB ve Türk Hukuku’nda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

ABD Hukuku incelendiğinde konuya ilişkin farklı görüşler bulunmakta olup AB Hukuku uygulaması değerlendirildiğinde de markasal kullanım zorunluluğuna ilişkin sabit bir yaklaşımın benimsenmediği görülmektedir. ABAD, bazı kararlarında markasal kullanımın gerekli olmadığını savunmuş ise de aksi yönde kararları da bulunmaktadır. ABAD, Céline davasında, ticari amaçla kullanım ve tüketiciler nezdinde bağlantı kurulması şartıyla markasal kullanım dışındaki diğer tür kullanımlara karşı da itirazda bulunabileceğini ifade etmiştir⁹. Mahkeme’nin bu kararı açıkça markasal kullanımın zorunlu olmadığı görüşünde olduğunu göstermektedir.

Türk Hukuku’nda tescil engelleri kapsamın-

da taraf işaretlerinin marka olması aranmakta iken ihlâl hallerine ilişkin düzenlemelerde, önceki işaretin marka olması kaydıyla sonraki kullanımın herhangi bir işaret olabileceği hüküm altında alınmıştır.¹⁰ Ancak sulandırma kapsamında sonraki işaretin markasal kullanımının zorunlu olup olmadığına ilişkin herhangi bir düzenleme Türk Hukuku’nda bulunmamaktadır. ABD ve AB’de olduğu gibi markasal kullanım zorunluluğuna ilişkin yeknesak bir yaklaşım olmasa da genel eğilim marka ihlâlinin kabulü bakımından markasal kullanım koşulunun aranması gerektiği yönündedir.

3. ÖRNEK KARARLARLA SULANDIRMA ÇEŞİTLERİ

3.1. Bulandırarak Sulandırma

Tanınmış bir markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi, sulandırmanın en temel hallerinden biridir. Markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi, bir markanın rekabet hâlinde olmayan mal/hizmetlere ilişkin kullanılması sebebiyle markanın kimliğinin ve halkın zihninde tuttuğu yerin, başka bir ifadeyle markanın satış gücünün kademeli olarak kaybolması veya dağılması hâlidir.¹¹

Hukumumuzda, markanın itibarının zarar görmesine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmakla beraber, Yargıtay konuya ilişkin kararlarının çoğunda sulandırmaya ilişkin genel değerlendirmeler yaptığından, bu kararlardan yola çıkarak markanın itibarının zarar görmesine ilişkin bir çıkarımda bulunmak oldukça güçtür.¹² Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “DERBY Kararı” olarak bilinen kararı bu konu bakımından önem arz etmektedir. İlgili kararda, yerel mahkeme tarafından verilen kısmen kabul kararı Yargıtay II. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuş, yerel mahkeme ilk kararında direnmiş

7 BÜYÜKKILIÇ, a.g.e, s.242

8 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, Ankara 2012, s. 433*

9 Céline SARL v. Céline SA, Case C-17/06

10 SMK m.7/2-c: “Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”

11 Frank Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection, Harvard Law Review Vol. 40, No. 6 (Apr., 1927), s.826*

12 BÜYÜKKILIÇ, a.g.e, s. 453

ve Hukuk Genel Kurulu Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiğini yönünde karar vererek direnme kararını kaldırmıştır. Bahsi geçen karar aşağıdaki tespitleri içermektedir:

