

SAYI | ISSUE

01

HAZİRAN | JUNE 2013

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

YAYIN SAHİBİ / OWNER

Egemenoğlu Danışmanlık Yönetim Ltd. Şti. /
Egemenoğlu Consulting Management Ltd. Corp.

İCRA KURULU BAŞKANI / EXECUTIVE COMMITTEE PRESIDENT

Yunus Egemenoğlu

SORUMLU MÜDÜR / MANAGER IN CHARGE

Şeniz Uluköklü

EDİTÖR / EDITOR

Şeniz Uluköklü

YAYIN TÜRÜ / TYPE OF PUBLICATION

Yaygın Süreli / Broad Periodical

egemenoğlu

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

Türkçe/İngilizce hazırlanmıştır. /
Prepared in Turkish/English.

6 ayda bir yayımlanır.
Published in every 6 months.

egemenoğlu

DEĐİŐİM VE YENİ BAŐLANGIÇLAR CHANGES AND NEW BEGINNINGS

Deđerli M¼vekkellerimiz ve Dostlarımız,

İlk hukuk b¼ltenimizi sizlere sunmaktan mutluluk duyuyoruz. İlk baskımız, T¼rk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi son dönemde değişen kanun ve mevzuata dair makaleler ve açıklamaları içermektedir. Hukuk b¼lteni projesine başlarken umudumuz bu çalışmamızı sizin zamanında hazırlanmış ve bilgi dolu bulmanızı sağlamak oldu. B¼ltenimizin sizlere faydasını artırabilmek için her konuda ve her zaman olduğu gibi geribildirim ve önerilerinizi memnuniyetle bekleriz.

Keyifli okumalar dileđiyle,

Saygılarımızla,

Our Esteemed Clients and Friends,

We are pleased to present our first newsletter. The first issue includes articles and commentaries on recently amended laws and regulations in Turkey such as Turkish Commercial Law and Law of Obligations. As we embark on this project, we hope that you continue to find our newsletter informative and timely. As always, we welcome your feedback and suggestions, so that we may further enhance its utility and benefit to you.

We hope you enjoy reading it.

Sincerely,



YUNUS EGEMENOĞLU
Kurucu Ortak / Founding Partner

İÇİNDEKİLER

SON DÖNEMDE KANUN VE DÜZENLEMELERDEKİ DEĞİŞİKLİKLER KURUCU ORTAK AV. YUNUS EGEMENOĞLU	6
GENEL İŞLEM KOŞULLARI: SÖZLEŞMELERDE GEÇERSİZLİK SONUCU AV. SAHRA KARAKIŞLAK	10
TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA VADE VE FAİZ UYGULAMALARI AV. EREN GÜLER	16
TİCARİ İŞLETME DEVRİ ZAFER KAHRAMAN, ARAŞTIRMA GÖREVLİSİ	20
YENİ TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA PAY DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASI ÖN ALIM HAKLARI TARİHE Mİ KARIŞIYOR? AV. NERMİN ALKAYA	24
SÖZLEŞMEDEKİ "TAHKİM" ŞARTININ, "İPOTEÇİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ" YOLUYLA TAKİP PROSEDÜRÜNE ETKİSİ AV. SELDA BEKTAŞ YALÇIN	32
KAYITLI ELEKTRONİK POSTA AV. SEVDA SEZER MEMİÇ	36
BİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ARABULUCULUK AV. NİLÜFER OYGUCU	42
6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU UYARINCA İŞVERENLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ AV. BAŞAK ARSLAN, AV. DİDEM ARAL	48
EMEKLİLİK İÇİN YAŞ HARIÇ SİGORTALILIK SÜRESİ VE PRİM GÜN SAYISINI DOLDURAN HER İŞÇİ KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANIR MI? AV. PINAR AYHAN ŞAHİN	52
FAZLA ÇALIŞMA SINIRLARI VE YASAKLARI AV. DİDEM ARAL	56
TÜRK HUKUKU'NA GÖRE KARADA EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIYICININ ZİYA VE HASARDAN SORUMLULUĞU AV. AYŞE DERYA ELÇİN	60
TRAFİK KAZALARI VE HUKUKİ SONUÇLARI AV. ASLI ADALI, AV. ESİN TANERİ	64
YABANCILARIN TÜRKİYE'DE GAYRİMENKUL ALIM AV. NİL TOMUL	70
EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ TASFİYESİNDE ŞİRKET HİSSESİ VE GELİRLERİNİN PAYLAŞIMI AV. SONGÜL USLU	74

TABLE OF CONTENTS

RECENT CHANGES IN LAWS AND REGULATIONS YUNUS EGEMENOĞLU, FOUNDING PARTNER	7
OVERALL TRANSACTION CONDITIONS: CONSEQUENCE OF INVALIDITY OF CONTRACTS SAHRA KARAKIŞLAK, ASSOCIATE	11
TERM AND INTEREST PRACTICES UNDER THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND TURKISH OBLIGATIONS LAW EREN GÜLER, ASSOCIATE	17
TRADING OPERATION TRANSFER ZAFER KAHRAMAN, RESEARCH ASSISTANT IN CIVIL LAW	21
LIMITATION OF SHARE TRANSFERS UNDER THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE: AN END TO PRE-EMPTIVE PURCHASE OPTION? NERMİN ALKAYA, ASSOCIATE	25
EFFECT OF THE "ARBITRATION" CONDITION IN CONTRACTS ON ENFORCEMENT PROCEDURES BY WAY OF "CASHING IN MORTGAGES" SELDA BEKTAŞ YALÇIN, ASSOCIATE	33
REGISTERED ELECTRONIC MAIL SEVDA SEZER MEMİÇ, ASSOCIATE	37
MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION NİLÜFER OYGUCU, ASSOCIATE	43
EMPLOYERS' OBLIGATIONS AS PER LABOR HEALTH AND SAFETY LAW NO. 6331 BAŞAK ARSLAN, ASSOCIATE & DİDEM ARAL, ASSOCIATE	49
IS ANY WORKER COMPLETING THE INSURANCE PERIOD AND NUMBER OF PREMIUM DAYS EXCLUDING AGE FOR RETIREMENT ENTITLED TO SEVERANCE PAY? PINAR AYHAN ŞAHİN, ASSOCIATE	53
OVERTIME LIMITATIONS AND PROHIBITIONS DİDEM ARAL, ASSOCIATE	57
CARRIER'S LIABILITY FOR LOSSES AND DAMAGES IN CASE OF OVERLAND GOODS TRANSPORT ACCORDING TO TURKISH LAW AYŞE DERYA ELÇİN, ASSOCIATE	61
TRAFFIC ACCIDENTS AND THEIR LEGAL CONSEQUENCES ASLI ADALI, ASSOCIATE & ESİN TANERİ, ASSOCIATE	65
FOREIGN ACQUISITION OF REAL ESTATE IN TURKEY NİL TOMUL, ASSOCIATE	71
DISTRIBUTION OF COMPANY SHARES AND REVENUES UPON LIQUIDATION UNDER REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED ASSETS SONGÜL USLU, ASSOCIATE	75

SON DÖNEMDE KANUN VE DÜZENLEMELERDEKİ DEĞİŞİKLİKLER

KURUCU ORTAK AV. YUNUS EGEMENOĞLU
yunus@egemenoglu.av.tr

Kanunların zaman içinde adeta yaşlanmaları, kendilerinden beklenen işlevleri yerine getirmekte yetersiz kalmaları halinde; söz konusu bu kanunların gözden geçirilerek, o günün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hale getirilmesi, hukuk hayatının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle Türk Hukukunda, özellikle son yıllarda, hukuk hayatında büyük önemi haiz olan temel kanunların değiştirildiği ve yenilendiği görülmektedir. Bu değişikliklerin en önemlileri; 1 Ocak 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla gerçekleştirilmiştir.

Bu değişiklikler yapılırken; elbette ki, dünyada yapılan kanun revizyonları takip edilmiş, Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) gibi kuruluşların çalışmaları incelenmiş, Avrupa Birliği Komisyonunun bildirimleri ve çalışmalarından etkilenilmiştir. Türkiye, uluslar arası piyasaların bir parçası ve önemli bir aktörü haline geldikçe, hukuki düzenlemelerini de bu standartlara uydurmak gerekliliğini hissetmiştir. Bu kapsamda, bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Aşağıda bu değişikliklerin en önemlileri sayılacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunuyla getirilen en önemli yeniliklerden birisi, TBK. m.20 ile 25 arasında düzenlenen "Genel İşlem Koşulları"dır. Buna göre, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve sözleşme hükmü olarak kitlelere sunulan bu tipik

hükümlerin geçerlilikleri ve etkileri kanunumuzda düzenlenmiş; hangi hallerde yazılmamış sayılacakları veya hüküm doğurmayacakları belirlenmiştir. Bunun yanında, TBK. m.71 hükmünde tehlike sorumluluğu ilk kez kanunlarda yer almıştır. Bu yeni düzenlemeye göre, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden bir zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletmenin sahibi ve işleteni müteselsilen sorumlu olacaklardır. Söz konusu işletmenin faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa dahi, bu faaliyetten zarar görenler, tazminat talep edebileceklerdir.

Borçlar Kanununda yer alan önemli bir diğer yenilik ise, sözleşmesel anapara faizi ve temerrüt faizine üst sınır getirilmiş olmasıdır. TBK. m.88 ve 120 uyarınca anapara faizi yasal faizin %50, temerrüt faizi ise %100 fazlasını aşamaz. Ayrıca kanunda, borçların ibrası, sürekli edimli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdü, aşırı ifa güçlüğü, borca katılma, sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma genel hükümler arasında düzenlenmiştir.

Satış sözleşmelerinde yarar ve hasarın geçişi Yargıtay kararlarına ve öğretinin ileri sürdüğü görüşlere uygun olarak değiştirilmiştir. Kanundaki en kapsamlı değişikliklerden birisi ise, kira sözleşmeleri alanında gerçekleştirilmiştir. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılarak kiraya ilişkin tüm hükümlerin tek bir yerde toplanması sağlanmış, kira bedeli artışları yerleşik Yargıtay içtihatlarına uygun olarak kurala bağlanmıştır. Bunların dışında, hizmet ve kefalet sözleşmelerinde de önemli düzenlemeler yapılmıştır. Adi ortaklıkta ise, özellikle ortaklıktan çıkma ve çıkarılma ve ortaklık payının tasfiyesinde yenilikler göze çarpmaktadır.

RECENT CHANGES IN LAWS AND REGULATIONS

YUNUS EGEMENOĞLU, FOUNDING PARTNER
yunus@egemenoglu.av.tr

In cases where laws would become archaic over time, thus proving inadequate to meet the functions expected of them, it is then a requirement of legal life to review such laws and render them capable of meeting the current conditions and needs. Therefore, it is observed that in Turkish Law, especially in recent years, basic laws having major significance in legal life have been amended and renewed. The most important changes may be listed as: Turkish Civil Code No. 4721 entering into force on January 1, 2002, Civil Proceedings Law No. 6100 entering into force on October 1, 2011 and Turkish Obligations Law No. 6098 and Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 entering into force on July 1, 2012.

As these amendments were made, law revisions made in the world were certainly followed, studies by organizations such as Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) and Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) were reviewed and European Union communiqués and studies taken as a model. As Turkey became a part and a major actor of international markets, it has felt the requirement to align its legal regulations along with these standards. Some major amendments were made accordingly. Below is an outline of the most important ones of these amendments.

"Overall Transaction Conditions" regulated under TBK Articles 20 to 25 are one of the most important innovations introduced by the Turkish Obligations Law No. 6098 (TBK). Accordingly, our law regulates validity and effects of these model provisions unilaterally prepared in advance for the purpose of

using them in many similar contracts in the future and presented to the masses as contractual provisions, with such cases where they would be considered as not having been incorporated at all or be fully operative being identified. In addition, liability for risks under the provision of TBK Article 71 has been incorporated in laws for the first time. According to this new regulation, in cases where damages would be incurred from activities of an operation posing risks to a large extent, the operation owner and operator would be severally liable for such damages. Victims of damages due to this activity would be entitled to claim damages notwithstanding that activity of such operations are authorized under legal order.

Yet another innovation incorporated in the Obligations Law (BK) is the imposition of an upper limit to contractual principal interest and default interest. Pursuant to TBK Articles 88 and 120, principal interest and default interest may not exceed 50% and 100% of statutory interest, respectively. In addition, the law regulates the release of debts, debtor's default in long running debt relationships, excessive performance difficulty, participation in obligations, contract transfers and participation in contracts as part of its general provisions.

TR

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda, tacir olmayanlar bakımından yetki sözleşmesi yapma imkânı kaldırılmış, derneklerin üyeleri adına topluluk davası açma imkânı tanınmış, bu şekilde, örneğin tüketici derneklerinin tüketicilerle ilgili dava açması mümkün hale gelmiştir. Ayrıca söz konusu kanun ile, davanın açılmasında davacıdan avans alınması düzenlenmiştir. Bunun yanında, dava sürecini hızlandırmayı amaçlayan bir diğer yenilik ise, "ön inceleme" düzenlenmesidir. İspat konusunda ise, belge ve senet ayrımı yapılmıştır. Seri ve sözlü yargılama usulleri kanunda çıkarılarak, basit yargılama usulünün daha hızlı ve kolay olması için gerekli değişiklikler yapılmıştır. Kişilerin haklarının korunması için büyük önem arz eden geçici hukuki korumalar kanunda yer almıştır. Belirsiz alacak davası da kanunda yer bulmuştur.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise, en göze çarpan değişiklik tek kişi anonim ve limited ortaklığının kurulması imkânıdır. Oysa, önceki düzenlemeye göre limited şirket kurabilmek için en az 2, anonim şirket kurabilmek için ise en az 5 ortağın bir araya gelmesi gerekmekteydi. Bu değişiklik Avrupa Birliği müktesebatına da uygundur. Bunun yanında, bağımsız dış denetim mekanizmaları kanunda öngörülmüştür. Bu düzenleme azınlıkta kalan ortaklar için önemlidir. Zira, bugüne kadar anonim ortaklıklarda iç denetim söz konusuydu ve sağlıklı bir denetim yapıp ilgililer yeterince bilgilendirilemiyordu. Söz konusu bu değişiklikte, bilgi paylaşımı daha sağlıklı bir zemine oturtulmuş oldu. Şeffaflaşma adına bir diğer önemli

düzenleme ise, ortaklığın de internet sitesi kurması ve kamuoyunu aydınlatması zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Elbette burada, ortaklığın ticari sırlarını ifşa etmesi değil, sermaye ortaklığı hakkında aleni olması gereken hususların açıklanması gereklidir. Bunlar dışında holdinglere ilişkin de özel düzenlemeler yapılmıştır.

SONUÇ OLARAK, Türk Hukuku'nda da, modern dünya standartlarına ve ekonomik düzenin gerekliliklerine uygun güncelleştirmeler yapılmıştır. Bu yapılırken izlenen usul, eski kanunların baştan aşağıya gözden geçirilerek yeni baştan düzenlenmesi olmuştur. Bu yeni kanunların, Türk hukuk yargısına, öğretisine ve hukuk uygulamasına güç ve kolaylık katmasını dileriz.

ENG

Passing of benefits and damages in sales contracts has been amended in compliance with decisions by the Supreme Court of Appeals and views set forth by doctrine. One of the most comprehensive amendments under the law has been realized in the field of lease contracts. As the Law on Real Estate Leases was abolished, the combination of any lease related provisions in a single place has been ensured; further, rent increases have been tied to a rule in compliance with the established case laws of the Supreme Court of Appeals. Besides, major regulations have been introduced to service and guarantee contracts. As regards ordinary partnerships, innovations are noteworthy with respect to discretionary renunciation of partnership and expulsion of a partner and liquidation of partnership shares in particular.

In Civil Proceedings Law No. 6100, means for the conclusion of authorization contracts have been discontinued in view of non-merchants as associations are allowed to file legal action for their members collectively; thus, for example, it is now possible for consumers' associations to file legal action for their members. In addition, the subject law stipulates the receipt of an advance from claimants upon filing legal action. Also, the regulation of "preliminary review" is another innovation aiming to accelerate lawsuit process. There is now a distinction between documents and deeds as regards evidence. Serial and verbal trial procedures have been excluded, with necessary changes made so that the simple trial procedure is faster and easier. The law includes temporary legal protections having major significance for protection of personal rights. The law also recognizes lawsuits for unclear claims.

The most noteworthy change to the Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 is the possibility of incorporating a Joint Stock Company (A.Ş.) or a limited liability company (LLC) having a single shareholder. The former regulation required a minimum of 2 shareholders for incorporation of an LLC and a minimum of 5 shareholders for incorporation of a Joint Stock Company (A.Ş.). This change is also in compliance with the EU Acquis. Further, the law stipulates independent external audit mechanisms. This regulation is important for minority shareholders. This is because there was only internal audit in a Joint Stock Company (A.Ş.) before and no sound audit could be conducted to inform the relevant parties adequately. Following this change, information sharing is now based on a sounder footing. Another important regulation for the sake of transparency is the introduction of a requirement for partnerships to set up Internet sites and keep the public informed. Certainly, the requirement relates to public disclosure of such ordinary facts about incorporated entities, not their trade secrets. In addition, regulations have also been made as regards holdings.

IN CONCLUSION, updates have been made in the Turkish Law meeting the modern world standards and requirements of economic order. The procedure followed to achieve this has been the radical revision of archaic laws based on a thorough review thereof. We do hope that these new laws add power and convenience to the Turkish judiciary and legal doctrine and practices.

GENEL İŞLEM KOŞULLARI: SÖZLEŞMELERDE GEÇERSİZLİK SONUCU

AV. SAHRA KARAKIŞLAK
skarakislak@egemenoglu.av.tr

Taraflar arasındaki sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 1926 tarihli eski Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012'de yerini güncel, Türkçeleştirilmiş ve çeşitli yeni düzenlemeler getiren Türk Borçlar Kanunu'na bırakmıştır.

Türk Borçlar Kanunu, özellikle kira sözleşmelerinde kiracıyı koruyan bazı hükümlerin işyeri kiralalarında 8 yıl ertelenmesi; kefalette alınacak el yazılı kefil beyanı ve eş muvafakati gibi yönleriyle tartışma yaratırken; yeni Kanun'un hukukumuzda getirdiği belki de en önemli değişiklik TBK 20 – 25. maddelerinde yer alan genel işlem koşullarıdır.

I. GENEL İŞLEM KOŞULU NEDİR?

Kural olarak bir sözleşmenin her iki tarafın katılımı ile hazırlanması, üzerinde görüşülerek ve mutabık kalınarak imzalanması gerekmektedir. Ancak bazı sözleşmeler vardır ki, bunları tek taraf önceden hazırlar ve çok sayıda ilişkide aynı sözleşmeyi adeta karşı tarafa dayatır.

Genel işlem koşulu içerir tipik sözleşmeler, bankaların kredi sözleşmeleri, websitesi üyelik sözleşmeleri (terms and conditions), franchise sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri olarak örneklenebilir.

Bankaların kredi sözleşmelerini ele alalım; banka matbu, küçük puntolarla yazılmış ve kendi lehine düzenlenmiş sözleşmesini önceden hazırlar, bütün kredi ilişkilerinde karşı tarafa çoğunlukla müzakere şansı tanımadan imza için sunar.

İşte yeni Borçlar Kanunu, bu gibi tek tip, önceden tek tarafın ilerde çok sayıda kullanmak üzere

hazırladığı sözleşmeleri "genel işlem koşulları" olarak adlandırmıştır.

II. SÖZLEŞMELERDEKİ GEÇERSİZLİK SONUCU

Yeni Borçlar Kanunu, genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın bu hükümlerle ilgili olarak;

- I. Karşı tarafa yeterli bilgi vermesini,
- II. Karşı tarafa bilgi alma olanağı sağlamasını,
- III. Karşı tarafın sözleşmeyi bilerek ve anlayarak kabul etmesini aramaktadır.

Bu koşullar sağlanmadığı müddetçe, genel işlem koşulları içerir sözleşmede, düzenleyenin lehine ve karşı tarafın aleyhine olan hükümler geçersiz sayılır.

Sözleşmenin diğer maddeleri ise geçerli ve bağlayıcı olmaya devam eder.

Örneğin, sözleşmede düzenleyen lehine, karşı taraf aleyhine bir cezai şart varsa; düzenleyen taraf, imzalayan tarafa bu hükümlerle ilgili bilgi verdiğini ve bilgi alma olanağı sağladığını ispat edemediği müddetçe cezai şart maddesi yazılmamış sayılacaktır.

III. NEDEN GEÇERSİZLİK SONUCU?

Genel işlem koşullarının tipik örnekleri üzerinden gidersek, Kanun'un geçersizlik gibi ağır bir yaptırım getirmekteki amacını daha kolay anlayabiliriz.

Bir yazılım programı veya websitesi üyeliği sırasında, çoğunlukla incelemeden işaretlediğimiz "Okudum, anladım, kabul ediyorum." seçeneğini ele alalım: Birçoğumuz, küçük puntolarla yazılmış o maddeleri okumaksızın sözleşmeyi kabul etmekte ve koşullarını bilmediğimiz sözleşmelerle bağlı hale gelmekteyiz.

OVERALL TRANSACTION CONDITIONS: CONSEQUENCE OF INVALIDITY OF CONTRACTS

SAHRA KARAKIŞLAK, ASSOCIATE
skarakislak@egemenoglu.av.tr

The former Obligations Law (BK) of 1926 regulating obligation relationships arising from contracts between Parties, tort or unjustified enrichment was replaced by the updated Turkish Obligations Law containing a simplified version eliminating archaic terms and introducing new regulations on July 1, 2012.

As the Turkish Obligations Law led to controversies on some of its aspects, particularly deferment of some provisions protecting tenants in lease contracts with respect to office leases for 8 years, hand written guarantor declaration as a guarantee and spouse consent, overall transaction conditions contained in TBK Articles 20 – 25 are probably the most important changes introduced by the new Law into our laws.

I. WHAT IS OVERALL TRANSACTION CONDITION?

As a rule, a contract must be prepared through participation of both Parties, negotiated jointly and signed upon mutual agreement. However, there are some contracts, which are prepared by a single party in advance and almost dictated to the other party in multiple relationships.

Model contracts containing general transaction condition may be illustrated by several examples such as banks' loan contracts, website membership contracts (terms and conditions), franchise contracts, dealership contracts and labor contracts.

Let us review banks' loan contracts; banks prepare contracts printed in small fonts and issued in their favor in advance, presenting them to counterparties for signature without providing them with an opportunity for negotiation in most cases.

The new Obligations Law refers to such uniform contracts prepared in advance by a single party for multiple uses in the future as "Overall Transaction Conditions".

II. CONSEQUENCE OF INVALIDITY OF CONTRACTS

The new Obligations Law requires that in connection with such provisions, the party preparing Overall Transaction Conditions

- I. Provides adequate information to counterparty
- II. Allows counterparty to obtain information and
- III. That the counterparty agrees to the contract knowing and understanding it.

Unless these conditions are met, any provisions in the contract containing Overall Transaction Conditions, which are in favor of the issuing party and against the counterparty, are deemed void. Other articles of the contract remain valid and binding.

For example, in cases where there is a penalty condition in favor of the issuer but against the counterparty in the contract, the penalty condition is considered as not having been incorporated therein unless the issuer proves that it has provided information to the signatory and allowed it to obtain information in connection with this provision.

Oysaki o sözleşmeler, karşı tarafa kişisel bilgilerimize erişim ve paylaşma olanağı tanımakta ve belki de okumuş olsak, kabul etmeyeceğimiz aleyhe koşullar içermektedir.

Kanun koyucu, hiç kimsenin okumadığı ve bilmediği aleyhine hükümlerle bağlı olmaması için, genel işlem koşullarında düzenleyene “bilgi verme ve bilgi alma imkânı tanıma” yükümlülüğü getirmiştir.

Önemle hatırlatmak isteriz ki, genel işlem koşullarında amaç sözleşmenin lehe hale getirilmesi değildir; imzalayan tarafa aleyhe hükümlerle ilgili bilgi verilmesi ve sözleşmenin bilerek, anlaşılabilir ve müzakere edilerek imzalanmasıdır.

IV. TACİR, GERÇEK KİŞİ VE TÜKETİCİ AYRIMI

Genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğüne kadar yalnızca tüketicilerin taraf olduğu ilişkilerde uygulanmaktaydı. Yargıtay, genel işlem koşullarını tüketici lehine yorumlamakta, açık ve anlaşılır olmayan hükümlerin tüketiciyi bağlamayacağı yönünde yerleşik kararlar almaktaydı.

Yeni Borçlar Kanunu ise, genel işlem koşullarının uygulanmasında tacir / gerçek kişi / tüketici ayrımı yapmamıştır. Kanun yeni olduğundan, mahkemelerin uygulamasını öngörmek mümkün değildir. Ancak öngörümüz, genel işlem koşullarının tacirleri de koruyacağı yönündedir. Elbette ki bu koruma koşulsuz olmayacaktır:

I. Tacirin Türk Ticaret Kanunu’nun 18/2. maddesi uyarınca basiretli bir tacir gibi davranması gerekmektedir.

II. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeyi imzalayan kişi (tacir veya gerçek kişi olması fark etmeksizin) genel işlem koşulları ile bağlı olmadığını iddia ederken Medeni Kanun’un 3. maddesi uyarınca iyi niyetli hareket etmelidir.

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARI NASIL GEÇERLİ KILINILIR?

Genel işlem koşullarını geçerli hale getirmek için düzenleyenin 3 koşulu sağlaması gerekmektedir:

1. **Bilgi Verme:** Karşı tarafa sözleşme ile ilgili bilgi verilmesi ve olası bir uyumsuzlukta bilgi verildiğinin ispat edilebilmesi için bunun yazılı yapılması gerekmektedir. Örneğin, taraflar sözleşme üzerinde görüşüp tartışarak, bunu her iki tarafın imzaladığı bir tutanak ile belgeleyebilirler.

2. **Bilgi Alma İmkânı Sağlama:** İmzalayan tarafa sözleşmenin bir örneği verilmelidir. Eğer sözleşme bilgisayar ortamında ise internet üzerinden sözleşmeye her zaman erişim sağlanabilir ve sözleşme ile ilgili soruların yanıtlanabilmesi için düzenleyen tarafa ait iletişim bilgileri karşı tarafa verilebilir.

3. **Karşı Tarafın Kabulü:** İmzalayan taraf, sözleşmeyi inceledikten, (varsa) hukukçularına danıştıktan, aleyhe hükümleri ve muhtemel olumsuz mali ve hukuki neticeleri değerlendirdikten sonra sözleşmeyi kabul etmelidir.

III. WHY CONSEQUENCE OF INVALIDITY?

Our analyses of the issue on the basis of typical examples for Overall Transaction Conditions would help us better understand the objective of imposition by the Law of a heavy sanction such as invalidity.

Let us analyze the option, “I’ve read and understood and agree” ticked by us without review during software or website membership: Most of us agree to such articles typed in small fonts without reading them, thus getting bound by contracts whose terms are not known by us. However, such contracts allow counterparties to have access to and exchange our personal data and if we had read them, they would probably contain such unfavorable conditions we would not agree to.

The legislators have imposed the obligation of “providing information and allowing someone to obtain information” on the issuer of Overall Transaction Conditions so that nobody would be bound by any unfavorable conditions they did not read or were not aware of at all.

Readers must be reminded of the fact that the objective of Overall Transaction Conditions is not to render a contract favorable; it just relates to the provision of information to the signatory in connection with unfavorable terms and signature of the contract upon knowing, understanding and negotiating it.

