SAYI | ISSUE
15
OCAK | JANUARY 2025

HUKUK BÜLTENİ
NEWSLETTER

YAYIN SAHİBİ / OWNER
Egemenoğlu Hukuk Bürosu
Av. Yunus Egemenoğlu - Senior Partner

SORUMLU MÜDÜR / MANAGER IN CHARGE
Dilek Gürsan

EDİTÖR / EDITOR
Dilek Gürsan

YAYIN TÜRÜ / TYPE OF PUBLICATION
Yaygın Süreli / Broad Periodical

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU

HUKUK BÜLTENİ
NEWSLETTER

Türkçe/İngilizce hazırlanmıştır.
Prepared in Turkish/English.

Yılda bir kez yayımlanır.
Published annually.

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU

DEĞERLİ MÜVEKKİLLERİMİZ VE MESLEKTAŞLARIMIZ,

2024 yılının en güncel ve önemli hukuki gelişmelerini ele alan, titizlikle hazırladığımız **Newsletter'ımızın 15. sayısını** sizlerle paylaşmaktan büyük mutluluk duyuyorum. Bu sayı, **Egemenoğlu Hukuk Bürosu** için yeni bir dönemin başlangıcını temsil ediyor; geleceğe odaklanan yenilikçi bir vizyonla ilerlemeye devam ediyoruz. Büromuzun temellerinin atılmasında vizyonu ve liderliğiyle büyük katkılar sağlayan Yunus Egemenoğlu'na bu vesileyle en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu yıl, yalnızca başarılarımızı değil, aynı zamanda ekibimizin büyümesini de kutluyoruz. Aramıza katılan yeni avukatlarımız olmasının sevincini paylaşıyor ve yasal stajlarını tamamlayarak büromuza avukat olarak katılan meslektaşlarımızı da tebrik ediyorum. Bu sayıda, aramıza yeni katılan avukatlarımızın kaleme aldığı değerli makaleler de yer alıyor.

Egemenoğlu olarak, küresel ölçekte hukuk dünyasında anlamlı ve kalıcı bir iz bırakmaya kararlıyız. Makalelerimiz; **World Bank, Mondaq** ve **Legal500** gibi önde gelen uluslararası kuruluşların online platformlarda yayımlanarak, Türkiye sınırlarını aşarak Bermuda, İsviçre, Hindistan, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Yeni Zelanda gibi birçok ülkede geniş bir okuyucu kitlesine ulaşıyor. Özellikle, Mondaq platformunda yayımlanan makalelerimizin toplam **224.723 okuyucuya** ulaşması, uzmanlığımız ve bilgi birikimimize gösterilen ilgiyi net bir şekilde ortaya koyuyor.

İnovasyona ve geleceğe odaklanarak hazırladığımız bu yılki Newsletter'ımızda **Yapay Zekâ alanındaki gelişmeleri** dört farklı makale ile ele aldık. Yapay Zekâ, dünya genelinde endüstrileri dönüştürmeye devam ederken, biz de bu alandaki hukuki etkilerini derinlemesine incelemeye ve hızla değişen ve gelişen bu alanda siz değerli müvekkillerimize rehberlik etmeye kararlıyız.

Sizlerin destek ve güveniyle, geçmiş yıllarda olduğu gibi bu yıl da hukukun çeşitli alanlarında önemli başarılar elde etmenin gururunu yaşıyorum. Aileleriniz ve sevdiklerinizle birlikte sağlık, mutluluk ve huzur dolu yeni bir yıl geçirmenizi temenni ediyorum.

Egemen Egemenoglu
Yönetici Ortak Avukat

DEAR CLIENTS AND COLLEAGUES,

It is with great pleasure that I share with you the **15th edition of our Newsletter**, which carefully covers the most recent and significant legal developments of 2024. This issue marks the beginning of a new era for **Egemenoğlu Law Office**; we continue to progress with an innovative vision focused on the future. I would like to take this opportunity to express my heartfelt thanks to Yunus Egemenoğlu, whose vision and leadership played a major role in laying the foundation of our firm.

This year, we are not only celebrating our achievements but also the growth of our team. We are delighted to welcome new lawyers to our team and congratulate our colleagues who have successfully completed their legal internships and joined us as attorneys. This issue also features valuable articles written by our newly joined lawyers.

As Egemenoğlu, we are determined to leave a meaningful and lasting mark on the global legal world. Our articles have been published on online platforms of leading international organizations such as the **World Bank, Mondaq,** and **Legal500**, reaching a broad audience in countries like Bermuda, Switzerland, India, the United Kingdom, the United States, Canada, and New Zealand, expanding beyond the borders of Turkey. In particular, the total reach of our articles published on the Mondaq platform, with **224,723 readers**, clearly demonstrates the interest in our expertise and knowledge.

Focusing on innovation and the future, in this year's Newsletter, we have addressed **developments in the field of Artificial Intelligence** through four different articles. As Artificial Intelligence continues to transform industries worldwide, we are committed to thoroughly examining its legal implications and providing guidance to you, our valued clients, in this rapidly evolving field.

With your support and trust, I take pride in the significant achievements we have made in various areas of law this year, just as we have in the past. I wish you a new year filled with health, happiness, and peace, alongside your families and loved ones.

Egemen Egemenoglu
Managing Partner

İÇİNDEKİLER

KARŞILIKSIZ ÇEK ÜZERİNE BANKALARCA YAPILACAK "KARŞILIKSIZDIR" İŞLEMİNİN USULE UYGUN OLMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR VE BU ŞARTLAR YERİNE GETİRİLMEKSİZİN YAPILAN İŞLEMİN HUKUKİ SONUÇLARI
AHMET KÜÇÜKKAYAPALI — 8

SÖZLEŞMELER HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞME VE DEVRALMA (M&A) İŞLEMLERİ
BUSE ÖZDAMAR — 14

YAPAY ZEKA - BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA DİJİTAL DEVRİM
BUSE YONAT — 22

YAPAY ZEKA KULLANILARAK OLUŞTURULAN REKLAMLAR HAKKINDA REKLAM KURULU KARARLARI
ELVİN EGEMENOĞLU — 30

YAPAY ZEKÂ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU
ERVA ÇOLAK — 34

YAPAY ZEKANIN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİ
NAZLICAN AYDOĞDU — 46

ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIĞIN PAY SENEDİ BASTIRILMASINI TALEP ETME HAKKI
ALPER GÜNERİ — 54

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI
AVNİ GELİŞLİ — 60

ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ VE ETKİ PRENSİBİ
BUSE TAŞAR — 66

KAMU İHALE HUKUKU BAĞLAMINDA EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU
EFSUN TÜRKER HUY — 72

TTK M. 122 UYARINCA ACENTENİN DENKLEŞTİRME (PORTFÖY TAZMİNATI) TALEP ETME HAKKI
EGE GEÇER — 86

ÇALIŞANIN YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ
AYŞE NAZ DUMAN — 96

TABLE OF CONTENS

THE CONDITIONS REQUIRED FOR THE "DISHONORED/NON-SUFFICENT FUNDS (NSF)" ANNOTATION TO BE EXECUTED BY BANKS ON DISHONORED CHECKS TO BE PROCEDURALLY COMPLIANT AND THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE ANNOTATION EXECUTED WITHOUT FULFILLING THESE CONDITIONS
AHMET KÜÇÜKKAYAPALI — 9

MERGERS AND ACQUISITIONS (M&A) TRANSACTIONS İN TERMS OF CONTRACTS LAW
BUSE ÖZDAMAR — 15

ARTIFICIAL INTELLIGENCE – DIGITAL REVOLUTION IN MERGERS AND ACQUISITIONS
BUSE YONAT — 23

ADVERTISING BOARD DECISIONS ON ADVERTISEMENTS CREATED USING ARTIFICIAL INTELLIGENCE
ELVİN EGEMENOĞLU — 31

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PERSONAL DATA PROTECTION LAW
ERVA ÇOLAK — 35

THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
NAZLICAN AYDOĞDU — 47

THE RIGHT OF MINORITY SHAREHOLDERS TO REQUEST THE ISSUANCE OF SHARE CERTIFICATES IN JOINT STOCK COMPANIES
ALPER GÜNERİ — 55

INVALID DECISIONS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF A JOINT STOCK COMPANY
AVNİ GELİŞLİ — 61

ANNULMENT OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS IN JOINT STOCK COMPANIES AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS
BUSE TAŞAR — 67

THE OFFENSE OF RIGGING THE PERFORMANCE OF AN OBLIGATION IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT LAW
EFSUN TÜRKER HUY — 73

THE AGENT'S RIGHT TO CLAIM GOODWILL INDEMNITY (PORTFOLIO COMPENSATION) PURSUANT TO ARTICLE 122 OF THE TCC
EGE GEÇER — 87

SECONDARY PERFORMANCE OBLIGATIONS OF THE EMPLOYEE
AYŞE NAZ DUMAN — 97

İÇİNDEKİLER

ESNEK ÇALIŞMA MODELİ OLARAK UZAKTAN ÇALIŞMA VE İŞÇİLİK HAKLARINA ETKİSİ
BERİL KULDEMİR — 100

FREELANCE ÇALIŞMA
FAZİLET KARABACAKLAR — 112

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM
SİNEM NUR ÇETİNKAYA — 118

KONKORDATO SÜRECİNDE SÜREKLİ BORÇ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ
MUSTAFA MERİÇ ŞAHİN — 126

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/A MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ VE YENİ DEĞİŞİKLİK İLE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR
SABİT TURGUT — 132

FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA SÖZLEŞMESİNİN SAĞLADIĞI AVANTAJLAR VE BU AVANTAJLARIN UYGULAMASINDA YAŞANAN SORUNLAR
SİNEM AKAN - YEŞİM AYBAR — 140

TABLE OF CONTENS

REMOTE WORK AS A FLEXIBLE WORKING MODEL AND ITS IMPACT ON EMPLOYEE RIGHTS
BERİL KULDEMİR — 101

FREELANCE WORK
FAZİLET KARABACAKLAR — 113

ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR DISPUTES
SİNEM NUR ÇETİNKAYA — 119

TERMINATION OF PERPETUAL DEBT CONTRACTS DURING THE CONCORDAT PROCESS
MUSTAFA MERİÇ ŞAHİN — 127

ATTACHMENT OF RESIDENTIAL PROPERTIES PURSUANT TO ARTICLE 79/A OF THE ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW AND THE ISSUES ENCOUNTERED IN PRACTICE WITH THE NEW AMENDMENT
SABİT TURGUT — 133

ADVANTAGES OF FINANCIAL RESTRUCTURING AGREEMENT AND ISSUES İN THE IMPLEMENTATION OF THESE ADVANTAGES
SİNEM AKAN - YEŞİM AYBAR — 141



KARŞILIKSIZ ÇEK ÜZERİNE BANKALARCA YAPILACAK "KARŞILIKSIZDIR" İŞLEMİNİN USULE UYGUN OLMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR VE BU ŞARTLAR YERİNE GETİRİLMEKSİZİN YAPILAN İŞLEMİN HUKUKİ SONUÇLARI

AV. AHMET KÜÇÜKKAYAPALI
akucukkayapali@egemenoglu.av.tr

Ticaret hayatında ödeme aracı olarak sıkça kullanılan çek, taraflar arasındaki güveni sağlamakla birlikte, karşılıksız çıkması durumunda hem ticari hem de hukuki sonuçlar doğuran bir araçtır. Ekonomide yaşanan belirsizlik ve darboğaz, enflasyon oranlarındaki artış ve faiz oranlarının yükselmesi ekonomi biliminin bir kuralı olarak ticari faaliyetleri yavaşlatarak şirketlerin nakit akışlarını olumsuz olarak etkilemektedir. Nitekim Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından yayımlanan raporlar, karşılıksız çıkan çek sayısında önemli miktarda artış olduğunu açıkça göstermektedir. Rapora göre bankalara 2024 yılının Ocak-Eylül döneminde ibraz edilen 544 bin keşideciye ait 13 milyon adet çekin toplam tutarı 5.560 milyar TL olurken, toplam tutarı 123 milyar TL olan 22 bin keşideciye ait çek bankaya ibraz anında karşılıksız çıkmıştır. 2023 yılının bütününde bankalara ibraz anında karşılıksız çıkan çek adedi 146.886 olurken, bu sayı 2024'ün yalnızca ilk dokuz ayında 197.050'ye ulaşmıştır.[1] Bu sayının 2023 yılının ilk dokuz ayında 104.000 adet civarındayken 2024'ün aynı periyodunda neredeyse iki katına çıkmış olması ekonomik açıdan durumun vahametini açıkça göstermektedir.

Karşılıksız çek sayısında yaşanan artış adliyelerdeki hareketliliğin de artmasına neden olmaktadır. Alacağının tahsili maksadıyla kambiyo senedine özgü takip yoluyla icra takibine geçen alacaklılar, tahsil kabiliyetini artırabilmek ve borçluları ödemeye zorlamak maksadıyla 5941 sayılı Çek Kanunu ("Kanun") kapsamında karşılıksız çek keşide etme suçu için başvuruda bulunmaktadırlar. Zira Kanun'un 5. maddesi *"Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak 'karşılıksızdır' işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır."* hükmünü haizdir. Bu doğrultuda bankaya ibraz anında keşide ettiği çekin karşılığını hesapta bulundurmayan keşideci, en az çekin karşılıksız çıkan kısmı kadar adli para cezasıyla cezalandırılmakta, ayrıca çek düzenleme ve çek hesabı açmaktan yasaklanmaktadır. Çekin tüzel kişi tarafından tanzim edilmiş olması halinde bu cezalar, keşideci tüzel kişinin yönetim organı ve temsil yetkilileri hakkında uygulanmaktadır.

Bu durumda çekten doğan borcu bâki olan çek keşidecisinin borcu adli para cezasının da eklenmesiyle katlanmaktadır. Aynı maddenin 11. fıkrasında ise adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu cezanın, kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla hem borcu katlanan hem de hapis cezası riskiyle karşı karşıya kalan borçlular, adli para cezasının kaldırılması için alacaklıya olan borcunu ödemek zorunda kalmaktadırlar. Bu yöntem gerçekten

THE CONDITIONS REQUIRED FOR THE "DISHONORED/ NON-SUFFICENT FUNDS (NSF)" ANNOTATION TO BE EXECUTED BY BANKS ON DISHONORED CHECKS TO BE PROCEDURALLY COMPLIANT AND THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE ANNOTATION EXECUTED WITHOUT FULFILLING THESE CONDITIONS

The check, which is frequently used as a means of payment in commercial life, is a tool that not only provides trust between the parties but also has both commercial and legal consequences if it is returned unpaid or dishonored. The uncertainty and bottleneck in the economy, the increase in inflation rates and the rise in interest rates, as a rule of economic science, impede commercial activities and negatively affect the cash flow of companies. As a matter of fact, reports published by the Risk Center of the Banks Association of Turkey clearly show that there has been a significant increase in the number of dishonored checks. According to the report, while the total amount of 13 million checks belonging to 544 thousand issuers submitted to banks in the January-September period of 2024 was 5.560 billion TL, checks belonging to 22 thousand issuers with a total amount of 123 billion TL were dishonored at the time of submission to the bank. While 146,886 checks were dishonored upon presentation to banks in 2023, this number reached 197,050 only in the first nine months of 2024.[1] The fact that this number, which was around 104,000 in the first nine months of 2023, almost doubled in the same period of 2024, clearly shows the gravity of the situation in economic terms.

The increase in the number of dishonored checks also leads to increased activity in courthouses. In order to increase the collectability and compel debtors to pay, creditors who initiate enforcement proceedings through bill of exchange-specific procedures to recover their receivables file complaints for the offense of issuing dishonored checks under the Check Law No. 5941 ("Law"). Article 5 of the Law provides that *"A judicial fine equivalent to up to one thousand five hundred days shall be imposed on a person who, upon the complaint of the bearer, causes a 'dishonored' transaction to be made in relation to a check when it is presented within the legal submission period based on the date of issue indicated on it. However, the judicial fine imposed shall not be less than the dishonored portion of the check. The court shall also rule on a ban on issuing checks and opening checking accounts, and if such a ban already exists, on its continuation. During the proceedings, the court shall ex officio impose a ban on issuing checks and opening checking accounts as a protective measure. This ban shall apply to natural or legal persons holding checking accounts, individuals who issue checks on behalf of such legal persons, and, if the dishonored check is issued on behalf of a capital company, to the management body and company officials registered in the trade registry."* Accordingly, the drawer who fails to maintain sufficient funds in the account to cover the check at the time of its submission to the bank is subject to a judicial fine equal to at least the dishonored amount of the check, and shall also be prohibited from issuing checks and opening checking accounts. If the check is drawn by a legal entity, these penalties shall be imposed on the management body and authorized representatives of the drawer's legal entity.

In this case, the debt of the drawer of the check, whose obligation arising from the check remains unpaid, is increased by the judicial fine. Paragraph 11 of the same article stipulates that if the judicial fine is not paid, the fine shall be converted into imprisonment without the imposition of a decision to work in public service. Therefore, debtors, whose

de tahsilatı hızlandırmaktaysa da hukuken usulî işlemlerin gereği gibi yapılmaması ceza kararlarının önüne geçebilmekte ve tahsilat süresini çok uzatabileceği gibi tahsilatın hiç yapılamamasına da sebep olabilmektedir.

Kanun, bankalarca yapılacak "karşılıksızdır" işleminin usulünü açıkça belirlemiştir. Kanun'da yer alan 3/4. madde *"Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz." hükmünü haizdir. Kanun gerekçesinde buna ilişkin olarak "Dördüncü fıkrada çekle ilgili olarak karşılıksızdır işleminin ne suretle yapılacağı belirlenmiştir... Karşılıksızdır işlemi, çekin arka yüzüne, tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, ibraz eden gerçek kişinin ad ve soyadı yazılmak ve ayrıca bu bilgilerin altının banka yetkilisi ile ibraz eden gerçek kişi tarafından imzalanması suretiyle yapılır."* ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun'da düzenlenen çekin karşılıksız çıkmasına sebebiyet verme suçunun maddi unsurları suça konu çekin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda çek için öngörülen unsurları taşıması, çekin yetkili hamil tarafından kanuni ibraz süresi içerisinde bankaya ibraz edilmiş olması ve Kanun'da yazılı usule uygun şekilde ibraz edilen çek üzerine banka tarafından usule uygun bir "karşılıksızdır" işleminin yapılmış olmasıdır.[2] O halde bu unsurlardan birinin eksik olması halinde çek karşılığını banka hesabında bulundurmayan keşidecinin cezalandırılmaması muhtemeldir. Nitekim "karşılıksızdır" işleminin yargılama aşamasında usule uygun olmayan şekilde yapıldığının ortaya çıkması halinde mahkemece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-a maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi[3] ya da 223/8. Maddesi uyarınca düşme kararı verilmesi[4] gerekmektedir. Karşılıksızlık işleminin usulüne uygun yapılmaması, alacaklının başvuru hakkını da olumsuz etkileyebilecektir.

Bu nedenle çekin, yetkili hamili tarafından bankaya ibraz anında karşılığının bulunmaması halinde "karşılıksızdır" işleminin Kanun'da yazılı hususlara dikkat edilerek gerçekleştirilmesi, banka personelinin bilerek ya da bilmeyerek yanlış ya da eksik bir işlem yapmasının önüne geçilmesi oldukça önem arz etmektedir. Kanun uyarınca "karşılıksızdır" işlemi yapılırken aşağıda belirtilen hususlar yerine getirilmelidir:

- Çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih yazılmalıdır.
- Hesap durumu belirtilmelidir.
- Bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar yazılmalıdır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilmelidir.
- İbraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmalıdır.
- Çeki ibraz eden gerçek kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmelidir.
- Çeki ibraz eden kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmalıdır.

Bu noktada uygulamada sıkça karşılaşılan ve en yaygın yapılan hatayı belirtmekte fayda bulunmaktadır. Diğer unsurlar yerine getirilse dahi uygulamada sıkça çeki ibraz eden gerçek kişinin adı-soyadının yazılması atlanmakta, çeki ibraz eden kişi tüzel kişi adına işlem yapıyorsa bu husus belirtilmemekte ve banka yetkilisi imzalasa dahi çeki ibraz eden kişinin imzası alınmamaktadır. Ancak kanunun lafzından açıkça anlaşılmaktadır ki bu hususlardan yalnızca birinin dahi eksik olması sanıkların beraat ya da düşme kararıyla adeta ödüllendirilmesine yol açabilecektir. Bu sebeple tüm bu hususların her bir "karşılıksızdır" işlemi anında dikkatle takip ve kontrol edilmesi son derece önem arz etmektedir.

obligations are increased and who are at risk of imprisonment, are compelled to pay their debt to the creditor in order to clear the judicial fine. Although this method does indeed accelerate collection, failure to follow the proper procedures may prevent the imposition of penalties and significantly prolong the collection process, or may result in no collection being made at all.

The Law clearly defines the procedure for "dishonored" annotation to be executed by banks. Article 3/4 of the Law reads as follows: *"If the bearer makes a request, the 'dishonored' transaction shall be processed by recording on the reverse side of the check the date it was presented to the bank for collection, the account status, the amount paid by the bank within the framework of its obligation, and the name and surname of the individual presenting it. If the amount is collected by this individual on behalf of a legal entity, this fact must be recorded and signed by both the individual and the bank official. The outstanding amount, after deducting the amount paid by the bank, must be clearly indicated. If the bearer declines to sign, the 'dishonored' transaction shall not be executed." The preamble of the Law states that "The fourth paragraph determines how the 'dishonored' transaction shall be carried out in relation to the check. The 'dishonored' transaction shall be carried out by recording on the reverse side of the check the date of presentation to the bank for collection, the account status, the name and surname of the individual presenting it, and also by signing under this information by both the bank official and the individual presenting it."*

The essential elements of the offense of causing a check to be dishonored are that the check complies with the requirements set forth in the Turkish Commercial Code No. 6102, that the check is presented to the bank by lawful holder within the legal submission period, and that the bank has properly processed the "dishonor" transaction in accordance with the procedure stipulated in the Law.[2] Therefore, if any of these elements is missing, it is possible that the drawer who fails to maintain sufficient funds in the account to cover the check will not be penalized. If it is determined that the "dishonored" transaction was carried out improperly during the trial phase, the court must issue an acquittal pursuant to Article 223/2-a of the Criminal Procedure Law No. 5271[3] or dismiss the case pursuant to Article 223/8[4]. Failure to follow the proper dishonor procedure may also adversely affect the creditor's right of recourse.

For this reason, it is very important to carry out the "dishonored" transaction by paying attention to the matters stipulated in the Law, and to prevent the bank personnel from committing an improper or incomplete transaction, either intentionally or unintentionally. Pursuant to the Law, the following points must be met during the "dishonored" process:

- The date of presentation to the bank for collection must be written on the back of the check.
- The account status must be indicated.
- The amount paid by the bank in accordance with its obligation must be recorded. After deducting the amount paid by the bank, the remaining uncovered amount must be clearly indicated.
- The name and surname of the individual presenting the check must be written.
- If the individual presenting the check collects the amount on behalf of a legal entity, this fact must be stated.
- The check must be signed by the individual presenting it and the bank official.

At this point, it would be useful to highlight the most common mistake frequently encountered in practice. Even if the other elements are met, in practice, the name and surname of the individual presenting the check are often omitted. If the individual presenting the check acts on behalf of a legal entity, this fact is often omitted, and the signature of the individual presenting the check

"Karşılıksızdır" işlemi kadar dikkat edilmesi gereken başkaca hususlar da bulunmaktadır. Çekle ilgili "karşılıksızdır" işleminin yapılmasına sebebiyet verme suçu şikayete tâbi bir suçtur. Bu nedenle alacaklının şikayeti olmaksızın suçu işleyen kişi hakkında re'sen dava açılamayacaktır. Bu suçun şikayeti için hak düşürücü süre, çek üzerinde yapılan "karşılıksızdır" işlemi tarihinden itibaren 3 ay ve her halükarda fiilin işlenmesinden itibaren 1 yıl olarak belirlenmiştir. Bu süreler mahkemelerce talep olmasa dahi re'sen dikkate alınır. Buna ilaveten şikayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ve devredilmesi mümkün olmadığından, şikayet hakkı bu suçun işlendiği anda mağdur konumundaki çeki ödeme için bankaya ibraz eden yetkili hamile aittir ve yetkili hamil olmayan cirantaların şikayet hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca bu suç için görevli mahkeme icra ceza mahkemesi olarak, yetkili mahkeme ise çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu ya da hesap sahibinin yahut şikayetçinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi olarak belirtilmektedir.

Neticeten, banka tarafından çekin ibrazında karşılığının bulunmadığı durumlarda "karşılıksızdır" işlemi yapılırken banka personelinin söz konusu işlemi yaparken Kanun'da belirtilen şartları eksiksiz olarak yerine getirmesinin sağlanması, şikayete tâbi bir suç olduğu için çekin karşılıksız çıkmasına sebebiyet verme suçu için öngörülen hak düşürücü sürelere riayet edilmesi ve bu şikayetin çekin yetkili hamili tarafından yapılması kritik öneme sahiptir. Aksi takdirde sanık için ceza kararı çıkmayabilecek, dolayısıyla borçlu yan ödemeye zorlanamayacaktır.

1. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Çek Bilgileri Eylül 2024 Raporu (https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikiraporlar/ekler/4473/Cek_Bilgileri_-_Eylul_2024.pdf https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikiraporlar/ekler/4472/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Eylul_2024.pdf)

2. Yargıtay 19. CD 5.11.2018 T. 2018/6510 E. 2018/11325 K. – 10.3.2021 T. 2021/3107 E. 2021/2771 K.

3. Yargıtay 19. CD 27.1.2020 T. 2019/35817 E. 2020/415 K.

4. İstanbul Anadolu 7. İcra Ceza Mahkemesi 13.4.2018 T. 2018/103 E. 2018/181 K. (Üst mahkeme incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiştir.)

is not obtained, even if the bank official signs it. However, it is clear from the wording of the law that the omission of even one of these elements may result in the defendants being granted acquittal or dismissal. For this reason, it is crucial that all these issues are carefully monitored and controlled during each "dishonored" transaction.

There are other issues that need to be taken into consideration as equally important as the "dishonored" transaction. The offense of causing a "dishonored" transaction related to a check is a complaint-based crime. For this reason, the person who commits the offense cannot be prosecuted ex officio unless the creditor files a complaint. The limitation period for filing a complaint regarding this offense is 3 months from the date of the "dishonored" transaction and, in any case, 1 year from the commission of the act. These periods are considered by the courts even without a request. Since the right to file a complaint is a personal and non-transferable right, the right to file a complaint belongs to the lawful holder who presents the check to the bank for payment and who is the victim at the time the offense occurs. Endorsers who are not lawful holders do not have standing to file a complaint. The court with jurisdiction over this crime is the competent criminal court. The competent court is the court where the bank branch where the check was presented for collection is located, or where the checking account is opened, or where the account holder or the complainant resides.

Consequently, it is of critical importance to ensure that the bank personnel fully comply with the conditions specified in Law when processing the "dishonored" transaction in cases where the bank does not deem the check dishonored the upon presentation, to comply with the statute of limitations for the offense of causing the check to be dishonored, as it is a complaint-based crime, and to ensure that the complaint is filed by the lawful holder of the check. If these conditions are not met, the defendant may not be sentenced, and the debtor may not be compelled to pay.

1. Turkish Banks Association Risk Center Check Information Report - September 2024 (https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikiraporlar/ekler/4473/Cek_Bilgileri_-_Eylul_2024.pdf https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikiraporlar/ekler/4472/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Eylul_2024.pdf)

2. Yargıtay 19. CD 5.11.2018 T. 2018/6510 E. 2018/11325 K. – 10.3.2021 T. 2021/3107 E. 2021/2771 K.

3 .Yargıtay 19. CD 27.1.2020 T. 2019/35817 E. 2020/415 K.

4. İstanbul Anadolu 7. İcra Ceza Mahkemesi 13.4.2018 T. 2018/103 E. 2018/181 K. (Finalized without appellete law)



TR

SÖZLEŞMELER HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞME VE DEVRALMA (M&A) İŞLEMLERİ

AV. BUSE ÖZDAMAR
bozdamar@egemenoglu.com

Sözleşmeler Hukuku, en az iki taraf arasında hukuki bir bağ oluşturan ve karşılıklı anlaşma iradesiyle meydana gelen sözleşmeleri düzenleyen hukuk dalıdır. Türk Hukuku'nda, sözleşmelerin tesisinde sözleşme serbestisi ilkesi hâkimdir. Bu bağlamda, sözleşmeler tarafların iradesi çerçevesinde yasa ve ahlaka aykırı olmadığı sürece serbestçe yapılabilmektedir. Türk hukukunda sözleşmeler, temel düzenlemelerini Türk Borçlar Kanunu'na dayandırmaktadır.

Birleşme ve devralma *("M&A")* işlemleri, günümüz şirketlerinin büyüme stratejilerinin kritik bir bileşenini teşkil etmektedir. Özetlemek gerekirse, birleşme işlemleri, iki ya da daha fazla şirketin Türk Ticaret Kanunu anlamında aynı çatı altında bir araya gelmesi; devralma işlemleri ise, bir ticari işletmede sahip olduğu payları devreden satıcı taraf ile, bu paylara sahip olmayı hedefleyen alıcı taraf arasında gerçekleştirilen bir dizi hukuki ve ekonomik işlem ve sözleşmeyi içermektedir. Alıcı taraf, genellikle piyasa payını artırmak, maliyetleri azaltmak, yeni pazarlara açılmak veya teknolojik yetenekleri edinmek amacıyla M&A süreçlerine katılma arzusu taşımaktadır. Günümüzde M&A işlemlerinin artan popülaritesi, dinamik ekonomik koşullar, dijital dönüşüm ve artan rekabet gibi etkenlerle doğrudan ilişkilidir. Özellikle son yıllarda Türkiye'de bu işlemler kayda değer bir ivme kazanmış ve uluslararası yatırımcıların dikkatini çekmiştir. Dolayısıyla, M&A işlemlerinin Türk şirketleri arasında gerçekleştirilmesinin yanı sıra, uluslararası yatırımcıların Türk şirketleri üzerindeki ekonomik kazanç elde etme taleplerinin artması, bu süreçlerin uluslararası boyutta gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, Birleşme ve devralmalar, yalnızca ekonomik kazançlar sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda şirketlerin piyasa konumlarını güçlendirmekte ve rekabet avantajı elde etmelerine de yardımcı olmaktadır. Ancak bu süreçlerin hukuki boyutları, dikkatlice ele alınması gereken karmaşık unsurlar içermektedir. İşte bu noktada, sözleşmeler hukuku çerçevesinde M&A süreçlerinin nasıl yürütüleceği ve hangi hukuki unsurların dikkate alınması gerektiği büyük önem taşımaktadır.

Aşağıda, birleşme ve devralma projelerine ilişkin süreçler özet bir biçimde ele alınacaktır.

1. HAZIRLIK AŞAMASI

M&A sürecinin ilk aşaması, tarafların şirket paylarının alım-satımına ilişkin niyetlerini birbirlerine bildirmesi ile başlamaktadır. Bu aşama, projenin ve tarafların menfaatlerinin korunmasına yönelik temel yapı taşlarının oluşturulduğu kritik bir safhadır ve bu nedenle, sürecin en önemli evrelerinden biri olarak değerlendirilmelidir. Karşılıklı güvenin tesisine yönelik adımların atıldığı bu hazırlık aşaması, ilerleyen süreçte sağlıklı bir müzakere ortamı oluşturulması açısından büyük önem taşır.

Bu aşamada taraflar, müzakerelere başlamadan önce gizlilik sözleşmeleri *(Non-Disclosure Agreement)* imzalar. Bu sözleşmeler, tarafların birbirlerinin ticari sırlarını korumalarını ve müzakereler sırasında paylaşılan bilgilerin gizli kalmasını güvence altına alır. Özellikle rekabetin yoğun olduğu sektörlerde gizlilik, kritik bir öneme sahiptir.

ENG

MERGERS AND ACQUISITIONS (M&A) TRANSACTIONS IN TERMS OF CONTRACTS LAW

The Law of Contracts is the branch of law that regulates the contracts that form a legal bond between at least two parties and are formed by the will of mutual agreement. In Turkish Law, the principle of freedom of contract prevails in the formation of contracts. Accordingly, contracts can be freely concluded in accordance with the will of the parties as long as they do not contravene the law and morality. In Turkish law, contracts are regulated by the Turkish Code of Obligations

Mergers and acquisitions *("M&A")* transactions are a critical component of today's companies' growth strategies. To summarize, merger transactions include the merger of two or more companies under the same structure within the meaning of the Turkish Commercial Code; and acquisition transactions include a series of legal and economic transactions and agreements between the seller, who transfers its shares in a commercial entity, and the buyer, who aims to acquire these shares. The buyer is often motivated to engage in M&A to increase market share, reduce costs, expand into new markets or acquire technological capabilities. The growing popularity of M&A transactions today is directly related to factors such as dynamic economic conditions, digital transformation and increased competition. Especially in recent years, these transactions have gained considerable momentum in Türkiye and attracted the attention of international investors. Therefore, in addition to the realization of M&A transactions between Turkish companies, the increasing demand of international investors for economic gains on Turkish companies allows these processes to be realized on an international scale.

In brief, M&As not only generate economic gains, but also strengthen the market position of companies and help them gain a competitive advantage. However, the legal aspects of these processes contain complex elements that need to be carefully considered. At this point, it is of great importance how to conduct M&A processes within the framework of contract law and which legal elements should be taken into account.

The following is a brief overview of the processes involved in M&A projects.

1. PREPARATION PHASE

The first stage of the M&A process begins with the parties notifying each other of their intention to buy or sell company shares. This is a critical phase where the fundamental elements for protecting the interests of the project, and the parties are established and should therefore be considered as one of the most important phases of the process. Therefore, such a phase, in which steps are taken to establish mutual trust, is crucial for a healthy negotiation environment in the following process.

During this phase, the parties will sign Non-Disclosure Agreements before starting negotiations. These agreements ensure that the parties protect each other's trade secrets, and that information shared during negotiations remains confidential. Especially in highly competitive sectors, confidentiality is of critical importance.

Taraflar arasında görüşmelerin başlamasıyla birlikte, tarafların uyumlu bir şekilde ilerlemesi durumunda, genellikle bir "niyet mektubu" *(Letter of Intent)*, "mutabakat belgesi" *(Memorandum of Understanding)* veya "ticari şartlar belgesi" *(Term Sheet)* üzerinde çalışmalar yapılır. Nihai sözleşme öncesinde kullanılan bu hukuki enstrümanlar, tarafların birleşme veya devralma niyetini ifade eden ancak birleşme ve devralmaya ilişkin hukuki işlemin nihai olarak yapılmasını taahhüt altına almayan, hukuki olarak bağlayıcı niteliği bulunmayan belgelerdir. Bu belgeler, esasen birer müzakere sözleşmesi olarak kabul edilmekte olup, birbirlerinin alternatifleri niteliğindedir.

Bahsedildiği üzere, hukuki nitelikleri itibarıyla aralarında belirgin bir farklılık olmamakla birlikte, bu belgeler tarafların müzakerelerinin çerçevesini çizmekte ve olası anlaşmazlıkların önüne geçilmesine katkıda bulunmaktadır. Bu aşamada, tarafların amaçları ve beklentileri net bir şekilde belirlenerek, sürecin sonraki evrelerine sağlıklı bir geçiş sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, bu ilk aşama, hem taraflar arasındaki ilişkinin temellerinin atılması hem de olası risklerin en aza indirilmesi açısından kritik bir öneme sahiptir.

2. HUKUKİ İNCELEME / DUE DİLİGENCE (DURUM TESPİTİ) AŞAMASI

M&A sürecinin, ikinci aşaması olarak adlandırabileceğimiz "Due Diligence (Durum Tespiti) Süreci", alıcı tarafın satıcı taraf üzerinde gerçekleştirdiği kapsamlı bir inceleme olarak tanımlanabilir. Bu süreç, alıcının satıcının finansal, hukuki ve operasyonel durumunu derinlemesine değerlendirmesini içerir. Alıcı, şirketin mali tablolarını, mevcut sözleşmelerini, varlıklarını ve borçlarını gözden geçirirken, aynı zamanda potansiyel hukuki riskleri ve yükümlülükleri tespit etmeye çalışır. Due diligence işlemi, alıcının bilinçli bir karar verme sürecine girmesi için gerekli bilgilerin toplanmasını sağlar ve bu bağlamda büyük bir öneme sahiptir.

Bu aşamada, Alıcı tarafın hukuki danışmanları tarafından bir Due Diligence (hukuki inceleme) raporu oluşturulmaktadır. Bu rapor, alıcının satıcının durumuna dair kapsamlı bir değerlendirme sunar ve olası riskleri göz önünde bulundurarak, işlemin nasıl ilerlemesi gerektiğine dair önemli bilgiler sağlar. Due Diligence aşaması, hem işlemin sürdürülebilirliği hem de gelecekteki başarıları açısından kritik bir adım olarak değerlendirilmektedir. Hukuki incelemenin temel amacı, hedef şirketin genel özelliklerini anlamak, geleceğe yönelik iş ve yatırım planlarını oluşturmak ve risk analizi yapmaktır.

İnceleme prosedürü, birleşme ve devralma işleminin finansal açıdan karlı olup olmadığını değerlendirmeye yönelik olarak tasarlanmıştır. Bu süreçte, mevcut ve potansiyel riskler ile yatırım çevresine ilişkin değerlendirmeler yapılır ve bu sayede riskin azaltılması hedeflenir. Elde edilen veriler doğrultusunda, alıcı taraf uygun bir fiyat teklifinde bulunabilir. Dolayısıyla, bu inceleme, birleşme veya devralma kararının doğru ve yeterli verilerle alınmasını sağlarken, hukuki işlem gerçekleştikten sonra devralınan şirketle ilgili sürprizlerle karşılaşılmamasını temin eder. Ayrıca, hukuki inceleme sonucunda alıcı, şirket hisselerini satın alma kararı alırsa, hisse alım ve satım sözleşmesi müzakerelerine geçilir; burada hukuki incelemede tespit edilen önemli hususlar, satıcının beyan ve taahhütleri olarak sözleşmeye yansıtılır.

3. ESAS AŞAMA: HİSSE ALIM VE SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN HAZIRLANMASI

Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi *(Share Purchase Agreement)*, birleşme ve devralma işlemlerinin temel hukuki belgesidir. Bu sözleşme, alıcı ve satıcı arasında hisse devrinin hukuki çerçevesini tesis eder ve tarafların hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı bir şekilde belirler.

Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi'nin hukuki olarak titizlikle hazırlanması, tarafların çıkarlarının korunması açısından kritik bir öneme sahiptir.

Once the negotiations between the parties have begun, a *Letter of Intent*, *Memorandum of Understanding* or *Term Sheet* is usually drafted, if the parties are progressing in a harmonious manner. These legal instruments, which are used prior to the final agreement, are non-legally binding documents that express the parties' intention to merge or acquire, but do not commit to the finalization of the legal transaction related to merger and acquisition. These documents are essentially considered as negotiation agreements and are alternatives to each other.

As mentioned, although there is no significant difference between them in terms of their legal nature, these documents set the framework for the parties' negotiations and contribute to preventing potential disputes. At this stage, the objectives and expectations of the parties are clearly defined to ensure a healthy transition to the next stages of the process. Therefore, this first stage is critical both for laying the foundations of the relationship between the parties and for minimizing potential risks.

2. DUE DILIGENCE PHASE

The "Due Diligence Process", which we may call the second phase of the M&A process, can be defined as a comprehensive examination carried out by the buyer party on the seller party. This process involves an in-depth assessment by the buyer of the seller's financial, legal and operational situation. The buyer reviews the company's financial statements, existing contracts, assets and liabilities, while also analyzing potential legal risks and liabilities. Due diligence ensures that the necessary information is gathered for the buyer to make an informed decision and is of great importance in this context.

During this phase, a Due Diligence report is prepared by the Buyer's legal advisors. This report provides the buyer with a comprehensive assessment of the seller's position and provides important information on how the transaction should proceed, taking into account potential risks. The Due Diligence phase is considered a critical step for both the sustainability of the transaction and its future success. The main purpose of due diligence is to understand the general characteristics of the target company, to formulate future business and investment plans and to conduct risk analysis.

The review procedure is designed to assess whether the M&A transaction is financially profitable. During this process, existing and potential risks and the investment environment are assessed, with the aim of minimizing risk. Based on the data collected, the buyer can make an appropriate price offer. Therefore, this review ensures that the merger or acquisition decision is taken with accurate and sufficient data, and that there are no surprises regarding the acquired company after the legal transaction is realized. Moreover, if, as a result of due diligence, the buyer decides to purchase the company's shares, a share purchase and sale agreement is negotiated, in which the important matters identified in the due diligence are reflected in the agreement as representations and warranties of the seller.

3. MAIN PHASE: PREPARATION OF THE SHARE PURCHASE AGREEMENT

Share Purchase Agreement is the principal legal document for mergers and acquisitions. Such an agreement sets the legal framework for the transfer of shares between the buyer and seller and specifies in detail the rights and obligations of the parties.

The diligent legal drafting of the Share Purchase Agreement is critical to protect the interests of the parties. The shares may be acquired in full or in partial control of the business; therefore, the agreement sets out how the transfer will be carried out and what obligations will be assumed, and should include elements such as the sale price, payment terms, closing date and the obligations of the parties.

Paylar, tamamen devralınabileceği gibi, kısmi devralma ile de işletmenin kontrolünde söz sahibi olunabilir; dolayısıyla, bu sözleşme, devrin nasıl gerçekleştirileceğini ve hangi yükümlülüklerin üstlenileceğini düzenler ve satış fiyatı, ödeme koşulları, kapanış tarihi ve tarafların yükümlülükleri gibi unsurları içermelidir.

Sözleşmenin hazırlanma sürecinde, taraflar arasında yoğun müzakereler yürütülür. Bu müzakerelerin amacı, her iki tarafın menfaatlerini gözeterek dengeli bir sözleşme metni oluşturmaktır. Taraflar, pay alım ve satım sözleşmesini imzalamadan önce satım bedeli, bedel uyarlama mekanizmaları, devir için gereken ön koşullar, beyan ve tekeffüller, tazminat prosedürleri, sorumluluk sınırlamaları, cezai şartlar, uygulanacak hukuk ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi hususları müzakere ederler. Uygulamada, özellikle beyan ve tekeffüller ile tazminat hükümleri üzerinde sıkça uyuşmazlık yaşanmaktadır. Beyan ve tekeffüller, genellikle hedef şirketin durumu ve esaslı özelliklerine ilişkin satıcının alıcıya sunduğu sözleşmesel beyanlardır ve satıcının sorumluluğunun çerçevesini çizer. Bu beyan ve tekeffüllerin kapsamının tayininde, yukarıda işaret edilen Due Diligence süreçleri belirleyici bir rol oynar.

Beyan ve tekeffüllerin istisnası söz konusu olduğunda, satıcı bu istisnaları bir İfşa Mektubu *(Disclosure Letter)* ile alıcıya bildirmekte ve sözleşmede bu istisnalarla ilgili sorumluluğu açıkça belirtilmediği sürece sorumlu olmaktan muaf tutulmaktadır. Tazminat hükümleri ise, satıcının alıcıyı beyan ve tekeffüllerin ihlali veya diğer sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali sonucunda doğacak zararlara karşı nasıl tazmin edeceğini düzenler. Bu kapsamda, taraflar tazminat yükümlülüğünün dolaylı zararlar ve kar kaybını kapsayıp kapsamayacağını belirleyebilir. Ayrıca, satıcının sorumluluğunun zamansal ve finansal açıdan sınırlandırılması da mümkündür. Tarafların Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi üzerindeki mutabakatı, işlemin hukuki geçerlilik kazanmasını sağlar.

Taraflar, müzakere sürecini olumlu bir şekilde tamamladıktan sonra, sözleşmeyi imzalarlar ve bu tarih uygulamada "İmza Günü" *(Signing Day)* olarak adlandırılır. İmza gününden sonra, hisse devirlerinin tamamlanmasından önce sözleşmede yer alan ara dönem işlemlerinin tamamlanması aşamasına geçilir.

4.ARA DÖNEM İŞLEMLERİ: ÖN KOŞULLARIN (CONDITION PRECEDENTS) TAMAMLANMASI

İmza ve kapanış arasındaki dönemde, tarafların hisse devrini gerçekleştirebilmeleri için hisse alım ve satım sözleşmesi ile taraflarca belirlenen ve temelde geciktirici koşul niteliğindeki ön şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Bunlara "Ara Dönem İşlemleri" adı verilir.

Bu işlemler uygulamada, gerekli kurumlardan izinlerin alınması, yasal belgelerin hazırlanması ve olası engellerin ortadan kaldırılması gibi adımları içermektedir. Örneğin, düzenleyici kurumlardan (Rekabet Kurumu gibi) alınması gereken izinler veya hedef şirketin taraf olduğu sözleşmeler uyarınca kontrol değişikliği *(Change of Control)* izinlerinin alınması gibi yükümlülükler söz konusudur. Bu dönemde, hedef şirketin kontrolü hala satıcıda olduğundan, şirketin olağan işleyişinin korunması adına belirli davranış yükümlülükleri genellikle pay alım ve satım sözleşmelerine eklenmektedir. Bu yükümlülükler, şirketin malvarlığını azaltacak veya paylarının değerini düşürecek davranışlardan kaçınmayı, payları üçüncü kişilere devretmemeyi içerebilir. Bu tür yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi, tasarruf işleminin yani kapanışın gerçekleşmesini engelleyebilir.

5. KAPANIŞ

Kapanış işlemleri, birleşme ve devralma sürecinin nihai aşamasını oluşturarak, taraflar arasında önemli hukuki ve finansal adımların atıldığı bir dönemi temsil eder. Kapanış aşamasında, hisse alım ve satım sözleşmesinin hükümlerine göre doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve "tasarruf işlemi" olarak tanımlanan payların devri ile karşılık bedelin ödenmesi gerçekleştirilir.

The Agreement drafting process involves intensive negotiations between the parties. The aim of these negotiations is to create a balanced agreement, taking into account the interests of both parties. The parties shall negotiate the sale price, price adjustment mechanisms, preconditions for transfer, representations and warranties, indemnification procedures, limitations of liability, penalty clauses, applicable law and dispute resolution methods before signing the share purchase agreement. In practice, there are common disputes, especially over the declarations and warranties and indemnity provisions. Representations and warranties are contractual representations by the seller to the buyer, usually concerning the condition and material characteristics of the target company, which frame the seller's liability. Due Diligence processes referred to above play a decisive role in determining the scope of these representations and warranties.

The seller, if there are exceptions to the representations and warranties, notifies the buyer of these exceptions in a Disclosure Letter and is exempted from liability unless the contract expressly states its liability for these exceptions. Indemnification provisions regulate how the seller indemnifies the buyer against damages arising from breach of representations and warranties or breach of other contractual obligations. Accordingly, the parties may determine whether the indemnification obligation covers indirect losses and lost profits. Moreover, it is also possible to limit the seller's liability temporally and financially. The parties' agreement on the Share Purchase and Sale Agreement ensures the legal validity of the transaction.

After the parties have completed the negotiation process successfully, they sign the agreement, and this date is referred to as "Signing Day" in practice. After the Signing Day, the parties proceed to the completion of the interim transactions stipulated in the agreement prior to the completion of the share transfers.

4. INTERIM PERIOD TRANSACTIONS: COMPLETION OF CONDITION PRECEDENTS

In the period between signing and closing, the parties are required to fulfill the preconditions, which are basically delaying conditions, set by the parties in the share purchase and sale agreement in order to realize the share transfer; and these are called *"Interim Transactions"*.

In practice, these procedures include steps such as obtaining permits from the necessary institutions, preparing legal documents and eliminating potential obstacles. For example, there are obligations to obtain permits from regulatory authorities (such as the Competition Authority) or change of control permits under contracts to which the target company is a party. During this period, since the seller is still in control of the target company, certain behavioral obligations are often included in share purchase agreements in order to protect the ordinary operation of the company. These obligations may include refraining from behavior that would diminish the assets of the company or reduce the value of its shares, and not transferring the shares to third parties. Violation of such obligations may prevent the realization of the disposition transaction, i.e. closing.

5. CLOSING

Closing transactions represent the final stage of the merger and acquisition process and represent a period in which important legal and financial steps are taken between the parties. At the closing stage, the obligations arising under the terms of the share purchase agreement are fulfilled and the payment of the consideration for the transfer of the shares, which is defined as a "'disposal transaction", is realized.

The parties decide in the share purchase agreement which documents to prepare at closing and the necessary arrangements to determine the sequence

Taraflar, kapanış sırasında hangi belgelerin hazırlanacağı ve işlemlerin sırasını belirlemek amacıyla gerekli düzenlemeleri hisse alım ve satım sözleşmesinde kararlaştırılmaktadır. Bu anlamda, genellikle, kapanış ön koşullarının yerine getirildiğine dair beyanlar sunulmaktadır. Ayrıca, şirketin esas sözleşmesinde yapılması gereken değişiklikler veya yönetim kurulunda üye değişiklikleri için genel kurul kararının ticaret siciline tescil edilmesi gibi işlemler de kapanış aşamasında tamamlanmalıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, payların tamamı devralına bilindiği gibi bir kısmı da devralına bilir. Eğer payların bir kısmının devralınması söz konusuysa, kapanışta ayrıca taraflarca mutabık kalınmış bir pay sahipleri sözleşmesi *(Shareholders Agreement)* hazırlanarak imzalanır. Bu sözleşme, tarafların hisse devriyle ilgili hak ve yükümlülüklerini düzenlemekle kalmaz, aynı zamanda ortaklık ilişkisini belirleyerek gelecekteki yönetim yapısını ve kar dağıtım politikalarını da tanımlar.

6. KAPANIŞ SONRASI İŞLEMLER

Kapanış sonrası işlemler, M&A sürecinin tamamlanmasının ardından, birleşen şirketlerin entegre edilmesi ve operasyonel süreçlerin birleştirilmesi için gerekli adımları içermektedir. Bu aşamada, ortak stratejilerin geliştirilmesi, marka entegrasyonu, insan kaynakları uyumu gibi konular ele alınır. Ayrıca, finansal raporlama ve yönetim süreçlerinin uyumlaştırılması, şirketlerin başarılı bir şekilde yeniden yapılandırılmasını sağlamak için kritik öneme sahiptir.

Hisse Alım ve Satım Sözleşmelerinde, Kapanış sonrası taraflarca gerçekleştirilmesi gereken işlemler belirtilir.

SONUÇ

Türk sözleşmeler hukuku çerçevesinde, birleşme ve devralma süreçleri karmaşık ve çok aşamalı bir yapıya sahiptir. Her aşama, tarafların yükümlülüklerini ve haklarını belirleyerek sürecin düzgün ilerlemesini sağlamak için kritik bir öneme sahiptir. M&A işlemleri, şirketlere stratejik avantajlar sunmakta ve piyasa dinamiklerini değiştirebilecek potansiyele sahiptir. Bu nedenle, bu süreçlerde hukuki bilgi ve deneyim, başarılı bir sonuç elde etmek için vazgeçilmezdir.

Sonuç olarak, birleşme ve devralma işlemlerinin başarılı bir şekilde yürütülmesi için tarafların hukuki yükümlülüklerine hakim olmaları, detaylı bir planlama yapmaları ve profesyonel destek almaları gerekmektedir. Bu bağlamda, hukukun sunduğu olanaklardan en iyi şekilde faydalanmak, M&A süreçlerinin başarıyla tamamlanmasını sağlayacaktır.

of transactions. Accordingly, declarations are usually submitted that the pre-conditions for closing have been fulfilled. In addition, transactions such as amendments to the articles of association of the company or registration of the general assembly resolution for changes in the members of the board of directors in the trade registry should also be completed at the closing stage.

As mentioned before, all or part of the shares may be transferred. In the case of a partial acquisition of shares, a Shareholders Agreement agreed upon by the parties is also prepared and signed at closing. This agreement not only regulates the rights and obligations of the parties in relation to the share transfer, but also defines the future management structure and dividend distribution policies by establishing the partnership relationship.