“... sınıflandırma itibarıyla davacıya ait tanınmış “DERBY” markasının kapsadığı tıraş bıçağı emtiası “kişisel ihtiyaç ve bakım ürünlerinin” dahil olduğu tüketim sektörüne ait olmasına karşın, dava konusu “DERBYTECH” marka başvurusunun üzerinde kullanılacağı ürünler “endüstriyel ve zirai alet ve makineleri”nin de bulunduğu üretim sektörüne dahildir. Bu durumda, her iki markanın kullanılacağı ürünlerin birbirinden çok farklı sektörlerde dâhil oldukları açıktır. Her ne kadar, söz konusu ürünlerin kullanıcıları yetişkin tüketiciler olmakla birlikte, tanınmış DERBY markasının asıl olarak kullanıldığı kişisel bakımla ilgili tüketim sektörü, diğerinin ise endüstriyel ve zirai işletmelerin ihtiyaçlarına yönelik alet ve makinelerin üretimi sektöründe yer aldıklarından, davacı markasını taşıyan tıraş bıçaklarının keskinlik ve paslanmazlık gibi niteliklerinin tüketicilerin tercihlerinde etkili olacağından ve bu durumun da davacı markasının olumlu imajından hukuka aykırı şekilde haksız bir yarar sağlanacağından söz edilemez. Ayrıca belirtilmelidir ki; 556 sayılı KHK 8/4.maddesindeki hallerin varlığı için, tanınmış markanın aynısı ya da benzerinin farklı grup mal ve hizmetler üzerinde kullanılması nedeniyle söz konusu mal veya hizmetlerin ortalama tüketicinin bu marka ile tanınmış marka arasında bir bağlantı kurması ve bu bağlantının yaratacağı olumlu izlenim ve çağrışımla satın alma tercihlerine yön verilmesi suretiyle tanınmış markadan haksız yararlanma sonucuna yol açılması gereklidir. Dolayısıyla burada bahsi geçen bağlantı ya da ilişkilendirme ile 556 sayılı KHK 8/1-b maddesinde düzenlenen karıştırılma ihtimâli (iltibas) birbirinden farklı kavramlar niteliğindedir.”¹³

Yukarıdaki karar metninden de görüldüğü üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dava konusu markaların sınıflarının farklı ve her iki markanın kullanıldığı ürünlerin birbirinden çok farklı sektörlerde dâhil oldukları yönünde hüküm kurmuştur. Tanınmış “DERBY” markasının asıl olarak kullanıldığı kişisel bakımla ilgili tüketim

sektörü, diğer “DERBYTECH” markasının ise endüstriyel ve zirai işletmelerin ihtiyaçlarına yönelik alet ve makinelerin üretimi sektöründe yer aldıklarını belirtmiştir. Sayılan bu sebeplerle davacı markasını taşıyan tıraş bıçaklarının keskinlik ve paslanmazlık gibi niteliklerinin tüketicilerin tercihlerinde etkili olacağından ve bu durumun da davacı markasının olumlu imajından hukuka aykırı şekilde haksız bir yarar sağlanmayacağı gerekçesiyle yerel mahkemece verilen direnme kararını kaldırmıştır.

3.2. Lekeleyerek Sulandırma

Diğer sulandırma hâli ise lekeleyerek sulandırmadır. ABD Revizyon Kanunu’nda lekeleyerek sulandırma “*ünlü marka ile sulandırılan marka arasındaki benzerlikten doğan ve ünlü markanın itibarının zarar görmesine sebebiyet veren ilişkilendirmenin sonucu*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴. Tanınmış bir markanın aynısının veya benzerinin cinsel ya da aşağılayıcı çağrışımlar oluşturacak şekilde veyahut tanınmış marka sahibinin felsefesine aykırı bir şekilde veya tanınmış markanın müşterilerini çekmek amacıyla söz konusu markaya saldırgan şekillerde kullanılması durumlarında markanın itibarına zarar verme ihtimâli söz konusu olacaktır.

ABD hukukundaki davalar arasında en fazla üne sahip ve günceliğini koruyan dava, spor kıyafet üreticisi Nike Inc. ve bir sanat kolektifi olan MSCHF Product Studio (“MSCHF”) arasında görülmekte olan davadır. Uyuşmazlık konusu özet olarak bir sanat kolektifi olan MSCHF Product Studio’nun “Satan Shoes” isimli ayakkabıları piyasaya sürmesiyle başlamıştır. Satan Shoes isimli ayakkabılar esasen Nike Air Max 97 model ayakkabının modifiye edilmesi ile oluşturulmuştur ve tasarımında çeşitli satanik öğeler içermektedir.