IV. DISTINCTION BETWEEN MERCHANTS, NATURAL PERSONS AND CONSUMERS

Overall Transaction Conditions applied for relationships to which consumers were sole parties until entry into force of the Turkish Obligations Law. The Supreme Court of Appeals interpreted Overall Transaction Conditions in consumers’ favor and took decisions that any provisions not clear and comprehensible would not be binding on consumers.

The new Obligations Law does not distinguish between merchants, natural persons and consumers in implementation of Overall Transaction Conditions. It is not possible to foresee application by courts because the law has just been enacted. However, we foresee that Overall Transaction Conditions would also protect merchants. Of course, this protection would not be unconditional:

I. Merchants must act as a prudent merchant pursuant to Article 18/2 of the Turkish Commercial Code (TTK).

II. A person having signed a contract containing Overall Transaction Conditions (whether a merchant or a natural person) must act in good faith pursuant to Article 3 of the Civil Code when they claim that they are not bound by Overall Transaction Conditions.

V. HOW COULD OVERALL TRANSACTION CONDITIONS BE RENDERED VALID?

An issuer must meet 3 conditions to render Overall Transaction Conditions valid:

1. **Information Provision:** Provision of information to the counterparty and this must be done in writing so that the provision of information may be proved in a potential dispute. For example, Parties may document by minutes that they have mutually negotiated and signed a contract.

2. **Allowing Receipt of Information:** A copy of the contract must be given to the signatory. In cases where the contract is electronically issued, there must always be access to the contract on the Internet and contact information on the issuer must be provided to the counterparty so that any questions in connection with the contract may be answered.

3. **Counterparty Acceptance:** The signatory must accept the contract after review, consultation with their legal consultants (if any) and assessment of any unfavorable provisions and potential adverse financial and legal consequences thereof.

VI. BİLGİ VERİLSE DE GEÇERSİZ OLACAK HÜKÜMLER

Türk Borçlar Kanunu, yukarıda belirttiğimiz bilgi verme, bilgi alma imkânı sağlama ve kabul koşulları sağlansa dahi bir kısım iddia ve hükümleri her halükarda geçersiz kabul etmiştir.

- Genel işlem koşullarının geçersiz sayıldığı durumda, düzenleyen tarafın “genel işlem koşulları olmasaydı sözleşmeyi düzenlemezdim” iddiası kabul görmeyecektir. Genel işlem koşulları geçersiz kabul edilse bile, sözleşmenin genel işlem koşulları dışındaki kısmı geçerliliğini sürdürecektir.
- Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı sayılan genel işlem koşulları her halükarda yazılmamış sayılacaktır.
- Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde, karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak veya onun aleyhine olacak hükümler koyulması kesin olarak yasaklanmıştır.
- Genel işlem koşulları kapsamında, açık olmayan ya da farklı anlamlara gelen hükümler varsa, düzenleyen aleyhine ve karşı taraf (imzalayan) lehine yorumlanacaktır.
- Düzenleyen, genel işlem koşullarını tek taraflı olarak değiştirme hakkını saklı tutamaz.

VII.SONUÇ

Genel işlem koşulları, hukukumuzda tüketiciler dışında bugüne kadar uygulama bulmamış, oldukça yeni bir düzenlemedir. Bu tip sözleşmeyi imzalayan kişiler, “nasıl olsa geçersiz” düşüncesi ile bu ilişkilere girmemeli; düzenleyenler ise “tutanak ile sözleşmenin tamamını geçerli kıldım” diye düşünmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel işlem koşulları hükümleri, önümüzdeki günlerde mahkeme uygulamaları ile şekillenecek ve netlik kazanacaktır. Bu nedenle, şimdilik her bir sözleşme için ayrı ayrı değerlendirme yapılması, düzenleyenlerin sözleşmeleri kanuna uygun hale getirmesi ve gerekli bilgiyi vermesi; imzalayanların ise imzaladıkları sözleşmeyi gerçekten inceleyerek ve değerlendirerek kabul etmesi, en azından düzenleyen tarafından inceleme imkanı sağlanmış olması gerekmektedir.

VI. PROVISIONS WHICH WOULD BE VOID NOTWITHSTANDING INFORMATION PROVISION

The Turkish Obligations Law considers void certain claims and provisions notwithstanding information provision, opportunity to receive information and acceptance conditions noted above in any case.

- The claim by the issuer that “it would not issue the contract if there were no Overall Transaction Conditions” in cases where Overall Transaction Conditions would be considered void would not be recognized. The section of the contract other than Overall Transaction Conditions would remain in force even if Overall Transaction Conditions would be considered void.
- Overall Transaction Conditions considered irrelevant to the nature of the contract and business characteristics would be considered not having been incorporated in any case.
- It is strictly prohibited to incorporate in Overall Transaction Conditions such provisions which would, contrary to honesty rules, aggravate the counterparty’s condition or be against it.
- In cases where there would be provisions not clear and having different meanings in the Overall Transaction Conditions, they would be interpreted against the issuer and in favor of the counterparty (signatory).
- The issuer may not reserve the right to revise Overall Transaction Conditions unilaterally.

VII. CONCLUSION

Overall Transaction Conditions is a very new regulation which has so far found no implementation area other than consumers under our law. Persons signing such contracts should not enter into such relationships by just thinking “they are ineffective after all” while issuers should not think that “I rendered the entire contract valid by minutes”.

Overall Transaction Conditions in the Turkish Obligations Law would take shape and become clear following court implementations in the forthcoming days. Therefore, minimum requirements may be cited as follows at present: assessment is made individually for each contract; issuers must render contracts compliant with the law, providing necessary information; signatories must agree to contracts only upon actually reviewing and assessing them and; issuers provide an opportunity for review thereof.

TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA VADE VE FAİZ UYGULAMALARI

AV. EREN GÜLER
eguler@egemenoglu.av.tr

01.07.2012 tarihi ile birlikte yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, gerek günlük hayattaki, gerekse de ticari faaliyetlerdeki bir çok hukuki işlemde köklü değişiklikler getirdi. Getirilen çok sayıda köklü değişikliğin arasında öne çıkan hususlardan ikisi vade ve faiz uygulamaları ile yapılan değişiklikler olarak göze çarpıyor. Türk Ticaret Kanunu'nun mal ve hizmet tedarikini konu alan sözleşmelere getirdiği vade düzenlemesi ile iki yeni kanunun çeşitli ilişkilerde uygulanacak faiz oranlarına ilişkin yeni hükümleri hem günlük hayattaki, hem de ticari faaliyetlerdeki bazı alışılmış uygulamaları terk etmeyi zorunlu kılacak gibi görünüyor.

1. VADE

Türk Ticaret Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce tacirler, her türlü ticari ilişkide serbestçe vade belirleme imkanına sahipti. 01.07.2012 tarihi ile birlikte yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre, taraflar halen sözleşme serbestisine (yani kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla

diledikleri gibi sözleşme düzenleme yetkisine) sahip olmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde uygulanacak vadeler ile ilgili bağlayıcı düzenlemeleri, tacirlerin bu serbestisini bir nebze de olsa ellerinden almış durumdadır. Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddesi ilk olarak sözleşmede vadenin belirlenmemesi halini düzenlemiştir. İlgili maddeye göre eğer taraflar sözleşme ile belirlemediyse vade;

- Faturanın ya da ödeme talebinin borçluya ulaşmasını takip eden 30 gün
- Fatura ya da ödeme talep tarihi belirsizse, ilgili mal ya da hizmetin teslim tarihini takip eden 30 gün olarak kabul edilmiştir.

Eğer mal ya da hizmetin teslimi, fatura ya da ödeme talebinin tesliminden sonra gerçekleşmişse, vadenin belirlenmesinde mal ya da hizmetin teslim tarihi esas alınır.

Kanunun ilgili maddesi ayrıca, tarafların işletmelerinin büyüklük ve niteliklerine göre de, mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde uygulanacak vade için bir üst sınır belirlenmiştir. Buna göre;

ALACAKLI	BORÇLU	VADE
Küçük	Küçük	En fazla 60 gün olabilir
Küçük	Orta	En fazla 60 gün olabilir
Küçük	Büyük	En fazla 60 gün olabilir
Orta	Küçük	En fazla 60 gün olabilir
Orta	Orta	En fazla 60 gün olabilir
Orta	Büyük	En fazla 60 gün olabilir
Büyük	Küçük	60 günden fazla olabilir
Büyük	Orta	60 günden fazla olabilir
Büyük	Büyük	En fazla 60 gün olabilir

(Küçük, orta ve büyük işletmelerin tanımları 18.11.2005 tarihli "Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik" ile yapılmıştır.)

TERM AND INTEREST PRACTICES UNDER THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND TURKISH OBLIGATIONS LAW

EREN GÜLER, ASSOCIATE
eguler@egemenoglu.av.tr

The Turkish Obligations Law and Turkish Commercial Code (TTK), which entered into force as of 07/01/2012, have introduced radical changes to many legal transactions in both daily life and commercial activities. Two of the issues standing out among many radical changes introduced are particularly noteworthy—namely term and interest practices. It appears that the new provisions of the two new laws in connection with interest rates, which will be applied to various relationships under the term regulation introduced by the Turkish Commercial Code (TTK) for the contracts covering procurement of goods and services, would require relevant parties to abandon some usual practices in both daily life and commercial activities.

1. TERM

Merchants had the opportunity to freely determine terms in any kinds of trading relationships before the entry into force of the Turkish Commercial Code (TTK) on 07/01/2012. According to the Turkish Obligations Law and Turkish Commercial Code (TTK) which entered into force on 07/01/2012, although parties presently have contracting freedom (namely powers freely to

issue contracts provided however that they would not contravene the imperative provisions of the law), the regulations of the Turkish Commercial Code (TTK) in connection with the terms to be applied in contracts concerning procurement of goods and services have deprived merchants of this freedom to a limited extent. The relevant article of the Turkish Commercial Code (TTK) first regulates the cases of not determining terms in contracts. According to the relevant article, if the parties have failed to determine terms under contract, the term is considered:

- 30 days following receipt of invoice or payment request by the debtor
- 30 days following delivery date of relevant goods or services where the invoice or payment request date is unclear.

In cases where delivery of the goods or services takes place after the delivery of invoice or payment request, the delivery date of goods or services is taken as a basis in determination of the term.

In addition, the relevant article of the law determines a ceiling limit for the terms to be applied under the

CREDITOR	DEBTOR	TERM
Small	Small	May be maximum 60 days
Small	Medium	May be maximum 60 days
Small	Large	May be maximum 60 days
Medium	Small	May be maximum 60 days
Medium	Medium	May be maximum 60 days
Medium	Large	May be maximum 60 days
Large	Small	May be longer than 60 days
Large	Medium	May be longer than 60 days
Large	Large	May be maximum 60 days

(The definitions of small, medium and large operations are made by the "Regulation on the Definitions, Characteristics and Classification of Small and Medium Size Operations" dated 11/18/2005.)

- Alacaklı taraf KOBİ veya tarımsal ya da hayvansal üretici ise, veya
- Borçlu taraf büyük işletme ise
- Taraflar 60 günün üzerinde vade belirleyemezler.

2. FAİZ

Yürürlükteki mevzuat, farklı sözleşmesel ilişkilere farklı faiz düzenlemeleri getirmektedir.

- Ticari faaliyetlerde uygulanacak faiz oranı Türk Ticaret Kanunu ile,
- Tüketicilere uygulanacak kredi faiz oranı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile,
- Bunlar dışında kalan ilişkilere uygulanacak faiz oranı ise Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmektedir.

2.1. Türk Ticaret Kanunu'nda Faiz Uygulaması

Türk Ticaret Kanunu'na göre kural olarak ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir, yani taraflar bu konuda sözleşme serbestisi içinde hareket edebilirler. Ancak bu serbestinin sınırlandığı durumlar da mevcuttur.

Kanunun ilgili maddesine göre, mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde uygulanacak faiz oranı belirlenmediyse, bu sözleşmelere T.C. Merkez Bankası'nın her yıl Ocak ayında belirleyeceği faiz oranı uygulanacaktır. Bu oran T.C. Merkez Bankası tarafından 2013 yılı için %15 olarak belirlenmiştir. Kısaca, mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde faiz oranının belirlenmediği durumlarda yıllık %15 faiz oranı uygulama alanı bulacaktır.

Kanunun ilgili maddesi ayrıca, mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde faiz ödenmeyeceğine ya da ağır derecede haksız sayılabilecek kadar düşük bir faiz ödeneceğine ilişkin anlaşmaların da geçersiz olduğunu belirtmektedir. Taraflar faiz ödenmeyeceğine ya da ağır derecede haksız sayılabilecek kadar düşük bir faiz ödeneceğine dair anlaşma yaparlarsa, bu hüküm geçersiz sayılacak ve T.C. Merkez Bankası tarafından ilan edilen faiz oranı uygulama alanı bulacaktır.

Türk Ticaret Kanunu sadece belirli ilişkilere bileşik faiz uygulanmasına izin vermiştir. İlgili maddeye göre sadece;

- Cari hesap sözleşmelerinde ve
- İki taraf için de ticari nitelikte olan ödünç (örn: borç) sözleşmelerinde üç aydan aşağı olmamak üzere bileşik faiz uygulanabilir.

2.2. Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Uygulaması

Ticari nitelik taşımayan ya da tarafı tüketici olmayan sözleşmesel ilişkilere (örn: taşınır ya da taşınmaz satış sözleşmesi) uygulanacak faiz oranı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir.

Kanunun ilgili maddeleri ile sözleşmesel faiz oranı ve temerrüt faizi oranı için iki farklı üst sınır belirlenmiştir. Bu sınırlamalara göre;

- Sözleşme ile belirlenen faiz yıllık %13,5 oranını,
- Temerrüt faizi ise yıllık %18 oranını aşamaz. Bu oranlar Bakanlar Kurulu'nun kanuni faizde yapacağı değişikliklere paralel olarak aynı oranda değişecektir.

Örnek olarak ticari faaliyet kapsamında olmayan ya da tüketici ilişkisi niteliği taşımayan bir borç para sözleşmesinde faiz oranı en fazla yıllık %13,5 olarak belirlenebilir. Yine aynı kapsamda tutulacak bir otomobil satış sözleşmesinden doğan para borcu vadesinde ödenmediği takdirde de en fazla yıllık %18 faiz uygulanabilecektir. Bu oranları aşan faiz oranı kararlaştırıldığı takdirde, faizin sınırı aşan kısmı uygulanmayacaktır.

Kanunun yürürlüğe girmesinden önce imzalanan sözleşmelerde belirlenen faiz oranları bu sınırları aşıyorsa, kanunun yürürlüğe girmesi ile beraber belirtilen sınırlar gözetilerek ve sınırları aşan faiz oranları bu sınırlara çekilerek uygulanacaktır.

contracts in connection with the procurement of goods and services according to the sizes and characteristics of the parties' operations. Accordingly: The parties may not determine a term longer than 60 days if:

- The creditor is KOBİ or an agricultural or animal origin products producer or
- The debtor is a large size operation.

2. INTEREST

The legislation in force introduces different interest practices for different contractual relationships.

- Interest rates applicable for trading activities are regulated by the Turkish Commercial Code (TTK)
- Loan interest rates applicable for consumers are regulated by the Law on Protection of Consumers and
- The interest rates to be applied for other relationships not mentioned here are regulated by the Turkish Obligations Law.

2.1. Interest Practice Under the Turkish Commercial Code (TTK)

According to the Turkish Commercial Code (TTK), an interest rate is freely determined in trading transactions as a rule; namely, parties may act subject to the contracting freedom. However, there are also certain cases limiting this freedom.

According to the relevant article of the law, in cases where the interest rate for the procurement of goods and services is not determined by contract, the interest rate to be determined by the Central Bank of the Republic of Turkey in January every year will be applied to such contracts. This rate has been set by the Central Bank of the Republic of Turkey at 15% for 2013. In short, the annual interest rate of 15% would be applicable in cases where the contracts for goods and services procurement do not determine an interest rate.

In addition, the relevant article of the law stipulates that any such agreements requiring payment of no interest or very low interest which could be considered highly unjustifiable under contracts for the supply of goods and services would be void. In cases where the parties agree on non-payment of interest or payment of interest so low as to be considered unjustifiable, this provision would be ruled void in which case the

interest rate announced by the Central Bank of the Republic of Turkey would be applied.

The Turkish Commercial Code (TTK) allows the practice of compound interest only in certain relationships. According to the relevant article, compound interest may be applied for not less than three months only in:

- Current account contracts and
- Lending contracts (for example loans) having a commercial nature for both parties

2.2. Interest Practice in the Turkish Obligations Law

The interest rate to be applied for contractual relationships not having a commercial nature or not having consumers as parties (for example, movable or immovable property sales contracts) are regulated by the Turkish Obligations Law.

Two different upper limits are determined by the relevant articles of the law for contractual interest rate and default interest rate. According to these limitations:

- The interest determined by contract may not exceed an annual rate of 13.5% and
- Default interest may not exceed 18% annually
- These rates would change proportionately to the changes to be made by the Cabinet to the statutory interest.

To illustrate this with an example, interest rate in a lending contract involving loans, which is not covered by trading activities or does not have the nature of a consumer relationship, may be determined at an annual maximum rate of 13.5%. Again, in cases where the monetary debt arising from a car sale contract to be treated under the same scope is not paid on the due date, an annual interest rate of a maximum 18% may be applied. In cases where an interest rate in excess of these rates is agreed, the portion of interest exceeding the limit will not be applied.

In cases where the interest rates determined in the contracts signed before entry into force of the law exceed these limits, they may be applied by observing the limits prescribed and lowering the interest rates exceeding the limits to these limits upon entry into force of the law.

TİCARİ İŞLETME DEVRİ

ZAFER KAHRAMAN, ARAŞTIRMA GÖREVLİSİ
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ MEDENİ HUKUK ANABİLİM DALI
zkahraman@egemenoglu.com

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan değişikliklerden göze çarpan bir tanesi de ticari işletmelerin devri hakkındadır. Bu yeni düzenlemenin önemi, ticari işletmenin bir bütün (kül) halinde tek bir işlem ile devrine olanak sağlamasıdır. Buna göre, ticari işletmeler bir bütün olarak bir kişiden diğerine tek bir işlemle devredilebilecek, işletme aktiflerinin devri için ayrıca tasarruf işlemleri yapma ihtiyacı ortadan kalkacaktır. Aşağıda, bu düzenleme kısaca açıklanacaktır.

1. TİCARİ İŞLETME NEDİR?

Ticari işletme, TTK. m.11/f.I hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre ticari işletme, “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.” Belirtmek gerekir ki, buradaki “işletme” kavramı, herhangi bir ticari faaliyetin işleyişine ilişkin hukuki ilişkilerin bütününe ifade eder. Diğer bir deyişle işletme, içinde maddi ve gayri maddi unsurların bir arada düzenlendiği (organize olduğu) ve ekonomik bir amaca yönelen bir bütündür.

2. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDEN NE ANLAŞILMASI GEREKİR?

Ticari işletme, ekonomik bir birlik teşkil etse de, üzerinde mülkiyet kurulabilecek hukuki bir bütün değildir. O halde, işletme devri, hukuki bir bütünün değil, yukarıda tanımı yapılan karmaşık yapının, yani ekonomik organizasyonun tüm unsurlarıyla devridir. Nitekim, TTK. m.11/f.III uyarınca, “Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir.”

Aralarında ticari faaliyetin yürütülmesi anlamında, ekonomik yahut işlevsel bir bağ olmayan malların tek başlarına devri ticari işletme devri sayılmaz. Bu sadece bazı aktiflerin münferit devridir. Ticari işletme devri sayılabilmesi için, işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmiş olması gerekir.

Şirket birleşme ve devralmaları, bir ticari işletme devri değildir. Zira, birleşme ve devralmalar, şirketin tüzel kişiliğini sona erdirir. Bu anlamda, her iki şirket de tüzel kişiliklerini kaybederek yeni bir şirket meydana getirir yahut bir şirket diğerinin tüzel kişiliğini sona erdirerek onu bünyesine katar. Oysa, ticari işletme devri denildiğinde, şirketlerin tüzel kişiliğiyle ilgisi olmayan bir devir söz konusudur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, şirket hisselerinin devri de aynı sebeple ticari işletme devri sayılmaz.

3. DEVRİN KONUSU VE KAPSAMI NEDİR?

Türk Ticaret Kanunu m.11/f.III hükmü uyarınca “Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur.”

Hükümden anlaşıldığı kadarıyla, ticari işletme, aksi öngörülmedikçe işletmenin faaliyet yapısı içinde olan tüm aktifleriyle birlikte devredilebilir. Buna; taşınır ve taşınmazlar, işletmenin kira sözleşmesindeki kiracı pozisyonu, fikri mülkiyet konusu hakları da dahildir.

TRADING OPERATION TRANSFER

ZAFER KAHRAMAN, RESEARCH ASSISTANT IN CIVIL LAW
BAHÇEŞEHİR UNIVERSITY
zkahraman@egemenoglu.com

One of the noteworthy amendments introduced by the Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 which entered into force on July 1, 2012 relates to the transfer of trading operations. The significance of this new regulation is that it allows the transfer of trading operations as a whole (integrally) in a single transaction. Accordingly, trading operations may be integrally transferred from one person to another in a single transaction; thus, the requirement for conducting additional dispositional transactions for the transfer of assets would be no longer effective. This regulation will be briefly explained below.

1. WHAT IS TRADING OPERATION?

Trading operations are defined by the provisions of TTK Article 11/f.I. Accordingly, trading operations are “operations by which activities aiming to generate revenues at a level exceeding the limit stipulated for tradesmen’s operations are regularly and independently maintained”. It must be noted that the concept “operation” therein refers to the whole of the legal relationships in connection with the operation of any trading activities. In other words, it is an integral entity pursuing an economic objective, wherein tangible and intangible elements are jointly regulated (organized).

2. WHAT MUST BE UNDERSTOOD FROM TRANSFER OF TRADING OPERATIONS?

Although trading operations constitute an economic union, they are not a legal whole on which ownership may be established. Given this, operation transfer is a transfer of the above defined complex structure, namely any elements of an economic organization, not a legal whole. As a result, pursuant to TTK Article 11/f. III, “trading operations may be transferred as a whole

without having individually to conduct compulsory dispositional transactions for the transfer of asset elements contained and subjected to other legal transactions.”

Individual transfer of assets not having economic or functional connections in the sense of maintenance of trading activities between them is not considered a trading operation transfer. Operation must have been transferred with its assets and liabilities so that it may be considered a trading operation transfer.

Company mergers and acquisitions are not trading operation transfers. This is because mergers and acquisitions discontinue company legal entity. In this sense, both companies would lose their legal entities, resulting in the creation of a new company or one company would discontinue the other’s legal entity, including it in its body. However, when there is a reference to trading operation transfer, there is a transfer not associated with the legal entities of companies. In addition, it must be noted that the transfer of company shares is not considered a trading operation transfer on the same ground.

3. WHAT IS THE SUBJECT AND SCOPE OF TRANSFER?

Pursuant to Turkish Commercial Code (TTK) Article 11/f.III provision, “unless otherwise stipulated, a transfer contract is deemed to include fixed assets, operating value, tenant’s rights, trading name and other intellectual property rights as well as assets specific for the operation on a permanent basis.”

As far as it is understood from the provision, a trading operation may be transferred with any assets included in the operation’s activity structure unless otherwise

Ticari işletme devri aksi öngörülmedikçe pasiflerin devrini de kapsar. Buna göre, ticari işletme devri, işletme faaliyetine ilişkin olarak doğmuş olan tüm nakledilebilir borçları da içerebilir. Bu uygulamada kolaylık sağlar. Zira, ayrıca tüm alacaklılara başvurup ayrı ayrı borcun dış üstlenilmesi sözleşmeleri akdetmeye gerek olmaksızın işletmenin tüm borçlarının tek bir işlemle devrine imkân verir.

4. TİCARİ İŞLETME DEVRİ HANGİ ŞEKİLDE YAPILIR?

Türk Ticaret Kanunu m.11/f.III hükmüne göre, “devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.” O halde, ticari işletme devri, tarafların adi yazılı şekle uyarak akdettikleri sözleşme ve bunun ticaret siciline tescili ve ilanıyla gerçekleşecektir. Buna göre, ayrıca tapuda işlem yapılmasına gerek olmaksızın taşınmazların mülkiyeti intikal edecek ve ticari işletme ait olan tüm aktifler (eğer devir kapsamı dışında bırakılmamışlar ise) tek bir işlemle devredilmiş, el değiştirmiş olacaktır. Ancak hatırlatmak gerekir ki, mülkiyet el değiştirmiş olsa da, gerekli sicillere açıklayıcı tescillerin yapılmasında, sonradan meydana gelebilecek karışıklıkları ve hak kayıplarını önlemek bakımından fayda vardır.

Aktiflerin devri, devir sözleşmesinin yapılmasıyla gerçekleşse bile, pasiflerin devrinde kanunkoyucu özel bir düzenleme yapma gereği duymuştur. Borçların intikaliyle ilgili olarak, Türk Ticaret Kanunu'ndaki m.11 düzenlemesinin, Türk Borçlar Kanunu m.202 hükmüyle birlikte okunması gerekir.

TBK. m.202/f.I hükmü uyarınca, “bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı

malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.” O halde, ticari işletmeyi devralan, pasiflerin de intikalini sağlamak için, alacaklılara teker teker bildirim yapabilir yahut ticari işletme devrini kanunda belirtilen yollarla ilan edebilir. Alacaklıların durumdan haberdar edilmiş olması, borçların nakli için olmazsa olmaz bir koşuldur.

Belirtmek gerekir ki, alacaklılara duyurunun yapılmasından itibaren iki yıl boyunca ticari işletmeyi devreden de devralanla birlikte işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu kalmaya devam edecektir (TBK. m.202/f.II ve IV). Bu iki yıllık süre, muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar (TBK. m.202/f.II).

SONUÇ

Kanaatimizce ticari işletme devrine ilişkin yeni düzenlemeler, aktiflerin ve pasiflerin külliye devrine olanak sağladığı için uygulamada kolaylık sağlayacaktır. Önerimiz; yazılı devir sözleşmesinin çok dikkatli hazırlanması, devir kapsamı dışında tutulacak tüm hususların sözleşmede belirtilmesi, ticaret siciline kaydın ve gerekli bildirim ve duyuruların yapılması, sonradan karışıklıklara ve hak kayıplarına yol açmamak amacıyla ilgili sicillere açıklayıcı tescillerin zamanında yapılmasıdır.

stipulated. Accordingly, this includes movable and immovable properties, operation's position as tenant in lease contracts and intellectual property rights.

Trading operation transfer covers transfer of liabilities unless otherwise stipulated. Accordingly, a trading operation transfer may include any transferable debts arising from the operation activity. This provides convenience in implementation. This is because it allows the transfer of all of the operation's debts in a single transaction without having to apply to all the creditors and conclude individual contracts for external assumption of debts.

4. HOW IS TRADING OPERATION TRANSFER CONDUCTED?

Pursuant to Turkish Commercial Code (TTK) Article 11/f.III provision, “transfer contracts and other contracts treating a trading operation integrally are executed in writing, registered in the trade registry and publicly communicated.” Given this, trading operation transfer materializes upon the execution of a contract by the parties in compliance with the ordinary written method and subsequent registration in the trade registry and public communication thereof. Accordingly, ownership of the immovable property would pass without having to conduct further acts in the title deeds department and any assets owned by the trading operation would be transferred changing hands in a single transaction (except where they would be excluded from the scope of transfer). However, readers must be reminded that the performance of the necessary registrations in the necessary registries is highly recommended to prevent complexities and loss of rights likely to occur later notwithstanding that the ownership has changed hands.