6. POST-CLOSING TRANSACTIONS

Post-closing transactions include the steps necessary to integrate the merged companies and unify operational processes after the completion of the M&A process. In this phase, issues such as the development of common strategies, brand integration, and human resources alignment are addressed. In addition, the harmonization of financial reporting and governance processes is critical to ensure the successful restructuring of the companies.

The transactions to be performed by the parties after the Closing are specified in the Share Purchase Agreements.

CONCLUSION

Under Turkish Contract Law, M&A transactions are complex and multi-stage. Each stage is critical to ensure the smooth progress of the process by determining the obligations and rights of the parties. M&A transactions offer strategic advantages to companies and have the potential to change market dynamics. Therefore, legal knowledge and experience in these processes are indispensable for a successful outcome.

In conclusion, for the successful execution of M&A transactions, the parties should be aware of their legal obligations, make detailed planning and seek professional support. Accordingly, making the best utilization of the opportunities offered by the law will ensure the successful completion of M&A processes.



YAPAY ZEKA - BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA DİJİTAL DEVRİM

BUSE YONAT
byonat@egemenoglu.com

I. GİRİŞ

Dünya hızlı bir dijitalleşme dalgasının içinde. Yapay zeka (YZ) ise bu dijitalleşme dalgasının katlanarak büyümesine yardımcı olan etmenlerin başında geliyor. Gün geçtikçe geleneksel yöntemler ile icra edilen mesleklerin yapay zeka ile tanışmaları ve farkında olarak ya da olmayarak yapay zekaya entegre olma süreçleri hızlanıyor. Yapay zeka, sektörleri yeniden şekillendirirken, şirketler için stratejik satın almalar ve dönüşümler için de fırsatlar yaratıyor.

Yapay zekanın kaçınılmaz olarak etki ettiği sektörlerden biri ise *"hukuk"*. Karar alma süreçlerini iyileştirmek, belge inceleme prosedürlerini hızlandırmak, hukuki riskleri analiz etmek açısından yapay zeka; hukuk sektörüne gün geçtikçe daha çok entegre oluyor. Gelişen yapay zeka ile, geleneksel birleşme devralma (M&A) süreçlerinde de köklü değişimlerin olacağı kaçınılmaz bir gerçek. Geleneksel birleşme ve devralma süreçleri yapay zeka ile birlikte farklı bir yöne evriliyor, kıvraklık ve hareket kabiliyeti kazanıyor. Yine de yapay zeka çağında birleşme ve devralmalar, sadece teknoloji edinmeyi değil; aynı zamanda yapay zeka ile ilgili yeni yasal ve düzenleyici risklerin değerlendirilmesini ve yönetilmesini de içeriyor. Bu çerçevede, yapay zekanın henüz insan muhakemesinin yerini alamadığı göz önüne alındığında, yapay zekanın sınırlarını belirlemek ve bu sınırları anlamak giderek daha büyük bir önem kazanıyor.[1]

Yapay zeka, finansal piyasalarda hızla ivme kazanarak stratejik yatırımcıların da dikkatini çeken kilit bir konuma gelmeye başladı. Zira, düzenli olarak stratejik hedefler peşinde koşan stratejik yatırımcılar, dijital dönüşümlerini ilerletmek için skalalarını bu yöndeki hedef firmalara yönlendirerek birleşme ve devralma işlemlerine taraf olmaktadırlar.[2] Özellikle finansal teknolojiler (Fintech) piyasası dinamik ve gelişime açık yapısıyla dikkat çekiyor. Türkiye'de de fintech sektörü, umut vaat eden ve büyüme potansiyeline sahip alanlardan biri olarak öne çıkmakla birlikte; 2020 yılı itibarıyla Türkiye'deki fintech piyasasının yıllık %14 büyüme oranına sahip olduğu belirtiliyor.[3]

İşbu çalışmada ise, genel anlamı ile yapay zekanın tanımına yer verilecek, birleşme ve devralmalar süreçlerinde yapay zekanın kullanım alanları değerlendirilerek, yapay zeka sektörü üzerindeki birleşme ve devralmalar üzerinde durulacaktır.

2. YAPAY ZEKA

"Yapay zeka" kavramı üzerinde Dünya'da kabul görmüş ve yeknesak hale gelmiş bir tanım mevcut değildir. Nitekim, Türk Hukuk sisteminde de yasal olarak yapay zeka kavramı yasa koyucular tarafından tanımlanmamıştır. Doktrinde bir görüş ise, yapay zekayı *"insana özgü olan akıl yürütme, genelleme yapabilme, anlam çıkarma, geçmiş deneyimlere dayalı olarak öğrenme gibi yeteneklerin bir bilgisayara kazandırılmasını hedefleyen disiplin" olarak tanımlamıştır.*[4]

Yapay zekanın hızlı değişim ve gelişimi ve aynı zamanda yapay zekaya olan yaklaşımların çeşitli sayıda olması, yapay zeka üzerine ortak bir tanım yapılmasını güçleştirmektedir. Yine de Türk Hukuku'nda yapay zekanın yasalaştırılmasının gündeme alınması ve yasa koyucuların yapay

ARTIFICIAL INTELLIGENCE – DIGITAL REVOLUTION IN MERGERS AND ACQUISITIONS

I. INTRODUCTION

The world is currently experiencing a rapid wave of digitalization, with artificial intelligence (AI) playing a key role in driving this wave's exponential growth. Day by day, professions traditionally carried out through conventional methods are encountering AI, and the process of integrating AI, whether consciously or unconsciously, is accelerating. As AI reshapes industries, it is also creating opportunities for strategic acquisitions and transformations for companies.

One of the sectors inevitably impacted by artificial intelligence is *"law"*. AI is increasingly integrated into the legal sector, improving decision-making processes, speeding up document review procedures, and analyzing legal risks. With the advancement of AI, it is inevitable that profound changes will occur in traditional mergers and acquisitions (M&A) processes. Traditional M&A processes are evolving in a new direction with AI, gaining agility and flexibility. However, in the era of AI, mergers and acquisitions involve not only the acquisition of technology but also the assessment and management of new legal and regulatory risks related to AI. In this context, considering that AI has yet to replace human judgment, it is becoming increasingly important to define and understand the limitations of AI.[1]

Artificial intelligence has rapidly gained momentum in financial markets, positioning itself as a key area that has attracted the attention of strategic investors. Indeed, strategic investors, who are constantly pursuing strategic objectives, direct their efforts towards companies with digital transformation goals, thereby participating in mergers and acquisitions to advance their initiatives.[2] The financial technology (Fintech) market, in particular, stands out for its dynamic and growth-oriented nature. In Turkey, the fintech sector has emerged as one of the promising fields with significant growth potential. As of 2020, the fintech market in Turkey is reported to have an annual growth rate of 14%.[3]

This study will provide a general definition of artificial intelligence, evaluate its applications in the context of mergers and acquisitions, and focus on the impact of AI on mergers and acquisitions within the AI sector.

2. ARTIFICIAL INTELLIGENCE

There is no universally accepted or standardized definition of the concept of "Artificial Intelligence" worldwide. Indeed, in the Turkish legal system, the concept of AI has not been defined by lawmakers. One doctrinal view defines AI as *"a discipline aimed at imparting human-like abilities, such as reasoning, generalization, interpretation, and learning based on past experiences, to a computer".*[4]

The rapid changes and developments in artificial intelligence, coupled with the variety of approaches to AI, make it difficult to establish a common definition of the concept. Nonetheless, we believe that the legalization of AI should be brought onto the agenda in Turkish law, and lawmakers should provide a clear definition of AI.

zeka üzerinde bir tanımlama yapması gerektiği kanaatindeyiz.

2.1. Yapay Zeka Yasasi

Yapay Zeka sistemlerinin piyasaya arzı, hizmete sunulması ve bazı uygulamaların yasaklanmasını regüle eden *"Yapay Zeka Hakkında Uyumlaştırılmış Kurallar Getiren ve Bazı Birlik Yasama Tasarruflarını Değiştiren (AB) 2024/1689 sayılı Tüzük" (Regulation (EU) 2024/1689 of The European Parliament and of the Council of 13 June 2024 Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence and Amending Regulations*[5]) ("AB Yapay Zeka Tüzüğü"), 12 Temmuz 2024 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmış olup, 1 Ağustos 2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.[6]

AB Yapay Zeka Tüzüğü'nde de "yapay zeka" özelinde bir tanımlama bulunmadığı, bunun yerine, Avrupa Birliği'nin "yapay zeka sistemi (YZ sistemi)" üzerine bir tanım getirdiği görülmektedir. AB Yapay Zeka Tüzüğü'nün 3(1). maddesine göre; *""yapay zeka sistemi (YZ sistemi)", Ek I'de listelenen teknik ve yaklaşımlardan bir veya daha fazlası ile geliştirilen ve insan tarafından tanımlanan belirli bir dizi hedef için, etkileşimde bulundukları ortamları etkileyen içerik, tahminler, öneriler veya kararlar gibi çıktılar üretebilen yazılım"* olarak tanımlanmıştır.

3. YAPAY ZEKANIN BİRLEŞME VE DEVRALMA SÜREÇLERİNDE UYGULANMASI

3.1. Geleneksel Birleşme ve Devralma Süreçleri

Birleşme ve devralma süreçlerinde hem yatırımcının hem de hedef şirketin üzerinde en çok durması gereken konuların başında "veri" gelmektedir. Birleşme ve devralma süreçlerinin büyük bir kısmı da bu verilerin incelenmesinden oluşur.[7] Ancak bu birleşme ve devralma döngüsü belirsiz maliyetler, inceleme süreçlerinin uzun zamanlar alması, verilerdeki eksiklikler gibi sebeplerle eleştirilmektedir.[8] Son on yılda, bir birleşme veya satın alma işleminin sonuçlandırılması için geçen ortalama sürenin %30'dan fazla arttığı belirtilmektedir.[9] Bu süreçlerin uzamasındaki sebeplerden biri de düzenleyici kurumlar tarafından birleşme ve devralma süreçlerinin daha sık gözetim altına alınması olarak gösterilmektedir.

3.2. Yapay Zekanın Birleşme ve Devralma Süreçlerine Etkisi

Her geçen gün gelişen yapay zeka yazılımı binlerce belgeyi otomatik olarak inceleyebilir ve belgelerin içerisinde birleşme ve devralma projelerinin ruhu için önem arz eden münhasırlık, rekabet etmeme anlaşmaları, tazminat maddeleri gibi önemli hükümleri tarayabilir. Bu durum, hem insan kaynaklarını daha stratejik alanlara yönlendirme imkanı tanımakta hem de olası hata ve eksiklikleri en aza indirerek işlem sürecinin güvenilirliğini artırmaktadır.

3.2.1. Durum Tespiti (Due Diligence)

Durum tespiti (Due Diligence), bireyler, kuruluşlar veya tüzel kişiler tarafından belirli bir teşebbüsün, durumun veya bir konunun (örneğin bir iş fırsatı, yatırım, işlem veya hukuki mesele) çeşitli yönlerini değerlendirmek ve ölçmek için yürütülen kapsamlı bir soruşturma ve inceleme sürecidir. İlgili bilgileri toplamayı, verileri analiz etmeyi, riskleri değerlendirmeyi, bulgulara dayanarak bilinçli kararlar almayı içerir. Hedef şirketin ekonomik, mali, hukuki ve vergisel açıdan incelenmesi durum tespiti sürecinin merkezinde yer alır. Bu tür bir inceleme, özellikle ortaklıklar, satın almalar veya önemli yatırımlar düşünüldüğünde hayati önem taşır. Durum tespiti süreci; işlem büyüklüğüne ve işlevselliğine göre değişkenlik göstermek ile beraber finansal analiz, hukuki analiz, operasyonel inceleme, pazar ve sektör analizi, insan kaynakları incelemesi, müşteri ve satış analizi gibi pek çok alt başlığı bulundurur. Durum tespit sürecinin titizlikle yürütülmesi, hem birleşme ve devralma sürecinin hem de sonrasındaki entegrasyonun sorunsuz ve verimli bir şekilde ilerlemesine zemin hazırlar.

Birleşme ve devralma süreçlerinde, yine işlemin niteliğine ve büyüklüğüne bağlı olarak, bulut tabanlı sanal veri odaları (VDR) durum tespiti süreçleri

2.1. Artificial Intelligence Code

The regulation of the market introduction, deployment, and prohibition of certain applications of Artificial Intelligence is governed by the *"Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence and Amending Regulations"* [5]) (the "EU AI Regulation"), which was published in the Official Journal of the European Union on 12 July 2024 and entered into force on 1 August 2024.[6]

The EU AI Regulation does not provide a definition specifically for "artificial intelligence", but instead offers a definition for "artificial intelligence system" (AI system). According to Article 3(1) of the EU AI Regulation, an "artificial intelligence system (AI system)" is defined as *"software developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I, which is capable of producing outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions that influence the environments with which it interacts, to achieve specific objectives defined by humans"*.

3. THE APPLICATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN MERGERS AND ACQUISITIONS PROCESSES

3.1. Traditional Mergers and Acquisitions Process

One of the key areas that both the investor and the target company should focus on in mergers and acquisitions processes is "data". A significant portion of the M&A process involves the examination of this data.[7] However, this M&A cycle has been criticized due to factors such as uncertain costs, lengthy review processes, and data deficiencies.[8] It has been reported that the average time required to complete a merger or acquisition has increased by more than 30% over the past decade.[9] One of the reasons for the extended timelines is the increased scrutiny of M&A processes by regulatory authorities.

3.2. Effect of Artificial Intelligence On Mergers and Acquisitions

The rapidly advancing artificial intelligence software can automatically review thousands of documents and scan for key provisions such as exclusivity, non-compete agreements, and indemnity clauses that are crucial to the spirit of merger and acquisition projects. This not only allows human resources to be directed towards more strategic areas, but also minimizes potential errors and omissions, thereby increasing the reliability of the transaction process.

3.2.1. Due Diligence

Due Diligence is a comprehensive investigation and examination process conducted by individuals, organizations, or legal entities to assess and evaluate various aspects of a specific venture, situation, or issue (such as a business opportunity, investment, transaction, or legal matter). It involves gathering relevant information, analyzing data, evaluating risks, and making informed decisions based on findings. The review of the target company's economic, financial, legal, and tax aspects is at the core of the due diligence process. This type of review is critical, particularly when considering partnerships, acquisitions, or significant investments. The due diligence process varies depending on the size and functionality of the transaction, and includes numerous subcategories such as financial analysis, legal analysis, operational review, market and industry analysis, human resources evaluation, and customer and sales analysis. A thorough and diligent due diligence process lays the groundwork for a smooth and efficient merger and acquisition process, as well as for the subsequent integration phase.

In mergers and acquisitions processes, cloud-based virtual data rooms (VDRs) have been widely adopted for due diligence processes, depending on the nature and scale of the transaction. In recent years, AI-powered tools specifically designed for virtual data rooms have been developed to more efficiently review and analyze the information and documents uploaded to these virtual environments,

için yaygın olarak benimsenmiştir. Son yıllarda, bu sanal veri odalarına yüklenen bilgi ve belgeleri daha verimli bir şekilde incelemek ve analiz etmek, işlemle ilgili bilgileri belirlemek, kategorilere ayırmak ve çıkarmak için, sanal veri odalarına özgü modeller kullanan yapay zeka destekli araçlar oluşturulmaktadır. Bu araçlar, "kontrol değişikliği", "tazminat" ve "münhasırlık" gibi temel hükümleri çıkarmak ve düzenlemek için kullanılabilmekte ve hedef sözleşmelerin yargı yetkisi kapsamını anlama ve sorunlu sözleşme maddelerini tespit etmekte yardımcı olmaktadır.[10]

Yapay zeka bu noktada durum tespit sürecinde otomatik veri işleme ve analizi, uyum ve risk yönetimi, işletme verimliliği analizi yaparak hem işlem öncesi sürecin hem de işlem sonrası entegrasyonun maksimum verimlilikte tamamlanmasını hedefleme yönünde evrilmektedir. Böylece yapay zeka, yalnızca durum tespiti aşamasında değil, işlem sonrası uyum sürecinde de değer yaratabilecektir.

3.2.2. Kapanış Sonrası Süreç - Entegrasyon

Birleşme ve devralma sonrası dönem, farklı iş kültürlerini ve çalışanları entegre etmeyi gerektirir. Buradaki vurgu kültürel dinamikler ve insan ilişkileri üzerinde olduğundan, bu teknolojinin uygulaması bu bağlamda kısıtlı olabilir. Ancak bunun dışında birleşme ve devralma sonrası operasyonel verimliliğin artırılması, hedef şirketin bilişim teknolojileri sistemleri altyapılarının oluşturulması ve entegrasyonu, yapay zekanın gerçekleştirebileceği analiz ve geri bildirimler kapsamında sürekli iyileştirme gibi alanlarda yapay zekanın kapanış sonrası döngüdeki sürece katkısı göz ardı edilemeyecektir.[11]

3.2.3. Kilit Noktalar

Birleşme ve devralma süreçlerinde yapay zeka kullanılırken, dikkat edilmesi gerekli olan birtakım kilit noktalar da bulunmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, yapay zekanın muhakeme yeteneği -en azından mevcut teknolojiler itibariyle- yoktur ve bu sebeple birçok yapay zeka sisteminin etik kararlar alabilmesi, belirli bağlamlarda belgeleri doğru şekilde yorumlayabilmesi ve müzakere araçları sağlayabilmesi riskleri açısından yapay zeka kullanılırken her zaman insan muhakeme yeteneği uygulanmalıdır. Yine hukuki açıdan değerlendirildiğinde mevzuattaki yargısal farklılıklar da yapay zeka için zorluklar oluşturmaktadır. Veri güvenliği de dikkate alınması gereken en önemli noktaların başında gelmektedir. Sızdırılan bilgiler, önerilen bir anlaşmaya ve tarafların çıkarlarına son derece zarar verebilir.

4. YAPAY ZEKA SEKTÖRÜNDE BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

Yapay zekâ teknolojilerinin stratejik önemi sebebiyle, yapay zeka sektöründeki birleşme ve devralma işlemlerinin ivme kazandığı gözlenmektedir. Bu durum ise, yapay zeka sektörlerine özgülenen birleşme ve devralma süreçlerinde kapsamlı bir durum tespiti yapılmasını gerektirmektedir.

Yapay zekâ teknolojilerinin karmaşıklığı ve özgün yapısı nedeniyle, birleşme ve devralma anlaşmalarında beyan ve tekeffüller gibi unsurlar giderek daha fazla hedefe özel hâle gelmektedir. Örneğin, veri gizliliği, fikri mülkiyet ve siber güvenlik konuları yapay zekâ şirketleri için büyük risk alanları olup, bu alanlarda alıcılar daha ayrıntılı bir inceleme yaparak, ek beyanlar talep edebilmektedirler. Bu beyanlar, yapay zekâ teknolojilerinin özel kullanım alanlarında doğabilecek yasal ve operasyonel riskleri azaltma işlevi görmektedir.

Alıcılar, imza ve kapanış arasındaki süreçte, hedef şirketin yapay zekâ politikalarında değişiklik yapmasını veya yeni yapay zekâ uygulamalarını devreye almasını sınırlayabilir. Bu tür düzenlemeler, işlem sonrasında hedef şirketin değerini korumak adına alınan önlemler arasındadır.[12]

Alıcı taraf, bu önlemlerle, hedef şirketin işlem sonrası stratejik uyumunu sağlarken, anlaşma sürecinde potansiyel riskleri daha etkin bir şekilde yönetmeyi hedeflemektedir.

as well as to identify, categorize, and extract relevant data related to the transaction. These tools can be used to extract and organize key provisions such as "change of control", "indemnity", and "exclusivity", and assist in understanding the jurisdictional scope of target agreements and identifying problematic contract clauses.[10]

At this point, artificial intelligence is evolving to optimize the due diligence process by automating data processing and analysis, compliance and risk management, and operational efficiency analysis, with the goal of ensuring maximum efficiency both during the pre-transaction phase and the post-transaction integration. In this way, AI can create value not only during the due diligence phase but also throughout the post-transaction compliance process.

3.2.2. Post-Closing Process- Integration

The post-merger and acquisition period requires the integration of different business cultures and employees. Since the focus here is on cultural dynamics and human relationships, the application of this technology may be limited in this context. However, beyond this, AI's contribution to the post-merger process cannot be overlooked in areas such as improving operational efficiency, developing and integrating the target company's IT infrastructure, and enabling continuous improvement through AI-driven analysis and feedback. AI can play a key role in optimizing these aspects of the post-closing cycle.[11]

3.2.3. Key points

When using artificial intelligence in mergers and acquisitions processes, there are several key points that must be considered. As mentioned above, AI lacks reasoning abilities, at least, with current technologies, and therefore, the use of AI systems for making ethical decisions, interpreting documents correctly in specific contexts, and providing negotiation tools carries risks. Therefore, human judgment must always be applied when using AI. From a legal perspective, judicial differences in legislation also present challenges for AI. Data security is also one of the most critical points to consider. Leaked information can severely damage a proposed agreement, and the interests of the parties involved.

4. MERGERS AND ACQUISITIONS ON ARTIFICAL INTELLIGENCE INDUSTRIES

Due to the strategic importance of artificial intelligence technologies, mergers and acquisitions in the AI sector have gained significant momentum. This, in turn, necessitates a comprehensive due diligence process specific to the mergers and acquisitions within the AI sector.

Due to the complexity and unique nature of artificial intelligence technologies, elements such as representations and warranties in mergers and acquisitions agreements are increasingly becoming more tailored to the specific characteristics of the target company. For instance, issues such as data privacy, intellectual property, and cybersecurity are significant risk areas for AI companies, and buyers may conduct more detailed investigations in such areas, potentially requesting additional representations. These representations serve to mitigate legal and operational risks that may arise in the specialized areas of AI technologies.

Buyers may limit the target company's ability to make changes to its AI policies or implement new AI applications during the period between signing and closing. Such provisions are among the measures taken to protect the value of the target company post-transaction.[12]

The buyer, through such measures, aims to ensure the target company's strategic alignment post-transaction while more effectively managing potential risks during the deal process.

5. SONUÇ

Yapay zekâ teknolojilerinin hızlı gelişimi, birleşme ve devralma süreçlerinde önemli bir dönüm noktası yaratmaktadır. Dijital dönüşümün bir parçası olarak yapay zekâ, yalnızca birleşme ve devralma süreçlerini hızlandırmak ve kolaylaştırmakla kalmaz; aynı zamanda veri analizi, durum tespiti ve işlem sonrası entegrasyon gibi aşamalarda verimliliği artırarak stratejik kararları destekler. Özellikle veri güvenliği, fikri mülkiyet ve siber güvenlik gibi hassas alanlarda yapılan detaylı incelemeler, sektördeki yasal ve operasyonel riskleri azaltmak adına önem arz etmektedir.

Gelecekte, yapay zekânın birleşme ve devralma süreçlerine daha derinlemesine entegre edilmesi, işlem süreçlerinin daha hızlı ve güvenilir olmasına olanak tanıyacaktır. Ancak, insan muhakemesiyle desteklenmesi gereken bu teknolojinin etik ve yargısal açıdan getirebileceği zorluklar göz ardı edilmemelidir. Yapay zekâ sektörü, kendi dinamikleri ve yüksek risk unsurları ile birleşme ve devralma işlemlerinde daha hedefe yönelik ve uyarlanmış stratejiler gerektirirken, alıcıların işlem sonrası dönemde hedef şirketin değerini koruma çabaları da yeni düzenlemelerle desteklenmelidir.

1 Kavya Sanjay Singha, "The Transformative Potential of Artificial Intelligence and its Impact on M&A Transactions", Jus Corpus Law Journal, 2023 Erişim Tarihi: 08.10.2024

2 Deipenbrock, Gudula, M&A and Financial Markets in the Agre of Artificial Intelligence – Critical Observations from the Perspective of Law, Forum Mergers & Acquisitions 2023, Erişim Tarihi: 15.10.2024

3 Aktuğa, Semih Serkant, "Development of Fintech Sector in Turkey", Erişim Tarihi: 29.10.2024

4 Diri, Feyza, Yapay Zeka Teknolojisi ve Beraberinde Getirdiklerinin Türk Sağlık Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, 29 Mayıs 2024, Erişim Tarihi: 29.10.2024

5 AB Yapay Zeka Tüzüğü'nün tam metnine ulaşmak için bknz: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

6 T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, https://www.ab.gov.tr/ab-yapay-zeka-yasasi-yayimlandi_53836.html,12.07.2024, Erişim Tarihi: 28.10.2024

7 Kavya Sanjay Singha, 2023

8 Bruce C. Doeg, 'Rethinking What is Possible in Mergers and Acquisitions' (Baker Donelson, 28 July 2020) https://www.bakerdonelson.com/rethinking-what-is-possible-in-mergers-and-acquisitions, Erişim Tarihi: 27.10.2024

9 Justin Lavelle, Gartner Says the Average Time to Close an M&A Deal Has Risen More Than 30 Percent in the Last Decade, GARTNER, Erişim Tarihi: 29.10.2024

10 AI in the M&A context, https://www.dentons.com/en/insights/articles/2023/july/7/ai-in-the-manda-context , July 7, 2023, Erişim tarihi: 29.10.2024

11 Legal AI will transform post-merger integration. Here's how, https://www.legadex.com/news/96/legal-ai-will-transform-post-merger-integration-here-s-how , Erişim tarihi: 29.10.2024

12 Chrisptoher M. Barlow, Ken D. Kumayama, Sonia K. Nijjar, Yingchuan (Grace) Mo, M&A in the AI Era: Key Deal Terms To Watch, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP and Affiliates, June 2024, Yavuz Akbulak tercümesi,

5. CONCLUSION

The rapid development of artificial intelligence technologies is creating a significant turning point in mergers and acquisitions processes. As part of digital transformation, AI not only accelerates and simplifies M&A processes, but also enhances efficiency in stages such as data analysis, due diligence, and post-transaction integration, thereby supporting strategic decision-making. Detailed reviews, especially in sensitive areas like data security, intellectual property, and cybersecurity, are crucial for mitigating legal and operational risks in the sector.

In the future, a deeper integration of artificial intelligence into mergers and acquisitions processes will enable transactions to be faster and more reliable. However, the ethical and judicial challenges that such technology may bring, which must be supported by human judgment, should not be overlooked. The AI sector, with its own dynamics and high-risk elements, requires more targeted and tailored strategies in M&A transactions, while buyers' efforts to preserve the target company's value post-transaction should also be supported by new regulations.

1 Kavya Sanjay Singha, "The Transformative Potential of Artificial Intelligence and its Impact on M&A Transactions", Jus Corpus Law Journal, 2023 Access Date: 08.10.2024

2 Deipenbrock, Gudula, M&A and Financial Markets in the Agre of Artificial Intelligence – Critical Observations from the Perspective of Law, Forum Mergers & Acquisitions 2023, Access Date: 15.10.2024

3 Aktuğa, Semih Serkant, "Development of Fintech Sector in Turkey", Accessed Date: 29.10.2024

4 Diri, Feyza, Yapay Zeka Teknolojisi ve Beraberinde Getirdiklerinin Türk Sağlık Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, 29 May 2024, Access Date: 29.10.2024

5 To access the full text of the EU Artificial Intelligence Regulation, please refer to the following link: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

6 T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, https://www.ab.gov.tr/ab-yapay-zeka-yasasi-yayimlandi_53836.html,12.07.2024, Access Date: 28.10.2024

7 Kavya Sanjay Singha, 2023

8 Bruce C. Doeg, 'Rethinking What is Possible in Mergers and Acquisitions' (Baker Donelson, 28 July 2020) https://www.bakerdonelson.com/rethinking-what-is-possible-in-mergers-and-acquisitions, Access Date: 27.10.2024

9 Justin Lavelle, Gartner Says the Average Time to Close an M&A Deal Has Risen More Than 30 Percent in the Last Decade, GARTNER, Access Date: 29.10.2024

10 AI in the M&A context, https://www.dentons.com/en/insights/articles/2023/july/7/ai-in-the-manda-context , July 7, 2023, Access Date: 29.10.2024

11 Legal AI will transform post-merger integration. Here's how, https://www.legadex.com/news/96/legal-ai-will-transform-post-merger-integration-here-s-how , Access Date: 29.10.2024

12 Chrisptoher M. Barlow, Ken D. Kumayama, Sonia K. Nijjar, Yingchuan (Grace) Mo, M&A in the AI Era: Key Deal Terms To Watch, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP and Affiliates, June 2024, Yavuz Akbulak tercümesi,



TR

YAPAY ZEKÂ KULLANILARAK OLUŞTURULAN REKLAMLAR HAKKINDA REKLAM KURULU KARARLARI

AV. ELVİN EGEMENOĞLU
elvin@egemenoglu.av.tr

Ticari reklamların 6502 sayılı Kanun'un 61. Maddesi uyarınca Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır.

Haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetleme yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre reklamları durdurma ve / veya aynı yöntemle düzeltme ve / veya para cezası veya gerekli görülen hallerde üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında Reklam Kurulu yetkili kılınmıştır.

Yapay zeka kullanılarak oluşturulan reklamlar 12.09.2023 tarihli ve 337 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı'nda ilk defa Reklam Kurulu'nca gündeme alınmıştır.

Reklam Kurulu yapay zeka kullanılarak oluşturulan 3 farklı reklamı incelemiş ve reklamlar hakkında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine aykırılıktan dolayı, reklamları durdurma cezası vermiştir.

DURDURMA CEZASINA SEBEP OLAN YAPAY ZEKA KULLANIMI

Şikayet konusu reklamlarda OpenAI tarafından geliştirilen yapay zeka destekli sohbet robotu olan ChatGPT'ye atıf yapıldığı görülmüştür. İnceleme konusu her bir reklamda, ürünün rakip firmalara göre üstünlüğünü kanıtlamak üzere ChatGPT'nin ''bağımsız'' görüşüne yer verilmiş ve ChatGPT adeta bir akredite değerlendirme kuruluşu yerine koyulmuştur.

- 2023/6170 Sayılı dosyada https://tr.linkedin.com/ internet sitesinde "ChatGPT'ye göre de Türkiye'nin en büyük moda perakende markası LC Waikiki" şeklinde ifadelerle reklam ve tanıtım yapıldığı tespit edilmiştir.
- 2023/6171 Sayılı dosyada ise ''https://www.instagram.com/ internet sitesinde "ChatGPT'ye sorduk, tek doğru cevap aldık! Dünyanın her noktasına hızlı, güvenli ve uygun maliyetli tüm lojistik işlemleriniz için siz de hemen Navlungo ile tanışın." şeklinde ifadelere yer verildiği tespit edilmiştir.
- 2023/6172 Sayılı dosyada ise https://tr.linkedin.com/ internet sitesinde "Yapay zekaya dayalı en popüler sohbet robotu olan ChatGPT'ye göre "Türkiye'nin en ikonik özel televizyon kanalı KanalD!" şeklinde ifadelerle reklam ve tanıtımlara yer verildiği tespit edilmiştir.

Her bir reklam üzerinde yapılan değerlendirmede, ChatGPT'ye reklamda belirtilen ifadelere ilişkin soru sorulduğunda kesinlik içermeyen ve güncel olmayan cevaplar verebildiği, dolayısıyla reklamlarda belirtilen ifadelerin nesnel ve kesin olmadığı ve araştırma sonuçlarına dayanmadığı ve tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu kanısına varılmıştır.

AB VE İNGİLTERE BAKIŞ AÇILARI:

Yapay zeka aracılığıyla oluşturan reklamlar konusunda, uluslararası arenadaki duruma ve temel yapay zeka düzenlemelerine de kısaca

ENG

ADVERTISING BOARD DECISIONS ON ADS CREATED USING ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Pursuant to Article 61 of Law No. 6502, it is fundamental that commercial advertisements conform to the principles established by the Advertisement Board, aligning with public morality, public order, and personal rights, and must be accurate, truthful, and fair.

The Advertisement Board is vested with the authority to enact regulations aimed at safeguarding consumers against unfair commercial practices. In furtherance of this mandate, the Board is empowered to conduct reviews and, where necessary, inspections of advertisements. Following such reviews and inspections, the Board may issue orders to cease and desist advertisements, require correction through identical media, impose monetary penalties, or, if deemed necessary, issue a provisional suspension of up to three months.

Advertisements created using artificial intelligence were addressed for the first time during the 337th Advertising Board Meeting held on September 12, 2023.

The Advertising Board reviewed three separate advertisement created using artificial intelligence and imposed suspension penalties on these advertisements due to violations of the provisions of the Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices Regulation and the Consumer Protection Law No. 6502.

REASON FOR SUSPENSION PENALTY RELATED TO AI USAGE

In the advertisements subject to complaints, references were made to ChatGPT, the AI-powered chatbot developed by OpenAI. In each of the reviewed advertisements, ChatGPT's "independent" opinion was presented to demonstrate the product's superiority over competitors, effectively positioning ChatGPT as if it were an accredited evaluation institution.

- In file no. 2023/6170, it was determined that advertisements and promotions were made on the website https://tr.linkedin.com/ with statements such as, "According to ChatGPT, LC Waikiki is Turkey's largest fashion retail brand."
- In file no. 2023/6171, it was determined that statements such as, "We asked ChatGPT, and we got the only correct answer! For all your fast, secure, and cost-effective logistics operations anywhere in the world, get to know Navlungo now." were used on the website https://www.instagram.com/.
- In file no. 2023/6172, it was determined that advertisements and promotions were made on the website https://tr.linkedin.com/ with statements such as, "According to ChatGPT, the most popular AI-based chatbot, KanalD is Turkey's most iconic private television channel!"

Upon evaluating each advertisement, it was concluded that ChatGPT may provide non-definitive and non-current responses to the questions posed

değinmek isteriz. Avrupa Birliği (AB), Yapay Zeka (AI) teknolojisinin hızla gelişen potansiyel risklerine karşı bir dizi düzenleme getiren Yapay Zeka Yasası ile bu alana hukuki bir çerçeve kazandırmıştır. Bu yasa, özellikle vatandaşların gizliliği ve güvenliği üzerindeki olası tehditleri hafifletmeyi amaçlamakta ve kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Yapay Zeka Yasası, reklam şirketleri için doğrudan kısıtlamalar getirmemekle birlikte, yapay zeka sağlayıcıları ile kullananlar (deployer) arasındaki rol ayrımına da dikkat çekmektedir.

Yasa uyarınca, yapay zeka aracılığıyla oluşturulan veya değiştirilen içeriklerin tümünde, Yapay Zeka tarafından oluşturulduğunun açıkça belirtilmesi zorunludur. Eş söyleyişle yapay zeka tarafından oluşturulan ses, görüntü veya videoların tüketiciler veya erişen kitleler tarafından yapay olarak üretildiğinin anlaşılması sağlanmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse; A isimli bir sosyal medya platformunda, tamamen ya da kısmen yapay zeka kullanılarak üretilen reklamlarda *"Yapay zeka ile oluşturulmuştur."* benzeri bir ifade içeren uyarılara yer verilmesi gerekmektedir. Bu kurallar, tüketici güvenini koruma ve yanıltıcı reklamların önüne geçme amacıyla düzenlenmiştir.

AB Komisyonu sözcüsü *Thomas Regnier'e* göre, yasanın getirdiği yükümlülükler büyük oranda yapay zeka sağlayıcılarına yöneliktir. Reklam şirketleri ise bu sistemleri kullanan konumda olduklarından, genellikle daha az kısıtlamayla karşılaşılması beklenmektedir. Reklam şirketi Criteo'nun hükümet ilişkileri başkan yardımcısı *Nathalie Laneret* ise reklamcılık ve pazarlamanın genellikle yüksek riskli alanlar olarak sınıflandırılmadığını, ancak iş ilanlarında hedeflenmiş reklamlar söz konusu olduğunda farklı bir durum ortaya çıkabileceğini, bu konulardaki reklamların daha riskli olduğunu vurgulamıştır. Ancak, yapay zeka sistemlerini modifiye eden veya kendi sistemleriyle bütünleştiren reklamcıların, sağlayıcı statüsüne geçebilmesi ve yasanın daha geniş yükümlülükleriyle karşılaşılması riski söz konusudur. AB Yapay Zeka Yasası'nın reklamcılık sektörü üzerindeki esasen yapay zeka kullanımını kısıtlamamakla birlikte, reklamcıların bu düzenlemeleri yakından takip etmesi önemlidir.

Birleşik Krallık Reklam Standartları Kurumu ("ASA") ise Reklam içeriğinin hangi yöntemle üretildiği yerine tüketiciler tarafından nasıl yorumlandığının önemli olduğuna dikkat çekmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda reklamın nasıl oluşturulduğu, reklam kurallarına uyulup uyulmadığını etkileyebilecektir. Örneğin, yapay zeka ile üretilmiş veya photoshop ya da sosyal medya filtreleri kullanılarak oluşturulan görüntüler yanıltıcı olarak değerlendirilebilecektir. Bunun yanı sıra ASA, bazı yapay zeka araçlarının idealize edilmiş vücut standartlarını tasvir etme eğiliminde olma gibi zararlı veya sorumsuz olarak nitelendirilebilecek somut örneklerin bulunduğunu ifade etmiştir. ASA, reklamlarında yapay zeka tarafından üretilen görselleri kullanmak isteyen reklam verenlere; potansiyel önyargı riskine karşı dikkatli olmalarını ve sosyal açıdan sorumlu olduklarından ötürü yanlışlıkla zararlı stereotipleri tasvir etmediklerinden emin olmak için reklamlarını kontrol etmelerini tavsiye etmektedir.

KAYNAKÇA

1. 337 sayılı Toplantı Basın Bülteni . (n.d.). Retrieved from https://ticaret.gov.tr/data/5d1c9edd13b87615344cd4c8/_337_Reklam_Kurulu_ Basin_Bulteni.pdf.

2. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, 2013.

3. Wright, W. (2024, August 8). How the EU's AI Act Will Impact Marketers. The Drum. https://www.thedrum.com/news/2024/08/01/how-the-eu-s-ai-act-going-effect-today-will-impact-marketers-advertisers

4. EU AI Act: first regulation on artificial intelligence | Topics | European Parliament. (2023, August 6). Topics | European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/%20eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence

5. EU Artificial Intelligence Act | Up-to-date developments and analyses of the EU AI Act. (n.d.). https://artificialintelligenceact.eu/

6. IAPP. (n.d.). https://iapp.org/news/a/%20at-aigg-2024-marketing-sits-in-a-gray-zone-under-eu-ai-act

7. Practice, A. S. a. |. C. O. A. (n.d.). Generative AI & Advertising: Decoding AI Regulation. ASA | CAP. https://www.asa.org.uk/news/generative-ai-advertising-decoding-ai-regulation.html

in these advertisements. Thus, the statements presented in the advertisements were deemed to lack objectivity, certainty, and a foundation in research findings, resulting in a determination of misleading content.

EU AND UK PERSPECTIVES:

Regarding advertisements created through Artificial Intelligence, we would like to briefly address the international landscape and key Artificial Intelligence regulations. The European Union (EU) has introduced a regulatory framework with its Artificial Intelligence Act, a set of measures aimed at addressing the rapidly evolving potential risks of Artificial Intelligence technology. This law aims to mitigate possible threats to citizens' privacy and safety, encompassing comprehensive regulations. Although the Artificial Intelligence Act does not impose direct restrictions on advertising companies, it highlights the role distinction between Artificial Intelligence providers and deployers.

Under the law, all Artificial Intelligence-generated or modified content must clearly indicate that it was created by Artificial Intelligence. In other words, it should be apparent to consumers or audiences that audio, images, or videos produced by Artificial Intelligence are artificial. By way of illustration, on a social media platform such as Platform A, any advertisements created wholly or partially using Artificial Intelligence must include a disclaimer such as *"Created with Artificial Intelligence."* These rules aim to protect consumer trust and prevent misleading advertising.

According to EU Commission spokesperson Thomas Regnier, the obligations imposed by the law are largely directed at Artificial Intelligence providers. Since advertising companies are typically in the position of users, they are generally expected to face fewer restrictions. Nathalie Laneret, Vice President of Government Relations at advertising company Criteo, noted that advertising and marketing are typically not classified as high-risk areas; however, a different scenario may arise when it comes to targeted advertising in job postings, as this type of advertising could be deemed more high-risk. Additionally, advertisers who modify or integrate AI systems with their own technology could potentially shift to provider status and be subject to the law's broader obligations. While the EU Artificial Intelligence Act does not directly restrict the use of AI in advertising, it is essential for advertisers to closely monitor these regulations.

The United Kingdom's Advertising Standards Authority (ASA), meanwhile, emphasizes that how consumers interpret an advertisement is more important than the method by which it was produced. Nonetheless, in some cases, the creation process of an ad can impact compliance with advertising rules. For instance, images generated by Artificial Intelligence or altered with Photoshop or social media filters could be deemed misleading. Moreover, ASA has pointed out specific examples of potential harm, such as certain Artificial Intelligence tools that tend to depict idealized body standards, which can be considered harmful or irresponsible. ASA advises advertisers using AI- generated visuals to be cautious of potential bias risks and to ensure, as socially responsible entities, that they avoid unintentionally portraying harmful stereotypes.

BIBLIOGRAPHY

1. Press Release No. 337 of the Meeting. (n.d.). Retrieved from https://ticaret.gov.tr/data/5d1c9edd13b87615344cd4c8/_337_Reklam_Kurulu_ Basin_Bulteni.pdf.

2. Consumer Protection Law, 2013.

3. Wright, W. (2024, August 8). How the EU's AI Act Will Impact Marketers. The Drum. https://www.thedrum.com/news/2024/08/01/how-the-eu-s-ai-act-going-effect-today-will-impact-marketers-advertisers

4. EU AI Act: first regulation on artificial intelligence | Topics | European Parliament. (2023, August 6). Topics | European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/%20eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence

5. EU Artificial Intelligence Act | Up-to-date developments and analyses of the EU AI Act. (n.d.). https://artificialintelligenceact.eu/

6. IAPP. (n.d.). https://iapp.org/news/a/%20at-aigg-2024-marketing-sits-in-a-gray-zone-under-eu-ai-act

7. Practice, A. S. a. |. C. O. A. (n.d.). Generative AI & Advertising: Decoding AI Regulation. ASA | CAP. https://www.asa.org.uk/news/generative-ai-advertising-decoding-ai-regulation.html



TR

YAPAY ZEKÂ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU

AV. ERVA ÇOLAK
ecolak@egemenoglu.av.tr

Yapay zekâ sistemleri, son yıllarda hızla gelişen ve günlük hayatımızda daha fazla yer bulan bir teknoloji alanıdır. Yapay zekâ sistemlerinin hızla gelişmesiyle birlikte kişisel verilerin korunması, giderek daha fazla önem kazanmaktadır.

Yapay zekanın geliştirilmesinde bireylerin kişisel verilerinin de kullanılıyor olması, bu sistemler aracılığı ile bireyler hakkında fikir sahibi olunabilmesi ve bireylerin bu kişisel veriler üzerindeki hakları kapsamında; yapay zekâ alanında faaliyet gösteren geliştiriciler, üreticiler, servis sağlayıcılar ve karar alıcılar için bireylerin kişisel verilerini işlerken uygun hukuki sebebin tayini ve sistemlerin temel veri koruma ilkelerine uygun olarak tasarlanması önem taşımaktadır. Türk hukukunda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKK") ve ilgili mevzuat düzenlemeleri ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu ("Kurul") rehber ve yayınları kişisel verilerin korunmasına dair çeşitli düzenlemeler sunarken, küresel düzeyde de Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ("GDPR") gibi kapsamlı düzenlemeler bulunmaktadır.

1. YAPAY ZEKÂ VE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Makine öğrenmesi, derin öğrenme ve üretken yapay zekanın oluşmasında kullanılan veriler kişisel veri olduğunda yapay zekâ ve kişisel verilerin korunması hukukunun kesişimi söz konusu olmakta bu verilerin işlenmesi bakımından kişisel verilerin korunması hukuku temel ilkeleri bakımından hukuki değerlendirme yapmak gerekmektedir.

a. Kişisel Veri

Konunun daha detaylı anlaşılabilmesi açısından kişisel veri kavramı ile kastın ne olduğunun anlaşılması faydalı olacaktır. KVKK bakımından kişisel veriler tanımına bakıldığında KVKK m. 3'te "kimliği belirli ve belirlenebilir nitelikte gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" kişisel veri olarak tanımlandığı görülecektir. GDPR m. 4'te ise kişisel verinin kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ("veri öznesi") ilişkin her türlü bilgi olduğu ifade edilmiş ayrıca kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ifade edilmek istendiği de açıklanmıştır. Buna göre, kimliği belirlenebilir bir gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı gibi bir tanımlayıcıya ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmiş bir kişidir. GDPR'da kimliği belirlenebilir olmak ile anlaşılması gerekenin ne olduğu açık bir şekilde yer almaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu ("Kurum") da kimliği belirlenebilir olmak ile anlaşılması gerekenin ne olduğuna ilişkin GDPR ile paralel değerlendirme yapmaktadır.

Kurum'un son güncel Kamuoyu Duyuruları'ndan birinde[1] kişisel verinin, sadece bireyin adı, soyadı gibi onun **kesin teşhisini sağlayan bilgiler** değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgileri de kapsadığı, bir kişinin belirlenebilir olmasının, mevcut verilerin herhangi bir şekilde *bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade ettiği,* yani **verilerin**; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden

ENG

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PERSONAL DATA PROTECTION LAW

Artificial intelligence systems are an area of technology that has developed rapidly in recent years and has become more and more present in our daily lives. With the rapid development of artificial intelligence systems, the protection of personal data is becoming increasingly important.

In the context of using of personal data of natural persons in the development of artificial intelligence, the ability to have an idea about natural persons through these systems and the rights of natural persons on their personal data; that is important for developers, manufacturers, service providers and decision makers operating in the field of artificial intelligence to determine the appropriate legal grounds when processing the personal data of natural persons and to design the systems in accordance with the basic data protection principles. In Turkish Law, the Personal Data Protection Law No. 6698 ("PDPL") and related legislative regulations and the Personal Data Protection Board's ("Board") guidelines and publications provide various regulations on the protection of personal data, while at the global level, there are comprehensive regulations such as the European Union General Data Protection Regulation ("GDPR").

1. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PROCESSING OF PERSONAL DATA

When the data used in the formation of machine learning, deep learning and generative artificial intelligence are personal data, there is an intersection of artificial intelligence and personal data protection law, and it is necessary to make a legal assessment in terms of the basic principles of personal data protection law in terms of the processing of these data.

a. Personel Data

For a more detailed understanding of the issue, it would be useful to understand what is meant by the concept of personal data. When we look at the definition of personal data in terms of PDPL, it will be seen that "any information relating to an identified or identifiable natural person" is defined as personal data in Article 3 of PDPL. In Article 4 of the GDPR, it is stated that personal data is any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject") and it is also explained what is meant by an identifiable natural person. Accordingly, an identifiable natural person is one who has been identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person. It is clearly stated in the GDPR what should be understood by being identifiable. The Personal Data Protection Authority ("Authority") also makes a parallel assessment with the GDPR on what should be understood by being identifiable.

In one of the latest Public Announcements of the Authority[1], it is stated that personal data includes not only **information that enables the identification of** an natural person such as his/her name and surname, but also information regarding the physical, familial, economic, social and other characteristics

somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsadığı dolayısıyla kişisel verinin, ilgili kişinin doğrudan kimliğini gösterebileceği gibi o kişinin kimliğini doğrudan göstermemekle birlikte herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm bilgileri de kapsamakta olduğu; kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

b. Yapay Zekâ

Yapay Zeka kavramının tanımı henüz üzerinde uzlaşma sağlanamamış pek çok uzmanın üzerinde çalıştığı bir konudur. Pek çok farklı tanım ve yaklaşım olsa da OECD'nin (Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü), Yapay Zeka'ya yönelik güncel tanımı[2] aşağıdaki gibidir.

"Bir yapay zekâ sistemi, aldığı girdi verilerinden açık veya örtük hedefler doğrultusunda tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılar üreterek fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilen makine tabanlı bir sistemdir. Farklı yapay zeka sistemleri, dağıtıldıktan sonra otonomi ve uyarlanabilirlik seviyeleri bakımından farklılık gösterir."

Avrupa Konseyi Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Çerçeve Sözleşmesi'de[3] tanımı OECD'nin güncel tanımına paralel olarak düzenlenmiştir. Bu tanım, yapay zekâ sistemlerinin insan tarafından belirlenen hedeflere ulaşabilmek için verileri nasıl işlediğini ve uyum sağlama yeteneklerini vurgulamaktadır. Yapay Zekâ sistemleri, makine öğrenmesi, derin öğrenme, büyük dil modelleri ve üretken yapay zekâ gibi tekniklerle donatılmış, otonom ve uyumlu sistemlerdir. Otonomi, bir yapay zekâ sisteminin insan müdahalesi olmadan çalışabilme kapasitesini ifade ederken, uyum ise yapay zeka sistemlerinin dağıtıldıktan sonra kendilerini nasıl adapte edebileceğini tanımlar. Örneğin, bir öneri sistemi, kullanıcıların tercihlerine göre zaman içinde daha doğru önerilerde bulunacak şekilde kendini uyarlayabilir. Bu adaptasyon, yapay zekâ sistemlerinin performansını sürekli olarak geliştirme potansiyelini ortaya koyar.

c. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesi KVKK m.3/1-e'de *kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem" olarak tanımlanmıştır.* Bu tanım kapsamında örneğin bir e-ticaret platformu, bireylerin satın alma geçmişine dayalı olarak yeni ürün önerilerinde bulunmak için makine öğrenmesi algoritmaları kullandığında otomatik yol[4] ile kişisel veri işleme gerçekleştirecektir.

2. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN TASARIMI: TEMEL İLKELER

KVKK m.4'te kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu olan ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkeleridir.

Bu ilkelere uymak kişisel veri işleyebilmenin ilk eşiğidir. Bir diğer anlatımı ile bu ilkelere uyum sağlanmadığında bireylerin onayı alınmış olsa dahi kişisel veri işleme gerçekleştirilemeyecektir.

of the natural person, and that the identifiability of a person refers to *making that person identifiable by associating existing data with a natural person in any way,* **the data**; the personal data may directly indicate the identity of the person concerned or may not directly indicate the identity of the person concerned, but it also includes all information that enables the person to be identified as a result of its association with any record; and all data that directly or indirectly makes the person identifiable should be considered personal data.

b. Artificial Intelligence

The definition of the concept of Artificial Intelligence is still a subject on which there is no consensus and on which many experts are still working. Although there are many different definitions and approaches, the OECD's (Organisation for Economic Co-operation and Development) current definition of Artificial Intelligence is as follows.[2]

"An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment."

In the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law,[3] the definition of has been revised in line with the OECD's current definition. This definition emphasizes how AI systems process data and their ability to adapt in order to achieve goals set by humans. AI systems are autonomous and adaptive systems equipped with techniques such as machine learning, deep learning, big language models and generative artificial intelligence. Autonomy refers to the capacity of an AI system to operate without human intervention, while adaptability describes how AI systems can adapt themselves once deployed. For example, a recommender system can adapt itself to make more accurate recommendations over time based on users' preferences. This adaptation demonstrates the potential for AI systems to continuously improve their performance.

c. Processing of Personal Data

Processing of personal data is defined in Article 3/1-e of the PDPL as *"any operation which is performed on personal data, wholly or partially by automated means or non-automated means which provided that form part of a data filing system, such as collection, recording, storage, protection, alteration, adaptation, disclosure, transfer, retrieval, making available for collection, categorization, preventing the use thereof"*. Within the scope of this definition, for example, when an e-commerce platform uses machine learning algorithms to make new product recommendations based on natural persons purchase history, it will automatically process[4] personal data with.

2. DESIGN OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: BASIC PRINCIPLES

Article 4 of the PDPL sets out the principles that must be complied with in the processing of personal data. These principles include lawfulness and fairness; being accurate and kept up to date where necessary; being processed for specified, explicit and legitimate purposes; being relevant, limited and proportionate to the purposes for which they are processed.