Bu sebeple, Nike Inc. markanın sulandırıldığı gerekçesiyle “Eşitlik ilkesi ve mahkemenin makul olduğuna kanaat getirdiği diğer şartlara göre, üçüncü bir kimsenin, ünlü bir marka ya da ticaret unvanını ticari olarak kullanımı, bu markanın ünlü olmasından sonra

13 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 02.04.2014 tarihli ve E.2013/656, K.2014/427 sayılı kararı

14 ABD Revizyon Kanunu Sec. 43/c-2 (C)

başlamış ise ve markanın ayırt edici karakterinin sulandırılmasına sebep oluyorsa, ünlü marka ya da ticaret unvanı sahibi bu kullanıma engel olmak hakkını haiz kılınabilir.”¹⁵ şeklindeki maddeye dayanarak dava açmıştır.

Nike Inc. markasının ayırt ediciliğinin azaldığını ve Nike ile satanik öğelerin bir arada kullanılması suretiyle Nike markasının tanınmışlığının lekelenerek markanın sulandırıldığını, Nike markasını ve logosunu kafa karıştıracak kadar benzer şekilde kullanarak reklam, tanıtım ve satış yapması, tüketiciler nezdinde karıştırılmaya ve/veya karıştırılma ihtimâline yol açtığı yönünde iddialarda bulunmuştur.

MSCHF ise Brooklyn merkezli bir sanat kolektif olduğu ve New York Times tarafından günümüz kültürel değerlerinin sınırını zorlayan bir kuruluş olarak tanımlandıklarını öne sürmüştür. Savunmalarında ise, Kolektif’in uygulaması üzerinden koleksiyonculara satılan ve sınırlı sayıda üretilen artistik ürünler olduğunu, Kolektif’in hitap ettiği kitlenin sanata yaklaşımının ve ürünle verilmek istenen mesajın çok iyi farkında olduğunu ve karıştırılmaya yol açan bir durum söz konusu olmadığı yönünde savunmalarda bulunmuştur.

Mahkeme neticede; Kolektif’in, Nike markasını ve logosunu ayakkabılar ve web sitesi üzerinden Nike Inc.’nin izni olmadan çeşitli şekillerde kullandığı, Kolektif’in fillerinin ürünün kaynağı hakkında tüketiciler nezdinde bir sponsorluk veya yetki anlaşması ürünü olduğuna dair izlenim oluşturduğuna ve ihtiyati tedbir kararının yokluğunda geri dönülemez zararlar ve itibar kaybı oluşabileceğine dair bulgular ortaya konduğundan sebeple ihtiyati tedbir kararı vermiş olup yargılama aşaması devam etmektedir. Görülmekte olan yargılamada verilen ihtiyati tedbir kararıyla, lekeleyerek sulandırmanın gerçekleşmesi için tüketicinin mal ve/veya hizmetler arasında bağlantı bulunduğunun düşünmesinin şart olmadığını, tüketicinin hizmetler arasında bağlantı bulunmadığını bilse bile zihninde markaya ilişkin oluşan olumsuz imaj oluşmasının lekeleyerek sulandırma için yeterli olduğunu görmekteyiz.

SONUÇ

Bu makalemizde tanımı yapılan tanınmış marka, tüketicilerin gözünde güven kaynağı olup tüketici için mal veya hizmet seçiminde aranan öncelikli kriterler arasında yer almaktadır. Tanınmış marka olmanın neticesinde elde edilen bu güven malın veya hizmetin satımını ve pazarlamasını kolaylaştıran en önemli faktörlerden biridir. Toplumda belirli bir tanınmışlık düzeyine gelen markanın faaliyet alanının dışında sektörlerde hizmet vermesi tüketicinin gözünde o markanın faaliyet alanını genişlettiği şeklinde yanıltıcı düşüncelere kapılmasına sebebiyet verebilir. Bunun sonucunda tanınmış marka ile faaliyet kolu arasındaki kimya bozulmaya başlar ve markanın sulanması olarak bahsettiğimiz durum meydana gelir. Bu nedenle toplumda belirli imaja sahip olan tanınmış markaların benzer ve hattı farklı mal veya hizmetlere karşı korunması amaçlı kanuni düzenlemelerin yapılması gereği doğmuştur.