The legislators considered it necessary to introduce a particular regulation for the transfer of liabilities notwithstanding that the transfer of assets materializes upon conclusion of the transfer contract. In connection with the succession of debts, Turkish

Commercial Code (TTK) Article 11 regulation must be read in conjunction with the provisions of Turkish Obligations Law Article 202.

Pursuant to TBK Article 202/f.I provision, “Transferee of an asset or an operation with its assets and liabilities is, starting from the date on which it notifies the creditors hereof or publicly communicates this fact in the Turkish Journal of Trade Registrations for trading operations and in one of the nationally circulated newspapers for others, liable for the debts of that asset or operation against them.” Given this, the trading operation transferee may serve notices on its creditors individually or publicly communicate the trading operation transfer by the methods prescribed under law to ensure the succession of liabilities as well. Prior information to creditors about the fact is a prerequisite for the transfer of debts.

It must be noted that the transferor of trading operation will remain severally liable for the operation's debts with the transferee for two years from communication to creditors (TBK Article 202/f.II and IV). This two year period starts running from the date of the notice or communication for overdue and payable debts and from the overdue date for debts which would fall overdue later (TBK Article 202/f.II).

CONCLUSION

We believe that the new regulations in connection with trading operation transfer would provide practical convenience because they allow the integral transfer of assets and liabilities. We recommend that a written transfer contract is prepared very carefully, that any elements to be excluded from the transfer scope are specified in the contract, that registration in the trade registry and necessary notices and communications are conducted and that explanatory registrations are made in the relevant registries for the purpose of avoiding subsequent complexities and loss of rights.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA PAY DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASI: ÖN ALIM HAKLARI TARİHE Mİ KARIŞIYOR?

AV. NERMİN ALKAYA
nalkaya@egemenoglu.av.tr

1. PAYIN DEVRİ NEDEN KISITLANMAK İSTENİR?

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. Yeni Türk Ticaret Kanunu, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir. Yeni Kanun'a göre; borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre konu iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kaleme aldığımız bu makalede sadece borsaya kote edilmemiş payların devri ile ilgili düzenlemeler incelenmiştir.

Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınılabirken, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda esas sözleşmede sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşılmış ise kayıttan imtina edebilecektir. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ise ancak belli sebeplere dayanılarak red edilebilecektir.

Nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması bir taraftan pay senetlerinin elden çıkarılmasını zorlaştırdığı için payın ekonomik değerini düşürmekte; diğer taraftan ise istenilmeyen kişilerin pay sahibi olmasını veya şirkette çoğunluğu elde etmesini önlemek suretiyle şirketin korunmasına hizmet etmektedir.

Anonim şirkette, pay sahiplerinin kural olarak şirketten çıkmasının ve çıkarılmasının mümkün olmaması ve pay sahiplerinin kişiliğinin önem taşıması

nedeniyle, payların serbestçe devredilebilmesi ilkesi öngörülmüştür. Anonim şirketlerde geçerli olan devir serbestliği ilkesi, borsaya kayıtlı anonim şirketler için uygun bir hüküm olmakla birlikte, borsaya kayıtlı olmayan şirketler, özellikle aile tipi şirketler için uygun olmayabilmektedir.

Aile tipi anonim şirketlerin en önemli özelliği, aile pay sahiplerinin şirketin aile şirketi özelliğini korumak istemeleridir. Aile pay sahipleri şirketin iç ve dış ilişkilerini kontrol etme arzusundadırlar. Bu nedenle şirketin yabancıların eline geçmesini önlemek ve/veya pay sahiplerinin şirket içinde sahip oldukları güç dengesini korumak isterler. Pay devir kısıtlamaları ile, ekonomik durumu zayıf olan kişilerin, rakiplerin ve yabancıların şirkete pay sahibi olarak katılmasının önlenmesi özgün yapısının korunması amaçlanır.

Uygulamada özellikle aile tipi anonim şirket esas sözleşmelerinde, payların şirkete katılımı arzu edilmeyen diğer kişilerin eline geçmesini önlemek veya şirket içinde sahip olunan güç dengesini korumak amacıyla payın devredilebilirliğini kısıtlayıcı, mevcut pay sahiplerine payı öncelikle elde etme imkânı tanıyıcı hükümlere yer verilmektedir. Bu tür düzenlemeler, aile tipi anonim şirketlerin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen önemli bir araçtır.

2. PAY DEVRİNİN KISITLANMASI İLE İLGİLİ OLARAK YENİ TÜRK TİCARET KANUNU NASIL BİR DÜZENLEME ÖNGÖRÜYOR?

Yeni Türk Ticaret Kanunu, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir. Nama yazılı pay senetleri kural olarak serbestçe devredilebilmektedir. Ancak söz konusu senetlerin devri istisnaî olarak TTK'nun 491. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bazı

LIMITATION OF SHARE TRANSFERS UNDER THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE: AN END TO PRE-EMPTIVE PURCHASE OPTION?

NERMİN ALKAYA, ASSOCIATE
nalkaya@egemenoglu.av.tr

1. WHAT IS THE MOTIVE FOR THE LIMITATION OF SHARE TRANSFER?

One of the most important innovations introduced by the new Turkish Commercial Code (TTK) relates to the regulations concerning restrictions on share transfers. The new Turkish Commercial Code (TTK) has introduced a new system on transfer share restrictions. According to the new law, the subject is regulated in two groups in detail depending on whether there is stock exchange listing. This article deals only with the regulations in connection with transfer of such shares not listed in the stock exchange.

As Joint Stock Companies (A.Ş.) could refrain from the registration of registered share certificates even without providing justification thereof provided however that there was a relevant provision in the Articles of Incorporation as per sub-clause 2 of Article 482 of the former Turkish Commercial Code (TTK), the new Turkish Commercial Code (TTK) leaves no room for rejection without reference to the Articles of Incorporation. A company's right to rejection in case of shares listed in the stock exchange is subject to an objective reason such as excess of a percentage limit whereby the acquirer would be recognized as a shareholder. The company may refrain from registration only if it stipulates a percentage limit in the Articles of Incorporation and this set limit is exceeded. The share of registered shares not listed in the stock exchange may be rejected only on the basis of certain reasons.

Limitation of transfer of registered share certificates reduces economic value of shares because it makes it harder for share certificates to be disposed of; on the

other hand, it serves as a protection of the company by preventing any undesired persons from acquiring shares or having control of the company.

The principle of freely transferring shares is stipulated on the ground of the fact that it is not possible for shareholders to leave or be forced to leave the company and that personalities of shareholders do not have any significance in case of a Joint Stock Company (A.Ş.). Although the principle of transfer freedom valid for a Joint Stock Company (A.Ş.) is a proper provision for a Joint Stock Company (A.Ş.) listed in the stock exchange, it may prove inappropriate for companies not listed in the stock exchange, especially family owned companies.

The most important feature of a family owned Joint Stock Company (A.Ş.) is that family members as shareholders intend to preserve the company attribute as a family owned company. Therefore, they want to prevent outsiders from acquiring the company and / or preserve the power balance held by the shareholders in the company. It is aimed that economically weak persons, rivals and outsiders are prevented from joining the company as shareholders, with the original shareholding preserved, through transfer share restrictions.

In practice, family owned Joint Stock Company's (A.Ş.) Articles of Incorporation particularly include provisions restricting share transferability and allowing present shareholders to acquire shares on a priority basis for the purpose of preventing the company from being acquired by undesired persons or preserving the power balance in the company. Such stipulations are an important instrument preventing a

sınırlamalara tâbi olduğu gibi, TTK’ nun 493/1 uyarınca esas sözleşme de bu tür senetlerin ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilecektir.

2.1. Kanunî Sınırlama

Kanunî sınırlama TTK 491. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleşsin. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirkette istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir”.

Bu hükümle ödeme gücü olmayan kişilerin pay sahibi olması engellenmek suretiyle şirket sermayesinin korunması amaçlanmıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda, Eski Türk Ticaret Kanunu’nda olduğu gibi, teminatın türü konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle gösterilen teminat aynı veya şahsi olabilecektir. Burada önemli olan husus teminatın bakiye esas sermaye borcunu karşılayacak ve gerçekleştirecek nitelikte olmasıdır.

2.2. Esas Sözleşme İle İlgili Sınırlama

2.2.1.Genel İlke

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 492. maddesi, borsaya kote edilmiş olsun olmasın, tüm nama yazılı payların devrinde esas sözleşme ile getirilebilecek sınırlamalara ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca, TTK Tasarısı m. 491’de öngörülen kanunî sınırlama dışında, bir nama yazılı payın devri, ancak esas sözleşme ile ve devrin şirketin onayına bağlanması suretiyle yapılabilir. Dolayısıyla, nama yazılı payların esas sözleşme dışında başka bir işlemle, örneğin, genel kurul kararıyla sınırlandırılması geçerli olmadığı gibi, devrin şirket dışında başka bir kişi veya organın onayına bağlanması da mümkün değildir. Eski Türk Ticaret Kanunu’nun aksine Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre; esas sözleşmede herhangi bir neden göstermeksizin pay devirlerinin sınırlandırılması mümkün değildir.

Şirket, ancak esas sözleşmede öngörülmuş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını,

başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.

Esas sözleşme, devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılmaz. Devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıran veya devri tamamen yasaklayan esas sözleşme hükümleri, anonim şirketlerin temel yapısı ve payların serbestçe devredilebilme ilkesine aykırıdır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 492. maddesinin 2. fıkrasında, nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamaların intifa hakkı kurulurken de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla şirket, hangi nedenlerle payın mülkiyetinin bir başkasına geçmesini reddedebiliyorsa, aynı nedenlere dayanarak payın üzerinde intifa hakkı kurulmasını da reddedebilir. Şirket bu yolla pay sahibi olmasını istemediği kimselerin intifa hakkı aracılığıyla şirket kararlarına etki etmesini önlemiş olmaktadır. Nama yazılı pay senetleri gibi senede bağlanmamış paylar için de bağlam öngörülebilir. Zira payları borsada işlem görmeyen şirketlerde nama yazılı pay senetlerin bastırılıp sahiplerine dağıtılma zorunluluğu bulunmamaktadır.

2.2.2. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 493/1. maddesi, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile nasıl sınırlanabileceğini düzenlemiştir.

Söz konusu hükme göre, bir anonim şirket borsaya kote edilmemiş bulunan payların devrine onay vermeyi iki hâlde reddedebilir.

- I. Esas sözleşmede öngörülmuş bir haklı sebebi ileri sürme,
- II. Devreden pay sahibine, paylarını başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermedir.

Şirketin haklı sebeplerin varlığını devralana bildirmek için üç aylık bir süresi vardır. Şirket, onaylamaya ilişkin talebi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde esas sözleşmede öngörülen bir sebebi ileri sürerek reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

family owned Joint Stock Company (A.Ş.) from being acquired by outsiders or losing its original attributes.

2. WHAT TYPE OF REGULATION DOES THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE (TTK) ENVISAGE IN CONNECTION WITH TRANSFER SHARE RESTRICTIONS?

The new Turkish Commercial Code (TTK) has introduced a new system on transfer share restrictions. Registered shares may be freely transferred as a rule. However, transfer of such shares is subject to certain limitations envisaged by sub-clause 1 of Article 491 of the TTK exceptionally and also, Articles of Incorporation may stipulate transfer of such shares subject to company approval as per TTK Article 493/1.

2.1. Legal Limitation

Legal limitation is regulated by TTK Article 491. According to this provision, “Registered shares not totally paid up may be transferred only upon company approval provided however that transfer takes place by way of succession, heritage distribution, property regime provisions between spouses or forced execution. The company may only reject approval if the payment capability of the transferee is suspicious and a guarantee required by the company is not provided.”

This provision aims at preserving company capital by preventing persons not having the payment capability from acquiring shares.

The new Turkish Commercial Code (TTK) does not contain any clarification regarding guarantee types as in the former Turkish Commercial Code (TTK). Therefore, the guarantee required may be in kind or personal. What is important in this context is that the guarantee is of such a nature as to meet the outstanding capital subscription debt.

2.2. Limitation in Connection with Articles of Incorporation

2.2.1. General Principle

Article 492 of the new Turkish Commercial Code (TTK) sets forth general principles in connection with

limitations which may be imposed by the Articles of Incorporation on transferring any registered shares whether listed in the stock exchange. Pursuant to sub-clause 1 of the subject article, apart from the legal limitation envisaged by TTK Draft Article 491, transfer of registered shares may only be made on the basis of the Articles of Incorporation and subject to company approval for the transfer. Therefore, limitation of transfer of registered shares by another operation outside the Articles of Incorporation, for example by a general assembly resolution, is not valid and also, subjecting the transfer to approval of a person organ other than the company is not possible. Unlike the former Turkish Commercial Code (TTK), according to the new Turkish Commercial Code (TTK), it is not possible to limit share transfers without providing any reasons in the Articles of Incorporation.

The company may only reject an approval request by providing a major reason stipulated in the Articles of Incorporation or offering to the transferor to buy its shares at its actual value directly or for other shareholders or Third Persons.

The Articles of Incorporation may not aggravate transferability conditions. The Articles of Incorporation provisions aggravating or entirely prohibiting transferability conditions are contrary to the basic structure of a Joint Stock Company (A.Ş.) and the principle of freely transferring shares.

It is noted in sub-clause 2 of Article 492 of the new Turkish Commercial Code (TTK) that limitations in connection with the transfer of registered shares also apply for institution of usufruct. Therefore, the company may reject the institution of usufruct on shares by relying on the same reasons for its rejection of acquisition of shares by others. Thus, the company prevents any persons it does not want to acquire shares by this method from having influence on the company resolutions through usufruct. The same context could also operate for shares for which certificates are not yet issued as in the case for registered shares. This is because companies not listed in the stock exchange do not have a requirement to print and distribute share certificates to shareholders.

I. Esas Sözleşmede Öngörülmiş Bir Haklı Sebep İleri Sürme

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 493. maddesinin 2. maddesinde yer alan "haklı sebep" kavramı şirket açısından önemli sayılan bir sebebi ifade eder. Hangi sebeplerin önemli sebep olduğu tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Buna göre, pay sahipleri çevresinin bileşimine (pay sahiplerinin kompozisyonu) ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur.

Örneğin, şirketle rekabet eden kişilere yapılan pay devirlerini şirketin onayına bağlayan bir esas sözleşme hükmü, şirketin amaç ve konusu bakımından önemli sayılacaktır. Esas sözleşmede payların sadece kurucu aile pay sahiplerine veya belli bir meslekten olan kişilere devredilebileceği öngörülebilecektir.

Red sebeplerinin esas sözleşmede çok açık ve somut bir şekilde belirlenmiş olması gerekmektedir. Devralan ve devreden, öngörülen sebeplerden devrin red edilip edilemeyeceği konusunda bir kanaat sahibi olabilmelidir. Ayrıca belirtilen sebepler şirketin işletme amacı veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle red sebebi konusunda sadece Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 493. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmış olması ya da sadece "önemli nedenler" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir.

II. Şirketin Devreden Pay Sahibine, Paylarını Başvurma Anındaki Gerçek Değeri ile, Kendi veya Diğer Pay Sahipleri ya da Üçüncü Kişiler Hesabına Almayı Önermesi Suretiyle Reddetme

Anonim şirket, TTK Tasarısı m. 493/1 uyarınca haklı sebepler yanında, devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri üzerinden devralma önerisinde bulunmak suretiyle de uygun görmediği devirlere engel olabilmektedir.

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda iradi devirler için öngörülmeyen bu araç, uluslararası uygulamada ve öğretide escape clause (kaçış, kurtuluş klozu) diye anılmaktadır.

Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şart değildir. Ancak ana sözleşmede buna ilişkin hüküm konulabilecektir. Haklı bir neden gösterilmesi de gerekmemektedir. Devralan, şirket tarafından kendisine yapılan devralma önerisini prensip olarak red edemez. Ancak devralan şirketin önerdiği fiyatı kabul etmek zorunda değildir.

Bu düzenleme ile pay devirlerinde şirkete kanunî alım hakkı verilmek suretiyle şirket, şirkete payı devralandan gerçek değerden alma yükümlülüğü yükletildiği için de, payını devreden pay sahipleri korunmuştur.

2.2.3. Gerçek Değer Nasıl Tespit Edilecektir?

Devralan, payların gerçek değerinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından belirlenmesini talep etme hakkın sahiptir. Değerleme giderlerini şirketin karşılaması gerekmektedir. Mahkeme, şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas almalıdır. Söz konusu hüküm, değer ihtilaflarını ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüştür. Ancak devralan, şirketin önerdiği fiyat yerine gerçekçi olmayan bir fiyat talep etmek suretiyle bu hakkını kötüye kullanmamalıdır. Örneğin, tarafların gerçek değer konusunda anlaşamamaları, devralanın şirketin gerçek değer olarak teklif ettiği fiyatın üç katını talep etmesinden kaynaklanmış ve mahkemece şirketin teklifi ne yakın bir değer gerçek değer olarak belirlenmiş ise, devralanın hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılabilir. Bu durumda mahkeme masrafları, devralana yükletilmelidir.

Gerçek değer tespit metodunun esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme Kanun hükmünden sapmamaktadır. Onu tamamlamaktadır. Ancak objektif esaslara dayanmayan bir metod benimsenemez.

Devreden, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren şirketin devralma önerisini bir ay içinde reddetmezse, öneriyi kabul etmiş sayılır. Şirket bir aylık süre içinde teklifiyle bağlıdır.

2.2.2. Limitation of Transfer of Registered Shares Not Listed in the Stock Exchange

Article 493/1 of the new Turkish Commercial Code (TTK) regulates the method of limiting the transfer of registered shares not listed in the stock exchange on the basis of the Articles of Incorporation.

According to this provision, a Joint Stock Company (A.Ş.) may refuse to issue approval for the transfer of shares not listed in the stock exchange in two cases:

I. By citing a justifiable reason stipulated in the Articles of Incorporation

II. Offering to the transferor to buy its shares at their actual value on the date of application directly or for other shareholders or Third Persons

The company has a three month period to inform the transferee of the existence of justifiable reasons. Approval is considered as having been issued in cases where the company has not refused an approval request within a maximum of three months from the date of receipt by citing a reason envisaged in the Articles of Incorporation or refusal is unjustified.

I. Refusal by Citing a Justifiable Reason Stipulated in the Articles of Incorporation

The concept, "justified reason", included in sub-clause 2 of Article 493 of the new Turkish Commercial Code (TTK) refers to a reason considered important for the company. Specific reasons which are important reasons are listed restrictively. Accordingly, the provisions of the Articles of Incorporation relevant to the composition of shareholders constitute an important reason if they justify refusal of an approval request in terms of the company operating fields or economic independence of the operation.

For example, a provision of the Articles of Incorporation subjecting the transfer of shares to persons competing with the company to company approval would be considered important in view of the company objectives and operating fields. The Articles of Incorporation could stipulate the transfer of shares only to incorporating family members as shareholders or persons from certain occupations.

Reasons for refusal must be defined by the Articles of Incorporation very clearly and concretely. Transferee and transferor must be able to have an opinion as to whether the transfer would be refused due to stipulated reasons. In addition, the reasons indicated must serve realization of the company operating objectives or economic independence of the operation. Therefore, it is not adequate only to refer to sub-clause 2 of Article 493 of the new Turkish Commercial Code (TTK) or merely incorporate the term "important reasons" concerning the issue of reasons for refusal.

II. Refusal by Offering to the Transferor to Buy Its Shares at Their Actual Value On the Date of Application Directly or For Other Shareholders or Third Persons

A Joint Stock Company (A.Ş.) may prevent transfers not considered appropriate by also proposing to acquire the shares covered by the transfer at their actual value in addition to justifiable reasons pursuant to TTK Draft Article 493/1.

This instrument not stipulated in the former Turkish Commercial Code (TTK) for volitional transfers is referred to as an escape clause in the international practice and doctrine.

It is not a prerequisite to contain specific provisions to use this instrument. However, relevant provisions may be contained in the Articles of Incorporation. Any justifiable reasons must not also be cited. Transferee may not reject the acquisition offer made by the company in principle. However, it is not required to accept the price offered by the company.

Shareholders transferring their shares are protected by this regulation because an obligation is imposed on the company to buy the shares from the transferee at an actual price by granting the company a legal purchase right in share transfers.

2.2.3. How Will the Actual Value Be Determined?

The transferee is entitled to require the determination of the actual value of shares by a commercial court of first instance sitting in the location where the company head office is situated. Valuation costs must

2.2.4. Esas Sözleşme ile Ön Alım Hakkı Öngörülebilir mi?

Esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım haklarının maddi/gerçek etki doğuracak şekilde, tanınması mümkün değildir. Bu tür hakları tanıyan esas sözleşme hükümleri sicile tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi, şirketi bağlamaz ve üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce ileri sürülemezler. Önalım hakları payın istenmeyen üçüncü kişinin eline geçmesini engellemekten öte, istenen üçüncü kişilerin eline geçmesini sağlamaktadır. Bu tür haklarda hakka riayet edilmeden payını üçüncü bir kişiye devreden pay sahibi, hak sahibine tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Bu tür haklar şirketsel değil, yalnızca borçlar hukuku anlamında sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır.

2.2.5. Paylar Miras, Mirasın Paylaşımı, Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri ve Cebri İcra Hükümleri Gereği İktisap Edilmişse Devralan Kişinin Pay Sahibi Olması Engellenebilir mi?

Paylar miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmişlerse, şirket payları edinen kişiye, payları gerçek değeri ile devralmayı önerdiği taktirde onay vermeyi reddedip payın devrini kısıtlayabilir. Şirketin bu hakkını kullanabilmesi için ana sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunması gerekmektedir.

SONUÇ OLARAK;

Eski Türk Ticaret Kanunu'nun aksine Yeni Türk Ticaret Kanunu pay devrine onay verme veya payı gerçek değerden satın alma hakkını, sadece anonim şirkete tanımıştır. Bu hak esas sözleşme ile başka bir organa, pay sahiplerine veya üçüncü bir kişiye tanınmayacaktır. Bu hak şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulu tarafından kullanılacaktır.

Şirket, irade dışı kazanım olaylarını herhangi bir şekilde öğrenince gerçek değerden satın alma hakkını kullanabilir. Dolayısıyla irade dışı kazanım olayını öğrenen şirket, payları irade dışı kazananların pay defterine yazım taleplerini beklemeden de hakkını kullanma yetkisine sahiptir.

Nama yazılı payların devrini, red sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler, 01.07.2013 tarihine kadar esas sözleşmelerini değiştirerek, Türk Ticaret Kanunu'nun 492 ilâ 498 inci maddelerine uyarlamak sözleşmede öngördükleri ön alım haklarını kanuna uygun hale getirmek zorundadırlar. Aksi hâlde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâlde gelecektir.

be met by the company. The court must take as a basis the value of the company most recent to the decision date. The subject provision is stipulated for the purpose of eliminating value disputes. However, the transferee should not misuse this right by claiming an unrealistic price in lieu of the price offered by the company. For example, it may be concluded that the transferor has misused its entitlement in cases where court determines a value close to the company offer as the actual value because the parties have failed to agree as the transferor claimed a price three times the actual value offered by the company. In this case, court costs must be imposed on the transferee.

It is possible to establish the method of determining the actual value under the Articles of Incorporation. Such a provision does not deviate from the provisions of the law. It complements the law. However, any methods not based on objective principles may not be adopted.

2.2.4. May the Preliminary Purchase Option Be Stipulated by the Articles of Incorporation?

It is not possible to grant certain shareholders priority and preliminary purchase rights under the Articles of Incorporation in a manner causing the rise of material / actual effects. The provisions of the Articles of Incorporation granting such rights are not binding on the company notwithstanding registration with the trade registry and public communication and may not be claimed by or against Third Persons. The preliminary purchase option ensures acquisition of shares by desired Third Persons in addition to the prevention of acquisition of shares by any undesired Third Persons. As regards such rights, shareholders transferring their shares without observing this entitlement have to pay damages to the rights owners. Such rights are not specific to companies but of a contractual nature only in the sense of obligations law.

2.2.5. May The Transferee Be Prevented From Being a Shareholder in Cases Where Shares Are Acquired by Way of Succession, Heritage Distribution, Property Regime Provisions Between Spouses or Forced Execution?

In cases where shares are acquired by way of succession, heritage distribution, property regime provisions between spouses or forced execution, the company may restrict the share transfer by refusing to issue an approval if it proposes to the transferee to acquire the shares at the actual value. Relevant provisions must be contained in the Articles of Incorporation so that the company may exercise this right.

IN CONCLUSION;

Unlike the former Turkish Commercial Code (TTK), the new Turkish Commercial Code (TTK) grants the right of issuing approval for share transfers or buying shares at the actual value only to a Joint Stock Company (A.Ş.). This right may not be granted to another organ, shareholders or Third Persons under the Articles of Incorporation. This right shall be exercised by the Board of Directors for the company legal entity.

The company may exercise its right to buy shares at the actual value if it learns about any non-volitional acquisitions in any manner. Therefore, upon learning about non-volitional acquisition, the company is entitled to exercise its right without waiting for the request of the parties acquiring shares non-volitionally for registration in the share book.

Joint Stock Companies (A.Ş.) limiting the transfer of registered shares whether providing refusal reasons or not must amend their Articles of Incorporation by 07/01/2013, adapt them to Article 492 to 498 of the Turkish Commercial Code (TTK) and render the preliminary purchase rights stipulated in their Articles of Incorporation compliant with the law. Otherwise, any limitations would be void upon expiry of this period.

SÖZLEŞMEDEKİ “TAHKİM” ŞARTININ, “İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ” YOLUYLA TAKİP PROSEDÜRÜNE ETKİSİ

AV. SELDA BEKTAŞ YALÇIN
sbektas@egemenoglu.av.tr

i. Özellikle yabancı kredi kuruluşları tarafından kredi sözleşmelerine konan “tahkim” şartı ile birlikte, kredi alacağının temini için tesis edilen ipotek sözleşmesinde belirli bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde, kredi kuruluşu, alacağını tahsil için, önce tahkim yoluna mı başvurmalı, yoksa ipotek sözleşmesi ile yetkili kılınan yerde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip mi başlatmalıdır?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, kredi sözleşmesinde “tahkim” şartı yer almasına rağmen, tesis edilen ipotek “karz/kesin borç” ipoteği ise; yani, İpotek Resmî Sözleşmesi, krediyi kullanan tarafın açıkça ve kayıtsız şartsız belirli bir miktar para borcu ikrarını içermekte ise, böyle bir İpotek Sözleşmesini elinde bulunduran kredi kuruluşu, derhal ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip prosedürüne başvurup, icra emri tebliği akabinde taşınmazın satışını talep edebilir.

Nitekim; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 149. maddesi;

“(Değişik: 538 - 18.2.1965 / m.69) İcra müdürü, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel (ödenek hale gelmiş) olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri gönderir.”

hükmüne havi olup, kredi sözleşmesinde “tahkim” şartı olmasına rağmen, ipotek sözleşmesinde krediyi kullanan tarafın belli bir miktar para borcu ikrarı mevcut olduğundan, artık uyumsuzluğun çözümü için Tahkim prosedürüne başvurulmasına ihtiyaç olmaksızın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılması mümkündür.

ii. Kredi sözleşmesinde “tahkim” şartı mevcut ve sözleşmenin teminatında yer alan ipotek “karz/kesin borç” ipoteği değil ise, bu durumda ne olacaktır?

Türk hukukunda “ipotek” asıl alacağı bağlı fer’î bir borçtur. Dolayısıyla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip prosedürünün sonlandırılması ve taşınmazın satılarak paraya çevrilmesinin ön şartı “borcun varlığının ve miktarının” tespit edilmesidir. İpotek, “karz/kesin borç” ipoteği değil ise, yani, diğer bir deyiş ile, ipotek, “teminat/limit” ipoteği ise, borcun varlığı ve miktarı ve dahi bu hususta krediyi kullanan tarafın ikrarı, ipotek akit sözleşmesinde yer almayacağından, borcun varlığının ve miktarının tespiti konusunun taraflar arasında imzalanan Kredi Sözleşmesi kapsamında “tahkim” yoluyla çözülmesi şarttır.

Bu durumda, kredi kuruluşu, alacağın varlığı ve miktarının tespiti için öncelikle “tahkim” prosedürüne başvurmalı, krediyi kullanan tarafın, hangi tarihte temerrüde düştüğü, borç miktarının ne kadar olduğu ve borca uygulanacak faiz oranı, hakem heyeti kararı ile tespit edilmeli ve akabinde bu karara istinaden takip işlemlerine başlamalıdır.

iii. “Tahkim” şartına ve “teminat/limit” ipoteğine rağmen, İİK.m.150/1 ve İİK.m.149/b hükümleri uyarınca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması mümkün müdür?

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’muz “kredi kuruluşları”na özel bir düzenleme ile, kredi kullanan “kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti” gönderilmesi halinde, ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunu ihtiva etmese de, -“karz/kati borç ipoteğinde olduğu şekilde- “icra emri” gönderilmek suretiyle takip yapılması imkanını düzenlemektedir.

EFFECT OF THE “ARBITRATION” CONDITION IN CONTRACTS ON ENFORCEMENT PROCEDURES BY WAY OF “CASHING IN MORTGAGES”

SELDA BEKTAŞ YALÇIN, ASSOCIATE
sbektas@egemenoglu.av.tr

i. Must the lender first resort to arbitration or initiate enforcement by way of cashing in a mortgage in jurisdiction under mortgage contracts for claim recovery in cases where, upon the “arbitration” condition incorporated in the loan contract by foreign lenders in particular, certain courts have jurisdiction under mortgage contracts executed for securing loan claims?

It must first be noted that although a loan contract contains an “arbitration” condition, the mortgage to be instituted is a “final obligation” mortgage, namely a mortgage formal contract contains the loan drawing party’s express and unconditional acceptance of a given sum of monetary debts, the lender having such a mortgage contract may resort to enforcement procedure by immediately cashing in the mortgage and require the sale of the immovable property following service of executive order.

As a result, Article 149 of Law No. 2004 on Bankruptcy and Execution has the following stipulation:

“(Amendment: 538 –02/18/1965 / Article 69) In cases where the Executive Director understands that the contract submitted contained an unconditional monetary debt agreement and that claims are overdue and payable, they send executive orders to the debtor as well as any Third Persons if the immovable property is retained by or the immovable property title passes to such Third Persons if applicable.”

Because a mortgage contract contains an agreement by the borrower for a given sum of monetary debt, although there is an “arbitration” condition in loan contract, it would now be possible to institute enforcement by way of cashing in the mortgage without a need to resort to the arbitration procedure for settlement of the dispute.

ii. What Possible Action Would There Be in Cases Where There Would Be an “Arbitration” Condition in a Loan Contract But a Mortgage Included as a Guarantee for The Contract Would Not Be a “Final Debt” Mortgage?

Under Turkish law, “mortgage” is an ancillary obligation connected to principal claims. Therefore, the condition precedent to conclude enforcement procedure by way of cashing in the mortgage and cashing the immovable property by selling them is the determination of the “existence and sum of debt”. In cases where the mortgage is not a “final debt” mortgage, namely, the mortgage is a “guarantee/limit” mortgage, determination of the existence and sum of debt must be settled by “arbitration” under a loan contract signed between the parties because the debt existence and sum including the borrower’s agreement thereof would not be contained in a mortgage contract.

In this case, the lender must first resort to an “arbitration” procedure for the claim existence and sum determination as the date on which the borrower is in default, the sum of the debt and interest rate applicable for the debt must be determined by an arbitration tribune award; consequently, enforcement procedure must be instituted.

iii. Is It Possible to Institute Enforcement by Way of Cashing in the Mortgage Pursuant to the Provisions of İİK Article 150/1 and İİK Article 149/B Notwithstanding an “Arbitration” Condition and “Guarantee/Limit” Mortgage?

Law No. 2004 on Bankruptcy and Execution regulates the means for enforcement by sending executive orders as in a “final debt” mortgage even though the mortgage contractual table may not contain

İİK.m.150/ı;

“(Değişik: 4949 - 17.7.2003 / m.43) Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdî veya gayrinakdi bir krediyi kullandıran tarafın ibraz ettiği ipotek akıt tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özetinin veya gayrinakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akıt tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz ederse icra müdürü 149 uncu madde uyarınca işlem yapar. Şu kadar ki, krediyi kullanan tarafın hesap özetine ve borcun ödenmesine ilişkin ihtara ya da gayrinakdi kredi nedeniyle tazmin talebine, kendisine tebliğ edildiği veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz etmiş olduğunu ispat etmek suretiyle icra mahkemesine şikâyette bulunmak hakkı saklıdır. Bu takdirde krediyi kullandıran taraf alacağını 68/b maddesi çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabiliyorsa, krediyi kullanan tarafın şikâyeti reddedilir. İcra mahkemesinde yapılan inceleme sırasında, borçlu, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunmadıkça takibin durdurulmasına karar verilemez.”

Yine, İcra ve İflas Kanunu’muz, İİK.m.149/b hükmü ile ipotek teminatlı alacaklara yönelik “ödeme emri” tebliğ suretiyle ipoteğin paraya çevrilmesine yönelik takibi düzenlemektedir.

İİK.m.149/b;

“(Ek: 538 - 18.2.1965 / m.70) 149 uncu maddede yazılı haller dışındaki muaccel alacaklar için icra müdürü, borçluya ve varsa taşınmaz sahibi üçüncü şahsa aşağıdaki kayıtlara uygun olmak üzere 60. maddeye göre birer ödeme gönderir.

- I. Ödeme müddeti otuz gündür.
- II. Yedi gün içinde itiraz olunmaz ve 1 numaralı bendde yazılı müddet içinde borç ödenmezse alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği bildirilir.”

Ancak, görüldüğü üzere, her iki düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için, “muaccel” (ödenecek hale gelmiş) bir alaktan söz edebilmek gerektiği gibi, her iki düzenleme de, borçlu tarafa, belli şartlar dahilinde itiraz ve alacağın varlığını ve miktarını tartışma imkanı sunmaktadır.

Dolayısıyla, taraflar arasında imzalanan sözleşmede “tahkim” şartı mevcut ise, alacağın “muaccel” olup olmadığı, krediyi kullananın temerrüdü, alacağın varlığı ve miktarı ancak ve ancak sözleşme ile kararlaştırılan “tahkim” yoluyla çözüme kavuşacağından, gerek İİK.m.150/ı ve gerekse İİK.m.149/b hükmü uyarınca, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilmesi mümkün görünmemektedir. Buna rağmen, “teminat/limit” ipoteğinin paraya çevrilmesi yoluna başvurulmuş ise, ödeme/icra emrinde belirtilen sürelerde krediyi kullanan/borçlu tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmemiş dahi olsa; “tahkim” kararı sunulmaksızın ipoteğin paraya çevrilmesi talebi süre sınırlaması olmaksızın şikâyete tabi olacağından, takibin her aşamasında, şikâyet ile takibin iptal ettirilmesi ihtimali söz konusu olacaktır.

unconditional monetary debt in the event that “a statement of accounts is sent to the borrower rendering the loan contract overdue and payable” under a particular regulation for “lenders”.

İİK. Article 150/i:

“(amendment: 4949 –07/17/2003 / Article 43) Notwithstanding that the mortgage contractual table submitted by the party extending the cash or non-cash loan operating as the debtor current account or short, medium and long term loan does not contain an unconditional agreement on monetary debt, if the borrower submits to the Executive Director documentation that a statement of accounts on settlement of the current account for the borrower or the fact that the short, medium and long term loan account is overdue and payable or an indemnity claim because of payment of non-cash loan or notice for payment of debt has been notified to the borrower via notary at the address indicated in the loan contract or mortgage contractual table or a notarized copy thereof indicating that the same is considered as having been notified as per Article 68/b, the Executive Director takes action pursuant to Article 149 provided however that the borrower reserves the right to lodge a complaint to the Execution Office by proving that it has objected to the statement of accounts and notice for payment of debt or indemnity claim on the ground of a non-cash loan no later than eight days from the date of receipt or such deemed receipt as per Article 68/b. In this case, if the lender can prove its claims with other documentation subject to Article 68/b, the borrower’s complaint is dismissed. During review before an Executive Court, no decision may be made on stay of execution unless the debtor submits a document which is official or the signature thereof is agreed to the effect that the debt ceased to exist or has been postponed.”

Again, the Bankruptcy and Execution Law regulates, under the provision of İİK Article 149/b, enforcement for cashing in the mortgage by serving a “payment order” for claims secured by mortgage.

İİK Article 149/b:

“(Supplement: 538 –02/18/1965 / Article 70) For overdue claims other than circumstances specified in Article 149, the Executive Director sends payment orders to the debtor and Third Persons holding the immovable property as per Article 60 in compliance with the following reservations.

- I. Payment period is thirty days.
- II. It is notified that in case of no objection within seven days and non-payment of debt in the period specified in paragraph 1, the creditor may require the sale of the immovable property.”

However, as seen, there must be a reference to “overdue and payable” claims so that both stipulations may have room for implementation; both stipulations allow the debtor to object to and discuss the debt’s existence and sum under certain conditions.

Therefore, because, where the contract signed between the Parties contains an “arbitration” condition, whether claims are “overdue and payable”, the borrower’s default, claim existence and sum may only be settled by “arbitration” as agreed under the contract, it does not seem possible to institute enforcement by way of cashing in the mortgage pursuant to the provisions of both İİK Article 50 and İİK Article 149/b. However, in case of application made for cashing in a “guarantee/limit” mortgage, even if the borrower/debtor has not made any objection in the periods indicated in the payment/executive order, it would be likely for enforcement to be stopped upon complaint at any stage of enforcement since claims for cashing in the mortgage without submitting to an “arbitration” award would be subject to complaint without time limitation.

1 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

2 İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesi 2009/2443E ve 2010/1154K sayılı karar

3 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 17.02.2011 tarih, 2010/26990E ve 2011/1145K sayılı kararı

4 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 06.02.2011 tarih, 2011/19550E ve 2011/26795K sayılı kararı

1 Law No. 2004 on Bankruptcy and Execution

2 Decision No. 2009/2443E – 2010/1154 K by İstanbul 5th Executive Civil Court

3 Decision No. 2010/26990E – 2011/1145K of 02/17/2011 by Civil Chamber 12 of the Supreme Court of Appeals

4 Decision No. 2011/19550E – 2011/26795K of 02/06/2011 by Civil Chamber 12 of the Supreme Court of Appeals

KAYITLI ELEKTRONİK POSTA

AV. SEVDA SEZER MEMİÇ
ssezer@egemenoglu.av.tr

Elektronik ortamda bilgi ve belge paylaşımında yaygın olarak kullanılmakta olan elektronik posta, iş ve işlemlerin daha hızlı ve daha kolay yapılmasına olanak sağladığı için önemli bir araçtır. Ancak elektronik posta ile haberleşmenin taraflar arasında teknik olarak güvenli ve hukuken geçerli bir şekilde yapılabilmesi için ilave güvenlik hizmetlerine gereksinim duyulmaktadır. Bu ihtiyaçları karşılamak üzere geliştirilen kayıtlı elektronik posta (KEP), elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şeklidir. KEP ile uluslararası standartların ve bilgi güvenliğinin sağlanması, hizmet kalitesinin artırılması ile alıcı ve göndericinin kişisel verilerinin korunması amaçlanmaktadır.

TTK'nın 18. Maddesi ile Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. TTK'nın 1525. Maddesi ile de; tarafların açıkça anlaşmaları ve 18inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanların; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrılarını ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesinin elektronik ortamda düzenlenebileceği, yollanabileceği, itiraza uğrayabileceği ve kabul edilmişse hüküm ifade edebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte KEP ile iletişimin gizliliği sağlanarak güvenli haberleşme ve elektronik belgelerin güvenli bir ortamda saklanması da mümkündür.

KEP hizmetinden isteğe bağlı olarak gerçek kişiler ile kanunen zorunlu olarak; anonim şirketler, limited şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler faydalanmaktadır.

KEP sistemine ilişkin hizmetler Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar tarafından verilmekle birlikte; bu hizmet sağlayıcılarından biri de Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'dür.

Gerçek kişilerin nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi fotoğraflı ve kimlik yerine geçen geçerli resmî belgelerle veya güvenli elektronik imza ile kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılarına başvurabilmeleri mümkündür.

Anonim şirketler, limited şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için KEP hesabı başvurularında MERSIS numarası gerekmektedir. MERSIS numarası, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan ve yönetilen Merkezi Sicil Kayıt Sistemini ifade etmektedir. Bununla birlikte Kep adresi oluşturmada kullanılmak üzere; Şirketin Mersis numarası bulunan ve Ticaret sicil memurluklarından alınacak ticaret sicil tasdiknamesi veya faaliyet belgesi, Kep Başvuru Formu, tüzel kişilerin işlem yetkilisi olarak belirledikleri KEP hesabına ait işlemlerin yürütülmesinden sorumlu kişilerin Kimlik tespiti için Nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi fotoğraflı ve kimlik yerine geçen geçerli resmî belgesi, noter onaylı imza sirküleri, başvuru sahibinin şirketin kanuni temsilcisi olduğu ilan edilen, imza sirkülerinin müstenidatı ticaret sicil gazetesini, şirketin kanuni temsilcisi yerine onun atadığı bir gerçek kişi başvuru işlemlerini yapacak ise bu işlem için noter onaylı vekaletname gerekmektedir.

REGISTERED ELECTRONIC MAIL

SEVDA SEZER MEMİÇ, ASSOCIATE
ssezer@egemenoglu.av.tr

Electronic mail extensively used for sharing information and documents electronically is an important instrument because it allows quicker and easier performance of works and operations. However, additional security services are required so that communication by electronic mail may be conducted between the parties in a secure and legal manner technically. Registered Electronic Mail (KEP) developed to meet these requirements is the qualified version of electronic mail, which provides legal evidence in connection with electronic transmission communications, their transmission and delivery. KEP aims at protecting the personal data of senders and recipients by ensuring international standards and information security and enhancing service quality.

Article 18 of the Turkish Commercial Code (TTK) stipulates that notices or protests declaring the counterparty in default, termination of contract and denunciation of contract may be served by a notary, registered mail, telegram or Registered Electronic Mail through use of a secure electronic signature. TTK Article 1525 further envisages that provided that the parties have expressed agreement thereof and that third sub-clause of Article 18 is reserved, notices, protests, objections and similar declarations as well as invoices, letters of confirmation, subscription undertakings and calls to meetings including electronic transmission and electronic storage contracts concluded pursuant to this provision may be electronically issued, sent, objected to and rendered operative upon mutual agreement. However, it is also possible to ensure secure communication and storage of electronic documents on secure media by achieving communication confidentiality through KEP.

Natural persons may optionally use KEP services; joint stock companies, limited liability companies and commandite companies with capital divided into shares must use such services as per legal requirements.

Services in connection with the KEP system are provided by Registered Electronic Mail Service Providers and the Posts and Telegrams Administration General Directorate is one of such service providers.

Natural persons may apply to the Registered Electronic Mail Service Providers by presenting their ID Cards or any other official documents with photos such as passports and driving licenses recognized as equivalents to their ID cards.

MERSIS numbers are required in applications by joint stock companies, limited liability companies and commandite companies with capital divided into shares for KEP accounts. MERSIS numbers refer to the Central Registrations Record System set up and managed by the Customs and Trade Ministry. However, the following documentation is required for use for establishment of a KEP address: Company trade registry specimen or operating certificate containing its MERSIS number as issued by the Trade Registries, KEP application form, ID Cards or any other official documents with photos such as passports and driving licenses recognized as equivalents to ID cards for identity determination of the persons responsible for carrying out operations for KEP accounts as designated by legal entities as their authorized officers, notarized signature specimens, copy of the issue of the Turkish Journal of Trade Registrations as a basis for signature specimens under which applicants

TR

Şirketler hali hazırda internet adreslerinin bulunduğunu ifade etmektedirler. Ancak KEP, bilinen internet adresinden farklı olmakla birlikte; alt yapısı ve adres formatı da farklıdır. KEP'e başvuru sonucu verilecek olan adres formatı; mersisno.x@hsY.kep.tr veya mersisno.x@tuzelkisiadi.hsY.kep.tr şeklinde olmaktadır.

KEP Hizmet Sağlayıcısı, başvuru sahibi ile sözleşme veya taahhütname imzalamakla birlikte; başvuru sahibinin gerçek kişi olduğu durumda başvuru sahibinin onayını, başvuru sahibinin tüzel kişi olduğu durumda KEPHS başvuru formunda belirtilen işlem yetkilisinin onayını güvenli elektronik imza ile aldıktan sonra ilgili KEP hesabını kullanıma açmaktadır.

ELEKTRONİK TEBLİGAT

Elektronik tebligat yönetmeliği ise 19.01.2013 tarih ve 28533 sayılı Resmî Gazete ile 19.01.2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

İşbu yönetmelik ile kazaî merciler, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, özel bütçeli idareler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Sosyal güvenlik kurumları, il özel idareleri, belediyeler, köy hükûmî şahsiyetleri, Barolar ve Noterler elektronik tebligat yapabilecek kurumlar olarak düzenlemekle birlikte; ANONİM, LİMİTED VE SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNÜMÜŞ KOMANDİT ŞİRKETLERE ELEKTRONİK TEBLİGAT YAPILMASININ ZORUNLU OLDUĞU, bu şirketlerin en kısa zamanda PTT veya hizmet sağlayıcılar vasıtasıyla KEP (Kayıtlı Elektronik Posta) adresi edinmeleri gerektiği ve yönetmelik kapsamında e-tebligat çıkarmaya yetkili idareler ile olan işlemlerinde bu e-tebligat adreslerini ilgili idareye beyan etmek zorunda oldukları da hüküm altına alınmıştır.

Kendilerine zorunlu olarak elektronik yolla tebligat yapılması gereken muhataplara, elektronik tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde, Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılmaktadır. Bu tebligatta ayrıca, müteakip tebligatların elektronik ortamda yapılacağı bildirilmektedir.

Muhatalara ait elektronik tebligat adresleri ve bu adreslere ilişkin değişiklikler, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya MERSİS numarasıyla eşleştirilmiş şekilde tebligat çıkarmaya yetkili mercilerin ve tüm hizmet sağlayıcıların erişimine açık bir şekilde elektronik tebligat hizmeti alanlar listesinde tutulmaktadır.

Kendilerine elektronik yolla tebligat yapılması isteğe bağlı olan muhatapların, elektronik yolla tebligat almak istemeleri halinde, tebligat çıkarmaya yetkili merciler nezdindeki işlemlerinde elektronik tebligat adresini bildirmeleri gerekmektedir. Bu muhatapların, tebliğ çıkaran merciye bildirdiği adresin elektronik tebligata elverişli olmaması halinde, bunlara, Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılmakla birlikte, bu durumda gönderilen tebligata, muhatabın bildirmiş olduğu adresin, elektronik tebligata elverişli olmadığına ilişkin şerh düşülmektedir.

Tebliğati çıkaran merci elektronik tebligat adresinden elektronik tebligat mesajını İdare'ye iletmektedir. Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan İdare, bu mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine; muhatap diğer bir hizmet sağlayıcıdan elektronik tebligat adresi almış ise, bu hizmet sağlayıcının sunucusuna iletir. İdarenin sorumluluğu, kendine ulaşan elektronik tebligat mesajını zaman damgasıyla ilişkilendirerek ilgili hizmet sağlayıcının sunucusuna iletmediği anda sona ermektedir. Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan diğer hizmet sağlayıcıları da bu mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine iletmektedir. Zaman damgası bilgisi ve mesaj özeti muhataba iletilmemekle birlikte, İdare sisteminde tutulmaktadır.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılmaktadır. Hizmet sağlayıcılar, muhatabın adresine elektronik tebligatın iletilip iletilmediğine ve gecikme oluşmuşsa bu gecikmeye ilişkin kayıtlar da dahil tüm süreçlerin olay kayıtlarını tutmakla birlikte, bu bilgileri İdarenin sistemi vasıtasıyla tebliğati çıkaran merciye derhal bildirmektedirler.

ENG

are publicly communicated as company legal representatives and, where application procedures are conducted by a natural person assigned by company legal representative in lieu of the latter, notarized power of attorney for this procedure.

Companies note that they currently have Internet addresses. However, KEP is different not only from known Internet addresses but also in view of its platform and address format. The format of the address to be provided as a result of an application to KEP is the following: mersisno.x@hsY.kep.tr or mersisno.x@legalentityname.hsY.kep.tr.

Upon signature of the contract or undertaking with the applicant, the KEP Service Provider activates the relevant KEP account after receiving approval of the applicant in case the applicant is a natural person or approval of the operation authorized officer designated in the KEPHS application form in case the applicant is a legal entity.

ELECTRONIC NOTICES

The Regulation on Electronic Notices has entered into force from 01/19/2013 upon promulgation in the Official Gazette Issue No. 28533 of 01/19/2013.

Under this regulation, judicial authorities, public administrations covered by the general budget, special budget administrations, regulatory and supervisory entities, Social Security entities, provincial special administrations, municipalities, village legal entities, bar associations and notaries are designated as entities allowed to serve notices electronically; it is further stipulated therein that IT IS COMPULSORY TO SERVE NOTICES ON JOINT STOCK COMPANIES, LIMITED LIABILITY COMPANIES AND COMMANDITE COMPANIES WITH CAPITAL DIVIDED INTO SHARES ELECTRONICALLY and that these companies must obtain KEP (Registered Electronic Mail) addresses via PTT or service providers as soon as possible and declare their e-notice addresses to the relevant administrations as part of their dealings with the administrations authorized by the regulation to issue e-notices.

Notices are served by other procedures specified by law in cases where e-notices cannot be served

on counterparties due to compulsory reasons, on which notices must be served electronically as a requirement. Such a notice states that subsequent notices are to be issued electronically.

Electronic notice addresses of counterparties and changes to such addresses are maintained on the list of recipients of electronic notice services accessible by authorized administrations empowered to issue notices and any service providers in a manner whereby they are matched with Republic of Turkey Identity Numbers or MERSİS numbers.

In cases where counterparties having the discretion to receive notices electronically intend to receive notices electronically, they must declare their electronic notice addresses during procedures in authorities administrations empowered to issue notices. In the event that the addresses notified by such counterparties to the authorities issuing notices are not suitable for serving notices, notices are served on them by other procedures specified by law, in which case an annotation that the address notified by the counterparty is not suitable for electronic notice is inserted on the notice sent.

The authority issuing the notice communicates the electronic notice message to the administration via the electronic notice address. The administration to which the electronic notice message is sent links this message with a time stamp, forwarding it to the counterparty's electronic notice address or, where the counterparty obtained an electronic notice address from another service provider, to this service provider's server. The administration's responsibility ends when it links the electronic notice message received with a time stamp and forwards it to the server of the relevant service provider. Other service providers receiving electronic notice messages link these messages with a time stamp, re-forwarding them to the counterparty's electronic notice address. Time stamp information and message extracts are retained on the administration's system although they are not communicated to the counterparties.

Electronic notices are deemed as having been served by the end of the fifth day following the date on which they reach counterparties' electronic notice

TR

Olay kayıtları günde en az bir defa olmak üzere zaman damgası eklenerek güvenli elektronik imzayla imzalanmakla birlikte, erişilebilir şekilde arşivlerde otuz yıl süreyle saklanmaktadır. Hizmet sağlayıcılar, talep halinde elektronik tebligata ilişkin delil kayıtlarını yetkili mercilere elektronik ortamda sunmakla ve bu amaçla oluşturacağı sistemi hazır tutmakla yükümlüdür.

Muhatap tarafından hizmet sağlayıcıya iletişim için diğer bir elektronik posta adresi bildirilmişse, elektronik tebligatın ulaştığı anda bu adrese, muhatap tarafından hizmet sağlayıcıya iletişim için telefon numarası bildirilmişse, talep halinde ve ücreti muhataba ait olmak üzere bu telefon numarasına hizmet sağlayıcı tarafından elektronik tebligat bilgilendirme mesajı gönderilmektedir. Herhangi bir nedenle muhataba bilgilendirme yapılamamış olması, tebligat süresini ve geçerliliğini etkilememektedir.

Muhatap elektronik tebligat hesabına güvenli elektronik imzasını kullanarak ya da hizmet sağlayıcı tarafından verilen parola ve şifre ile birlikte telefonuna kısa mesajla gelen tek kullanımlık şifre vasıtasıyla giriş yapabilmektedir.

Hizmet sağlayıcı, elektronik tebligatı sadece bu tebliği almaya yetkili olan kişiye ulaştırmayı garanti etmektedir. Bu sebeple tebliği almaya yetkili kişinin, kimlik doğrulaması hizmet sağlayıcı tarafından yapılmaktadır.

Gerçek kişiler, hizmetin kullanıma kapatılması başvurusunu elektronik imza kullanarak elektronik ortamda yapabilmektedirler. Kullanıma kapatılan elektronik tebligat adresleri, elektronik tebligat hizmeti alanlar listesinden derhal silinmekte ve elektronik tebligat adresinin kullanıma kapatıldığı an, zaman damgasıyla kayıt altına alınmaktadır. Kullanıma kapatılan elektronik tebligat adresine tebligat gönderimi ve alımı engellenmekte ancak üç ay süreyle muhatabın erişimine açık tutulmaktadır.

Hizmet sağlayıcı, elektronik imza kullanılarak hizmetin kullanıma kapatılması başvurusu yapıldığı hallerde derhal, fiziki başvurularda beş iş günü içinde muhatabın elektronik tebligat adresine elektronik tebligat mesajı gönderilmesini engellemektedir.

Elektronik tebligat yapılması zorunlu olan muhataplar, hizmet sağlayıcılarını değiştirebilmekle birlikte, elektronik tebligat hizmetinin kullanıma kapatılması için başvuruda bulunmamaktadır.

Tüzel kişiliğin sona ermesi ve benzeri sebeplerle elektronik tebligat hizmetinden yararlanma imkanı ortadan kalkmış olan tüzel kişi muhatabın, elektronik tebligat adresinin kullanıma kapatılması ilgili kurumlar ile İdarenin sistemi arasında sağlanacak entegrasyon çerçevesinde otomatik olarak yapılabilmektedir.

Tebligat Kanununda e-tebligat adresi alınmaması halinde uygulanacak bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Ancak ilgili kurum ve kuruluşların tebligat kanununa uymaları zorunlu olmakla birlikte, bu kurum ve kuruluşlar elektronik tebligat yapılması zorunlu şirketlerden mutlak olarak e-tebligat adreslerini istemektedir. Bununla birlikte kendisine zorunlu olarak elektronik yolla tebligat yapılması gereken ancak elektronik tebligat adresi edinmeyen muhatapların MERSİS'te kayıtlı olan tebligat adreslerine, elektronik tebligat adresi edinmeleri için başvuruda bulunmaları konusunda MERSİS'ten sorumlu kurum tarafından bildirim yapılacağı da yönetmelik ile hüküm altına alınmıştır.