Complying with these principles is the first threshold for processing personal data. In other words, if these principles are not complied with, personal data processing will not be possible even if the consent of natural persons is obtained

Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma	Hukuka uygun olma ilkesi hem Türk hukukuna hem de evrensel hukuk kurallarına uygun olmayı kapsayan geniş bir ilkedir. Dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi ise veri sorumlusunun veri işlemedeki hedeflerine ulaşmaya çalışırken ilgili kişinin beklemediği ve beklemesinin de gerekmediği sonuçların ortaya çıkmasını önleyici şekilde hareket etmesi gerekliliğidir. Kurum, Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler yayımında *("Tavsiye Kararı")*[5] bu ilkenin görünümü olarak veri toplama da dâhil olmak üzere veri işlemenin her aşamasında temel hak ve özgürlükler gözetilerek, ilgili kişiler üzerinde meydana gelebilecek *ayrımcılık riski veya diğer olumsuz etkiler ve önyargıların önlenmesi* gerektiğini ifade etmiştir. Hukuka uygun olma ilkesine bir örnek olarak; rekabet hukuku kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması görünümlerinden birisi olan platformlar arası kişisel veri birleştirme amacıyla kişisel veri işlenmesi, işlenen kişisel verilerin hukuka uygun olmayarak işlendiği anlamına gelecektir.[6]
Doğru ve Gerektiğinde Güncel Olma	Doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilişkili bir ilkedir. Kurum'un Tavsiye Kararı'nda geliştirilen modelin doğruluğunun sürekli izlenmesi vurgulanmıştır.
Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar için İşlenme	Bu ilke, veri sorumlusunun veri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemesini ve bu amacın meşru olmasını zorunlu kılmaktadır.[7] Fransız Veri Koruma Otoritesi ("CNIL") işleme amacının tespiti bakımından makine öğrenmesini kullanan bir yapay zekâ sisteminin hem öğrenme hem üretim aşamasında amaçların ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.[8]
Veri Minimizasyonu (İşleme Amacıyla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olma)	Bu ilke işlenmesi gerektiğinden daha fazla kişisel veri işlenmemesi ile ilgili bir ilkedir. Kurum'un Tavsiye Kararı'nda yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesi ve uygulanmasında aynı sonuca kişisel veri işlenmeksizin ulaşılabiliyorsa, verilerin anonim hale getirilerek işlenmesi yöntemleri tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.
Uygun Sürenin Tespiti	Bu ilke işlenen kişisel verilerin mevzuatsal dayanağı var ise mevzuatta yer alan dayanak süre kadar, yok ise veri sorumlusu tarafından belirlenecek amaçla bağlantılı makul süre kadar işlenmesini ifade etmektedir.

Lawfulness and fairness	The principle of lawfulness is a broad principle that covers compliance with both Turkish law and universal legal rules. The principle of fairness is that the data controller should act in a way that prevents the occurrence of consequences that the data subject does not expect and should not expect while trying to achieve its objectives in data processing. In its Recommendations on the Protection of Personal Data in the Field of Artificial Intelligence ("Recommendation")[5], the Authority stated that the risk of discrimination or other adverse effects and prejudices that may occur on the data subjects should be prevented by observing fundamental rights and freedoms at every stage of data processing, including data collection. As an example of the principle of lawfulness; processing personal data for the purpose of merging personal data between platforms, which is one of the manifestations of abuse of dominant position under competition law, will mean that the processed personal data is processed unlawfully.[6]
Being Accurate and Up-to-Date Where Necessary	The principle of being accurate and up-to-date where necessary is a principle closely related to the fundamental rights and freedoms of the natural person concerned. The Authority's Recommendation emphasizes the continuous monitoring of the accuracy of the model developed.
Processing for Specific, Explicit and Legitimate Purposes	This principle requires the controller to clearly and precisely identify the purpose of data processing and that this purpose is legitimate.[7] The French Data Protection Authority ("CNIL") has emphasized that, in terms of determining the purpose of processing, the purposes must be determined separately in both the learning and production phases of an artificial intelligence system using machine learning.[8]
Data Minimization (Being Relevant, Limited and Measured for the Purpose of Processing)	This principle is about not processing more personal data than necessary. In the Recommendation of the Authority, it is stated that in the development and implementation of artificial intelligence technologies, if the same result can be achieved without processing personal data, methods of anonymizing and processing data should be preferred.
Determination of the Suitable Timeframe	This principle states that the personal data processed shall be processed for the period of time specified in the legislation, if there is a legal basis, or for a reasonable period of time related to the purpose to be determined by the data controller, if there is no legal basis.

3. YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİNİN GELİŞTİRİLMESİNDE KULLANILAN KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNE İLİŞKİN HUKUKİ SEBEP DEĞERLENDİRMESİ

Yapay zekâ sistemlerinin hem öğrenme hem üretim aşamasında kişisel verilerin işlenebilmesi için yukarıda yer verilen ilkeler ile KVKK m.5/1 ve KVKK m.6'da yer verilen işleme sebeplerinden uygun olan işleme sebebinin tespiti de önem arz etmektedir. Bu maddelerde yer alan işleme sebeplerinden birisi var olmasına rağmen bireylerden açık rıza alınması[9] ya da hizmetin açık rıza şartına bağlanması[10] yolu tercih edilirse bu da hukuka uygun bir işleme olmadığı anlamına gelecektir.

Örnek olarak İtalya Veri Koruma Otoritesi ("Garante") OpenAI'ın ChatGbt aracılığı ile işlemiş olduğu veriler bakımında vermiş olduğu kararında, OpenAI'ın veri işleme hukuki sebebinin açıkça belirtilmesi gerektiğini, sözleşmenin kurulması ve ifası hukuki sebebinin yeterli olmadığını dayanılması gereken hukuki sebebin ilgili kişilerinin onayının alınması olduğunu ve bir takım diğer hukuka uygun olmayan uygulamalarını belirtmiştir. Bu eksiklerin giderilmesi için süre vermiş, eksiklikler giderilene kadar uygulamanın İtalya'da kullanımına sınırlama getirmiştir.[11]

Meşru menfaat hukuki sebebine dayanılması ile ilgili olarak, ICO, yapay zekanın geliştirilmesinde meşru menfaat hukuki sebebine dayanmak isteyen bir veri sorumlusu hakkında belirli değerlendirmeler yapmıştır. Yapay zekâ modelinin geliştirilmesi için farklı değişkenler deneme konusunda en geniş hareket alanını meşru menfaat sağlayabilir; ancak meşru menfaat değerlendirmesinin bir parçası olarak, veri sorumlusunun kullanmayı planladığı değişkenlerin ve modellerin amaca ulaşmak için makul bir yaklaşım olduğunu göstermesi gerekmektedir. Veri sorumlusu, tüm amaçlarını net bir şekilde tanımlayarak ve topladığı her veri türünün kullanımını gerekçelendirerek bu gerekliliği en iyi şekilde karşılayabilir—böylece meşru menfaat değerlendirmesinde gereklilik ve dengeleme unsurlarını gözden geçirebilir. Amaçlar netleştikçe, meşru menfaat değerlendirmesi de yeniden gözden geçirilmelidir. Örneğin, bazı verilerin tahmin yapmak için faydalı olabileceği ihtimali, tek başına bu verilerin modelin inşası için işlenmesinin gerekli olduğunu kanıtlamak için yeterli değildir.[12]

Yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesinde en çok kullanılan kişisel veriler ulaşılabilir olmasından kaynaklı olarak alenileştirilmiş kişisel verilerdir. Alenileştirme hukuki sebebine dayanılarak kişisel verilerin işlenebilmesi için bireyin kişisel verilerinin herkesin erişimine açık olması yeterli olmamaktadır. Alenileştirilen kişisel verinin işlenebilmesi için bireyin alenileştirme amacının da tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer bireyin alenileştirme amacı ile kişisel veri işleme amacı birbiri ile uyumlu değilse bu kişisel veri işlenemeyecektir.[13] Yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesinde alenileştirilmiş veri kullanılmasına ilişkin önemli bir karar CNIL tarafından verilmiştir. CNIL, Clearview AI'nin yüz tanıma sistemini kişilerin izni olmadan internetten topladığı fotoğraflarla geliştirdiği için hukuka aykırı bulmuştur. Bu sistemin, kişilerin makul beklentilerinin dışında veri topladığı açıkça ifade edilmiştir.[14]

4. VERİ SORUMLUSU – VERİ İŞLEYEN – ORTAK VERİ SORUMLULUĞUNUN TESPİTİ

Kişisel veri işleme esaslı yapay zekâ çalışmalarının farklı paydaşlarının veri sorumlusu veya veri işleyen olma statüleri projenin başında belirlenmeli, ortak veri sorumluluğu mevcut ise bunun tespiti yapılmalıdır. Alınacak sorumlulukların tespiti ve aydınlatma yükümlülüğünü kimin yerine getireceğinin belirlenebilmesi açısından önemlidir.

3. LEGAL BASIS ASSESSMENT REGARDING THE PROCESSING OF PERSONAL DATA USED IN THE DEVELOPMENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES

In both the learning and production phases of artificial intelligence systems, determining the appropriate legal basis for processing personal data, as outlined in Article 5/1 and Article 6 of the Turkish Personal Data Protection Law (KVKK), alongside the principles mentioned above, is of critical importance. Even if one of the legal grounds specified in these articles exists, opting to obtain explicit consent[9] from natural persons or conditioning the service on explicit consent[10] would still result in processing that is not legally compliant.

For example, in its decision regarding the data processed by OpenAI through its ChatGPT tool, the Italian Data Protection Authority ("Garante") emphasized that OpenAI must clearly specify the legal basis for data processing. It ruled that the legal basis of contract formation and performance was insufficient and that the proper legal basis should be obtaining the consent of the natural persons concerned. The authority also highlighted several other non-compliant practices. It granted a deadline for rectifying these deficiencies and imposed restrictions on the use of the application in Italy until the shortcomings were addressed.[11]

Regarding reliance on the legal basis of legitimate interest, the ICO has made specific assessments concerning a data controller wishing to rely on legitimate interest in the development of artificial intelligence. Legitimate interest can provide the broadest scope for experimenting with different variables in developing an AI model; however, as part of a legitimate interest assessment, the data controller must demonstrate that the variables and models they plan to use represent a reasonable approach to achieving the intended purpose.The data controller can best fulfill this requirement by clearly defining all their objectives and justifying the use of each type of data collected, thus reviewing the necessity and balancing elements in the legitimate interest assessment. As the objectives become clearer, the legitimate interest assessment should also be revisited. For instance, the mere possibility that certain data might be useful for making predictions is insufficient, on its own, to prove that processing this data is necessary for building the model.[12]

In the development of artificial intelligence systems, the most commonly used personal data are publicized personal data due to their accessibility. However, for personal data to be processed based on the legal basis of publicization, it is not sufficient for the data to merely be publicly accessible. The purpose of publicization by the natural person must also be identified. If the natural person's purpose for publicizing the data is not aligned with the purpose of data processing, the personal data cannot be processed.[13] A significant decision regarding the use of publicized data in AI development was made by the French Data Protection Authority ("CNIL"). The CNIL deemed Clearview AI's use of internet-sourced photographs to develop its facial recognition system without natural person's consent unlawful. It explicitly stated that this system collected data beyond natural person's reasonable expectations.[14]

4. THE IMPORTANCE OF DETERMINING DATA CONTROLLER, DATA PROCESSOR, AND JOINT DATA CONTROLLER RESPONSIBILITIES

In artificial intelligence projects based on personal data processing, the roles of stakeholders as data controllers or data processors must be determined at the outset of the project, and if joint data controllership exists, this should also be identified. This is crucial for defining the responsibilities to be assumed and determining who will fulfill the obligation to provide information to data subjects.

5. SOSYAL PUANLAMA VE TOPLU GÖZETİM AMACIYLA YAPAY ZEKA SİSTEMLERİNİN KULLANILMASI

Sosyal puanlama ve toplu gözetim, bireylerin sürekli izlenmesi ve bu izleme verilerinin onların sosyal veya ekonomik statüsünü etkileyen bir sistem içinde puanlanması anlamına gelir. Bu tür sistemler, bireylerin davranışlarının, alışkanlıklarının ve ilişkilerinin düzenli olarak takip edilip kaydedilmesiyle işler ve sonuç olarak kişilerin iş bulma, eğitim alma veya toplumsal hizmetlerden yararlanma gibi konularda yaşamlarını etkileyebilir. Bu uygulamalar UNESCO'nun Tavsiye Kararı'nda yasaklanmıştır.[15] Tavsiye Karar'da bireylerin münhasıran kendi görüşleri dikkate alınmaksızın otomatik işlemeye dayalı olarak kendilerini etkileyecek bir karara maruz kalmamalarını sağlayacak ürün ve hizmetlerin yapay zekâ sistem geliştiricileri tarafından tasarlanması gerektiği ifade edilmiştir.

6. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN GELİŞTİRİLMESİNDE RİSK TEMELLİ VE HAK TEMELLİ YAKLAŞIM

Hak temelli yaklaşım, bireylerin temel haklarına odaklanırken, veri koruma haklarını, örneğin onay verme, erişim ve silme haklarını içerir ve bireylere yönelik zararları önlemeye yönelik düzenlemeler sunar. Buna karşın, risk temelli yaklaşım[16], veri korumayı bir risk düzenleme disiplini olarak ele alır ve zararların önlenmesi için organizasyonel ve teknolojik önlemler almayı vurgular. Yapay zeka bağlamında her iki yaklaşım da anlamlıdır ancak risk temelli yaklaşım özellikle önemlidir. ABD'deki bazı kamu sektörü uygulamalarında olduğu gibi, Yapay Zekânın olumsuz etkilerini önlemek amacıyla düzenli denetimler, kullanıcıların verilere erişimi ve sistemlerin test edilmesi gibi tedbirler önerilmektedir. GDPR, gizlilik tasarımı ve varsayılan olarak gizlilik ilkeleri ile AI'nin kötüye kullanımını engellemeyi amaçlayan çeşitli önlemler sunmaktadır. Ayrıca, veri denetleyicilerinin büyüklüğüne ve kaynaklarına göre farklılaştırılmış risk önleme tedbirlerinin uygulanması gerektiği, bu tedbirlerin denetleyicilerin mali ve teknik kapasiteleriyle uyumlu olarak belirlenmesi gerektiği tartışılmaktadır.[17]

7. BİREYLERİN HAKLARI

KVKK m.11 g bendinde işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkı düzenlenmiştir. Yapay zeka sistemleri aracılığı ile veri işleme durumunda birey aynı zamanda kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.

5. THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS FOR SOCIAL SCORING AND MASS SURVEILLANCE

Social scoring and mass surveillance refer to the continuous monitoring of natural persons and the use of the collected data to assign scores within a system that impacts their social or economic status. These systems function by regularly tracking and recording natural person's behaviors, habits, and relationships, potentially affecting their ability to secure employment, access education, or benefit from public services. Such practices are prohibited under UNESCO's Recommendation.[15] The Recommendation emphasizes that AI system developers should design products and services that prevent natural persons from being subject to decisions based solely on automated processing without considering their exclusive perspectives.

6. RISK-BASED AND RIGHTS-BASED APPROACH IN THE DEVELOPMENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS

While the rights-based approach focuses on the fundamental rights of inaturl p, it includes data protection rights, such as the rights to consent, access and erasure, and provides regulations to prevent harm to natural persons. In contrast, the risk-based approach[16] treats data protection as a risk regulation discipline and emphasizes taking organizational and technological measures to prevent harm. Both approaches make sense in the context of AI, but the risk-based approach is particularly important. As in some public sector applications in the US, measures such as regular audits, user access to data, and testing of systems are recommended to prevent adverse impacts of AI. The GDPR provides several measures aimed at preventing the misuse of AI through privacy design and privacy by default principles. It is also argued that differentiated risk prevention measures should be applied according to the size and resources of data controllers, and that these measures should be determined in line with the financial and technical capacities of controllers.[17]

7. RIGHTS OF NATURAL PERSONS

The rights-based approach focuses on natural persons' fundamental rights, including data protection rights such as consent, access, and erasure, and provides regulations aimed at preventing harm to natural persons. In contrast, the risk-based approach views data protection as a risk regulation discipline, emphasizing organizational and technological measures to prevent harm. Both approaches are meaningful in the context of artificial intelligence however, the risk-based approach is particularly significant. Measures such as regular audits, user access to data, and testing of systems, as seen in certain public sector applications in the United States, are recommended to prevent the negative impacts of AI. GDPR provides various measures to prevent AI misuse through principles such as privacy by design and privacy by default. Additionally, it is discussed that risk prevention measures should be differentiated based on the size and resources of data controllers, ensuring that these measures align with their financial and technical capacities.

8. SONUÇ

Kişisel verilerin korunması, dünyada gizlilik kapsamında uyum yasalarıyla temellendirilmiş ve şekillenmiştir. Yapay zekâ ve gizlilik yasaları gelişmeye devam ederken yapay zekâ geliştiriciler, üreticiler ve servis sağlayıcıların süreçleri bakımından sürdürülebilir kalkınma, dürüstlük kuralı ve mahremiyet de dahil olmak üzere insan hakları ve demokratik değerler; şeffaflık, açıklanabilirlik ve hesap verilebilirlik ilkelerine uygun bir yaklaşım sergilemeleri gerekmektedir. Bu sistemleri inşa eden veri sorumlularının risk yaklaşımlarında ve kişisel veri işleme süreçlerinde uygun hukuki sebepleri tespit etmeleri önemli bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır.

1 KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU | KVKK | Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanlığı. (n.d.). https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7989/-Arastirma-Sirketlerinin-Istatistiksel-%20Arastirma-Yapmak-Amaciyla-Rastgele-Numara-Cevirme-ile-Telefon-Mulakati-%20Yontemi-Kullanarak-Gerceklestirdikleri-Kisisel-Veri-Isleme-Faaliyetleri-%20Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu

2 OECD, EXPLANATORY MEMORANDUM ON THE UPDATED OECD DEFINITION OF AN AI SYSTEM, (05 Mar 2024) https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/explanatory-memorandum-on-the-updated-oecd-definition-of-an-ai-system_623da898-en

3 Council of Europe. (2024). "Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law" (Vilnius, 5.IX.2024). Retrieved from https://rm.coe.int/1680afae3c

4 Otomatik olarak veri işleme, bilgisayar, telefon, saat vb. işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden gerçekleşen işleme faaliyetidir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 SAYILI KANUNDA YER ALAN TERİMLER https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4186/6698-Sayili-Kanunda-Yer-Alan-Terimler

5 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, YAPAY ZEKÂ ALANINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA DAİR TAVSİYELER https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler

6 Rekabet kurumu - Anasayfa. (n.d.). Rekabet Kurumu. https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/meta-ya-gunluk-4-7-%20milyon-tl-idari-para-cezasi--762e5db1f4e4ee1193c8005056858%205c9

7 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler

8 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, AI: ensuring GDPR compliance https://www.cnil.fr/en/ai-ensuring-gdpr-compliance

9 KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU | KVKK | Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanlığı. (n.d.-b). https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7151/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-%20Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar-2

10 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Hizmetin Açık Rıza Şartına Bağlanması https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi

11 DocWeb. (n.d.). Garante Privacy. https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/%20docweb/9874751

12 ICO. (n.d.). Guidance on AI and data protection. https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/artificial-intelligence/guidance-on-ai-and-data-protection/

13 Kişisel Verileri Koruma Kurumu "Alenileştirme" Hakkında Kamuoyu Duyurusu (16 Aralık 2020) https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6843/-ALENILESTIRME-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU

14 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, "Facial recognition: 20 million euros penalty against CLEARVIEW AI", 20 Ekim 2022, bkz. https://www.cnil.fr/en/facial-recognition-20-million-euros-penaltyagainst-clearview-ai

15 Unesco, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, https://www.unesco.org/en/articles/recommendation-ethics-artificial-intelligence (26 Eylül 2024)

16 Key issue 3: Risk-Based Approach - EU AI Act. (n.d.). https://www.euaiact.com/key-issue/3

17 European Data Protection Board, The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf

8. CONCLUSION

The protection of personal data has been established and shaped by compliance laws under the scope of privacy worldwide. As artificial intelligence and privacy laws continue to evolve, it is essential for AI developers, manufacturers, and service providers to adopt an approach aligned with sustainable development the principle of fairness, human rights and democratic values, including privacy. They must also adhere to the principles of transparency, explainability, and accountability in their processes. For data controllers building these systems identifying appropriate legal bases in their risk assessments and personal data processing activities emerges as a critical point.

1. Personal Data Protection Authority (n.d.). https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7989/-Arastirma-Sirketlerinin-Istatistiksel-%20Arastirma-Yapmak-Amaciyla-Rastgele-Numara-Cevirme-ile-Telefon-Mulakati-%20Yontemi-Kullanarak-Gerceklestirdikleri-Kisisel-Veri-Isleme-Faaliyetleri-%20Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu

2. 2 OECD, EXPLANATORY MEMORANDUM ON THE UPDATED OECD DEFINITION OF AN AI SYSTEM, (05 Mar 2024) https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/explanatory-memorandum-on-the-updated-oecd-definition-of-an-ai-system_623da898-en

3.Council of Europe. (2024). "Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law" (Vilnius, 5.IX.2024). Retrieved from https://rm.coe.int/1680afae3c

4.Automated data processing is a processing activity that is performed by devices with processors such as computers, phones, watches, etc., and that takes place spontaneously without human intervention within the scope of algorithms prepared in advance through software or hardware features.Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 SAYILI KANUNDA YER ALAN TERİMLER https://www.kvkk.gov.tr/ Icerik/4186/6698-Sayili-Kanunda-Yer-Alan-Terimler

5.The Personal Data Protection Authority, PERSONAL DATA IN THE FIELD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE RECOMMENDATIONS FOR PROTECTION https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Recommendations on the Protection of Personal Data in the Field of Artificial Intelligence

6.Competition Authority - Homepage. (n.d.). Competition Authority. https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/meta-ya-gunluk-4-7-%20milyon-tl-idari-para-cezasi--762e5db1f4e4ee1193c8005056858%205c9

7.Personal Data Protection Authority, PROCESSING OF PERSONAL DATA

BASIC PRINCIPLES, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler

8. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, AI: ensuring GDPR compliance https://www.cnil.fr/en/ai-ensuring-gdpr-compliance

9.Personal Data Protection Authority | PDPL | (n.d.-b). https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7151/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-%20Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar-2

10. Personal Data Protection Authority, Making the Service Conditional on Explicit Consent https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi

11. DocWeb. (n.d.). Garante Privacy. https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/%20docweb/9874751

12. ICO. (n.d.). Guidance on AI and data protection. https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/artificial-intelligence/guidance-on-ai-and-data-protection/

13. Personal Data Protection Authority Public Announcement on "Publicization" (16 December 2020) https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6843/-ALENILESTIRME-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU

14. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, "Facial recognition: 20 million euros penalty against CLEARVIEW AI", 20 Ekim 2022, bkz. https://www.cnil.fr/en/facial-recognition-20-million-euros-penaltyagainst-clearview-ai

15.Unesco, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, https://www.unesco.org/en/articles/recommendation-ethics-artificial-intelligence (26 September 2024)

16.Key issue 3: Risk-Based Approach - EU AI Act. (n.d.). https://www.euaiact.com/key-issue/3

17.European Data Protection Board, The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf



TR

YAPAY ZEKANIN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİ

AV. NAZLICAN AYDOĞDU
naydogdu@egemenoglu.com

I. GİRİŞ

Yapay zeka, modern dünyada pek çok alanda yenilikler sunarak hem iş gücünü hem de insanın günlük yaşamını yeniden şekillendirmektedir. Günümüzdeki gelişmelerle birlikte, yapay zekanın artık yaratıcı süreçlere dahil olarak fikri ürünler ortaya çıkarabilmesi de dikkat çekmektedir. Ancak, bu yeni fikri ürünlerin yasal statüsü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ("FSEK") henüz bir karşılık bulmamıştır. Teknolojinin bu denli hızlı ilerlemesi göz önüne alındığında, yapay zekaya yönelik hukuki düzenlemelerin yakın gelecekte kaçınılmaz olacağı açıktır. Gelecek düzenlemelerde çözülmesi gereken en temel mesele, yapay zeka tarafından üretilen bu fikri ürünlerin hukuki tanımlanması ve bu ürünlerin sahipliği konusudur. Bu çerçevede yapay zekanın ortaya koyduğu fikri ürünlerin hukuki boyutlarını değerlendirmek gerekmektedir.[1]

1. Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerin Hukuki Niteliği

Yapay zeka, ulaşımdan sağlığa kadar geniş bir yelpazede faaliyet gösterirken, günümüzde müzik, resim, portre, şiir, roman ve hikâye gibi birçok yaratıcı eserin de üreticisi haline gelmiştir. Obvious adlı bir Fransız sanat kolektifinin ürettiği ve Christie's müzayede evinde satılan "Portrait of Edmond de Belamy" adlı yapay zeka algoritması tarafından üretilen ilk eser olarak sanat dünyasında yankı uyandıran tablo beklenenin 45 katı bir değere ulaşarak 432 bin dolara satılarak tarihinde bir ilki gerçekleştirmiştir.[2] Rutgers Üniversitesi'nden "Ahmed Elgammal" ve ekibi, yapay zeka ile sanatın buluşması üzerine yapılan araştırmalar sonucunda "AICAN" adlı algoritmayı geliştirerek 15 ila 20. yüzyıl batı sanatını yansıtan eserlerle beslenmiş "Bir Tüccarın Yüzü Olmayan Portresi" ve "Zamanı Aşan Yüzsüz Portreler" sergisinde sergilenmiştir ve algoritma tarafından üretilen eserlerin, kendisine temel oluşturan resim kümesinden tamamen farklı olduğu iddia edilmektedir. Bir diğer örnekte ise yapay zeka tarafından üretilen bir şarkı, Grammy ödüllerine aday gösterilmiştir. Ghostwriter adlı anonim sanatçının tasarladığı "Heart on My Sleeve" adlı şarkı YouTube ve dijital müzik platformlarında yayımlandıktan sonra Universal Music, dijital yayın sağlayıcılarına "erişimden kaldırma bildirimleri" göndererek hemen kaldırmıştır.[3] Örneklerden de görüldüğü üzere, yapay zekanın bu tür yaratıcı ve zeka ürünü olarak kabul edilen eserleri ortaya koymasıyla birlikte, bu eserlerin yasal sahibinin kim olacağı, hakların nasıl kullanılacağı ve sorumluluğun nasıl belirleneceği konuları yoğun tartışmalara konu olmuştur.

2. Yapay Zeka İle Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin Eser Niteliği ve Hak Sahipliği

Mevcut hukuk kuralları çerçevesinde yalnızca "gerçek kişiler" eser sahibi olarak kabul edildiğinden, yapay zekanın ürettiği eserler için bu tanımın geçerli olup olmadığı şu an için olumlu bir yanıt bulmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde yapay zekanın yaratıcısı, kullanıcısı, sahibi ya da eser üzerindeki hak sahipliği gibi farklı alternatifler tartışılmaktadır. Hatta, yapay zekanın ürettiği eserlerin sahibinin bizzat yapay zekanın kendisi olabileceği önerisi, yenilikçi bir yaklaşım olarak sunulsa da çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.

Yapay zekanın yarattığı ürünlerin eser olarak kabul

ENG

THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

I. INTRODUCTION

Artificial intelligence introduces innovations across various fields in the modern world, reshaping both the workforce and daily human life. With recent advancements, it is noteworthy that artificial intelligence can now participate in creative processes and produce intellectual works. However, the legal status of these new intellectual products has not yet been addressed under the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 (""LIAW").Considering the rapid pace of technological progress, it is evident that legal regulations regarding artificial intelligence will become inevitable in the near future. The most fundamental issue to be resolved in future regulations will be the legal definition of these intellectual products created by artificial intelligence and the ownership of such products. In this context, it is essential to evaluate the legal dimensions of the intellectual products generated by artificial intelligence.[1]

1. Legal Status of Intellectual Products Generated by Artificial Intelligence

Artificial intelligence, while operating across a wide range of fields from transportation to healthcare, has now also become the creator of various artistic works such as music, paintings, portraits, poetry, novels, and stories. One notable example is the "Portrait of Edmond de Belamy," produced by a French art collective named Obvious, which made history as the first AI-generated artwork sold at Christie's auction house. The painting caused a sensation in the art world by selling for $432,000, 45 times its expected value.[2] Another striking example comes from Ahmed Elgammal and his team at Rutgers University, who developed the "AICAN" algorithm. Trained on Western art from the 15th to 20th centuries, the algorithm produced works showcased in exhibitions such as "A Portrait of a Merchant Without a Face" and "Faceless Portraits Transcending Time," with claims that the AI-generated pieces were entirely distinct from the dataset used for its training. Similarly, in the music industry, an AI-created song, "Heart on My Sleeve," designed by an anonymous artist under the pseudonym Ghostwriter, was released on YouTube and digital music platforms and even became a Grammy contender. However, Universal Music quickly issued takedown notices to digital platforms, resulting in the song's removal.[3] These examples illustrate how AI's ability to produce creative and intellectual works has sparked intense debates regarding ownership, the exercise of rights, and the determination of liability.

2. The Qualification of Intellectual Products Created by Artificial Intelligence as Works and the Determination of Ownership

Under current legal frameworks, only "natural persons" are recognized as authors of works, making it uncertain whether this definition applies to works produced by artificial intelligence. In legal doctrine, alternatives such as the creator, user, or owner of the AI, or the ownership of rights over the work, are being debated. A more innovative but controversial suggestion posits that the owner of AI-generated works could be the AI itself.

Whether AI-generated products are recognized as works depends on the legal policies of each

edilip edilmeyeceği, ülkelerin hukuk politikalarına bağlı olarak değişmektedir. İlk olarak, birçok ülkenin hukuk sistemi bu tür bir çözümü benimsemeye uygun değildir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company Inc.* (1991) ve *Naruto v. Slater* (2018) davaları, yalnızca insanların eser sahibi olabileceğini açıkça ortaya koymuştur. Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakları Ofisi'nin uygulamaları, yalnızca insanlar tarafından üretilen eserleri tescil edeceğini açıkça belirtmektedir. Aynı durum, Avustralya'da *Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd* davasında da vurgulanmıştır.[4] Japonya ve Almanya gibi diğer ülkelerde de benzer düzenlemeler mevcut olup, yapay zekanın eser sahibi olabilmesi için bu kurallarda önemli değişiklikler yapılması gerekecektir. Türkiye'de FSEK 1/B maddesi, eserleri "sahibinin hususiyetini taşıyan" yaratımlar olarak tanımlar ve eser sahibini "eseri meydana getiren kişi" olarak ifade eder. Bu tanım, hukukumuzda kişilik tanınmayan yapay zekanın eser üzerinde hak sahibi olmasını hukuken mümkün kılmamaktadır. FSEK'in 70 yıllık tarihine bakıldığında, birçok değişikliğe uğramasına rağmen kanunun özü korunmuştur. Mevcut yargı kararları ve öğretinin aksine, yapay zeka ürünlerinin eser olarak kabul edilebilmesi için açık bir düzenleme gerekmektedir. Bu türden eserlerin açıkça düzenlenmediği sürece eser olarak kabul edilmesi zor görünmektedir.

Buna karşın, bazı yargı bölgeleri farklı bir yaklaşıma sahiptir. Örneğin, Birleşik Krallık, Hong Kong, Hindistan, İrlanda ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde, yapay zeka tarafından üretilen eserler üzerinde telif hakkı yapay zekanın yaratıcısına tanınmaktadır. Birleşik Krallık'taki bazı akademisyenler, bu tür eserler için "yapay zeka ile/yardımıyla oluşturulan eser" terimini kullanarak, yapay zekanın telif hakkı sahibi olup olmayacağına dair tartışmaların önüne geçmeyi amaçlamaktadırlar.[5] Ancak, genel olarak uluslararası hukuk düzenlemelerinde, yapay zekanın eser sahibi olmasını kabul eden bir uygulama henüz mevcut değildir.

3. YAPAY ZEKANIN MEYDANA GETİRDİĞİ FİKRİ ÜRÜNLER ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ SORUNUNA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yapay zekanın yarattığı fikri ürünler üzerinde hak sahipliği, sürece birçok paydaşın dahil olması nedeniyle oldukça karmaşık bir meseledir. Bu bağlamda, yapay zeka yazılımını geliştiren kişi, yapay zeka teknolojisine yatırım yapanlar ve hatta tamamen otonom çalışması ve hukuki kişiliğe sahip olduğu varsayımı altında, yapay zekanın kendisi dahi ürün üzerinde hak talebinde bulunabilir. Bu durumda, bu paydaşlardan birini diğerlerine üstün tutarak hak sahibi olarak tanımlamak mı, yoksa birden fazla paydaşı hak sahibi olarak kabul etmek mi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Farklı ihtimaller göz önüne alınarak konuya yönelik çözüm önerilerinin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.1. Kamunun Hak Sahibi Olması

Yapay zeka tarafından üretilen ürünlerin kamuya ait sayılması, hak sahipliği sorununu ortadan kaldırabilir. Ancak bu durumda, yapay zeka teknolojilerine yatırım yapan şirketler için teşvik edici bir ortam kalmayabilir. Ayrıca, yapay zeka ürünleri giderek ticarileştiğinden, bu ürünlerin kamuya ait olması, piyasa dengesini bozabilir.

3.2. Fikri Ürünün Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Ayarlamaları Yapan Kişinin Hak Sahibi Olması

Bazı ülkelerde (İngiltere, İrlanda, Yeni Zelanda), bilgisayar üretimi olan fikri ürünlerde, ürünü meydana getirmek için gerekli ayarlamaları yapan kişi hak sahibi kabul edilmektedir. Bu sistem, yapay zeka ile üretilen ürünlerde esnek bir yaklaşım sağlarken, Anglo-Sakson hukuk sistemine özgüdür. Türk hukukunda ise kesin bir hak sahibi belirlenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

3.3. Yapay Zeka Yazılımcısının Hak Sahibi Olması

Yapay zekayı programlayan yazılımcının hak sahibi sayılması, yapay zeka programlarının eseri niteliğinde kabul edilmesine bağlıdır. Ancak yapay

country. Many legal systems are not structured to accommodate such recognition. For instance, U.S. case law, including *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company Inc.* (1991) and *Naruto v. Slater* (2018), has established that only humans can be recognized as authors. Similarly, the U.S. Copyright Office explicitly states that it registers only works created by humans. A similar stance was affirmed in Australia in the case of *Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd*.[4] Countries like Japan and Germany also require significant amendments to allow AI to qualify as an author under their copyright laws. In Türkiye, Article 1/B of the Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW) defines works as "creations reflecting the personality of the author" and recognizes the author as "the person who creates the work." As AI lacks legal personhood, it cannot be recognized as the owner of a work under Turkish law. Although the LIAW has undergone numerous amendments over its 70-year history, its core principles remain unchanged. Explicit legal provisions would be necessary to classify AI-generated products as works, as current judicial and doctrinal interpretations do not support such recognition.

On the other hand, some jurisdictions adopt a different approach. In countries like the United Kingdom, Hong Kong, India, Ireland, and New Zealand, copyright over AI-generated works is often granted to the creator of the AI. In the United Kingdom, some scholars use the term "works created with/by the aid of AI" to avoid debates about whether AI can own copyright.[5] However, on an international level, there are no legal frameworks or practices that recognize AI as the author of works.

3. PROPOSED SOLUTIONS TO THE ISSUE OF OWNERSHIP RIGHTS OVER INTELLECTUAL PRODUCTS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

The determination of ownership rights over intellectual products created by artificial intelligence is a highly complex issue due to the involvement of multiple stakeholders. In this context, various parties could potentially claim rights over such products, including the developer of the AI software, those who invest in AI technology, and even, under the assumption of full autonomy and legal personhood, the AI itself. This raises the question of whether one stakeholder should be prioritized and recognized as the sole rights holder, or whether multiple stakeholders should be acknowledged as co-owners. Considering these possibilities, it is essential to comprehensively evaluate potential solutions to address this issue.

3.1. Ownership by the Public

Considering AI-generated products as public domain could eliminate ownership disputes. However, this approach may discourage companies from investing in AI technologies. Moreover, as AI products become increasingly commercialized, assigning them to the public domain could disrupt market balance.

3.2. Ownership by the Person Making the Necessary Adjustments for the Creation of the Intellectual Product

In some countries (e.g., the United Kingdom, Ireland, New Zealand), the person who makes the necessary adjustments to create computer-generated intellectual products is considered the owner. While this system provides flexibility for AI-generated products, it is specific to the Anglo-Saxon legal system. In contrast, Turkish law may find it more appropriate to designate a clear rights holder.

3.3. Ownership by the AI Programmer

Recognizing the programmer of the AI as the rights holder depends on whether AI programs are considered works themselves. However, given that AI differs from traditional software by evolving independently and producing unpredictable results, the programmer's claim to ownership may lose validity. Furthermore, if the AI operates merely as a tool, the initiative and input of the person using or operating the AI might carry more weight in determining ownership.

zeka, geleneksel yazılımlardan farklı olarak kendini geliştirebildiği ve öngörülemeyen sonuçlar ürettiği için, yazılımcının üretilen ürünler üzerindeki hak iddiası dayanağını yitirebilir. Kaldı ki, yazılım sadece bir araç olarak kullanılmış ve yapay zekanın o eseri meydana getirmesi yapay zekayı kullanan/işleten kişinin teşebbüsüyle de gerçekleşmiş olabilir.

3.4. Yatırımcının Hak Sahibi Olması

Yapay zekaya yatırım yapan kişinin hak sahibi olarak tanınması, yatırımcının bağlantılı hak sahibi ya da sui generis (kendine özgü) hak sahibi olarak tanınması seçenekleriyle değerlendirilebilir. Yapay zeka ürünlerine özel bir koruma rejimi geliştirilerek, ürünlerin koruma süresi insan eserlerine göre daha kısa tutulabilir. Bu yaklaşımla, yapay zekanın ürettiği ürünlerin eser olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair tartışmalar da çözülebilir.

3.5. Yapay Zekanın Tek Başına Hak Sahibi Olması

Yapay zekanın hak sahibi olabilmesi için, önce hukuki kişiliğe sahip olması gerekmektedir. Bu konuda, yapay zekaya tüzel kişilik değil, elektronik kişilik verilmesi önerilmektedir. Ancak, bu durumda dahi yapay zekanın sorumluluğu ve hak devri gibi sorunların çözümü karmaşık kalacaktır.[6]

4. DÜNYA GENELİNDE YAPAY ZEKANIN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİNE İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

Yapay zekanın gelişimi, fikri mülkiyet hakları alanında küresel çapta önemli tartışmaların doğmasına neden olmuştur. Bu teknolojinin yarattığı eserlerin telif haklarına konu olup olamayacağı, hak sahipliğinin kimde olacağı gibi sorular, birçok ülkenin hukuk sisteminde ele alınmakta ve çözüm arayışları sürmektedir.[7] Aşağıda, dünya genelinde yapay zekanın fikri mülkiyet haklarına etkisine dair bazı önemli güncel gelişmelere yer verilmiştir.

Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nde yapay zeka konusunda tartışmalar daha çok etik ve veri gizliliği konusunda yoğunlaşmış olsa da telif hakkı ile ilgili gelişmeler de mevcuttur. Nitekim Avrupa Parlamentosu, 2017 yılında kabul ettiği raporunda yapay zeka ile ilgili sorumluluk, fikri mülkiyet hukuku ve etik gibi konularının daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve yapay zekaya elektronik kişilik tanınması önerisine yer vermiştir.[8] Yine Avrupa Telif Hakları Topluluğu da 2018 yıllında düzenlenen "Avrupa Birliği Telif Hakları Nereye Gidiyor? Mevcut AB Telif Hakları Paketi ve Yapay Zeka ve Karşılaşılan Zorluklar" konulu telif hakları zirvesinde yapay zeka tarafından üretilen eserlerin telif hakkının konusu olup olamayacağı ve bu eserler üzerinde telif hakkı sahibinin kim olması gerektiğini tartışmıştır.[9]

AIPPI

Uluslararası Fikrî Mülkiyet Hakları Koruma Derneği'nin ("AIPPI") Türkiye'nin de dahil olduğu 30 ülkenin katılımı sonucunda oluşturduğu önergesinde yapay zeka tarafından meydana getirilen eserlerin ancak süreçte insan müdahalesi varsa ve diğer şartlar da sağlanmışsa telif hakkına konu olup korunabileceği yönündeki değerlendirmesi de, eser tanımında yer alan sahibinin hususiyetini yansıtma yani gerçek kişi tarafından meydana getirilme kriterinin teknolojik gerekliliklere göre esnetilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.[10]

Amerika Birleşik Devletleri

Tennessee eyaleti, "Elvis Yasası"nı imzalayarak, yapay zeka tarafından yetkisiz bir şekilde üretilen ses kayıtlarının izinsiz kullanımını önleyen ilk eyalet olmuştur. ABD Patent ve Marka Ofisi (USPTO) ise yapay zeka destekli buluşların, önemli bir insan katkısı olması durumunda patent alabileceğini belirten bir kılavuz yayımlamıştır.[11]

Çin

Çin'de akademisyenler tarafından hazırlanan bir taslak yasa, yapay zekanın genel ilkelerini, hakların korunmasını ve hukuki sorumlulukları düzenlemektedir. Guangzhou İnternet Mahkemesi, 8 Şubat 2024'te, Ultraman serisinin Çin'deki lisans sahibi bir ajansının açtığı davada, bir GenAI hizmet sağlayıcısını telif hakkı ihlalinden sorumlu bulmuştur. Davacı, yapay zeka hizmetinin Ultraman

3.4. Ownership by the Investor

Recognizing the investor as the rights holder could be approached by granting them related rights or sui generis (unique) rights. A special protection regime could be developed for AI-generated products, with shorter protection periods compared to human-created works. This approach could also resolve debates about whether AI-generated works qualify as protected intellectual products.

3.5. Sole Ownership by Artificial Intelligence

For AI to be recognized as the sole owner, it must first be granted legal personhood. Proposals suggest granting AI electronic personhood rather than corporate personhood. However, even in this scenario, issues such as AI's accountability and the transfer of rights remain complex and unresolved.[6]

4. CURRENT GLOBAL DEVELOPMENTS ON THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

The development of artificial intelligence has sparked significant global discussions in the field of intellectual property rights. Questions such as whether the works created by AI can be subject to copyright and who owns the rights to such works are being examined within the legal systems of many countries, with ongoing efforts to find solutions.[7] Below are some notable recent developments regarding the impact of AI on intellectual property rights worldwide.

European Union

While discussions in the European Union regarding artificial intelligence are primarily focused on ethics and data privacy, there have also been notable developments related to copyright. The European Parliament's 2017 report emphasized the need for detailed examination of AI-related topics, such as liability, intellectual property law, and ethics, and proposed the recognition of electronic personhood for AI.[8] Similarly, the European Copyright Society discussed whether AI-generated works can be protected under copyright law and who should be considered the rights holder during the 2018 summit titled "Where is EU Copyright Going? The Current EU Copyright Package and Challenges with Artificial Intelligence."[9]

AIPPI

The International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI), with contributions from 30 countries, including Türkiye, proposed that AI-generated works could only be protected by copyright if there is human intervention during the creation process and other conditions are met. This highlights the necessity of adapting the criterion of "reflecting the personality of the author," traditionally requiring human authorship, to technological advancements.[10]

United States

Tennessee became the first state to enact the "Elvis Law," which prevents the unauthorized use of AI-generated voice recordings. Additionally, the United States Patent and Trademark Office (USPTO) released guidelines stating that AI-assisted inventions can only receive patents if they involve significant human contribution.[11]

China

In China, a draft law prepared by academics seeks to regulate the principles, protection of rights, and legal responsibilities concerning artificial intelligence. On February 8, 2024, the Guangzhou Internet Court found a GenAI service provider liable for copyright infringement in a case filed by the licensee of the Ultraman series. The court ruled that the AI service produced images identical or similar to Ultraman visuals and penalized the defendant for failing to comply with GenAI Measures, including labeling AI-generated content and adding risk warnings to user agreements. This ruling underscores China's commitment to protecting intellectual property in the AI era.[12]

görüntülerine özdeş ya da benzer görseller ürettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, davalıyı GenAI Tedbirleri'ne uymadığı için cezalandırmış ve yapay zeka tarafından üretilen içeriklerin etiketlenmesi, kullanıcı sözleşmelerine risk uyarıları eklenmesi gibi yükümlülüklerin yerine getirilmediğini belirtmiştir. Bu karar, Çin'in yapay zeka ve fikri mülkiyet koruma çabalarını pekiştirmektedir.[12]

Türkiye

Türkiye'de ise yapay zeka ve telif hakkının kesiştiği konulara ilişkin içtihat henüz oluşmamış olsa da, uluslararası platformlarda olduğu gibi Türk doktrininde de bu durum sıkça tartışılan bir konu haline gelmiş ve yapay zekaya ayrı bir tüzel kişilik veya elektronik kişilik tanımak, yapay zekanın ortaya çıkardığı çalışmalardan kaynaklı hak/sorumlulukları yapay zekanın sahibi ve programlayıcısına tanımak veya yapay zekanın meydana getirdiği ürünü kamuya mal etmek gibi farklı görüşler de tartışılır olmuştur.

II. SONUÇ

Sonuç olarak, yapay zeka hayatımızda giderek daha önemli bir aktör haline gelirken, mevcut yasal düzenlemelerin yetersizliği ve bu yeni teknolojinin ihtiyaçlarına uygun çözümler üretilmesi gerekliliği, özellikle fikri mülkiyet hukuku alanında çözümlenmesi gereken bir mesele olarak öne çıkmaktadır. Yapay zekanın ürettiği ürünlerin eser olarak kabul edilip edilmeyeceği, yapay zekanın eser üzerindeki hak sahipliği ve sorumluluk konuları gibi konular doktrinde geniş bir tartışma alanı bulsa da dünya genelinde pozitif hukuk kuralları çerçevesinde henüz somut bir adım atılmamıştır. Ancak, ülkemiz dahil pek çok ülkede bu alanda istişareler yapılmakta, girişimler başlatılmakta ve öneriler sunulmaktadır. Mahkemeler bugüne kadar verdikleri kararlarda, yapay zekanın ürettiği ürünlere eser niteliği tanımamış olsalar da bu ürünlerin bir tür koruma altına alınması gerektiği yönündeki yorumları, bu alanda ilerlemenin hız kazanacağını göstermektedir. Fikri mülkiyet hukuku açısından ise, yapay zekanın klasik kuralları ve değerlendirme kriterlerini temelden değiştirecek yenilikler getireceği de kaçınılmazdır.

1 Gözübüyük, B. Yapay zekanın meydana getirdiği fikri ürünlere ilişkin 5846 sayılı fikir ve sanat eserleri kanunundaki sorunlar ve çözüm önerileri. Nisan 2021.

2 Kinsella, E. (2021, April 14). The first AI-Generated portrait ever sold at auction shatters expectations, fetching $432,500—43 times its estimate. Artnet News. https://news.artnet.com/market/first-ever-artificial-intelligence-portrait-painting-sells-at-christies-1379902

3 Boran, M. (2024a, January 15). Yapay Zeka ve Telif Uyuşmazlıkları – II. Fikri Mülkiyet Hakları. https://fikrimulkiyet.com/yapay-zeka-ve-telif-uyusmazliklari-2/

4 The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being.", Amerikan Telif Hakları Ofisi, Compendium of U.S. , Ocak 2021, pr. 306, https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf.

5 Gelişen teknoloji ı̇le yapay zekanın fikri mülkiyet haklarına etkisi. (n.d.). TÜRKONFED. https://turkonfed.org/tr/detail/2307/%20gelisen-teknoloji-ile-yapay-zekanin-fikri-mulkiyet-haklarina-etkisi.

6 "Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri.". Gözübüyük, Barış. 2021.

7 Boran, M. (2024b, February 8). Yapay Zekâ Gelişmeleri – IV. Fikri Mülkiyet Hakları. https://fikrimulkiyet.com/yapay-zeka-gelismeleri-iv/

8 European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2017.

9 International Conference, EU copyright, quo vadis? From the EU copyright package to the challenges of Artificial intelligence, 2018.

10 AIPPI. (n.d.). AIPPI - Home. https://aippi.org/library/copyright_in_artificially_generated_works/

11 USPTO issues inventorship guidance and examples for AI-assisted inventions. (2024, February 12). USPTO. https://www.uspto.gov/subscription-center/2024/uspto-issues-inventorship-guidance-and-examples-ai-assisted-inventions

12 Roberts, S. H. C. T. K. A. (2024, April 3). China: First AI output copyright infringement case. Passle. https://techinsights.linklaters.com/post/102j4cb/%20china-first-ai-output-copyright-infringement-case

Türkiye

Although there is no established case law on the intersection of AI and copyright in Turkey, these issues are frequently debated in academic doctrine. Suggestions include granting AI separate legal or electronic personhood, attributing rights and responsibilities stemming from AI-generated works to the owner or programmer, or classifying AI-generated products as public domain.

II. CONCLUSION

In conclusion, as artificial intelligence becomes an increasingly significant player in our lives, the inadequacy of existing legal frameworks and the need for solutions tailored to this new technology stand out as critical issues, especially in the field of intellectual property law. While debates about whether AI-generated products qualify as works, and questions about ownership and responsibility, find broad discussion in legal doctrine, there has yet to be a concrete step taken within the scope of positive law worldwide. Nevertheless, consultations, initiatives, and proposals are being advanced in many countries, including Türkiye. Although courts have not yet recognized AI-generated products as works, their statements regarding the necessity of protecting such products suggest that progress in this field will accelerate. In terms of intellectual property law, it is inevitable that AI will introduce innovations that fundamentally alter traditional rules and evaluation criteria.

1 Gözübüyük, B. Issues and Proposed Solutions in the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 Regarding Intellectual Products Created by Artificial Intelligence. April 2021.

2 Kinsella, E. (2021, April 14). The first AI-Generated portrait ever sold at auction shatters expectations, fetching $432,500—43 times its estimate. Artnet News. https://news.artnet.com/market/first-ever-artificial-intelligence-portrait-painting-sells-at-christies-1379902.

3 Boran, M. (2024a, January 15). Yapay Zeka ve Telif Uyuşmazlıkları – II. Fikri Mülkiyet Hakları. https://fikrimulkiyet.com/yapay-zeka-ve-telif-uyusmazliklari-2/

4 "The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being." U.S. Copyright Office, Compendium of U.S. January 2021, pr. 306, https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf.

5 Gelişen teknoloji ı̇le yapay zekanın fikri mülkiyet haklarına etkisi. (n.d.). TÜRKONFED. https://turkonfed.org/tr/detail/2307/%20gelisen-teknoloji-ile-yapay-zekanin-fikri-mulkiyet-haklarina-etkisi.

6 "Issues and Proposed Solutions in the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 Regarding Intellectual Products Created by Artificial Intelligence." Gözübüyük, Barış. 2021.

7 Boran, M. (2024b, February 8). Yapay Zekâ Gelişmeleri – IV. Fikri Mülkiyet Hakları. https://fikrimulkiyet.com/yapay-zeka-gelismeleri-iv/

8 European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2017.

9 International Conference, EU Copyright, Quo Vadis? From the EU Copyright Package to the Challenges of Artificial Intelligence, 2018.

10 AIPPI. (n.d.). AIPPI - Home. https://aippi.org/library/copyright_in_artificially_generated_works/.

11 USPTO issues inventorship guidance and examples for AI-assisted inventions. (2024, February 12). USPTO. https://www.uspto.gov/subscription-center/2024/uspto-issues-inventorship-guidance-and-examples-ai-assisted-inventions

12 Roberts, S. H. C. T. K. A. (2024, April 3). China: First AI output copyright infringement case. Passle. https://techinsights.linklaters.com/post/102j4cb/%20china-first-ai-output-copyright-infringement-case



ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIĞIN PAY SENEDİ BASTIRILMASINI TALEP ETME HAKKI

AV. ALPER GÜNERİ
aguneri@egemenoglu.com

Ülkemizde en çok tercih edilen ortaklık türlerinden biri olan anonim şirketlerde pay senetleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 484-501'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Pay kavramı; bölünmüş bir bütünden yani şirket ana sermayesinden, her bir pay sahibine düşen bir bölüm olarak ifade edilebilecek olup anonim şirketlerin kuruluşunda esas sözleşmenin veya sermaye artırımında artırılan sermayenin ticaret siciline tescil edilmesiyle meydana gelmektedir. Bir başka ifade ile her pay, şirket esas sermayesinin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ve diğer paylardan ve sahibinden bağımsız olarak tüm hakların ve yükümlülüklerin kaynağını ifade etmektedir.