ABD mevzuatında olduğu gibi hukuki metinlerimizde ve AB hukukunda “sulandırma” kavramına ilişkin açıkça bir ifade getirilmemiştir. Tanınmış markaları özel olarak korumak için getirilmiş bir kavram olan markanın sulandırılması, tanınmış bir markanın aynısının veya benzerinin kullanılması sonucu tanınmış markanın ayırt edici karakterinin ya da itibarının zedelenmesi veyahut markanın ayırt edici karakterinden veya itibarından haksız yararlanmanın engellenmesi amacıyla öğretiyeye girmiş bir kurumdur. Bu kavram ABAD kararlarında yer almasıyla beraber Yargıtay kararlarında da oldukça sık şekilde karşımıza çıkarak önemini bir kez daha ispatlamıştır.

Bulandırarak sulandırma ve lekeleyerek sulandırma olmak üzere iki farklı şekilde karşımıza çıkan ve tanınmış markalar için söz konusu olan sulandırma konusu hukukumuz mevzuatında yer almamakla beraber nispeten yeni bir kavramdır. Türk hukuku açısından her ne kadar yeni bir kavram olsa da Yargıtay kararlarında açıkça yer verilen bu kavramın oldukça üst seviyede önem arz ettiği görülmektedir. Markanın

ayırt edici karakterinin ve itibarının zarar görmesinin, tanınmış markanın izinsiz bir şekilde kullanılarak bundan fayda sağlanılmasının ve markanın piyasadaki imajının kararlaştırılmasının önüne geçilmesi için markanın sulandırılması kavramının hukukumuzda daha çok yer edinmesinin oldukça faydalı olacağı kanaatindeyiz.

ÇEVRE MEVZUATIMIZDAKİ ÇELİŞKİLİ DÜZENLEMELERE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Süreyya KORKMAZ
Avukat

Gözde Nur KAYA
Stj. Avukat

Yağmur DEMİR
Stj. Avukat

ÖZET

Günümüz dünyasında çevrenin korunmasına duyulan ihtiyaç göz önüne alındığında, bu amacı gerçekleştirmenin yegane yolunun konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapmak olduğu görülmektedir. Ancak yapılacak düzenlemelerin de birbiri ile tutarlı ve farklı yorumlanmaya mahal vermeyecek şekilde bütünlük arz etmesi önemlidir. Bu çalışmamızda mevzuatımızda yer alan ve uygulamada farklı yaklaşımlara sebep olan düzenlemeler gündeme getirilecektir.

Anahtar Kelimeler : Sıfır Atık, Yerel Yönetim, Atıkların Taşınması.

GİRİŞ

Günümüzde sanayileşme ve tüketimin hızla artmasıyla birlikte her geçen gün çeşitli türlerde atıklar ortaya çıkmakta ve atık oranları doğanın mücadele edemeyeceği biçimde artmaktadır. Bununla beraber, ortaya çıkan atıkların belirli bir sistem dâhilinde, toplum sağlığına ve çevre koşullarına uygun tekniklerle dönüştürülebilmesi/bertaraf edilmesi gerekliliğinin önemi de her geçen gün daha çok anlaşılmaktadır. Bireyler ve kurumlar tarafından bu farkındalık bilinci ile gerekli önlemler alınmakta ve yetkili otoritelerce atık yönetiminde bir sistem dâhilinde hareket edilmesi ve düzenin sağlanabilmesi amacıyla regülasyonlar yapılmaktadır.

Ne var ki hukuki düzenlemeler toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Ne zaman ki yeni bir düzenlemeye ihtiyaç doğar, karmaşık ve hukuki boşluk ortamı oluşur, o zaman kargaşayı önleyecek düzenlemeler yapılır. Ülkemizde çevre hukukunun yeni gelişen bir dal olması hasebi ile hukuki düzenlemelerin de toplumun ihtiyaçlarının gerisinde kalmaması, hâlihazırda mevcut düzenlemelerin ise birbirleri ile uyum içinde, birbirlerini tamamlar nitelikte ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yeter vaziyette olması elzemdir. Bu kapsamda

işbu makalemizde iki başlık altında, yürürlükte olan mevzuatta farklı yorumlanmaya müsait düzenlemeler ile birbiriyle çatışan düzenlemelere ilişkin eleştirilerimize yer verilecektir.