ENG

addresses. The service providers maintain records on any processes as to whether electronic notices are actually delivered to the counterparties' addresses including such records concerning delay in case of delay, notifying the authorities issuing notices accordingly via the administration's system.

Incident logs are supplemented by a time stamp and signed by secure electronic signatures a minimum of once a day and further retained in the archives for a period of thirty years. The service providers are obligated to submit to the competent authority evidence records concerning electronic notices electronically upon request and to make available a system developed for this purpose.

The electronic mail information message is sent to an address in cases where an electronic mail address is notified by the counterparty to the service provider for communication as well as to a telephone number at the counterparty's cost upon request in cases where the counterparty notifies the service provider of its telephone number. Failure to inform the counterparty for any reasons does not affect the notice time and validity.

The counterparty may have access to its electronic notice account by using its secure electronic signature or via a single use password incoming to its telephone with an SMS containing the password provided by the service provider.

A service provider guarantees to forward the electronic notice only to the person authorized to receive such notice. Therefore, the service for authentication of the identity of the person authorized to receive notice is provided by the service provider.

Natural persons may electronically apply for de-activation of the service by using their electronic signatures. De-activated electronic notice addresses are immediately deleted in the list of recipients of electronic notice services and the time when electronic notice address is de-activated is recorded by time stamp. It is prevented from transmitting notices to and receiving them from de-activated electronic notice addresses but they remain accessible by the counterparties for a period of three months.

In case of application for de-activation of services, the service providers prevent messages from being sent to the counterparty's electronic notice address immediately upon application through the use of electronic signatures or in five business days upon direct application.

Although the counterparties on which electronic notices must be served electronically may change their service providers, they may not apply for de-activation of electronic notice services. De-activation of electronic notice services in case of such legal entities dissolving their existence or having no means for the use of electronic notice services for similar reasons is automatically made subject to integration to be ensured by the relevant entities and the administration.

The Notice Law does not stipulate any penal sanctions for failure to obtain e-notice addresses. However, relevant entities and agencies must observe the notice law and such entities and agencies must strictly require e-notice addresses from such companies on which notices must be served electronically. However, the regulation stipulates that the agency in charge of MERSİS shall serve notices at the MERSİS registered notice addresses of such counterparties failing to obtain electronic notice addresses although notices must be served on them electronically to obtain electronic notice addresses.

In conclusion, KEP and the Electronic Mail System, introduced to keep abreast of the fast advancing technology age are actually a matter of need rather than a legal requirement. However, the introduction of this system as a legal requirement without providing the necessary platform relevant to it is criticized. Although companies have justifiable concerns about the possible experience of problems in connection with KEP and the electronic mail system for which platforms are not yet in place and subsequent loss of rights, they may feel at ease given the fact that no sanctions have to date been imposed on companies to adopt this system. However, it is advisable to obtain MERSİS numbers from the Customs and Trade Ministry and follow up on the system via the Post Office as a first step for KEP system until the platform is put in place.

http://www.tk.gov.tr/bilgi_teknolojileri/kayitli_elektronik_posta/index.php
<http://www.muhasibeturk.org/.../44787-elektronik-imza-elektronik-tebligat.html>
<http://www.dunya.com/elektronik-imza-elektronik-tebligat-151513yy.htm>
<http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/guray/062/>

http://www.tk.gov.tr/bilgi_teknolojileri/kayitli_elektronik_posta/index.php
<http://www.muhasibeturk.org/.../44787-elektronik-imza-elektronik-tebligat.html>
<http://www.dunya.com/elektronik-imza-elektronik-tebligat-151513yy.htm>
<http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/guray/062/>

KAYITLI ELEKTRONİK POSTA

REGISTERED ELECTRONIC MAIL

BİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK ARABULUCULUK

AV. NİLÜFER OYGUCU
noygucu@egemenoglu.av.tr

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR – Alternative Dispute Resolution); mahkeme dışı çözüm yollarının tamamını ifade etmek üzere kullanılan genel bir terim olup, arabuluculuk kurumu da bu çözüm yolları içinde uyuşmazlık tarafları arasındaki iletişimi en fazla kuvvetlendiren, bilgi akışını sağlayan ve böylelikle iletişimsizlikten kaynaklanan sorunların giderilmesine, tarafların üzerinde anlaşmaya varabileceği optimal çözümlerin yaratılmasına olanak tanıyan yöntem¹ olarak ifade edilmektedir.

Arabuluculuk kurumu prensip olarak, tarafsız üçüncü kişi konumundaki arabulucunun; uyuşmazlık taraflarını bir araya getirmesini, hukuki sorunların tespiti ve müzakeresini, uyuşmazlığın çözümü için seçenekler oluşturulmasını ve tarafların menfaat dengeleri açısından en uygun çözüm üzerinde serbest iradeleri ile anlaşmalarını sağlamak amacıyla kurgulanmış bir modeldir. Bu yöntemin diğer hukuki yollardan ayrılan özellikleri; ‘isteğe bağlı katılım’, ‘bağlayıcı olmayan çözüm önerileri’ ve ‘çözüme ulaşılamaması halinde yargıya başvurma hakkı’ olarak sayılabilmektedir. Başka bir deyişle; arabulucunun taraflardan bağımsız olarak bir hukuki çözüm yolunu benimsemesi ve bunu taraflara dayatması söz konusu değildir.

Uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözülmesinin günümüz koşullarında bir ihtiyaç haline geldiği; daha hızlı, esnek ve geniş çözüm imkânları tanınması ve menfaatler dengesini ön planda tutması açısından özellikle ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemi ile çözüm sağlanmasına yönelik talebin arttığı gözlemlenmektedir.

Öyle ki Jan EIJSBOUTS tarafından arabuluculuk;

“Uyuşmazlığın kontrolünün elde tutulup hukuki çarelere başvurulmasından ziyade ticari çözüme ulaşılmaması sağlar. Arabuluculuk uyuşmazlığı, ticari tehlikeden ticari fırsata dönüştürebilir. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ilk tercih, tahkim ve mahkemeler ise alternatiftir.”² şeklinde yorumlanmaktadır.

Bu çerçevede başta Amerika Birleşik Devletleri ve Uzak Doğu ülkeleri olmak üzere birçok ülkede yaygın olarak başvurulan bu yöntemin Türk Hukuku’nda da işlerlik kazanmasını sağlamak amacıyla UNCITRAL Milletlerarası Ticari Uzlaştırılmaya İlişkin Model Kanun ve birçok AB ülkesi iç mevzuatı da incelenerek kaleme alınan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“Kanun”), 22 Haziran 2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.³

Bu Kanun’un 1. maddesi uyarınca, arabuluculuk yolunun “yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanabileceği” belirtilmiştir.

Arabuluculuğun uluslararası ticaret hayatında mahkemeler nezdinde yapılan yargılama ve tahkim yolundan daha avantajlı sonuçlar doğurabileceği öngörülmektedir. Özellikle uzun dönemli projelere dayanan ve yüksek maliyetli işlere ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların menfaatleri gereği uyuşmazlıkların dostane yollardan giderilmesi ve o güne kadar yapılan çalışmaların sürdürülebilmesi

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

NİLÜFER OYGUCU, ASSOCIATE
noygucu@egemenoglu.av.tr

Alternative Dispute Resolution (ADR) is a general term used to refer to any extra court resolutions and intermediation institution and is expressed as the method of enhancing communication and ensuring information flow between the dispute parties and thus allowing the elimination of problems arising from a lack of communication and the creation of optimal solutions on which the parties may agree as part of these resolutions.¹

The intermediation institution is a model developed to ensure that the mediator in a position as an impartial person in principle brings the dispute parties together, that legal problems are identified and negotiated, that options are developed for settlement of dispute and that parties agree on the most suitable settlement in view of balanced interests voluntarily. The characteristics of this method distinguishing it from other legal forums may be cited as ‘discretionary participation’, ‘non-binding proposed settlements’ and ‘the right to apply to the courts in case of failure to reach a settlement’. In other words, it is out of the question for the mediator to find a legal resolution independently of the parties and dictate this to the parties.

It is observed that the resolution of disputes at extra court venues is a requirement given current conditions and that there is an increased demand for solving trading disputes by the mediation method in particular especially because it allows faster, more flexible and wider means for resolution and highlights the balanced interests.

Jan EUSBOUTS interprets mediation as:

“It ensures commercial solutions to disputes without having recourse to judicial authorities while retaining control thereof. Mediation may turn disputes into commercial opportunities from commercial risks. Alternative Dispute Resolution is the first preference whereas arbitration and courts are an alternative.”²

In this framework, Law No. 6325 on Mediation in Legal Disputes (“Law”) penned upon a study of UNCITRAL International Model Law on Commercial Reconciliation and internal legislations of many EU countries was published in the Official Gazette Issue No. 28331 of June 22, 2012 for the purpose of ensuring the operation of this method extensively applied in many countries under Turkish Law as well.³

Pursuant to Article 1 of this Law, it is noted that the mediation method “may be applied in settlement of private law disputes arising from business or transactions including those with an element of foreignness on which parties may freely exercise dispositions”.

It is projected that mediation could lead to more advantageous results than trial made before courts and arbitration in international business life. Amicable settlement of disputes as required by the parties’ interests and the purpose of maintaining works performed to date may come to the foreground in disputes in connection with high cost works, which are based on long term projects particularly. Because the positions of the parties as adversaries at the stage

¹ Melis TAŞPOLAT TUÇSAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, sf. 21

² Jan Eijsbouts in Carroll / Mackie, s. 18 / Yard. Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 21

³ Bu Kanunun Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın kurulmasını düzenleyen ve derhal uygulamaya alınan 28 – 32. maddeleri dışındaki hükümleri 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹ Melis TAŞPOLAT TUÇSAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, p. 21

² Jan Eijsbouts in Carroll / Mackie, p. 18 / Yard. Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, p. 21

³ The provisions of this Law other, than Articles 28 – 32 immediately put into effect, which regulate the establishment of the Mediation Department in the Justice Ministry Legal Affairs General Directorate will enter into force from June 22, 2013.

gayesi ön plana çıkabilmektedir. Uyuşmazlığın çözümü aşamasında tarafların hasım konumunda bulunmaları, gelecekte karşı taraf ile yürütme amacını taşıdıkları ticari faaliyetleri etkileyebileceğinden, arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi günümüzde daha sık rastlanılan bir durum olmuştur.⁴

Arabuluculuk yöntemine uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına intikal etmesinden önce başvurulabileceği gibi; yargılama devam ederken dahi – mahkeme devre dışı bırakılarak – başvurulması da mümkündür.⁵ Bu anlamda tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümleneceğine dair bir arabuluculuk sözleşmesi akdetmeleri (ya da asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeye bu hususun bir şart olarak eklenmesi) yeterlidir. Buna rağmen arabuluculuk sürecinin başarılı olmaması/ anlaşma sağlanamaması halinde diğer hukuki yollara başvuru hakkı devam etmektedir. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. (md. 16)

Müzakere sürecinde tarafların anlaşmaya varmaları halinde ise; arabulucu tarafından, tarafların birlikte tayin ettikleri anlaşma koşullarını içerir yazılı bir belge düzenlenebilecek ve taraflar bu belgeyi imzalayacaklardır. Bu şekilde bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi ile taraflar; bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini, asıl uyuşmazlık hakkında hüküm kurmaya görevli ve yetkili mahkemeden talep edebileceklerdir. Anlaşma belgesinin bu şekilde bir şerh içermesi, ilgili belgeye (maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmese dahi) mahkeme ilamı niteliği kazandırmaktadır. Yine de mahkeme dışı sulh şeklinde yapılan anlaşmalar Borçlar Hukuku'na tabi sulh sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirileceğinden; tarafların her halükarda mahkeme kanalı ile bu hükümlerin yerine getirilmesini veya sözleşmenin hata, hile, ikrah (bir kişiyi zorlamak) gibi irade sakatlığı hallerinde iptalini talep etmeleri de mümkündür.⁶

ARABULUCULUK FAALİYETLERİNDE GİZLİLİK SORUNU:

Arabuluculuk süreci gönüllü katılım ve müzakere esasına dayalı olarak yürütüldüğünden ve bu süreçte – mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalardan farklı olarak – daha yoğun bir iletişim söz konusu olduğundan, tarafların gizlilik ile ilgili kaygıları söz konusu olmuştur. Tarafların anlaşma aşamasında sundukları belgelerin ve açıkladıkları bilgilerin, ileride anlaşma sağlanamaması halinde yapılacak yargılamada ifşa edilmesi ihtimaline karşı önlem alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu anlamda arabuluculuk sürecinin bu kaygılarla gölgelememesi, daha verimli bir müzakere ortamının temin edilebilmesi adına yasa koyucu hem taraflara hem de arabulucuya bu süreçte edinilen bilgilerin ve anlaşma sonucunun – aksi kararlaştırılmadıkça – gizli tutulması yükümlülüğünü getirmiştir. Kanun'un gizliliği düzenleyen 4. maddesi:

Madde 4 :

I. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

II. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

düzenlemesini içermekte olup, bu yükümlülüğün ihlali aynı Kanun'un 33. maddesi ile cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Madde 33 :

I. Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

II. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

of settling the dispute might affect trading activities they intend to maintain in the future, preference of the mediation method is a more frequently encountered case presently.⁴

The mediation method may be resorted to before referral of a dispute to the court as well as at a time when a trial is in progress – bypassing the court.⁵ In this sense, it would be suffice for parties to conclude a mediation contract for settlement of dispute by mediation (or include this issue in the primary obligation contract as a condition). In cases where the mediation process fails / no agreement is reached by this method, the right to have recourse to other legal forums continues. The period elapsing from the start and end of the mediation process is not considered in the calculation of the time bar and time limits causing loss of rights. (Article 16)

In cases where the parties reach agreement in the negotiation process, a written instrument containing the agreement terms jointly determined by the parties may be issued by the mediator in which case the parties would sign this instrument. Upon execution of an agreement document in this manner, the parties may require a competent court having jurisdiction to have a verdict on the principal dispute to provide annotation on enforceability of this agreement document. Inclusion of such an annotation in the agreement document gives the relevant document the quality of a court decree (although it does not constitute a final verdict in a material sense). Because agreements made amicably outside the court could still be assessed as per the provisions of an amicable settlement contract subject to the Obligations Law (BK), it would be possible for the parties to require the enforcement of such verdicts through the court or the cancellation of the contract on grounds of volitional defects such as error, deception and pressure.⁶

ISSUE OF CONFIDENTIALITY IN MEDIATION ACTIVITIES:

Because the mediation process is carried out on the basis of voluntary participation and negotiations, and there is more intensive communication in this process – unlike trials before the court, the parties have concerns about confidentiality. There is a need to take measures against potential disclosure of documents and information submitted by the parties at the agreement stage during the trial to be made upon the failure to reach an agreement in the future. Accordingly, the legislators have imposed an obligation on both parties and mediators to keep confidential all information and agreement result obtained in this process – unless otherwise required – so that the mediation process would not be shadowed by such concerns and a more productive negotiation setting could be ensured. Article 4 of the Law regulating confidentiality reads as follows:

Article 4:

I. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator is obligated to keep confidential all information and documents and other records submitted or otherwise obtained subject to the mediation activities.

II. Unless otherwise agreed, the parties must also observe confidentiality in connection therewith.

Violation of this obligation is subject to penal sanctions under Article 33 of the same law.

Article 33:

I. A person causing a person's legally protected interests to be damaged by acting contrary to the obligation in Article 4 of this Law is punishable by an imprisonment sentence of up to six months.

II. Investigation and prosecution of these offenses are subject to complaint.

4 Malike POLAT, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, sf. 148

5 6325 sayılı Kanun m. 3 – Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

6 Melis TAŞPOLAT TUÇŞAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, sf. 198

4 Malike POLAT, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, p. 148

5 Law No. 6325 Article 3 – Parties are free to apply to a mediator and maintain, conclude or renounce this process.

6 Melis TAŞPOLAT TUÇŞAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, p. 198

ARABULUCULUK FAALİYETİ KAPSAMINDA TARAFLARIN SUNDUKLARI BELGELERİN, UYUŞMAZLIĞIN MAHKEME YARGILAMASINA İNTİKAL ETMESİ HALİNDE KULLANILMASI SORUNU:

Tarafların gizlilik ile ilgili bu endişelerini giderebilmek adına yasa koyucu tarafından gizliliğin ihlali halinde cezai yaptırım öngörülmekle kalmamış; arabuluculuk sürecinde hazırlanan belgelerin ve görüşmeler esnasında verilen herhangi bir vakıya ya da iddianın kabulüne ilişkin beyanların, uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına intikali halinde kullanılmayacağı kabul edilmiştir. Ancak bu durumda uyuşmazlığa ilişkin tüm belgelerin değil; sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısı ile hazırlanan belgelerin ve müzakere sürecindeki ikrarların (kabullerin) hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilmesi ve mahkeme hükmüne esas alınmaması söz konusudur. Bu yasağı düzenleyen 5. madde hükmü şöyledir:

Madde 5:

I. Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.
- Arbuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü.
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

II. Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

II. Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya

arbuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

II. Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

II. Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Bu düzenleme; anlaşma sağlanamaması halinde uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına intikalinden dolayı, tarafların hukuki konularının ağırlaştırılmaması amacını taşımaktadır.

Arbuluculuk faaliyetleri 6325 sayılı Kanun gereği Adalet Bakanlığı'nın denetiminde gerçekleştirilecektir. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulacak olan Arabuluculuk Daire Başkanlığı; arabuluculuk yapmak isteyen ve Kanun'un 20. maddesinde belirtilen özelliklere sahip, arabuluculuk eğitimi almış kişilerin Arabulucular Sicili'ne kaydedilmesini sağlayacaktır. Bu sicile kayıtlı kişiler arabuluculuk yapma yetkisini haiz olmakla birlikte; tarafların uyuşmazlığın çözümü için başvuracakları arabulucu veya arabulucuları serbestçe tayin etmeleri mümkün olabilecektir.

SONUÇ

Tüm bu şartlar altında belirtmekte yarar vardır ki; mahkeme yargılaması ve tahkim gibi uyuşmazlık çözümü yollarına nazaran çok daha esnek ve taraf irade ve menfaatlerinin ön planda tutulduğu bu yöntemin 6325 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanması ülkemiz bakımından oldukça yenidir. Uygulama ancak Kanun'un yürürlük tarihi olan 22 Haziran 2013 tarihinden sonra netleşebilecektir. Yönteme kamuoyunca yöneltilen eleştirilere rağmen revize edilerek yasallaştırılan arabuluculuk sisteminin, uzlaşma kültürüne ve hukuk düzenine katkıda bulunmasını dileriz.

ISSUE OF USE OF DOCUMENTS SUBMITTED BY THE PARTIES UNDER MEDIATION ACTIVITY UPON REFERRAL OF THE DISPUTE TO A COURT TRIAL

For the sake of eliminating such parties' concerns in connection with confidentiality, the legislators have gone beyond stipulation of penal sanction in case of violation of confidentiality, agreeing that documents prepared in intermediation process and submissions provided about the recognition of any cases or claims during negotiations may not be used upon referral of the dispute to a court trial. However, in this case, not all the documents in connection with the dispute, but only those documents prepared due to the mediation activity and acceptances in the negotiation process would be treated as part of the illegal evidence and not taken as a basis for a court verdict. The provision of Article 5 regulating this prohibition is as follows:

Article 5:

I. The parties, mediator or a third party involving in mediation submit the following declarations or documents as evidence or testify about them upon the institution of a civil suit or application to arbitration in connection with the dispute:

- Invitation to be made by the parties for mediation or requirement by one party to take part in mediation activity
- Comments and proposals set forth by the parties to end the dispute through mediation
- Acceptance of any proposals or any cases or claims set forth by the parties during the mediation activity
- Documents prepared solely due to the mediation activity

II. The provision of sub-clause 1 applies regardless of the method of declaration or document.

III. Disclosure of information specified in sub-clause 1 may not be required by the court, arbitrator or any administrative court. Such declarations or documents may not be taken as a basis for the verdict contrary to the stipulation of sub-clause 1 even if they are submitted as evidence. However, such information may be disclosed to the extent ordered by the

provisions of laws or required for implementation and execution of the agreement reached at the end of the mediation process.

IV. Foregoing sub-clauses apply for civil suits and arbitration notwithstanding that they relate to the subject of mediation.

V. Evidence which may be set forth in civil suits and arbitration does not turn into such evidence not admissible merely on the ground of their submissions in mediation.

This regulation has the objective of not aggravating the legal positions of the parties due to the referral of the dispute to a court trial in case of non-agreement.

Mediation activities are to be carried out under the supervision of the Justice Ministry as per Law No. 6325. In this framework, the Mediation Department to be set up in the Justice Ministry Legal Affairs General Directorate will ensure registration in the Mediators Registry of persons intending to act as mediators, who meet the qualifications specified in Article 20 of the Law and have received mediation training. Although persons registered in this registry are authorized to mediate, it would be possible for the parties to freely designate a mediator or mediators for settlement of the dispute.

CONCLUSION

It is noteworthy given all these conditions that the implementation of this method, which is more flexible as compared to dispute resolutions such as court trial and arbitration, and highlights the parties' volition and interests, subject to Law No. 6325 is quite new in view of our country. Implementation could be clear after June 22, 2013, the effective date of the Law. We sincerely wish that the system, which was enacted upon revision notwithstanding public criticism of the method, contributes to the culture of reconciliation and order of law.

6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU UYARINCA İŞVERENLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

AV. BAŞAK ARSLAN, AV. DİDEM ARAL
barslan@egemenoglu.av.tr , daral@egemenoglu.av.tr

Son yıllarda, İş Hukuku alanında yapılan en önemli düzenlemelerden birisi olan, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu, 30.06.2012 tarihli ve 28339 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Yürürlüğe giren Kanun; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenleyerek, güvenlik önlemlerinin artırılmasını zorunlu hale getirmiştir.

6331 Sayılı Kanun ile, işverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği yükümlülükleri, İş Kanunu kapsamından çıkartılarak bağımsız ve ayrı bir kanun ile yeniden belirlenmiştir.

Peki, 6331 sayılı Yasa'nın eski düzenlemelerden farkı nedir? İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, şimdiye kadar yapılan yasal düzenlemelerden en önemli farkı, çalışan sayısı ayırımı kaldırmak suretiyle, sayı sınırı olmadan Özel işyerlerinin tamamında İş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmasını sağlamasıdır. Bu Kanun ile birlikte, bütün çalışan personel, sayı sınırlaması ve işyeri türüne bakılmaksızın İş Sağlığı ve Güvenliği hizmetlerinden faydalanabilecektir. Büyük ve küçük ölçekli işletmeler arasında kanunda yer alan yükümlülükler açısından fark bulunmaması; günümüzde radikal ve köklü bir değişiklik olarak hayata geçmiş bulunmaktadır.

Bilhassa küçük ölçekli işverenlerin şiddetle karşı çıktıkları bu Kanun ile, işverenlere oldukça fazla sayıda zorunluluk getirildiği kuşkusuzdur. Nitekim; Kanun kapsamında işverenlere; Çalışan temsilcisi ve destek eleman istihdamı, her türlü iş güvenliği tedbirinin alınması, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek

ve uygunsuzlukları gidermek, risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma yapmak, iş güvenliği uzmanı - işyeri hekimi - sağlık personeli istihdam etmek, sağlık ve güvenlik hizmetine yürütünlere yardımcı olmak, acil durum planı, yangınla mücadele ve ilk yardım faaliyetlerini yerine getirmek, ciddi, yakın, önlenemeyen tehlike hali için çalışma yapmak, iş kazası, meslek hastalıkları ve zarar raporlarının tanzimi, iş kazası, meslek hastalığının bildirim, işçilerin sağlık gözetimini yapmak, işçilerin bilgilendirilmesi, çalışanların eğitimi, çalışanların görüşlerinin dikkate alınması ve katılım sağlamak, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması, teftişlerde kurum müfettişlerine yardımcı olmak, bakanlıkça verilen işin durdurulması kararına uymak, güvenlik raporu veya büyük kaza önleme politika belgesi hazırlama gibi pek çok önemli sorumluluklar yüklenmiştir.

Kanun koyucu, günümüzde önemli bir sorun haline gelen iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek ve en aza indirmek için işveren yükümlülüklerini arttırarak karşımıza çıkarmıştır. İşyerlerinin güvenli ve verimli bir hale getirilmesi için yapılan bu çalışmanın, işleyiş zaman içerisinde görülecektir; ancak şunu belirtmek gerekir ki, işverenlerin bu durumu sadece mali bir sorumluluk olarak görmemesi gerekmektedir. İş kazaları ve meslek hastalıklarının sayısındaki artış, bu kazalar sonucu işverenler aleyhine mahkemelerce hükmedilen yüksek meblağa varan tazminatlar ve bilhassa açılan ceza davaları dikkate alındığında, Kanun'un aslında işverenler açısından zaman içinde maliyet azaltıcı ve hukuki sorumlulukları bertaraf edici bir etkisinin olması beklenmektedir.

EMPLOYERS' OBLIGATIONS AS PER LABOR HEALTH AND SAFETY LAW NO. 6331

BAŞAK ARSLAN, ASSOCIATE & DİDEM ARAL, ASSOCIATE
barslan@egemenoglu.av.tr , daral@egemenoglu.av.tr

Labor Health And Safety Law No. 6331, which is one of the most important regulations enacted in the field of Labor Law, was published in the Official Gazette Issue No. 28339 of 06/30/2012. The law already in force regulates employers' and employees' tasks, powers, responsibilities, rights and obligations for ensuring labor health and safety at work places and the improvement of present health and safety conditions, requiring the enhancement of safety measures.

Under Law No. 6331, employers' labor health and safety obligations have been excluded from the Labor Law and re-defined by an independent and separate law.

In what aspects does Law No. 6331 differ from the former regulations? The most important difference of the Labor Health And Safety Law from the statutory regulations enacted so far is that that it ensures the introduction of labor health and safety measures in any private businesses without any quantitative limits by eliminating any distinction based on numbers of employees. Under this law, any employees may benefit from labor health and safety services regardless of quantitative limits and business types. Lack of any difference between large and small scale operations in view of the obligations contained in the law has now been set into motion as a radical and drastic change to our life.

It is without doubt that a large number of requirements have been imposed by this law, fiercely opposed by small scale businesses, in particular on employers. As a result, many important responsibilities are imposed by the law on employers; they mainly include: workers' representative and support staff employment, introduction of any types of labor safety

measures, monitoring if the labor health and safety measures taken at businesses are met, supervising them and eliminating non-conformities, conducting risk assessment, control, measurement and research, employing labor safety specialists – workplace physicians – health care practitioners, assisting persons carrying out health and safety services, fulfilling emergency plans, fire control and first aid activities, performing works for serious, immediate and unpreventable risk cases, issuing reports on labor accidents, occupational diseases and injuries, notifying labor accidents and occupational diseases, having surveillance on workers' health, keeping workers informed, training employees, getting employees' comments and ensuring their participation, setting up labor health and safety boards, helping inspectors with inspections, observing ministry decisions to stop work, preparing safety reports or major accidents prevention policy documents.