Pay senetleri ise anonim şirketlerde pay sahipliğini ispat etmek ve paylar üzerindeki hukuki işlemleri kolaylaştırmak amacıyla payları temsilen çıkartılmaktadır. Pay senedi bastırılmasını talep etme hakkı ile birlikte pay senetlerinin türlerini ve azınlık kavramını başlıklar halinde inceleyebiliriz.

I. PAY SENETLERİNİN TÜRLERİ

TTK'nın 484. maddesi uyarınca anonim şirketlerde pay senetleri, nama ve hamiline yazılı olarak düzenlenmektedir.

Anonim ortaklığın esas ilkelerine uygun olarak hamiline yazılı pay senetleri; payın sahibi yalnızca hamilinden anlaşılabildiğinden anonimlik sağlamakta olup öte yandan da pay sahipliği hakkı ve devir kolaylığı sağlamaktadır.[1] Nama yazılı pay senetleri ise anonim ortaklıktaki payın belirli bir kişi adına yazılı olduğunu bildirici nitelikte olan pay senetleridir.

Pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğine haiz olması sebebiyle pay senetlerinin şekli kanun koyucu tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. TTK'nın Pay Senetlerinin Şekli başlıklı 487/1 maddesinde hem hamiline yazılı pay senetleri hem de nama yazılı pay senetleri bakımından geçerli olmak üzere şekil unsurları belirtilmiştir. TTK'nın 487/1 maddesi uyarınca pay senetlerinde; şirketin i) unvanının, ii) sermaye tutarının, iii) kuruluş tarihinin, iv) kuruluş tarihindeki sermaye tutarının, v) çıkarılan pay senedinin tertibinin ve tescili tarihinin, vi) senedin türünün ve itibarî değerinin ve vii) kaç payı içerdiğinin belirtmesi son olarak ise şirket adına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından senedin imza edilmiş olması gerekmektedir.

Nama yazılı pay senetleri bakımından ise TTK'nın 487/2 maddesi ile yukarıda belirtmiş olduğumuz TTK'nın 487/1 maddesinde yer alan şekil unsurlarına ek olarak sahiplerinin i) adı ve soyadı veya ticaret unvanının, ii) yerleşim yerinin ve iii) pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarının nama yazılı hisse senetlerinde yer alması gerekmektedir.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIK KAVRAMI

Anonim şirketlerde sermayeye dayalı çoğunluk ilkesi benimsenmiştir. Çoğunluk ilkesi anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında pay sahibinin ortaklık işlemlerine dair haklarını kullanmasında önem taşımakta olup oylarının sermaye miktarına göre kullanması ve kullanılan oylara göre karar alınmasını

THE RIGHT OF MINORITY SHAREHOLDERS TO REQUEST THE ISSUANCE OF SHARE CERTIFICATES IN JOINT STOCK COMPANIES

Share certificates in joint stock companies, one of the most preferred partnership types in Türkiye, are regulated under Articles 484-501 of the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC"). The concept of shares refers to a portion of the company's total capital, which is divided among the shareholders, and it is established either by the incorporation of the company, with the articles of association or the increase in capital being registered with the trade registry. In other words, each share represents a fraction of the company's nominal capital, and it signifies the source of all rights and obligations independently of the other shares and shareholders.

Share certificates, on the other hand, are issued to represent ownership of shares in joint stock companies, to prove shareholder status, and to facilitate legal transactions involving the shares. The right to request the issuance of share certificates, along with the types of share certificates and the concept of minority shareholders, can be examined under the following headings.

I. TYPES OF SHARE CERTIFICATES

According to Article 484 of the TCC, share certificates in joint stock companies are issued in either registered or bearer form.

In accordance with the fundamental principles of joint stock companies, bearer share certificates provide anonymity as the shareholder is only identifiable by the possessor of the certificate, ensuring the anonymity of ownership while also facilitating the transfer of shares.[1] On the other hand, registered share certificates are those that indicate the share is issued in the name of a specific individual.

Given that share certificates possess the status of valuable documents, their form is regulated in detail by the legislator. Article 487/1 of the TCC, titled "Form of Share Certificates" stipulates the necessary formal requirements for both bearer and registered share certificates. According to this provision, share certificates must include the following details: i) the company's name, ii) the amount of capital, iii) the date of incorporation, iv) the capital amount at the date of incorporation, v) the type and registration date of the issued share certificate, vi) the type and nominal value of the share certificate, and vii) the number of shares represented by the certificate. Finally, the certificate must be signed by at least two persons authorized to sign on behalf of the company.

With regard to registered share certificates, in addition to the formal requirements specified in Article 487/1 of the TCC, Article 487/2 stipulates that the following details must also be included on registered share certificates: i) the name and surname or trade name of the shareholder, ii) the shareholder's domicile, and iii) the amount of the paid portion of the share certificate's value.

II. THE CONCEPT OF MINORITY IN JOINT-STOCK COMPANIES

In joint-stock companies, the principle of majority based on capital is adopted. The majority principle is important in the general assembly meetings of

ifade etmektedir. Yani bir başka deyişle, kural olarak anonim şirketler çoğunluk ilkesine göre yönetilir, genel kurul toplantılarında kararlar çoğunluğun olumlu oyu ile alınır.

Ancak çoğunluk ilkesinin mutlak suretle uygulanmasının yaratacağı bir kısım sakıncaların önlenebilmesi ve belirli gruplara hak ve imkanlar sağlanması amacı çoğunluk karşısında azınlık hakları veya azlık hakları kavramlarını doğurmuştur.[2] TTK'nın muhtelif düzenlemelerinde "azlık" ya da "azınlık" ifadelerini görmek mümkündür. TTK'da "azlık" ve "azınlık" terimleri bir arada kullanıldığından kavram birliğinden söz edilemeyecektir.[3]

TTK'da oransal azınlık, nominal azınlık ve fiili azınlık olmak üzere üç farklı sınıflandırma ile azınlığın tespitine gidilmiştir. Oransal azınlık terimi, TTK m. 411'de tanımlanmış olup sermayenin en az onda birini halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini oluşturan pay sahipleri için kullanılabilecektir. TTK m. 486/3 kapsamında pay senedi bastırılmasını talep etme hakkı bakımından da oransal azınlık esas alınmaktadır. Nominal azınlık terimi ise yalnızca TTK m. 439/1'de düzenlenen özel denetim talep etme hakkı bakımından karşımıza çıkmakta olup kanunda belirlenen miktardaki payların toplam itibari değerine sahip pay sahipleri için kullanılabilecektir. Son olarak fiili azınlık ise, payların itibari değeri yahut oy sayısına göre belirlenmeyen, genel kurulda var olan yahut kullanılan oyların sayısına göre tespit edilen, her olayda farklılık arz eden azınlık pay sahipleri için kullanılabilecektir.[4]

III. AZINLIĞIN PAY SENEDİ BASTIRILMASINI TALEP ETME HAKKI

Pay senedi bastırılmasını talep etme hakkını, hamiline yazılı paylar ile nama yazılı paylar bakımından ayrı ayrı değerlendireceğiz. TTK m. 486/2 düzenlemesi ile kanun koyucu anonim şirket paylarının hamiline yazılı olması halinde yönetim kurulunun, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtma yükümlülüğünü yüklemiştir. Yani bu pozitif yükümlülük, yönetim kurulunun gerçekleştirmesi gerektiği ödevleri arasında yerini almıştır. Nama yazılı pay senedi basımı usulünden farklı olarak burada yönetim kuruluna alacağı hamiline yazılı hisse senedi basım kararının tescil ve ilan zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca yine bu düzenleme içerisinde yönetim kuruluna hamiline yazılı pay senedi basılana kadar geçici ilmühaber çıkarabileceği belirtilmiştir. Yönetim kurulu ilmühaber çıkarsa da; pay senedi basılıncaya kadar geçici olarak ilmühaber çıkarmak mümkün olduğundan, kanun koyucu bu düzenleme ile hamiline yazılı pay senedi basımının zaman gerektiren uygulama olması sebebiyle pay sahiplerinin bu süreçte zarara uğramamalarını amaçlamış olduğundan ve son olarak tedavülleri farklı olduğundan yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senedi bastırma yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.

TTK m. 486/3 düzenlemesi ile azınlığın istemi halinde yönetim kurulunun nama yazılı pay senedi bastırıp sahiplerine dağıtacağı belirtilmiştir. Her ne kadar kanun hükmünde açıkça ifade edilmese de doktrinde baskın görüş, buradaki azınlık kavramından sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahiplerinin anlaşılması gerektiği yönündedir. TTK m. 486/2 ile m. 486/3 birlikte değerlendirildiğinde, hamiline yazılı pay senetlerinin basımı yönetim kurulunun ödevi iken nama yazılı pay senedinin basımının azınlığın istemine bırakıldığı görülmektedir. Bu noktada yönetim kurulu, hamiline yazılı pay bedellerinin tamamının ödenmesinden sonraki 3 aylık süreçte pay senedi bastırmaz yahut nama yazılı azınlık pay sahibinin istemine rağmen nama yazılı pay senedini bastırmaz ise azınlığın bu durumda haklarını nasıl koruyacağı sorunu üzerinde durulmasında fayda olacaktır.

TTK m. 486 gerekçesinde açıkça azınlığın istemine rağmen yönetim kurulunun nama yazılı pay senedi bastırmaması ve dağıtmaması halinde pay sahiplerinin mahkemeye başvurabilecekleri belirtilmektedir. Şüphesiz ki, pay sahibinin bu aşamada nama yazılı pay senedi basımı talebi ile eda davası ikame etmesi mümkündür. Hatta şartları

joint-stock companies, as it governs the exercise of shareholders' rights related to corporate affairs. Under this principle, votes are cast in proportion to the amount of capital held, and decisions are made based on the votes cast. In other words, as a general rule, joint-stock companies are managed according to the majority principle, with decisions in general assembly meetings being made by the affirmative vote of the majority.

However, in order to prevent the potential drawbacks arising from the absolute application of the majority principle and to ensure that certain groups are granted rights and opportunities, the concepts of minority rights or minority interests have emerged in opposition to the majority.[2] In various provisions of the TCC, the terms "minority" or "minority shareholders" are used. Since the terms "minority" and "minority shareholders" are used together in the TCC, a unified understanding of the concept cannot be established.[3]

The TCC has introduced three distinct classifications for determining minority shareholders: proportional minority, nominal minority, and factual minority. The term "proportional minority" is defined in Article 411 of the TCC and applies to shareholders who hold at least one-tenth of the capital, or at least one-twentieth of the capital in the case of a publicly traded joint-stock company. The concept of proportional minority is also used in relation to the right to request the issuance of share certificates as provided under Article 486, paragraph 3 of the TCC. The term "nominal minority" appears solely in Article 439, paragraph 1 of the TCC, which governs the right to request a special audit. This term applies to shareholders who hold shares with a total nominal value that meets the amount specified by law. Finally, "factual minority" refers to shareholders whose minority status is not determined by the nominal value of their shares or the number of votes they hold. Instead, it is based on the actual number of votes cast or present at the general assembly. Factual minority may vary depending on the specific circumstances of each meeting and the votes cast during the assembly.[4]

III. THE RIGHT OF THE MINORITY TO REQUEST THE ISSUANCE OF SHARE HOLDERS

The right to request the issuance of share certificates will be evaluated separately for bearer shares and registered shares. Under Article 486, paragraph 2 of the TCC, the legislator imposes an obligation on the board of directors to print and distribute share certificates to shareholders within three months from the date the full payment for the shares is made, in the case of bearer shares. In other words, this positive obligation has become one of the duties the board of directors must fulfill. Unlike the procedure for the issuance of registered share certificates, in this case, the board of directors is required to register and announce the decision to issue bearer shares. In addition, it is also stated in this regulation that the board of directors may issue temporary share certificates until the bearer share certificates are issued.Even if the board of directors issues temporary certificates, since it is possible to issue temporary bearer share certificates until the share certificate is printed, since the legislator has aimed to prevent the shareholders from incurring losses in this process due to the fact that the printing of bearer share certificates requires time, and finally, since their circulation is different, the board of directors cannot be released from the obligation to print bearer share certificates.

Article 486, paragraph 3 of the TCC provides that, upon the minority's request, the board of directors must issue and distribute registered share certificates. Although the statutory provision does not explicitly define the term "minority," the prevailing opinion in legal doctrine is that the term refers to shareholders holding at least one-tenth of the capital. When paragraphs 2 and 3 of Article 486 of the TCC are considered together, it is clear that while the issuance of bearer shares is the responsibility of the board of directors, the issuance of registered shares is left to the request of the minority. In this

mevcut hale geldiğinde yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası da ikame edebilecektir. Ancak kanun koyucu işbu düzenleme ile azınlık tarafından nama yazılı pay senetlerinin çıkartılması yönünde istemde bulunulması halinde yönetim kurulunun ne kadar zamanda pay sahiplerine, pay senetlerini dağıtacağı yönünde açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak kıyasen TKK 486/2 maddesinde belirtilen üç aylık süre sürenin azınlığın nama yazılı hisse senetlerinin çıkartılması yönünde istemde bulunması halinde de uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Yönetim kurulu tarafından hamiline yazılı pay senetlerinin basılmaması durumu TTK m. 486 gerekçesinde yer almamaktadır. Doktrinde mahkemenin yönetim kurulunun yerine geçerek karar vermesinin doğru olmadığı belirtilerek hamiline yazılı pay sahibinin eda davası açamayacağı belirtilmekte ise de yönetim kurulu tarafından hamiline yazılı pay senetlerini bastırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde pay sahibinin şirkete karşı eda davası açabileceğini savunanlar da bulunmaktadır.[5] Kanaatimizce, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren 3 aylık sürenin dolmuş olmasına rağmen şirket yönetim kurulu tarafından hamiline yazılı pay senedinin bastırılmamış olması şüphesiz ki; pay sahibinin -özellikle aile şirketlerinde- birçok farklı konu bakımından zarara uğramasına sebebiyet verebilecek, baskı unsuru teşkil edebilecek ve doğrudan kanunun yönetim kuruluna yüklediği yükümlülüğün ihlali sonucunu doğuracak olup pay sahibinin bu hakkını koruyabilmesi adına şirkete karşı eda davası açmasında bir engel bulunmamaktadır. Her ne kadar eda davalarının konusu yapma, borcu ifa etme olsa da TTK m. 486/1 kapsamında yönetim kuruluna hamiline yazılı pay senedi bastırma yükümlülüğü yüklendiğinden davanın türü bakımından da engel bulunmamaktadır. Hatta pay senedi basılmamasından dolayı pay sahibinin zararı meydana gelir ise doğrudan zarar niteliğindendir.[6] Hamiline yazılı payların basılmaması sebebiyle pay sahibinin zarara uğraması halinde TTK m. 553 hükmü kapsamında yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası da açılabilecektir.[7]

Son olarak pay senedinin basımı için ikame edilecek eda davası bakımından mahkemece pay senedinin basılarak pay sahibine teslimine karar verilmesi halinde hükmün icrası aşamasında sorun yaşanması da muhtemeldir. Özellikle hamiline yazılı pay senedinin basımı hakkında verilecek mahkeme ilamı sonrası ilamlı icra takibine konu edilse dahi icra müdürlüğünün yönetim kurulu yerine geçerek karar alması ve kararı tescil ettirmesi mümkün olmayacağından dolayı yalnızca hamiline yazılı pay senedi basımına yönelik işlemleri gerçekleştirmek üzere şirkete kayyım atanması yönünde mahkeme ilamı tesis edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

1 Sevi, Payın Devri, s.205.

2 Özden, Ece. "Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması." Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan,2024, ss. 1699

3 Özden, Ece. "Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması." Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan,2024, ss. 1700

4 ULUSOY, Erol, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Ankara 2016, s.72

5 Bkz. ŞENER, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 5. Bası, s.614, TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku,4.Bası, s.95,

6 Pay sahipleri ve alacaklıların anonim yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları sorumluluk davalarına ilişkin olarak doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı için bkz. Poroy ve diğerleri (Çamoğlu), Ortaklıklar I, ss. 443-447; Şener, ss. 420-421

7 Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015,

respect, it will be beneficial to address the problem of how the minority will protect its rights if the board of directors fails to issue share certificates within the three-month period following the full payment of the bearer share capital, or if the board does not issue registered share certificates despite a request from a minority shareholder holding registered shares.

In the reasoning of Article 486 of the TCC, it is explicitly stated that if the board of directors fails to issue and distribute registered share certificates despite a request from the minority, the shareholders may seek judicial remedy. Undoubtedly, in such a case, a shareholder may file a performance action requesting the issuance of registered share certificates. Furthermore, if the conditions are met, the shareholder may also file a liability action against the board of directors.[5] However, the legislator has not provided a clear regulation on the time frame within which the board of directors must distribute the registered share certificates when the minority makes such a request. However, by analogy, it is our opinion that the three-month period specified in Article 486, paragraph 2 of the TCC for the issuance of bearer share certificates may also apply when the minority requests the issuance of registered shares.

The failure to issue bearer share certificates by the board of directors is not addressed in the reasoning of Article 486 of the TCC. While some legal scholars argue that it would not be correct for the court to intervene and decide in place of the board of directors, and thus, the holder of bearer shares cannot file a performance action, others contend that if the board fails to fulfill its obligation to issue bearer share certificates, the shareholder may file a performance action against the company. In our view, if the three-month period has elapsed from the full payment of the share capital and the board of directors has still not issued the bearer share certificates, this failure could undoubtedly cause the shareholder to suffer losses, particularly in family-owned companies. It could also serve as a form of pressure and would directly result in a violation of the obligation imposed on the board by law. There would be no obstacle to the shareholder filing a performance action against the company to protect this right. Even though performance actions generally involve compelling the performance of an obligation, the board of directors is expressly required to issue bearer share certificates under Article 486, paragraph 1 of the TCC, meaning there is no legal barrier to filing such an action. In fact, if the shareholder suffers damages as a result of the failure to issue the share certificates, it would directly constitute a claim for damages.[6] If the shareholder suffers damages due to the failure to issue bearer share certificates, a liability action can also be filed against the board of directors under Article 553 of the TCC.[7]

Finally, with regard to the performance action for the issuance of share certificates, it is possible that issues may arise during the enforcement stage if the court orders the issuance and delivery of the share certificates to the shareholder. Particularly, after a court order is issued regarding the printing of bearer share certificates, even if it is subject to enforcement proceedings, it would not be possible for the enforcement office to make decisions on behalf of the board of directors or register the decision. Therefore, it is our opinion that the court should issue an order appointing a receiver to carry out the procedures necessary for the issuance of bearer share certificates.

1 Sevi, Payın Devri, p. 205.

2 Özden, Ece. "Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması. " In a Festschirft for Prof. Dr. Zühtü Aytaç,2024, pp. 2699.

3 Özden, Ece. "Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması." In a Festschirft for Prof. Dr. Zühtü Aytaç, 2024, pp. 1700.

4 Ulusoy, Erol, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Ankara 2016, p. 72

5 ŞENER, Oruç Hami, Law od Partnerships, 5th ed., p, 614; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku, 4th ed., p. 95

6 For the distinction between direct and indirect damage in relation to liability lawsuits that shareholders and creditors may file against the members of the board of directors of a joint-stock company. Poroy et al. (Çamoğlu), Partnerships I, pp. 443-447; Şener, pp. 420-421.

7 Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku, 4th ed., Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2015



ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

AV. AVNİ GELİŞLİ
agelisli@egemenoglu.av.tr

I. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun eski Türk Ticaret Kanunu'ndan ayrılan bir yönü, yönetim kurulunun batıl kararlarının açık olarak düzenlenmiş olmasıdır. Yokluktan farklı olarak, kurucu unsurları bulunmakla birlikte içeriği itibariyle ağır hukuka aykırılıklar içeren, geçerlilik şartları eksik olan hukuki işlemler batıldır. Bu makalede yönetim kurulu kararlarının hangi hallerde batıl olacağı TTK 391. madde kapsamında değerlendirilecektir.

II. YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

TTK'nın 391/1 hükmüne göre; yönetim kurulunun özellikle (i) eşit işlem ilkesine aykırı olan, (ii) anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, (iii) pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmalarını kısıtlayan ya da güçleştiren ve (iv) diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararları batıldır.

TTK 391. Maddenin saydığı butlan halleri sınırlayıcı değildir. Nitekim maddenin ilk cümlesinde "özellikle" sözcüğü ile yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığı vurgulanmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus *"Hükümde, en çok rastlanılan bâtıl kararlar örneklerle (sayım yoluyla) gösterilmiştir."*[1] şeklinde belirtilmiştir. Bu nedenle maddede sayılanlar dışında BK 27. maddesi anlamında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan işlemler (batıl) kesin olarak hükümsüzdür.[2]

a. Eşit İşlem İlkesine Aykırı Kararlar

Eşit işlem ilkesi, Ticaret Kanunu reformundan önce anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan bir ilkesi iken yeni düzenlemede yasal bir kural olarak öngörülmüştür (TTK m.357)[3] Eşit işlem ilkesinden anlaşılması gereken eşit hukuki koşullar altında olan tüm pay sahiplerine eşit davranılması, eşit muamele yapılması zorunluluğudur. Eşitlik ilkesine aykırılık, TMK m.2'de anlamını bulan dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil eder.[4] Örneğin, kar payının dağıtılmasına ilişkin genel kurul gündeminde yer alan bir maddeye aleyhte oy kullanan pay sahibinin kar payı hakkından yararlanamayacağına ilişkin bir karar[5], genel kurulda sermaye artırım kararı alınırken bazı pay sahiplerinin olumsuz oy kullanmaları veya başka bir nedenle, yönetim kurulunun bu kişilere yeni çıkarılacak paylarla ilgili olarak rüçhan haklarını kullanma olanağı vermemesi veya bakiye sermaye borcu talep edilirken, bazı pay sahiplerinden bakiye borcun tamamı istenilirken, kurucu ortaklardan ise sadece %50'sinin talep edilmesi, eşit işlem ilkesine aykırı olup batıldır.[6]

b. Anonim Şirketin Temel Yapısına Uymayan veya Sermayenin Korunması İlkesini Gözetmeyen Kararlar

Anonim şirketin temel yapısına aykırı kararlar TTK m. 391 gerekçesinde İsviçre doktrinini esas alınarak şu şekilde açıklanır: "Yönetim kurulu tarafından emredici hükümlere aykırı genel nitelik taşıyan hukuk koyan kararlar geçersizdir." Örneğin, bütün pay sahipleri için bilanço açıklarını kapatmak amacıyla ek ödeme yükümü getiren bir yönetim kurulu kararı anonim şirketin temel yapısının bir tanımlayıcı ögesi olan pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ilkesine aykırıdır (TTK m. 421/2-a hükmü saklıdır).[7] Başka bir örnek verilecek

INVALID DECISIONS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF A JOINT STOCK COMPANY

I. INTRODUCTION

Turkish Commercial Code No. 6102 is different from the former Turkish Commercial Code by specifically regulating the invalidity of the decisions of the board of directors. Apart from nullity, legal transactions that have constituent elements but contain serious illegalities in terms of their content and lack validity conditions are invalid. In this article, the circumstances under which the decisions of the board of directors will be invalid will be evaluated within the under Article 391 of the TCC.

II. INVALID DECISIONS OF THE BOARD OF DIRECTORS

Pursuant to Article 391/1 of the TCC, the decisions of the board of directors that (i) are against to the principle of equal treatment, (ii) do not comply with the basic structure of the joint stock company or do not observe the principle of capital protection, (iii) violate the rights of the shareholders, especially the inalienable rights of the shareholders, or restrict or make it difficult to their exercise, and (iv) that involved the inalienable powers of other bodies and are related to the transfer of these powers are invalid.

The nullity reasons listed in Article 391 of the TCC are not restrictive. Hence, the first sentence of the Article emphasizes that the enumeration made with the word "in particular" is not restrictive. Thus, this issue is also stated in the preamble of the article as follows: "In the provision, the most common invalid decisions are presented with examples (by enumeration)."[1] For this reason, transactions that are contrary to the mandatory provisions of the law, morality, public order, personal rights or whose subject matter is impossible (invalid) are absolutely invalid except for those listed in the article within the meaning of Article 27 of the Turkish Code of Obligations.[2]

a. Decisions against to The Principle of Equal Treatment

While the principle of equal treatment was an unwritten principle of the law of joint stock companies prior to the reform of the Commercial Code, it is stipulated as a legal rule in the new regulation (Art. 357 TCC).[3] The principle of equal treatment shall be understood as the obligation to treat all shareholders under equal legal conditions in an equal manner. Violation of the principle of equality also constitutes a violation of the honesty rule as defined in Article 2 of the Turkish Civil Code[4]. For example, a decision stating that a shareholder who votes against an item on the agenda of the general assembly regarding the distribution of dividends will not benefit from the right to dividends[5], the negative vote of some shareholders during the capital increase decision in the general assembly, or for any other reason, the board of directors does not give these persons the opportunity to exercise their pre-emptive rights in relation to the new shares to be issued, or while demanding the balance capital debt, demanding the entire balance debt from some shareholders, and demanding only 50% of the debt from the founding shareholders, is contrary to the principle of equal treatment and is invalid.[6]

olursa anonim şirketlerde pay sahiplerinin borcuyla ilgili olarak geçerli olan tek borç ilişkisine aykırı olan, pay sahiplerine taahhütleri dışında sonradan ek yükümlülük veya kişisel sorumluluk getiren kararlar veya genel kurullara katılma ve oy vermede pay sahipleri veya temsilcileri yerine, delege ya da mektupla oy verme sistemi veya her pay sahibi için veto hakkı getiren haller, yönetim kurulunun bilanço kararının dağıtılmasına karar vermesi anonim şirketin temel yapısına veya organlar arası görev dağılımına uymayan örnekler olarak sayılmaktadır.[8]

Sermayenin korunması ilkesi açısından ise, geçersiz yönetim kurulu kararları arasında; sermayeyi koruyan hükümlerin ihlal edilmesi de yer almaktadır. Örnek olarak, itibari değerin altında yeni pay ihraç edilmesine ilişkin olarak genel kurula sunulan yönetim kurulu teklifi veya şirketin kasasından ödenmek üzere pay sahiplerine şirketten çıkma tanınması gibi aynı şekilde kar dağıtımını genel kurul yerine yönetim kurulunca karara bağlanmasına ilişkin yönetim kurulu kararları da sermayenin koruması ilkesine aykırılık nedeniyle geçersizdir.

c. Pay Sahiplerinin, Özellikle Vazgeçilmez Nitelikteki Haklarını İhlal Eden Veya Bunların Kullanılmalarını Kısıtlayan veya Güçleştiren Kararlar

TTK madde 391/1/c bendindeki yönetim kurulu kararlarının geçersizlik sebebi, üçüncü kişiye pay sahibinin haklarına eşit düzeyde haklar tanınması değil, pay sahibinin vazgeçilmez haklarının kullanılmasının ihlal edilmesi veya kısıtlanmasıdır. Örneğin; iptal davasının açılabilmesinin yönetim kurulunun onayına tabi tutulması, anonim şirketin kar elde etme ve paylaşma amacının terki, genel kurula giriş kartı verilmesinin veya TTK'nın 437. maddesi uyarınca bilgi alma ve incelemenin yönetim kurulunun istediği bir taahhütnamenin imzalanması şartına bağlanması, genel kurula temsilci ile katılmanın (m.425) yasaklanması, bağımsız ve kurumsal temsilciler için (m.428) şirkete teminat yatırılması zorunluluğunun getirilmesi gibi.[9]

d. Diğer Organların Devredilemez Yetkilerine Giren ve Bu Yetkilerin Devrine İlişkin Kararlar

TTK m. 391/1 d bendi hükmü, anonim şirketin temel yapısı ile ilgili olup, aynı zamanda organların devredilemez özellikle yasanın 375, 397, 398 ve 408. maddelerinde yer alan düzenin korunmasını amaçlamaktadır. Hüküm devredilemez yetkilerin bütün halinde olduğu gibi münferiden devrinde de uygulanır.[10] Yasada anonim şirketin her organını devredilmez nitelikteki yetki ve görevleri sayılmıştır. Örneğin TTK madde 408 hükmüne göre esas sözleşmenin değiştirilmesi, Yönetim Kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçimi ve ücretlerin tespiti, ibraları hakkında karar verilmesi, yıllık kar üzerinde tasarrufta bulunma, temettü ile kazanç paylarını tespiti, yedek akçenin kara katılması dahil, kullanılmasına ilişkin kararların alınması, genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır.[11]

b. Decisions That Do Not Comply with The Basic Structure of The Joint Stock Company or Do Not Observe the Principle of Capital Protection

The decisions against to the basic structure of the joint stock company are explained in the preamble to Art. 391 TCC, based on the Swiss doctrine, as follows: " The decisions of the board of directors that are against the mandatory provisions of the general rules of law are invalid.

For example, a resolution of the board of directors imposing additional payment obligations for all shareholders in order to cover balance sheet deficits is contrary to the principle of limited liability of shareholders, which is a defining principle of the basic structure of the joint stock company (Art. 421/2-a of the TCC is reserved).[7] To give another example, resolutions that are contrary to the single debt relationship applicable in joint stock companies in relation to the obligation of the shareholders, resolutions that impose additional obligations or personal liability on the shareholders other than their commitments, or the delegate or letter voting system instead of shareholders or their representatives in attending and voting at the general assemblies, or situations that impose veto rights for each shareholder, or the decision of the board of directors to distribute the balance sheet resolution are considered as examples that do not comply with the basic structure of the joint stock company or the distribution of duties between the organs of the company.[8]

In terms of the principle of capital protection, invalid board decisions may also include violations of the provisions that protecting the capital. For example, the board of directors' proposals that submitted to the general assembly regarding the issuance of new shares below the nominal value, or the granting of exit rights to the shareholders to be paid from the company's cash register, as well as the board of directors' resolutions regarding the dividend distribution to be decided by the board of directors instead of the general assembly are also invalid due to the violation of the principle of capital protection.

c. Decisions That Violate Shareholders' Rights, Especially Those That Are Inalienable, Or That Restrict or Restrain Their Exercise.

The reason for the invalidity of the board of directors' resolutions under Article 391/1/c of the TCC is not the granting of rights equal to the rights of the shareholder to the third party, but the violation or restriction of the exercise of the shareholder's inalienable rights. For example; subjecting the filing of an annulment action to the approval of the board of directors, abandoning the purpose of the joint stock company to generate and share profits, making the issuance of an entrance card to the general assembly or making obtaining and reviewing information pursuant to Article 437 of the TCC conditional upon the signing of a letter of undertaking required by the board of directors, prohibiting participation in the general assembly with a representative (Article 425), and requiring independent and corporate representatives (Article 428) to deposit collateral with the company.[9]

d. Decisions That Fall Within the Inalienable Powers of Other Bodies and Decisions Regarding the Delegation of These Powers

The provision of Article 391/1 subparagraph d of TCC is related to the basic structure of the joint stock company, and at the same time aims to protect the non-transferable powers of the organs, especially the order set forth in Articles 375, 397, 398 and 408 of the code. The provision applies to the transfer of inalienable powers individually as well as in whole.[10] The code lists the inalienable powers and duties of each organ of the joint stock company. For example, according to Article 408 of the TCC, the amendment of the articles of association, the election of the members of the Board of Directors and auditors and determination of their remuneration, making decisions on their release, disposing of the annual profit, determination of dividends and proift shares, and taking decisions on the use of the reserve fund, including its inclusion in the profit, are among the inalienable powers of the general assembly.[11]

III. SONUÇ

TTK m. 391 hangi yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu örnekseme yolu ile saymakla birlikte içeriği itibariyle ağır hukuka aykırılıklar içeren, geçerlilik şartları eksik olan yönetim kurulu kararları genel hükümler uyarınca batıldır. Buna göre, yönetim kurulunun özellikle; eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmalarını kısıtlayan ya da güçleştiren ve diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararları batıldır. Batıl olduğu mahkemece tespit edilen karar baştan itibaren geçersiz olup hiçbir aşamada hüküm ifade etmez.

1. Gerekçe, Madde 391,

2. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar I, Vedat Kitapçılık İstanbul 2021, s. 379

3. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1338.

4. MOROĞLU, Erdoğan; Hükümsüzlük, s.206. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşleri ve tartışmalar için bkz. dn. 391 ve 392

5. Pekdinçer, Tamer: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK m. 391)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 18, S. 2, Y. 2012, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/802571, s. 677

6. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1338.

7.Gerekçe, Madde 391,

8.Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1341

9. Gerekçe, Madde 391,

10.Gerekçe, Madde 391,

11. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1346san: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1346

III. CONCLUSION

Although Article 391 of the TCC lists by way of example which resolutions of the board of directors are invalid, resolutions of the board of directors that contain serious violations of law and lack validity conditions are invalid in accordance with the general provisions. Accordingly, the decisions of the board of directors that are contrary to the principle of equal treatment, that do not comply with the basic structure of the joint stock company or that do not observe the principle of capital protection, that violate the rights of the shareholders, especially the inalienable rights of the shareholders, or that restrict or make it difficult to exercise these rights, and that fall within the inalienable powers of other organs and regarding the transfer of these powers are invalid. A decision that is determined to be invalid by the court is null and void from the beginning and does not take effect at any stage.

1 Preamble, Article 391

2 Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar I, Vedat Kitapçılık İstanbul 2021, s. 379

3 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1338.

4 MOROĞLU, Erdoğan; Hükümsüzlük, s.206. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşleri ve tartışmalar için bkz. dn. 391 ve 392

5 Pekdinçer, Tamer: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK m. 391)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 18, S. 2, Y. 2012, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/802571, s. 677

6 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1338.

7 Preamble, Article 391,

8 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2018, s. 1341

9 Preamble, Article 391,

10 Preamble, Article 391,

11 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, revised 3rd edition , Ankara 2018, s. 1346



ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ VE ETKİ PRENSİBİ

AV. HATİCE BUSE TAŞAR
btasar@egemenoglu.av.tr

I. GİRİŞ

Anonim şirketler, halka açık olmasalar ve sermaye piyasasında doğrudan yer almasalar dahi sektördeki rekabet ve pazar dinamikleri üzerinde önemli rol oynayabilir. Genel kurul, anonim şirket tüzel kişiliğinin karar organıdır ve bu tür şirketlerin yönetim kadrosu ve geleceği, genel kurulda alınan kararlarla şekillenmektedir. Genel kurul kararlarının iptali talebi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 445. maddesi ile ortaklara tanınan bir denetleme mekanizmasıdır. Bazı durumlarda alınan kararların hukuki geçerliliği sorgulanabilecek ve iptali talep edilebilecektir. Bu çalışma ile halka açık olmayan anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptali ve etki prensibi ele alınacaktır.

II. GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ

TTK'nın 445. maddesi uyarınca, genel kurul kararları ancak kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya dürüstlük kuralına aykırı ise iptal davasına konu edilebilir.

i. Kanuna Aykırılık

TTK 445. maddesi ile kanuna aykırılıktan kasıt yalnızca "Türk Ticaret Kanunu" değildir. Yasa koyucu; bilhassa hükmü bu şekilde düzenlemiş ve "kanuna aykırılık" ibaresinin geniş yorumlanmasını sağlayarak bir genel kurul kararını alakadar ettiği ölçüde tüm mevzuat hükümleri ile yazılı olmayan hukuk kurallarını kapsamasını istemiştir. Pulaşlı da aynı görüştedir.[1] Örneğin, finansal tabloların dürüst resim ilkesine aykırı düzenlendiğinden bahisle finansal tabloların onaylayan genel kurul kararı iptal davasına konu olabileceği gibi yürürlükte bulunan ve genel kurul kararını alakadar eden tüm mevzuat hükümlerine aykırılıklar da iptal davasına konu olabilir.

ii. Esas Sözleşme Hükümlerine Aykırılık

Anonim şirket esas sözleşmesi; kurucuların şirket kurma iradesini ortaya koyduğu, şirketin temel düzenini oluşturan, şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, TTK'da yer alan zorunlu unsurları içeren ve sıkı şekil şartlarına tabi sözleşmedir. Örneğin bir şirketin esas sözleşmesi ile TTK'dakinden daha ağır bir nisap kararlaştırılmış ve alınan genel kurul kararı esas sözleşmeyle belirtilen nisap oluşmadan alınmışsa veya yine esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçimini yasaklayan hüküm bulunmasına rağmen eski üye tekrar seçilmiş veya esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için yaş ve meslek gibi niteliklerine sahip olma şartı bulunmasına rağmen bu şartları taşımayan kişiler yönetim kuruluna seçilmişse bu kararların iptali talep edilebilecektir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki esas sözleşme ile kararlaştırılan nisaba uygun alınmayan kararın kanuni nisabı oluşturup oluşturmadığı da önemli bir hususdur. Zira, alınan karar kanuni nisabı karşılıyorsa esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle iptal edilebilir olacak ancak kanuni nisabı da karşılamıyorsa kararın "hükümsüz" olduğu sonucuna varılacaktır. Yargıtay'ın değerlendirmesi de bu yöndedir.[2]

ANNULMENT OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS IN JOINT STOCK COMPANIES AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS

I. INTRODUCTION

Joint stock companies can play an important role in the competition and market dynamics in the sector, even if they are not publicly traded and are not directly involved in the capital market. The general assembly is the decision-making body of the joint stock company legal entity and the management staff and the future of such companies are shaped by the decisions taken in the general assembly. The request for annulment of general assembly resolutions is a control mechanism granted to shareholders by Article 445 of the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC"). In some cases, the legal validity of the resolutions may be questioned and their annulment may be requested. In this study, the annulment of general assembly resolutions and the principle of influence in non-public joint stock companies will be discussed.

II. ANNULMENT OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS

Pursuant to Article 445 of the TCC, general assembly resolutions may only be subject to annulment if they are contrary to the law, the provisions of the articles of association or the rule of good faith.

i. Violation of the Law

Article 445 of the TCC does not only refer to the "Turkish Commercial Code". The legislator has specifically regulated the provision in this way, and by ensuring a broad interpretation of the phrase "contravention of the law", the legislator intended to cover all legislative provisions and unwritten rules of law to the extent that they are relevant to a general assembly resolution. Pulaşlı is of the same opinion.[1] For example, the general assembly resolution approving the financial statements may be subject to an action for annulment on the grounds that the financial statements have been prepared in violation of the principle of fair presentation, as well as all provisions of the legislation in force and relevant to the general assembly resolution may also be subject to an action for annulment.

ii. Violation of the Articles of Association

The articles of association of a joint stock company is a contract in which the founders express their will to establish the company, which constitutes the basic order of the company, which regulates the internal and external relations of the company and the rights and obligations of the shareholders towards the company and each other, which contains the mandatory elements set forth in the TCC and which is subject to strict formal requirements. For example, if a company's articles of association stipulates a higher quorum than that stipulated in the TCC, and the general assembly decision is taken without the quorum specified in the articles of association, or if the articles of association contains a provision prohibiting the re-election of the members of the board of directors, but the former member is re-elected, or if the articles of association stipulates the qualifications for board membership such as age and profession, but persons who do not meet these conditions are elected to the board of directors, the annulment of these decisions may be requested.

iii. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ile düzenlenen dürüstlük kuralına ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranıldığı hallerde de alınan genel kurul kararının iptali talep edilebilecektir. Pulaşlı ve Çamoğlu; genel kurul kararlarının kanun ve esas sözleşme hükümlerine görünüşte uygun olmasının yeterli olmadığını, çoğunluk yetkilerini kötüye kullanarak azlığın ve münferit ortakların menfaatlerini ihlal ettiğinde alınan kararın dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptalinin gerektiğini açıklamaktadır.[3] Örneğin, şirketin sermayesinin artırılması gerekmediği halde yalnızca yeterli ekonomik gücü bulunmayan pay sahiplerinin şirketteki pay oranlarının düşürülmesi amacıyla alınan sermaye artırım kararının iptali talep edilebilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, davalı şirketin sermaye artışı yapmasının bir gereklilik olduğunu ancak bu daha az miktarla da yapılabilecekken 250 kat artırılmasının davacının çıkarlarını zedeleyeceği ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.[4] Bir başka örnek olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, her zaman kar eden bir anonim şirkette karın dağıtılmamasının dürüstlük kuralına aykırılık ile iptali kabil olduğuna hükmetmiştir.[5] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir başka kararında[6], anonim ortaklıkta pay devrini kısıtlayan genel kurul kararının, Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesindeki dürüstlüğe (objektif iyi niyete) aykırı olduğundan iptalinin gerektiğine hükmetmiştir.

iv. İptal davası açma şartları

Genel kurul kararının iptalini talep edebilecek kişiler TTK madde 446 ile düzenlenmiştir. Genel kurul toplantısında hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten pay sahipleri iptal davası açabilir. Olumsuz oy kullanmayıp sadece kararlara karşı çıkan veya çekimser kalan pay sahipleri iptal davası açamazlar. Muhalefet şerhinin toplantı tutanağına yazılması yeterli olup bunun ayrıca pay sahibi tarafından imzalanması ve gerekçe gösterilmesi şart değildir. Bunun yanında, toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın, çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına haksız olarak izin verilmediğini ve söz konusu aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri de iptal davası açmaya yetkilidir. Buna ek olarak, yönetim kurulu ve alınan kararın yerine getirilmesi kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri kararın iptalini talep edebilir. Örneğin, yönetim kurulu üyeleri ibra edilmemelerine ilişkin karara karşı iptal davası açabilecektir.[7]

v. Hak Düşürücü Süre

Anonim şirket genel kurul kararları aleyhine kararın alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde iptal davası açılabilecektir. Bu sürenin geçmesiyle birlikte iptal davası açma hakkı düşmektedir.[8]

vi. Tedbir ve Teminat

TTK madde 449 uyarınca, davacının kararlarının yürütülmesinin durdurulması konusunda tedbir talebi mahkemece kabul edilebilir ancak buna mukabil davalı şirket her zaman TTK madde 448 uyarınca, şirketin muhtemel zararlarına karşılık olarak davacıların takdiri mahkemede olan bir teminat yatırması talep edebilecektir. Ancak teminat tutarının, davacının dava hakkını engellemeyecek ölçü ve miktarda olması gerekmektedir.[9]

III. ETKİ PRENSİBİ

TTK'nın 446/b maddesinde sayılan kişiler tarafından açılan iptal davasında davacı, alınan kararın iptalinin gerektiren aykırılığın kararın alınmasında etkili olduğunu ispatla yükümlüdür. Dolayısıyla, çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, kendisinin genel kurula

However, it should be emphasized that it is also important to consider whether the resolution that is not adopted in accordance with the quorum stipulated in the articles of association constitutes the legal quorum. This is because, if the resolution meets the legal quorum, it may be annulled due to violation of the articles of association; however, if it does not meet the legal quorum, it shall be concluded that the resolution is "null and void". This is also the assessment of the Court of Cassation.[2]

iii. Breach of the Good Faith

Article 2 of the Turkish Civil Code No. 4721 provides that the annulment of the general assembly resolution may also be requested in cases where the rule of good faith, and therefore the prohibition of abuse of right, is violated. Pulaşlı and Çamoğlu explain that it is not sufficient for the general assembly resolutions to be in compliance with the provisions of the law and the articles of association on the face of it, and when the majority abuses its powers and violates the interests of the minority and individual shareholders, the resolution should be annulled due to violation of rule of good faith.[3] For example, although the capital of the company does not need to be increased, the annulment of the capital increase decision taken for the sole purpose of reducing the share ratios of the shareholders who do not have sufficient economic power in the company may be requested. The 11th Civil Chamber of the Court of Cassation upheld the decision of the court of first instance, which decided to accept the lawsuit on the grounds that it was a necessity for the defendant company to increase its capital, but increasing it 250 times when this could have been done with a smaller amount would damage the interests of the plaintiff and would be contrary to the rules of good faith.[4] As another example, the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation ruled that the non-distribution of profits in a joint stock company that always makes a profit can be annulled on the grounds of breach of good faith.[5] In another decision of the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation,[6] ruled that the general assembly decision restricting the transfer of shares in a joint stock company should be annulled as it is contrary to the good faith (objective good faith) under Article 2 of the Turkish Civil Code.

iv. Conditions for filing an annulment action

The persons who may request the annulment of the general assembly resolution are regulated under Article 446 of the TCC. Shareholders who are present at the general assembly meeting and vote against the resolution and record their opposition in the minutes may file an action for annulment. Shareholders who do not vote negatively but only oppose the resolutions or abstain from voting may not file an action for annulment. It is sufficient to write the dissenting opinion in the minutes of the meeting, and it is not required to be signed by the shareholder and justified. In addition, shareholders who claim that the invitation was not duly made, that the agenda was not properly announced, that persons or their representatives who are not authorized to attend the general assembly meeting attended and voted, that they were unfairly denied permission to attend the general assembly meeting, and that the aforementioned violations were effective in the general assembly resolution, whether they were present at the meeting or not, and whether they voted negatively or not, are also authorized to file an action for annulment. In addition, the board of directors and each member of the board of directors may request the annulment of the resolution if the execution of the resolution will cause personal liability. For example, the members of the board of directors may file an action for annulment against the decision not to release them.[7]

v. Prescription Period

An annulment action may be filed against the resolutions of the general assembly of a joint stock company before the Commercial Court of First Instance in the place where the company headquarters is located within three months from the date of the resolution. With the expiration of this period, the right to file an annulment lawsuit is lost.[8]

katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini iddia eden ortaklar, ayrıca genel kurul kararı ile aykırılık arasındaki etkiyi kanıtlamakla yükümlüdür. Aksi halde karar kanuna aykırı olsa dahi iptal talebi reddedilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu doğrultuda kararı bulunmaktadır.[10] Önemle belirtmek isteriz ki, Yargıtay, doktrinde yer alan bazı görüşlerin[11] aksine etki prensibini, hukuka aykırı kararın alındığı genel kurulda yeter sayılara etkisi olarak uygulamakta ve bu yönde kararlar vermektedir.[12] Yargıtay bir başka kararında[13], genel kurul toplantısına yetkili olmayan kişilerin katılması ve oy kullanmaları halinde, pay sahiplerinin kararlarının iptalini mahkemeden talep edebileceğini ancak bu kimselerin kullandıkları oyların alınan karara etkisi yoksa, genel kurul kararının iptal edilmeyeceğini kabul etmiştir.

IV. SONUÇ

Genel kurul kararlarının iptaline yönelik davaların önünün alınması, şirketlerin hukuki süreçlerle uğraşma oranını düşürerek daha verimli bir yönetim sağlar. Özellikle aile şirketlerinde gerekli usul ve esaslar göz önüne alınmadan yapılan genel kurul toplantıları hem şirket hem de pay sahipleri için hak kaybına ve zarara neden olabilmektedir. Genel kurul toplantılarının yukarıda da örnekleri verilen ayrılıklar önlenerek usul ve yasaya uygun olarak yürütülmesi ve objektif şekilde yönetilmesi şirket aleyhine iptal davası açılmasına engel olacaktır.

1 PULAŞLI H., Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 1056.2 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.09.1993 tarihli E. 5419/K.5826, Pulaşlı, s. 1060, dn.620.

3 PULAŞLI s. 1063; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, İstanbul, 2021, s. 603.

4 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015/10814 E. 2016/5122 K. sayılı ve 05.05.2026 tarihli karar.

5 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1977/4496 E. 1977/2168 K. sayılı ve 03.07.1977 tarihli karar, ERİŞ G. Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995, s. 789.

6 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.12.1992, E.5506/K.11720, Pulaşlı s.1063.dn.628.

7 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/8177 E. 2014/15155 K. sayılı ve 02.10.2014 tarihli karar.

8 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2021/8751 E. 2023/3091 K. sayılı ve 18.05.2023 tarihli karar; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015/8744 E. 2016/3486 K. sayılı ve 30.03.2026 tarihli kararı.9 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 19.4.1983, E.1401/K.2033, Pulaşlı s. 1111, dn.750.

10 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/5136 E. 2017/4389 K. sayılı ve 14.09.2017 tarihli karar.

11 MOROĞLU E., Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.239.)

12 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015/7643 E. 2016/3843 K. sayılı ve 07.04.2016 tarihli karar.

13 TD. 13.12.1973, E.73/75, K.73/487 (Batider, 9173, C.VII, Sa.1, s. 188 vd.), Pulaşlı, s.1089, dn.694.

vi. Injuction and Collateral

Pursuant to Article 449 of the TCC, the court may grant the plaintiff's request for an injunction to stay the execution of the decisions of the defendant company; however, the defendant company may always request the plaintiffs to deposit a collateral, at the discretion of the court, against the possible damages of the company pursuant to Article 448 of the TCC. However, the amount of the collateral must be in a size and amount that will not hinder the plaintiff's right of action.[9]

III. PRINCIPLE OF INFLUENCE

In the annulment lawsuit filed by the persons listed in Article 446/b of the TCC, the plaintiff is obliged to prove that the violation requiring the annulment of the resolution was effective in the resolution. Therefore, shareholders who claim that the invitation was not duly made, that the agenda was not properly announced, that persons or representatives who are not authorized to attend the general assembly meeting attended and voted, and that they were not allowed to attend and vote in the general assembly meeting unjustly, are also obliged to prove the effect between the general assembly decision and the contradiction. Otherwise the request for annulment will be rejected even if the decision is illegal. The 11th Civil Chamber of the Court of Cassation has a decision in this direction.[10] It is important to note that, contrary to some opinions in the doctrine[11], the Court of Cassation applies the principle of influene as the effect of the unlawfulness on the quorums in the general assembly where the decision is taken and gives decisions in this direction.[12] In another decision of the Court of Cassation[13], accepted that if unauthorized persons attend and vote at the general assembly meeting, the shareholders may request the annulment of the resolutions from the court, but if the votes given by these persons do not have any effect on the resolution, the general assembly resolution shall not be annulled.

IV. CONCLUSION

Preventing lawsuits for the annulment of general assembly resolutions provides a more efficient management by reducing the rate of companies dealing with legal processes. Especially in family-owned companies, general assembly meetings held without taking into account the necessary procedures and principles may cause loss of rights and damages for both the company and the shareholders. Conducting the general assembly meetings in accordance with the procedure and the law and managing them objectively by preventing the above-mentioned divisions will prevent the filing of an annulment lawsuit against the company.

1 PULAŞLI H., Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayıncılık, 3rd ed. , Ankara,

2018, s. 1056.2 Court of Cassation, 11th Civil Chamber, dated 24.09.1993 E. 5419/K.5826,

Pulaşlı, s. 1060, dn.620.

3 PULAŞLI s. 1063; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, Vedat Kitapçılık,

15. Bası, İstanbul, 2021, s. 603.

4 Court of Cassation 11th Civil Chamber, Decision numbered 2015/10814 E., 2016/5122 K., dated 05.05.2026

5 Court of Cassation 11th Civil Chamber, decision numbered 1977/4496 E., 1977/2168 K., dated 03.07.1977. ERİŞ G. Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995, s. 789.

6 Court of Cassation 11th Civil Chamber, 28.12.1992, E.5506/K.11720, Pulaşlı s.1063.dn.628.

7 Court of Cassation 11th Civil Chamber, case numbered 2014/8177 E., decision numbered 2014/15155 K., dated 02.10.2014.

8 Court of Cassation 11th Civil Chamber, case numbered 2021/8751 E., decision numbered 2023/3091 K., dated 18.05.2023; Court of Cassation 11th Civil Chamber, case numbered 2015/8744 E., decision numbered 2016/3486 K., dated 30.03.2026.

9 Court of Cassation 11th Civil Chamber, 19.4.1983, E.1401/K.2033, Pulaşlı s. 1111, dn.750.

10 Court of Cassation 11th Civil Chamber, Decision numbered 2016/5136 E., 2017/4389 K., dated 14.09.2017.

11 MOROĞLU E., Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.239.)

12 Court of Cassation 11th Civil Chamber, case number 2015/7643 E., decision number 2016/3843 K., dated 07.04.2016.

13 TD. 13.12.1973, E.73/75, K.73/487 (Batider, 9173, C.VII, Sa.1, s. 188 vd.), Pulaşlı, s.1089, dn.694.



TR

KAMU İHALE HUKUKU BAĞLAMINDA EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

EFSUN TÜRKER HUY
ehuy@egemenoglu.av.tr

GİRİŞ

İdarelere kamu hizmetlerinin ifası amacıyla ihtiyaç duydukları hizmetlerin alımı için ihaleler yoluyla özel kişilerin imkanlarını kullanabilme imkânı verilmiş olmakla birlikte, bu olanak sıkı şartlara bağlanmıştır. Sözleşmeler söz konusu olduğunda her ne kadar tarafların sözleşmenin türünü, içeriğini, taraflarını seçme özgürlüğü tanınmışsa da taraflardan biri idare olduğunda, ihaleler başta olmak üzere çok sayıda şekil şartı karşımıza çıkmaktadır.