1. SIFIR ATIK PROJESİ VE YEREL YÖNETİMLERE TANINAN YETKİLER

Sıfır Atık Yönetim Sistemi, israfın önlenmesi, kaynakların daha verimli kullanılması, atık oluşum sebeplerinin gözden geçirilerek atık oluşumunun engellenmesi veya minimize edilmesi, atığın oluşması durumunda ise kaynağında ayrı toplanması ve geri kazanımının sağlanması amaçlarını kapsayan atık yönetimi hedefidir.

Bu yönde atılan önemli adımlardan bir tanesi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ("Bakanlık") tarafından başlatılan "Sıfır Atık" projesidir. Proje kapsamında, Bakanlık tarafından 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda¹ düzenlemelere yer verilmiş olup, atık yönetimi ve sıfır atık yönetim sistemine ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikler ile belirleneceği düzenlenmiştir.

Atık yönetimi ve sıfır atık kapsamında öncelikli olarak güdülmeye gereken amaç, ortaya çıkan atık miktarının azaltılması olmakla birlikte, sonraki ilk adım atıkların dönüştürülebilmesi/bertaraf edilebilmesi için uygun

¹ Çevre Kanunu, 18132, 11.08.1983, 2872

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2872&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

koşullarda toplanmasıdır. Toplama, atıkların biriktirilmesi ve biriktirildiği yerlerden alınarak atık işleme tesislerine götürülmesi amacıyla taşınmasını da kapsayan bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Atıklar, türlerine göre kaynağında ayrı olarak biriktirilir ve ilgili mevzuatına uygun olarak atık işleme tesislerine taşınırlar. Bu kapsamda, çeşitli türdeki atıkların ne şekilde ve hangi ortamlarda biriktirileceği ve geri kazandırılmak/bertaraf edilmek üzere hangi merkezlere toplanacağına ilişkin hususlar Sıfır Atık Yönetmeliği² ve Atık Yönetimi Yönetmeliği³ kapsamında düzenlenmektedir. Ne var ki hâlihazırda mevzuatta bir birlik sağlanamamış olması nedeniyle, uygulamada bazı problemlerle karşılaşabilmektedir. En sık karşılaşılan örneklerden bir tanesi 09.10.2021 tarihinde Sıfır Atık Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte Sıfır Atık Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişikliktir⁴ ki beraberinde belediyeler ile atık üreticilerinin karşı karşıya kalması ihtimâlini gündeme getirmektedir.

Değişiklik ile birlikte, Sıfır Atık Yönetmeliği kapsamında sıfır atık yönetim sistemini kurarak belge alanların, türlerine göre kaynağında ayrı biriktirdikleri atıklarını, sıfır atık belgesini alan mahalli idarelerin toplama sistemine veya Bakanlık'tan geçici faaliyet belgesi/çevre lisansı almış atık işleme tesislerine geri kazanımı sağlanmak üzere verebilecekleri düzenlenmektedir. Buna göre, eski düzenlemenin aksine, sıfır atık yönetimi kapsamında biriktirilen atıkların, yalnızca mahalli idarenin sıfır atık belgesi/sistemi bulunmaması hâlinde değil mahalli idare tarafından kurulan toplama sistemi olması hâlinde dâhi isteğe bağlı olarak gerekli izin ve/veya çevre lisansını almış atık işleme tesislerine verilebileceği düzenlenmiştir. Uygulamada ise belediyeler

tarafından 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda yer alan "Belediyenin yetkileri ve imtiyazları" başlıklı 15. maddenin g bendine atıfta bulunularak, idari yaptırımlar uygulanabildiği görülmektedir. Bu kapsamda, belediyelere çevrenin korunmasına yönelik bazı görevler yüklenildiği; sıfır atık kapsamında yer alan atıkların toplanması, ayrıştırılması, geri kazanımı/ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetlerin belediyelerin temel bir görevi ve imtiyaz hakkı olduğu belirtilmektedir. Atık üreticilerinin ilgili mevzuat gereği türlerine göre kaynağında ayrı biriktirdikleri atıklarını, bağlı buldukları yerel yönetimlerce işletilen ve "sıfır atık belgesi"ni haiz atık işleme tesisi bulunması hâlinde yalnızca bu tesislere teslim edebilecekleri, ancak ve ancak bağlı bulunulan yerel yönetimin "Sıfır Atık Belgesi" bulunmaması hâlinde mevzuata uygun şekilde gerekli izin ve/veya çevre lisansını almış atık işleme tesislerine verebilecekleri vurgulanmaktadır. Aksi şekilde hareket eden atık üreticileri hakkında idari yaptırım uygulanmakta ve bu yaptırım kararlarına itiraz edilmesi yolu ile yargı üzerindeki yükün artmasına sebebiyet verilmektedir.