The legislators have now increased employers' obligations to prevent and minimize labor accidents and occupational diseases which are presently a major problem. It will take some time to see the operation of this effort made to render businesses safer and more efficient over time. But it must be noted that employers should not regard this only as a financial responsibility. Considering the increase in the number of labor accidents and vocational diseases, high amounts of damages decided by courts against employers as a result of such accidents and criminal lawsuits filed in particular, the law is actually expected to have positive effects on the employers reducing costs and pre-empting legal liability over time.

Çalışma hayatının ve tüm tarafların ortak bir sorunu haline gelen iş sağlığı ve güvenliği konusunda bundan sonraki süreçte tüm personelin işe girişlerinde, işyerinde çalışmaları devam ederken ve işten çıkışı sırasında daha hassas davranılması gerekmektedir. Ayrıca İşverenlerin; işyerinin büyüklüğü, taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı gibi faktörleri dikkate alarak işyerinin güvenliği için tüm ihtiyaçları karşılaması beklenmektedir.

Kanun kapsamında sorumlulukların yerine getirilmemesi durumunda 1.078,00-TL ile 86.240,00-TL arasında değişen idari para cezaları mevcut olup, aykırılığın devam ettiği her ay için idari para cezaları ayrıca değerlendirilmektedir. Kanun, tehlikelere karşı işçilerin korunabilmesi ve kazaların önlenmesi amacıyla, işyeri kapatmaya varan hukuki yaptırımlar öngörmektedir. Bu yaptırımlar, işverenlerin, yapılan yasal düzenlemelere sadece şekli olarak değil, fiili olarak da uymaları gerektiğinin göstergesidir.

6331 Sayılı Yasa, sadece işverenlere değil, işçilere de yükümlülükler getirmiştir. Bu kapsamda, çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlü olup ayrıca işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda görevlerini yerine getirmekle yükümlü olacaklardır.

NETİCE OLARAK;

6331 Sayılı Kanunun amaç ve kapsamı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün hızlandırılmış denetim çalışmaları değerlendirildiğinde, iş kazalarında işverenlere ve işveren yetkililerine atfedilecek kusur oranının ve buna bağlı olarak ödemesi muhtemel tazminatların minimize edilebilmesi için, tüm yükümlülükler ile ilgili olarak işyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonunun disiplinli ve gerçekçi bir şekilde kurulması hukuki tavsiyemizdir. Yasal düzenlemeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile profesyonel hizmet alınabilmesinin de mümkün hale geldiği günümüzde, tüm işyerlerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının sağlanmasının, gerek işçilerin gerekse işyerinin güvenliği yönünden, tüm İşverenlerin menfaatine olacağı kuşkusuzdur.

More sensitive conduct is necessary during the job inception of any staff, their employment and dismissal or leaving their jobs in the upcoming process with regard to labor health and safety which has become a common problem for labor life and all the parties involved. In addition, employers are expected to meet any requirements for workplace safety by considering factors such as the size of their businesses, particular risks posed by them, the nature of works performed and the number of employees.

There are administrative fines varying between TL 1,078.00 and TL 86,240.00 in case of failure to meet responsibilities under the law and further administrative fines are assessed for each month of continued non-compliance. The law stipulates legal sanctions as severe as the closure of the business for the purpose of protecting workers against risks and preventing accidents. These sanctions are a sign of the requirement for employers to observe the statutory regulations enacted not only formally but also actually.

Law No. 6331 imposes obligations on not only employers but also workers. Accordingly, employees are obligated not to put at risk the health and safety of themselves and other employees affected by their conduct or actions as per training received in connection with labor health and safety and employers' instructions thereof and they will further be obliged to meet such tasks in line with the training and instructions provided by employers.

IN CONCLUSION;

Based on an assessment of the objective and scope of Law No. 6331 and accelerated supervisory works of the Ministry of Labor and Social Security and Labor Health and Safety General Directorate, it is our legal advice that a labor health and safety organization is set up in businesses in a disciplined and realistic manner in connection with any obligations for the minimization of damages attributable to employers and their representatives over labor accidents and potential damages payable thereof. It is without doubt that ensuring the healthy and safe work setting in any businesses would be in the best interests of any employers in view of safety of both workers and workplaces in the present times when professional services may also be procured from Joint Health and Safety Units so that the obligations arising from the legal regulations may be met.

EMEKLİLİK İÇİN YAŞ HARIÇ SİGORTALILIK SÜRESİ VE PRİM GÜN SAYISINI DOLDURAN HER İŞÇİ KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANIR MI?

AV. PINAR AYHAN ŞAHİN
payhan@egemenoglu.av.tr

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 6. maddesinde, Kıdem Tazminatı için Kıdem Tazminatı Fonu kurulması öngörülmüşse de, Kıdem Tazminatı Fonu'na ilişkin Kanun yürürlüğe girinceye kadar 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki hüküm geçerliliğini korumaktadır.

Emeklilik için yaş hariç prim ve sigorta gün şartını dolduran işçilerin kıdem tazminatı hakkı da 1475 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunan 14. Maddesinin 5. Bendinde yasal dayanak bulmaktadır. Kanunun ilgili hükmü aynen şu şekildedir:

(Ek: 4447 - 25.8.1999) 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeniyle,

Nitekim Yargıtay kararlarında da, emeklilik için yaş hariç diğer şartların tamamlanması nedeniyle işyerinden ayrılan personelin kıdem tazminatına hak kazanacağı hüküm altına alınmıştır. Yargıtay bir kararında¹, söz konusu hükmün; işyerinde çalışarak yıpranmış ve sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlamış olan işçinin, emeklilik için belli bir yaşı beklemesine gerek olmadan aktif dönemi sonlandırabileceğini ve kıdem tazminatına hak kazanabileceğine imkân tanıdığını belirtmektedir.

Ayrıca, Yargıtay kararlarında, işçinin 1475 Sayılı İş Kanununun yürürlükte bulunan 14. Maddesinin 5. Bendi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için emeklilik için yaş hariç sigortalılık süresi ve prim gün sayısının doldurmasının tek başına kıdem tazminatı hakkı kazanması için yeterli olmadığını, işçinin buna bağlı iş sözleşmesini sonlandırma iradesini işverene bildirme zorunluluğu bulunduğu da dikkat çekmektedir.

"1475 Sayılı yasanın 14. Maddesine 25.08.1999 gün ve 4447 sayılı yasanın 45. Maddesi ile 5. Bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkanı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilir ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının, yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 Sayılı yasanın 14. Maddesinin 5. Bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımını niteliğindedir."²

Kanunun lafzından anlaşılan, personelin kıdem tazminatı elde etmesinin, iş sözleşmelerinin sona ermesi akabinde başka bir işte çalışmama şartına bağlı olmadığıdır.

IS ANY WORKER COMPLETING THE INSURANCE PERIOD AND NUMBER OF PREMIUM DAYS EXCLUDING AGE FOR RETIREMENT ENTITLED TO SEVERANCE PAY?

PINAR AYHAN ŞAHİN, ASSOCIATE
payhan@egemenoglu.av.tr

Although Provisional Article 6 of Labor Law No. 4857 stipulates the establishment of the Severance Payments Fund for Severance Payments, the provision of Article 14 of Labor Law No. 1475 remains in force until entry into force of the Law on Severance Payments.

Entitlement of workers meeting the condition for the minimum numbers of days for premium and insurance excluding retirement age to Severance Payments has its legal basis under paragraph 5 of Article 14 of Labor Law No. 1475 in force. The relevant provision of the Law reads as follows:

(Supplement 4447 of 08/25/1999) On ground of voluntary resignation upon completion of the conditions excluding ages stipulated in subparagraphs (a) and (b) of paragraph (A) of sub-clause 1 of Article 60 of Law No. 506 or the minimum period of insurance and number of premium payment days stipulated for the allocation of old age salaries as per Provisional Article 81 of the same Law,

As a result, decisions by the Supreme Court of Appeals stipulate that staff leaving their jobs due to completion of other conditions excluding retirement age would be entitled to Severance Payments. In one decision¹, the Supreme Court of Appeals notes that a worker who suffered much loss of his vigor and completed his obligations for the minimum period of insurance and premium payment period could terminate his active service period without having to wait for a certain age and be entitled to Severance Payments.

In addition, the Supreme Court of Appeals draws attention to the fact in its decisions that completion of the minimum insurance period and premium payment days excluding retirement age would not alone suffice for entitlement to Severance Payments pursuant to paragraph 5 of Article 14 of Labor Law No. 1475 in force and that worker had to notify the employer of his volition to terminate his labor contract accordingly.

"Paragraph 5 has been supplemented by Article 45 of Law No. 4447 of 08/25/1999 to Article 14 of Labor Law No. 1475. According to the said provision, a worker can leave his job voluntarily in cases where he would meet the criteria other than retirement age. In other words, a worker completing the insurance period and premium payment period in terms of days can leave his job by citing the said paragraph as justification even though he is not yet entitled to retirement due to the age condition and be entitled to Severance Payments. However, worker's resignation must develop in the form of terminating his labor upon completion of other criteria excluding retirement age. Otherwise, reliance by a worker to the provision of paragraph 5 of Labor Law No. 1475 for employment in a workplace would have the nature of misuse of a statutory right."²

What is understood from the text of the law is that the worker's entitlement to Severance Payments is not dependent on the condition of whether a worker is employed for another job following termination of labor contract.

¹ Yarg. 9. H.D. 28.09.2010 tarihli 2008/34779 E. ve 2010/26096 K. Sayılı Kararı, Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. – İçtihat Bilgi Bankası

² Yarg. 9. H.D. 12.11.2009 tarihli 2008/11743 E. ve 2009/31427 K. Sayılı Kararı, Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010 – 2011 Yılları), 4. Bs, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.801

¹ Decision No. 2008/34779 E – 2010/26096 K of 09/28/2010 by Civil Chamber 9 of the Supreme Court of Appeals as quoted by Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. Case Laws Data Bank

² Decision No. 2008/11743 E – 2009/31427 K of 11/12/2009 by Civil Chamber 9, Supreme Court of Appeals, Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9th Hukuk Dairesi 2010 – 2011 Yılları), 4. Bs, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, p. 801

Ne var ki, Türk Medeni Kanunu'nun "Dürüst Davranma" başlıklı 2. Maddesi genel bir kural olup; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklindedir.

Kanunda başka bir işyerinde çalışmama şartı mevcut olmasa da, Türk Medeni Kanunu'nun Dürüstlük İlkesi doğrultusunda, Yargıtay tarafından personelin başka bir işyerinde çalışmaya devam etme niyetini taşıyor olması durumunda, işyerinden ayrıldığı tarihteki gerçek iradesinin araştırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Yargıtay kararlarında, personelin emeklilik için yaş hariç diğer koşulları sağlayarak işyerinden ayrılma iradesini beyan ettiği sıradaki gerçek niyetinin başka bir işte çalışma yahut istifa olduğunun ispatlanması halinde personelin kötü niyetli olduğunun kabul edilerek kıdem tazminatının iade edilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

"Düzenlemenin amacı, pirim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin bu ayrılmasından sonra yeniden çalışması gündeme gelebilir ve Anayasal temeli olan çalışma hakkının ortadan kaldırılması beklenmemelidir. Bu itibarla işçinin ilk ayrıldığı anda iradesinin tespiti önem kazanmaktadır. İşçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı takdirde 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz."³

"1475 sayılı yasanın 14. maddesine 25.08.1999 gün ve 4447 sayılı yasanın 45 maddesi ile 5. bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka

bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılacak ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 5. bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işveren ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan 5. bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır.⁴⁴

Ancak yukarıda belirtilen birkaç Yargıtay kararından da görüldüğü üzere, personelin gerçekte istifa iradesi taşıdığına ispatlandığını kabul ettiği kararlarında, personelin çıkışının hemen akabinde başka şirkette sigorta girişinin yapıldığı görülmektedir. Personelin ayrılmasının akabinde makul süre geçtikten sonra işe başlaması ise Yargıtay tarafından anayasa ile güvence altına alınmış çalışma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Ne var ki Yargıtay'ın bugüne değin vermiş olduğu kararlarda, işçinin işten ayrılış ve yeni işe giriş tarihi arasında istifa iradesi taşımasına yol açmayacak makul süre tanımı için net bir şekilde belirlememiş, bu niteleme her somut olaya özgü olmak üzere vakia ve delillerin değerlendirilmesine bırakılmıştır.

However, Article 2 "Honest Conduct" of the Turkish Civil Code is a general rule, reading as: "Everybody must observe honesty rules while exercising their rights and meeting their obligations. Order of law does not protect express misuse of a right."

Although there is no condition of further employment in another workplace in the law, it is recognized by the Supreme Court of Appeals as per the principle of honesty that if the staff has the intention of working in another workplace, his actual volition on the date of resignation must be investigated.

Decisions by the Supreme Court of Appeals note that in cases where it is proved that the actual intention of a worker as he declared his volition of leaving the workplace by meeting conditions other than retirement age is to work in another job or resign, it must be decided on a refund of Severance Payment upon recognition that he has bad faith.

"The objective of the stipulation is to ensure that workers who must wait for retirement age, another criterion, although he is entitled to retirement in view of premium payment and insurance periods can receive Severance Payments in case of leaving the workplace without further employment. Certainly, after leaving, the worker may again work and one should not expect termination of the labor right which has a constitutional basis. Given this, the determination of the worker's volition at the time of initially leaving the job is important. In cases where it is found out that the worker has left his job to work in another workplace, he is not entitled to Severance Payments pursuant to the provision of paragraph 5 supplemented by Law No. 4447 to Law No. 1475."³

"Paragraph 5 has been supplemented by Article 45 of Law No. 4447 of 08/25/1999 to Article 14 of Labor Law No. 1475. According to the said provision, a worker can leave his job voluntarily in cases where he would meet the criteria other than retirement age. In other words, a worker completing the insurance period and

premium payment period in terms of days can leave his job by citing the said paragraph as justification even though he is not yet entitled to retirement due to the age condition and be entitled to Severance Payments. However, the worker's resignation must develop in the form of terminating his labor upon completion of other criteria excluding retirement age. Otherwise, reliance by a worker to the provision of paragraph 5 of Labor Law No. 1475 for employment in a workplace would have the nature of misuse of a statutory right. Our chamber concludes in one of its decisions in connection therewith that employment of the worker in a workplace owned by another employer after one day demonstrates that the termination was not in compliance with the provision of the said paragraph 5."⁴⁴

As seen in a few Supreme Court of Appeals decisions quoted above, it is observed in the relevant decisions recognizing evidence of actual volition of the worker for resignation that there was insurance inception by another company for the worker immediately after the worker left his job. If the worker would start working again in a reasonable period of time after the worker left his job is treated by the Supreme Court of Appeals as part of the labor freedom guaranteed by the constitution. However, the Supreme Court of Appeals has not provided a clear definition of a reasonable period of time between the dates of a worker leaving a job and working in another job, which would not lead to the interpretation as volition for resignation, in its decisions taken so far; thus, this definition is subject to assessment of cases and evidences specific for each concrete case.

3 Yarg. 9. H.D. 04.04.2006 tarihli 2006/ 2716 E. Ve 2006/ 8549 K. Sayılı Kararı, Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. – İctihat Bilgi Bankası

4 Yarg. 9. H.D. 14.05.2009 tarihli 2008/ 1760 E. ve 2009/ 13519 K. Sayılı Kararı, Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. – İctihat Bilgi Bankası

3 Decision No. 2006/2716 E – 2006/8549 of 04/04/2006 by Civil Chamber 9, Supreme Court of Appeals.2006 Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. – Case Laws Data Bank

4 Decision No. 2008/1760 E – 2009/13519 of 05/14/2009 by Civil Chamber 9, Supreme Court of Appeals.2006 Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş. – Case Laws Data Bank

FAZLA ÇALIŞMA SINIRLARI VE YASAKLARI

AV. DİDEM ARAL
daral@egemenoglu.av.tr

Çalışma süreleri, kanuni düzenlemeler ile müdahale edilen alanlardan biridir. Kanun koyucu, yönetim hakkı ile serbestiye sahip olan işvereni, çalışma süreleri bakımından tamamen serbest bırakmamış, işverene bir takım kurallar ile sınırlamalar getirmiştir. Bu çerçevede, iş hukuku mevzuatında çalışma sürelerine ilişkin bazı sınır ve yasaklar öngörülmüştür. Bunlardan bir kısmı fazla çalışmanın azami süresine, diğer bir kısmı ise fazla çalışma yasaklarına ilişkindir.

Normal iş süresinin aşılması durumunu ifade etmek üzere fazla çalışma deyimi kullanılmaktadır. Çalışanların "mesai yapmak" dedikleri "fazla çalışma"; "fazla" sözcüğüyle de ifade edildiği gibi; haftalık 45 saati aşan çalışmalara, İş Kanunu'nda verilen isimdir. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar ise fazla sürelerle çalışmalardır. Çalışma süreleri konusunda kanunun belirlediği sınırları aşan çalışma anlamına gelen fazla çalışma işçi sağlığı ve psikoloji ile yakından ilgili bir kavramdır. İşçinin, normal çalışma süresini tamamladıktan sonra, daha fazla efor harcayarak, gerçekleştirmek zorunda kaldığı fazla çalışma, işverenin serbestini sınırlandırmaktadır.

Fazla çalışmayı gerektiren nedenlere göre fazla çalışmalar üçe ayrılmaktadır. İş Kanunu'nda açıkça belirtildiği üzere; bunlardan birincisi, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin arttırılması gibi nedenlerle yapılan "normal fazla çalışmalardır." ikincisi, bir arıza sırasında veya bir arızanın mümkün görülmesi halinde veya makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkmasında yapılan "zorunlu nedenlerle fazla çalışmalardır." Fazla çalışmanın üçüncüsü, "olağanüstü hallerde yapılan fazla

çalışmalardır." Buna göre; Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir, şeklinde ifade edilmiştir. Fazla çalışmada, belirtilen üç türün dışında, İş Kanununun 70. Maddesinde düzenlenen ve bir işyerinde yürütülen asıl işin düzenli biçimde görülebilmesi için günlük iş sürelerinden önce veya sonra zorunlu olarak yapılan ek çalışmalar olarak tanımlayabileceğimiz, hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri de, "hazırlık ve temizlik işleri sebebiyle fazla çalışma" başlığı altında ele alınmaktadır.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, ücret açısından fazla çalışmanın gerekçesinin ve çeşidinin bir önemi bulunmamaktadır. Her bir fazla saat çalışma için verilecek ücret çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Fazla süreli çalışmalarda ise; her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir. Saat ücreti dışındaki gündelik, haftalık, aylık olarak zamana göre belirlenen öteki ücret şekillerinde, saat ücreti hesaplandıktan sonra bulunacak miktar bu yüzdelere göre artırılır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. Yasal düzenlemede serbest zamanın kullanılması işçinin isteğine bağlı olduğundan işverenin işçinin isteğine uyması gerekmektedir.

OVERTIME LIMITATIONS AND PROHIBITIONS

DİDEM ARAL, ASSOCIATE
daral@egemenoglu.av.tr

Overtime periods are one of the areas intervened in through legal regulations. The legislature has not totally set free the employers having freedom through management right in view of work periods, imposing certain rules and limitations on them. In this framework, the labor law legislation envisages certain limitations and prohibitions in connection with work periods. Some of them relate to maximum overtime periods and some others concern overtime prohibitions.

The term overtime is used to express a situation where normal work time is exceeded. "Overtime" as called by workers as "doing overtime" is a phrase given by the Labor Law to work in excess of 45 hours per week, as expressed by the syntax "over". Work exceeding weekly work periods and conducted up to 45 hours in such cases where the weekly work period is determined by contracts as less than 45 hours are works for extended times. Overtime, meaning work exceeding the limits determined by the law in connection with work periods, is a concept closely related to labor health and psychology. Overtime that a worker must achieve by spending more effort after completion of normal work periods limits an employer's freedom.

Overtime is divided into three according to the reasons requiring overtime. As expressly noted by the Labor Law, the first of them refers to "normal overtime" conducted for national general interests or job nature or reasons such as increased production. The second refers to "overtime conducted due to compulsory reasons" carried out during an actual or potential accident or urgent works required to be done for machinery or equipment and tools or upon

the emergence of compulsory reasons. The third type of overtime refers to "overtime conducted in extraordinary circumstances". Accordingly, there is stipulation that in cases where overtime is considered necessary during mobilization in such businesses meeting the requirements of national defense provided however that this period is not exceeded, the Cabinet may increase daily work periods to the maximum work capability of the workers according to the types of works and degree of requirements. Apart from the three types specified for overtime, preparatory, complementary and cleaning works regulated by Article 70 of the Labor Law, which may be defined as additional works compulsorily done before or after daily work periods so that primary work maintained may be achieved regularly are covered under the title "overtime due to preparatory and cleaning works".

It must be noted in this context that justification for and types of overtime are not important in terms of wages at all. The wages to be paid for each hour of overtime is paid by increasing the sum per hour of work by fifty per cent. In case of works for extended periods, wages to be paid for each hour of overtime is paid by increasing the sum of normal work wages per hour by twenty five per cent. In case of other methods of payments determined on a daily, weekly and monthly basis apart from the hourly wages, the sum to be found after calculating hourly wages are increased by these percentages. Workers doing overtime or work for extended times may optionally use as free time 1 hour and 3 minutes for each hour of overtime and 1 hour and 15 minutes for each time of work for extended times in consideration for such

İşyerinde fazla çalışma uygulanmasını isteyen işverenin, işçinin onayını alması şarttır. Bu onay, işverence her yılbaşında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Yargıtay'a göre, onay koşulunun gerçekleşmesinden ve fazla çalışma yapılacağı işçilere duyurulmasından sonra işçinin fazla çalışma yükümlülüğü doğmaktadır.

FAZLA ÇALIŞMANIN AZAMI SINIRLARI;

Zamanlama	Maksimum Çalışma Süresi
Günlük	11 saat
Gece	7.5 saat
Haftalık	45 saat (denkleştirme hariç)

Ayrıca, yıllık 270 saatten fazla, "fazla çalışma" yapılamayacaktır.

FAZLA ÇALIŞMANIN YASAKLANDIĞI KİŞİLER VE İŞLER;

- I. Sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işlerde fazla çalışma yapılamaz.
- II. Gece çalışmalarında olağan fazla çalışma yapılamaz.
- III. Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılan işlerinde fazla çalışma yapılamaz.
- IV. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılmaz.
- V. 18 yaşından küçük olanlar, fazla çalışma yapamaz.
- VI. Sağlık nedeniyle fazla çalışma yapamayacak işçiler, fazla çalışma yapamaz.
- VII. Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler, fazla çalışma yapamaz.

SONUÇ

Fazla çalışmaya ilişkin sınır ve yasaklara uyulmamasının hukuki yaptırımı ve idari para cezaları bulunmaktadır. Fazla çalışmanın maksimum azami sınırlarının aşılması ve mevzuat gereği fazla çalışmanın yasaklandığı kişi ve işlere aykırı davranılması durumunda kanuna aykırılık söz konusu olacaktır. Bu durumda, emredici hükümlere aykırı şekilde çalışmaya zorlanan işçiler açısından bu durumun, haklı fesih nedeni oluşturacağını söyleyebiliriz. Fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla çalışmalarda işçinin onayını almayan işverenler ise idari para cezası ile karşı karşıya kalacaklardır. Önemle belirtmek gerekir ki, çalışan işçilerin haklarının korunması amacıyla; çalışma sürelerine aykırı davranan işverenin ödeyeceği idari para cezalarının yükseltilmesine ilişkin yasa tasarısı da komisyondadır.

works in lieu of increased wages. Because it is up to the option of the worker to use free time under the legislation, the employer must meet the worker's request in connection therewith.

An employer requiring overtime in a business must obtain the worker's consent. This consent is obtained by the employer from workers in writing at the start of each year and retained in worker service files. According to the Supreme Court of Appeals, a worker is obligated to do overtime upon satisfaction of this condition of consent and notice to workers about overtime.

OVERTIME MAXIMUM LIMITS

Timing	Maximum Work Period
Daily	11 hours
Night	7.5 hours
Weekly	45 hours (excluding offsetting)

In addition, "overtime" in excess of 270 hours may not be done.

PERSONS AND WORKS IN RESPECT OF WHICH OVERTIME IS PROHIBITED:

- I. No overtime may be done in such works requiring daily work of a maximum 7.5 hours or more in view of health rules.
- II. No usual overtime may be done as part of night works.
- III. No overtime may be done in works performed underground or under water as part of works such as mines, cable installation, sewerage and tunnel construction.
- IV. Workers employed under labor contracts with a partial term may not be required to do overtime for extended times.
- V. Persons younger than 18 may not do overtime.
- VI. Persons who are unable to do overtime due to health may not do overtime.
- VII. Workers who are pregnant, have just delivered babies and are breastfeed babies may not do overtime.

CONCLUSION

Failure to observe limitations and prohibitions in connection with overtime are subject to legal sanctions and administrative fines. Exceeding the maximum limitations for overtime and misconduct against persons and jobs in respect of which overtime is prohibited by law would constitute contravention of the law. In this case, we may comment that this condition could constitute justifiable grounds for termination in view of workers forced to work in violation of imperative provisions. Administrative fines would be imposed on such employers not paying wages for overtime, not letting workers use free time earned within a period of six months and not obtaining consent of workers for overtime. It must be stressed that there is presently a bill before the commission, which proposes that administrative fines be raised for employers acting contrary to work periods for the purpose of protecting workers' rights.

TÜRK HUKUKU'NA GÖRE KARADA EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIYICININ ZIYA VE HASARDAN SORUMLULUĞU

AV. AYŞE DERYA ELÇİN
delcin@egemenoglu.av.tr

Yurt içi eşya taşımacılığı konusu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 850 ve devamı maddeleri ile 856-893. maddelerinde düzenlenmiştir.

ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve bu yakın süreç, taşıma işleri bakımından kanunların zaman bakımından uygulanması sorununu gündeme getirmiştir.

Öncelikle, 6102 sayılı yasa öncesi yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlükte iken yapılmış olan taşıma sözleşmeleri, 6762 sayılı Kanuna tâbidir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen, taşıma hukukuna özgü, ziya ve hasardan dolayı sorumluluk hâlleri ile taşıyıcının sorumluluk sınırları hakkında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Taşıma hukuku dendiğinde, taşıyıcının sorumluluğuna dair hükümler emredici niteliktedir. Buna göre, belirtilen düzenlemelerin taşıyıcıya yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri yasa gereği geçersiz kabul edilmektedir. Yine, bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de sonuç değişmeyecektir.

Kural olarak taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından ve hasarından doğan zararlardan sorumludur.

Zararın oluşmasına, gönderenin veya gönderilenin bir davranışı ya da eşyanın özel bir ayıbı sebep olmuşsa, tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınacaktır.

TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANMASI

Fakat taşıma faaliyeti temelde bünyesinde büyük bir risk barındırdığından, ilgili sektörde faaliyet gösterilmesinin engellenmemesi adına, yasal düzenlemelerle, taşıyıcının sorumluluğunun belli ölçüde sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Buna göre,

I. Zıya ve hasar, taşıyanın en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınılmaz ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır.

II. Taşıyıcı, taşıma aracındaki arızaya veya taşıtı kiraladığı kişinin, onun temsilcilerinin veya çalışanlarının kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

III. Zıya ve hasar aşağıdaki hallerden birine bağlanabiliyor ise taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır:

- Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılması (zıya veya hasar, gönderenin, eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulamayacaktır)
- Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama
- Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması
- Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar

CARRIER'S LIABILITY FOR LOSSES AND DAMAGES IN CASE OF OVERLAND GOODS TRANSPORT ACCORDING TO TURKISH LAW

AYŞE DERYA ELÇİN, ASSOCIATE
delcin@egemenoglu.av.tr

The issue of local goods transport is regulated by Article 850 and continuing Articles 856 - 893 of the Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102.