Kamu ihalelerine getirilen sıkı şekil şartları ile bazı ihlaller halinde öngörülen idari yaptırımların yanı sıra, birtakım ihlaller için ise cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Her ne kadar ihalelerin cezai boyutu düşünüldüğünde ihaleye fesat karıştırma suçu ilk olarak akıllara gelse de Türk Ceza Kanunu'nda kamu ihale hukukunu ilgilendiren hükümler iki başlı olarak yer almaktadır. İhaleye fesat karıştırma suçu ihale sürecindeki birtakım ihlallere ilişkin iken, edimin ifasına fesat karıştırma suçu ise ihale ile yüklenilen edimlerin ifası aşamasındaki ihlalleri kapsamaktadır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, yalnızca kamu ihaleleri ile yüklenilen edimlerden ziyade kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı ihale dışında başka yollarla taahhüt altına girilen edimleri de kapsamakla birlikte, yazımızda söz konusu suç kamu ihaleleri ile yüklenilen edimler bağlamında ele alınacaktır.

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

Kamu İhale Kanunu uyarınca sözleşme, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade etmektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmünü ihtiva eden 4/3 maddesi ile "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." hükmünü ihtiva eden 36. maddesi dikkate alındığında, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Fakat her ne kadar tarafların hak ve yükümlülükler bakımından eşit olduğu ifade edilse de kamu ihale sözleşmelerinde gerek mevzuat kaynaklı durumlara gerekse hukuki ilişkinin niteliğinden doğan uygulamalara bakıldığında, idarenin belirleyici ve baskın yönüne rastlamak mümkündür.

Buna ek olarak, kamu ihale sözleşmelerinin akdedilmesi prosedürü, borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisi kapsamı dışında yer almaktadır. Bilinmektedir ki kişiler, sözleşmenin taraflarını ve içeriğini kanunda öngörülen sınırlar kapsamında özgürce belirleyebilmektedir. Bu kural, TBK 26 hükmünün bir sonucudur. Sözleşme serbestisi, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin

ENG

THE OFFENSE OF RIGGING THE PERFORMANCE OF AN OBLIGATION IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT LAW

INTRODUCTION

Although administrations are granted the opportunity to utilize the resources of private individuals through tenders for the procurement of services necessary for the performance of public services, this possibility is subject to stringent conditions. In the context of contracts, while parties are generally afforded the freedom to determine the type, content, and counterparties of the agreement, numerous formal requirements arise when one of the parties is an administration, particularly in the context of tenders.

The strict formalities imposed on public procurements, as well as the administrative sanctions prescribed for certain violations, are complemented by criminal sanctions for other infractions. While the offense of "rigging a tender" may first come to mind when considering the criminal dimension of tenders, the Turkish Penal Code includes provisions related to public procurement law under two distinct categories.The offense of "rigging a tender" pertains to certain violations occurring during the tender process, whereas the offense of "rigging the performance of an obligation" covers breaches committed during the fulfillment phase of obligations undertaken via tenders. Notably, the offense of rigging the performance of an obligation encompasses not only obligations assumed through public procurements but also those undertaken through other means vis-à-vis public institutions or organizations, professional organizations with public institution status, companies established with their participation, foundations operating under their structure, public-benefit associations, or cooperatives. However, this analysis will address the aforementioned offense exclusively in the context of obligations assumed through public procurements.

PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Pursuant to the Public Procurement Law, a contract is a written agreement between the contracting authority and the contractor for the procurement of goods or services and construction works.

The Law on Public Procurement Contracts states that "The parties to public contracts made under this Law shall have equal rights and obligations in the implementation of the provisions of the contract. Provisions contrary to this principle cannot be included in the tender documents and contract provisions. This principle shall be considered in the interpretation and application of the Law." and Article 36 which states that 'In cases where there is no provision in this Law, the provisions of the Code of Obligations shall apply.', we can say that public procurement contracts are private law contracts. However, although it is stated that the parties are equal in terms of rights and obligations, it is possible to observe the determinant and dominant aspect of the administration in public procurement contracts, both in terms of legislative provisions and practices arising from the nature of the legal relationship.

içeriğini, konusunu, türünü ve taraflarını belirleme özgürlüğünü ifade etmektedir. Hal böyleyken kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafını belirlemenin idarenin iradesinden ziyade kanundan doğan bir prosedüre tabi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin türü ve içeriğine ilişkin sınırlar da Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile belirlenmiştir.

YASAK FİİL VE DAVRANIŞLAR

Kamu ihale hukuku kapsamında ihale süreci Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu ile, sözleşme süreci ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmektedir.

Bununla birlikte ihaleye hazırlık, ihalenin tamamlanması ve sözleşmenin akdedilmesine kadarki süreç, ihaleye fesat karıştırma kapsamında; sözleşme sonrası süreç ise edimin ifasına fesat karıştırma suçuna konu olmaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca aşağıda belirtilen fiiller "yasak fiil ve davranışlar" olarak addedilmiştir:

"a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması."

Hükümde sınırlı sayıda belirtilen yasak fiilleri icra edenler hakkında, 26. madde uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. İcra edilen yasak fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde ise, hem idari yaptırım uygulanacak hem de faillerin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu husus kanunun 27. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *"İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur."*

Söz konusu yasak fiil ve davranışların icrası neticesinde, aynı zamanda görevi kötüye kullanma, dolandırıcılık, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, zimmet, rüşvet, irtikap suçlarının oluşması mümkün olmaktadır. Yazımızda ilgili fiiller "edimin ifasına fesat karıştırma suçu" kapsamında değerlendirilecektir.

EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu TCK m. 236 hükmünde düzenlenmiş olup ilgili hüküm şu şekildedir

"(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin

In addition, the procedure for entering into public procurement contracts falls outside the scope of the principle of freedom of contract, which is one of the fundamental principles of the law of obligations. It is well-established that individuals are free to determine the parties and content of a contract within the limits prescribed by law. This rule is a consequence of Article 26 of the Turkish Code of Obligations. Freedom of contract refers to the liberty to decide whether to enter into a contract, as well as to determine the content, subject matter, type, and parties of the contract. In this context, it is evident that in public procurement contracts, determining the contracting party is subject to a procedure arising from legal provisions rather than the will of the administration. Furthermore, the limits regarding the type and content of the contract are also prescribed by the Public Procurement Contracts Law.

PROHIBITED ACTS AND CONDUCT

Within the scope of public procurement law, the tender process is regulated by Public Procurement Law and the State Procurement Law, and the contract process is regulated by the Public Procurement Contracts Law.

However, the process from the preparation for the tender, until the completion of the tender and the conclusion of the contract is subject to the offense of bid rigging, while the post-contract process is subject to the offense of rigging the performance of the performance.

Pursuant to the Public Procurement Contracts Law, the following acts are considered as "prohibited acts and conduct"

"a) Mixing or attempting to mix up the transactions related to the contract by cheating, promising, threatening, using influence, gaining benefit, agreement, extortion, bribery or by other means.

b) Forging, using or attempting to use false documents.

c) To use fraudulent materials, tools or procedures during the execution or delivery of the work subject to the contract, to make incomplete, faulty or defective production contrary to the rules of science and art.

d) Damaging the administration while fulfilling its commitment.

e) Using his/her knowledge and experience to the detriment of the administration or acting contrary to the provisions of Article 29.

f) Failure to fulfill its commitment in accordance with the tender document and contract provisions, except for force majeure.

g) Transfer or assignment of the contract in violation of Article 16."

Pursuant to Article 26, those who perform prohibited acts specified in a limited number in the provision will be banned from participating in the tenders of public institutions and organizations. If the prohibited act also constitutes a criminal offense, both administrative sanctions and criminal liability of the perpetrators will be imposed. This is stated in Article 27 of the Law as follows: *"Even if it is detected after the work is completed and the acceptance process is carried out, a criminal complaint shall be filed with the competent Public Prosecutor's Office for criminal prosecution in accordance with the provisions of the Turkish Penal Code against real or legal persons and their partners or agents in that business who commit acts or behaviors that constitute a crime according to the Turkish Penal Code among the acts or behaviors specified in Article 25."*

As a result of the execution of these prohibited acts and behaviors, it is also possible to commit crimes of abuse of office, fraud, causing the absence of public necessities, collusive tendering, fraudulent non-performance, embezzlement, bribery and extortion. In our article, the relevant acts will be

ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır:

a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi.

b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi.

c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi.

d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi.

e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi.

(3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar."

MADDİ UNSUR

FİİL

Suç tanımında, sınırlı sayıda seçimlik hareketlere yer verilmekle birlikte, bu hareketlerin hileli olarak yapılması şartı aranmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki gerçek dışı beyana dayalı her fiil, hile olarak kabul edilemeyecektir. Hilenin, ortalama zeka ve bilgiye sahip bir kimseyi aldatabilecek nitelikle olması aranmaktadır. Hile, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından "nitelikli yalan" olarak tanımlanmıştır.

"...Uygulamadaki yerleşmiş kabule göre hile; 'Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır... hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez' olarak tanımlanmaktadır... Bununla birlikte, hileli davranışlar kişinin ya da kişilerin öznel durumları itibarıyla değil, nesnel ölçütler esas alınmak suretiyle, her somut olayın özelliğine göre olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı dikkate alınmalıdır..." (Yargıtay CGK, 27.09.2016, E.2016/789, K.2016/323)

SUÇ TÜRLERİNE GÖRE AYRIM

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketli bir suç olması dolayısıyla, hükümde sayılı hareketlerden birinin gerçekleşmesiyle suç oluşacaktır.

Suçun, yalnızca kanuni tanımda yer alan birtakım fiillerin icrası suretiyle işlenebilmesi mümkün olduğundan, bağlı hareketli suç olduğu söylenebilir.

Suçun sırf hareket suçu olması dolayısıyla suçun tamamlanması, bir neticenin gerçekleşmesine bağlı değildir.

Suç türüne ilişkin diğer bir husus, tehlike suçu ile zarar suçu ayrımıdır. Bu hususta edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bilindiği üzere suçun tamamlanması için suç ile korunan hukuki değerin zarara uğraması şartı aranmaktaysa bir zarar suçu, herhangi bir zararın varlığı aranmıyorsa tehlike suçu söz konusudur.

evaluated within the scope of the "offense of rigging the performance of the performance".

THE OFFENSE OF FRAUDULENT NON-PERFORMANCE

The crime of offense of fraudulent non-performance is regulated under Article 236 of the TPC and the relevant provision is as follows:

"(1) A person who fraudulent non-performance undertaken against public institutions or organizations, professional organizations with the status of public institutions, companies established with their participation, foundations operating under them, associations working for public benefit or cooperatives shall be sentenced to imprisonment from three to seven years.

2) If the following acts are committed fraudulently, they shall be deemed to have conspired in the fraudulent non-performance:

a) Delivery or acceptance of a good other than the good whose characteristics are specified in the tender decision or contract.

b) Delivery or acceptance of goods less than the quantity specified in the tender decision or contract.

c) Accepting the performance as if it has been performed in due time, although the performance has not been performed within the period specified in the tender decision or contract.

d) Accepting the work or the materials used in construction tenders even though they do not comply with the conditions, quantity or qualifications specified in the specification or contract.

e) Accepting the performance in service as if it has been performed despite the fact that it has not been performed or incompletely performed according to the conditions specified in the tender decision or contract.

(3) Persons in charge who obtain benefits due to the collusion in the fraudulent non-performance shall also be punished according to the relevant criminal provision for this reason."

MATERIAL ELEMENT ACT

Although the definition of the offense includes a limited number of elective acts, these acts must be done fraudulently. It is important to note that not every act based on untrue statements can be considered as fraud. The deception must be capable of deceiving a person of average intelligence and knowledge. Deception is defined as "aggravated lie" by the Criminal General Assembly of the Court of Cassation. *"According to the settled acceptance in practice, cheating is defined as 'Cheating is a aggravated lie. The lie should be heavy, intense and skillful to a certain extent, and should eliminate the victim's ability to control in terms of display. With the deception used, the victim must be misled and unfair benefit must be provided to the defendant or someone else by the victim who believes the lies with deceptive behavior as a result of misleading ... The fraudulent behavior must be of a deceptive nature. A simple lie cannot be accepted as a fraudulent act'... However, fraudulent behavior should be evaluated on a case-by-case basis according to the characteristics of each concrete case, based on objective criteria, not on the subjective situation of the person or persons, and the characteristics of the event, the situation of the victim, the relationship with the act, the form of the trick used, and the characteristics of the document concealed or altered, if used, should be taken into consideration separately..."* (Criminal General Assembly of the Court of Cassation, 27.09.2016, File No.2016/789, Decision No.2016/323)

Tehlike suçu ise kendi içinde somut tehlike suçu ve soyut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suçun tamamlanması için bir tehlikenin varlığının şart koşulduğu hallerde somut tehlike suçu söz konusu iken, suçun kanuni tanımında öngörülen fiilin gerçekleşmesi halinde bir tehlikenin oluştuğu varsayılıyorsa soyut tehlike suçu söz konusudur. Bir görüşe göre, bu suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesi şartı aranmadığından bu suç bir tehlike suçu[1] iken; niteliği gereği beraberinde bir zararı da getirdiğinden dolayı, söz konusu suç bir zarar suçudur[2]. Kanaatimizce her ne kadar suç neticesinde suçun özelliğinden kaynaklı bir zarar meydana gelmekte ise de suçun oluşması için bir zararın oluşması şartı öngörülmediğinden -zarar suçunun tanımı gereği- söz konusu suç bir soyut tehlike suçudur.

FAİL

Suçun kanuni tanımından da anlaşıldığı üzere edimin ifasına fesat karıştırma suçunun faili, *"teslim/ifa eden"* ve *"kabul eden"* kişilerdir. Bu kavramların kimleri ifade ettiği hususunun netleştirilmesi için, Kamu İhale Kanunu'ndaki tanım ile birlikte değerlendirmek uygun olacaktır. Sözleşmenin tarafları Kamu İhale Kanunu m.4 hükmünde yüklenici ve idare olarak öngörülmüştür. Buna göre yüklenici, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi, idare ise ihaleyi yapan -Kamu İhale Kanunu kapsamındaki- kurum ve kuruluşları ifade etmektedir. Dolayısıyla teslim/ifa eden, üzerine ihale yapılan ve sözleşmeyi imzalayan istekli adına malı teslim etmeye veya işi ifa etmeye yetkili olan kişiyi, kabul eden ise ihaleyi yapan kurum ve kuruluş adına malı/ifayı kabule yetkili olan kişiyi ifade etmektedir.

Suçun herkes tarafından işlenebilen suç olması halinde genel suç, yalnızca belirli kişiler tarafından işlenebilmesi halinde ise özgü suç söz konusu olacaktır. Örneğin; hırsızlık, yaralama, tehdit gibi suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlar iken, rüşvet, işkence, görevi kötüye kullanma suçları özgü suç mahiyetindedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, yalnızca ihale ile yükümlülük altına giren ve idare adına edimi kabul etmeye yetkili kişiler tarafından işlenebilen bir suç olması dolayısıyla bu suçun özgü suç mahiyetinde olduğunu söyleyebiliriz.[3]

MAĞDUR

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu, Türk Ceza Kanunun İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısmının Dokuzuncu Bölümü altında düzenlenmektedir. Bu suçun mağdurunun kamu, bir başka deyişle toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu söylenebilir. İhalenin tarafı olan kurumun ise -tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında mağdur olarak kabul edilemeyeceği dikkate alındığında- "suçtan zarar gören" olarak kabulü gerekmektedir.

SUÇUN KONUSU

Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılmış olan ihaleler ile yüklenilen edimler bu suçun konusunu oluşturmakla birlikte, bu kanunlar kapsamı dışındaki ihaleler ve hatta özel hukuk sözleşmelerine dayalı edimler de bu suça konu olabilecektir. Zira hükümde, genel olarak -belirtilen- kurumlara karşı üstlenilen edimlerin ifasından söz edilmektedir.

MANEVİ UNSUR

Suçun manevi unsuruna baktığımızda, bu suçun taksirli haline ilişkin olarak kanuni düzenlemeye yer verilmediğinden, suçun yalnızca kasten işlenen bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanunda öngörülen suç tipine uygun fiil, kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, tipe uygun fiil gerçekleştiği halde fiil hukuka uygun kabul edilecek, bu sebeple suç oluşmayacak ve suç dolayısıyla failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Hukuka uygunluk

DISTINCTION ACCORDING TO CRIME TYPES

Since the crime of offense of fraudulent non-performance, the contract is an optional offense, the crime will occur with the realization of one of the acts listed in the provision.

Since it is possible to commit the offense only through the performance of certain acts included in the legal definition, it can be said that it is a dependent motion crime.

Since the crime is a crime of inchoate offense, the completion of the crime does not depend on the realization of a result.

Another issue regarding the type of crime is the distinction between the crime of danger and the crime of damage. In this regard, there are different evaluations in terms of the crime of fraudulent non-performance. As it is known, if the legal value protected by the crime is required to be damaged in order to complete the crime, it is a harm crime, and if no damage is required, it is a danger crime.

A crime of danger is classified into two categories: concrete danger crimes and abstract danger crimes. In cases where the existence of a danger is a prerequisite for the completion of the crime, it is regarded as a concrete danger crime. Conversely, if the occurrence of danger is presumed upon the realization of the act defined in the legal description of the offense, it is considered an abstract danger crime.

According to one view, as the occurrence of harm is not a condition for the formation of such a crime, it is classified as a crime of danger. However, due to its inherent nature, which entails accompanying harm, the offense in question is characterized as a crime of harm. In our opinion, although harm arises as a consequence of the offense due to its nature, the occurrence of harm is not a precondition for the formation of the offense. Therefore, pursuant to the definition of a crime of harm, the offense in question constitutes an abstract danger crime.

OFFENDER

As evident from the legal definition of the offense, the perpetrators of the crime of tampering with the performance of an obligation are the parties involved in the "delivery/performance" and "acceptance" of the obligation. To clarify the identities of these individuals, it is appropriate to evaluate the terminology in conjunction with the definitions provided under the Public Procurement Law. According to Article 4 of the Public Procurement Law, the parties to the contract are defined as the contractor and the administration. Accordingly, the term **"the delivering/performing party"** refers to the individual authorized to deliver the goods or perform the work on behalf of the successful bidder who was awarded the tender and signed the contract. On the other hand, the term **"the accepting party"** refers to the individual authorized to accept the goods or performance on behalf of the institution or organization conducting the tender.

If the crime is a crime that can be committed by everyone, it will be a general crime, and if it can only be committed by certain persons, it will be a specific crime. For example; while crimes such as theft, injury and threats are crimes that can be committed by everyone, bribery, torture and abuse of office are specific crimes. When evaluated in this context, we can say that the crime of fraudulent non-performance is a specific crime since it is a crime that can only be committed by persons who are under obligation with the tender and authorized to accept the performance on behalf of the administration.[3]

VICTIM

The crime of offense of fraudulent non-performance is regulated under Chapter Nine of the Third Section titled "Crimes Against Society" of the Second Book of the Turkish Criminal Code. It can be said that the

sebepleri Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap, İkinci Kısım İkinci Bölümü altında düzenlenmekte olup; hakkın kullanılması, görevin ifası, ilgilinin rızası ve meşru müdafaa olarak sayılabilir. İlgili bölümde yalnızca hukuka uygunluk sebeplerine değil, aynı zamanda kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran sebeplere de yer verilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran bir sebebin varlığı halinde -hukuka uygunluk sebebinin varlığından farklı olarak- suç oluşacak, ancak failin ceza sorumluluğunun azalması veya ortadan kalkması gündeme gelecektir.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ TEŞEBBÜS

Failin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun neticeli suç değil, sırf hareket suçu olması dolayısıyla bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı izlenimi oluşsa da, Yargıtay içtihatları uyarınca bu suça teşebbüs mümkündür.

Teslim ve kabul aşamasına kadar gerçekleştirilen -suçun oluşmasına hizmet edecek mahiyetteki hareketler- hazırlık hareketleri olarak nitelendirileceğinden dolayı fiillerin bu aşamada kalması halinde teşebbüsten söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Ancak icra hareketi niteliğinde değerlendirilebilecek fiillerin oluşum sürecinin parçalara bölünebilmesi ve kesintinin bu aşamada gerçekleşmesi halinde teşebbüs söz konusu olacaktır.[4]

İŞTİRAK

Edimin ifasına fesat karıştırma suçuna hem fail olarak hem de şerik olarak katılmak mümkündür. Şeriklik, azmettirmek veya yardım etmek suretiyle mümkün olmaktadır.

Bu suçun bir özgü suç olması dolayısıyla, bu suçun hem doğrudan faili hem müşterek faili olabilmek, failin teslim eden veya idare adına kabul etmeye yetkili kişi olmasına bağlıdır. Normal şartlarda -suçun oluşumuna sağladığı katkı gereği- müşterek fail olarak değerlendirilecek olan kişinin özgü suç dolayısıyla fail için öngörülen şartları ihtiva etmemesi halinde bu kişi, müşterek fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Buna ek olarak bu suça azmettiren veya yardım eden olarak katılım, herhangi bir özel şarta bağlı değildir.

İÇTİMA

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamında öngörülen seçimlik hareketler, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25 hükmünde sayılan yasaklı fiillerden bir kısmını ihtiva etmektedir. Bu sebeple Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 25 hükmünde sayılan yasaklı fiillerden, TCK m. 236 hükmünde öngörülen seçimlik hareketler dışında kalanların suç teşkil etmesi halinde, fail edimin ifasına fesat karıştırma suçu dolayısıyla değil, fiile karşılık gelen suç tanımını ihtiva eden diğer suç/suçlar dolayısıyla cezalandırılacaktır.[5]

Buna ek olarak, TCK m. 236 hükmünde sayılan seçimlik hareketler dışında başkaca hareketlerle ihale sonucunda yüklenilen edime fesat karıştırılmış olması halinde, edimin ifasına fesat karıştırma suçu dolayısıyla değil, bu suçları düzenleyen genel hükümler çerçevesinde cezalandırma yoluna gitmek gerekmektedir

Bununla birlikte edimin ifasına fesat karıştırma suçu tanımında sayılan seçimlik hareketlerin icrası kapsamında başkaca bir suçun oluşması halinde *"görünüşte içtima"* kuralı gereği, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun unsuru kapsamına giren suçlar bakımından cezaya hükmolunmayacak, yalnızca edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından cezaya hükmolunacaktır. *"Görünüşte içtima"*, çeşitli

victim of this crime is the public, in other words, all individuals who make up the society. The institution, which is a party to the tender - considering that legal entities cannot be considered as victims in the sense of criminal law - should be accepted as "damaged by the crime".

SUBJECT OF THE OFFENSE

Although tenders and performances undertaken pursuant to the Public Procurement Law and the State Procurement Law constitute the subject of this offense, tenders outside the scope of these laws and even performances based on private law contracts may also be subject to this offense. This is because the provision generally refers to the performance of the obligations undertaken against -specified- institutions.

MORAL ELEMENT

When we look at the moral element of the crime, we can say that the crime is a crime committed only intentionally, since there is no legal regulation regarding the negligent form of this crime.

ELEMENT OF ILLEGALITY

As a rule, the act in accordance with the type of crime stipulated in the law is unlawful. However, in the presence of a reason for compliance with the law, the act will be considered lawful even though the act in accordance with the type has occurred, therefore the crime will not occur and the criminal responsibility of the perpetrator will not arise due to the crime. The reasons for compliance with the law are regulated under the Turkish Criminal Code's Book One, Part Two, Chapter Two and can be counted as the exercise of the right, the performance of the duty, the consent of the person concerned and self-defense. The relevant section includes not only the reasons for compliance with the law, but also the reasons that reduce or eliminate culpability. It should be noted immediately that in the presence of a reason that reduces or eliminates culpability -unlike the existence of a reason for compliance with the law- the offense will occur, but the criminal responsibility of the perpetrator will be reduced or eliminated.

SPECIAL FORMS OF THE OFFENSE ATTEMPT

In the event that the perpetrator starts to directly execute a crime that he intends to commit with favorable actions and fails to complete it due to reasons beyond his control, an attempt to commit the crime will be in question. Although it may appear that attempt to commit this crime is not possible due to the fact that the crime of fraudulent non-performance is not a crime with an outcome, but a crime of mere action, it is possibele to attempt this crime in accordance with the jurisprudence of the Court of Cassation.

Since the acts carried out until the stage of delivery and acceptance - acts that will serve the formation of the crime - will be characterized as preparatory acts, it will not be possible to talk about the attempt if the acts remain at this stage. However, if the formation process of the acts that can be considered as executive acts can be divided into parts and the interruption occurs at this stage, the attempt will be in question.[4]

AFFILIATION

It is possible to participate in the offense unfraudulent non-performance both as a perpetrator and as a co-conspirator. Accomplice is possible by instigating or assisting. Since this crime is a specific crime, being both a direct perpetrator and a joint perpetrator of this crime depends on the perpetrator being the person authorized to deliver or accept on behalf of the administration. If the person who would normally be considered as a joint perpetrator -due

normların aynı fiille ilgili görünmelerine rağmen, aslında bunlardan yalnız birinin uygulanabilmesidir.[6] Bu noktada belirtmek gerekir ki, TCK m. 236/ f. 3 maddesinde *"Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar."* hükmüne yer verilmiştir. Burada görünüşte içtima kuralına bir istisna getirilerek; seçimlik hareketleri icra etmek suretiyle menfaat sağlayan görevlilerin, gerçek içtima hükümleri uyarınca hem edimin ifasına fesat karıştırma hem de bu kapsamda işlenen fiil/fiillerin başkaca suç oluşturması halinde diğer suçlar dolayısıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu noktada failin, kendisine veya bir başkasına menfaat sağlaması konusunda bir ayrım gözetilmemiştir. Dolayısıyla fail, bu suçun işlenmesi suretiyle herhangi bir kişi lehine menfaat sağlamışsa, görünüşte içtima kuralları uygulanmayacak, failin bu kapsamdaki suç teşkil eden bütün fiilleri dolayısıyla sorumluluğu doğacaktır.

SONUÇ

İhale sürecinin hukuka uygun bir şekilde idamesini sağlamak adına Türk Ceza Kanunu kapsamında yer verilen suçlar, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Üçüncü Bap Birinci Fasıl altında "Bir kimse Türkiye Devleti hesabına olarak almaya veya satmaya yahut yapmaya memur olduğu her nevi eşyanın alım veya satımında veya pahasında veya miktarında veya yapmasında fesat karıştırarak her ne suretle olursa olsun irtikap eylerse on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasiyle cezalandırılır ve zarar kendisine ödettirilir." hükmünü ihtiva eden 205. maddesi ile İkinci Kitap Altıncı Bap Beşinci fasıl altında "Bir kimse yukardaki maddede yazılı olan erzak ve eşyanın nev'inde ve keyfiyet ve kemiyetinde hile ve hud'a irtikap ederse altı aydan beş seneye kadar hapis cezaisiyle beraber yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayi nakdi itasına mahküm olur. Resmi daireye veya bir hizmeti ammeye mahsus olarak itası taahhüt olunan sair levazıma hile ve hud'a karıştırdığı takdirde failin göreceği ceza iki seneye kadar hapis ve yüz elli liraya kadar cezayı naktidir." hükmünü ihtiva eden 362. maddesi ile düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na baktığımızda, konuya ilişkin düzenlemelerin sınırlarının daha belirgin olduğu görülmektedir. İhale sürecine ilişkin olarak gerek Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'nda gerekse Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan kazuistik düzenlemeler dikkate alındığında, konuya ilişkin suçların buna paralel olarak seçimlik hareketli olarak düzenlenmesi, suç teşkil eden fiillerin sınırlarının net olarak belirlenmesi bakımından isabetli bir tercih olmuştur.

to his/her contribution to the formation of the crime- does not meet the conditions stipulated for the perpetrator due to the specific crime, this person will be responsible as an aider and abettor, not as a joint perpetrator.

In addition, participating in this crime as an instigator or accessory is not subject to any special conditions.

CONSEIL

The optional acts foreseen within the scope of the offense of fraudulent non-performance include some of the prohibited acts listed in Article 25 of the Public Procurement Contracts Law. Therefore, in the event that the prohibited acts listed in Article 25 of the Law on Public Procurement Contracts, other than the optional acts stipulated in Article 236 of the TPC, constitute a crime, the perpetrator will not be punished for the crime of rigging the performance of the performance, but for the other crime(s) that contain the definition of the crime corresponding to the act.[5]

In addition, if the performance of an obligation undertaken as a result of a tender is tampered with through actions other than the alternative acts specified in Article 236 of the Turkish Penal Code (TPC), punishment should be sought not under the offense of tampering with the performance of an obligation but under the general provisions governing such offenses.

However, if the commission of one of the alternative acts defined within the scope of the offense of tampering with the performance of an obligation constitutes another offense, the principle of "apparent concurrence" applies. Accordingly, for crimes falling within the elements of the offense of tampering with the performance of an obligation, no penalty will be imposed for the secondary offense, and punishment will only be imposed for the primary offense of tampering with the performance of an obligation. "Apparent concurrence" refers to cases where multiple legal norms appear to be applicable to the same act but, in reality, only one of them is enforceable.[6] It should be noted, however, that Article 236(3) of the TPC provides: "Public officials who obtain benefits by tampering with the performance of an obligation shall also be punished under the relevant provisions of law for this reason." This introduces an exception to the principle of apparent concurrence. It is explicitly stated that officials who obtain benefits by committing alternative acts will be punished both for tampering with the performance of an obligation and for any additional offenses arising from their conduct under the provisions governing real concurrence. Notably, no distinction is made regarding whether the benefit was obtained for the offender themselves or for another person. Therefore, if the offense is committed in a manner that provides benefit to any individual, the rules of apparent concurrence will not apply, and the offender will be held liable for all criminal acts committed within this scope.

CONCLUSION

In order to ensure that the tender process is carried out in accordance with the law, the crimes covered under the Turkish Penal Code numbered with 765 are as follows: "If a person commits any act by any means whatsoever, by means of any fraud in the purchase or sale or in the price or in the quantity or in the making of any kind of goods which he is authorized to buy or sell or to make on behalf of the State of Turkey, he shall be punished with heavy imprisonment for a term not less than ten years and the damage shall be made to be paid to him." and Article 205 of Book Two, Chapter Six, Section Six, Chapter Five, "If a person commits fraud and deceit in the type, quality and quantity of the provisions and goods specified in the above article, he shall be sentenced to imprisonment from six months to five years and a heavy fine of twenty-five liras to two hundred liras. In the event that the perpetrator commits fraud and deceit in the official office or other equipment that is undertaken to be provided for a public service, the penalty to be imposed on the perpetrator is imprisonment for up to two years

1 Mahmut KAPLAN, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), Yıl: 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 1, s. 715; Ahmet GÖKCEN, "Yeni Ceza Kanunu'nda İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 6-7, s. 176 ; Murat Volkan DÜLGER, Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi, s.18.

2 İzzet ÖZGENÇ, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 4. Bası, Ankara 2013, s. 123; Çetin ARSLAN/Ali Rıza TÖNGÜR, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 14, s. 243.

3 Aksi görüş için bkz: Murat Volkan DÜLGER, Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi, s.15.

4 Ahmet KILIÇ, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.96.

5 Onur Alp SARAÇ, Kamu İhale Sisteminde Yasaya Aykırı Durumlar, Ege Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.50.

6 Kayıhan İÇEL, Suçların İçtiması, İstanbul, 1972, s. 167.

and a fine of up to one hundred and fifty liras." is regulated by Article 362. When we look at the Turkish Criminal Code No. 5237, it is seen that the limits of the regulations on the subject are more clear. Considering the casuistic regulations in both the State Procurement Law and the Public Procurement Law and the Public Procurement Contracts Law regarding the procurement process, it has been an appropriate choice to regulate the related offenses as optional actions in parallel with this, in order to clearly define the boundaries of the criminal acts.

1 Mahmut KAPLAN, "The Crime Of Offense Of Fraudulent Non-Performance", Istanbul University Faculty of Law Journal Year: 2013, Section: LXXI, Number: 1, p. 715; Ahmet GÖKCEN, "The Crimes Of Fraudulent Non-Performance In The New Penal Code", Law and Justice Critical Law Journal, Year: 2005, Section: 6- 7, p. 176 ; Murat Volkan DÜLGER, Evaluation of Crimes Related to the Tender Process in the Context of Economic Crimes, p.18.

2 İzzet ÖZGENÇ, Crimes Committed in the Tender Process, 4th Edition, Ankara 2013, p. 123; Çetin ARSLAN/Ali Rıza TÖNGÜR, "The Crime of fraudulent non-performance", Journal of the Justice Academy of Turkey, Year: 2013, Issue: 14, p. 243.

3 For the contrary view, see: Murat Volkan DÜLGER, Evaluation of Crimes Related to the Tender Process in the Context of Economic Crimes, p.15

4 Ahmet KILIÇ, The Offense Of Fraudulent Non-Performance , Ankara Yıldırım Beyazıt University, Master's Thesis, 2017, p.96.

5 Onur Alp SARAÇ, Situations Contrary To The Law In The Public Procurement System, Ege University, Master's Thesis, 2010, p.50.

6 Kayıhan İÇEL, Cumulation of Crimes, İstanbul, 1972, p. 167.



TTK M. 122 UYARINCA ACENTENİN DENKLEŞTİRME (PORTFÖY TAZMİNATI) TALEP ETME HAKKI

AV. EGE GEÇER
egecer@egemenoglu.com

GİRİŞ

Gerek açık kanun hükmü[1] gerekse de doktrinde kabul bulmuş ve kalıplaşmış tanımıyla; acenteler, ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru ya da müstahdem gibi belirli bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yöre veya yerde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinmiş gerçek kişiler ya da faaliyet konusu bu olan şirketlerdir. Bir tür bağımsız tacir yardımcısı olan acenteler, anılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, acentelik yaptıkları işletmeye bağlı olmayan bir hukuki konumda ve bir sözleşme ilişkisi içerisinde, süreklilik arz edecek biçimde acentesi oldukları işletme için olarak sözleşmelere aracılık edebilir veyahut doğrudan acentesi oldukları işletme nam ve hesabına sözleşme yapabilecektir. Buna karşılık, acenteler aracılık ettiği veya acentesi oldukları işletme nam ve hesabına yapmış olduğu sözleşmeler için göstermiş olduğu çabaların karşılığı olarak, ücrete hak kazanacaktır.

Hiç şüphe yok ki acentelik ilişkisi, taraflar arasındaki bir sözleşme ile kurulmaktadır. Fakat, bu sözleşmenin hukuki niteliği hakkında doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, acentelik sözleşmesinin kendine özgü ("sui generis") bir sözleşme olduğu savunulmakta ise de baskın görüşe göre acentelik ilişkisinin bir tür iş görme sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Ancak, bu görüşün de kendi içerisinde alt kıvrımları olup kimi yazarlara göre acentelik sözleşmesi hizmet ilişkisine daha yakın yorumlanmakta ise de bizce -acentelik sözleşmesinin gerek süreklilik arz etmesi gerekse de acentenin bağımsız hukuki konumu gibi durumlar da göz önünde bulundurularak- vekalet ilişkisine daha yakın gören görüş daha isabetlidir.[2] Nitekim, kanun koyucu da bu görüşü benimsemiş olacak ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun acenteliği düzenleyen bazı hükümlerinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır[3] Hatta öyle ki, pek çok hükümde acentesi olunan işletme hakkında doğrudan "müvekkil" olarak bahsedilmiştir.[4]

Hukukumuzda, Acentelik kurumuna ilişkin detaylar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 102 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup acenteliği diğer tacir yardımcılığı kurumlarından ayıran temel özelliklerden bazıları acentelik sözleşmesinin süreklilik arz etmesi, Acentenin acentesi olduğu işletmeden bağımsız bir hukuki konuma haiz olması, acentesi olduğu işletmeyi ilgilendiren konularda, üçüncü kişiler ile kurulacak sözleşmelere aracılık etmesi veyahut bizzat acentesi olduğu işletme nam ve hesabına sözleşme yapabilmesi ve son olarak, tarafların acentelik sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkının bulunması olarak sayılabilecektir.

Bu yazımızda, acentelik kurumunu ayıran bir başka temel özellik olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesi uyarınca acentelik ilişkisinin sona ermesi akabinde ve detaylarına aşağıda değineceğimiz bazı koşullar çerçevesinde, acenteye tanınmış olan "Denkleştirme" ("Portföy Tazminatı") hakkını ele alacağız.

THE AGENT'S RIGHT TO CLAIM GOODWILL INDEMNITY (PORTFOLIO COMPENSATION) PURSUANT TO ARTICLE 122 OF THE TCC

INTRODUCTION

In accordance with both the clear provision of the law[1] and the accepted and well-known definition in the doctrine; agents are natural persons or companies whose field of activity is to act as an intermediary in contracts concerning a commercial enterprise or to perform them on behalf of that enterprise, without having a specific title such as commercial representative, commercial attorney, sales officer, or employee, on the basis of a contract, in a certain region or place, on a permanent basis, or real persons or companies whose field of activity is this. Agents, who are a kind of independent merchant assistant, as can be understood from the aforementioned definition, can mediate contracts for the business they are the agent of in a legal position and in a contractual relationship that is not affiliated with the business they act as an agent, or they can make contracts directly on behalf and account of the business they are the agent of. On the other hand, the agents shall be entitled to a fee in return for the efforts they have made for the contracts they have mediated or made on behalf and account of the business they are the agent of.

Without any doubt, the agency relationship is established by a contract between the parties. However, there is no consensus in the doctrine on the legal nature of this contract. According to one opinion, although it is argued that the agency agreement is a sui generis contract, according to the majority opinion, the agency relationship should be accepted as a type of contract for works and services. However, this view also has its own sub-sections, and according to some authors, the agency agreement is interpreted closer to the service relationship, but in our opinion, taking into account the circumstances such as the continuity of the agency agreement and the independent legal position of the agent, the view that the agency agreement is closer to the attorneyship relation is more accurate.[2] Indeed, the legislator will have adopted this view, as some provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 regulating agency have referred to the provisions of the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the attorneyship relation.[3] In fact, in many provisions, the business entity, which is the agent, is directly referred to as the "client".[4]

In Turkish law, the details regarding the agency institution are regulated in Articles 102 et seq. of the Turkish Commercial Code No. 6102. Some of the main features that distinguish the agency from other merchant assistance institutions are the continuity of the agency agreement, the fact that the agency has an independent legal position from the enterprise of which the agency is the agent, the intermediation of contracts to be established with third parties on matters concerning the enterprise of which the agency is the agent, or the ability to make contracts on behalf and account of the enterprise of which the agency is the agent, and finally, the right of the parties to unilaterally terminate the agency agreement.

In this article, we will focus on another key feature that distinguishes the agency institution, namely the right of " Goodwill Indemnity" (Portfolio compensation) granted to the agent following the termination of the agency relationship. This right, as

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Denkleştirme talebi, acentelik sözleşmesinin sona ermesi akabinde gündeme geleceğinden, denkleştirme talebine değinmeden önce kısaca, acentelik ilişkisinin nasıl sona erebileceğinden de bahsetmek gerekecektir. Hukuken geçerli bir acentelik sözleşmesi, belirli sürenin sona dolması, taraflarda birinin ölümü, kısıtlanması, iflası ve sonraki imkansızlık halleri gibi nedenler ile kendiliğinden sona erebileceği gibi tarafların anlaşması veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshi gibi irade beyanıyla da sona erebilir.

Acentelik sözleşmesinin sona ermesine dair değinilmesi gereken en önemli husus, yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların acentelik sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkının bulunmasıdır. Buna ilişkin yasal düzenleme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 121/I maddesi ile getirilmiş olup ilgili kanun hükmü açıkça şu şekildedir: *"Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir."* Anılan açık kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, acentelik sözleşmesinin belirsiz süreli olması halinde, taraflar üç ay önceden karşı tarafa bildirimde bulunarak, herhangi bir sebebin varlığına gerek olmaksızın, sözleşmenin feshi yoluna gidebilecektir. Bu bildirimin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/III maddesine uygun biçimde; noter, taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik imza kullanılarak Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) sistemi vasıtasıyla gönderilmesi gerekmektedir.

Belirli süreli acentelik sözleşmeleri bakımından ise sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona ereceği ve süre dolmaksızın yapılan fesihlerin haklı nedene dayanması gerektiği açıktır. Ayrıca, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum olarak, belirli süreli olarak akdedilmiş bir acentelik sözleşmesinde sürenin dolmasına karşın, taraflarca yeni bir sözleşme veya sürenin yine belirli bir sürenin sonuna kadar uzatıldığına dair herhangi anlaşma sağlanmaksızın, acentelik ilişkisinin devam etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, ne olacağı mülga kanun döneminde doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmasına rağmen, yeni kanunda bu konuya da açıklık getirme amacıyla; *"Belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin, süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, sözleşme belirsiz süreli hâle gelir."* şeklindeki açık kanun hükmüne yer verilmiştir.[5] Doğal olarak, belirli süreli bir acentelik sözleşmesinde, belirli süre tamamlandıktan sonra da taraflarca sözleşme ilişkisi devam ettirilir ise yukarıda anılan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 121/I maddesi kapsamında, tarafların her birinin, karşı tarafa üç ay önceden ihbarda bulunmak koşuluyla, tek taraflı olarak feshedebilmesi mümkün olacaktır.

DENKLEŞTİRME TALEBİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Denkleştirme talebi (ya da portföy tazminatı, portföy akçesi, müşteri tazminatı), Yargıtay içtihatlarında sıkça kullanılan tanımıyla; acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, bu ilişkinin devamı boyunca acentenin kişisel gayretiyle yarattığı müşteri çevresinden müvekkilin yararlanmaya devam etmesi, acentenin ise yararlanamaması nedeniyle uğradığı karşılığıdır.[6]

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde, acentenin denkleştirme talebine yönelik herhangi bir açık yasal düzenleme mevcut değildi. Fakat, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 134. Maddesinde yer alan; *"Muhik bir sebep olmadan ve üç aylık ihbar müddetine riayet etmeksizin akdi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı tazmine mecburdur."* şeklindeki düzenlemeden hareketle gelişen yargı içtihatları ile acentenin denkleştirme talebi karşılık bulmaktaydı. Daha sonra, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesi ile uzun yıllardır süregelen yargı uygulamasının kanunlaşması ve denkleştirme talebinin açık bir hukuki dayanağı olması sağlanmıştır.

per Article 122 of the Turkish Commercial Code No. 6102, arises under certain conditions, which will be discussed in detail below.

TERMINATION OF THE AGENCY AGREEMENT

Since the goodwill indemnity claim will be raised following the termination of the agency agreement, it will be necessary to briefly mention how the agency relationship may be terminated before addressing the goodwill indemnity claim. A legally valid agency agreement may be terminated automatically due to the expiry of a certain period of time, death, restriction, bankruptcy and subsequent impossibility of one of the parties, as well as by the agreement of the parties or by a declaration of will such as the termination of the agreement by one of the parties.

The most important issue regarding the termination of the agency agreement is that, as mentioned above, the parties have the right to unilaterally terminate the agency agreement. The legal regulation on this matter is provided in Article 121/I of the Turkish Commercial Code No. 6102, which states as follows: *"An agency agreement made for an indefinite term may be terminated by either party upon giving three months notice. Even if the agreement is made for a definite term, it may always be terminated for just cause."* As is clear from the explicit wording of the law, if the agency agreement is for an indefinite term, the parties may terminate the agreement without providing any reason, by notifying the other party three months in advance. This notification must be sent via notary public, registered letter, telegram or Registered Electronic Mail system using secure electronic signature in accordance with Article 18/III of the Turkish Commercial Code No. 6102.

For fixed-term agency agreements, it is clear that the agreement will terminate with the expiration of the term, and any termination before the term ends must be based on just cause. Additionally, a situation commonly encountered in practice is that, despite the expiration of the term of a fixed-term agency agreement, the agency relationship may continue without a new agreement or an explicit extension of the term. In such cases, although this issue caused various debates in legal doctrine during the period of the repealed law, the new law has clarified this matter by stating: *"If an agency agreement made for a fixed term continues to be applied after the expiration of the term, the agreement shall become an agreement for an indefinite term."*[5] Naturally, in a fixed-term agency agreement, if the contractual relationship continues after the expiration of the term, as described above, pursuant to Article 121/I of the Turkish Commercial Code No. 6102, either party may unilaterally terminate the agreement, provided they give three months' notice to the other party.

DEFINITION AND LEGAL NATURE OF THE CLAIM OF GOODWILL INDEMNITY

The definition of the goodwill indemnity (or portfolio compensation, portfolio fund, customer compensation), which is frequently used in the jurisprudence of the Court of Cassation, is: after the termination of the agency agreement, it is the compensation suffered by the principal due to the fact that the client continues to benefit from the customer circle created by the agent through personal efforts during the continuation of this relationship, and the agent does not benefit from it.[6]

Under the repealed Turkish Commercial Code No. 6762, there was no explicit legal provision regarding the agent's claim for the goodwill indemnity. However, this issue was addressed through the case law that developed based on Article 134 of the repealed Turkish Commercial Code, which stated: *"The party terminating the contract without just cause and without adhering to the three-month notice period shall be liable for compensating the other party for the damage caused by the incomplete execution of the commenced work."* Based on this provision, case law recognized the agent's right to compensation. Subsequently, with the enactment of Article 122 of the new Turkish Commercial Code No. 6102, the long-standing judicial practice was

Kanun koyucu tarafından, detaylarını aşağıda açıklayacağımız birtakım şartlar çerçevesinde, denkleştirme talebi hakkının tanınmasının altında yatan pek çok farklı neden olduğundan bahsedilebilecekse de başlıca nedenlerin, sözleşmede gözetilmesi gereken ücret dengesinin sağlanması ve acentelik ilişkisi sırasında yaratılan müşteri çevresinin kendine has ekonomik değerinin devri nedeniyle doğan kazancın denk hale getirilmesi şeklinde olduğu söylenebilecektir. Pek tabi, denkleştirme talep etme hakkının tanınması, büyük ölçüde hakkaniyet ilkesine dayanmaktadır.[7] Ayrıca, özellikle yurt dışında kurulu firmaların Türkiye'de distribütörlüğünü yürüten acentelerin de denkleştirme bedelinin öngörülmesiyle korunduğu söylenebilir.

Denkleştirme talebinin hukuki niteliği, özellikle bir tazminat niteliğinde olup olmadığı doktrinde uzun tartışmalara neden olmuştur. Hâkim görüşe göre, denkleştirme talebi bir tazminat niteliğinde olmayıp bir karşılık niteliğindedir.[8] Bizce de denkleştirme talebinin, hukuki anlamda bir tür tazminat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira, tazminat, bir kimsenin haksız veya sözleşmeye aykırı bir fiili sonucunda kendi kusuruyla neden olduğu zararı ödeme yükümlülüğü olarak tanımlanabilecek olup bir acentenin sözleşme ilişkisinin sona ermesi akabinde, denkleştirme talebinde bulunması için müvekkilinin haksız ve/veya kusurlu bir eyleminin bulunmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle, denkleştirme talebinin ileri sürülmesi bakımından kusur aranmamaktadır. Aşağıda detaylıca değineceğimiz üzere, denkleştirme talebinin şartlarına dair açık kanun hükmü de incelendiğinde, acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için sözleşmenin haksız biçimde sona erdirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Hiçbir haksız ve/veya kusurlu eylemi olmayan bir müvekkil, sözleşmeyi yukarıda açıklandığı üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 121/I hükmünde sağlanan fesih hakkına dayanarak, üç ay önceden ihbarda bulunma şartıyla usulüne uygun biçimde feshetmiş olsa dahi acente denkleştirme talebinde bulunabilecektir. Hatta öyle ki, acentenin ölümü veya iflası[9] nedeniyle sözleşmenin sona ermesi ihtimalinde dahi denkleştirme talebinde bulunabileceği kabul görmektedir.

İlaveten, önemle belirtmek gerekir ki sözleşmenin taraflarından birinin borca aykırı bir davranışından kaynaklı olarak, karşı tarafın sahip olacağı ve borçlar hukukun genel hükümleri kapsamında tazminat talep etme hakkı, denkleştirme talebinden tamamen ayrı ve farklı bir talep hakkı olup birbirine karıştırılmaması gerekmektedir.

Denkleştirme talebinin hukuki niteliğinin bir tazminat olduğuna dair doktrinde aksi yönde görüşler de mevcut olup bunlardan bir tanesinde, denkleştirmenin, acentelik sözleşmesinin sona ermesi akabinde yapılan bir "mahsup" işlemi olmadığını, sözleşmenin sona ermesinden kaynaklı zarar ziyanın denkleştirme yoluyla giderildiğini, dolayısıyla denkleştirmenin aslında bir tazminat talebi olduğu ve kanundaki madde başlığının da "tazminat istemi" şeklinde değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.[10] Zira, kanun koyucu tarafından, 122. maddeye "denkleştirme istemi" şeklinde başlık atılmış ise de madde içeriğinde, acentenin müvekkilinden talep edeceği bedelden "tazminat" şeklinde bahsedilmiştir.

Ayrıca, kanun koyucu tarafından denkleştirme talep etme hakkı düzenlenirken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin son fıkrasında; *"Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır."* şeklindeki düzenlemeye yer verilerek, denkleştirme talep etme hakkının acentelere ilaveten, acentelik sözleşmesiyle benzer özellikleri bulunan nitelikteki tek satıcılık ve diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerine de uygulanabilmesi öngörülmüştür. Böylece, hakkaniyete uygun düştüğü ve denkleştirme talebinin, aşağıda detaylıca açıklayacağımız koşullar yerine geldiği sürece, denkleştirme talep etme hakkından, tek satıcılar

codified, thereby providing a clear legal basis for the agent's right to claim goodwill indemnity.

The recognition of the right to claim goodwill indemnity, within the framework of certain conditions to be detailed below, can be attributed to several underlying reasons. However, the primary reasons for this right's recognition can be said to stem from ensuring the proper balance of fees in the agreement and compensating for the economic value of the customer base created during the agency relationship, which is transferred to the principal. It can be argued that the granting of the right to claim goodwill indemnity is largely based on the principle of equity.[7] Additionally, it can be said that agents acting as distributors for foreign companies operating in Turkey are also protected through the provision for a goodwill indemnity.

The legal nature of the goodwill indemnity claim, particularly whether it constitutes a form of compensation technically, has been the subject of extensive debate in legal doctrine. The prevailing view is that the goodwill indemnity claim is not a form of compensation technically, but rather a claim for equivalent.[8] In our opinion, it is not possible to characterise the goodwill indemnity as a type of a compensation in the legal sense. This is because compensation can be defined as the obligation to pay the damage caused by one's own negligence as a result of a wrongful or unlawful act of another person, and there is no need for an agent to claim godwill indemnity following the termination of the contractual relationship for the wrongful and/or negligent act of his client. In other words, no negligence is required for the assertion of a goodwill indemnity claim. As we will discuss in detail below, when the express provision of the law regarding the conditions of the godwill indemnity is examined, it is not necessary for the agent to terminate the contract unfairly in order to claim godwill indemnity. Even if a client, who has not committed any wrongful and/or negligent act, has duly terminated the contract based on the right of termination provided in Article 121/I of the Turkish Commercial Code No. 6102, as explained above, with the condition of giving three months' notice, the agent will be able to claim equalisation. In fact, it is accepted that the agent may claim goodwill indemnity even in the event of termination of the contract due to the death or bankruptcy[9] of the agent.

Additionally, it is important to emphasize that the right to claim compensation arising from a breach of contract by one of the parties, as provided under the general provisions of the law of obligations, is a separate and distinct claim from the goodwill indemnity (portfolio compensation). These two different rights should not be confused.

There are also opposing views in legal doctrine regarding the legal nature of the goodwill indemnity, with one view arguing that the goodwill indemnity is not a "set-off" (offsetting) procedure following the termination of the agency agreement. It is argued that the loss resulting from the termination of the agreement is rectified through the goodwill indemnity, and thus, the goodwill indemnity should be considered as a form of a technical compensation. Furthermore, it is suggested that the heading of the relevant provision in the law should be amended to "claim of compensation".[10] This is because, although the content of the Article refers to the amount to be claimed by the agent from the client as "compensation".