Bakanlık tarafından yürütülmekte olan Sıfır Atık projesi ve atıkların çevre ile ilişkisi değerlendirildiğinde, Çevre Kanunu'nun özel nitelikli kanun olduğu açıktır. Bu kapsamda, özel kanun genel kanunu ilga eder hükmü gereğince, Çevre Kanunu'na ilişkin hükümlerin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Belediye Kanunu'nda yer alan ve belediyelerin "imtiyaz haklarına" ilişkin hükümlerin, belediyeler bakımından sıfır atık lisansı alınmasına teşviki amacıyla korunduğu düşünülmektedir. Ne var ki uygulamada karışıklığa neden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili hükümlerin Çevre Kanunu'na uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği açıktır.

2 Sıfır Atık Yönetmeliği, 30829, 12.07.2019

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=32659&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

3 Atık Yönetimi Yönetmeliği, 29314, 02.04.2015

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20644&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

4 Sıfır Atık Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 31623, 09.10.2021, md.7

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/10/20211009-4.htm>

5 Belediye Kanunu, 25874, 13.07.2005, 5393, md.15

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5393&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

2. KAYNAĞINDA AYRI OLARAK BİRİKTİRİLEN ATIKLARIN TAŞINMASI

2.1. Genel olarak:

Katı atık yönetimi sisteminde maliyetin büyük paydasını oluşturan ve uygulamada en çok zorluk yaşanan kısım, kaynağında türlerine göre ayrı olarak biriktirilen atıkların nihai olarak bertaraf edildiği ve/veya geri kazanımının sağlandığı atık işleme tesislerine taşınması noktasında toplanmaktadır. Atık Yönetimi Yönetmeliği uyarınca, atıkların kaynağında ayrı olarak biriktirildikten sonra nihai olarak bertaraf edildiği atık işleme tesislerine taşınması için araçların sahip olması gereken lisanslar ve atık taşıma faaliyetinin hangi kurum/kuruluşlar tarafından yapılabileceği atık türünün tehlikeli yahut tehlikesiz olarak sınıflandırılmasına göre farklılık arz etmektedir. Tehlikeli ve tehlikesiz olarak nitelendirilen atıklar, Sıfır Atık Yönetmeliği kapsamında tanımlanmış olup işbu başlık özelinde ambalaj atıkları gibi tehlikesiz atık olarak sınıflandırılan atıkların taşınması için mevzuat kapsamında öngörülen düzenlemelere yer verilecektir.

Atık Yönetimi Yönetmeliği'nin "Genel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde⁶, atıkların taşınması işleminin Bakanlık ve/veya il müdürlüğünden gerekli izin ve/veya lisansı almış tesisler, üretici/yetkilendirilmiş kuruluşlar ve atık taşımaya yetkili/lisanslı taşıyıcılar tarafından gerçekleştirileceği öngörülmüştür. Anılan madde, atık üreticisi tarafından kaynağında ayrı olarak biriktirilerek geçici depolanan atıkların, depolama alanlarından alınarak geri dönüştürülmek amacıyla taşınması faaliyetinin hangi kurum ve/veya kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebileceği noktasında genel bir çerçeve çizmekteyse de sonradan getirilen ve aşağıda açıklanan düzenlemeler ile atıkların taşınması noktasında atık üreticilerine birtakım istisnalar tanıdığı sonucuna ulaşılabilecektir.