PRACTICE IN TERMS OF TIME

Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 entered into force on 07/01/2012 and this recent process has raised the issue of the application of laws in terms of time with respect to transport works.

First, such transport contracts concluded when Turkish Commercial Code (TTK) No. 6762 that was in force before Law No. 6102 are subject to Law No. 6762. However, the provisions of Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 will be applicable for liabilities for losses and damages specific for transport law, which take place after the entry into force of the Turkish Commercial Code (TTK), as well as limitations to carrier's liability.

CARRIER'S LIABILITY

When it comes to transport law, the provisions in connection with the carrier's responsibility are of an imperative nature. Accordingly, any contractual provisions giving rise to prior alleviation or discontinuation of liabilities imposed by the said regulations on the carrier are considered void by law. Again, this would also apply in cases where such provisions would be envisaged in the operating ordinances, general operating conditions, tariffs or any other similar documents.

As a rule, the carrier is liable for damages arising from losses and destruction of goods in the period which would pass from the take-over of goods for transport to delivery.

In cases where there is conduct of the consigner or consignee or a particular defect of the goods in the development of damages, the extent of the effects of these factors would be considered in determining the emergence of any indemnity obligation and its scope.

LIMITATION OF CARRIER'S LIABILITY

Carrier's Liability is limited to some extent through legal regulations for the sake of not preventing involvement in the relevant industry because transport operations inherently accommodate a major risk. Accordingly:

I. The carrier would be relieved of liability in cases where losses and damages occurred due to reasons it could not avoid and prevent the consequences thereof although it paid maximum care in connection therewith.

II. The carrier could not escape liability by relying on the failure in transport vehicles or faults of persons to whom it leased vehicles or their representatives or employees.

III. If losses and damages could be attributed to one of the following conditions, the carrier would be relieved of liability:

- Use of a vehicle with an exposed top in compliance with contract or customs (the carrier could not be relieved of liability if losses and damages occurred due to the carrier's failure to observe the consigner's particular instructions for goods transport).
- Inadequate packaging done by consigner.
- Handling, loading or unloading of goods by consigner or consignee.

görmesine yol açan doğal niteliği (taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğünde ise, sorumsuzluk, ancak, hal ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanılmasına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranması halinde söz konusu olacaktır)

• Canlı hayvan taşınması (sorumsuzluk, ancak, hal ve şartlara göre, taşıyıcının kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış olmasına bağlıdır)

IV. Gönderinin zıyaı veya hasarı hâlinde, ödenecek tazminat bakımından ise, taşıyıcı,

• Tamamının zayı olması ya da hasara uğraması halinde, gönderinin net olmayan ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 Özel Çekme Hakkını karşılayan tutar ile sınırlı olacaktır.

• Münferit parçalarının zıyaı veya hasarı hâlinde taşıyıcının sorumluluğu;

a. Gönderinin tamamı değerini kaybetmişse tamamının,

b. Gönderinin bir kısmı değerini kaybetmişse, değerini kaybeden kısmının, net olmayan ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 Özel Çekme Hakkını (bir hükümetin, diğerinin merkez bankasından onun ulusal parasını çekmesine olanak veren bir hak) karşılayan tutar ile sınırlı olacaktır.

• Taşıyıcının, taşıma süresinin aşılmasından doğan sorumluluğu, taşıma ücretinin üç katı ile sınırlıdır.

V. Gönderilenin zıyaı veya hasarı nedeniyle, taşıyıcının sorumlu olduğu hallerde, taşıyıcı ödemesi gereken tazminat haricinde, ayrıca, taşıma ücretini geri vermesinin yanı sıra, taşıma ile ilgili vergileri, resimleri ve taşıma işi nedeniyle doğan diğer giderleri de karşılayacaktır.

ZAMAN AŞIMI VE RÜCU

Taşıma faaliyetinin dinamik yapısı, taşımadan kaynaklanan taleplerin kısa sürede kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu, tarafların hangi sürelerde, nelerden sorumlu olacaklarını bilmeleri anlamı taşıyacaktır.

Buna göre, karayolu ile eşya taşımalarında, taleplerin kullanılabilmesi bir yıllık zamanaşımına tabi olup bu süre, eşyanın gönderilene teslimi ile; eşya tamamen zayı olduğu için gideceği yere ulaşamamış ise, eşyanın teslimi gereken tarihten itibaren başlayacaktır.

Rücu hakları (Gerçekte zarar borçlusu olmamasına rağmen, hukuken zararın muhatabı addedilenin, bu sebeple, gerçek zarar borçlusu yerine katlandığı zarar tutarını, gerçek zarar borçlusundan talep edebilme hakkıdır; asıl taşıyıcının alt taşıyana rücu, sigorta şirketinin alt taşıyana rücu, sigorta şirketinin üçüncü şahıslara rücu gibi...) bakımından bu bir yıllık zamanaşımı, rücu alacaklısının zararı ve rücu borçlusunu öğrenmesinden itibaren üç ay içinde zarar borçlusuna bildirimde bulunması şartıyla, rücu alacaklısına karşı Mahkeme kararının kesinleştiği günden itibaren; kesinleşmiş Mahkeme kararı bulunmayan hallerde de rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

• Natural characteristics of goods causing them to suffer damages easily as a result of fracture, rust, deterioration, drying, leakage and ordinary waste (in cases where carrier is obligated particularly to protect the goods against heat, cold, thermal variations, moisture, shocks or any other similar effects as per the contract, it could disclaim liability only depending on prevailing conditions and circumstances, particularly in case it has taken any measures on its part in connection with the selection, maintenance and use of necessary equipment, acting in compliance with particular instructions).

• Live animal transport (disclaim of liability would only be possible in case it has taken any measures on its part, acting in compliance with particular instructions).

4. In view of damages to be paid to the consignee in case of losses or damages,

• Carrier liability will be limited to the sum meeting 8.33 Special Drawing Rights for each kilo of gross weight of the consignment in case of total loss or damages

• In case of losses and damages to individual parts, the carrier's liability shall be limited to the sum meeting 8.33 Special Drawing Rights (a right of a government allowing it to draw funds from other's central bank in the latter's national currency) for each kilo of gross weight of:

a. the entire consignment if the consignment suffered total value loss, or

b. the portion suffering value loss if the consignment suffered partial value loss

• The carrier's liability arising from excessive transport period is limited to three times the transport fee.

V. In cases where the carrier is liable due to losses and damages to the consignment, the carrier shall additionally meet any transport related taxes, duties and other costs arising from the transport job in addition to a refund of the transport fee apart from damages payable.

TIME BAR AND RECOURSE

The dynamic structure of transport activity requires the exercise of requests arising from transport in a short period. This means that parties must know the specific periods and specific requirements for which they are liable.

Accordingly, the entitlement to the exercise of claims in overland goods transport is subject to a one year time bar and this period will start upon delivery of the goods to the consignee or the date on which the goods are required to be delivered in case of failure for goods to reach their destination due to total loss.

In view of recourse rights (it refers to the right of the party considered as the addressee of damages legally although it is not actually debtor of damages to claim the sum of damages incurred by it in lieu of actual damage debtor from actual damage debtor on such a ground; such as recourse by principal carrier to sub-carrier, recourse by insurance company to sub-carrier, recourse by insurance company to Third Persons...), this one year time bar will start running from the date of finalization of a court decision against the recourse claimant provided however that the recourse claimant serves a notice on the damage debtor within three months after learning about the damages and recourse debtor or from the date when the recourse claimant met its obligations in cases where there is no finalized court decision.

TRAFİK KAZALARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

AV. ASLI ADALI, AV. ESİN TANERİ
aadali@egemenoglu.av.tr , etaneri@egemenoglu.av.tr

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)'nın 3. Maddesi'ne göre trafik kazası "Karayolları üzerinde bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlarla sonuçlanmış olaydır." Ülkemizde her yıl binlerce insanın canına mal olan trafik kazaları hususunda, KTK, Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Borçlar Kanunu (BK) yaptırımlar öngörse de yaptırımların hiçbiri kazaların önüne geçememekte ve maalesef binlerce kişi ciddi zararlara uğramaktadır. İşte burada bu tür kazaların hukuki sonuçları ve bunlardan kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini sorunu ortaya çıkmaktadır. Kaza sonrası oluşacak zarar maddi yani fiili zarar olabileceği gibi, yoksun kalınan kâr da olabilir. Tüm bunların yanında ana alacağın yanında bir de olay tarihinden itibaren işleyecek faiz alacağı vardır. Manevi tazminat ve mahrum kalınan destek zararı için ayrıca tazminat davası açılmalıdır.

Motorlu araç işletenin sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiş olan özel bir kusursuz sorumluluk halidir.

KTK KAPSAMINDA DÜZENLENEN HALLER NELERDİR?

KTK'da düzenlenen bu sorumluluğun uygulama alanı, karayolunda, işletilme halindeki motorlu araçların sebep olduğu zararla sınırlı olup, aracın bir kimsenin ölmesi veya yaralanmasına sebep olmasından doğan maddi zararlar ile bir mala verilen zararlardan sorumluluk bu kapsamdadır.

KAZA OLDUGUNDA NELER YAPILMALIDIR?

Kaza halinde, öncelikle gerekli güvenlik önlemleri alınmalı ve eğer gerekli ise 155, 156 numaralı telefondan trafik zabıtası gibi numaralar aranarak polis, jandarma

ve ambulans gibi çağırılması gereken ilgililer olay yerine derhal çağırılmalıdır. Sadece maddi hasarla sonuçlanan kazalardan sonra taraflar kaza tespit tutanağı tutabilirler.

KAZA TESPİT TUTANAĞININ NE ŞEKİLDE TUTULMASI GEREKMEKTEDİR?

Kaza Tespit Tutanağı, yalnız maddi hasarla sonuçlanan kazalardan sonra, tarafların kazanın oluş şeklinin tutanak ile tespitinde anlaşılması halinde doldurulacaktır. Doldurulan form sürücüler tarafından imzalanacak olup, sürücülerin ehliyet fotokopisi, ruhsat fotokopisi, trafik sigortası poliçesi fotokopisi forma eklenmelidir. Hak sahipleri karşı tarafın Karayolu Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası, ZMSS) poliçesini veya kendi araçlarının kasko sigortası poliçesini düzenleyen sigorta şirketine yukarıdaki madde hükmüne uygun olarak doldurdıkları Tutanak ve varsa fotoğraflar ile başvuracaklardır.

TRAFİK KAZASI TESPİT TUTANAĞININ TRAFİK ZABITASINCA DÜZENLENMESİ GEREKLİ HALLER NELERDİR?

A. Sürücü belgesiz motorlu araç kullanılıyorsa veya yetersiz sürücü belgesi ile motorlu araç kullanılıyorsa, B. Sürücüde yaş küçüklüğü varsa, C. Sürücüde alkol veya akıl sağlığı şüphesi varsa, D. Kazaya karışan araçlardan birinin veya daha fazlasının kamu kurumlarına ait olması, E. Kamu kurumlarına ait eşyada zarar meydana gelirse, F. Trafik Kazasında sadece 3 üncü kişilere ait eşyalara zarar gelirse, G. Kazaya karışan araçlardan birinin veya birkaçının trafik sigortasının bulunmaması halinde, H. Trafik kazası ölüm ve/veya bedeni zarar ile sonuçlanmışsa. Maddi hasar meydana gelen kazalarda, kazaya dâhil kişilerin tümü, yetkili ve görevli kişinin gelmesine lüzum görmezlerse,

TRAFFIC ACCIDENTS AND THEIR LEGAL CONSEQUENCES

ASLI ADALI, ASSOCIATE & ESİN TANERİ, ASSOCIATE
aadali@egemenoglu.av.tr , etaneri@egemenoglu.av.tr

According to Article 3 of Highways Traffic Law No. 2918 (KTK), a traffic accident is "an incident involving one or more vehicles on the highway, which results in death, injuries and damages". Although KTK, TCK (Turkish Criminal Code) and Obligations Law (BK) stipulate sanctions in connection with traffic accidents causing thousands of deaths in our country annually, none of the sanctions can prevent accidents and unfortunately, thousands of people incur substantial damages. This is where legal consequences of such accidents arise coupled with the issue of indemnification for tangible and intangible damages arising thereof. Damages incurred in an accident may be tangible namely actual and also loss of profit. In addition, there would be claims for interest which would accrue from the incident date apart from the principal claims. Legal action for damages must be additionally filed for intangible damages and losses due to deprivation of support.

Liability of motor vehicle operators is a case of particular absolute liability regulated by the Highways Traffic Law.

WHAT ARE THE CASES REGULATED BY KTK?

The application area of this liability regulated by KTK is limited to damages caused by motor vehicles operating on highways, and liability for tangible damages arising from a vehicle causing someone to be killed or injured and damages inflicted on property are in this scope.

WHAT TO DO IN CASE OF AN ACCIDENT?

In case of an accident, necessary safety measures must be taken and if necessary, the traffic police hotlines such as 155 and 156 must be called so that necessary units such as police, gendarmerie and ambulance may be sent to the incident scene. Parties may directly issue accident report after accidents resulting in tangible damages only.

HOW TO ISSUE ACCIDENT REPORT?

Accident report would be issued on a standard form in case of mutual agreement on how an accident occurred following such accidents resulting in material damages only. The completed form would be signed by drivers, with photocopies of driving licenses, vehicle ownership licenses and traffic insurance policies attached thereto. Right holders would apply to the insurance company issuing the Highway Compulsory Financial Liability Insurance (Traffic Insurance, ZMSS) policies for the counterparty or the insurance company issuing automobile insurance for their own vehicles with the minutes completed as per the provisions of the above article, and photos, if any.

WHAT ARE THE INSTANCES REQUIRING THE ISSUE OF TRAFFIC ACCIDENT REPORT BY TRAFFIC POLICE?

A. Where a driver drives a motor vehicle without the required licenses or drives it with an inadequate driving license B. Where a driver is of minor age C. Where a driver is suspected to be under the influence of alcohol or has mental health problems D. Where one or more of the vehicles involved in an accident are owned by governmental bodies.

bunu aralarında yazılı olarak saptamak sureti ile kaza yerinden ayrılabilirler.

TRAFİK KAZASI SONRASI ORTAYA ÇIKACAK HUKUKİ SONUÇLAR NELERDİR?

a) Cezaî Sorumluluk

KTK veya Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne aykırı hareket edenler hakkında - eylemleri bir başka suç teşkil etse veya etmese dahi - trafik polisi veya kimi durumlarda yetkili Cumhuriyet Savcısı tarafından yürürlükte olan Trafik Cezası Hükümleri doğrultusunda idari para cezasına hükmedilmektedir ve hatta trafikten men ehliyetin alınması, sürücü belgesine ceza puanı uygulanması gibi müeyyideler uygulanmaktadır. Trafik Cezaları her yıl yeniden düzenlenmektedir. Bunların yanı sıra trafik kazası neticesinde meydana gelen yaralanma veya ölüm olayları neticesinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kamu davası açılmaktadır ve açılacak davalarda sanığın kusuru, verilecek cezanın belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

b) Hukuki Sorumluluk

Trafik kazası neticesinde yaralanan, özürü kalan ve mali açıdan zarara uğrayan taraf zarara sebebiyet veren kişiden maddi ve manevi zararının karşılanmasını talep edebilir. Kazaya uğrayan araçta meydana gelen hasar bedeli, tamir süresi içerisinde kiralanan araç gideri, hastane ve ilaç giderleri, çalışılmamış günler nedeni ile uğranan kazanç kaybı maddi tazminat olarak talep edilebilecek kalemlerin başında gelmektedir. BK 51. Madde uyarınca, hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlemektedir. Maddi tazminatın yanı sıra kaza neticesinde mağdur olmuş kişi manevi tazminat talebinde de bulunabilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. Kazaya karışan aracın sürücüsünün aracın sahibi olmaması durumunda, tazminat talepleri aynı zamanda araç sahibine de yönelir. Ancak araç sahibinin ödediği tazminat bedelleri için kazaya karışan sürücüye rücu etme hakkı mevcuttur.

c) Meydana Gelecek Zararlar Nedeni İle Ödenecek Tazminatların Sigorta Teminatı Altına Alınması

Trafik kazaları neticesinde meydana gelen maddi zararlar sigorta şirketleri tarafından da karşılanabilmektedir.

c.1.) Kasko Sigortası; İşbu sigorta gerçekleşen riziko dolayısıyla sigorta ettirenin motorlu aracında meydana gelen zararı karşılamayı amaç edinen bir mal sigortası ürünüdür ve uğranılan maddi zararları güvence altına almayı garanti eder. Araca ani ve harici etkiler neticesinde sabit veya hareketli bir cismin çarpması ya da aracın yanması, çalınması veya çalınmaya teşebbüs bu sigorta türünün konusu içindedir ve sigorta Türkiye sınırları içinde geçerlidir. Sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğini öğrendiğinden itibaren en geç 5 iş günü içinde durumu sigortacıya bildirmek zorundadır.

c.2.) Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Yaygın Adıyla Trafik Sigortası, ZMSS); Her araç sahibi tarafından yaptırılması ve her yıl yenilenmesi zorundadır. Trafik sigortası kaza anında karşı tarafa verilebilecek bedeni ve maddi zararları güvence altına alan bir sigortadır. Sadece maddi zararları karşılamakta olup, manevi zarar sigorta kapsamında değildir. Zarar maddi hasara ilişkin ise, onarım (yedek parça ve işçilik) giderleri tazminata dahildir. Kişiyeye ilişkin zarar varsa yaralanma halinde ilk yardım muayene ve kontrol veya yaralanma nedeni ile ayakta, klinikte, hastane veya benzeri yerlerdeki tedavi giderleri ile tedaviyle ilgili diğer giderler sigorta teminatı kapsamındadır. Ölümle sonuçlanan kazalarda zarar, defin giderleri ile desteğinden yoksun kalanların zararından ibarettir.

c.3.) Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Sigortası; Yolcu taşımacılığı esnasında meydana gelen kaza nedeni ile yolcunun - hatta sürücü ve yardımcılarının - kaza nedeni ile uğradığı zararı karşılamaya yönelik KTK'da belirtilen zorunlu bir sigorta türüdür. Bu genel değerlendirmeler ışığında trafik kazası neticesinde aracı hasar görmüş, kendisi yaralanmış veya özürü kalmış kişilerin ve yine trafik kazasında yakınına kaybetmiş mirasçılarının zorunlu trafik sigortalarına başvuruda bulunmak sureti ile maddi ve bedensel zararlarının tazminini talep etme hakları mevcuttur.

E. Where damages are incurred by the vehicles owned by governmental bodies. F. Where only property owned by Third Persons are damaged by the traffic accident. G. Where one or several of the vehicles involved in the accident lacks or lack traffic insurance. H. Where the traffic accident results in death and / or bodily injuries. In accidents resulting in material damages, any persons involved in the accident may leave the accident scene upon mutual agreement in writing if they agree that it is not necessary for officials to arrive on the scene.

WHAT ARE THE LEGAL CONSEQUENCES TO OCCUR AFTER TRAFFIC ACCIDENT?

a) Criminal Liability

Administrative fines are imposed by traffic policemen or competent public prosecutors in certain instances on violators of KTK or Highways Traffic Regulation notwithstanding their misconduct constitutes another offense and sanctions such as a ban from driving, seizure of driving licenses and applying penalty points to driving licenses may also be enforced. Traffic penalties are revised annually. In addition, public prosecution is instituted by the relevant public prosecutors and the defendant's fault is important in the determination of the penalty to be given as a result of the legal action to be filed.

b) Civil Liability

Any persons suffering injuries, disabilities and material damages may claim tangible and intangible damages from persons causing such damages. Items for which material damages may be claimed mainly include the sum of damages inflicted on the vehicle involved in the accident, car rental costs during the repair period, hospital and medicine costs and loss of income for days of work due to disability. As per BK Article 51, a judge determines the scope of the damages and the payment method by considering due action for the incident, particularly severity of fault. In addition to material damages, accident victims may also claim damages for mental anguish. An award may be made for the payment of a suitable sum of money as intangible damages to victims or relatives of the deceased in case of heavy bodily injuries or death. In cases where the driver of the vehicle involved in the accident is not the

vehicle owner, claims for damages may also be directed to the vehicle owner. However, the vehicle owner is entitled to have recourse to the driver involved in the accident for sums of damages paid.

c) Provision of Insurance Coverage for Damages to be Paid Due to Damages to be Incurred

Material damages incurred as a result of traffic accidents may also be covered by insurance companies.

c.1.) Automobile Insurance: This insurance is a property insurance product aiming at covering damages incurred by the motor vehicle of the party taking out insurance due to risks taking place and guarantees assurance for material damages incurred. A fixed or moving object hitting the vehicle as a result of sudden and external factors or the vehicle catching fire, and being stolen or attempted to be stolen are included in this type of insurance product and the insurance is valid in the territories of Turkey. The insured must inform the insurer of an accident no later than 5 business days from the date of learning about the occurrence of an accident.

c.2.) Motorways Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance (commonly known as Traffic Insurance, ZMSS): It must be taken out and renewed by each vehicle owner annually. Traffic Insurance is an insurance providing coverage for bodily and material damages inflicted on the counterparty. It only covers material damages, excluding damages for mental anguish. If damages relate to material damages, repair (spare parts and labor) costs are included in the damages. If there are any bodily injuries, the insurance cover includes the costs for first aid examination and control or treatment at outpatient or inpatient clinics or hospitals or other similar places as well any other treatment related costs. Damages in case of accidents resulting in death comprise burial costs and damages for the deprivation of support for relevant persons.

c.3.) Overland Passenger Transport Compulsory Individual Seat Insurance: It is a compulsory type of insurance product prescribed by KTK in connection with indemnification of damages incurred by passengers and even drivers and their assistants due to an accident occurring during passenger transport. In light of these overall assessments, persons suffering

c.4.) İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası (İMSS); Motorlu araç işleteninin aracın işletilmesinden dolayı KTK ve genel hükümlere göre oluşan ve ZMSS hadleri dışında kalan hukuki sorumluluğunu sigorta poliçesinde yazılı azami hadlere kadar sigorta güvencesi altına alan bir sigorta sözleşmesidir. Bu sigorta, ZMSS'nin güvencesini yeterli bulmayan işletenler tarafından ek olarak yapılmaktadır.

KAZA NETİCESİNDE ARAÇ DEĞER KAYBI VE KAZANÇ KAYBI ZARARLARININ TAZMİNİ

Trafik kazası neticesinde, kazada kusuru bulunan taraf, karşı tarafın aracında meydana gelen değer ve ticari değer kaybını tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi, karşı tarafın kazanç kaybını da tazmin etmekle yükümlüdür.

Değer Kaybı, Zorunlu Trafik Sigortası Kapsamı Dahilinde Kabul Edilmektedir

KTK'nın 91. maddesine göre düzenlenmiş bir ZMSS Poliçesi ile sigortacı, araç işleteninin 85. maddedeki kusursuz sorumluluğuna müteselsilen (tüm borca sorumlu olarak) ortak olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay kararlarında, sigortanın karşı tarafın aracındaki değer kaybını da karşılaması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla her hangi bir trafik kazasında, kazada kusurlu olan taraf karşı tarafın aracında meydana gelen değer kaybından sorumlu olduğu gibi, KTK'daki düzenleme ve Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre, bu halde trafik sigortacısı da, sadece üçüncü kişinin (karşı tarafın) aracında meydana gelen hasar bedelinden değil, "doğrudan zarar" kabul edilen değer kaybından da sorumlu olmaktadır.

Kazanç Kaybı, Zorunlu Trafik Sigortası Kapsamı Dahilinde Kabul Edilmemektedir

Karayolları Motorlu Araçlar ZMSS Genel Şartları'nda Teminat Dışında Kalan Haller başlığı altında A.3.1.m hükmü gereğince dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri kapsam dışında kalmaktadır. Bu nedenle kaza halinde, karşı tarafın kazanç kaybı trafik sigortası kapsamına dahil değildir.

ÖNERİMİZ

Sonuç olarak; özellikle doğacak zararlar nedeniyle ödenecek tazminatların sigorta teminatı kapsamına alınmasında, İMMS poliçesinin manevi tazminat taleplerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi, ticari işletmelerde oluşabilecek iş kazalarının sonucu olarak işletmenin hukuki sorumluluğu gereğince işletmeye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Yasası'na tabi çalışanlar veya hak sahipleri tarafından işveren istenebilecek tazminat taleplerini kapsama alan işveren mali mesuliyet poliçelerine, çalışanların işverence sağlanan bir taşıtta göreve gönderilmesi esnasında başına gelebilecek olayların da teminat olarak eklenmesi, kaza sonrası oluşabilecek zararların karşılanabilmesi bakımından teminat limitlerinin yeterli olduğunun kontrol edilmesi, önleyici tedbirler olarak şirket çalışanlarına ileri sürüş teknikleri eğitimi verilmesi, araç verilen çalışanların eğitime tabi tutulması, araç zimmet ve kullanım talimatlarının imzalatılması gibi hususlara dikkat edilmesinin, risklerin azaltılması ve oluşacak zararların tazmini hususunda önem arz ettiği kanaatindeyiz.

damages to their vehicles or direct personal injuries or disabilities as a result of a traffic accident and inheritors whose relatives are killed in traffic accidents are entitled to apply to the compulsory traffic insurers, claiming indemnity for material damages and bodily injuries.

c.4.) Discretionary Financial Liability Insurance (IMSS):

It is an insurance contract providing insurance coverage up to the maximum limits specified in the insurance policy, such as the civil liability of the motor vehicle operator occurring due to the vehicle operation as per KTK and the general provisions, which remains outside ZMSS limits. This insurance is additionally taken out by such operations not finding ZMSS coverage as adequate.

INDEMNITY OF VEHICLE VALUE LOSS AND INCOME LOSS AS A RESULT OF AN ACCIDENT

As a result of an accident, the party found faulty in the accident is obligated to indemnify the counterparty for not only the value and commercial value losses incurred by the latter's vehicle but also the counterparty's loss of income.

Value Loss Recognized Under the Compulsory Traffic Insurance

Under a ZMSS policy issued as per Article 91 of KTK, the insurer becomes a party to the vehicle operator's absolute liability severally (having liability for any obligations). Therefore, Supreme Court of Appeals decisions note that insurance must also cover value loss on the counterparty's vehicle. Therefore, the faulty party in the accident is liable for value loss incurred by the counterparty's vehicle; also, according to the regulation in KTK and the finalized decision of the Supreme Court of Appeals, given this, the traffic insurer is liable for not only the sum of damages incurred by a third person's vehicle but also the value loss considered as "direct damages".

Income Loss Not Recognized Under Compulsory Traffic Insurance

Claims for damages which may be made due to indirect damages as per the provision of A.3.1 under the title, Instances Excluded from Coverage under Highways Motor Vehicles ZMSS General Conditions are excluded. Therefore, in case of an accident, the value loss of the counterparty is not included in the traffic insurance coverage.