Furthermore, while regulating the right to request goodwill indemnity, in the last paragraph of Article 122 of the Turkish Commercial Code No. 6102, stipulated that the right to request goodwill indemnity may also be applied to sole dealers and other similar permanent contractual relationships granting a monopoly right, in addition to agencies, by including the following provision: 'This provision shall also be applied in the event of the termination of sole dealership and other similar permanent contractual relationships granting a monopoly right, unless it is contrary to equity.' Thus, sole dealers or similar merchants with permanent monopoly rights may also benefit from the right to demand

veya benzeri sürekli tekel hakkı sahibi tacirler de yararlanabilecektir.

Denkleştirme Talebinin Koşulları

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun *"Denkleştirme istemi"* başlıklı 122. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

"Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;

a) Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,

b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve

c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir."

Ayrıca, aynı maddenin üçüncü fıkrası da şu şekildedir: *"Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz."*

Yukarıda anılan açık kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, hukukumuzda acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için: I. Acentenin sözleşme kapsamında kazandırdığı müşterilerden kaynaklı olarak müvekkilin önemli menfaatler elde etmeye devam etmesi, II. Acentenin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle maddi olarak kayba uğraması, III. Acenteye denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun düşmesi, IV. Acentelik sözleşmesinin, acentenin haksız feshi veya acentenin kusuru sebebiyle müvekkilin haklı feshi ile sona ermiş olmaması, koşulları aranmaktadır.

Acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için yukarıda anılan koşulların kümülatif olarak bir araya gelmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, anılan koşulların somut olay bakımından hep birlikte mevcut olması gerekmektedir.

Denkleştirmenin Hesaplanması

Yukarıda anılan tüm bu koşullar sağlandığında, müvekkil tarafından acenteye denkleştirme bedelinin ödenmesine karar verilecektir. Taraflar arasında yaşanacak uyuşmazlık yargıya intikal ettiğinde, hakim tarafından bilirkişiler marifetiyle taraf ticari defter ve kayıtları üzerinde inceleme yaptırılacak, raporlar alınacaktır. Bu incelemeler sonucunda, hem yukarıda anılan şartların sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilmesi gerekecek[11] hem de ödenmesi kararlaştırılacak denkleştirme bedelinin hesaplanması sağlanacaktır.

Ancak, denkleştirme bedelin hesaplanmasına ilişkin de kanunen bazı sınırlar getirilmiştir. Buna göre belirlenecek tutar, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamayacaktır. Ayrıca, sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınacaktır.

Doktrinde, denkleştirme hesabına ilişkin çeşitli hesaplama yöntemlerine dair öneriler bulunmaktaysa da yargı kararlarında genellikle oldukça net ve basit bir hesaplama yöntemini esas almaktadır. Yargı kararlarında, somut olayda denkleştirmenin koşullarının ve unsurların bulunduğu tespit edildikten sonra, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalaması hesaplanmaktadır. Daha sonra bunun üzerinden, şartları varsa hakkaniyet indirimi yapılarak, karar verilecek denkleştirme tutarına ulaşılmaktadır.[12]

Denkleştirme Talebinden Önceden Vazgeçilememesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca denkleştirme talep etme hakkından önceden vazgeçilemeyeceği kararlaştırılmış olup açık kanun hükmünden

equalisation, as long as it is in accordance with equity and the conditions for demanding equalisation are fulfilled, which will be explained in detail below.

Conditions for the Goodwill Indemnity

The first paragraph of Article 122 titled *'Equalisation request'* of the Turkish Commercial Code No. 6102 is as follows :

"After the termination of the contractual relationship;
a) If the client obtains significant benefits after the termination of the contractual relationship, thanks to the new customers found by the agent,
b) the agent, as a result of the termination of the contractual relationship, loses the right to demand the remuneration that he would have obtained if the contractual relationship had continued for the works performed or to be performed within a short period of time with the customers brought into the business by him; and
c) When the characteristics and conditions of the concrete case are evaluated, the agent may request an appropriate compensation from the client, if the payment of such compensation is in accordance with equity.'

In addition, the third paragraph of the same article reads as follows: *"If the agent has terminated the contract without a justifiable cause or if the client has terminated the contract with just cause due to the agent's fault, the agent may not claim compensation."*

As can be understood from the above-mentioned clear provisions of the law, in order for the agent to claim a goodwill indemnity in Turkish law: I. The client must continue to benefit significantly from the customers introduced by the agent during the course of the contract, II. The agent must suffer a financial loss as a result of the termination of the contract, III. The payment of compensation to the agent must be equitable, IV. The agency agreement must not have ended due to the unjust termination by the agent or the lawful termination by the client due to the agent's fault.

In order for the agent to make an goodwill indemnity claim, the above-mentioned conditions must cumulatively come together. In other words, the aforementioned conditions must be present together in the case of the concrete event.

Calculation of the Goodwill Indemnity

Once all the above-mentioned conditions are met, it will be decided to pay the indemnity to the agent by the client. When the dispute between the parties is referred to the judiciary, the judge will have the commercial books and records of the parties examined by experts and reports will be obtained. As a result of these examinations, it will be necessary to check whether the above-mentioned conditions are met,[11] and the calculation of the indemnity to be paid will be ensured.

However, some limits are imposed by law on the calculation of the indemnity amount. Accordingly, the amount to be determined shall not exceed the average of the annual commission or other payments received by the agent as a result of the last five years of activity. In addition, if the contractual relationship has continued for a shorter period of time, the average during the continuation of the activity shall be taken as basis.

Although there are suggestions regarding various calculation methods in the doctrine, judicial decisions are generally based on a very clear and simple calculation method. In the judicial decisions, after determining that the conditions and elements of the goodwill indemnity are found in the concrete case, the average of the annual commissions or other payments received by the agency as a result of its activities for the last five years is calculated. Then, the amount of indemnity to be decided is reached by making equitable deductions, if applicable.[12]

Non-waivability of the Goodwill Indemnity

Pursuant to the fourth paragraph of Article 122 of the Turkish Commercial Code No. 6102, it has been decided that the right to claim the goodwill

de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, peşinen sözleşmeye konulan bir hüküm veya sözleşme sonrasında yapılan başka bir anlaşma vasıtasıyla, sözleşmenin sona ermesinden önce (yani denkleştirme hakkı henüz doğmamışken) acentenin bu hakkından vazgeçmesini, emredici bir hüküm ile yasaklamıştır. Nitekim, Yargıtay yerleşik içtihatları uyarınca da denkleştirme talebinden feragate yönelik olarak, sözleşme sona ermeden önce yapılan sözleşmeler de geçerli kabul edilmemektedir.[13]

Ayrıca, kanun gerekçesinde de acentelik sözleşmesi akdedilmeden önce tarafların *"gizli bir sözleşme"* yapılarak, *"acentelik sözleşmesi akdedilmesini acentenin daha sonra denkleştirme isteminden feragat edeceği şartına bağlamalarını"* hükmünün dolanılması niteliği taşımakta olduğu belirtilmiştir.

Denkleştirme Talebinde Bulunma Süresi

Yine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinin dördüncü fıkrasının, bu sefer ikinci cümlesinde: *"Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir."* şeklinde düzenlemeye yer verilerek, acentenin denkleştirme talebinde bulunması için bir (1) yıllık süre öngörülmüştür. Doktrinde, bu sürenin hukuki niteliği tartışma konusudur. Kimi görüşlere göre bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu kimi görüşlere göre ise zamanaşımı süresi olduğu öne sürülmektedir. Ancak, denkleştirme talebinin amacının, hakkaniyet gereğince ve acentenin talebine bağlı olarak, acentenin mahrum kaldığı bir karşılığın kendisine ödenmesi olduğu göz önünde bulundurulursa, bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabulü daha doğrudur.[14]

Önemle belirtmek gerekir ki, anılan kanun hükmündeki hak düşürücü süre, yalnızca denkleştirme (portföy tazminatı) talebine ilişkin uygulama alanı bulacaktır. Acentelik sözleşmesinden kaynaklı diğer talepler yönünden geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir. Uygulamada, acentelik sözleşmesinin haksız feshinden kaynaklı yoksun kalınan kar vb. zarar kalemleri, komisyon alacakları gibi taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklanan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi uyarınca beş (5) yıllık zamanaşımına tabi başkaca alacak iddiaları da denkleştirme (portföy tazminatı) talebi ile aynı davada ileri sürülmektedir. Bu durumda, yerleşik Yargıtay içtihatları doğrultusunda[15], bir (1) yıllık hak düşürücü süre, yalnızca denkleştirme (portföy tazminatı) talebi bakımından uygulama alanı bulacağının kabulü gerekir.[16]

1 Bknz: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.102

2 Cengiz / Hacettepe Hukuk Fak. Derg., 1(2) 2011, 140

3 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 121/3

4 Bknz: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 105-123

5 Ayan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısmında Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, 2010, s.101

6 Yargıtay 11. HD., E. 2016/2791 K. 2017/6770 T. 30.11.2017

7 Sarıöz Büyükalp, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku, s. 529

8 Ayan, s. 103; Şenol, s. 248; Kaya, s. 228 ve s. 231; Badak Aybar, s. 172; Demir Gökyayla, s. 248; Köker, s. 68; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 816; Ayhan/Çağlar, s. 535; Kaya, Sempozyum, s. 11; Poroy/Yasaman, s. 283; Cantürk, s. 49.

9 Acentenin kendi kusurlu davranışları sonucunda iflas etmiş olması hali hariç olmak üzere

10 Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2009, s. 69.

11 Bknz: Yargıtay 11.HD, 19.04.2017, E.2016/3679, K.2017/2275.

12 Yıldız, Burçak. Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2022): 534-48. https://doi.org/10.21492/inuhfd.1177893.

13 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.04.2022 tarihli ve 2020/5952 E., 2022/2986 K.

14 Sarıöz Büyükalp, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku, s. 533

15 Yargıtay 11.HD, 04.02.2015, E.2014/14742, K.2015/1224

16 Yıldız, Burçak. Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2022): 534-48. https://doi.org/10.21492/inuhfd.1177893.

indemnity cannot be waived in advance, and as can be understood from the express provision of the law, the legislator has prohibited the agent from waiving this right before the termination of the contract (i.e. when the right to claim indemnity has not yet arisen) by means of a provision inserted in the contract in advance or through another agreement made after the contract, with a mandatory provision. As a matter of fact, according to the established jurisprudence of the Court of Cassation, the agreements made before the termination of the contract in order to waive the goodwill indemnity claim are not accepted as valid.[13]

Moreover, in the reasoning of the law, it is stated that the parties, before the conclusion of the agency agreement, conclude a 'secret agreement' and 'condition the conclusion of the agency agreement on the condition that the agent will later waive the right to claim goodwill indemnity', which constitutes a violation of the provision of the law.

Time Limit for Filing a Compensation Claim

Additionally, the fourth paragraph of Article 122 of the Turkish Commercial Code No. 6102, in its second sentence, provides: "The right to request compensation must be asserted within one year from the termination of the contractual relationship." This establishes a one (1) year period for the agent to file a indemnity claim. There is debate in the doctrine regarding the legal nature of this period. Some views assert that the one-year period is a limitation period, while others consider it a preclusive period. However, considering that the purpose of the goodwill indemnity claim is to provide the agent with indemnifiction for what they have been deprived of, based on equity and at the agent's request, it is more accurate to regard this period as a preclusive period.[14]

It is important to note that the preclusive period in the aforementioned statutory provision applies only to the goodwill indemnity (portfolio compensation) claim. It should not apply to other claims arising from the agency agreement. In practice, claims for other damages, such as the loss of profits or commission claims resulting from the unjust termination of the agency agreement, are often asserted in the same case as the goodwill indemnity (portfolio compensation) claim. In this case, consistent with the established case law of the Court of Cassation[15], the one (1) year preclusive period will apply only to the compensation (portfolio compensation) claim, and not to other claims arising from the contractual relationship, which may still be subject to the five (5) year limitation period under Article 147 of the Turkish Code of Obligations.[16]

1 Article 102 of the Turkish Commercial Code No. 6102.

2 Cengiz / Hacettepe University Faculty of Law Journal 1(2) 2011, 140

3 Article 121/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102

4 Articles 105-123 of the Turkish Commercial Code No. 6102.

5 Ayan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısmında Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül University Faculty of Law Journal, Volume: 12, Issue: 2, 2010, p. 101.

6 Court of Cassation 11th Civil Chamber, Case No. 2016/2791, Decision No. 2017/6770, dated 30.11.2017.

7 Sarıöz Büyükalp, Dokuz Eylül University Faculty of Law Journal, Volume: 21, Issue: 2. 2019, Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku, s. 529

8 Ayan, s. 103; Şenol, s. 248; Kaya, s. 228 ve s. 231; Badak Aybar, s. 172; Demir Gökyayla, s. 248; Köker, s. 68; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 816; Ayhan/Çağlar, s. 535; Kaya, Sempozyum, s. 11; Poroy/Yasaman, s. 283; Cantürk, s. 49.

9 Acentenin kendi kusurlu davranışları sonucunda iflas etmiş olması hali hariç olmak üzere

10 Moroğlu, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Expanded 6th Edition, İstanbul 2009, s. 69.

11 Court of Cassation 11th Civil Chamber, 19.04.2017, E.2016/3679, K.2017/2275.

12 Yıldız, Burçak. Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Inönü University Faculty of Law Journal 13, sy. 2 (Aralık 2022): 534-48. https://doi.org/10.21492/inuhfd.1177893.

13 Court of Cassation 11th Civil Chamber, dated 12.04.2022., numbered 2020/5952 E., 2022/2986 K.

14 Sarıöz Büyükalp,Dokuz Eylül University Faculty of Law Journal, Volume: 21, Issue: 22019, Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku, s. 533

15 Court of Cassation 11th Civil Chamber, 04.02.2015, E.2014/14742, K.2015/1224

16 Yıldız, Burçak. Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Inönü University Faculty of Law Journal, Volume 13, Issue 2 (December 2022): 534-48. https://doi.org/10.21492/inuhfd.1177893.



TR

ÇALIŞANIN YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

AYŞE NAZ DUMAN
nduman@egemenoglu.av.tr

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi niteliğindeki iş ilişkisinde ; işçinin asli edim yükümlülüğü yapma borcu (iş görme) iken işverenin asli edim yükümlülüğü ise ücret ödeme borcudur.

Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin birincil yerine getirilmesi gereken konular olduğundan; yan yükümlülüklerinden bağımsızdır. Yan yükümlülükleri ise; sözleşmenin amacına uygun şekilde gerçekleştirilmesine ve edimden beklenen faydanın yerine getirilebilmesi için fayda sağlayan hatta sözleşmenin karşı tarafının kişiliğini/ malının korunmasını da sağlayan ikincil yükümlülüklerdir.

Yan yükümlülükler kanundan doğabileceği gibi, taraflar arasında imzalanan sözleşme şartlarından ya da dürüstlük kuralları gereği somut olayın şartlarına göre de ortaya çıkabilir. Örneğin; işveren açısından ticari anlamda kritik önem arz eden bir bilginin işçi tarafından ifşa edilmemesi gerekir. Sözleşme ile düzenleme altına alınmamış olsa dahi; işçinin aksi yöndeki davranışı yan yükümlülüğün ihlali anlamına gelebilecektir.

Yan yükümlülüklerini ihlali halinde, taraflar arasındaki güven ilişkisi, hakkaniyet ve dürüstlük kuralları göz önüne alındığında sözleşmeye aykırılık hükümlerinin işletilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin; İşçinin bilgi verme yükümlülüğü, İşçinin rekabet etmeme borcu, işçi ayartmadan kaçınma yükümlülüğü, çıkar sağlamaktan ve rüşvet almaktan kaçınma yükümlülüğü gibi yükümlülükler bunların başlıcalarıdır.

Yan yükümlülüklerin türlerini ifaya yardımcı ve koruma yükümlülüğü olarak iki başlık altında değerlendirmek mümkün: [1]

1 - İfaya yardımcı yan yükümlülükler belirlenirken; somut ilişki veya borç ilişkisinin amacına bakılır. Bunlar örnek olarak; muhafaza, açıklama, bilgi verme, hesap verme, hazırlama (ön çalışma) , sağlama(temin etme) ile işbirliği yapma borçları karşımıza çıkar. İşçinin aynı zamanda başka bir işyerinde çalışmadan önce mevcut işverenini bilgilendirmesi ve işverenden onay istemesi; ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak değerlendirilebilmektedir.

2 - **Koruma yükümlülükleri** ise; işverenin edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin güvence altına alınmasını amaçlar. Bunlar da kendi içinde, bilgi verme, gözetme ve sadakat olarak alt başlıklara ayrılabilmektedir.

Yan yükümlülüklere ilişkin emir ve talimatlar değerlendirilirken; her somut olayın özelliği dikkate alınmalıdır. İşveren ve işçinin menfaatleri arasında olması gereken denge gözetilmelidir.

Uygulamada; uyuşmazlıklara sıklıkla konu olabilen ve işçiye ait diğer yan yükümlülüklerin bir kısmı aşağıda **örnek** olarak sıralanmış ve bir kısım dikkat edilmesi gereken hususlar açıklanmaya çalışılmıştır:

- **İşçinin Denetim ve/veya gözetlemeye katlanma yükümlülüğü:** İşin yürütümü sırasında ; elektronik gözetleme olarak da anılan ; telefon konuşmaları , e-mail yazışmaları ve internet kullanımı kurallarına riayet edilip/edilmediği, güvenliğin sağlanması amacıyla kamerayla görüntü kaydı yapılması gibi uygulamalar; işveren nezdinde ortaya çıkan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde - yani işverenin

ENG

SECONDARY PERFORMANCE OBLIGATIONS OF THE EMPLOYEE

In the employment relationship, which is a contractual relationship that imposes obligations on both parties, the primary performance obligation of the employee is the obligation to perform (work), while the primary performance obligation of the employer is the wage payment obligation.

Since the primary performance obligations are the primary matters to be fulfilled in the debt relationship; they are independent from the secondary obligations. Secondary obligations, on the other hand, are that provide benefits for the realization of the contract in accordance with its purpose and the fulfillment of the expected benefit from the performance, and even the protection of the personality/property of the other party to the contract.

Secondary obligations may arise from the law or from the terms of the contract signed between the parties or according to the conditions of the concrete event in accordance with the rules of good faith. For example, an employee must not disclose information that is commercially critical for the employer. Even if it is not regulated by the contract, the employee's behavior to the contrary may constitute a breach of the secondary obligation.

In case of breach of secondary obligations, it is accepted that the provisions of breach of contract may be executed considering the relationship of trust between the parties, equity and honesty rules. For example; obligations such as the obligation of the employee to provide information, the obligation of the employee not to compete, the obligation to refrain from enticement, the obligation to refrain from taking advantage and bribery are the main ones.

It is possible to evaluate the types of secondary obligations under two headings: secondary to performance and protection obligations:[1]

1 - When determining secondary obligations aiding performance; the purpose of the concrete relationship or debt relationship is considered. These include, for example, the obligations to preserve, explain, inform, account, prepare (preliminary work), provide and cooperate. At the same time, the employee's informing the current employer and requesting approval from the employer before working in another workplace can be considered **as an auxiliary obligation to performance.**

2 - **Protection obligations**, on the other hand, aim to secure other interests of the employer other than the performance interest. These obligations can be subdivided into the following sub-headings: informing, observing and loyalty.

While evaluating orders and instructions regarding secondary obligations; the characteristics of each concrete case should be taken into account. The balance between the interests of the employer and the employee must be observed.

In practice, some of the other secondary obligations of the employee, which may frequently be the subject of disputes, are listed below **as examples** and some of the issues to be considered are tried to be explained:

- **Employee's obligation to endure supervision and/or surveillance:** During the execution of the work; also known as electronic surveillance;

korunmaya değer üstün menfaati bulunduğu hallerde - açık rızasına ihtiyaç duyulmaksızın -amaca uygun olması kaydıyla- denetim uygulaması mümkündür. Her ihtimale karşılık, söz konusu işveren denetim / gözetlemesine ilişkin işverenin uygulamaları hakkında iş sözleşmesi ya da işyeri yazılı prosedürlerinde yer verilmesi olası uyuşmazlıkların önüne geçmeye yarayacaktır.)

- **İşçinin dış görünüşüne ve kılık-kıyafetine ilişkin yan yükümlülükleri:** İş hayatında işverenlerin işçilerin kılık kıyafetine, tıraş olmalarına, bakımlı olmalarına yönelik müdahalelerin ; somut olayın şartlarına göre iş sağlığı güvenliğinin sağlanması, işçinin işletmeyi temsil etmesi ya da işletmenin prestijini etkileyebilecek işlerde çalışmaları nedeniyle ya da yiyecek üretimi yapılan ya da restoranın hijyeninin önemli olduğu benzer durumlarda meşru ve haklı bir amaca dayandığı söylenebilecektir.

- **İşçinin özel hayatına ilişkin yan yükümlülükleri:** İşverenin yönetim hakkına dayanarak, işçiye işyeri dışındaki davranışları ya da özel hayatıyla ilgili emir ve talimat verme imkanı bulmamaktadır. Nitekim İşveren, işyerinde çalışan işçilerin ahlak bekçisi konumunda değildir. Bununla birlikte, işçinin yaşayış tarzı hastalık veya devamsızlığa veya performans düşüklüğüne yol açması, işçinin işyerine sarhoş olarak gelmesi ya da özel hayatında yaptıklarının, yaşadıklarının işyerindeki uyumu, çalışma düzenini bozması nedeniyle iş sözleşmesi sona erdirilebilir. Buna ilaveten işçinin aşırı düzeyde borçlu olması, işverenin sağladığı araç-gereçleri kullanarak işçinin suça karışması veya duygusal ilişkilerine özen göstermemesi gibi hususlar da bu başlık altında örneklendirilebilir ve işverence disiplin kuralları işletilebilir.

- **İşçinin görüş açıklamasını sınırlandıran yan yükümlülükleri:** İfade özgürlüğünün demokratik toplumlar için gereklilik olduğu bilinciyle çoğulculuk, hoşgörülük ve açık fikirliliğin kural olarak kabul edilmesi esastır. Ancak, işçinin işletme içinde aşırıya kaçan görüş açıklamaması ve eleştiri sınırını aşmaması önemlidir. Küfürlü eleştiriler veya karşıdaki kişinin aşağılanması, ırkçılık veya nefret söylemleri ifade özgürlüğünün koruma alanı değildir. İş ilişkisine özgür iradesiyle giren işçiden, işvereni ya da işyerini ciddi oranda zarara uğratacak ve işyerindeki işleyişi bozacak ifade açıklamalarından kaçınması beklenebilir. Diğer çalışanlarla birlikte çalışma uyumunu tehlikeye düşürecek ifade açıklamaları, sır saklama yükümlülüğünün ihlali işçinin yan yükümlülüklerine aykırılık teşkil edecektir.

Yan Yükümlülüklerini ihlal eden çalışana karşı, işveren uğradığı zararın tazmini için dava açma imkanına sahip olacaktır. Bunun yanı sıra, uyarma, iş sözleşmesinin geçerli (tazminatlı) feshi ya da haklı nedenle (tazminatsız) feshi, cezai şart toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinde düzenlendiği hallerde para cezası verilmesi vb. yaptırımlar işletilebileceği gibi, özellikle rekabet yasağı ya da sır saklama yükümlülüğü başta olmak üzere yan yükümlülüğün ihlalinin tekrar etme olasılığının yüksek olduğu durumlarda yükümlülüğün ihlalinin önlenmesi veya son verilmesinin talep edilmesi de imkân dahilindedir.

1 İşçinin Yan Yükümlülükleri (syf. 13) – Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun Civan – Beta Yayınları,2021

practices such as phone conversations, e-mail correspondence and whether the rules of internet use are respected / followed, video recording with the camera in order to ensure security; In the presence of reasons of lawfulness arising from the employer - that is, in cases where the employer has a superior interest worth protecting - it is possible to carry out supervision without the need for explicit consent - provided that it is appropriate for the purpose. In all likelihood, it will help to avoid possible disputes to include the employer's practices regarding such employer supervision/surveillance in the employment contract or workplace written procedures.

- **Secondary obligations regarding the appearance and dress of the employee:** It can be said that interventions by employers on the appearance, shaving, well-groomed appearance of workers are based on a legitimate and justifiable purpose depending on the circumstances of the concrete case, such as ensuring occupational health and safety, because the worker represents the company or works in jobs that may affect the prestige of the company, or in similar situations where food is produced or the hygiene of the restaurant is important.

- **Secondary obligations relating to the private life of the employee:** Based on the right of management, the employer does not have the opportunity to give orders and instructions to the employee regarding his/her behavior outside the workplace or his/her private life. As a matter of fact, the employer is not the moral guardian of the employees working in the workplace. However, the employment contract may be terminated if the employee's lifestyle leads to illness or absenteeism or poor performance, if the employee comes to the workplace drunk, or if what he/she does and experiences in his/her private life disrupts the harmony and working order in the workplace. In addition, issues such as the employee's excessive indebtedness, the employee's involvement in crime by using the tools and equipment provided by the employer, or the employee's lack of care in emotional relationships can also be exemplified under this heading and disciplinary rules may be applied by the employer.

- **Secondary obligations limiting the employee's expression of opinion:** Recognizing that freedom of expression is a necessity for democratic societies, it is essential that pluralism, tolerance and open-mindedness are accepted as a rule. However, it is important that the employee does not express excessive opinions within the enterprise and does not exceed the limit of criticism. Abusive criticism or insulting the other person, racism or hate speech are not protected by freedom of expression. An employee who enters into an employment relationship of his/her own free will may be expected to refrain from expressions that may cause serious damage to the employer or the workplace and disrupt the functioning of the workplace. Statements that jeopardize the harmony of working together with other employees and breach of the obligation to keep secrets will constitute a violation of the secondary obligations of the employee.

Against the employee who violates his/her secondary obligations, the employer will have the opportunity to file a lawsuit for compensation for the damage suffered. In addition, sanctions such as warning, valid (with compensation) termination of the employment contract or termination of the employment contract for just cause (without compensation), penal clause collective bargaining agreement or imposition of a fine in cases where it is regulated in the employment contract, as well as the prevention or termination of the violation of the obligation, especially in cases where the violation of the secondary obligation, especially the non-competition or confidentiality obligation, is likely to recur.

1 İşcinin Yan Yukumlulukleri (syf. 13) – Dr. Oğr. Uyesi Orhan Ersun Civan – Beta Yayınları,2021



TR

ESNEK ÇALIŞMA MODELİ OLARAK UZAKTAN ÇALIŞMA VE İŞÇİLİK HAKLARINA ETKİLERİ

AV. BERİL KULDEMİR
bkuldemir@egemenoglu.av.tr

A. GİRİŞ

Tüm dünyada hızlanan ve etkileri giderek yoğunlaşan teknolojik ilerlemeler, iş hayatında birçok değişiklik yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Pandemi dönemiyle birlikte tercih edilmeye başlanan uzaktan çalışma modeli, günümüzde esnek bir çalışma modeli olarak kabul edilmekte ve iş hayatında giderek yaygınlaşmaktadır. Bu model, aynı zamanda işsizlik sorununun önüne geçilmesi için devlet tarafından da desteklenebilmekte ve işçi ile işverenler için teşvik edilmektedir. Uzaktan çalışma, geçmişte ağırlıklı olarak tekstil ve konfeksiyon sektörlerinde uygulanırken, son yıllarda reklamcılık, yazılım geliştirme, mimarlık, bilgisayar mühendisliği ve çevirmenlik gibi birçok sektörde de yaygın hale gelmiştir.

B. UZAKTAN ÇALIŞMANIN HUKUKİ DAYANAKLARI VE YASAL DÜZENLEMELERİ

Hukukumuzda, Türk Borçlar Kanunu'nun 461 ve devamı maddelerinde düzenlenen "Evde hizmet sözleşmesi" başlığı, uzaktan çalışmanın düzenlenmesi açısından temel bir dayanak niteliğindedir. Uluslararası düzeyde ise, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi ve Avrupa Çerçeve Anlaşması, uzaktan çalışmanın hukuki dayanakları arasında yer almaktadır[1] 20 Mayıs 2016'da yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine "uzaktan çalışma" kavramı eklenmiştir. Bu çerçevede son olarak, uzaktan çalışmanın usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler içeren "Uzaktan Çalışma Yönetmeliği" ("Yönetmelik") 10 Mart 2021 tarihli ve 31419 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.[2]

İş Kanunu'nun 14. maddesine göre; "Uzaktan çalışma, işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında, iş görme edimini evinde veya teknolojik iletişim araçlarıyla işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan bir iş ilişkisidir."[3] Kanunda yer alan uzaktan çalışma kavramı hem evde çalışmayı hem de teknolojik iletişim araçlarıyla işyeri dışında yapılan çalışmaları, yani tele çalışma şeklindeki iş ilişkilerini kapsayan bir üst kavramdır.[4]

Her iki çalışma biçiminde de işçi, iş görme edimini işyeri dışında yerine getirir. Ancak tele çalışmada ayırt edici özellik, işin bilgisayar, internet, elektronik posta gibi bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak, işyeri ile sürekli bağlantı kurularak yapılmasıdır. İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4-7. fıkraları hem evde çalışmaya hem de tele çalışmaya uygulanabilecek ortak hükümler içermektedir.

Tele çalışma, beraberinde getirdiği esneklik sebebiyle işçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsurunu güçsüzleştirse de klasik istihdam modelinde olduğu gibi işçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsuru korunmaktadır. Zira işçi, işverenin sahibi olduğu iş organizasyonu içerisinde yer almaya devam etmektedir. Ayrıca emir- talimat ilişkisinin devamı da bağımlılık unsurunun varlığının bir göstergesidir.

Uzaktan çalışma sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunludur. İş Kanunu'nun 14. maddesinin 5. fıkrasında uzaktan çalışma sözleşmesinde bulunması

ENG

REMOTE WORK AS A FLEXIBLE WORKING MODEL AND ITS IMPACT ON EMPLOYEE RIGHTS

A. INTRODUCTION

Technological progress, which is accelerating all over the world and whose effects are becoming more intense, has revealed the need for many changes in business life. The remote working model, which began to be favoured during the pandemic period, is now accepted as a flexible working model and is becoming increasingly widespread in business life. This model can also be supported by the government to prevent unemployment and is encouraged by both employees and employers. While in the past teleworking was mainly practised in the textile and clothing sector, in recent years it has become widespread in many sectors such as advertising, software development, architecture, computer engineering and translation.

B. LEGAL BASIS AND LEGAL REGULATION OF TELEWORK

In our law, the title of "Home Service Contract", which is regulated in Articles 461 et seq. of the Turkish Code of Obligations, is a fundamental basis for the regulation of teleworking. At the international level, the International Labour Organisation (ILO) Convention No. 177 on Home Work and the European Framework Agreement are among the legal bases for teleworking. Article 14 of the Labour Law No. 4857, which entered into force on 20 May 2016, added the concept of "remote working". Finally, the "Regulation on Remote Work" (the "Regulation"), which includes regulations on the procedures and principles of remote work, was published in the Official Gazette No. 31419 on 10 March 2021 and entered into force.

According to Article 14 of the Labour Code, "telework is an employment relationship established in writing and based on the principle that the employee performs his/her work outside the workplace at home or through technological means of communication within the framework of the work organisation established by the employer". The concept of telework in the law is a meta-concept that covers both work performed at home and work performed outside the workplace using technological means of communication, i.e. telework.

In both forms of work, the employee performs the work away from the workplace. However, the specificity of telework is that the work is performed with the use of information and communication technologies, such as computers, Internet, e-mail, etc., while maintaining a permanent connection with the workplace. Paragraphs 4-7 of Article 14 of the Labour Law contain common provisions applicable to both home-based work and telework.

Although telework weakens the element of dependency between the employee and the employer due to the flexibility it brings, the element of dependency between the employee and the employer is maintained as in the classical employment model. This is because the employee continues to participate in the employer's work organisation. In addition, the continuation of the relationship of command and control is also an indication of the existence of the element of dependence.

gereken unsurlar açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmede "işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurma şekli ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler" yer almalıdır.[5]

Uzaktan çalışma sözleşmesi doğrudan yapılabileceği gibi, mevcut çalışanların iş sözleşmeleri de taraflar arasında imzalanacak bir ek protokol ile uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir. Ayrıca, yapılan işin tamamı uzaktan yürütülebileceği gibi, bir kısmı uzaktan, bir kısmı işyerinde yapılabilir. Uzaktan çalışan işçinin, tekrar işyerinde çalışma talebinde bulunması da mümkündür.

Dolayısıyla İş hukuku bakımından en genel anlamıyla uzaktan çalışma; işçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsurunun korunduğu, ancak yer ve zaman bakımından klasik çalışma ortamından farklı özellikler gösteren bir iş düzeni öngörmekle beraber yazılı olarak kurulan iş ilişkisi olarak açıklanabilir.[6]

C. UZAKTAN ÇALIŞMANIN YAPILAMAYACAĞI İŞLER

Uzaktan çalışmanın yapılamayacağı işler Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; tehlikeli kimyasal maddeler ve radyoaktif maddelerle çalışma, bu maddelerin işlenmesi veya atıkları ile çalışma, biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan işlemler kapsamında uzaktan çalışma yapılamaz.

Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşlarınca ilgili mevzuat doğrultusunda hizmet alımı suretiyle yürütülen işler ile milli güvenlik açısından stratejik öneme sahip birim, proje, tesis veya hizmetlerde uzaktan çalışmanın yapılıp yapılamayacağı hususunun, söz konusu birim, proje, tesis veya hizmetten sorumlu olan ya da hizmeti alan kamu kurum ve kuruluşu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.[7]

D. UZAKTAN ÇALIŞMADA İŞÇİ VE İŞVEREN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Uzaktan çalışma modelinde, kural olarak işçinin ve işverenin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinde bir farklılık bulunmamaktadır. İşveren, uzaktan çalışma modelinde de işçiyi gözetme, eşit davranma ve ücret ödeme borcu altında olmasının yanı sıra bu çalışma modelinde işverenin yönetmelik gereği, çalışanına araç, gereç ve malzeme sağlama yükümlülüğü vardır.

İşçi ise, bu çalışma biçiminde de iş görme ve sadakat borcu altında olup, ayrıca işini özenle yerine getirme yükümlülüğüne sahiptir. Bunun yanı sıra, işçi, iş gereği kendisine teslim edilen bilgi ve iletişim araçlarına, makinelere, ekipmana ya da üretim materyallerine zarar vermeme sorumluluğunu da taşır.

E. MALZEMENİN SAĞLANMASI, KULLANIMI VE KORUNMASI

Tele çalışmanın diğer esnek çalışma modellerinden ayrıldığı en önemli unsur yukarıda da bahsedildiği üzere teknoloji kullanımıdır. Tele çalışmanın yapılabilmesi için telefon, bilgisayar, akıllı tablet ve internet gibi ekipmanların kullanılmasına ihtiyaç duyulur. İşin ifası için kullanılan program ve yazılım sistemleri ile bu sistemlerin bakım ve onarım masrafları da bu kapsamda değerlendirilir. Bu nedenle ihtiyaç duyulan söz konusu ekipmanların tarafların hangisi tarafından hangi koşullarda sağlanacağı önem arz etmektedir.

İş Kanunu'nda, tele çalışma kapsamında yapılacak harcamaların sözleşmenin hangi tarafınca yapılacağını açıkça belirtilmemiştir. Ancak, İş Kanunu madde 14 ve Yönetmelik madde 5/2 uyarınca "işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülüklerin" yapılacak sözleşme ile belirlenmesi öngörülmüştür.

Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca da malzemelere ilişkin sorumluluğun ve masrafların hangi tarafça karşılanacağının başlangıçta yazılı olarak

The telework agreement must be in writing. Paragraph 14/5 of the Labour Code clearly regulates the elements that must be included in a telework agreement. It states that the agreement must include "the description of the work, the manner in which it is to be performed, the duration and location of the work, the wage and matters relating to the payment of the wage, the equipment provided by the employer and the obligations relating to its protection, the manner in which the employer communicates with the employee, and the provisions relating to general and special working conditions".

A telework agreement can be concluded directly or the employment contracts of existing employees can be converted into a telework agreement with an additional protocol to be signed by the parties. In addition, all the work can be carried out remotely or some of it can be carried out remotely and some at the workplace. It is also possible for the employee working remotely to request to return to the workplace.

Therefore, in the most general sense of labour law, telework can be explained as a written employment relationship in which the element of dependency between the employee and the employer is maintained, although it envisages a work order that differs from the classical work environment in terms of time and place.

C. TASKS THAT CANNOT BE PERFORMED REMOTELY

The work that cannot be performed remotely is regulated in Article 13 of the Telework Regulation. According to this article, telework cannot be carried out in the context of work with dangerous chemicals, radioactive substances, work with the processing or waste of these substances and work where there is a risk of exposure to biological agents.

In addition, it is stipulated that whether telework can be carried out in the work carried out by public institutions and organisations through the procurement of services in accordance with the relevant legislation and in units, projects, facilities or services of strategic importance in terms of national security shall be determined by the public institution and organisation responsible for the unit, project, facility or service in question or by the public institution and organisation receiving the service.

D. OBLIGATIONS OF THE EMPLOYER AND THE EMPLOYEE IN REMOTE WORKING

In the remote working model, there is usually no difference in the obligations of the employee and the employer arising from the employment contract. The employer is obliged to observe the employee, treat the employee equally and pay wages in the teleworking model, and the employer is obliged to provide the employee with tools, equipment and materials in accordance with the provisions of this working model.

The employee, on the other hand, has a duty to work and a duty of loyalty, as well as a duty to perform his or her work diligently. In addition, the employee is also responsible for not damaging the information and communication tools, machines, equipment or production materials provided to him/her for work purposes.

E. PROVISION, USE AND PROTECTION OF EQUIPMENT

As mentioned above, the main factor that distinguishes telework from other flexible working models is the use of technology. Teleworking requires the use of equipment such as telephones, computers, smart tablets and the Internet. The programme and software systems used to carry out the work and the costs of maintaining and repairing these systems are also included. It is therefore important to determine which of the parties will provide the necessary equipment and under what conditions.

belirleneceğini, belirlenmemesi halinde ise iletişim masraflarının işveren tarafından karşılanmasını öngörülmektedir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında; ''İş araçlarının işveren tarafından sağlanması halinde, bunların işçiye teslim edildiği tarihteki bedellerini belirten iş araçları listesi, işveren tarafından yazılı olarak işçiye teslim edilir. İşçiye teslim edilen belgenin işçi tarafından imzalı bir nüshası ise işveren tarafından işçi özlük dosyasında saklanır. İş araçlarının listesi, İş Sözleşmesi içerisinde veya sözleşme tarihinde iş sözleşmesine ek olarak düzenlenirse ayrıca yazılı belge düzenlenmesi şartı aranmaz.'' düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla İşveren, ekipmanı sağlamanın yanında, kurulum, bakım ve onarımını yapmakla ve bu hususlara ilişkin bildirimi işçiye yapmakla yükümlüdür. Tele çalışan ise temin edilen bu ekipmanı yaptığı işin gereklerine uygun şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde kullanmalıdır.

F. ÜCRET VE EŞİT DAVRANMA İLKESİ

Uzaktan çalışan işçinin ücreti, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi asgari ücretin altında olmamak kaydıyla, taraflarca serbestçe belirlenebilir. Ancak, işyerinde fiilen çalışan işçiler ile uzaktan çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılacak bir neden bulunmadıkça farklı ücretler belirlenemez. Aksi takdirde, bu tür bir ayrım, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, uzaktan çalışan işçilerin yalnızca çalışma biçimlerinden kaynaklı olarak ayrımcılığa uğramamaları için İş Kanunu'nun 14/6 maddesinde özel bir hüküm yer almaktadır.

Bununla birlikte, uzaktan çalışmanın niteliği gereği bazı ayrımlar yapılabileceği görüşündeyiz. Örneğin; işyerinde çalışanlara sağlanan yol ücretinin, uzaktan çalışan işçilere ödenmemesi söz konusu olabilir. Zira yol ücreti, kural olarak çalışanın işe gidip geldiği günler için ödenen bir ücrettir. Bu durum, eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, uzaktan çalışmanın belirli bir süre ya da geçici bir durum olduğu hallerde, işverenin, işçiye normalde ödediği yol ücretini, uzaktan çalışmanın "geçici" olduğunu ileri sürerek ödemekten kaçınmaması gerekir.

G. UZAKTAN ÇALIŞMADA ÇALIŞMA SÜRELERİ VE FAZLA MESAİNİN İSPATI

İş Kanunu'nda düzenlenen çalışma ve dinlenme süreleri, uzaktan çalışanlar için de aynen geçerlidir. Bazı işçiler, bu çalışma biçimini, ailesiyle daha fazla vakit geçirebilmek, çalışma saatlerini kendileri belirleyebilmek ya da işyerine gidip gelme külfetinden kurtulmak gibi avantajlar sunduğu için tercih edebilmektedir. Ancak, uzaktan çalışma sürecinde fazla mesai yapma ve dinlenme sürelerine ilişkin bazı belirsizlikler de ortaya çıkmaktadır. Zira uzaktan çalışmanın esnekliği, işçilerin mesai kavramını net bir şekilde belirleyememesine ve bu nedenle fazla mesainin artmasına neden olabilmektedir. Bu durum, özellikle evde çalışma sırasında iş ve özel yaşam arasındaki sınırların bulanıklaşmasına yol açmaktadır.[8]

Yönetmeliğin "Çalışma Süresinin Belirlenmesi'' başlıklı 9. maddesinde, uzaktan çalışmanın yapılacağı sürecin ve sürenin sözleşmede yazılı olarak belirtilmesi gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca İş Kanunu'nda belirtilen sınırlar dâhilinde taraflar kendi aralarında değişiklik yapabileceklerdir. Fazla çalışma halinde ise işverenin yazılı talebi üzerine işçinin onayı ile fazla çalışmaya ilişkin taleplerin yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır.

Uzaktan çalışan kişilerin çalışma sürelerine ilişkin zamanı düzenleme serbestisi nedeniyle çalışma saatlerine ilişkin uyuşmazlıklarla karşılaşılması mümkündür. Bu nedenle, uzaktan çalışmada çalışma süresinin tespiti ve kontrolü önem arz etmektedir. Hukukumuzda, fazla çalışmanın ispat yükümlülüğü işçiye aittir. Ancak, evden yapılan çalışmalar için fazla mesainin ispatına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme veya yerleşmiş bir içtihat bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında çoğunlukla tele çalışmanın satış ve pazarlama alanında yapılması, uzaktan çalışmanın esnekliği içinde çalışma sürelerinin işçiler tarafından

The Labour Code does not explicitly state which party is responsible for the costs of teleworking. However, Article 14 of the Labour Code and Article 5/2 of the Regulation stipulate that "the equipment provided by the employer and the obligations regarding its protection" shall be specified in the contract.

Article 7 of the regulation stipulates that the responsibility for the material and the party to bear the costs must be determined in writing at the beginning, and if not, the employer must bear the communication costs.

The second paragraph of the same article stipulates: "If the employer provides the work tools, the employer shall provide the worker with a written list of the work tools, indicating their cost, on the day they are provided to the worker. A copy of the document given to the worker, signed by the worker, shall be kept by the employer in the worker's personal file. If the list of work tools is issued as an annex to the employment contract within the employment contract or on the day of the contract, it is not necessary to issue a separate written document''. Therefore, in addition to providing the equipment, the employer is obliged to install, maintain and repair it and to inform the employee about these issues. The teleworker must use the equipment provided in accordance with the requirements of his work within the framework of the duty of care.

F. REMUNERATION AND PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT

The remuneration of the teleworker may be freely determined by the parties, provided that it is not below the minimum wage, as in other types of contracts. However, different rates of pay may not be set for employees who actually work in the workplace and for employees who work remotely, unless there is a reason to justify the distinction. Otherwise, such a distinction would be contrary to the principle of equality as set out in Article 5 of Labour Law No. 4857. Furthermore, there is a special provision in Article 14/6 of the Labour Law to ensure that remote workers are not discriminated against solely on the basis of their working style.

However, we believe that some distinctions can be made due to the nature of telework. For example, the travel allowance paid to employees working at the workplace may not be paid to teleworkers. This is because the travel allowance is usually a wage paid for the days the employee travels to and from work. This would not be contrary to the principle of equal treatment. However, in cases where telework is for a limited period or a temporary situation, the employer should not refrain from paying the travel allowance normally paid to the employee by claiming that the telework is "temporary".

G. PROOF OF WORKING TIME AND OVERTIME IN THE CASE OF TELEWORKING

The working hours and rest periods laid down in the Labour Law also apply to teleworkers. Some workers may prefer this type of work because it offers advantages such as being able to spend more time with their families, being able to determine their own working hours, or avoiding the burden of commuting to and from the workplace. However, there are also some uncertainties about overtime and rest periods during telework. This is because the flexibility of teleworking can lead to workers not being able to clearly define the concept of overtime and thus to an increase in overtime. This situation leads to a blurring of the boundaries between work and private life, especially when working from home.

Article 9 of the Regulation, entitled "Determination of working time", stipulates that the time and duration of telework must be specified in writing in the contract. In addition, changes may be made between the parties within the limits set by the Labour Code. In the case of overtime, it is stipulated that, upon the employer's written request, overtime requests shall be fulfilled with the employee's consent.

belirlenmesi sebebiyle fazladan çalışmanın ispatında daha açık ve kesin delillerin varlığı aranmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin T. 17.02.2015, E.2013/10875, K. 2015/6980 sayılı kararında, evden çalışan işçilerin belirli bir saat mefhumuna bağlı olmadıkları ve bu nedenle fazla mesai taleplerinin reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir:

"Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının home-office çalışma düzeni ile çalıştığı sabittir. Bu çalışma sistemine göre davacının mesai saatlerini kendisinin belirlediği, belirli bir saat mefhumuna bağlı çalışmadığı anlaşıldığından, davacının fazla çalışma ücreti isteminin reddi gerekir. Home-office çalışan davacının, genel tatil günlerinde çalışması da kendi inisiyatifindedir. Bu nedenlerle, davacının fazla çalışma ve genel tatil ücreti istemlerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir."[9]

Fazla mesainin ispatını kolaylaştırmak amacıyla, işveren ve işçinin çalışma sürelerini yazılı olarak belirlemesi, bu sürelerin teknolojik yöntemlerle izlenmesi veya gönüllü raporlanması gibi yöntemler kullanılabilir. Ayrıca, uzaktan çalışma modelinin kendine özgü özellikleri dikkate alındığında, tarafların imkânları dâhilinde, kimlik ve iradelerini doğrulamaya elverişli güvenli yöntemlerle, çalışma saatlerine dair puantaj benzeri bir mutabakatın sağlanması da mümkün olabilir.

H. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İşveren, normal çalışma düzeninde olduğu gibi, uzaktan çalışma durumlarında da 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi uzaktan çalışan işçilere ilişkin ayrımcılık yasağına yönelik kanuni hükümler mevcuttur. İşveren, uzaktan çalışmada iş sağlığı ve güvenliği önlemleri konusunda, çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak işçiyi bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. Bu nedenle, yalnızca uzaktan çalıştığı gerekçesiyle bir işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden muaf tutulmaması gerekir. İşveren, uzaktan çalışan işçilere de işyerinde çalışan diğer işçiler gibi gerekli eğitimleri vermeli ve iş güvenliği önlemlerini almalıdır.

Bu bağlamda, evden çalışan bir işçinin çalışma yerinin artık kendi evi olduğu düşünüldüğünde, işverenin bu mekânın/çalışma ortamının iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygunluğunu nasıl sağlayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. İşveren, denetim hakkının doğal bir uzantısı olarak, işçinin çalışma yerinin belirli standartlara uygun olmasını talep edebilir ve bu standartlara uygunluğu denetleyebilir. Ancak bu denetim, işçinin özel hayatına veya konut dokunulmazlığına müdahale anlamına gelmemeli ve denetim amacını aşmamalıdır. İş sağlığı ve güvenliği gereği, işçinin çalışma ortamında düzenleme yapılması, ek teçhizat sağlanması ya da altyapı gereksinimleri varsa bu eksikliklerin giderilmesi de işverenin sorumluluğundadır.

Uzaktan çalışan işçinin çalışma yerinin iş organizasyonuna bağlı olduğu ve işverenin talimatları doğrultusunda iş görme yükümlülüğünü yerine getirdiği dikkate alındığında, belirlenen çalışma yerinde, çalışma saatleri içinde meydana gelen kazaların somut olayın da nitelikleri gözetilerek iş kazası olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Ancak, bu konuda henüz yerleşmiş bir içtihat veya düzenleme bulunmamaktadır.

İ. UZAKTAN ÇALIŞMADA İŞVERENİN DENETİM VE GÖZETİM YETKİSİ İLE ÇALIŞAN VERİLERİNİN İŞLENMESİ

Tele çalışmada verilerin korunması konusu hem işletmeye ait verilerin korunması hem de işçinin kişisel verilerinin ve özel hayatının korunmasını ifade eder. Yönetmelik gereğince, işletmenin verilerinin korunması bakımından yükümlülük işverenin

Due to the freedom to regulate the working hours of teleworkers, there may be disputes regarding working hours. Therefore, it is important to define and control the working hours of remote workers. In our law, the burden of proof for overtime is on the employee. However, there is no legislation or case law on the proof of overtime for work done from home. However, the decisions of the Court of Cassation on this issue are mostly in the field of sales and marketing, and due to the flexibility of teleworking and the determination of working hours by the employees, more clear and precise evidence is required to prove overtime.

In the decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 17.02.2015, E. 2013/10875, K. 2015/6980, it was stated that the employees working from home are not bound to a certain concept of working hours and therefore their overtime claims should be rejected:

"In the present case, it is clear from the information and documents in the file that the claimant works with a home-office working system. According to this working system, it is understood that the plaintiff determines the working hours himself and does not work under a certain time concept, therefore the plaintiff's claim for overtime pay should be rejected. The applicant, who works from home, also works on general holidays on his own initiative. For these reasons, it is inappropriate to decide to uphold the applicant's claims for overtime and general holiday pay, whereas they should be rejected".

In order to facilitate the proof of overtime, methods such as a written agreement between the employer and the employee on the working hours, the monitoring of these hours by technological methods or voluntary reporting can be used. In addition, taking into account the specific characteristics of remote working, it may also be possible for the parties to reach an agreement on working hours through secure methods suitable for verifying the identity and will of the parties, such as counting.

H. HEALTH AND SAFETY OBLIGATIONS

The employer is obliged to take the necessary measures for occupational health and safety in remote working situations, as in normal working situations, in accordance with the Occupational Health and Safety Law No. 6331, the Turkish Code of Obligations, the Labour Law and other relevant legal provisions. In fact, as mentioned above, there are legal provisions regarding the prohibition of discrimination against remote workers. The employer is obliged to inform the employee about the occupational health and safety measures for remote work, taking into account the nature of the work performed by the employee, to provide the necessary training, to carry out health surveillance and to take occupational health and safety measures regarding the equipment provided. Therefore, a worker should not be exempted from occupational health and safety obligations simply because he or she works remotely. The employer must provide remote workers with the necessary training and occupational safety measures in the same way as other employees working at the workplace.

In this context, given that a teleworker's workplace is now his or her own home, the question arises as to how the employer will ensure that this place/working environment complies with occupational health and safety rules. As a natural extension of the right to control, the employer may require that the worker's workplace meets certain standards and may monitor compliance with these standards. However, this supervision should not constitute an interference with the employee's private life or residential immunity and should not exceed the purpose of the supervision. It is also the employer's responsibility, in accordance with occupational health and safety requirements, to make arrangements in the workplace, to provide additional equipment or infrastructure requirements, and to remedy these deficiencies.

Considering that the teleworker's workplace is connected to the work organisation and that he/

üzerindedir. Dolayısıyla tele çalışmada kullanılan ve işlenen verilerin korunması amacıyla gerekli sistemin kurulumu ve alınacak diğer tedbirlerin işverence yerine getirilmesi öngörülmüştür. İşveren, gereken her türlü tedbiri alarak verilerin korunması hakkındaki yasal düzenlemeleri ve işletme kurallarını işçiye bildirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla işveren, çalışana gereken eğitimi sağlamalı ve gerekli bildirimlerde bulunmalıdır. Tele çalışanın, verilerin korunması yükümlülüğüyle bağdaşmayan davranışları ise İş Kanunu madde 25/II-ı bendi kapsamında değerlendirilir.