2.2. Sıfır Atık Yönetmeliği uyarınca yapılan değişiklikler:

Sıfır Atık Yönetmeliği kapsamında toplama faaliyeti, taşıma faaliyetini de kapsayacak şekilde atıkların biriktirildikleri yerlerden alınarak atık işleme tesislerine götürülmesi amacıyla taşınması olarak tanımlanmaktadır. Atık Yönetimi Yönetmeliği'ne paralel şekilde düzenlenen Sıfır Atık Yönetmeliği'nde toplama ve taşıma noktasında yetki, mahalli idarelere ait iken 09.10.2021 tarihinde yapılan ve yukarıda anılan değişiklik ile birlikte atıkların taşınmasında yetki hususunda uygulamada bir belirsizlik doğmuştur. Zira, anılan değişiklik hükümünün lafzından hareket edildiği takdirde, sıfır atık yönetim sistemi kurarak belge alan bina ve yerleşkelerin, atıklarını doğrudan atık işleme tesislerine verebilmeleri için gerekçesi aşağıda açıklandığı üzere söz konusu atıkları taşıyabilme yetkisini de haiz olmaları gerekmektedir.

2.3. Atık Getirme Merkezlerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Sıfır Atık Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar uyarınca yapılan değişiklikler:

Sıfır atık yönetim sistemi uygulamalarına ilişkin idari ve teknik hususları belirlemek amacıyla 31.12.2021 tarihli ve 2595501 sayılı Bakan Olur'u ile Bakanlık'ın resmi internet sitesinde Atık Getirme Merkezlerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Sıfır Atık Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar ("Usul ve Esaslar")⁷ yayımlanmıştır. Usul ve Esaslar'ın 18. maddesi ile sıfır atık belgesine sahip satış noktaları ve ticari işletmelere, kâğıt/karton, plastik, ahşap vb. nitelikte ürün veya hammadde ambalajları ile nakliye ambalajlarını sıfır atık yönetim sistemini kurarak belge alan depolarında biriktirebilme yetkisi tanınmıştır. Satış noktalarında oluşan atıkların depolarda biriktirilebilmesi için öncelikle satış noktalarından depolara taşınması gerektiği açıktır. Bu doğrultuda, satış noktaları ve ticari işletmelerin, oluşturdukları ambalaj atıklarını kendilerine ait depolarda biriktirile-

⁶ Atık Yönetimi Yönetmeliği, m.5/1-(1)

⁷ Tam metne aşağıdaki adresten ulaşabilirsiniz:

<https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/duyurular/usulesasagsau20211231-20220105161839-20220105163645.pdf>

bilme yetkisinin söz konusu atıkların taşınması yetkisini de kapsadığı sonucuna lafzi yorum vasıtası ile ulaşılabilecektir.

Toplanması için özel donanımlı ve lisanslı araçların gerekmediği tehlikesiz nitelikteki atıkların taşınmasında atık üreticilerine yetki tanınması, yerel idarelerin ve lisanslı tesislerin omuzlarında yer alan personel istihdamı, yakıt maliyeti gibi yükleri azaltacağı gibi özellikle az nüfusa sahip yerleşim yerlerinde belediyelerin atık lisansına sahip olmaması hâlinde atık üreticilerinin atıklarını, atık işleme merkezlerine ulaştırabilmesi için lisanslı firmalar ile çalışması gerekliliğinin de önüne geçecektir. Önemle belirtmek gerekir ki Türkiye’de her ilde ve/veya ilçede lisanslı atık işleme tesislerinin bulunmaması sebebiyle atık üreticilerinin, kaynağında ayrı biriktirdikleri tehlikesiz nitelikteki atıklarını lisanslı firmalara ait araçlarla şehirlerarası taşıma zorunluluğunun bulunması, atık işleme tesisleri üzerindeki lojistik maliyet yükünü arttırdığı gibi atıkların taşınmasında ekstra araç kapasitesine ihtiyaç duyulması sebebiyle hizmet alanlarını daraltmalarına ve az nüfuslu bölgelerde hizmet vermemelerine sebep olmaktadır. Ayrıca hizmet alanlarının daraltılmaması hâlinde dahi bu bölgelerde hâlihazırda dolaşımda olan atık üreticileri mülkiyetindeki araçların değil tesislere ait araçların kullanılması hususu, sera gazı salınımını arttırdığı için çevre mevzuatı kapsamında hedeflenen amaçlara da hizmet etmemektedir.

Her ne kadar atıkların taşınması ile alakalı doğrudan bir değişikliğe yer verilmemiş olsa da yukarıda anılan yeni düzenlemeler ile birlikte, Sıfır Atık Yönetmeliği kapsamında yer alan atıkların toplanması ve taşınması noktasında maliyetlerin azaltılması amacıyla atık üreticilerine birtakım hak ve yetkilerin dolaylı olarak tanındığından bahsedilebilecektir. Ancak mahalli idareler ve il müdürlükleri tarafından gerçekleştirilebilecek farklı uygulamaların önüne geçilebilmesi ve atık üreticileri niteliğindeki satış noktaları ve ticari işletmelerin idari yaptırımlarla karşılaşmasının önlenmesi adına anılan düzenlemelerin içeriklerinin Bakanlık tarafından aydınlatılması ve atıkların taşınması esasının net bir şekilde düzenlenmesi önem arz etmektedir.

SONUÇ

Her hukuk sistemi insanlar arası, toplumlar arası ve insanlar ve çevre arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinden oluşmaktadır. Bu ilişkilerdeki hak ve yükümlülükler herhangi bir zarar doğmaması için hukuk kuralları ile sınırlandırılır ve hukuk kurallarının yaptırım gücü ile desteklenmesi sonucunda da tarafların zarar görmesi ve kargaşa ortamının oluşmasının önüne geçilir. Ancak hukuki düzenlemelerin taraflarca farklı algılanması hâlinde farklı uygulamalar ve bu uygulamalardan doğacak zararlar kaçınılmazdır. Bu sebeple ülkemizde de çevre hukukunun gelişmesi ve “kirleten öder ilkesi” kapsamında çevreyle temas hâlinde olan aktörlere birtakım yükümlülükler yüklenmesi sevindirici olsa da mevzuatımızın bütünlük arz edecek ve farklı yorumlanmaya müsaade etmeyecek şekilde revize edilmesi yüksek derecede önem arz etmektedir.



İSTANBUL OFİS

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok. No: 3 Elit Residence, Kat: 4/12 -10/28 -19/46 -29/60 Şişli 34360 İstanbul, Türkiye

Tel : +90 212 380 0640
Faks : +90 212 217 1890



ANKARA OFİS

Kızılırmak Mah. 1450 Sok. Ankara Ticaret Merkezi (ATM), B Blok No: 1/29 Kat 5 Karakusunlar, Çankaya, Ankara, Türkiye

Tel : +90 312 286 1006
Faks : +90 312 286 1007



İZMİR OFİS

Adalet Mah. Manas Bulvarı Folkart Towers B Kule, No 47/2209 Bayraklı, İzmir, Türkiye

Tel : +90 232 290 0998
Faks : +90 232 290 0999



BURSA OFİS

Oduluk Mah. Akpınar Cad. Efe Towers A Blok Kat: 4 No:15/19 Nilüfer, Bursa, Türkiye

Tel : +90 224 441 1950
Faks : +90 224 441 1951



DENİZLİ OFİS

Sümer Mah. Çal Cad. Skycity İş Merkezi Kat 5 No: 1/41 Merkezefendi, Denizli, Türkiye

Tel : +90 258 252 1224
Faks : +90 258 252 1226



LONDRA OFİS

8 Duncannon Street, Golden Cross House, Londra, WC2N 4JF Birleşik Krallık



MOSKOVA OFİS

Empire Tower, Presnenskaya nab. 6 str. 2, floor: 47 office: 4727 Moskova, Rusya



KASABLANKA OFİS

Les Alizés Bureau No:102, 1er Etage, Lottissement La Colline II, No:33 Sidi Maarouf, Kasablanka, Fas



AMSTERDAM OFİS

Singel 250 1016 AB Amsterdam, Hollanda



KİEV OFİS

Silver Breeze Business centre 1v, Pavla Tychyny Av. 02152, Office 434. Kiev, Ukrayna