OUR RECOMMENDATION

In conclusion, we are of the opinion that the following requirements are particularly important to mitigate risks and ensure indemnification of damages to be incurred: issue of IMMS policy in a manner to include claims for intangible damages for inclusion of damages to be paid due to losses to be incurred in particular in insurance coverage scope; employer financial liability policies including claims for damages which may be made by employees or right holders subordinate to employers under a service contract and subject to the Social Insurance Law as per business civil liability as a result of labor accidents that may take place in commercial operations; inclusion in coverage of incidents which may be experienced by employees in a vehicle provided by an employer during dispatch to assignment; control that coverage limits are adequate so that they may meet damages likely to occur after an accident; provision of advanced driving techniques training to company employees, who are provided with vehicles, as preventive measures; ensuring that vehicle delivery and driving instructions are signed by relevant persons.

YABANCILARIN TÜRKİYE'DE GAYRİMENKUL ALIMI

AV. NİL TOMUL
ntomul@egemenoglu.av.tr

Yabancı gerçek veya tüzel kişilerin yahut Türkiye'de kurulmuş yabancı sermayeli şirketlerin Türkiye'de taşınmaz iktisabını düzenleyen kanunlarda yapılan değişiklikler neticesinde, yabancı gerçek veya tüzel kişilerin ya da Türkiye'de kurulmuş yabancı sermayeli tüzel kişilerin taşınmaz elde etmeleri etmeleri kolaylaştırılmış ve bu suretle, bünyesinde yabancılık unsuru ihtiva eden gayrimenkul alım - satımları daha cazip hale getirilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak, yabancılık unsurunu taşıyan anılan hukuki ilişkilerde, gayrimenkul hukukuna ve diğer teknik hukuki meselelere ilişkin olarak sağlanacak donanımlı hukuki hizmet de aynı derece ve nitelikte önem kazanmıştır. Zira, modern hukukumuzda hakların etkin bir şekilde korunmasının dışında, söz konusu etkin hukuki korumanın usul ekonomisine de uygun olması diğer bir deyişle en güvenilir en ucuz ve en hızlı şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Bu bağlamda yabancılık unsuru ihtiva eden gayrimenkul alım satımlarına, genel hatlarıyla ve bir ön fikir oluşturmak amacıyla değinecek olursak:

Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinimini düzenleyen Tapu Kanunu'nun 35. maddesine göre, "kanuni sınırlamalara uymak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler." Dolayısıyla Türkiye'den gayrimenkul satın almak isteyen yabancı uyruklu gerçek kişilerin, vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasındaki ikili ilişki, hukuki ve fiili durum esas alınarak, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi ve Bakanlar Kurulu'nun uygun görmesi sonucunda yabancı gerçek kişiler Türkiye'de gayrimenkul alabileceklerdir.

Anılan Kanun, Yabancı Ülkelerde İlgili Ülke Mevzuatına Göre Kurulmuş Tüzel Kişiliğe Sahip Yabancı Uyruklu Ticaret Şirketlerinin de taşınmaz edinimini düzenleme altına almıştır. Söz konusu 35. maddenin ilgili hükmünün metni şu şekildedir:

"Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler."

Bu düzenleme çerçevesinde, yabancı ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre kurulmuş tüzel kişiliğe sahip yabancı uyruklu şirketler kural olarak Türkiye'de taşınmaz edinemezler. Ancak, istisnai olarak bu şirketlerin ticaret şirketleri olması ve özel kanun hükümleri çerçevesinde ilgili bakanlıktan izin alınması durumunda bu şirketler taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler.

İlgili özel kanunlar şunlardır:

- 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nun 8/E maddesine göre, Türkiye'de turizm amaçlı yatırım yapmak isteyen yabancı uyruklu tüzel kişiler, Bakanlar Kurulu kararı ile, karşılıklılık koşulu aranmaksızın ve yabancılar için getirilen kanuni kısıtlamalara tabi tutulmaksızın "Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerindeki gayrimenkulleri edinebilirler.
- 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 12/2 maddesi uyarınca yabancı uyruklu tüzel kişiler, Bakanlar Kurulu kararı ile, faaliyet konusu ile sınırlı olarak gayrimenkul edinebilirler.

FOREIGN ACQUISITION OF REAL ESTATE IN TURKEY

NİL TOMUL, ASSOCIATE
ntomul@egemenoglu.av.tr

As a result of the amendments to the laws governing real estate acquisition in Turkey by foreign natural persons or legal entities or foreign capital companies set up in Turkey, it is now easier for foreign natural persons or legal entities or foreign capital companies set up in Turkey to acquire immovable property locally and thus, such real estate trading inherently containing elements of foreignness has been rendered more attractive. As a natural result thereof, expert legal services to be provided in connection with real estate law and other technical issues over such legal relationships containing the element of foreignness have become important to the same extent and nature. This is because, in addition to effective protection of rights in our modern law, it is aimed at ensuring that such effective protection meets procedural economy, namely, is achieved in the most reliable, cheapest and fastest manner.

In this context, a review of real estate trading containing the element of foreignness is provided below in a general outline to provide readers with an overall idea thereof.

According to Article 35 of Title Deeds Law regulating foreign acquisition of immovable property in Turkey, "foreign national natural persons who are citizens of countries identified by the Cabinet may acquire immovable property and limited rights in kind in Turkey in view of international bilateral relations in cases so required by national interests subject to compliance to statutory limitations". Therefore, foreign natural persons may acquire real estate in Turkey upon satisfaction of the conditions contained in the law and approval by the Cabinet by taking as a basis bilateral relations, legal and actual conditions

between the country of which foreign nationals intending to buy real estate in Turkey are citizens and Turkey.

The said law also regulates the acquisition of immovable property by Foreign National Trading Companies having a Legal Entity Incorporated In Foreign Countries As Per Relevant Country's Legislation. The text of the relevant provision of Article 35 in question reads as follows:

"Foreign National Trading Companies having a Legal Entity Incorporated In Foreign Countries As Per Relevant Country's Legislation may only acquire immovable property and limited rights in kind on immovable property subject to particular law provisions."

Subject to this regulation, Foreign National Companies having a Legal Entity Incorporated In Foreign Countries As Per Relevant Country's Legislation may not acquire immovable property in Turkey as a rule. However, in cases where such companies are trading companies and obtain authorization from the relevant ministry subject to particular law provisions, such companies may exceptionally acquire immovable property and limited rights in kind on immovable property.

Relevant particular laws are as follows:

- According to Article 8/E of Tourism Promotion Law No. 2634, Foreign National Legal Entities may acquire real estate in "cultural and tourism protection and development regions and tourism centers" upon Cabinet decree without requiring reciprocity condition and not subject to statutory limitations imposed on foreigners.

• 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu'nun 3/A maddesi uyarınca yabancı uyruklu tüzel kişiler, Sanayi Ve Ticaret Bakanlığının ve Çevre ve Orman Bakanlığının kararı ile, faaliyet konusu ile sınırlı olarak endüstri bölgelerinde gayrimenkul edinebilirler.

Türkiye'de taşınmaz edinimi ile ilgili olarak yabancı şirketin uyruğu bir önem teşkil etmemektedir. Herhangi bir ülke vatandaşı olan gerçek kişilere taşınmaz edinimi yasaklanmış olsa bile, o ülke kanunlarına göre kurulan ticari bir şirket gerekli şartları sağladıktan sonra Türkiye'de taşınmaz edinebilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; yabancı ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre kurulmuş tüzel kişiliğe sahip yabancı uyruklu ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde, Tapu Kanunu'nun 35inci maddesinde yer alan kayıt ve sınırlamaların uygulanamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Ülke menfaatinin gerektirdiği durumlarda ise, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz ve sınırlı hak edinimleri, ülke, coğrafi bölge, süre, sayı, oran tür, nitelik, miktar olarak Bakanlar Kurulu tarafından belirlenebileceği, sınırlandırılabilirliği, kısmen veya tamamen durdurulabileceği yahut yasaklanabileceği anılan madde ile düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra, 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun 36ıncı maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların %50 veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye'de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere, ilgili yerlere gerekli başvuruları yaparak, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinebileceklerdir. Anılan şirketlerin, Türkiye'de kurulu bir başka şirketteki nihai ortaklık oranının %50 veya daha fazla olması halinde; yabancı yatırımcıların, taşınmaz maliki yerli sermayeli şirketlerin hisselerinin %50 veya daha fazlasını doğrudan veya dolaylı olarak

iktisap edinmesi ve taşınmaz maliki mevcut yabancı sermayeli şirketlerde yabancı yatırımcıların ortaklık oranının hisse devri sonucunda %50 veya daha fazlasına ulaşması durumunda da aynı esaslar geçerli olacaktır.

Bu sayılan şirketler dışında kalan yabancı sermayeli şirketler ise, yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak iktisap edebilecek ve kullanabileceklerdir.

Bu bağlamda, her ne kadar yabancılik unsuru ihtiva eden alım satımlarda, kanunun yanlış anlaşılması ve uygulanması sebebi ile izin alınması sürecinde sorunlar yaşanmakta ise de; kanunun şart koştuğu koşulların yerine getirilmesi ile birlikte artık yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ve Türkiye'de kurulu yabancı sermayeli tüzel kişilerin taşınmaz edinmesi kolaylaştırılmıştır.

• Pursuant to Petroleum Law No. 6326, Foreign National Legal Entities may acquire real estate upon Cabinet decree subject to limitation to their trading fields.

• Pursuant to Article 3/A of Industrial Zones Law No. 4737, Foreign National Legal Entities may acquire real estate upon a decision of the Ministry of Industry and Trade and Ministry of Environment and Forestry subject to limitation to their trading fields.

Nationality of a foreign company is not important in connection with immovable property acquisition in Turkey. Although natural persons, who are citizens of any countries, are prohibited from acquiring immovable property, a trading company incorporated as per the respective country's laws may acquire immovable property in Turkey after meeting the necessary conditions.

In addition, it must be noted that unenforceability is expressly stipulated of reservations and limitations on institution of immovable property pledges in Turkey as contained in Article 35 of the Title Deeds Law in favor of Foreign National Trading Companies having legal entity which are incorporated in foreign countries as per the relevant country's legislation.

The said article stipulates that in cases so required by national interests, acquisition by foreign national natural persons and legal entities of immovable property and limited rights may be determined, limited, partially or totally stopped or prohibited by the Cabinet in terms of countries, geographical regions, durations, numbers, ratios, types, nature and quantity.

In addition, following an amendment to Article 36 of Title Deeds Law No. 2644, companies incorporated in Turkey, which have a legal entity, in which foreign national natural persons, legal entities incorporated as per foreign countries' laws and international companies hold shareholding of 50% or more or are authorized to appoint or dismiss the majority of persons holding executive rights may acquire

immovable property ownership or limited rights in kind upon application to the relevant authorities to carry out their operating subjects stated in their Articles of Incorporation. The same principles also apply where foreign investors directly or indirectly acquire 50% or more of local incorporated companies holding immovable property and shareholding of foreign investors in existing foreign capital companies holding immovable property reaches 50% or more as a result of share transfers if the shareholding of the said companies in another company incorporated in Turkey is 50% or more.

Such foreign capital companies outside the companies listed above may acquire immovable property ownership and limited rights in kind subject to the provisions governing local incorporated companies.

Although problems are experienced in the authorization process due to misunderstanding and wrong implementation of laws over trading containing foreignness element, it is now easier for foreign natural persons and legal entities as well as foreign capital companies with a legal entity incorporated in Turkey to acquire immovable property in Turkey.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ TASFİYESİNDE ŞİRKET HİSSESİ VE GELİRLERİNİN PAYLAŞIMI

AV. SONGÜL USLU
suslu@egemenoglu.av.tr

“NEYİ VAR NEYİ YOK ELİNDEN ALACAĞIM” DÖNEMİ GERİDE KALDI!

01.01.2002 tarihinden önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Eski Türk Medeni Kanunu sürecinde eşler arasında mal ayrılığı rejimi uygulanmış; bunu sonucu olarak, evlilik birliği içerisinde edinilen tüm mal varlıklarını kendi adına kaydettiren erkek, evliliğin sona ermesiyle birlikte mal ayrılığı rejiminden yararlanarak tüm malvarlığı değerlerinin sahibi olmuş; çalışsın/çalışmasın kadınların emeği göz ardı edilmiş ve kadınlar haklarını alamadan davalar karara bağlanmıştı.

Bu mağduriyetin önlenmesi amacı ile 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu ile mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olmaktan çıkarılarak, yerine edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak benimsenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi ile eşlerin evlilik süresince verdikleri emek karşılığı edindiği mallarda eşit hak sahibi olması, eşlerin emeğinin sömürülmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

EVLİLİK SÜRESİNCE EDİNİLEN TÜM MALLARIN YARI YARIYA PAYLAŞILACAĞINA DAİR GENEL KANUNIN DOĞRULUK PAYI VAR MIDIR?

Doğruluk payı yoktur, evlilik süresince edinilen tüm malların yarı yarıya paylaşılması söz konusu değildir. 4721 sayılı kanunla birlikte yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde kişisel mallar tasfiye dışında tutulmuştur. Bununla birlikte evlilik süresince edinilen malların eşlerin dayanışması neticesinde elde edildiği fıkri ile eşlerden her biri veya mirasçıları, diğer eşin mal rejimi süresince edindiği edinilmiş mallara ait artık değerinin yarısını üzerinde hak sahibi olmuşlardır.

TASFİYE DE GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULAN DEĞERLER NELERDİR?

Mal rejimi tasfiyesinde, öncelikle kişisel mallar ve edinilmiş mallar ayrılır, sonrasında malların geri alınması ve karşılıklı borçlar, değer artış payı alacağı ve borcu, eşlerin paylarının hesaplanması, eklenecek değerler, kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme, artık değer olup olmadığının ve değerinin belirlenmesi, uzman bilirkişilerce değerlendirme anı itibarıyla araştırılıp tespit edilerek ayrıntılı ve bir hesaplama ile artık değere katılma, katılma alacağı ve değer artış payı hesaplanabilir ve belirlenebilir hale gelmektedir. Burada ki hak sahipliği aynı (para ile ödenmeyip mal ile ödenen) değil, nakdidir.

ŞİRKET HİSSELERİ VE GELİRLERİ NASIL PAYLAŞTIRILIR ?

4721 sayılı kanunla birlikte evlilik süresince mal rejimi tasfiyesi davaları oldukça teknik bir düzenleme ile evlilik mal birliğinin tasfiyesi olarak değil adeta bir ticaret şirket tasfiyesine benzer hale gelmiştir. Özellikle mal rejimi tasfiyesinde bir eşe ait şirket hissesinin veya bu şirketten elde edilen gelirin paylaşılması konusu tartışmalı hal almıştır.

4721 sayılı kanunla yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde uzun yıllar süren evliliklerin sona ermesi sırasında hangi malın hangi gruba ait olduğunun tespit edilmesi güçleşmiş, denkleştirmenin ve katılma alacağının hesaplanması içinden çıkılmaz hal almıştır. İzah edildiği üzere oldukça kapsamlı ve ayrıntılı bir hesaplama neticesinde mal rejimi tasfiyesi gerçekleştirilmekte ancak kanun uygulamasında birlik olmaması ve içtihatların yerleşmemiş olması yargılama sürecini uzatmakta, somut olay gerçekliğine uymayan,

DISTRIBUTION OF COMPANY SHARES AND REVENUES UPON LIQUIDATION UNDER REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED ASSETS

SONGÜL USLU, ASSOCIATE
suslu@egemenoglu.av.tr

THE INFAMOUS CLICHÉ, “I’LL STRIP YOU OF ALL OF YOUR BELONGINGS”, IS NOW A THING OF THE PAST!

An asset separation regime was applied between spouses in the process of the former Turkish Civil Code No. 743 which was in force before 01/01/2002; as a result, a male registering any assets acquired as part of the marriage union for his name was the sole owner of any assets upon termination of the marriage by using the asset separation regime, thus totally disregarding female labor whether the female spouse was employed, with lawsuits being concluded by not allowing females to acquire their rights.

For the purpose of preventing such grievances, the new Turkish Civil Code, which entered into force on January 1, 2002, discontinued the asset separation regime as a statutory asset regime and replaced it with a regime for the participation in acquired assets. The regime for participation in acquired assets pursues the objective of ensuring that spouses have equal rights on the assets acquired by their labor throughout the marriage and preventing exploitation of spouses’ labor.

IS THE GENERAL BELIEF THAT ANY ASSETS ACQUIRED THROUGHOUT MARRIAGE WILL BE SHARED EQUALLY TRUE?

No, it is not true; it is out of the question for any assets acquired throughout marriage to be shared equally. Under Law No. 4721, personal assets are excluded from liquidation as part of the liquidation under the regime of participation in assets, which is recognized as a statutory assets regime. However, one of the spouses or their inheritors have acquired rights to half of the surplus value of assets acquired throughout the other spouse’s assets regime based on the belief that assets acquired throughout the marriage have been acquired as a result of spouses’ solidarity.

WHAT ARE THE VALUES CONSIDERED IN LIQUIDATION?

In the assets regime liquidation, personal assets and acquired assets are first separated; then, recovery of assets and mutual debts, value increase share claims and debt, calculation of spouses’ shares, values to be added, offsetting between personal assets and acquired assets and determination of whether there is surplus value and the value thereof are investigated and determined at the time of assessment by testimonial experts and participation in the surplus value, participation claims and value increase share may be rendered calculable and determinable through detailed calculation. Right ownership thereof is in cash, not in kind (payable by assets not in funds).

HOW ARE COMPANY SHARES AND REVENUES SHARED?

Under Law No. 4721, lawsuits for the liquidation of regime of assets throughout marriage have almost been turned into a condition similar to liquidation of a trading company rather than liquidation of a marriage asset union. The issue of distribution of company shares held by one spouse or income obtained from such a company has been controversial in asset regime liquidation in particular.

Under Law No. 4721, it has become difficult to determine which assets belong to which asset groups during the termination of marriages continuing for many years in liquidation of regime of participation in acquired assets recognized as the statutory assets regime and calculation of offsetting and participation claims has become quite complicated. As explained, asset regime liquidation realizes as a result of very comprehensive and detailed calculation, but the lack of unity in law implementation and case laws not yet being established prolong the trial process, leading to conflicting court decisions not meeting concrete case reality.

çelişkili mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

MAL REJİMİ TASFİYESİNE TÜM MAL VARLIĞI DAHİL MİDİR ? KİŞİSEL MAL- EDİNİLMİŞ MAL NEDİR ?

Mal rejimi tasfiyesinde şirket hisselerinin tasfiyeye dahil olup olmadığının tespiti ve bu tespit açısından da şirket hisselerinin kişisel mal-edinilmiş mal ayırımının yapılması önem arz etmektedir. Medeni Kanun ile edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresince eşlerden her birinin karşılığını vererek edindikleri mallar “edinilmiş mal”, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan malvarlığı değerleri “kişisel mal” olarak kabul edilmiştir. Edinilmiş mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılacak mal grubu edinilmiş mallardır.

ŞİRKETİNİZ ELİNİZDEN ALINABİLİR Mİ?

01.01.2002 tarihinden önce olup olmadığına bakılmaksızın, evlilik öncesinde sahip olunan şirket hissesi eşin kişisel malıdır ve mal rejimi tasfiyesine tabii değildir. Evlilik içerisinde ve ancak 01.01.2002 tarihinden önce sahip olunan şirket hissesi de eşin kişisel malıdır ve mal rejimi tasfiyesine tabii değildir. Kişisel mal olan şirket hisselerinin değeri de yine kişisel malıdır ve mal rejimi tasfiyesine ve paylaşımına tabii değildir.

Evlilik süresi içerisinde ve 01.01.2002 tarihinden sonra şirket hissedarlığı söz konusu olduğunda ise karine olarak şirket hissesi edinilmiş mal olarak kabul edilmekte ve mal rejimi tasfiyesine dahil edilmektedir. İşbu durumda dahi şirket sermayesinin geldiği mal grubunun kişisel maldan mı edinilmiş maldan mı geldiğinin tespiti gerekmektedir. Zira sermayesi kişisel maldan geliyor ise şirket hissesi kişisel mal olacak ve mal rejimi tasfiyesi dışında kalacak iken, şirket hisselerinin sermayesi edinilmiş maldan karşılanmış ise şirket hissesi de edinilmiş mal olacak ve mal rejimi tasfiyesine dahil edilecektir.

ŞİRKET GELİRLERİ ÜZERİNDE DİĞER EŞİN TALEP HAKKI VAR MIDIR? ŞİRKET HİSSESİNE DÜŞEN KÂR PAYININ DURUMU NEDİR ?

Kişisel mal olan şirket hisselerinin mal rejiminin başlangıcı ile sona erdiği tarihler arasındaki geliri ve kâr payı, edinilmiş maldır ve mal rejimi tasfiyesine

dahil edilmektedir. Ancak yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere şirket hissesi kişisel mal olmaya devam etmekte ve ancak şirket hisselerine düşen gelir ve kâr payı edinilmiş mal kabul edilip mal rejimi tasfiyesine dahil edilmekte ve paylaşılmaktadır.

İşbu noktada kâr payı dağıtıp dağıtılmadığı ve dağıtılmış ise hangi dönem ne kadar kâr payı aldığı, dağıtılmamış ise şirket sermayesine ayın (para dışındaki kıymetli şeyler) olarak eklenip eklenmediğinin araştırılması, bu hususların ehil ve uzman mali bilirkişi tarafından tespiti ve hesaplanması elzem hale gelmiştir.

Kâr payı dağıtılmış ise dağıtılan kar payı payının paylaşılmasında kâr payının nereye aktarıldığı da önem arz etmektedir. Dağıtılan kar payı ile yatırım yapılmış, mal alınmış ise alınan maldan edinilmiş mal olarak kabul edilmekte ve mal rejimi tasfiyesine dahil edilmekte ve paylaşılmaktadır. Bununla birlikte kişisel mal olan şirket hissesi kâr payı ile yatırım yapılmamış, mal edinilmeksizin harcanmış ve kâr payı tükenmiş ise mal rejimi tasfiyesi dışında tutulacaktır.

Zira edinilmiş maldan bahsedebilmek için kural olarak o malın mülkiyetinin eşlerden birinde olması gerekir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasında hesaba katılacak olan mallar ve değerler, eşlerin mal rejiminin sona ermesi anındaki mülkiyet durumlarına göre değerlendirilmektedir. Tükenen / harcanan kâr payı bedeli bu nedenle mal rejimi tasfiyesine dahil edilmeyecektir. Mal rejiminin sona ermesi anında, bir eşin mülkiyetinde bulunmayan mallar tasfiyede dikkate alınmayacaktır.

SONUÇ OLARAK belirtmek isterim ki;

Toplumda yerleşmiş olan tüm malların yarı yarıya paylaşılacağı ve diğer eşin malının elinden alınabileceğine ilişkin genel kanı hatalı olup, oldukça teknik ve uzmanlık gerektiren bir hesaplama neticesinde kişisel mal niteliğine sahip olmayan edinilmiş malların artık değeri talep ve dava edilebilmektedir.

ARE ANY ASSETS INCLUDED IN THE ASSET REGIME LIQUIDATION? WHAT ARE PERSONAL ASSETS AND ACQUIRED ASSETS?

In asset regime liquidation, it is important to determine if company shares are included in the liquidation and make a distinction between personal assets and acquired assets with respect to company shares in terms of such determination. Under the Civil Code, assets acquired by either spouse by giving a consideration for them as long as the regime for participation in acquired assets continues are recognized as “acquired assets”; asset values held by either spouse at the start of assets regime are considered “personal assets”. The asset group to be included in the calculation in liquidation of acquired assets regime is the acquired assets.

COULD ONE BE DEPRIVED OF THEIR COMPANY?

Company shares held before marriage is the spouse’s personal assets and are not subject to asset regime liquidation whether acquisition is before 01/01/2002. Company shares acquired during marriage but before 01/01/2002 are the spouse’s personal assets and not subject to asset regime liquidation. The value of company shares, which are personal assets, is again personal asset and not subject to asset regime liquidation and sharing.

In cases where there is company shareholding during marriage and after 01/01/2002, company shares are considered acquired assets as prima facie evidence / presumptively and included in the asset regime liquidation. In this case as well, whether the asset group from which company capital originates arises from personal assets or acquired assets must be determined. This is because, where capital originates from personal assets, company shares will be personal assets and excluded from the asset regime liquidation whereas company shares would be acquired assets and included in the asset regime liquidation if company shares were met through acquired assets.

IS OTHER SPOUSE ENTITLED TO CLAIMS OVER COMPANY INCOME? WHAT IS THE STATUS OF DIVIDENDS DUE FOR COMPANY SHARES?

Income and dividends of company shares, which

DISTRIBUTION OF COMPANY SHARES AND REVENUES UPON LIQUIDATION UNDER REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED ASSETS

are personal assets, between the start and end of the asset regime are acquired assets and included in asset regime liquidation. However, as it will be understood from the above explanations, company shares continue as personal assets and income and dividends due on company shares are considered acquired assets and are included in the asset regime liquidation and shared accordingly.

At this very point, it is highly important to investigate if any dividends have been distributed and if distributed, specific sums of dividends paid and relevant periods; if not, if dividends have been supplemented to company capital in kind (valuables other than money) and these facts must be determined and calculated by testimonial experts specialized in the field.

If dividends are distributed, the source to which dividends are transferred as part of sharing dividends distributed is also important. If distributed dividends are used in investment or for purchase of assets, such purchased assets are considered acquired assets and are included in the asset regime liquidation and shared accordingly. However, if investment is not made with company share dividends which are personal assets and is spent without asset acquisition and dividends depleted, they will be excluded from the asset regime liquidation.

This is because respective assets must be in either spouse’s ownership so that there may be a reference to acquired assets as a rule. Assets and valuables to be included in the calculation at the stage of liquidation of the regime for participation in acquired assets are treated according to their ownership statuses at the time of termination of the spouses’ asset regime. The sum of depleted/spent dividends shall not therefore be included in the asset regime liquidation. Assets not in either spouse’s ownership at the time of termination of the asset regime will not be considered in liquidation.

IN CONCLUSION, I would like to note that the general belief deeply rooted in the public that any assets would be shared equally and that the other spouse would be deprived of any assets is erroneous; claims may be made and legal proceedings instituted for surplus value of assets not having the quality of personal assets as a result of the calculation requiring highly technical and specialized determination.

egemenoglu

Bu hukuk bültenini basmamızın amacı Türkiye'deki hukuki gelişmelere dair okuyuculara bilgi vermektir. Hukuk bülteninin içindekiler herhangi bir özel husus veya hukuki konuya dair hukuki görüş veya danışmanlık vermek olarak yorumlanamaz. Hukuki görüş için mutlaka bir avukata başvurunuz. Bülten ile ilgili daha fazla bilgi için lütfen Şeniz Uluköklü ile irtibat geçiniz.

Our aim in publishing this newsletter is to inform the readers about the legal developments in Turkey. The contents of this newsletter can not be interpreted as providing legal opinion or legal consulting. Please consult a lawyer for legal opinion. For further information about this newsletter please contact Şeniz Uluköklü.

sulukoklu@egemenoglu.av.tr

TASARIM / DESIGN
Zeynep Yıldırım
www.zeynepyildirim.com

BASKI / PRINTING & BINDING
Ofset Yapımevi
Şair Sok. No:4. Çağlayan, Kağıthane, İstanbul
www.ofset.com

DAĞITIMCI / DISTRIBUTION
MNG Kargo Yurtiçi ve Yurtdışı Taşımacılık A.Ş.
Maslak Mah. Sümer Sk. Ayazağa Ticaret Merkezi No:3 Kat:5-6
Şişli-İstanbul Tel: 212 366 55 55

Levent Mahallesi. Altzeren Sokak. No:1
İstanbul / Türkiye

T: +90 444 16 34
F: +90 212 269 29 17

www.egemenoglu.com

egemenoglu