Evde çalışma modelinde, işin ana işyeri dışında yapılması nedeniyle işverenin, klasik istihdam şekillerine kıyasla işçi üzerinde doğrudan denetim ve gözetim yetkisi zayıflamaktadır. Ancak, işçinin gerekli verilere uzaktan bağlantı, dosya paylaşımı gibi yöntemlerle erişiminin mümkün olduğu düşünüldüğünde, kullanılacak tüm yazılım, uygulama ve uzaktan çalışmayı sağlayan teknolojilerin güvenli bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır.

Özellikle tele çalışma modelinde, işverenin denetim ve gözetim yetkisini bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla kullanması, işçiye sürekli ulaşabilmesi ya da işçinin evinin bir bölümüne kamera yerleştirerek denetim yapması, işçinin özel hayatına ve kişilik haklarına müdahale anlamına gelebileceğinden, bu tür uygulamaların sınırlarının net bir şekilde çizilmesi gerekmektedir. Bu nedenle uzaktan çalışmada, çalışanların özel hayatının korunması ancak işverenin denetim ve izleme faaliyetlerinin sınırlandırılmasıyla mümkün olacaktır.

İşverenlerin, uzaktan çalışma sırasında çalışanların hangi verilerinin işlenebileceği ve bu verilerin nasıl kullanılacağı konusunda açık ve şeffaf bir politika belirlemesi gerekmektedir. Ayrıca, çalışanların özel hayatına saygı gösterilmesi ve uzaktan çalışmanın işçilerin yaşam alanlarına olumsuz bir etkide bulunmaması adına, işverenlerin denetim faaliyetlerini yalnızca işin gerektirdiği durumlarla sınırlı tutmaları önemlidir. İşverenin, çalışanların iş saatleri dışında erişilebilir olmalarını talep etmemesi ve özel hayatlarına müdahaleden kaçınması, uzaktan çalışmada işçi haklarının korunması açısından elzemdir.

J. UZAKTAN ÇALIŞMA GÜN BİLDİRİMİ

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 5 Temmuz 2021 tarihli ve "Uzaktan Çalışma Gün Bildirimi" konulu Genel Yazısı'na göre, aylık prim hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesinin SGK'ya gönderilmesi sırasında, sigortalıların ay içinde uzaktan çalıştıkları günlerin ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. İşbu yazıya göre; karma sözleşmeler kapsamında çalışanlar için ulusal, resmi ve dini bayram günleri, genel tatil günleri ve hafta tatili günleri ile işyerinde çalışılan günler her durumda prim gün sayısına dahil edilirken, yalnızca fiilen uzaktan çalışılan günler uzaktan çalışma gün sayısı olarak bildirilmelidir.[10]

Örneğin, ayda 4 gün hafta tatili olan bir çalışan, 5 iş günü işyerinde çalışıyor ve geri kalan günlerde uzaktan çalışıyorsa, çalışanın 4 gün hafta tatili ve 5 gün işyerinde çalışma günü bulunduğu için uzaktan çalışma gün sayısı 21 gün, prim ödeme gün sayısı ise 30 gün olarak bildirilmelidir. Ayda 8 gün hafta tatili olan bir sigortalı ise çalışma süresinin yarısını uzaktan, yarısını işyerinde geçiriyorsa, 22 gün iş günü olup, yarısı işyerinde çalışıldığından uzaktan çalışma gün sayısı 11 gün olarak, prim ödeme gün sayısı ise 30 gün olarak sisteme bildirilmelidir.

Çalışma süresinin tamamını uzaktan yapan bir sigortalının, hafta tatili günleri ve ulusal bayram ve genel tatil günleri de uzaktan çalışma günleri arasında bildirilmelidir ve hem prim ödeme gün sayısı hem de uzaktan çalışma gün sayısı 30 gün olarak sisteme girilmelidir.

Sürekli olmayan ve arızi nitelikteki, işyerine kısa süreli uğranması gereken durumlarda ise çalışanın ana çalışma biçimi değişmediği için yazılı sözleşmede bir değişiklik yapılmasına gerek yoktur. Uzaktan çalışma gün sayısı bildiriminde, yine yazılı sözleşmede belirtilen süreler esas alınarak hesaplama yapılmalıdır.

she fulfils his/her obligation to perform work in accordance with the employer's instructions, we are of the opinion that accidents occurring at the designated workplace during working hours may be considered as occupational accidents, taking into account the characteristics of the specific incident. However, there is no established case law or regulation on this issue.

I. SUPERVISION AND CONTROL BY THE EMPLOYER AND PROCESSING OF EMPLOYEE DATA IN TELEWORKING

Data protection in teleworking refers to both the protection of the company's data and the protection of the employee's personal data and private life. According to the regulation, the employer is responsible for the protection of the company's data. Therefore, it stipulates that the employer must install the necessary system and take other measures to protect the data used and processed in telework. The employer is obliged to take all necessary measures and to inform the employee about the legal regulations and company rules on data protection. Therefore, the employer must provide the employee with the necessary training and make the necessary notifications. Behaviour of the teleworker that is incompatible with the obligation to protect data will be evaluated within the scope of Article 25/II-i of the Labour Code.

In the homeworking model, the employer's direct control and supervision over the employee is weakened compared to the traditional forms of employment, as the work is performed outside the main workplace. However, given that it is possible for the employee to access the necessary data through methods such as remote connection and file sharing, all software, applications and technologies that enable remote working must be implemented in a secure manner.

In particular, in the teleworking model, the exercise of the employer's supervisory and control powers by means of information and communication technologies, his permanent access to the employee or his surveillance by means of the installation of a camera in a part of the employee's home may imply an interference in the employee's private life and personal rights, and the limits of such practices should be clearly defined. Therefore, the protection of employees' private life in teleworking will only be possible by limiting the employer's supervision and monitoring activities.

Employers need to establish a clear and transparent policy on what data about employees can be processed during telework and how that data will be used. Furthermore, in order to respect employees' privacy and to ensure that telework does not have a negative impact on employees' living space, it is important that employers limit their monitoring activities to those situations where the work requires it. It is essential for the protection of workers' rights in telework that employers do not require workers to be available outside working hours and do not interfere with their private lives.

J. NOTIFICATION OF TELEWORK DAYS

According to the General Letter of the Social Security Institute dated 5 July 2021, entitled "Notification of Remote Working Days", when submitting the monthly premium service certificate or the withholding and premium service declaration to the SSI, the days on which the insured person worked remotely during the month must be indicated separately. According to this letter, for those working under mixed contracts, national, public and religious holidays, general holidays and weekends, as well as days worked at the workplace, are always included in the number of premium days, while only the days actually worked remotely should be reported as remote working days.

For example, if an employee who has a 4-day weekly holiday in a month works 5 working days at the workplace and the remaining days remotely, the number of days remotely worked should be reported as 21 days and the number of days premium

K. SONUÇ

Sonuç olarak, uzaktan çalışma modeli hem çalışanlar hem de işverenler açısından çeşitli avantajlar ve yükümlülükler içeren esnek bir çalışma düzeni olarak öne çıkmaktadır. Pandemi döneminin ivmelendirdiği teknolojik ilerlemelerle birlikte yaygınlaşan bu model, iş hukuku çerçevesinde kapsamlı yasal düzenlemelerle desteklenmiş ve tarafların haklarının korunması amacıyla belirli hukuki sınırlar içinde uygulanmaktadır.

Uzaktan çalışma, çalışanların çalışma saatleri, iş koşulları ve özellikle fazla mesaiye ilişkin düzenleme ihtiyacını da gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, işveren ve çalışanların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin dengelenmesi, çalışan verilerinin korunması ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin eksiksiz olarak yerine getirilmesi büyük önem arz etmektedir.

Uzaktan çalışma modelinin gelecekte daha da yaygınlaşacağı öngörülürken, mevzuattaki değişikliklerin ve düzenlemelerin bu çalışma modelinin gereksinimlerine uygun olarak gelişim göstermesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

1. Dulay Yangın, D. (2016). Türk İş Hukukunda Evde Çalışma. (Doktora Tezi). Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

2. Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, 10 Mart 2021, 31419 sayılı Resmî Gazete.

3. İş Kanunu, No. 4857, md. 14 (2003).

4. Süzek, S. (2023). İş Hukuku. Syf. 280 İstanbul: Beta Yayınları

5. İş Kanunu, No. 4857, md. 14/5 (2003).

6. Aydınöz G. (2014). İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma. (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi. Ankara

7. Uzaktan Çalışma Yönetmeliği, 10 Mart 2021, 31419 sayılı Resmî Gazete.

8. Bozkurt, D. (2021). Türk İş Hukukunda Tele Çalışma (Yüksek Lisans Tezi). Antalya Bilim Üniversitesi, Antalya.

9. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2013/10875 K. 2015/6980 T. 17.02.2015 sayılı kararı https://www.dejure.ai/dokuman/ff9a3c7c-df44-4aa3-bfc7-4372da83f00e

10. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK). (2021, Temmuz 5). Uzaktan çalışma gün bildirimi konulu genel yazı. Ankara: Sosyal Güvenlik Kurumu.

paid as 30 days, as the employee has 4 days holiday and 5 days working at the workplace. If an insured who has 8 days of weekly leave in a month spends half of his working time at a distance and half at the workplace, the number of days of teleworking should be reported to the system as 11 days and the number of days of premium payment as 30 days, since he has 22 working days and half of them at the workplace.

For a member who spends all of his working time remotely, weekends, national and public holidays should also be reported as remote working days and both the number of premium payment days and the number of remote working days should be entered into the system as 30 days.

In non-permanent and occasional cases where the employee has to visit the workplace for a short period of time, there is no need to change the written contract as the employee's main working pattern does not change. The calculation of the number of remote working days should be based on the periods specified in the written agreement.

K. CONCLUSION

In conclusion, the remote working model is a flexible working arrangement with various benefits and obligations for both employees and employers. This model, which has become widespread with the technological advances accelerated by the pandemic period, has been supported by comprehensive legal regulations within the framework of labour law and is implemented within certain legal frameworks to protect the rights of the parties.

Remote working also raises the need to regulate working hours, working conditions and, in particular, overtime. In this context, it is important to balance the mutual rights and obligations of employers and employees, to protect employee data and to fully comply with occupational health and safety measures.

While it is anticipated that the remote working model will become more widespread in the future, it is expected that legislative changes and regulations will evolve in accordance with the requirements of this working model.

BIBLIOGRAPHY

a. Süzek, S. (2023). Labour Law. Pp. 280-288. Istanbul: Beta Publications

b. Dulay Yangın, D. (2016). Türkiye İş Hukukunda Evde Çalışma. (Doctoral thesis). Dokuz Eylül University, Izmir.

c. Aydınöz G. (2014). İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma. (Doctoral thesis). Ankara University Ankara

d. Bozkurt, D. (2021). Teleworking in Turkish Labour Law (Master's thesis). Antalya Bilim University, Antalya.

e. Turkish Code of Obligations, No. 6098 (2011).

f. Labour Law, No. 4857 (2003).

g. Regulation on Distance Work, 10 March 2021, Official Gazette No. 31419.

h. Social Security Institution (SSI). (2021, 5 July). General Letter on Telework Day Notification. Ankara: Social Security Institution.

i. Court of Cassation 9th Civil Chamber, E. 2013/10875 K. 2015/6980 T. 17.02.2015 Numbered Decision https://www.dejure.ai/dokuman/ff9a3c7c-df44-4aa3-bfc7-4372da83f00e



TR

FREELANCE ÇALIŞMA

AV. FAZİLET KARABACAKLAR
fkarabacaklar@egemenoglu.com

Son yıllarda teknolojik gelişmelerin ivme kazanarak hızlanması, geçirilen pandemi süreci gibi etki ve dinamikler dünya genelinde geleneksel çalışma şekillerini değiştirmeye başladı. Bu sebepten dolayı farklı işgörme biçimlerini ve farklı iş ilişkilerini konuşmaya ve doğal olarak bunları hukuki zeminde tartışmaya başladık.

Bu makalede, son yıllarda çokça duymaya başladığımız ancak hukuki sonuçlarını açıklıkla tanımlayamadığımız çalışma biçimlerinden biri olan "freelance çalışma"yı ve geleceğin çalışma türlerini mercek altına alacağız:

Freelance çalışma;

"Freelance Çalışma", kelime anlamı olarak "serbest çalışma" ya da "serbest meslek" karşılığı olarak kullanılmaktadır. Freelance çalışma ile ilgili en sık tereddüt edilen husus, freelance çalışanın işçi statüsünde mi yoksa bağımsız çalışan statüsünde mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda "hizmet sözleşmesi", işçinin işverene bağımlı olarak, belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

Buna göre, geleneksel iş ilişkisinin unsurları;
- İş görme
- Ücret
- Bağımlılık

olarak belirlenmiştir.

Bu kavramlardan özellikle bağımlılık unsuru üzerinde durmak, freelance çalışmanın geleneksel iş ilişkisinden farkını ortaya koyan en önemli hususu açıklamak açısından önem kazanmaktadır.

Geleneksel hizmet ilişkisinde işçi, üstelenmiş olduğu iş görme edimini, işverene bağlı olarak, onun gözetim ve denetimi altında, talimatları doğrultusunda yerine getirmektedir. Bunun bir sonucu olarak da çalışılan yer, çalışma saatleri, üretim araç ve gereçleri işveren tarafından belirlenmekte olup, iş ilişkisinde ekonomik risk ve hatta iş sağlığı ve güvenliğine yönelik risk ve sorumluluk da işveren üzerinde bulunmaktadır. Bu durum, yargı kararlarında da aynı şekilde kabul ve ifade edilerek[1], freelance çalışma gibi atipik iş ilişkilerinde de bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığının, özellikle *"işçinin işverene ait iş organizasyonu kapsamında çalışmasına"* göre yapılması gerektiğinin, yargı içtihatlarında altı çizilmektedir.[2]

Freelance çalışma, belirttiğimiz üzere aslen "serbest çalışma" anlamında kullanılmaktadır. Fiilen de yazarlık, editörlük, tercümanlık, bilgisayar programcılığı vb. gibi spesifik bir işin tamamlanması gibi işlerde söz konusu olabilen bir yeni çalışma biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Yargı kararlarındaki kabule göre de freelance çalışmada;
- Taraflar arasında bağımsızlık vardır,
- İş gören, riskleri kendisine ait olmak üzere aldığı işi; istediği yerde ve istediği zamanda görebilecektir,
- İş gören, işi kabul edip etmemekte serbesttir,
- İşin yapılmasını isteyen ile işgören arasında

ENG

FREELANCE WORK

In recent years, effects and dynamics such as the acceleration of technological developments and the pandemic have started to change traditional ways of working around the world. Accordingly, we have started to talk about different forms of employment and different employment relationships and of course we have started to discuss them on a legal basis.

In this article, we will examine "freelance work", which is one of the forms of work that we have started to hear a lot in recent years but whose legal consequences we cannot clearly define, and the types of work of the future:

Freelance work;

"Freelance work" is used as a synonym for "self-employment". The most frequently hesitated issue regarding freelancing is whether the freelancer has the status of a worker or an independent employee.

The Turkish Code of Obligations defines "Service Agreement" as an agreement in which the employee undertakes to perform work for a definite or indefinite period of time dependent on the employer and the employer undertakes to pay wages to the employee according to the time or work performed.

Accordingly, the elements of the traditional employment relationship are determined as follows;
- Perform
- Wage
- Dependency

Among these concepts, it is important to focus on the element of dependency in order to explain the most important issue that distinguishes freelance work from traditional employment relations.

In the traditional employment relationship, the employee performs his/her work as dependent and under the supervision and control of the employer and in accordance with the employer's instructions. As a result of this, the place of work, working hours, production tools and equipment are determined by the employer, and the economic risk and even the occupational health and safety risk and responsibility are also belongs the employer. This situation is also accepted and expressed in the judicial decisions in the same manner[1], and it is underlined in the jurisprudence that the determination of whether there is an element of dependency in atypical employment relationships such as freelance work shall be perform according to *"the employee's work within the scope of the employer's work organization"*.[2]

Freelance working, as we have mentioned, is originally used in the sense of "self-employment". In practice, it is appearing as a new form of work that may be involved in the completion of a specific job such as writing, editing, translation, computer programming, etc.

In freelance working according to the acceptance in judicial decisions;
- There is independence between the parties,
- The employee will be able to perform the work its has undertaken at its own risk, wherever and

bağımlılık ilişkisi zayıftır,
- İşverenin denetim ve talimat yetkisi oldukça sınırlı düzeydedir,
- Kısa süreli bir ilişki olup işin yapılmasıyla iş isteyen ve işgören arasındaki ilişki sona erecektir.
- İş gören kendisine ait organizasyon kapsamında çalışacaktır. Bu çalışma biçiminde kural olarak çalışan, kendi adına bağımsız olarak iş gören durumundadır.[3]

Tüm bu yönleri ile freelance çalışma, geleneksel işçi-işveren ilişkisinden ayrılmaktadır.

Freelance çalışmaya yönelik emsal uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusunun genel olarak iş görenin işverene bağımlı olarak çalışıp çalışmadığı ve sigortalılık bildirimlerinin işverence yapılması gerekip gerekmediği noktasına yoğunlaştığı görülmektedir.

Bu noktada emsal kararlarda yapılan değerlendirmelerde; taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerine ve mahiyetine göre değerlendirme yapılması gerektiği, ilişkinin "kendi adına bağımsız çalışmayı" aşan ve "işverene hizmet sözleşmesi ile bağımlı" çalışma niteliği kazanıp kazanmadığının belirlenmesi; yani iş gören ile iş atayan arasında, işgörenin kendi adına bağımsız çalışmayı aşan ve hizmet akdi boyutu kazanan bir çalışması olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bunun belirlenmesi noktasında ise kriterler Yargı kararlarında şu şekilde sayılmaktadır:

- Taraflar arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığı,
- Yapılan işin spesifik bir iş yapımı yani eser mi yoksa iş isteyenin faaliyeti ile ilgili düzenli olarak yapılan rutin işler kapsamında mı olduğu,
- Kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı,
- İş isteyen tarafından beğenilmeyen çalışmalar olduğu takdirde düzeltmenin nasıl sağlandığı,
- İş görenin bilgi ve cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı,
- Taraflar arasında işin yapılması ve teslimi için sürenin nasıl belirlendiği,
- İşin süresinde yapılmaması veya teslim edilmemesi durumunda yaptırımın bulunup bulunmadığı,
- İş görenin her gün düzenli olarak çalışıp çalışmadığı ve günde kaç saat çalıştığı,
- Taraflar arasındaki ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu,
- İş görenin evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı,
- İlişkilerin bozulmasına dair bir risk olmadan iş görenin verilen işi reddedip edemeyeceği,
- Taraflar arasında ücretin nasıl belirlendiği, belirlenen ücretin telif ücreti mi yoksa aylık ücret mi olduğu, belirlenen ücret dışında ayrıca ödeme yapılıp yapılmadığı[4].

Tüm bu kriterler dikkate alınarak yapılan incelemede; çalışmanın, herhangi bir işveren ya da şirkete uzun vadeli sözleşmelerle bağlı olmaksızın, sürekli olarak istihdam sağlanmayan belirli görev ya da hizmetler için iş gören kişilerce yerine getirildiği sonucuna ulaşılıyorsa, freelance çalışmanın varlığının kabulü gerektiğine işaret edilmektedir.

Artan dijitalleşme ve dijital platformlar aracılığı ile artan freelance işler, gelişen yapay zeka teknolojisinin rutin görevleri otomatikleştirmesi ve bu sayede artan uzaktan çalışma gibi tüm gelişmeler dikkate alındığında, freelance çalışmanın geleceğin önemli bir çalışma modeli olacağı, gelenekselleşen iş ilişkilerinin de bu yöne evirilebileceğini göstermektedir.

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; freelance çalışma modeli, esneklik ve bağımsızlık sunarken, beraberinde birçok hukuki sorun ve belirsizlik taşımakta, geleneksel iş hukuku kavram ve düzenlemelerinin yetersiz kaldığı görülmektedir.

Örneğin; freelance çalışanlar bağımsız oldukları için en temelde sosyal güvence sistemlerinin geliştirilmesi geleceğin önemli bir gereksinimi olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı ülkelerde, bağımsız çalışanlar için alternatif sosyal güvence sistemlerinin oluşturulmaya başlandığı da gözlemlenmektedir.

whenever he/she wants,
- The employee is free to accept or reject the work,
- There is a weak dependency relationship between the person who wants the work to be done and the employee,
- The supervision and instruction authority of the employer is quite limited,
- It is a short-term relationship and the relationship between the employer and the employee will end by doing the job,
- The employee works within the scope of its own organization. In this form of work, as a rule, the employee is an independent worker on its own behalf.[3]

With all these aspects, freelance work differs from the traditional employee-employer relationship.

In the precedent disputes regarding freelance work, it is understood that such disputes generally focus on whether the employee works dependent on the employer and whether the employer should make the insurance notifications.

At this point, in the interpretations made in the precedent decisions; it is stated that an assessment should be made according to the characteristics and nature of the relationship between the parties, and it should be determined whether the relationship exceeds "independent work on behalf of itself" and whether it has gained the status of "dependent on the employer with a service agreement", in other words; it should be examined whether there is a work between the employee and the employer that exceeds independent work on behalf of the employee and has gained the dimension of a service agreement. At the point of determining this, the criteria are listed as follows in judicial decisions:

- Whether there is an agreement between the parties,
- Whether the work performed is a specific work i.e. work contract (eser sözleşmesi), or whether it is within the scope of routine work regularly performed in connection with the work activities of the employer,
- How control and supervision is carried out,
- How rectification is ensured in case of work that is not approved by the employer,
- Whether the employee has an obligation to provide information and answers,
- How the time period for the performance and deadline of the work is determined between the parties,
- Whether there are sanctions in case the work is not done or delivered on time,
- Whether the employee works regularly every day and how many hours per day,
- The reason for the termination of the relationship between the parties,
- Whether the employee has a work organization of his/her own, even in the form of working from home, and whether he/she employs other people,
- Whether the employee can refuse the work without risk of relationship breakdown,
- How the wage is determined between the parties, whether it is a royalty wage or a monthly wage, whether there is any additional payment other than the determined wage.[4]

In the review conducted by considering all of these criteria; it is stated that the existence of freelance work shall be accepted if it is concluded that the work is carried out by people who are not bound to any employer or company with long-term agreements and who work for certain tasks or services that are not permanently employed.

Considering all of the developments such as increasing digitalization and "freelancing" through digital platforms, automation of routine tasks by developing artificial intelligence technology and thus increasing remote working, it shows that freelance working will be an important working model of the future, and that traditional business relationships may evolve in this direction.

However, it is important to remember that; while the freelance working model offers flexibility and

Şu hâlde geleceğin önemli çalışma modellerinden biri olacağı öngörülen freelance çalışma açısından hukuki düzenlemelerin ihtiyaçlar karşısında güncellenmesinin hem iş gören hem de işveren tarafların hukuki güvenliğini sağlamak adına kritik bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir.

1 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2022/10-1252 K. 2024/72 T. 7.2.2024

2 Yargıtay 10. H.D. , E. 2019/1184, K. 2021/6935, T. 24.5.2021

3 Yargıtay 10. H.D. , E. 2023/11282, K. 2023/12585, T. 7.12.2023

4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2022/10-1252 K. 2024/72 T. 7.2.2024

independence, it carries with it many legal problems and uncertainties, and traditional labour law concepts and regulations seem to be insufficient.

For example, since the freelance workers are independent, the development of social assurance systems is an important requirement for the future. In this sense, it is also observed that in some countries alternative social assurance systems have started to be established for freelance workers.

Therefore, it should be noted that in terms of freelance working model, which is predicted to be one of the important working models of the future, updating the legal regulations in line with the needs is of critical importance in order to ensure the legal security of both the employee and the employer parties.

1 The Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, Merit No. 2022/10-1252, Decision No. 2024/72, dated 7.2.2024

2 The Court of Cassation 10th Civil Chamber, Merit No. 2019/1184, Decision No. 2021/6935, dated 24.5.2021

3 The Court of Cassation 10th Civil Chamber, Merit No. 2023/11282, Decision No. 2023/12585, dated 7.12.2023

4 The Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, Merit No. 2022/10-1252 Decision No. 2024/72 dated 7.2.2024



TR

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM

SİNEM NUR ÇETİNKAYA
scetinkaya@egemenoglu.com

Anayasa'nın 9. Maddesine göre "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır". İlgili maddeden anlaşılacağı üzere, aralarında hukuki ihtilaf bulunan taraflar, bu ihtilafın giderilmesi için yargılama yapılarak kesin bir hüküm verilmesini yalnızca mahkemelerden isteyebilirler. Bununla birlikte, son yıllarda mahkemelerin artan iş yükü sebebiyle yargılama sürelerinin uzaması ve vatandaşların uzayan süreler nedeniyle adalete erişiminin gecikmesi gibi nedenlerle çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uygulanmaya başlanmış ve tarafların alternatif çözüm yolları ile uzlaşmalarına imkan tanınmıştır.

TAHKİMİN TANIMI VE HUKUKİ MAHİYETİ

En yalın tanımıyla tahkim; bir uyuşmazlığın üçüncü kişiler (hakemler) aracılığıyla kesin olarak çözümlenmesidir. Doktrinde ise tahkim; *"tarafların aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için kesin ve bağlayıcı bir kararın hakemler tarafından alınması yönünde anlaşması"* olarak tanımlanmaktadır.[1] Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında yer alan tanımına göre tahkim; *".... uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişileri yetkili"* kıldıkları uyuşmazlık çözüm yoludur."[2]

Tahkim usulünün düzenlediği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407-444 maddelerine bakıldığında, tahkimde dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi, delillerin toplanması, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılması gibi düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu yönüyle alternatif çözüm yollarından arabuluculuk ile tahkimin tamamen farklı olduklarını söylemek mümkündür. Bilindiği gibi arabuluculuk müessesesinde yargılama faaliyeti yürütülmeksizin menfaat temelli bir yaklaşım izlenirken, tahkimde hak temelli bir yaklaşım dahilinde mahkemelere benzer bir yargılama faaliyeti yürütülmektedir. Ayrıca arabuluculukta tarafların kendi çözüm yollarını kendilerinin bulması ve ihtilafı birlikte gidermeleri esasken, tahkimde çözüm taraflara değil, hakem/hakemlere bırakılmaktadır. Özellikle yargılama benzeri faaliyet yürütülmesi bakımından tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler olduğu bilinmektedir. Bir görüşe göre tahkim, hukuki niteliği itibariyle alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayıp istisnai bir yargısal yol konumundayken[3], diğer görüşe göre ise tahkime başvurmak tarafların tercihleri ile belirlendiğinden tahkim her halükarda alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur.[4]

Tüm bu tartışmaların ötesinde, mahkemelere kıyasla daha hızlı olması sebebiyle tahkimin bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin önemli bir alternatif çözüm yolu olduğu tartışmasızdır. Ayrıca tahkim yargılamasında taraflar, hakemleri serbestçe belirleyebilmektedirler. Bu sayede uyuşmazlık konusunda uzman kişilerin hakem olarak seçilmesi ile bilirkişi incelemesi gibi uzun zaman gerektiren süreçlere gerek duyulmamakta ve doğrudan konunun uzmanı olan hakemlerce uyuşmazlık çözülmektedir. Tüm bunların yanı sıra, tahkim usulü taraflarca belirlenebildiğinden mahkeme yargılamasına kıyasla daha pratik bir usulde uyuşmazlığın çözümü tahkim ile mümkün hale gelebilmektedir.

ENG

ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR DISPUTES

According to Article 9 of the Constitution, "Judicial power shall be exercised by independent and impartial courts on behalf of the Turkish Nation". As it is understood from the relevant article, the parties who have a legal dispute between them can only request the courts to issue a final judgement by conducting a trial to resolve this dispute. However, in recent years, various alternative dispute resolution methods have been introduced and parties have been allowed to reconcile through alternative dispute resolution methods for reasons such as the prolongation of trial periods due to the increasing workload of the courts and the delay in citizens' access to justice due to prolonged periods.

DEFINITION AND LEGAL NATURE OF ARBITRATION

In its simplest definition, arbitration is the final settlement of a dispute through third parties (arbitrators). In the doctrine, arbitration is defined as *"the agreement of the parties that a final and binding decision on disputes between them will be made by arbitrators"*[1]. In addition, according to the definition in the decisions of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, arbitration is *".... a dispute resolution method in which the parties authorize private persons called arbitrators instead of the state judiciary to resolve disputes."*[2]

Articles 407-444 of the Code of Civil Procedure (CCP) No. 6100, which regulates the arbitration procedure, include provisions such as filing of pleadings and reply pleadings, collecting evidence, and conducting expert examinations when necessary. In this respect, it is possible to say that mediation and arbitration are completely different. As it is known, mediation follows an interest-based approach without conducting a judicial activity, whereas, in arbitration, a judicial activity similar to courts is carried out within a rights-based approach. In addition, while mediation is based on the parties finding their own solutions and resolving the dispute together, in arbitration, the solution is left to the arbitrator/arbitrators, not the parties. It is known that there are different opinions in the doctrine as to whether arbitration is an alternative dispute resolution mechanism, especially in terms of conducting trial-like activities. According to one view, arbitration is not an alternative dispute resolution method due to its legal nature, but an exceptional judicial remedy[3], while according to the other view, arbitration is an alternative dispute resolution method in any case, since the resort to arbitration is determined by the preferences of the parties.[4]

Beyond all these debates, it is undisputed that arbitration is an important alternative remedy for individual labor law disputes, as it is faster than courts. In addition, the parties may freely appoint the arbitrators in arbitration proceedings. In this way, by selecting experts in the dispute as arbitrators, there is no need for time-consuming processes such as expert examination and the dispute is resolved directly by the arbitrators who are experts in the subject matter. Furthermore, since the arbitration procedure can be determined by the parties, the resolution of the dispute may be possible through arbitration in a more practical manner compared to court proceedings.

BİREYSEL İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİME BAŞVURABİLME ŞARTLARI

Tahkim yargılamasına ilişkin usul ve esaslar HMK'da düzenlenmektedir. Yasa hükümlerine göre tahkime başvurulmasının ilk şartlarından biri, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmasıdır. Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olabilmesi, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmelerine bağlıdır. Nitekim HMK'nın *"Tahkime Elverişlilik"* başlıklı 408. maddesinde yer alan *"..iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir"* düzenlemesi ile tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konularda tahkime başvurulamayacağı belirtilmiştir.

Tahkime başvurabilmenin bir diğer şartı ise taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmış olmasıdır. Tahkim sözleşmesi HMK'nın 412. Maddesinde *"..tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma"* olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında tahkim sözleşmesinin, taraflar arasındaki esas sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği düzenlenirken, devam eden 3. fıkrasında tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmektedir.[5]

Görüleceği gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve yazılı bir tahkim sözleşmesi yapılmış olması, uyuşmazlık taraflarının tahkime başvurulabilmesinin ön şartlarıdır. Bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında tahkime başvurulabilmesi için de bu şartların yerine getirilmesi gereklidir.

TÜM BİREYSEL İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIK KONULARI TAHKİME ELVERİŞLİ MİDİR?

Bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları açısından tahkimi mümkün kılan ilk ve tek düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer aldığı ve buna göre yalnızca "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlıklı 20. maddede tarafların özel hakeme gidebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Maddeye göre; *"İş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir."*

Feshin geçersizliğine ilişkin işe iade davalarını düzenleyen İş Kanunu'nun 20. maddesi dışındaki bireysel iş hukuku uyuşmazlık konuları için tahkim yolunun mümkün kılındığı herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıdan yasa koyucunun iş sözleşmelerinden doğan her türlü uyuşmazlık için tahkimi mümkün kılmadığı açıktır. Konuya ilişkin emsal içtihatlarda da işe iade davaları dışında, iş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümü için yapılan tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığının kabul edildiği açıkça görülmektedir.[6]

Özetle; bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarından yalnızca feshin geçersizliği iddiasına dayanan işe iade davaları tahkime elverişlidir. Buna karşın, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş kazasından doğan tazminat davaları gibi diğer bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları açısından, taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmış olsa dahi tahkime gidilmesi mümkün değildir.

CONDITIONS FOR APPLYING TO ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR LAW DISPUTES

The procedures and principles regarding arbitration proceedings are regulated in the CCP. According to the provisions of the CCP, one of the first conditions for resorting to arbitration is that the subject matter of the dispute is arbitrable. The arbitrability of the subject matter of the dispute depends on the parties' ability to freely dispose of the subject matter of the dispute. As a matter of fact, Article 408 of the CCP titled "Arbitrability" stipulates that "...disputes arising out of matters that are not subject to the will of the two parties are not arbitrable" and that arbitration cannot be resorted to in matters that the parties cannot freely dispose of.

Another condition for resorting to arbitration is the conclusion of an arbitration agreement between the parties. Arbitration agreement is defined in Article 412 of the CCP as *"...the agreement of the parties to leave the resolution of all or part of the disputes arising or that may arise from a contractual or non-contractual legal relationship to the arbitrator or arbitral tribunal"*. The second paragraph of the same article stipulates that the arbitration agreement may be concluded as a condition of the articles of association between the parties or as a separate agreement, while the third paragraph stipulates that the arbitration agreement must be in writing.[5]

As can be seen, the arbitrability of the dispute between the parties and the existence of a written arbitration agreement are the prerequisites for the parties to submit to arbitration. These conditions must be fulfilled in order to apply for arbitration in individual labor law disputes.

ARE ALL INDIVIDUAL LABOR LAW DISPUTES ARBITRABLE?

It is seen that the first and only regulation enabling arbitration in individual labor law disputes is included in the Labor Law No. 4857, and accordingly, only Article 20 titled "Appeal to termination and its procedure" regulates that the parties may go to a special arbitrator. According to the article, *"The employee whose employment contract has been terminated must apply to the mediator in accordance with the provisions of the Labor Courts Law, with the claim that the reason was not given in the termination notice or that the reason given was not a valid reason, within one month from the date of notification of the termination notice. If no agreement is reached at the end of the mediation activity, a lawsuit can be filed at the labor court within two weeks from the date of the final report. If the parties agree, the dispute may be referred to a special arbitrator instead of the labor court within the same period."*

Except for Article 20 of the Labor Law, which regulates reinstatement lawsuits for invalidity of termination, there is no legal provision that provides for arbitration for individual labor law disputes. In this respect, it is clear that the legislator has not made arbitration possible for all disputes arising out of employment contracts. In the precedents on the subject, it is clearly seen that it is accepted that arbitration agreements made for the resolution of disputes within the jurisdiction of the labor courts, except for reemployment cases, are not valid.[6]

In summary, only lawsuits for reinstatement based on the claim of the invalidity of the termination are subject to arbitration in individual labor law disputes. However, for other individual labor law disputes such as claims for severance pay, notice pay, and compensation arising from work accidents, even if an arbitration agreement is made between the parties, it is not possible to proceed to arbitration.

BİREYSEL İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI AÇISINDAN TAHKİM SÖZLEŞMESİ NE ZAMAN YAPILMALIDIR?

HMK'nın tahkim sözleşmesinin esaslarını düzenleyen maddelerinde tahkim sözleşmesinin ne zaman yapılacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Buna karşın, emsal Yargıtay kararlarında, iş hukukuna hakim olan işçiyi koruma ilkesi gereği, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesi kurulurken veya devam ederken yapılan tahkim sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Nitekim "işçiyi koruma ilkesi" ekonomik olarak zayıf durumdaki işçinin, gelir endişesi ile baskı altında olduğu bir aşamada, tahkim sözleşmesinin içeriğini sağlıklı şekilde değerlendiremeyeceğinin kabulünü gerektirmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay 9. HD., E. 2014/14507, K. 2014/18314, 05.06.2024 tarihli kararında, *"Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir (Dr. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, İstanbul-1973, Sh. 86). Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun. 20. maddesi gereğince batıl olacaktır."* şeklinde hüküm kurulmuştur. Yargıtay'ın bu görüşü istikrar kazanarak sonraki kararlarında da yer bulmuş[7] olup işçinin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ve iş sözleşmesi devam ettiği sürece işverene bağımlı olduğu, bu sebeple sözleşme kurulurken veya devam ederken düzenlenen tahkim sözleşmelerinin geçersiz olduğu, ancak ve ancak fesihten sonra düzenlenen tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, işçi ve işveren arasında düzenlenen tahkim sözleşmesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra düzenlenmek şartıyla geçerli kabul edilse de salt tarihinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten sonra olması tahkim sözleşmesini mutlak şekilde geçerli kılmamaktadır. Nitekim, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel şartların tahkim sözleşmelerinde de bulunması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin olarak taraflarca imzalanan protokolde yer alan tahkim şartını, fesihten sonra kararlaştırılmış olduğu halde, davada dinlenen tanıkların işverenin bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini ve yine işverenin işçileri bu belgeleri imzalamaları halinde referans vermemekle baskıladığını beyan etmeleri, ayrıca söz konusu protokolde işçilik haklarının da ödenmesi kararlaştırıldığından bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını kabul etmeye bağlandığı, işverenin işçi üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği gerekçeleri ile geçersiz kabul etmiştir.[8]

GEÇERLİ BİR TAHKİM SÖZLEŞMESİ BULUNMASINA RAĞMEN İŞÇİNİN İŞ MAHKEMESİNDE DAVA AÇMASININ HUKUKİ SONUÇLARI NELERDİR?

Yukarıda belirtildiği gibi HMK'nın amir hükümlerine göre tahkime başvurulması, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmasına ve taraflar arasında tahkim sözleşmesi yapılmasına bağlıdır. İşçi ve işveren arasında, yukarıda belirtilen şartlara haiz geçerli bir tahkim sözleşmesi olduğu takdirde, feshin geçersizliği iddiası ile işe iade talebinde bulunacak olan işçi, ilk olarak fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurmalı, arabuluculukta anlaşma sağlanamaması halinde iki haftalık dava açma süresi içerisinde tahkime başvurmalıdır.

WHEN SHOULD AN ARBITRATION AGREEMENT BE CONCLUDED FOR INDIVIDUAL LABOR LAW DISPUTES?

It can be seen that there is no specific regulation regarding when an arbitration agreement should be made in the provisions of the CCP that govern the fundamentals of the arbitration agreement. On the contrary, in the precedent Court of Cassation decisions, it is accepted that arbitration agreements made between the employee and the employer during the establishment or continuation of the employment contract are invalid, in accordance with the principle of employee protection that dominates the labor law. As a matter of fact, the "principle of employee protection" requires the acceptance that the economically weak worker may not be able to evaluate the content of the arbitration agreement in a healthy manner at a stage when he/she is under pressure due to income concerns. In its decision dated 05.06.2024, the 9th Court of Cassation, E. 2014/14507, K. 2014/18314, stated that *"If the arbitration agreement is immoral, its validity cannot be mentioned. This situation will generally manifest itself in cases where one party uses its economic and social superiority over the other party in the arbitration agreement to impose matters that will disrupt the equality in its favor in the arbitration agreement, or where one of the parties is given the opportunity to select more than half or all of the arbitrators (Dr. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, İstanbul-1973, Sh. 86). An arbitration agreement concluded in this manner shall be null and void pursuant to Article 20 of the Code of Obligations."* This view of the Court of Cassation has gained stability and has found its place in its subsequent decisions , and it is accepted that the employee is dependent on the employer during the establishment of the employment contract and as long as the employment contract continues, and for this reason, arbitration agreements concluded during the establishment or continuation of the contract are invalid, and only arbitration agreements concluded after termination are valid.

According to the established Court of Cassation precedents, although an arbitration agreement between the employee and the employer is considered valid, provided it is concluded after the termination of the employment contract, the mere condition that the date of the arbitration agreement is after the termination date of the employment contract does not automatically make the arbitration agreement absolutely valid. As a matter of fact, the general terms regulated under the Code of Obligations must also be included in arbitration agreements. The Court of Cassation, 9th Civil Chamber, in relation to the issue, has deemed the arbitration clause in the protocol signed by the parties regarding the termination of the employment contract by mutual agreement and its consequences invalid, because of the fact that the witnesses heard in the case stated that the employer had imposed an obligation to sign these documents, and also pressured employees to sign them by threatening not to provide references, that since the protocol also included the provision for the payment of labor rights, the payment of these rights was conditioned on the acceptance of the arbitration clause in a way, that the employer, by using its economic and social superiority over the employee, forced terms in the arbitration agreement which disrupted the equality in favor of the employer, although decided after the termination.[8]

WHAT ARE THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE EMPLOYEE FILING A LAWSUIT IN THE LABOR COURT DESPITE THE EXISTENCE OF A VALID ARBITRATION AGREEMENT?

As stated above, recourse to arbitration under the mandatory provisions of the CCP depends on the

Geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen tahkime başvurmak yerine İş Mahkemelerinde işe iade davası açılması halinde işveren tahkim itirazında bulunabilir. HMK'nın 116. maddesine göre tahkim itirazı ilk itirazlardandır ve 117. Maddeye göre cevap dilekçesinde ileri sürülmesi zorunludur, aksi takdirde hakim tarafından dinlenilmez ve/veya hakim tarafından re'sen dikkate alınmaz.

İşveren tarafından süresi içerisinde tahkim itirazında bulunduğunda, hakim, geçerli bir tahkim sözleşmesi olduğuna karar verir ve işverenin tahkim itirazını kabul ederse, HMK'nın 413. maddesine göre davayı usulden reddeder.

1 Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Us˙l, s. 2597.

2 Yargıtay 9. HD., 17.09.2014, 2014/22697 E., 2014/26896, K, 10.03.2020, T.

3 Prof.Dr.Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" , https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397938

4 Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

5 Hukuk Muhakemeleri Kanunu 412/3 "Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır."

6 Yargıtay 9. HD. E. 2014/22687, K. 2014/26896, T. 17.09.2014.

7 Yargıtay 9. HD. E. 2016/21367, K. 2017/14609, T. 02.10.2017.

8 Yargıtay 9. HD. E. 2007/28539, K. 2007/26478, T. 17.09.2007.

arbitrability of the subject matter of the dispute and the conclusion of an arbitration agreement between the parties. In the event that there is a valid arbitration agreement between the employee and the employer, the employee, who will request reinstatement with the claim of invalidity of the termination, must first apply to the mediator within ONE month from the notification of the termination notice, and if no agreement is reached in mediation, the employee must apply to arbitration within the two-week period of filing a lawsuit.

Despite the existence of a valid arbitration agreement, the employer may file an arbitration objection if the reinstatement lawsuit is filed before the Labor Courts instead of applying to arbitration. According to Article 116 of the CCP, an objection to arbitration is one of the preliminary objections and, according to Article 117, it must be raised in the reply petition; otherwise, it will not be heard by the judge and/or will not be taken into consideration by the judge ex officio.

If the employer raises an objection to arbitration within the prescribed time limit, if the judge finds that there is a valid arbitration agreement and accepts the employer's objection to arbitration, he/she shall dismiss the case out of procedure in accordance with Article 413 of the CCP.

1 Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Us˙l, s. 2597.

2 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, 2014/22697 E., 2014/26896, K, 10.03.2020, T. 17.09.2014.

3 Prof.Dr.Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" , https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397938

4 Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

5 Code of Civil Procedure 412/3 "The arbitration agreement shall be concluded in writing. The defendant's response to the written claim signed by the parties or to a communication medium such as letters, telegraphs, telexes, faxes or electronic media exchanged between the parties, or to claim the existence of an arbitration agreement in the petition, in order to be deemed to have fulfilled the written form requirement. It is sufficient that there is no objection in the petition. In the event that a document containing an arbitration clause is sent in order to become a part of the original contract, the arbitration contract shall be deemed to have been concluded."

6 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, E. 2014/22687, K. 2014/26896, T. 17/09/2024.

7 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, E. 2016/21367, K. 2017/14609, T. 02.10.2017.

8 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, E. 2007/28539, K. 2007/26478, T. 17.09.2007.



TR

KONKORDATO SÜRECİNDE SÜREKLİ BORÇ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ

AV. MUSTAFA MERİÇ ŞAHİN
msahin@egemenoglu.com

KONKORDATONUN TANIMI VE AMACI

Konkordato, İcra İflas Kanunu'nda 285 ve 309 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Konkordatonun tanımı İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Konkordato doktrinde; Konkordato, "borçluların kanunda (m. 285-309/I) öngörülen şartlar dahilinde alacaklıları ile anlaşarak borçlarını tasfiye etmesidir.[1] Herhangi bir borçlunun veya borçlunun iflâsını isteyebilecek alacaklıların ödeme projesinin; alacaklıların iflâstan daha verimli pay almaları ve borçlunun işletmesinin devamının, istihdam olanaklarının korunması amacıyla, konkordatoya tâbi alacaklıların belirli bir çoğunluğu tarafından kabulü ve mahkemenin tasdiki ile gerçekleşen ve borçlunun, borçlarının bir kesiminden kurtulmasını veya ödeme şeklinin değişmesini sağlayan, iflâsa nazaran yumuşatılmış, alacaklıların eşit olarak tatminine yönelik kolektif bir cebrî icra kurumu.[2]" şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere konkordatonun amacı, mali dengesi bozulmuş olan borçlunun işletme faaliyetinin devamının sağlanması ve alacaklıların, borçlunun iflası durumunda elde edecekleri alacak miktarına nazaran daha fazla alacağına kavuşmasının sağlanması amaçlamaktadır. Aynı zamanda işletme faaliyetinin devam etmesi nedeniyle istihdam sağlamakta olup böylece kamu yararına da hizmet eder.

SÜREKLİ BORÇ SÖZLEŞMELERİ

Borç sözleşmeleri, zaman yönünden doktrinde ani edimli sözleşmeler, sürekli edimli sözleşmeler ve dönemli edimli sözleşmeler olarak sınıflandırılmıştır. Makalemizin konusu olan sürekli edimli sözleşmeleri incelemekle yetineceğiz. Sürekli edimli sözleşmeler, tarafların ifa etme yükümlülüklerini sürekli bir biçimde yerine getirmesi gereken sözleşmelerdir. Sürekli edimli sözleşmelerde edim bir süreye tabiidir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de bir kararında; *"Ayrıca, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun ediminin bir süreye tâbi olması nedeni ile de sürekli borç doğuran bir sözleşmedir"*[3] diyerek bu hususa değinmiştir. Sürekli borç sözleşmeleri kural olarak fesih yoluyla sona erer. Fesih, ileriye yönelik sonuç doğuran bir hukuki işlemdir. Sürekli borç sözleşmelerine örnek olarak abonelik sözleşmeleri, enerji tedarik sözleşmeleri ve kira sözleşmeleri gösterilebilir.

KONKORDATO SÜRECİNDE SÜREKLİ BORÇ SÖZLEŞMESİNİN ALACAKLI TARAFINDAN FESHİ

İcra İflas Kanunu m. 296'ya göre; *"Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona*

ENG

TERMINATION OF PERPETUAL DEBT CONTRACTS DURING THE CONCORDAT PROCESS

DEFINITION AND PURPOSE OF CONCORDAT

Concordat is regulated under Articles 285 and 309 of the Enforcement and Bankruptcy Law. The definition of concordat is not explicitly provided in the Enforcement and Bankruptcy Law. In the concordat doctrine; concordat is the liquidation of debtors' debts by agreement with their creditors within the conditions stipulated in the law (Art. 285-309/I).[1] A payment plan proposed by any debtor or creditors who may request the debtor's bankruptcy is defined as a collective enforcement mechanism, softer compared to bankruptcy, aimed at the equal satisfaction of creditors, realized through acceptance by a qualified majority of creditors subject to the concordat and approval by the court, with the purpose of ensuring that creditors receive a more efficient share than in bankruptcy, enabling the continuation of the debtor's business and the preservation of employment opportunities, while allowing the debtor to be discharged from part of their debts or restructure the terms of payment.[2] As can be understood from the definitions given in the doctrine, the purpose of concordat is to ensure the continuation of the business activity of the debtor whose financial balance is impaired and to ensure that the creditors receive more receivables than the amount of receivables they will receive in case of the debtor's bankruptcy. At the same time, it provides employment due to the continuation of the business activity and thus serves the public interest.

PERPETUAL DEBT CONTRACTS

In terms of time, debt contracts are classified in the doctrine as contracts with immediate performance, contracts with continuous performance and contracts with periodic performance. We will limit ourselves to examining continuous performance contracts, which are the subject of this article. Continuous performance contracts are contracts that require the parties to fulfill their performance obligations on a continuous basis. In continuous performance contracts, the performance is subject to a period of time. The 8th Civil Chamber of the Court of Cassation also mentioned this issue in one of its decisions: "In addition, since the performance of the care debtor in the contract of maintenance until death is subject to a period of time, it is a contract that creates a perpetual debt".[3] Perpetual debt contracts are, as a rule, terminated by termination. Termination is a legal transaction that has prospective consequences. Examples of perpetual debt contracts include subscription agreements, energy supply agreements and lease agreements.

TERMINATION OF THE PERPETUAL DEBT CONTRACT BY THE CREDITOR DURING THE CONCORDAT PROCESS

According to Article 296 of the Bankruptcy and Execution Law, "The continuation of contracts to which the debtor is a party and which are significant for the continuation of its business operations is essential, regardless of whether the counterparty

erdirilemez." Kanun hükmünde görüleceği üzere taraflardan birinin konkordato talep etmesi, sözleşmenin diğer tarafına haklı nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı vermemekte olup sözleşmede bu yönde hükümler bulunsa bile söz konusu maddeler kesin hükümsüzdür. 2018 yılında getirilen bu düzenlemenin amacı; mühlet süresi içerisinde borçlunun faaliyetine devamının, bozulan mali dengesinin toparlanmasının ve borçlarını konkordato projesine uygun bir şekilde ödemesinin sağlanmasıdır. Ancak sözleşmeler mühlet süresi içerisinde, sözleşme süresinin dolması nedeniyle kendiliğinden sona erebilir, haklı fesih nedenleri oluşması sebebiyle sözleşme karşı taraf açısından feshedilebilir, tarafların anlaşması yoluyla da sona erdirilebilir.

KONKORDATO SÜRECİNDE SÜREKLİ BORÇ SÖZLEŞMESİNİN BORÇLU TARAFINDAN FESHİ

İsviçre İflas Kanunu'nda yapılan 1 Ocak 2014 tarihli değişiklik ile getirilen *"Borçlu konkordatonun amacının gerçekleşmesine engel teşkil edecek nitelikteki sürekli borç sözleşmelerini karşı tarafa fesih nedeniyle meydana gelen tazminatı ödemi koşuluyla komiserin izni ile her zaman feshedebilir. Fesih nedeniyle sözleşmenin karşı tarafınca ileri sürülen tazminat talebi konkordato projesine tabi bir alacak olarak değerlendirilecektir. İş sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır."*[4] şeklindeki 297/a maddesine paralel olarak İcra ve İflas Kanunu'muzda yapılan değişiklikle 28.02.2018 tarihinde 296. maddesine *"Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır."* hükmü eklenmiştir. İsviçre İflas Kanunu'nda yalnızca komiserin izni ile sözleşmenin feshine karar verilebilirken, söz konusu madde iktibas edilirken sözleşmenin feshine karar verilebilmesi için komiserin uygun bulması ve mahkemenin izni koşulu aranacağı düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'na eklenen bu düzenleme ile mühlet içerisindeki kişiye olağanüstü bir fesih hakkı tanınmıştır. Kanun hükmünde belirtilen olağanüstü fesih hakkı yalnızca konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerinde uygulanma imkânı bulabilecektir. Konkordatonun amacı yukarıda da bahsettiğimiz üzere borçlunun işletme faaliyetlerine devam etmesi ve bu sayede konkordato projesine göre alacaklılara borçların ödenmesidir. Her sözleşme, kendi özelinde konkordato projesinin başarıya ulaşmasını engelleyecek nitelikte olup olmadığı hususunda incelenmelidir. Örneğin; işletme faaliyetlerinin sürdürüldüğü fabrika kiralık ise ve kira bedeli projenin başarılı olmasını engelleyecek şekilde borçluya bir külfet yüklüyorsa sözleşme feshedilebilir. Fakat kira bedeli yüksek olmasına rağmen projenin başarılı olmasını engelleyecek düzeyde değil ise ve işletmenin taşınma masrafları, yeni yer kirası yüksek olması durumunda fesih imkanının tanınmaması gerekmektedir. İİK m. 296/ f. 2 hükmüne göre; sözleşmenin feshedilmesi durumunda karşı tarafın uğrayacağı tüm zararların sözleşmeyi fesheden tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin feshi nedeniyle ortaya çıkan tazminat alacağı konkordato projesine tabi olur. Kanun hükmünde tanınan olağanüstü fesih hakkının hizmet sözleşmelerinde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hizmet sözleşmelerinden anlaşılması gereken işçi ve işveren arasından düzenlenen iş sözleşmeleridir.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'muzda 28.01.2024 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen madde 296/2 hükmü, konkordatonun başarıya ulaşması hususunda son derece olumlu bir hükümdür. Konkordatoya başvuracak kişinin sözleşmelerinde konkordatoya başvurulması halinde sözleşmenin feshedileceğine dair hükümlerin bulunması başvuru yapmasını engelleyici nitelikte iken getirilen düzenleme ile konkordato başvurusu yapmasının önü açılmıştır.

to the contract is affected by the concordat project. Provisions in such contracts stipulating that the debtor's application for concordat constitutes a breach of contract, justifies termination, or accelerates the maturity of the debt shall not be enforced if the debtor applies for concordat. Even if no such provision exists in the contract, the contract cannot be terminated solely on the grounds that the debtor has applied for concordat." Provisions in these agreements stipulating that the debtor's request for concordat will constitute a breach of contract, be considered as a just cause for termination or make the debt due shall not be applied in the event that the debtor applies for concordat. Even if there is no such provision in the contract, the contract cannot be terminated on the grounds that the debtor has applied for concordat. As can be seen in the provision of the law, the request for concordat by one of the parties does not give the other party to the contract the right to terminate the contract for just cause, and even if there are provisions to this effect in the contract, such provisions are null and void. Introduced in 2018, the purpose of this regulation is to ensure that the debtor continues its activities during the respite period, recovers its deteriorated financial balance and pays its debts in accordance with the concordat project. However, within the grace period, contracts may be terminated automatically due to the expiration of the contract period, the contract may be terminated for the other party due to the occurrence of justified grounds for termination, or it may be terminated by agreement of the parties.

TERMINATION OF THE PERPETUAL DEBT CONTRACT BY THE DEBTOR DURING THE CONCORDAT PROCESS

The amendment to the Swiss bankruptcy and enforcement law dated January 1, 2014 stipulates that "The debtor may at any time terminate perpetual debt contracts that prevent the realization of the purpose of the concordat with the permission of the commissioner, provided that the debtor pays the other party the compensation arising from the termination. The compensation claim asserted by the other party due to termination will be considered as a receivable subordinate to the concordat project. Special provisions regarding the termination of employment contracts are reserved."[4] Parallel to Article 297/a, with the amendment made in our Enforcement and Bankruptcy Law Law on 28.02.2018, Article 296 was amended as follows: "The debtor may terminate the excessively burdensome permanent debt relations to which he is a party and which prevent the concordat from achieving its purpose, with the consent of the commissioner and the permission of the court, at any time. The compensation to be paid within this framework shall be subordinate to the concordat project. Special provisions regarding the termination of service contracts are reserved With this regulation added to the Enforcement and Bankruptcy Law, an extraordinary termination right is granted to the person within the concordat grace period. The extraordinary right of termination set forth in the provision of the Law may only be exercised in excessively burdensome perpetualdebt relations that prevent the concordat from achieving its purpose. The purpose of the concordat, as mentioned above, is for the debtor to continue its business activities and thus to pay debts to creditors according to the concordat project. For example, if the factory where the business activities are carried out is rented and the rent imposes a burden on the debtor in a way that prevents the success of the project, the contract may be terminated. However, if the rent is high but not at a level that prevents the project from being successful, and if the moving costs of the business and the rent for the new location are high, the termination should not be granted. According to Article 296/f. 2 of the Bankruptcy and Enforcement Law, in the event of termination of the contract, all damages incurred by the other party must be compensated by the terminator. The compensation receivable arising from the termination of the contract shall be subordinate to the concordat project. It is stated

Sözleşmelerin devamlılığının sağlanması sayesinde işletme faaliyetlerine devam edebilecek ve bu sayede gelir elde edip borçlarını konkordato projesine uygun bir şekilde ödeyebilecektir. Aynı zamanda konkordatonun başarılı olmasını engelleyici şekilde külfet oluşturan sözleşmelerin, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izni ile feshedilebilmesi sağlanmıştır.

1 Muşul, Timuçin, İflas ve Konkordato Hukuku 1.Baskı , Adalet 2018

2 Altay, Sümer/Eskiocak, Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019,

3 Yargıtay Kararı - 8. HD., E. 2017/12233 K. 2017/9262 T. 19.6.2017

4 Kartal, B., (2020). Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , vol.78, no.2, 485-516., KALE, S., (2017). An Overview of the Ordinary Concordat Clauses of the Swiss Bankruptcy and Enforcement Law. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , vol.4, no.2, 153-169.

that the extraordinary termination right recognized in the provision of the law shall not be applied in service contracts. Service contracts are employment contracts between the employer and the employee.

OUTCOME

Article 296/2 of our Bankruptcy and Enforcement Law, which was introduced with the amendment made on 28.01.2024, is a very positive provision for the success of the concordat. While the existence of provisions in the contracts of the person who will apply for concordat that the contract will be terminated in case of application for concordat is preventing the applicant from applying for concordat, the regulation has paved the way for the applicant to apply for concordat. By ensuring the continuity of the contracts, the business will be able to continue its activities and thus generate income and pay its debts in accordance with the concordat project. At the same time, it is provided that the contracts that create burdens that prevent the success of the concordat can be terminated with the appropriate opinion of the commissioner and the permission of the court.

1 Muşul, Timuçin, İflas ve Konkordato Hukuku, 1st edition, Adalet, 2019.

2 Altay, Sümer/Eskiocak, Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 5th edition, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2019.

3 Court of Cassation Decision - 8th Chamber, E. 2017/12233, K. 2017/9262, dated 19.6.2017.

4 Kartal, B., (2020). Konkordatonun Amacı Kapsamında COVID-19 Salgınının Sürekli Borç İlişkilerinin Feshine Etkisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası , vol.78, no.2, 485-516.; KALE, S., (2017). An Overview of the Ordinary Concordat Clauses of the Swiss Bankruptcy and Enforcement Law. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , vol.4, no.2, 153-169.



TR

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/A MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ VE YENİ DEĞİŞİKLİK İLE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

AV. SABİT TURGUT
sturgut@egemenoglu.com

Bireylerin özel hayatının korunması kapsamında konut[1] dokunulmazlığı hakkı, Uluslararası sözleşmelerde[2] ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında[3] açıkça belirtilerek, normlar hiyerarşinin en üst düzeyinde koruma altına alınmıştır. Anayasa ile korunan konut dokunulmazlığı hakkının ihlali, bireyin huzur ve sükununu bozabilir. Bu nedenle 5237 S. TCK[4]'de de bireylerin konut dokunulmazlığı hakkının ihlalini suç olarak tanımlamış ve müeyyidelendirmiştir. Bu perspektifte, bir konuta girilmesi ve konutta arama yapılması için hâkim kararının bulunması kanunlar gereği zorunludur. Anayasal haklar, başta ceza hukuku olmak üzere icra hukukunda da gözetilmektedir. Bu doğrultuda icra hukukunda haciz amacıyla borçlunun konutuna girilmesinde, borçlunun özel hayatının korunması için azami dikkat ve özen gösterilmesi gerekmektedir.

Yürürlükte bulunan İİK, icra müdürüne/memuruna gerektiği durumlarda zor kullanma yetkisi vermiştir. İcra müdürünün/memurunun zor kullanma yetkisinin konuta zorla girmeyi kapsadığı kabul edilmekle birlikte, bu durumun Anayasaya aykırı bir düzenleme olduğu çok defa doktrince dile getirilmiştir. Yine Alman hukukunda da icra memurunun zor kullanma yetkisi konut dokunulmazlığı bakımından tartışılmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1979 yılında verdiği bir karar icra memurunun Alman Medeni Usul Kanunu'na göre (ZPO §758a) sahip olduğu yetkileri konut dokunulmazlığı açısından değerlendirerek konuta müdahalenin ancak hakim kararlı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar sonrası Alman Usul Kanunu'nda (ZPO §758a) 1 Ocak 1999 tarihi itibari ile yürürlüğe giren hükmünde konutta müdahale edebilmesi bakımından hakim kararı alınması ve şartları düzenleyerek bu konudaki tartışmalara son verilmiştir. Ancak ilgili kanun maddesinde her ne kadar konut haczi hakim kararına bağlanmış ise de kanun maddesinin devamında konutta haciz kararının alınması haczin başarısını tehlikeye atacaksa bu hüküm uygulanmaz şeklindeki düzenleme yoruma açıktır. Kanaatimizce de bu düzenleme yerindedir. Türk Kanun koyucu, yeni düzenleme ile ihtiyati haciz kararı dışında konutta hacze ilişkin hakim kararının aranması şartını her somut olayda aramaktadır.

7445 sayılı Kanun m.1 ile İİK'ye 79/a maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme, esas itibariyle haciz aşamasında icra müdürünün konutta haciz işlemi yapabilmesini belli bir usule bağlanmaktadır. Söz konusu değişiklik ile konuta müdahalenin ancak hâkim kararı ile olabileceği kanunlaştırılmıştır. İİK'de yapılan bu değişiklik ile konutta haciz işleminin hâkim kararına tabi olup/olmamasındaki hukuki sakınca ve tartışmalara son verilmiştir. Bu çalışmada da genel hatlarıyla, 5 Nisan 2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" kapsamında yapılan değişikliklerle konutta haciz işlemine dair yeni düzenlemelere ve bu düzenlemelerin uygulamadaki karşılığına değinilecektir. Kanun koyucunun, sadece ihtiyati haczi kapsam dışında bıraktığı dikkate alındığında, İİK m.79/a'nın ihtiyati haciz dışında kesin haciz, geçici haciz, ihtiyati haciz, ilave haciz ve tamamlama haczi türleri bakımından uygulama alanı bulacağı söylenebilir.[5]

Söz konusu düzenlemenin temel amacı, kişilerin

ENG

ATTACHMENT OF RESIDENTIAL PROPERTIES PURSUANT TO ARTICLE 79/A OF THE ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW AND THE ISSUES ENCOUNTERED IN PRACTICE WITH THE NEW AMENDMENT

The immunity of the domicile[1] within the scope of protecting individuals' private lives, is explicitly stated in international treaties[2] and the Constitution of the Republic of Türkiye,[3] and is protected at the highest level within the hierarchy of norms. A violation of the immunity of the domicile as protected by the Constitution, can disrupt the individual's peace and tranquility. For this reason, the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237 also defines the violation of individuals' right to the inviolability of the home as a crime and penalizes it.[4] From this perspective, a warrant is required by law to enter and search a home. Constitutional rights are safeguarded not only in criminal law but also in enforcement law. In this context, when entering a debtor's home for the purpose of attachment, utmost care and attention must be paid to protecting the debtor's private life.

The current Enforcement and Bankruptcy Law (EBL) grants the bailiff/enforcement officer the authority to use force when necessary. While it is accepted that the bailiff/enforcement officer's authority to use force includes forcibly entering a domicile, this has often been argued in legal doctrine as a provision that violates the Constitution. Similarly, in German law, the bailiff's authority to use force has been discussed with respect to the immunity of the domicile. In a 1979 ruling, the German Constitutional Court evaluated the enforcement officer's powers under the German Code of Civil Procedure (ZPO §758a) stating that intervention in a domicile should only occur with a court order in terms of the immunity of the domicile. Following this decision, a provision was introduced in the German Code of Civil Procedure (ZPO §758a), effective January 1, 1999, which required a warrant for search in a domicile, thus resolving the debates surrounding this issue. Even though the relevant article of the law states that the judge has the final say over a residence attachment, the clause that states that this provision does not apply if the decision to attach the house would compromise the attachment's success is ambiguous. In our opinion, this regulation is appropriate. The Turkish legislator, with the new regulation, requires a court order for the attachment of a domicile in each individual case, except for precautionary attachment orders.

Article 79/a has been added to the EBL by Article 1 of Law No. 7445. This regulation essentially binds the ability of the bailiff to perform attachment in the house during the attachment phase to a certain procedure. With the said amendment, it has been legalised that the intervention to the residence can only be made with a judge's ruling. With this amendment to the EBL, the legal inconveniences and discussions on whether or not the attachment in the dwelling is subject to a judge's decision have been put an end to. In this study, in general terms, the new regulations regarding the attachment of the residence with the amendments made within the scope of the "Law on the Amendment of the Enforcement and Bankruptcy Law and Certain Laws" published in the Official Gazette dated 5 April 2023 and numbered 32154, and the practical implications of these regulations will be discussed. Considering that the legislator has excluded only precautionary attachment from the scope, it can be said that Article 79/a of the EBL will be applied in terms of definitive attachment, provisional attachment, interim attachment, additional attachment and completion

temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkını, özel hayatını ve mahrem alanını korumayı hedeflemektedir. Bu bakımdan aslında kanun koyucu İİK m.79/a'daki düzenlemeyi getirirken herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin konutlarında başkalarının müdahalelerinden uzak bir şekilde, huzur ve güven içinde yaşama haklarını korumayı amaçlamıştır. Bu çerçevede, konutta yapılacak hacizler bağlamında, özel hayata ve özellikle konut mahremiyetine müdahaleyi gerektiren işlemin, hâkim teminatı[6] altında yapılması sağlanmıştır.[7]

Her ne kadar kanun değişikliğinin asli amacı, en temel ve ulvi haklardan olan barınma hakkını ve özel hayatın mahremiyetini korumak ise de hem öğretide hem de uygulamada söz konusu kanun değişikliği için birtakım eleştiriler dile getirilmiştir. Bu eleştirilerin en başında, konut haczinin hâkim iznine bağlanmasının konutta haczi imkânsız hale getireceği, düzenlemenin icra dairelerinin ve icra mahkemelerin iş yükünü arttıracağı, borçluya alacaklıdan mal kaçırmak için zaman kazandıracağı, alacaklı taraf ve taraf vekili bakımından da alacağına zamanında kavuşamama tehlikesini barındırdığı, düzenlemenin alacaklı ve borçlu açısından hak ve menfaat dengesini alacaklı aleyhine bozacağı nedenleri ile söz konusu değişiklik eleştirilmiştir.

İİK m.79/a'da, "icra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar" düzenlemesi ile kanun icra müdürüne, haciz talep edilen adresin konut olup/olmadığının tespitine ilişkin resen araştırma görevi yüklemiştir.

Uygulamada, haciz talep eden alacaklı, haciz adresinin konut olması durumunda haciz talebindeki adrese "konut adresidir" ibaresi ekleyerek haciz talep etmektedir. İcra müdürü, haciz yapılması talep edilen yerin konut olduğunu tespit ederse, bu yerde haciz yapılmasına karar verir ve bu kararı derhal icra mahkemesinin onayına sunar. Yetkili icra mahkemesi; konutun bulunduğu adresteki icra mahkemesi değil, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin tâbi olduğu icra mahkemesidir.[8] Mahkeme, dosyanın kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren en geç üç gün içinde haciz kararının onaylanmasına ilişkin kararını vermelidir. İİK'deki İcra organları için öngörülen süreler, düzenleyici nitelikte olup süresi içinde işlem yapılmasa dahi yapılan işlem geçerlidir.[9] Bu bağlamda icra mahkemesinin karar vermesi için Kanun'da belirtilen üç günlük süre hak düşürücü nitelikte değildir. Bu süre düzenleyici nitelikte olduğu için icra mahkemesi üç günden sonra karar verse de verilen karar geçerlidir.[10]

Bu bağlamda İcra mahkemesi haciz yapılması talep edilen yerin konut olup olmadığını tespit edebilmek için keşif yapabilir mi? Kanaatimizce icra mahkemesinin üç gün içinde karar verecek olması ve incelemenin dosya üzerinden yapılması keşif yapılmasının mümkün olmadığının bir göstergesidir. Ayrıca her bir icra dosyası kapsamında tespitin keşif yapılarak gerçekleştirileceğinin kabulü, gereğinden fazla masraf yapılmasına neden olacağı için takip ekonomisine uygun düşmez.[11]

İcra ve İflâs Kanunu'nun 79/a maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu kararlar kesin olup, kanun yoluna kapatılmıştır. Bu nedenle, icra mahkemesinin, haciz kararını onaylaması veya konutta haciz yapılmasına ilişkin kararı kaldırması hâlinde verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. İcra mahkemesi kararına karşı kanun yolunun açık olmaması, mahkemece yapılacak inceleme sırasında borçluya hukukî dinlenilme hakkı tanınmaması birtakım takım uyuşmazlıkları beraberinde getirecek nitelikte olup eleştiriye açık ise de borçluya alacaklıdan mal kaçırmak için zaman kazandıracağı, alacaklı taraf ve taraf vekili bakımından da alacağına zamanında kavuşamama tehlikesini barındırdığı hususları gözetildiğinde ilgili karara karşı kanun yoluna başvurulamaması kanaatimizce yerindedir. Aksine yönelik düşünce, takip hukukunun ruhuna aykırı olacaktır.

Mahkemenin onaylama kararı üzerine hacze gidilen yerin konut olmadığının anlaşılması halinde hacze aynen devam olunur. Konut olmadığı kabul edilen

attachment types other than precautionary attachment.[5]

The main purpose of the aforementioned regulation is to protect the right to shelter, which is one of the basic human needs of individuals, as well as their private lives. In this respect, while introducing the regulation under Article 79/a of the EBL, the legislator aimed to protect the right of persons to live in their residences in peace and security, away from the interference of others, without any court order. Within this framework, in the context of foreclosures to be carried out in the dwelling, it is ensured that the procedure requiring intervention in private life and especially in the privacy of the dwelling is carried out under the guarantee[6] of the judge.[7]

Although the main purpose of the amendment is to protect the housing right, which is one of the most fundamental and sublime rights, and the privacy of private life, some criticisms have been expressed both in the doctrine and in practice. Foremost among these criticisms, the amendment has been criticized on the grounds that the attachment of the residence with the permission of the judge will make the attachment of the residence impossible, that the amendment will increase the workload of the enforcement offices and enforcement courts, that it will give the debtor time to evade the property from the creditor, that there is a danger for the creditor party and the party's attorney not to reach its receivable on time, and that the amendment will disrupt the balance of rights and interests of the creditor and debtor to the detriment of the creditor.

Article 79/a of the EBL stipulates that "if the bailiff determines that the place where the attachment is requested is a residence, he/she decides to make an attachment in this place and immediately submits this decision for the approval of the enforcement court", and the law imposes an ex officio investigation duty on the bailiff to determine whether the address requested for attachment is whether it is a residence or not.

In practice, the creditor requesting the attachment adds the words "residential address" to the address in the attachment request if the attachment address is a residence. If the bailiff finds that the attachment address is a residence, he decides to make the attachment at that address and immediately submits the decision to the enforcement court for approval. The competent enforcement court is not the enforcement court of the address where the residence is located, but the enforcement court of the enforcement office where the enforcement proceedings are filed.[8] The court must give its decision on the approval of the attachment order within three days of the date on which the file is submitted to it. The time limits laid down in the EBL for the enforcement authorities are of a regulatory nature and the measures taken are valid even if they are not taken within the time limit.[9] In this context, the three-day period set by the law for the enforcement body to take a decision does not constitute a forfeiture of rights. Since this period is regulatory in nature, even if the enforcement court decides after three days, the decision is valid.[10]

In this context, is it possible for the enforcement court to conduct discovery to determine whether the place requested to be seized is a residence or not? In our opinion, the fact that the enforcement court will make a decision within three days and that the examination is carried out through the file is an indication that it is not possible to conduct discovery. In addition, the acceptance that the determination will be made through discovery within the scope of each enforcement file is not in accordance with the economy of the proceedings, as it will cause more expenses than necessary.[11]

Pursuant to the second paragraph of Article 79/a of the Enforcement and Bankruptcy Code, the aforementioned decisions are final and closed to legal remedies. Therefore, it is not possible to apply the legal remedy of appeal against the decisions rendered by the enforcement court in the event that the enforcement court approves the attachment decision or revokes the decision regarding the

bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin konut olduğu anlaşılır ve mahkemece o yerde hacze ilişkin onaylama kararı bulunmuyor ise borçlu da haczin yapılmasına rıza göstermez ise haciz işlemine son verilir. Bu durumda konutta haciz yapılması için icra müdürünce yeniden haciz kararı alınması ve bu kararın İcra Mahkemesinin onayına sunulması gerekir. Yani bu durumda hacze devam olunması, borçlunun rıza göstermesi şartına bağlanmıştır. Genel hatlarıyla konutta hacze ilişkin süreç bu şekildedir. Ancak kanunun uygulamadaki karşılığında birtakım sakıncaların da mevcut olması ikincil mevzuatsal düzenlemeye ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır.

Öncelikle, ilgili kanun maddesinin uygulanışında, icra müdürünün haciz yapılacak yerin konut olduğunu nasıl ve ne şekilde tespit edeceğine ilişkin belirsizlik mevcuttur. Yine İcra Mahkemesinin onay incelemesini dosya üzerinden yapacak olması, borçlunun dinlenmemesine karşın mahkeme kararına karşı itiraz merciinin olmaması ve kararın kesin olması birtakım sakıncaları yine beraberinde getirmektedir. Kanun değişikliğinde mahkemece yapılacak incelemenin nasıl yapılacağı, hangi ispat türüne ve delillere dayanılacağının belirtilmemiş olması; istinabe halinde onay incelemesini hangi yer icra mahkemesinin yapacağının belirtilmemiş olması düzenlenmeye uygulayıcılar tarafından yöneltilmiş en haklı eleştirilerdir.

Sonuç olarak, bireylerin özel hayatının korunması kapsamında konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin yapılacak her türlü kanuni düzenlemenin açık, detaylı ve yoruma kapalı olması gerektiği kanaatindeyiz. Son yapılan kanuni düzenlemeyle her ne kadar kanun koyucu bu ulvi hakkın korunmasına ilişkin düzenleme yapmış ise de uygulamada karşılaşılan sorunlar göz önüne alındığında kanun maddesinin değişikliğinin yeterli olmadığı, aksine başkaca sakıncalar doğurduğu kanaatindeyiz.

1 Sözlük anlamıyla konut, "insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer; mesken, ikametgâh" olarak tanımlanmaktadır. 5 Nisan 2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" Kanun değişikliğinin madde gerekçesinde konutun tanımı, kişilerin temel insani ihtiyaçlarından olan barınma hakkının vücut bulduğu ve özel hayatını idame ettirdiği en önemli ve mahrem mekân olarak geçmektedir.

2 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12nci maddesinde şöyle denmektedir: "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. Maddesi:" Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Birleşmiş Milletler Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 17nci maddesi konut dokunulmazlığı ile ilgili olup madde metni şöyledir: "Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından koruma hakkına sahiptir."

3 MADDE 21- Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

4 TCK m. 116 / f. 1: Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seyhan Selçuk – İnÜHFD 14(2): 412-425 (2023) İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/a MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ

6 "Özel hayata müdahale bakımından, salt bir alacağı elde etmek için alacaklının talebini esas almak ve icra memurunu bu talebi yerine getiren kişi konumuna sokmak, alacaklının talebini ve icra memurunun kararını, ancak hâkim teminatıyla uygulanabilecek bir anayasa kuralının önüne geçirmek anlamına gelecektir. Bu durum, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne uygun düşmediği gibi, temel hakları korumada gözetilen kriterlere de aykırılık oluşturur. Hâkim güvencesi ve bağımsızlığı bulunmayan icra memurunun takdiri, hâkim kararı yerine hiçbir zaman geçemez" Naklen ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009, s.164.

7 Benzer bir yaklaşım için bkz., PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, B.9, Onikilevha, İstanbul 2022, s.22; ÖZEKES, s.163.

8 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.160. İstinabe hâlinde, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin bkz. Selçuk, s.421.

attachment at the residence. Although the lack of an open legal remedy against the decision of the enforcement court and the fact that the debtor is not granted the right to be heard legally during the examination to be made by the court will bring some disputes and is open to criticism, considering the fact that it will give the debtor time to evade the creditor and that it carries the danger of not reaching its receivables in time for the creditor party and the party's attorney, it is in our opinion that it is appropriate not to apply for a legal remedy against the relevant decision. The contrary opinion would be contrary to the spirit of the law of enforcement proceedings.

If it is understood that the place to be seized upon the court's approval decision is not a dwelling, the attachment shall continue as it is. During the attachment process carried out upon the attachment decision issued regarding a place that is accepted not to be a residence, if it is understood that this place is a residence and the court does not have an approval decision regarding the attachment at that place, the attachment process is terminated if the debtor does not consent to the attachment. In this case, in order to foreclose the attachment at the residence, a new attachment decision must be taken by the bailiff and this decision must be submitted to the approval of the Enforcement Court. In other words, in this case, the continuation of the attachment is subject to the debtor's consent. In general terms, this is the process regarding attachment at the residence. However, the fact that there are some drawbacks in return for the law in practice reveals the need for secondary legislative regulation.

First of all, in the implementation of the relevant article of the law, there is uncertainty as to how and in what manner the bailiff will determine that the place to be seized is a residence. Again, the fact that the Enforcement Court will carry out the approval examination through the file, that there is no objection authority against the court's decision, although the debtor is not heard, and that the decision is final brings some inconveniences. The fact that the amendment does not specify how the court will conduct the examination, which type of proof and evidence will be relied upon, and the place where the enforcement court will conduct the approval examination in case of appeal are the most justified criticisms of the regulation by the practitioners.

As a result, we are of the opinion that any legal regulation regarding the right to the immunity of domicile within the scope of the protection of the private life of individuals should be clear, detailed, and closed to interpretation. Although the legislator has made a regulation regarding the protection of this divine right with the latest legal regulation, considering the problems encountered in practice, it is our opinion that the amendment of the article of the law is not sufficient, on the contrary, it creates other drawbacks.

1 In dictionary housing is defined as 'a house, apartment, etc. in which people live; abode, residence'. 5 April 2023 dated and 32154 numbered Official Gazette 'Law on the Amendment of the Enforcement and Bankruptcy Law and Certain Laws', the definition of housing is mentioned as the most important and intimate place where the right to shelter, which is one of the basic human needs of individuals, is embodied and where they maintain their private life.

2 Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights states: 'No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, or to attacks on his honour and reputation. Everyone has the right to be protected by law against such interference and encroachment.' Article 8 of the European Convention on Human Rights entitled 'Protection of Private and Family Life':' Everyone has the right to respect for his private and family life, home and correspondence.' Article 17 of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights is related to the inviolability of housing and the text of the article is as follows 'No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his private and family life, home or correspondence; nor shall his honour or reputation be subjected to unlawful attacks.

3 The domicile of an individual shall not be violated. Unless there exists a decision duly given by a judge on one or several of the grounds of national security, public order, prevention of crime, protection of public health and public morals, or protection of the rights and freedoms of others, or unless there exists a written order of an agency authorized by law in cases where delay is prejudicial, again on these grounds, no domicile may be entered or searched or the property seized therein. The decision of the competent authority shall be submitted for the approval of the judge having jurisdiction within twenty-four hours. The judge shall announce his decision within fortyeight hours from the time of seizure; otherwise, seizure shall be automatically lifted.

9 Kuru, s.143; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.126; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.79; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.45.

10 BORÇLUNUN KONUTUNDA HACİZ YAPILMASI (İİK m. 79/a) YBHD Yıl 9 - Sayı 2024/1, s.327-367

11 Takip ekonomisi ilkesi uyarınca takibin makûl giderle tamamlanması gerekir (Köksoy, 2016,s.64 vd.).

4 Article 116 / f. 1 of the TPC: A person who enters a person's dwelling or its annexes against his/her consent or who does not leave it after entering it with consent shall, upon the complaint of the victim, be sentenced to imprisonment from six months to two years.

5 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seyhan Selçuk – İnÜHFD 14(2): 412-425 (2023) İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 79/a MADDESİ UYARINCA KONUTTA HACİZ

6 'In terms of interference with private life, taking the creditor's request as the basis for obtaining a receivable and putting the bailiff in the position of the person who fulfils this request would mean putting the creditor's request and the bailiff's decision in front of a constitutional rule that can only be implemented with the guarantee of a judge. This situation is incompatible with the binding nature and supremacy of the Constitution, as well as the criteria for the protection of fundamental rights. The discretion of the bailiff, who does not have the security and independence of a judge, can never replace the judgement of a judge.' Naklen ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009, s.164.

7 For a similar approach, PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, B.9, Onikilevha, İstanbul 2022, s.22; ÖZEKES, s.163.

8 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.160. İstinabe hâlinde, istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin bkz. Selçuk, s.421.

9 Kuru, s.143; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz ve diğerleri, s.126; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan ve diğerleri, s.79; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.45.

10 Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK M. 79/a) Ybhd Yıl 9 - Sayı 2024/1, S.327-367

11 Pursuant to the principle of economy of proceedings, the proceedings should be completed with reasonable expenses (Köksoy, 2016,s.64 vd.).



TR

FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA SÖZLEŞMESİNİN SAĞLADIĞI AVANTAJLAR VE BU AVANTAJLARIN UYGULAMASINDA YAŞANAN SORUNLAR

SİNEM AKAN VE YEŞİM AYBAR
sakan@egemenoglu.av.tr
yaybar@egemenoglu.av.tr

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 32'nci maddesi ile Türkiye'deki bankalar, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleriyle finansal güçlük içinde bulunan ancak finans sektörüne olan borçlarının yeniden yapılandırılması yoluyla faaliyetine devam etmesi olanaklı bulunan **(haklarında iflas kararı bulunan borçlular hariç)** kredi borçlularına, kredi borçlarının çerçeve anlaşma ve sözleşmeleri kapsamında yapılandırılması imkanı sağlanmıştır.

Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi (FYY), **konkordato** ve **iflas** süreçlerine göre bazı önemli farklılıklara ve avantajlara sahiptir. Konkordato, borçlunun alacaklıları ile anlaşarak borçlarının bir kısmının silinmesini veya vadelerinin yeniden düzenlenmesini içerirken, iflas süreci, borçlu şirketin tasfiyesi ve malvarlığının alacaklılara dağıtılması ile sonuçlanan daha kesin ve zorlayıcı bir yöntemdir. FYY ise, konkordatodan farklı olarak, borçların silinmesi veya azaltılması yerine vadelerin uzatılması, faiz oranlarının düşürülmesi veya ödeme planlarının yeniden düzenlenmesi gibi esnek çözümler sunar. Ayrıca, FYY sürecinde borçlu şirket faaliyetlerine devam eder ve iflas gibi ticari faaliyetlerin tamamen durmasına yol açan bir durumdan kaçınılır.

Geçici 32'nci madde hükmü ile finansal yeniden yapılandırma kapsamında yapılan işlemlere önemli hukuki, mali ve vergisel kolaylıklar ve avantajlar tanınmıştır. Ancak uygulamasında bazı sorunlar yaşanmaktadır.

Finansal yeniden yapılandırma kapsamında sağlanan avantajlardan ilki; durumun korunması sürecidir.

1 - Durumun korunması süreci; tarafların gerek kendi aralarındaki gerekse borçlu ile olan mevcut hukuki statünün, teminat yapısının, ilişki düzeyinin ve borçlu ile ortaklarının varlıklarının, öngörülen makul bir müzakere süresi boyunca korunmasını içeren bir süreçtir.[1] Alacaklı Kuruluşlar durumun korunması sürecinin devam edip etmeyeceğine ilk Alacaklı Kuruluşlar Konsorsiyumu (AKK) toplantısında karar verir. Bu konuya ilişkin herhangi bir karar alınmazsa, alacaklı kuruluşların kararının durumun korunması sürecinin devam etmesi yönünde olduğu kabul edilir.[2]

Bu süreçte Alacaklı Kuruluşlar tarafından borçlu hakkında yapılandırma konusu alacaklara ilişkin olarak; icra takibi yapılamaz, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle hak kaybına yol açacak durumlar hariç olmak üzere mevcut takiplere devam edilemez, yeni takipler açılamaz ve diğer yasal yollara başvurulamaz.

Uygulamada ise; zamanaşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle hak kaybına yol açacak durumlar hariç tutulduğundan itirazın iptali davaları açılmakta ve yargılamalarına devam edilmektedir. Yargılama sürecinin uzunluğu dikkate alındığında; dava hemen sonuçlanmamaktadır. Sonuçlansa dahi icra takibine devam edilip edilememesi tereddüt yaratmaktadır.

ENG

ADVANTAGES OF FINANCIAL RESTRUCTURING AGREEMENT AND ISSUES IN THE IMPLEMENTATION OF THESE ADVANTAGES

By provisional article 32 of Banking Law no. 5411, banks in Türkiye, renting, factoring, and financial companies and loan borrowers (debtors) those are in economic difficulty but can continue their operations through restructuring their debts to the financial sector **(expect borrowers with a bankruptcy order against them)** are able to restructure their loan debts by a frame order and agreement.

Financial Restructuring Agreements (FRAs) have differences and advantages which are related to **concordat** and **bankruptcy.** Concordat is an agreement between debtors and creditors to write off some of debtors' debts or reorganize their maturities. The bankruptcy process is a more compelling and certain method that causes the dissolution of the debtor company and distribution of its assets to the creditors. On the other hand, differently from the concordat, FRA offers flexible solutions like extending maturities, reducing interest rates, or rearranging payment schedules rather than writing off or reducing debts. In addition, during the process of FRA, debtor companies continue their commercial activities, and a method such as bankruptcy, which blocks whole commercial activities, would not be preferred.

But according to the provisional article 32, under the conditions of financial restructuring, valuable legal, economic, and taxational facilities and advantages are recognized. But there are several issues about the implementation of them.

Under the process of financial restructuring, the first advantage is the state preservation process.

1- State preservation process; state preservation process is the process among parties which includes preserving the existing legal status, collateral structure, level of relationship, and assets of the debtor and its shareholders, both between the parties and with the debtor, for a reasonable negotiation period[1]. Creditor organizations shall decide the continuity of the state preservation process in the first meeting of the Consortium of Creditor Organizations (CCO). However, if any decision cannot be taken about this situation, it is accepted that the decision of the creditor organizations is to continue the state preservation process[2].

During this process, regarding the receivables subject to restructuring, the debtor creditor organizations cannot initiate an enforcement proceeding, cannot continue the current enforcement proceedings expect situations that will lead to loss of rights due to statutes of limitations and forfeiture periods, cannot start new enforcement proceedings, and cannot apply to other legal ways.

In practice; because of the exception of situations that will lead to loss of rights due to statutes of limitations and forfeiture periods, new cases for annulment of objection are filed, and their judgment continues. If the length of the judgment process is considered, the cases are not finalized immediately.

Doktrinde; **PEKSÖZ'ün konu hakkındaki görüşü ise;** *"İtirazın iptali davası açıldıktan sonra borç yapılandırılması için HMK m. 165 anlamında idari makama başvurulması bekletici mesele yapılabilir. Ancak dava devam ederken yapılandırma plânına göre ödemelerin yapılması, bekletici mesele konusu teşkil edemez. Çünkü sözleşmenin ifasının tamamlanması HMK m. 165 kapsamına girmez. Borç yapılandırma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüşmesi halinde, sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatı hakkında ne yönde anlaşma yapıldığına dikkat etmek gerekir. Sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatına yönelik düzenleme yapılmamışsa tarafların tazminat talebinden vazgeçtikleri kabul edilir. Ancak yapılandırma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüşmediği ihtimalde, icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerekebilir."*[3]

Öte yandan; finansal yeniden yapılandırma sözleşme metinlerinde, kredi borçlusundan alınan beyan ve taahhütler arasında haklarında hiçbir idari, hukuki ve cezai dava tahkim yargılaması bulunmadığı da yer almaktadır. Bu halde, kredi borçluları tarafından itirazın iptali ve sair davaların istisna tutulması talep edilmekte; kabul görmemesi halinde ise ön şartlardan biri olan bu husus sağlanmadığından bahisle Finansal yeniden yapılandırma süreci sonlandırılabilmektedir.

2 - Harç muafiyeti; finansal yeniden yapılandırma kapsamında sağlanan avantajların bir diğeri harç muafiyetinin sağlanmasıdır.

Bankacılık Kanunun Geçici 32/a maddesi uyarınca; finansal yeniden yapılandırma kapsamında yapılacak işlemler, cezaevi harcı ve 492 sayılı harçlar kanununa göre alınan harçlar (Yargı harcı dâhil) harçtan muaftır. Kanun hükmü açık olup, icra takip dosyaları kapsamında tahsil edilen alacak bedelleri üzerinden alınan icra tahsil harcı da **492 sayılı Harçlar Kanununa göre alınan harçlardan yargı harçlarından olup harç muafiyeti kapsamındadır.**

Bu nedenle de finansal yeniden yapılandırma sürecinde olan borçluların faaliyetinin devamını sağlamak ve sözleşmenin uygulanabilirliğini temin için kredi borçlusu hakkında finansal yeniden yapılandırma sözleşmesi öncesinde açılan icra takip dosyaları kapsamında uygulanan, kredi borçlusunun menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü kişiler nezdinde mevcut hak ve alacakları ile diğer sair tüm hacizlerin harçsız kaldırılması gerekmektedir.

Uygulamada ise; icra müdürlüklerinin birçoğu, kanunun açık hükmüne rağmen hacizlerin harçsız kaldırılmasına dair taleplere ret kararı vermektedir. Ret kararı üzerine icra hukuk mahkemesi nezdinde icra memurluk işlemi şikâyeti yolu ile hakim kararı ile sorun çözülmektedir. İcra hukuk mahkemesi hakimleri kanuna uygun harçsız kaldırma kararı vermekte ise de kararın verilmesi yargının iş yükü kapsamında sürece uzun bir zaman alabilmektedir. Dolayısıyla da hacizler zamanında kaldırılmadığında borçlunun ticari faaliyeti ve nakit akışı etkilenmektedir.

3-Finansal yeniden yapılandırma kapsamında sağlanan avantajların bir diğeri vergisel kolaylıklardır.

I-Finansal yeniden yapılandırma işlemleri damga vergisi, BSMV ve KKDF'den muaftır.

- Kurumlar vergisi mükellefi olan borçlular tarafından borçlarına karşılık alacaklı kuruluşlara devredilen taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetleri ile rüçhan haklarının devrinden elde edilen hasılatın bu borçların tasfiyesinde kullanılan kısma isabet eden kazançların tamamı ile alacaklı kuruluşların bu şekilde elde ettikleri söz konusu kıymetlerden taşınmazların satışından doğan kazançların %50'lik, diğerlerinin satışından doğan kazançların %75'lik kısmı **kurumlar vergisinden istisnadır.**
- Yine; borçluların aktifinde yer alan taşınmaz ve iştirak hisselerinin alacaklı kuruluşlara devir ve teslimi ile bu taşınmaz ve iştirak hisselerinin alacaklı kuruluşlarca devir ve teslimi **KDV'den istisnadır.**

Ancak bu belirtilen istisnalar, alacaklı kuruluşların çerçeve anlaşmaları kapsamındaki işlemleri

Even if they are finalized, they cause uncertainty about continuing the enforcement proceeding.

In doctrine, **the view Vildan PEKSÖZ is:** *"After filing a lawsuit for the cancellation of the objection, applying to an administrative authority for debt restructuring can be considered a stay of proceedings in accordance with Article 165 of the Code of Civil Procedure. However, while the case continues, making payments according to the restructuring plan cannot be considered as a reason to stay the proceedings. Because the fulfillment of a contract does not fall under Article 165. If the debt restructuring agreement transforms into a settlement, attention should be paid to whether there is an agreement on enforcement denial compensation in the settlement. If the settlement agreement does not address enforcement denial compensation, it is presumed that the parties have waived their right to claim compensation. However, if the restructuring agreement does not transform into a court settlement, a decision on enforcement denial compensation may be necessary."*[3]

On the other hand, among the statements and commitments received from the debtor in the financial restructuring agreement texts are that there are no administrative, civil, or criminal arbitration proceedings against them. In this case, the debtor may request that the cancellation of the objection is exempted from other cases, and if this is not accepted, the financial restructuring process may be terminated on the grounds that one of the prerequisites is not met.

2 - Legal fee exemption; fee exemption is another advantage that is provided by financial restructuring.

According to Provisional article 32/a of Banking Law; transactions those are made by financial restructuring are exempt from the prison fee and fees according to the Law on Fees No. 492 (including the judicial fee). Article of the regulation is clear, and the execution of the collection fee levied on the receivables collected within the scope of execution proceedings is **one of the judicial fees levied in accordance with the Law on Fees No. 492 and is within the scope of fee exemption.**

Because of that reason, in order to maintain the continuity of financial activities of the debtor under the process of financial restructuring and to maintain the enforceability of the agreement, all movable and immovable properties, rights, and receivables existing before third parties and all other liens filed before the FRA about the debtor should be removed without any legal fee.

In practice, in spite of this certain article of the regulation, most of the enforcement offices reject the requests to remove enforcements without any legal fee. As a result of the rejection decision, the problem is solved with a judge's decision in the enforcement law court through a complaint against the enforcement office. In spite of the correct decisions of the judges of the enforcement law court according to the regulations, to take this decision shall take a long time because of the judicial workload. Indeed, when the legal fees are not removed at the correct time, the commercial activity and cash flow of the debtor shall be influenced.

3- Another advantage that is provided by financial restructuring is taxational facilities.

I- Financial restructuring transactions are exempt from stamp tax, banking and insurance transactions tax (BITT) and resource utilization support fund (RUSF).

- All of the proceeds from the transfer of immovable properties, participation shares, founder's shares, redeemed shares and preemptive rights transferred to creditor institutions by debtors who are corporate taxpayers in return for their debts, 50% of the gains arising from the sale of immovable properties, and 75% of the gains arising from the sale of others are exempt from **corporate tax.**
- The transfer and delivery of immovable and participation shares included in the assets

dolayısıyla doğrudan veya dolaylı edindikleri varlıkları ve teminatları, **alacaklı kuruluşların kendi aralarında veya borçluya devri hariç elden çıkardıkları hallerde uygulanmamaktadır.**[4]

II- Tahsil imkânı kalmayan kredilerin kayıttan düşülmesi ve değersiz alacak sayılması; Özel karşılık ayrıldıktan sonra tahsil imkanı kalmaması nedeniyle kayıttan düşülen kredilerin Vergi Usul Kanununun 322'nci maddesi hükümleri kapsamında değersiz alacak sayılmasına imkan tanınmıştır.[5]

III-Teşvik belgelerinin, ihracat taahhütlerinin, kredi garanti kurumları tarafından verilen garanti ve kefaletlerin sürelerinin uzaması;

Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmelerine göre borçları yeniden yapılandırılan borçlular tarafından alınmış olan,

- Teşvik belgelerinin süreleri,
- İhracat taahhüt süreleri,
- 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un geçici 20'nci maddesi çerçevesinde sağlanan kefaletleri de içermek üzere kredi garanti kurumları tarafından verilen garanti ve kefaletlerin süreleri, yapılandırma sözleşmeleri ile belirlenen süreler kadar uzatılmış sayılacaktır. [6]

Bu madde hükümlerine göre finansal yeniden yapılandırma kapsamına alınan bir borçlunun borçlarının, sözleşmenin imza tarihini izleyen yılın başından itibaren **iki yıl içerisinde tekrar finansal yeniden yapılandırmaya konu edilmesi hâlinde, bu madde hükmünde belirtilen vergi istisnaları ve teşvikler uygulanmayacaktır.** Sözleşmeler ile uygulamaya konulan işlemlerin gerçekleşmemesi halinde dahi, uygulanmış olan vergi, fon ve harç istisnaları geri alınmayacaktır.

KOBİ'lerin finansal yeniden yapılandırmaya daha etkin katılımı için özel teşvikler geliştirilmelidir.

4-Alacaklı kuruluşların çerçeve anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde **ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların hakem kurulu tarafından** çözülmesi öngörülmüştür. Hakem kurulunun kararları taraflar için bağlayıcıdır. **Uygulamada;** hakem kurulu kararlarına uymayan **Alacaklı Kuruluşlar yönünden nasıl bir uygulama yapılacağı** konusunda herhangi bir hüküm getirilmemiştir.[7] **Bu hususi yasa boşluğunun doldurulması gerekir.**

Sonuç olarak;

FYY; banka ve finansal kuruluşlara borç geri ödemelerinde geçici sorun yaşayan veya sorun yaşaması muhtemel görülen ticari kredi borçlularının alınacak tedbirlerle, geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve istihdama katkıda bulunmaya devam etmelerine imkan sağlamaktır.

Araştırma sonuçlarına göre, 2024 yılının ikinci yarısından yıl sonuna kadar önceki dönemlere göre daha fazla yapılandırmanın gerçekleşmesi beklenmektedir. Yeniden yapılandırma işlemleri, sırasıyla en çok inşaat, tarım, gayrimenkul ve perakende sektörlerinde beklenmektedir.[8]

Türkiye'de finansal yeniden yapılandırma sözleşmesi, ekonomik istikrarın korunması adına önemli bir araçtır. Ancak mevcut yasal düzenlemelerin güçlendirilmesi ve süreçlerin daha etkin denetlenmesi gerekmektedir. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin bu süreçlerden daha fazla fayda sağlayabilmesi için teşvik ve destek mekanizmalarının artırılması önerilebilir.

Alacaklıların farklı çıkar ve beklentileri, müzakere sürecini zorlaştırmaktadır. Büyük bankalar ile küçük alacaklıların aynı masada oturması, müzakere süreçlerini karmaşıklaştırmakta ve anlaşmaların gecikmesine yol açmaktadır.

Türkiye'de Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi, ekonomik istikrarın korunması adına önemli bir araçtır. Ancak mevcut yasal düzenlemelerin güçlendirilmesi ve süreçlerin daha etkin denetlenmesi gerekmektedir. Özellikle küçük

of debtors to creditor institutions and the transfer and delivery of these immovable and participation shares by creditor institutions are exempt from **Value Added Tax (VAT).**

However, these specified exceptions do not apply in cases where the assets and securities that creditor organizations have acquired directly or indirectly due to transactions under the Framework Agreements are disposed of, **except when transferred among the creditor organizations themselves or to the debtor.**[4]

II- Deregistration of credits which are unable to be collected and their acceptance as worthless receivables; Loans those are deregistered due to unable situation to be collected after specific provisioning are allowed to be considered as worthless receivables within the scope of the provisions of Article 322 of the Tax Procedure Law.[5]

III- Prolongation of incentive certificates, export commitments, guarantees and sureties provided by credit guarantee institutions

According to the FRA, interval taken by financially restructured debtors,

- Duration of Incentive Documents,
- Duration of Export Commitment,
- The periods of the guarantees and sureties provided by the credit guarantee institutions, including the guarantees provided within the framework of the provisional Article 20 of the Law on the Regulation of Public Finance and Debt Management No. 4749 dated 28/3/2002, shall be deemed to be extended for the periods determined by the restructuring agreements.[6]

According to the relevant terms, if the debts of a debtor that is under financial restructuring are subjected to the financial restructuring **after two years from the signing of the contract; taxation exceptions and incentives shall not be applied.** Tax, fund, and fee exemptions will not be withdrawn even if the transactions put into practice by the agreements are not realized.

New special incentives should be developed in order to make SMEs more effective in financial restructuring.

4- Disagreements caused by the failure of the creditor organizations to fulfill their duties that **come from the framework agreements shall be resolved by the arbitral tribunal.** The decision of the Arbitral Tribunal is binding for parties. In practice, there is no provision on how to deal with Creditor Institutions that do not comply with the decisions of the Arbitral Tribunal. This gap in the law should be filled. **In practice,** there is no term about how to deal with Creditor Organizations that do not comply with the decisions of the arbitral tribunal.[7] **The legal gap about this aspect should be filled.**

As a result;

FRA enables commercial loan borrowers who have temporary problems or are likely to have problems in repaying their debts to banks and financial institutions to fulfill their repayment obligations and continue to contribute to employment through measures to be taken.

According to the results of several studies, it is expected that during the second period of 2024 there will be more financial restructuring than in previous eras. Construction, agriculture, real estate, and retail sectors will face financial restructuring transactions, respectively.[8]

In Türkiye, regulations about the process of FRA are not mature enough yet. Especially, there are legal gaps about the protection of the debtor. For instance, the difficulty of coordination between multiple creditors poses a significant problem in restructuring processes.

The different interests and expectations of creditors complicate the negotiation process. The fact that large banks and small creditors sit at the same table complicates the negotiation process and delays agreements.

ve orta ölçekli işletmelerin bu süreçlerden daha fazla fayda sağlayabilmesi için teşvik ve destek mekanizmalarının artırılması önerilebilir.

Yargının hızlandırılması ve bilirkişilik müessesesinin etkinleştirilmesi sürecin başarısına katkı sağlayacaktır.

FYY'nin yaygınlaşması ile sağlanan avantaj ve kolaylıkların tanınıp bilinmesi, BDDK veya ticaret odaları tarafından bilgilendirme yazıları yayınlanması, özellikle vergi daireleri, icra müdürlüklerine talimat verilmesi, tanıtım seminerleri düzenlenmesi ve kanun boşluklarının doldurulması ile uygulamada yaşanan tereddütlerin giderileceğine inanıyoruz.

1. Neşe Caymaz; Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması,Seçkin Yayınları, Ankara,2021

2. Ali Batuhan Sevinç Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmeleri,Onikilevha Yayınları,Istanbul,2024,

3. T.Bankalar Birliği Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması

4. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (https://www.bddk.org.tr)

5. Neks Yeminli Mali Müşavirlik ve Danışmanlık A.Ş. (n.d.). https://www.neksymm.com/

6. EY Yeniden Yapılandırma Nabzı Araştırması İstanbul, 04 Eylül 2024,

7. Türkiye Bankalar Birliği. tbb.org.tr. (n.d.).https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar

8. BTSO Akademi (n.d.). https://akademi.btso.org.tr/

In Türkiye, FRA's are an important tool to protect economic continuity. However, it is necessary to enforce current regulations and to make the process more effective. Especially, in order to make SMEs' more beneficial, it is necessary to generate new incentives and support mechanisms.

To make the judiciary faster, activating the expert witness institution will contribute to the success of the process.

We believe that the hesitations experienced in practice will be eliminated by recognizing and making known the advantages and facilities provided by the widespread use of FRA, publishing information letters by the BRSA or chambers of commerce, instructing especially tax offices and execution offices, organizing introductory seminars, and filling the gaps in the law.

1. Neşe Caymaz; "Restructuring of Debts to the Financial Sector", Seçkin Publishing, Ankara, 2021

2. Sevinç, A. B. (2024). Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmeleri. Oniki Levha Yayınları, Istanbul

3. The Banks Association of Turkey, "Framework Agreement on Financial Restructuring"

4. Banking Regulation and Supervision Agency (https://www.bddk.org.tr)

5. Neks Certified Public Accountancy and Consultancy (n.d.). https://www.neksymm.com/

6. EY "Restructuring Pulse Survey", Istanbul, September 4, 2024

7. The Banks Association of Turkey. tbb.org.tr. (n.d.).https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar

8. BTSO Akademi (n.d.). https://akademi.btso.org.tr/

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU

Bu hukuk bülteninin yayımlanma amacı okuyuculara Türkiye'deki hukuki gelişmelere dair bilgi vermektir. Hukuk bülteninin içindekiler herhangi özel bir husus veya hukuki konuya dair görüş veya danışmanlık vermek olarak yorumlanamaz. Hukuki görüş almak için mutlaka bir avukata başvurunuz. Bülten ile ilgili ayrıntılı bilgi için lütfen bizler ile irtibata geçiniz.

info@egemenoglu.av.tr

Ayazağa Mahallesi Azerbaycan Caddesi
Vadiistanbul No: 109B 1B Blok
Ofis No: 55-56
Sarıyer / İstanbul

T: +90 212 283 55 55
F: +90 212 269 29 17

www.egemenoglu.av.tr

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU