

SAYI | ISSUE

03

HAZİRAN | JUNE 2014

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

YAYIN SAHİBİ / OWNER

Egemenoğlu Hukuk Bürosu

Av. Yunus Egemenoğlu - Founding Partner

SORUMLU MÜDÜR / MANAGER IN CHARGE

Şeniz Uluköklü

EDİTÖR / EDITOR

Şeniz Uluköklü

YAYIN TÜRÜ / TYPE OF PUBLICATION

Yaygın Süreli / Broad Periodical

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

Türkçe/İngilizce hazırlanmıştır.
Prepared in Turkish/English.

6 ayda bir yayımlanır.
Published in every 6 months.

DEĞERLİ MÜVEKKİLLERİMİZ VE DOSTLARIMIZ,

Bazılarımız için kısa, bazılarımız için uzunca bir altı aylık süreden sonra tekrar birlikte olmak ve edindiğimiz güncel bilgileri bu suretle sizlerle paylaşma fırsatı bulabilmek bizler için büyük bir mutluluk kaynağıdır. Geride bıraktığımız altı ay, yaşanan olaylar ve ulaşılan sonuçlar açısından kısa bir süre olmakla beraber; bu süre içerisinde getirilen yenilikler ve yapılan değişikliklerin mevcut işleyişe uyarlanması şüphesizdir ki; hepimiz için epey zaman alabilecek bir süreç olacaktır.

Yürürlüğe giren yeni kanunlar, getirilen yeni kurumlar ve bunun gibi hayatımıza yeni giren veya hâlihazırda var olup uygulanabilirliği açısından tereddüt yaşanan çeşitli konular bu sayımızda da yerini aldı. Bugünkü durumda mevcudiyetinin tartışılmaz olduğu, ancak pratikte uygulama alanı sınırlı olan ifade ve düşünce özgürlüğü; yeni bir teminat aracı olarak karşımıza çıkan sigorta türlerinden biri olan kefalet sigortası; elektronik ortamlara kendimizi her geçen gün daha yakın hissetmemizi sağlayacak olan elektronik defter ve elektronik arşiv uygulamaları; taşeron işçilere ilişkin yürürlüğe girmesi beklenen Taşeron Kanunu ile ilintili olan Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun işveren açısından getirdiği değişikliklere ve yürürlükteki kanunlarda mevcut olan sorunlara, aksaklıklara ve belirsizliklere ilişkin ayrıntılı yazılarımıza, dergimizin bu sayısında da değerli meslektaşlarımızın yoğun emek ve çabaları sayesinde siz okuyucularımızın bilgi birikimine bir nebze olsun katkıda bulunmak adına yer verdik.

Bundan sonraki sayılarımızda da hukuk camiasında mevcut sıkıntıların, aksaklıkların ve sorunların çözümü için bilimsel çalışmalarımıza devam edecek; güncel konularla bağlantılı olarak fikirlerimizi ve düşüncelerimizi aktarabildiğimiz yazılarımızı sizlerle paylaşıyor olacağız. Emegi geçen herkese teşekkür ederiz.

Saygılarımızla,

DEAR CLIENTS AND FRIENDS,

We are pleased to meet again with you, after a short period for some of you and a long period of six months for others and to have the opportunity to share with you some updated information. Although the six months' period elapsed is short in terms of the events witnessed and the consequences thereof, the adaptation to the current process of the new regulations introduced and the amendments made within this period will indeed take some time.

The new laws are enforced, the new institutions established and various subjects introduced to our lives or which exist presently but raise doubts as to their current application are dealt with in this edition. We included in this edition of our magazine detailed articles on the freedom of expression and thought (the existence of which is incontestable in the present situation but which has a limited area of application), the surety insurance which is a new instrument of guarantee among types of insurances, electronic book and electronic archive applications which allow us to feel nearer to electronic environments every passing day, the changes introduced for the employer by the Law on Trade-Unions and Collective Bargaining Agreement related with the Law on Subcontracting, expected to enter into force and related to subcontractor workers, and the problems, deficiencies and uncertainties in the laws in force, thanks to the intense efforts and labor of our dear colleagues, in order to contribute to the knowledge accumulation of our readers.

In the next editions, we shall continue with our scientific efforts aimed at solving the problems, deficiencies and issues in the legal world and share with you our articles by which we shall communicate our ideas and thoughts on current issues. We would like to present our gratitude to all who contributed to this work.

Respectfully yours,

YUNUS EGEMENOĞLU, Kurucu Ortak - Founding Partner



İÇİNDEKİLER

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA AV. NERMİN ALKAYA	6
BORCA KARŞILIK OLARAK ŞİRKET HİSSELERİ NASIL REHNEDİLİR? AV. NİL TOMUL	12
ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI AV. ECE METİN	18
SİGORTACILIK SEKTÖRÜNDEN YENİ MODELLER: KEFALET VE KREDİ SİGORTALARI AV. AYŞE DERYA ELÇİN	24
KAMU'DA TAŞERONLAŞMA BİTİYOR MU? AV. DİDEM ARAL	30
YENİ SENDİKALAR KANUNU İLE İŞVERENLERİ NELER BEKLİYOR? AV. BAŞAK ARSLAN	34
ESKİ ÇALIŞANINIZ YENİ RAKİBİNİZ OLABİLİR Mİ? AV. ÖZLEM KAYA	40
BORCA KATILMA YRD. DOÇ. DR. ZAFER KAHRAMAN	46
E-DEFTER VE E-ARŞİV UYGULAMALARI AV. SEVDA SEZER	50
İFADE VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİ AV. HARIKA KOCACIK	56

TABLE OF CONTENTS

7	TERMINATION OF THE PARTNERSHIP IN JOINT-STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE NERMİN ALKAYA, ASSOCIATE
13	ESTABLISHMENT OF PLEDGE ON SHARE CERTIFICATES NİL TOMUL, ASSOCIATE
19	RESPONSIBILITIES OF THE BOARD OF DIRECTORS' MEMBERS IN JOINT-STOCK COMPANIES ECE METİN, ASSOCIATE
25	NEW MODELS FROM THE INSURANCE SECTOR: SURETY AND CREDIT INSURANCES AYŞE DERYA ELÇİN, ASSOCIATE
31	DO PUBLIC INSTITUTIONS STOPS USING SUBCONTRACTOR DİDEM ARAL, ASSOCIATE
35	WHAT CAN BE EXPECTED FOR EMPLOYERS UNDER THE NEW TRADE-UNION LAW? BAŞAK ARSLAN, ASSOCIATE
41	CAN YOUR PREVIOUS EMPLOYEE BE YOUR NEW RIVAL? ÖZLEM KAYA, ASSOCIATE
47	PARTICIPATION IN DEBT ZAFER KAHRAMAN, ASS. PROF.
51	E-BOOK AND E-ARCHIVE APPLICATIONS SEVDA SEZER, ASSOCIATE
57	FRAMEWORK OF THE FREEDOM OF THOUGHT AND EXPRESSION HARIKA KOCACIK, ASSOCIATE



YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARMA

AV. NERMİN ALKAYA - ASSOCIATE
nalkaya@egemenoglu.av.tr

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, bir anonim şirket ile pay sahibi arasındaki ortaklık ilişkisi ancak pay sahibinin payını devretmesi ile sona erebilmekteydi.

Şirkette huzursuzluğa yol açan pay sahibi ile ortaklık ilişkisi, pay sahibi istemediği takdirde sona erdirilememekte, yine aynı şekilde şirkette kontrol yetkisi bulunmayan pay sahibi, şirkete ya da diğer ortaklara hisselerini satarak ortaklıktan çıkamamaktaydı.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk hayatımıza bazı şartların sağlanması halinde şirkete, ortağı ortaklıktan çıkarma, ortağa da paylarını şirkete ya da diğer pay sahiplerine satarak ortaklıktan çıkma hakkı getirilmiştir. Kanun koyucu bu yolla şirket içi menfaat dengesini en iyi şekilde sağlamaya çalışmıştır.

Bu makalemizde anonim şirketler hukukumuzaya gelen bu yeni düzenlemeler ele alınacaktır.

ŞİRKETİN ORTAĞI ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI

Anonim şirketlerde ortaklar arasında ortaya çıkan menfaat çatışmaları, çoğu zaman şirketi kavga alanına dönüştürmekte ve şirketin ticari faaliyetlerini yürütememesine neden olmaktadır. Özellikle aile şirketleri içerisinde, ailevi anlaşmazlıkların şirket işlerine yansması sıklıkla karşılaşılan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Azınlık, şirket içerisinde sahip olduğu haklarını, şirket menfaatine kullanmak yerine, şirket aleyhine kullanabilmekte, sürekli olarak şirket aleyhine genel kurul kararlarına karşı iptal davası açarak, oybirliği

gerektiren durumlarda haklı bir gerekçesi olmamasına rağmen olumsuz tavır göstererek, bilanço görüşmelerinin ertelenmesini talep ederek, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açarak, özel denetçi tayini talep ederek şirket işleyişini olumsuz yönde etkileyebilmekte, şirket açısından para ve zaman kaybına neden olabilmektedir.

Bazı hallerde de şirket içerisinde belli bir oranın altına düşen pay sahiplerinin şirketteki etkinliği ve kontrolü yok denebilecek bir seviyeye inmekte, bu durumda azınlık pay sahiplerinin, şirketteki menfaatlerini savunmaları imkânsız hale gelmektedir. Bu nedenle bazı hallerde ortaklıktan çıkarma, azınlık pay sahiplerinin de lehine bir uygulama olabilmektedir.

Anonim Şirketler, yeni Türk Ticaret Kanunu ile hukukumuzaya giren üç yeni düzenleme ile şirket ortağını şirketten çıkartabilmektedirler.

I. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA AZINLIĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKARTILMASI

TTK m. 208'e göre hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse ve azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa gerçek değeri veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek değerle satın alabilecektir.

Bu hükmün konuluş amacı; şirket sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanının uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına kişisel sebeplerle karşı

TERMINATION OF THE PARTNERSHIP IN JOINT-STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE

Prior to the enforcement of the new Turkish Commercial Code, the shareholding relationship between a joint-stock company and a shareholder could terminate only upon the transfer of the share of the shareholder.

The shareholding relationship with the shareholder causing disturbance within the company cannot be terminated unless required by such shareholder, similarly the shareholder not having control over the company could not terminate the partnership by transferring its share to the company or the other shareholders.

With the enforcement of the new Turkish Commercial Code, under certain conditions, a shareholder is granted with the right to exclude a shareholder from the partnership and to quit the partnership by transferring its share to the company or the other shareholders. By this way, the legislator aimed at providing an intracompany benefit balance.

In this article, we will analyze the new regulations incorporated into our company law related to joint-stock companies.

THE RIGHT OF THE COMPANY TO EXCLUDE A SHAREHOLDER FROM THE PARTNERSHIP

In most cases, a conflict of interest arising from shareholders in joint-stock companies turns the company into a battlefield and impedes the company from carrying out its commercial activities. Especially in family-owned companies, the reflection of family disputes on the firm's business is frequently observed.

Instead of disposing on its rights for the firm's benefit, the minority uses its rights against the company, continuously files actions for nullity against the General Assembly resolutions, displays an unfavorable behavior without justification in cases where unanimity of votes is required, requests the postponement of discussions on balance sheet, files liability suits against members of the Board of Directors, requests the appointment of a private auditor and unfavorably affects the company's activities, and leads to the loss of money and time for the company.

In certain cases, decrease in the efficiency and control of the shareholders whose share percentage decreases below a certain level in the company may cause the owners of minority shares to be unable to defend their interests within the company. For this reason, in certain cases, exclusion from the partnership may sometimes be in favor of minority shareholders.

Joint-stock companies may exclude a shareholder from the partnership through 3 new regulations incorporated into our law with the new Turkish Commercial Code.

I. EXCLUSION FROM PARTNERSHIP IN A MULTI-CORPORATE ENTERPRISE

According to Article 208 of the Turkish Commercial Code, if the holding company directly or indirectly owns at least ninety per cent of a capital firm's shares and voting rights and if the minority hinders the activity of the company, acts against the principles of good faith, creates a notable unrest or acts carelessly, the holding company can buy the minority shares at their stock market value if any or their real value or a value to be determined according to a generally-accepted method.

çıkan pay sahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamaktır. Kötüye kullanmalara ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olmak amacı ile karar mahkemeye bırakılmış ve pay bedeli kanunen belirlenmiştir. Kanunda pay sahibini şirketten çıkarma oranı yüzde on olarak belirlenmiştir. Bu hakkın kullanılması halinde azınlık için, kanunda öngörülen şekilde paylarını satma zorunluluğu getirilmiştir. Azınlığın paylarını satmaması söz konusu olamayacaktır. Bu düzenleme borçlar kanununda yer alan sözleşme serbestisi ilkesinin bir istisnasıdır.

TTK m.208'e göre çıkarma hakkının kullanılabilmesi, belirlenen %90'lık eşğin ortak olan bir ticaret şirketi tarafından aşılması durumunda mümkün olmaktadır. Türkiye'de bir çok şirketin aile şirketi hüviyetinde olduğu, şirketler topluluğuna dâhil olmasalar da benzer sıkıntıları yaşadıkları göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun bu hakkı sadece şirketlere tanınmasının bir eksiklik olduğu kanaatindeyim.

Hâkim pay sahibinin ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabilmesi için en az %90 oranında şirket paylarına ve oy hakkına sahip olması gerekmektedir. TTK'nın 208. maddesinde belirtilen şartların yerine gelmesi halinde hâkim pay sahibinin, azınlığın ortaklıktan çıkarılmasını, mahkemeden istemesi gerekmektedir. Hâkim pay sahibinin bu hakkını kullanması bir süre şartına bağlı değildir. Hâkim ortak, dilediği zaman ortaklıktan çıkarma hakkını kullanarak, şirketteki azınlık pay sahiplerini, paylarını satın almak suretiyle şirketten çıkarabilecektir.

II. İKİ ŞİRKETİN BİRLEŞMESİ HALİNDE ORTAĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKARTILMASI

Bilindiği gibi iki şirketin birleşmesi halinde şirketlerden biri diğer şirketi devralmakta devrolunup hukuk hayatından silinen şirketin ortaklarına ise devralan şirkette pay verilmektedir. Bazı durumlarda pay sahipleri birleşme sonucunda ortaya çıkan yeni yapı içerisinde yer almak istememektedirler veya birleşme işleminin kendisine karşı çıkmaktadırlar. Birçok ülke kanunun da bazı şartlara bağlı olarak birleşmeye karşı çıkanlara şirketten çıkma, diğer ortaklara da bu ortakları şirketten çıkarma hakkı tanınmıştır. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 141. maddesine göre

birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesi öngörebilecekleri gibi, devralan şirkette pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkını pay sahiplerine tanıyabileceklerdir.

Birleşme işlemine karşı çıkan ortakları, TTK 141/2 maddesi gereğince ortaklıktan çıkartılmak mümkündür. Kanun metninde pay sahibinin ortaklıktan çıkartılması için herhangi bir sebep gösterilmesi zorunlu tutulmamıştır. Ancak kanunun gerekçesinde "devamlı sorun çıkaran", "huzur bozan", "arzu edilmeyen" azınlığı ve/veya ortağı şirketten çıkarma ifadelerine yer verilmiştir. Bu hakkın kullanılabilmesi için azınlığın devamlı sorun çıkarması, huzur bozması, arzu edilmeyen davranışlarda bulunuyor olması ve bunun kanıtlanabilir olması gerektiği kanaatindeyiz.

Birleşme sonucunda ortakların şirketten çıkartılabilmesi için birleşme sözleşmesinde çıkartılan ortaklara ayrılma akçesi ödeneceğine ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer verilmesi gerekmektedir. Birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine TTK m. 141/f.2 uyarınca zorunlu yer verildiği durumlarda, TTK m. 151/f.5 doğrultusunda birleşme kararının şirkette mevcut oy haklarının % 90'ının olumlu oyu ile alınması gerekmektedir.

Birleşme işleminde ayrılma akçesi ödenmeden bir ortağın şirketten çıkartılması mümkün değildir. TTK m. 141'de ayrılma akçesinin ne olacağı konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ortaklıktan çıkartılmak istenen pay sahiplerine ayrılma akçesi olarak bir miktar para verilebileceği gibi, bir başka şirketin payı veya diğer bir menkul kıymeti verilebilecektir. Ayrılma akçesinin mutlaka devrolunan şirket paylarının gerçek değerini yansıtmaması gerekmektedir. Gerçek değerinin hesaplanmasına yönelik yasa da bir düzenleme yapılmamıştır.

III. ANONİM ŞİRKETLERDE HAKLI SEBEPLE FESİH DAVASI SONUCUNDA AZINLIĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI

Yeni TTK' nun 531. maddesine göre; haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde ise yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki

The aim of this provision is to maintain peace within the company by preventing the shareholders that are hindering the activities of the company through objecting the resolutions, with personal reasons, taken by the shareholders holding ninety per cent of the company's shares and voting rights. In order to prevent abuse, and especially the risk of non-payment of the share value, the decision is left to the court and the share value is determined legally. The percentage for exclusion of a shareholder from the company is specified as ten per cent under the law. The minority shall be obliged to transfer its shares as stipulated by law, in case such right is performed.. The minority cannot refrain from transferring its shares. This regulation is an exception to the freedom of contract principle specified under the code of obligations.

According to Article 208 of the Turkish Commercial Code, the exclusion right may be exercised in case the 90% threshold set is exceeded by a commercial company which is a partner. Considering that in Turkey many companies are in the form of family-owned companies, they encounters with the same problems even if they are not part of a multi-corporate enterprise, I believe that to confer this right only to companies, as did the legislator, is a shortfall.

In order for the controlling shareholder to exercise its right of exclusion from the partnership it shall hold at least 90% of the company's share and voting rights. In case the conditions indicated in Article 208 of the Turkish Commercial Code are met, the controlling shareholder shall request the exclusion of the minority from the partnership from the court. The exercise of this right by the controlling shareholder is not subject to any period. The controlling shareholder can exercise its right of exclusion from the partnership at any time, and exclude minority shareholders from the company by acquiring their shares.

II. EXCLUSION OF A SHAREHOLDER FROM THE PARTNERSHIP IN CASE OF A MERGER OF TWO COMPANIES

As is known, in case of a merger of two companies, one of the companies acquires the other company and the shares of the transferee are granted to the shareholders of the company which has been taken over and

removed from legal life. In certain cases, shareholders do not require to be a shareholder in the new structure arising as a result of the merger or object to the merger operation itself. In many countries, the law grants the right, under certain conditions, to shareholders objecting to the merger to quit the company and to the other shareholders to exclude these shareholders from the company. According to Article 141 of the New Turkish Commercial Code No. 6102, companies participating in the merger can regulate only the granting of a separation fee in the merger agreement, or grant the shareholders the right to choose between a separation fee corresponding to the real value of the shares of the company to be acquired and the acquisition of shares and shareholding rights in the transferee.

By virtue of Article 141/2 of the Turkish Commercial Code, it is possible to exclude the shareholders who object to the merger operation from the partnership. The text of the law does not contain any obligation to present a reason for the exclusion of a shareholder from the partnership. However, in the law's preamble, expressions such as exclusion from the firm of "continuously creating trouble", "disturbing", "non-desired" minority and/or shareholder are regulated. We think that in order to exercise this right, the minority must continuously create trouble, be disturbing, display undesired behavior which shall be evidenced.

In order to exclude shareholders from the partnership as a result of a merger, the merger agreement must clearly contain a clause stipulating that a separation fee will be paid to the excluded shareholders. In cases where the separation fee is included compulsorily in the merger agreement, by virtue of Article 141 Paragraph 2 of the Turkish Commercial Code, the merger decision must be taken with the affirmative vote of 90% of the voting rights at present, in line with Article 151 Paragraph 5 of the Turkish Commercial Code.

A shareholder cannot be excluded from the company without paying the separation fee in the merger operation. No provision is contained in Article 141 of the Turkish Commercial Code on the definition of the separation fee. A certain amount of money, the share of another company or another security can be granted as a separation fee to shareholders to be excluded from

TR

asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilmektedirler. Mahkeme, yapacağı yargılamada, fesih yerine, fesih davasını açan pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinin ödenmesine ve şirketten çıkarılmalarına karar verebilir.

Kanunda haklı sebep tanımlanmamıştır. Öğretide hâkim olan fıkre göre, bu hakkın temelinde MK 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı yatmaktadır.

Kanunun gerekçesinde ve öğretide; şirketin kötü yönetilmesi; azlığın ve/veya pay sahiplerinin bilgi alma, inceleme, aydınlanma haklarından sürekli olarak sonuç alamamaları; devamlı kötü finansal durum; şirketin amacına hizmet etmemesi, pay sahiplerinin keyfi ve haksız bir şekilde farklı muameleye tabi tutulmaları, şirket imkânlarının çoğunluk pay sahiplerine tahsisi, karın makul bir gerekçe olmaksızın sürekli olarak dağıtılmaması, haklı sebep olarak kabul edilebilecektir.

TTK m.531 hükmü doğrultusunda ortaklıktan çıkarılmaya karar verilebilmesi için mutlaka anonim şirketin haklı sebeple feshinin talep edilmiş olması gerekmektedir. Haklı sebepler mevcut değilse, şirketin feshine karar verilemeyeceği gibi, fesih yerine diğer alternatif çözümlere de karar verilemeyecektir. Kanunda veya ana sözleşmede öngörülmuş yollarla ihtilafa çözüm bulunması mümkünse, artık şirketin haklı sebeple feshine veya ortaklıktan çıkarmaya karar verilemeyecektir.

Haklı sebeple fesih davası azlık tarafından şirket tüzel kişiliği aleyhine, şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılmalıdır. TTK’ nın 531. maddesinde, haklı sebeple fesih davasının açılması herhangi bir süreye tabi tutulmamıştır. Ancak haklı sebebin doğumundan uzun bir süre geçtikten sonra bu davanın açılması, MK 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir.

Haklı sebebin varlığını davacının ispat etmesi gerekmektedir. Şirketin feshi ve ortaklıktan çıkarma dışında ne tür kararlar verilebileceği açık değildir.

Mahkeme böyle bir dava açıldığında öncelikle azlık

tarafından ileri sürülen vakaların haklı sebep olup olmadığını inceleyecek, haklı sebep olduğuna kanaat getirirse duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüm yolu bulacaktır. Uygun ve kabul edilebilir bir çözüm yolu bulamadığı takdirde ise davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına veya anonim şirketin feshine karar verecektir. Mahkeme karar verirken şirketin devamının ekonomik ve sosyal açıdan bir yararının bulunup bulunulmadığını araştıracaktır. Şirket çalışan istihdam sağlayan bir şirket ise şirketin feshine karar vermeyecektir. Ancak şirketin devamında ekonomik ve sosyal bir fayda yok ise, şirketin feshine karar verebilecektir.

Ortağın ortaklıktan çıkartılmasına karar verildiği takdirde ortaklıktan çıkarılan pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin eksiksiz bir şekilde ödenmesi gerekmektedir. Payların gerçek değeri hususunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkması halinde değer mahkemeye başvurulmak suretiyle bilirkişi aracılığı ile tespit edilecektir.

Nermin Alkaya, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2004 yılında mezun olmuştur. 2009 yılı itibarıyla Egemenoğlu Hukuk Bürosu’nda çalışmaya başlayan Alkaya, şirket birleşme ve devralmaları, hisse devirleri, genel kurullar, ana sözleşme değişiklikleri ve sözleşmeler alanlarında uzmanlaşmış olup İstanbul Barosu’na kayıtlıdır.

ENG

the partnership. The separation fee must strictly reflect the real value of the transferred firm’s shares. There is no provision in the law regarding the calculation of the real value.

III. EXCLUSION OF A MINORITY FROM THE PARTNERSHIP IN JOINT-STOCK COMPANIES AS A RESULT OF JUSTIFIED TERMINATION LAWSUIT

According to Article 531 of the new Turkish Commercial Code, in case of justified reasons, shareholders representing at least one tenth of the capital, and in public companies twenty per cent, can request a decision to be pronounced for the dissolution of the company, from the commercial court of first instance located at the company’s head-office. The court can decide on the payment of the real value of their shares on the nearest date to the date of the decision to the shareholders filing the dissolution suit, instead of pronouncing the dissolution.

The definition of justified reason is not provided under the law. According to the dominant opinion in the doctrine, the good faith rule indicated in Article 2 of the Civil Code lies at the basis of this right.

In the preamble of the law and in the doctrine, justified reasons are indicated as the mismanagement of the company, the failure of the minority and/or shareholders to be provided with rights to obtain information, examination, explanation, a constant bad financial situation, the failure of the company to serve its purpose, shareholders are subject to arbitrary and unjust discrimination, the allocation of the company’s resources to controlling shareholders, and the failure to distribute profit without a reasonable reason.

In order to decide on the exclusion from the partnership, in line with Article 531 of the Turkish Commercial Code, the dissolution of the joint-stock company must be requested with a justified reason. If no justified reasons are available, the dissolution of the company cannot be pronounced, other solutions cannot be decided in lieu of the dissolution. If it is possible to find a solution to the conflict by means provided in the law or the Articles of Association, the decision for the dissolution of the company with justified reasons or exclusion from the partnership cannot be pronounced.

TERMINATION OF THE PARTNERSHIP IN JOINT-STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE

The lawsuit for rightful dissolution must be filed by the minority against the company’s legal entity, at the commercial court at the place where the firm’s head-office is located. In Article 531 of the Turkish Commercial Code, the filing of a lawsuit for rightful termination is not subject to any deadline. However, the filing of this lawsuit after a long period of time has elapsed since the valid reason arose can be contrary to the good faith rule in the sense of Article 2 of the Civil Code.

The existence of the justified reason must be proven by the plaintiff. There is no precision on the types of decision to be pronounced other than the firm’s dissolution and the exclusion from the partnership.

When such a lawsuit is filed, the court will as a priority examine the rightfulness of the allegations of the minority and if it decides that there is a justified reason, it will find an acceptable and adequate solution for the case. In case it cannot find an adequate and acceptable solution, it will decide on the exclusion of the plaintiff from the partnership or the dissolution of the company. The court will examine whether there is any economic or social benefit for the continuation of the company when giving the judgment. If the company is an active company providing employment, it will not decide on its dissolution. However, if there is no economic or social benefit for the continuation of the company, it will decide on the dissolution of the company.

In case the judgement is given to exclude the shareholder from the partnership, the shares of the shareholders excluded from the partnership must be paid in full at their real value. In case of dispute between the parties on the real value of the shares, the value will be determined by means of an expert, by applying to the court.

Nermin Alkaya graduated from Istanbul University Law School in 2004 and joined Egemenoglu in 2009. She represents major corporations in their respective mergers and acquisitions, corporate and commercial transactions. Ms. Alkaya is registered to Istanbul Bar Association.



AV. NİL TOMUL - ASSOCIATE
ntomul@egemenoglu.av.tr

BORCA KARŞILIK OLARAK ŞİRKET HİSSELERİ NASIL REHNEDİLİR?

Şirket hisseleri ve hisse senetlerinin doğmuş ve doğacak borçlarının teminatı olarak rehnedilmesi işlemi Türkiye’de yaygınlık kazanmaktadır. Özellikle hakla açık anonim şirketlerde Türk ve yabancı finansmanlardan sağlanan kredilerin teminatı olarak şirket hisseleri ve (hatta rehin sözleşmesi ile kapsamın genişletilerek) ilerde çıkarılacak hisseler üzerinde rehin tesis edilmektedir. Bu yazıda daha çok halka açık olmayan şirket hisselerinin rehnedilmesi konusu ele alınıp incelenmiştir.

Şirket hisse senetleri, “kıymetli evrak” niteliğinde olup, hisse senetleri üzerinde ne şekilde rehin kurulacağı Türk Ticaret Kanunu’nda ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle, şirket hisseleri ve hisse senetleri üzerinde rehin tesisi, Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen taşınır rehni hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır.

GENEL OLARAK TAŞINIR REHİNİ

Taşınır rehinde rehin hakkı, bir alacağı teminat altına almak amacıyla taşınır bir mal, hak ya da alacak üzerinde kurulur. Alacağın ödeme vadesi gelmesine rağmen borcun ödenmemesi durumunda rehin hakkı, alacaklısına rehin konusu taşınırı paraya çevirme yetkisi tanımaktadır.

Medeni Kanun’un 939. maddesine göre, taşınır, kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında ancak zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi suretiyle, diğer bir deyişle taşınırın teslim edilmesi ile rehnedilebilir. Bunun anlamı, taşınır üzerinde rehin, genellikle alacaklı ile borçlu arasında yapılan rehin sözleşmesinden doğan rehin kurma borcuna istinaden taşınırın, rehin alacaklısına devredilmesiyle kurulacaktır. Kanunda öngörülen istisnalar haricinde, rehne konu taşınırın,

rehin alacaklısına teslim edilmemesi durumunda, rehin sözleşmesi imzalanmış olsa dahi taşınır üzerinde rehin kurulmamış olacaktır.

Bununla birlikte, taşınır rehninin asıl işlevi alacağı teminat altına alması olduğundan, alacağın ödeme zamanında rehin konusunun maddi değere sahip olması ve paraya çevrilebilir olması gerekmektedir ve bu çerçevede, maddi değere sahip olan şirket payları üzerinde rehin tesis edilmesi mümkündür. Ancak, şirket paylarının senede bağlanmış veya bağlanmamış olması ya da hisselerin nama yahut hamiline yazılı olması, Medeni Kanun’un “Alacak Üzerinde Rehin Hakkı ve Diğer Alacaklar” başlığı altında düzenlenen farklı maddelerin uygulanmasını gerektirecektir.

ŞİRKET HİSSELERİNİN SENEDE BAĞLI OLMASI VE OLMAMASI HALLERİNDE REHİN TESİSİ

Şirket hisseleri, senede bağlanmakla kıymetli evrak niteliği kazanır ve kıymetli evraka ilişkin hükümlere tabi olurlar. Nitekim Türk Ticaret Kanunu’nun 645. maddesi, kıymetli evrakın içerdiği hakların senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceğini ve başkalarına devredilemeyeceğini öngörmüştür. Bunun için pay, senede bağlanmakla kıymetli evrak niteliği kazanır ve senede bağlanmayan pay ise kıymetli evrak niteliğine sahip olmayacaktır.

Şirket hisseleri üzerinde rehin tesis edilmesi bakımından hisselerin senede bağlanmış olması ya da olmamasının önemi bulunmasa da, Medeni Kanun alacağın senede bağlanmış olmasını ve olmamasını farklı usullere tabi kılmaktadır. Nitekim Medeni Kanun’un 955. maddesi, senede bağlanmış olan veya

ESTABLISHMENT OF PLEDGE ON SHARE CERTIFICATES

The pledge of company shares and securities as a guarantee for present and future debts is a widespread practice in Turkey. Especially in publicly-held joint-stock companies, in order for the loans granted from Turkish and foreign financial institutions, pledge is established on company shares and (even by extending the scope with a pledge agreement) the shares to be issued in the future. In this article, pledge on the shares of closed joint-stock companies will be analyzed.

Company shares are in the nature of “negotiable instrument”, and there is no provision in the Turkish Commercial Code related to the establishment of pledge on the shares. For this reason, the establishment of pledge on company shares and share certificates are made in compliance with the provisions of the Turkish Civil Code related with establishment of the pledge on movable assets.

PLEDGE OF MOVABLE ASSETS IN GENERAL

The right of pledge on movable assets can be established on movable goods, rights or claims, in order to guarantee a claim. In case the debt is not paid on the due date the right of pledge grants the authority to the creditor to convert the pledge into cash.

According to Article 939 of the Turkish Civil Code, without prejudice to stipulated provisions, a transfer of movable assets to a pledge is deemed sufficient to establish a pledge of movable asset. In general, obligation of establishing a pledge on the movable assets arise from the pledge agreement made between pledgee and the debtor, and with this respect pledge on the movable assets will be established

by its transfer to the pledgee. With exception of related provisions, in case the movable asset subject to pledge is not transferred to the pledgee, even if a pledge agreement is signed, pledge will not be considered established on the movable asset.

Nonetheless, as the main function of the pledge on movable assets is to secure the claim, at the time of payment of the claim, the subject of the pledge must have a material value and be convertible into cash and within this framework, pledge can be established on company shares having material value. Besides, with respect to whether the shares are certificated shares or not, registered shares or bare shares, different provisions of the Turkish Civil Code, under the heading “Right of Pledge on the Claim and Other Claims” will be implemented in order to establish a pledge.

ESTABLISHMENT OF PLEDGE IN CASES WHERE THE COMPANY SHARES ARE CERTIFICATED OR NOT

When company shares are certificated shares, they become negotiable instruments of the company and subject to the provisions related with negotiable instruments. As a matter of fact, Article 645 of the Turkish Commercial Code stipulates that rights contained in negotiable instruments cannot separately be alleged or transferred to others. With this regard, a share acquires the nature of a negotiable instrument by issuance of share certificate, otherwise it will not be deemed as a negotiable instrument.

In terms of establishment of pledge on company shares, it is not important whether it is share certificate or not, but under the Turkish Civil Code they would

olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yapılmasını şart koşmuş, senede bağlı alacaklar için ayrıca senedin teslim edilmesini zorunluluğunu getirmiştir. Bu durumda senede bağlanmamış hisseler bakımından yazılı rehin sözleşmesi yapılmakla, hisseler üzerinde rehin kurulmuş olacaktır. Ancak, hisse senetlerinin rehni için yazılı rehin sözleşmesine ek olarak, hisse senetlerinin rehni de alacaklısına teslim edilmesi gerekmektedir:



HİSSELERİN NAMA YAZILI YAHUT HAMİLİNE YAZILI OLMASI

Hisse senetlerinin nama veya hamiline yazılı olması, bu hisse senetleri üzerinde rehni kurulması için farklı usuller gerektirmektedir. Hamiline yazılı hisse senetlerinin rehinde senetlerin rehni alacaklısına teslimi yeterli iken, nama yazılı hisse senetleri üzerinde rehin kurulmasında yazılı bir devir beyanı (veya rehin cirousuyla ciro edilmiş) ve senedin teslimi gereklidir (MK. m. 956/II). Bununla birlikte, nama yazılı hisse senedinin yerine nama yazılı ilmühaber çıkarılması halinde, bu ilmühaberler üzerinde rehin, nama yazılı hisse senetlerinin rehni için öngörülen şekle göre kurulacaktır.



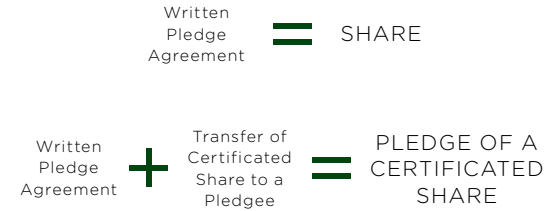
Şirket hisseleri üzerine kurulan rehni şirkete karşı ileri sürülebilmesi için rehni şirkete ihbarı gerekmektedir (MK. m 955). Ancak, bu rehni pay defterine işlenmesi gerekmemektedir. Çünkü, pay ve pay senetleri üzerindeki kurulan rehin yalnızca alacağı teminat altına almakta, payların mülkiyetini veya paylardan yararlanma hakkını rehni alacaklısına devretmemektedir. Bu bağlamda, Türk Ticaret Kanunu'nun 499. maddesi açıkça, "senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedisahiplerinin ve intifa hakkının" pay defterine kaydedileceğini belirtmektedir.

Bu durumda, pay, nama yazılı pay senetleri ve ilmühaberlerin rehni edilmesi, mülkiyeti ve mülkiyete bağlı olan genel kurula katılma, oy kullanma, denetim hakları, genel kurul kararının iptalini isteme ve yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açma gibi hakların devrini gerektirmemektedir. Rehni birlikte mülkiyet devredilmediğinden (veya yararlanma hakkı tanınmadığından), rehni alacaklısının pay defterine kaydı mümkün değildir.

BAĞLI NAMA YAZILI PAY VE PAY SENETLERİ ÜZERİNDE REHİN HAKKI

Bağlı nama yazılı pay ve pay senetlerini devralan kimsenin şirkete karşı ortaklık sıfatını kazanabilmesi için, devrin şirket tarafından onaylanması gerekmektedir. Ancak şirket, Türk Ticaret Kanunu'nun 493. maddesinde belirtilen red sebeplerine dayanarak pay ve pay senetlerinin devrine onay vermekten kaçınabilir.

subject to different procedure. As a matter of fact, Article 955 of the Civil Code stipulates that regardless of shares are certificated shares or not, in order to establish a pledge, a pledge agreement shall be made, and for the share certificate, certificate of share shall be transferred to the pledgee. According to that, a written pledge agreement is deemed sufficient for the shares. On the other hand, for the share certificates, in addition to the written pledge agreement, transfer of the share certificates to a pledgee is required to accomplish the procedure:



SHARES ARE NOMINATIVE OR BEARER

Whether shares are registered or bearer shares, it requires different procedures for the establishment of pledge on these shares. Whereas the transfer of share certificates to a pledgee is deemed sufficient to establish a pledge of bearer shares. However, to establish a pledge on registered shares, the transfer of the share certificates must be accompanied by the issuance of a written statement of transfer or endorsement of the share certificates (Article 956/II of the Civil Code). However, in case of issuance of interim registered certificates in lieu of registered shares, the establishment of pledge on these certificates will be subject to the same procedure with required for the pledge of registered shares.



With respect to the pledge established on company shares, in order to assert a claim against the company the pledge must be notified to the company (Civil Law Article 955). However, a pledge on the shares is not needed to be registered on the company's share ledger, because the pledge established on shares and share certificates only secures the claim and does not transfer to the pledgee the ownership of the shares or the right to benefit from the shares. In this context, Article 499 of the Turkish Commercial Code clearly indicates that "owners of shares, registered shares and usufruct" must be registered on the share ledger.

With this respect, the pledge of the shares, registered shares and certificates do not require the transfer of rights of ownership and related rights such as participation to the General Assembly right of voting, right of audit, request of cancellation of the General Assembly decision, filing a lawsuit against the members of the Board of Directors and ect. As the pledge of shares does not transfer the ownership of the shares (or not grant right of usufruct) it is not possible to register the pledgee on the share ledger.

RIGHT OF PLEDGE ON PREFERENCE SHARES AND SHARE CERTIFICATES

Taking over the preference shares and share certificates, do not grant right of being shareholder of the company unless, the transfer of the share is approved by the company. However, the company may refrain from approving the transfer of shares and share certificates, for reasons indicated in Article 493 of the Turkish Commercial Code.

TR

Bu durumda, rehinli bağılı nama yazılı pay veya pay senedinin, borcun ödenmemesi sebebiyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla satılması halinde, bağılı nama yazılı pay veya pay senedini devralacak kişinin pay sahipliğini sıfatını kazanıp kazanmayacağı hususu önem arz eder. Şirkete karşı pay sahipliğinin kazanılması, pay devrine şirketin onay vermesi ve pay defterine kaydetmesi ile mümkün olacaktır. Ancak, bu husus, nama yazılı pay ve pay senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir.

Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 493. maddesine göre, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar, cebri icra (rehnin paraya çevrilmesi) yoluyla edinilmiş olması halinde; şirket, pay edinen kişiye, payları gerçek değeriyle devralmayı önererek hisse devrine onay vermekten kaçınılabilir.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların cebri icra (rehnin paraya çevrilmesi) yoluyla edinilmesi halinde ise şirket, Türk Ticaret Kanunu'nun 495/3 hükmü uyarınca hisseleri devralan kişinin pay sahipliği sıfatını reddedemez ve devralanı pay defterine kaydeder.

REHİNDE ÖNCELİK DURUMU

Pay ve pay senetleri üzerinde rehin kurulması dışında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, taşınır üzerinde birden fazla rehin kurulup kurulmayacağı halidir.

Hisse senetleri üzerinde rehin kurulması halinde, pay sahibinin pay üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sona ermeyeceğinden, bir hisse üzerinde birden fazla rehin kurulabilir (MK.M.941). Rehin hakkının sırası da, kuruluş tarihine göre belirlenir ve bu sıraya göre ödeme yapılır.

Ayrıca belirtelim ki, rehin alacaklısı da, rehnedeni ile yapacağı rehin sözleşmesine hüküm ekleyerek, üzerinde rehin kurduğu pay veya pay senetlerini başkasına rehnedebilir.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, şirket hisseleri, hisse senetleri ve hatta rehin sözleşmesinde hükme bağlamak kaydıyla ilerde çıkarılacak hisler üzerinde bir alacağı teminat altına almak amacıyla rehin kurulması mümkündür. Ancak, geçerli bir rehinin kurulması için şirket hisselerinin türüne göre kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulması zaruridir.

Nil Tomul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2007 yılında mezun olmuştur. 2011 yılı itibarıyla Egemenoğlu Hukuk Bürosu'nda çalışmaya başlayan Tomul özellikle; şirketler hukuku, yabancı yatırımcılara danışmanlık, joint venture işlemleri, şirket birleşme ve devralmaları ve sözleşmeler alanlarında uzmanlaşmış olup İstanbul Barosu'na kayıtlıdır.

ENG

In this case, if the pledged preference share or share certificate is converted into cash due to the non-settlement of the debt, whether the person taken over the preference nominative share or share certificate is granted as shareholder or not is at the importance. In order to be shareholder, the company shall grant approval to share transfer and it shall be registered on the share ledger. However, it varies depending on whether the nominative shares or share certificates are quoted on the stock exchange.

According to Article 493 of the Turkish Commercial Code, if nominative shares which are not quoted on the stock exchange are acquired by way of foreclosure (conversion of the pledge into cash), the company may refrain from approving the transfer of shares by proposing to purchase them at their real value.

In case of acquisition of nominative shares quoted on the stock Exchange by way of foreclosure (conversion of the pledge into cash), the company cannot refuse the ownership of the transferee by virtue of Article 495/3 of the Turkish Commercial Code, and will register the transferee on the share ledger.

PRIORITY IN PLEDGE

Another point which must be assessed apart from the establishment of the pledge on shares and share certificates is whether more than one pledge can be established on the movable assets.

As in the case of establishment of pledge on shares, the right of the shareholder to dispose of the share will not end, more than one pledge can be established on a share (Civil Law Article 941). Ranking of the right of pledge will be determined according to the date of establishment, and payment will be made according to this order.

We must further indicate that the pledgee can establish a new pledge on the shares or share certificates on which s/he established pledge for benefit of a third party, by adding a provision to the pledge agreement s/he will conclude with the pledger.

In conclusion, we can say that a pledge can be established on company shares, share certificates and even on the shares to be issued in the future on condition of indicating in the pledge agreement, in order to secure a claim. However, for the establishment of a valid pledge, it is of the importance to comply with the related procedures stated under the relevant regulations.

Nil Tomul graduated from Marmara University Law School in 2007. She had her masters degree in Brunel University, London in the International Mercantile Law in the year 2011. Following to her graduation she joined Egemenoğlu in 2011. Her main areas of practices include corporate and commercial matters, foreign direct investment, joint venture transactions, and mergers and acquisitions. She is currently registered to Istanbul Bar Association.



AV. ECE METİN - ASSOCIATE
emetin@egemenoglu.com

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUKLARI

Yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişki; yönetim kurulu üyelerinin, şirket genel kurulu tarafından seçilmesi ile başlar. Şirket yönetim kurulu üyeleri, genel kurul tarafından seçildikleri tarihten görev sürelerinin sonuna kadar, kendilerine kanun ve şirket ana sözleşmesi ile yüklenen tüm görevleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Aksi halde, aykırı davranış sebebiyle doğan zarardan sorumlu olurlar.

A- HUKUKİ SORUMLULUK

Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsedebilmek için, kanun ve şirket ana sözleşmesi ile kendilerine yüklenen yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemeleri ya da kusurlu olarak yerine getirmelerinden sorumlu tutulabilmeleri için, bu sorumluluğun kendilerine yüklenebilir olması gerekmektedir. Örneğin; bir yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulunun verdiği bir karara muhalif kalarak, bu muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmişse, artık o yönetim kurulu üyesinin söz konusu karar sebebiyle doğacak herhangi bir zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacak, kendisine bu karar sebebiyle sorumluluk yüklenemeyecektir.

Anonim şirket yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açabilmenin ön şartı; "zarar"dır. Zararın doğmadığı yerde sorumluluğun da doğduğundan bahsedilemez. Ancak hukuki sorumluluğun doğması için yalnızca zararın meydana gelmesi yeterli olmayıp, ayrıca hukuka aykırı bir davranışın da bulunması gereklidir. TTK'nın 549, 550, 551 ve 552. maddelerinde yönetim kurulu üyelerinin özel sorumluluk sebeplerini düzenlemiş olup, bu sorumluluklara aykırı davranan yönetim kurulu üyeleri kanuna aykırı davranıştan dolayı sorumlu olacaklardır.

Sorumluluğun doğabilmesi için yönetim kurulu üyesinin kusurlu davranışı ile, kanun ve/veya şirket

ana sözleşmesine aykırı davranmış olması gereklidir. Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu; bir "kusur sorumluluğu"dur. Bu çerçevede hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.

6762 sayılı eski Ticaret Kanun döneminde; kusursuzluğun yönetim kurulu üyesi tarafından ispat edilmesi düzenlenmişken, 6102 sayılı TTK da böyle bir düzenlemeye yer verilmediğinden, kusur sorumluluğunun genel ilkeleri gereği, bu kusurun davacı tarafından ispatlanması gerekecektir. Yapılan bu değişiklik yönetim kurulu üyelerinin lehine olmuş, kusursuzluğu ispat yükünden kurtarmıştır.

Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davası

Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin kast, ihmâl ve hafif ihmalleri ile kanuna ve/veya şirket ana sözleşmesine aykırılık teşkil eden bir davranışı sebebiyle zarara uğrayan şirket, şirket pay sahipleri ve alacaklıların sorumluluk davası açma hakları bulunmaktadır. Bu davayı hangi durumlarda kimlerin açabileceği, doğan zararın türüne göre belirlenir. Zarar iki şekilde doğmuş olabilir; Doğrudan zarar ve Dolaylı zarar.

Doğrudan Zarar; Anonim Şirket yönetim kurulunun hukuka aykırı davranışının bir sonucu olarak, doğrudan doğruya şirketin, pay sahiplerinin yahut şirket alacaklılarının malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu halde azalma direkt olarak zarar görenin malvarlığında meydana gelmiş olup, bu sebeple de sorumluluk davası açma hakkı doğrudan doğruya zarar görenlere tanınmıştır. Doğrudan doğruya zarara uğrayan bir şirket pay sahibi ve

RESPONSIBILITIES OF THE BOARD OF DIRECTORS' MEMBERS IN JOINT-STOCK COMPANIES

The relationship between the board of directors and the company starts with the election of the board of directors' members by the company's general assembly. The members of the company's board of directors must fulfill all the duties conferred on them by the law and the company's articles of association, from the date of their election by the general assembly to the end of their term of duty, failing which they will be responsible for the loss arising from their behavior to the contrary.

A- LEGAL RESPONSIBILITY

In order to speak of the responsibility of the board members of joint-stock companies, for them to be held responsible for not fulfilling or not duly fulfilling or fulfilling deficiently the liabilities imposed on them by the law and the company's articles of association, this responsibility must be - imputable to them. For instance, if a member of the board of directors objects to a decision taken by the board - and has this objection recorded in the meeting minutes that member of the board - will not be held responsible any more for any loss arising from the said decision and no responsibility will be charged on that member due to this decision.

The preliminary condition for filing a responsibility lawsuit against the board of directors of a joint-stock company is "loss". - it shall not be referred to responsibility when no loss arises. However, for a legal loss to arise, the occurrence of only a loss - shall not be not sufficient, there - shall also be a behavior contrary to the law. Article 549, 550, 551 and 552 of the Turkish Commercial Code (TCC) regulate the reasons for the - fiduciary responsibility of the board of directors' members, and board - members who - violate their responsibilities will be held responsible for the - breach of the law.

For responsibility to arise, the board of directors' member - shall violate the law and/or the - company's articles of association. The responsibility of the board of directors' members in joint-stock companies is a "defect liability". Within this framework, no one - shall be held responsible for the violation of the law or the articles of association or irregularities beyond its control; this case of not being responsible - shall not be invalidated by presenting the liability of supervision and care as motive.

Whereas under the previous Commercial Code No. 6762, faultlessness was to be proved by the board of directors' member, no such regulation is included in the TCC No. 6102, And by virtue of the general principles of the defect liability, this defect shall have to be proved by the - claimant. This modification was made in favor of the board of directors' member and relieved it from the burden of proof related to faultlessness.

Action For Responsibility To Be Filed Against Members Of The Board Of Directors

The - company, the - company's shareholders, and creditors can file a responsibility lawsuit, due to the - violation of the law and/or the - company's articles of association, by neglect and - slight neglect, premeditation of the board of directors' members in joint-stock companies. The persons who - shall file this lawsuit and the circumstances under which it - shall be filed - would be determined according to the type of loss which arises. Losses - shall arise in two ways: direct loss and indirect loss.

Direct loss refers to a reduction in the - corporate assets of the - company, the - company's shareholders, or the - company's creditors, directly, as a result of the - unlawful act of the board of directors of the joint-stock company -. In such case, the reduction occurs

şirket alacaklısı, yönetim kuruluna sorumluluk davası açabilir ve bu dava sonucunda hükmedilecek olan tazminatın şirkete değil, doğrudan doğruya kendisine ödenmesini talep edebilir.

Ancak dolaylı bir zararın söz konusu olması halinde durum farklı olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin, hukuka aykırı davranışıyla şirketin malvarlığında doğrudan meydana gelen bir zarar; şirket pay sahiplerinin ve eğer şirket iflas halinde ise alacaklılarının malvarlığına dolaylı olarak yansiyacaktır. Bu halde şirketin doğrudan zararı, pay sahibi ve (şirket iflas halinde ise) alacaklıların dolaylı zararına sebebiyet vermektedir. Dolaylı zarara uğramaları sebebiyle pay sahibi ve/veya alacaklılar açtığı davalarda, tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep edebilirler. Bu yönüyle doğrudan zarar sebebiyle açılan davalar ile farklılık göstermektedir. Dolaylı zarara örnek olarak, şirketin uğradığı bir zarar nedeniyle; pay sahiplerinin temettü alamaması, tasfiye paylarının azalması, alacaklıların alacağını alamaması gösterilebilir.

Sorumlu Yönetim Kurulu Üye Sayısının Birden Fazla Olması Halinde Sorumluluk Nasıl Paylaşılır?

Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde; bunlardan her birinin kusuruna ve durumun gereklerine göre ve zarar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Eski kanun döneminde , birden çok sorumlu yönetim kurulu üyesi, doğan zararın tamamının tazmininden zincirleme olarak ve tek başına sorumlu idi. Zarar görenler, zararın tamamını her bir sorumlu yönetim kurulu üyesinden talep edebiliyor, bu zararın tazmin edilmesi akabinde kusurları oranında diğer sorumlu yönetim kurulu üyelerine rücu ediliyordu. Ancak 6102 sayılı TTK ile yönetim kurulu üyeleri lehine bir değişiklik yapılarak, müteselsil sorumluluk uygulaması terkedildi. Yapılan değişiklik doğrultusunda; anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması halinde hakim, sorumluların kusur derecelerini tayin edecek ve bu doğrultuda tazminat ödemelerine hükmedecektir.

Örnek olarak; bir anonim şirket yönetim kurulunun, başka bir şirketi devralmak üzere karar verdiğini düşünelim. Devralınacak şirketin bilançosu, karar

defterleri her ne kadar incelenmiş olsa da aleyhine açılmış davalardan haberdar olunamamış ve bu şirket devralınmış olsun. Ancak, devralınan bu şirket aleyhine açılmış oldukça yüklü meblağda alacak davası bulunsun ve devir işlemleri tamamlandıktan sonra bu dava sonuçlanarak şirket aleyhine yüklü miktarda borca hükmedilsin. yönetim kurulu üyelerinden A'nın bu davaların derdest olduğundan ve kaybedilme ihtimalinin yüksek olduğundan haberi olsun, ancak yönetim kurulu üyesi B'nin hiçbir şeyden haberi olmasın. Söz konusu durumda; yönetim kurulu üyelerinden A ile B aleyhine hükmedilecek tazminat miktarları aynı olmayacak, öncelikle hakim tarafından kusur dereceleri tayin edilecek ve ancak bundan sonra kusurları oranında tazminat yüklenebilecektir.

Yönetimin Devrinin Sorumluluğa Etkileri Nelerdir?

Yönetim kurulu; şirket esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması şartıyla, düzenleyeceği bir iç yönergeyle yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Yönetimin devredildiği durumlara ilişkin bir istisnai düzenleme mevcuttur. Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, başkasına devreden yönetim kurulu; bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. Yani, yönetim devredilirken makul derecede özen gösterilmediği, zarar gören tarafından ispat edilirse, bu durumda yönetim kurulu her ne kadar yönetimi devretmiş olsa bile yine de sorumlu olacaktır.

Yönetim Kurulu Üyelerinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu ve “Ultra Vires İlkesi”nin Kaldırılmasının Sorumluluğa Etkisi

Temsil yetkisinin sınırlandırılması; iyi niyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Ayrıca, yeni TTK'da Ultra Vires İlkesi kaldırılmıştır. Bu sebeple şirket; amaç ve konu kısmında belirtilmeyen işlemlerden de üçüncü kişilere karşı sorumlu olacaktır. Buna göre, şirketin amaç ve konusu dışındaki işler de şirketi bağlayacaktır ve şirket böyle bir işlem sonucunda zarar doğması halinde zararı, kusurlu yönetim kurulu üyelerine rücu edebilecektir. Ancak şirket; zarara sebebiyet veren işlemin şirket konusu dışında olduğunu, zarar görenin bildiğini ispat ederse,

directly in the - corporate assets of the one incurring loss and the right to file a lawsuit for responsibility has been granted directly to those incurring the loss. A - company's shareholder and - company's creditor incurring direct loss - shall file a responsibility lawsuit to the board of directors and request the payment directly to itself of the compensation pronounced as a result of this lawsuit.

However, in case of indirect loss, the situation - would be different. Loss occurring directly in the - company's assets, due to - the violation of the law of the board of directors' members - would be reflected indirectly on the - company's shareholders and if the - company is under bankruptcy, on the property of its creditors. In such case, the - company's direct loss causes indirect loss to the shareholders and the creditors (if the firm is under bankruptcy). As they incur indirect loss, they shall only seek recovery to be paid to company in the lawsuits filed by those -. Lawsuits filed for direct loss differ in this respect. As an example to indirect loss incurred by the - company, - The non - distribution of dividends to shareholders, the reduction of - dividend in liquidation and the impossibility for creditors to receive their claims would be given as an example to indirect loss incurred by the company.

How The Responsibility Is Shared When There Are Several Responsible Board Of Directors' Members?

In case several persons have the liability to compensate the same loss, they - would be jointly and severally responsible with the others, to the extent imposed on each other personally, according to their fault and the requirements of the case. Under the previous law, several responsible members of the board of directors were responsible for the total compensation, alone and in a solid way. Those incurring loss could claim compensation for the total loss from each responsible board of directors' member and following the compensation of this loss, - refer to the other board of directors' members to the pro rata of their fault was made. However, with the TCC No. 6102, an amendment was made in favor of the board of directors' members and an end was put to the application of - joint and several responsibilities. In line with the amendment made, if a responsibility

lawsuit is filed against the joint-stock company board of directors' members, the judge will assess - the fault of the responsible persons and decide on the payment of an - compensation accordingly.

For instance, suppose the board of directors of a joint-stock company decides to take over another - company. Although the balance sheet and decision ledgers of the - company to be acquired might have been examined, let's suppose that it was not aware of the lawsuits filed against the - company and took it over. However, let's suppose that there is a lawsuit for debt filed for a great amount against this taken-over firm, and after the transfer operations are completed, this lawsuit is concluded and a decision is pronounced against this firm for a high amount of debt. Let's suppose that member of the board of directors, A, is aware of this pending lawsuit and the probability of losing it, but member of the board of directors, B, is not informed of anything. In such case, the amounts of compensation pronounced for members A and B of the board of directors will not be the same, the judge will first determine their degree of fault and then pronounce the compensation to the pro rata of their fault.

What Is The Impact Of The Management Transfer On The Responsibility?

On condition of having a clause in this sense included in the - company's articles of association, the board of directors - shall be authorized to delegate part or whole of its authority to one or several members of the board of directors or a third person, with an internal directive. There is an exceptional regulation related to cases where management is transferred. The board of directors who transfers a duty or authority arising from the law or the articles of association to another person - shall not be responsible for the acts and decisions of these persons, unless it is proved that they did not take reasonable care in the selection of these persons. Namely, if it is proved by the party incurring loss that due care was not taken when transferring the management, in this case, the board of directors - shall be responsible, even if it has transferred the management.

bu durumda şirketin ve dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu olmayacaktır.

Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları, önceki kanun döneminde olduğu gibi; ibra, zarar görenin rızası ve zamanaşımı ile sona erer. Sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak; bu fiil ceza gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, bu halde tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır.

B- KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUK

Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin kamu alacaklarından doğan sorumluluğu, hukuki sorumluluktan farklı olup, burada "kusursuz sorumluluk" ilkesi benimsenmiştir. Bu sebeple, yönetim kurulu üyesinin sorumlu olabilmesi için, herhangi bir kusurlu davranışının bulunmasına gerek yoktur.

Kamu borçlarından sorumluluğun, hukuki sorumluluktan bir diğer farkı ise; "ikincil derecede sorumluluk" olmasıdır. Söz konusu borçların ilk muhatabı şirkettir. Ancak borç, anonim şirketten kısmen veya tamamen tahsil edilememiş ise, kanuni temsilcilerin yani anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilecektir.

Bu kapsamda; Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise şirket yönetim kurulu üyeleri kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin vergi borçlarından da sorumluluğu bulunmaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonrasında; sorumluluk kapsamı genişletilmiş olup, yalnızca vergiden değil, vergi ve buna bağlı borçlardan sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, gecikme faizi, tescil faizi, ve vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için öngörülen gecikme zammı gibi

vergiye bağlı ve onun eki olan alacaklar da kanuni temsilcilerin sorumluluğuna dahil edilmiştir.

C- CEZAI SORUMLULUK

Yönetim kurulu üyelerinin bir de Cezai Sorumluluğu bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu kapsamında; aleyhine idari para cezası, adli para cezası, hapis cezası verilen haller bulunmaktadır. TTK'nda bu cezaya sebebiyet verecek davranışlar ve cezaları 562.maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, Anonim Şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK'da düzenlenenler ile sınırlı değildir.

Ceza hukukumuzda göre; ceza sorumluluğu şahsidir; ancak gerçek kişiler bir suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişilere karşı ceza yaptırımına hükmedilebilir. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Hal böyle olunca da tüzel kişi değil, tüzel kişi organını oluşturan gerçek kişiler suçun faili olarak kabul edilmektedir. Yani, Anonim Şirketin suç işlemesine sebep olan yönetim kurulu üyeleri, hukuka aykırı fiilleri sebebiyle cezalandırılabilirlerdir.

Ece Metin, Başkent Üniversitesi'nden 2012 yılında mezun olmuştur. Kurumsal Departman'na bağlı olarak çalışmaktadır. Ağırlıklı olarak Borçlar ve Sözleşmeler Hukuku ile Ticaret Hukuku alanlarında çalışmaktadır.

The Responsibility Of The Board Of Directors' Members To Third Persons And The Impact Of The Removal Of The "Ultra Vires Principle" On The Responsibility

The restriction of the authority to represent - shall not be effectual for third persons with good will. Furthermore, in the new TCC, the Ultra Vires principle has been removed. For this reason, the - company - shall also be responsible to third persons for operations which are not indicated in its purpose and scope. Accordingly, activities other than those indicated in the - company's purpose and scope - shall also bind the firm and in case of loss arising from such an operation, the - company can refer to a faulty board of directors' members. However if the - company proves that the operation causing loss is beyond the - company's purpose and that the person incurring the loss is aware of that, in such case, the firm and therefore the members of the board of directors shall not be responsible.

The responsibilities of the members of the joint-stock company's board of directors expire, as under the previous law, upon - release from a debt, the consent of the person incurring the loss, and prescription. The right to claim compensation from the responsible persons is subject to a prescription of two years as of the date the - claimant was aware of the loss and the responsible person and in any case five years as of the date of occurrence of the act causing the loss. However, if this act requires punishment and is subject to longer prescription according to the Turkish Penal Code, then this prescription shall apply to this action for compensation.

B- RESPONSIBILITY FOR PUBLIC DEBTS

The responsibility of the joint-stock company board of directors' members is different from legal responsibility and here the "absolute liability" principle has been adopted. For this reason, for the board of directors' member to be responsible, no faulty behavior is required.

Another difference between the responsibility for public debts and the legal responsibility is the "secondary liability". The first addressee for the said debts is the - company. However, if the debt is not partially or totally collected from the company, legal

representatives, namely board members of the joint stock companies shall be taken responsible this time for those debts.

Within this context, if social security contributions to the Social Security Institution and other claims are not paid within the deadlines indicated in the law, without a - reasonable and fair cause, the - company's Board of Directors members shall be jointly and severally responsible to the Institution, together with their employers.

Furthermore, the members of the board of directors are also responsible for fiscal debts. Following the amendments made in the Tax Procedure Law No. 213 and in the Collection of Public Claims Procedure Law - Law No. 6183 -, the scope of responsibility has been extended and they are responsible not only for taxes but also debts related to taxes. Accordingly, claims associated with taxes and their appurtenances, such as delay interest, registration interest and public claims which are not paid at maturity, have - been also included in the responsibility of legal representatives.

C- PENAL RESPONSIBILITY

The board of directors' members also bear a penal responsibility. The penal responsibility of the board of directors' members covers administrative fines charged on them, judicial fines, and prison sentences. The behavior leading to this penalty and the sanctions are regulated in detail in Article 562 of the TCC. However, the responsibility of the board of directors' members is not limited to the provisions of the TCC.

According to our penal code, penal liability is personal, - only real persons can be the perpetrator of a crime and penal sanctions can be imposed only on real persons. No penal sanction can be charged on legal - entities. As this is the case, the real persons forming the body of the legal entity are considered as the perpetrator of the crime, and not the legal-entity. Namely, members of the board of directors of a joint-stock company, causing the perpetration of a crime can be punished for their illegal acts.

Ece Metin graduated from Law Faculty of Başkent University in 2012. She is member of the Firm's Corporate Practice Group. Her practice areas includes Commercial Law and she mainly focuses on corporate projects.



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

SİGORTACILIK SEKTÖRÜNDEN YENİ MODELLER: KEFALET VE KREDİ SİGORTALARI

KEFALET SİGORTASI

Kefalet sigortası, yurt dışında uygulaması olan bir sigorta tipi olmasına rağmen, Türkiye için henüz çok yenidir. Yayımlanan Genel Şartlar'dan, henüz genel olarak bilgi sahibi olunmakla birlikte, özel şartlarına ve uygulamasına ülke olarak tam anlamıyla vakıf olunmuş değildir. Fakat gelişmeleri ve çalışmaları izlenmekte ve özellikle yurtdışı bağlantısı olan birkaç firmanın model çalışmalarını sürdürdüğü bilinmektedir.

Kefalet Sigortası Genel Şartları, 29.01.2014 tarihli Resmi Gazete'de Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanmış olup 01.02.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Genel Şartlar uyarınca, bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, borçlunun poliçede tanımlanan borç yükümlülüğünü yerine getirememesi rizikosuna karşı, genel şartlarda ve poliçe özel şartlarında belirtilen hüküm ve şartlar çerçevesinde, borçluya kefil olarak poliçede belirtilen lehdara teminat sağlayacaktır. Sigortacı, lehdara karşı borçluya doğrudan kefalet yoluyla kendisi kefil olabileceği gibi, dolaylı kefalet yoluyla banka, kredi garanti kuruluşları veya diğer finans kuruluşlarının borçlunun yükümlülüğü için lehdara karşı kefil olmalarına bağlı olarak da teminat sağlayabilecektir. Bu sigorta anlamında 'kefalet', borçlunun borçlarına kefil olunmasını veya bu borçlarla ilgili sair taahhütler altına girilmesini ifade etmektedir.

Aşağıdakilerle sınırlı olmamak üzere, bu sigorta kapsamında sunulan teminatların tanımları aşağıdaki gibidir:

1. Avans Ödeme Teminatı: Bir ihale, proje ya da mal ve hizmet ticareti kapsamında avans ödeme alan tarafın,

lehdara karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve avansın geri ödenmemesi riskine karşı teminat sağlar.

2. İmalat/Bakım/Onarım Teminatı: İnşaat, mühendislik ya da makine üretimi gibi iş performansının iş teslimi sonrasında değerlendirildiği hallerde, iş teslimini takiben belli bir süre sonra işçilik kusuru sonucu ortaya çıkan zararlara karşı teminat sağlar.

3. Emniyeti Suistimal Teminatı: Kefalet senedinde ismi belirtilen çalışanların, hile, dolandırıcılık, zimmete para geçirme gibi eylemleri nedeniyle, işverenin zarar görmesine karşı teminat sağlar.

4. Gümrük ve Mahkeme Teminatı: Vergi daireleri, gümrük idareleri ve mahkemelerin lehdar olarak yer aldığı, bir dava açılabilmesi, gümrükten malın çekilebilmesi veya gümrükleme işleminden doğan hata nedeniyle doğabilecek kamu alacağının karşılanması için sigorta ettirenden talep edilen kefalet teminatı türüdür.

5. İhaleye Katılım Teminatı: Sigorta ettirenin ihalenin tamamlanması öncesinde ihaleden ayrılması, ihaleyi kazanması halinde sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi, ihale kapsamında sunması gereken teminatları sunamaması riskine karşı teminat sağlar.

6. Ödeme Teminatı: Tüm tasevrlere ve işçilere yapılacak ödemelerin yapılmamasına karşı teminat sağlar.

7. Performans Teminatı: Proje sahibinin yükümlülüklerini sözleşmede belirlenen şartlara uygun şekilde yerine getirmemesi riskine karşı teminat sağlar. Sigorta ettirenin yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda, sigortacı yeni bir yüklenici ile anlaşıp işin tamamlanmasını da sağlayabilir.

NEW MODELS FROM THE INSURANCE SECTOR: SURETY AND CREDIT INSURANCES

SURETY INSURANCE

Although surety insurance is a type of insurance used abroad, it is quite new for Turkey. Whereas general information is provided in the published General Terms, our country is still not fully aware of the general terms and application. However, developments and works carried out are being followed up and it is especially known that some firms which have contacts abroad carry out model studies.

Surety Insurance General Terms have been published in the Official Gazette dated 01/29/2014 by the Under Secretariat of Treasury and entered into force as of 02/01/2014.

By virtue of the General Terms, with this insurance contract, the insurer will provide surety to the beneficiary indicated in the policy as guarantor to the debtor, against the risk for the debtor to fail fulfilling its debt liability defined in the policy, under the terms and conditions indicated in the general terms and the special terms of the policy. The insurer can be guarantor directly to the debtor against the beneficiary or provide surety indirectly, depending on the guarantee provided by banks, credit guarantee institutions or other financial institutions for the debtor's liability against the beneficiary.

In the sense of this insurance 'surety' refers to the guaranteeing of debts of the debtor or other commitments related to these debts.

Not limited to the following, the definitions of sureties provided under this insurance are indicated hereunder:

1. Advance Payment Guarantee: Guarantee provided against the risk of failure by the party receiving an advance within the framework of a tender, a project or trade of goods and services to fulfill its obligations against the beneficiary and to reimburse the advance.

2. Manufacturing/Maintenance/Repair Guarantee: Guarantee provided against losses arising as a result of workmanship deficiency in a certain period after the delivery of work, in cases where performance of work such as construction, engineering or machinery production is evaluated after the delivery of work.

3. Guarantee for Breach of Trust: Guarantee provided against the loss incurred by the employer due to actions of employees whose names are indicated in the surety bond, such as deceit, fraud, malversation.

4. Customs and Court Surety: Type of guarantee which can be claimed from the insurant to cover the public claim arising from an error made in the customs transaction or the customs clearance, by the filing of a lawsuit with tax offices, customs administrations and courts being the beneficiary.

5. Bidding Guarantee: Guarantee provided against the risk that the insurant leaves the tender before its completion, or fails to sign the contract although it is awarded, or fails to submit the guarantees required in the scope of the tender.

8. Sözleşme Teminatı: Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri gerektiği şekilde yerine getirmemesine karşı teminat sağlar.

9. Lehdarın mevzuat hükümlerine uymaması sebebiyle borcun yerine getirilmemesi: Ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilebilecektir.

KREDİ SİGORTASI

Uygulama; Kredi Sigortası'nın Türkiye uygulaması başlamış olmakla birlikte, bu modeli dünya çapında uygulayan yabancı kaynaklı firmaların Türkiye temsilcileri veya aracıları tarafından yerine getirildiği görülmektedir. Bu sigorta tipini kendi işletmesi özelinde inceleyen firmalar tarafından, getirdiği maliyetlerin oldukça yüksek olduğu, alışılmış bir model olmaması, Türkiye bakımından yeni bir model olması ve yine uluslararası uygulamanın Türkiye ile paralellik arz etmediği çokça durumların olması, bu sebeple süreci yaşarken zarara uğramak istenmediği, uygulayıcıların da henüz tam anlamıyla bunu sağlayamadığının görüldüğü, bu sigorta tipinin teminatlandığı durumlarda sigortanın getirdiği özel kurallara bağlı kalmaksızın bağımsız kararlar ile mevcut vekilleri vasıtasıyla sonuç elde edilebildiği, sigortanın alıcılar ile yapılacak sözleşmelere ilişkin kurallarına bağlılığa ihtiyaç duymayan bir serbesti içinde bulunduğu değerlendirilmektedir.

Konusu; 'Kredi Sigortası' ile sigortacı, satıcının veya hizmet sunucusunun yaptığı satış veya hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının üçüncü kişilerce ödenmemesi halinde, sigorta sözleşmesinde ve poliçede belirtilen şartlarla, ödenmeyen bedeli sigortalıya ödeyerek alacağın tahsilini (borç tahsilatını) üstlenmektedir.

Kapsam; İlişkide, iflas, tasfiye, konkordato ve aciz vesikasına dayalı (borcun semeresiz kalması durumunun resmi makam tarafından belgelenmesi) alacaklar teminat kapsamındadır. İflas erteleme kapsam dışındadır. Alıcının sözleşmede kararlaştırılan vadede mal veya hizmet bedelini ödememesi (temerrüt) hali nedeniyle uğrayacağı maddi zararların teminat altına alınabilmesi için, poliçede ayrıca hüküm olması

gerekmektedir. Teminat, sigortalının muhtelif alıcılarla yaptığı sözleşmelere göre faturalandırılan ve bedeli özel şartlarda belirlenen azami vade süresi içinde ödenmesi kararlaştırılan mal ve hizmet satışlarına uygulanmaktadır. Bu vade süresinin ne olacağı sigorta poliçesi ile belirlenmektedir ve Alıcı ile yapılacak sözleşmelerdeki kararlaştırmalar buna paralellik taşımaktadır.

Alıcı; Bu sigorta türünde karşımıza çıkan 'Alıcı' kavramı, mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket eden ve sigorta sözleşmesi kapsamında sigortalı tarafından gönderilen mal ve/veya verilen hizmetlerin bedellerinin ödenmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Sözleşme kapsamında karşımıza iki tür Alıcı çıkmaktadır: 'Kredi Limiti Talebi İsmen Yapılmış Alıcılar' ve 'Kredi Limiti Talebi İsmen Yapılmamış Alıcılar'. 'Kredi Limiti Talebi İsmen Yapılmış Alıcılar' bakımından, sigorta sözleşmesinin başlangıcında, Sigortalı, her bir alıcının onaylanması ve söz konusu alıcılara kredi limiti tahsis edilmesi amacıyla sigortacıya başvurmakla yükümlüdür. Teminat, sigortacının yazılı olarak onayladığı alıcılarla yapılan satış sözleşmelerinden doğan alacaklar için geçerli olacaktır. Talebi kabul ettiği takdirde sigortacı, bir kredi limit formu ile söz konusu alıcı için tahsis ettiği kredi limitini bildirecektir. 'Kredi Limiti Talebi İsmen Yapılmamış Alıcılar' bakımından, Teminat, özel şartlarda belirtilen haller için sigortacının henüz ön onayını vermediği alıcılara yapılan satışlara da uygulanacaktır.

Muhtemel zarar; Müdahale talebi; Sigortalı'nın, bir Alıcı'nın ticari veya mali durumu ile ilgili herhangi bir olumsuz bildirden veya teslimat veya ödeme belgelerinin tevdiinde herhangi bir zorluk veya olağan dışı bir durumdan veya sözleşmenin ifası ile ilgili teminatların tesisinden veya sigorta sözleşmesinin kapsadığı bir zarara yol açabilecek herhangi bir olaydan veya borç ile ilgili bildirimlerden veya açılan davalardan haberdar olur olmaz durumu sigortacıya bildirmesi ya da sigortacının böyle bir durumu saptaması 'muhtemel zarar' halidir. Sigortalı, her bir muhtemel zararla ilgili olarak sigortacının müdahale etmesini istemek (müdahale talebinde bulunmak) zorundadır. Genel şartlar uyarınca, yukarıda belirtilen her iki Alıcı grubu bakımından da, Alıcının satış sözleşmelerinden kaynaklanan borçlarını

6. Payment Guarantee: Guarantee provided against the failure of making payments to all subcontractors and workers.

7. Performance Guarantee: Guarantee provided against the risk that the Project owner fails to fulfill its obligations in compliance with the terms indicated in the contract. In case the insurer fails to fulfill its obligation, the insurer can conclude an agreement with a new subcontractor and ensure the completion of the work.

8. Contract Guarantee: Guarantee provided against the failure of the debtor to duly fulfill its liabilities arising from the contract.

9. Non-settlement of the debt due to the failure of the beneficiary to comply with the provisions of the legislation: This can be included in the scope of the surety with a supplementary contract.

CREDIT INSURANCE

Application; Although Credit Insurance has started to be applied in Turkey, this model is seen to be used by the representatives or agents in Turkey of foreign companies applying it worldwide. It is observed that this type of insurance is examined by firms in their own establishments, its costs is quite high, it is not a customary model, it is a new model for Turkey and there are many cases where the application differs from the international application, for this reason during this process no firm wishes to incur loss, implementers cannot prevent this yet, in cases where this insurance is used, the result is obtained via the existing representatives with independent decisions taken regardless of the special terms of the insurance, and that the insurance is from the dependence to rules related to contracts made with buyers.

Purpose; With the 'Credit Insurance' the insurer undertakes the collection of the claim (debt collection) by paying to the insured the unpaid amount, under the terms indicated in the insurance contract and the policy, in case of non-payment of the third persons that the claims are arising from the

sale or service agreement concluded with the seller or the service provider.

Scope; The claims based on bankruptcy, liquidation, composition and certificate of insolvency (certification by public authorities of the non-settlement of the debt) are in the scope of the guarantee. Adjudgment of bankruptcy is not covered. For the guarantee of material losses incurred by the buyer due to the non-payment (default) of the value of goods or services indicated in the agreement, there must be a separate provision in the policy. The guarantee applies to goods and services invoiced according to agreements concluded by the insured with various buyers and the value of which must be paid within the maximum term determined under special conditions. This term is determined in the insurance policy and agreements concluded with the buyer will be in parallel with this.

Buyer; In this type of insurance, the concept of the 'Buyer' refers to the real or legal person acting within the framework of its professional activity and responsible for the payment of the value of goods and services provided by the insured in the scope of the insurance contract. There are two types of buyers under the agreement: 'Buyers whose credit limit demand has been made nominally' and 'Buyers whose credit limit demand has not been made nominally'. For 'Buyers whose credit limit demand is made nominally', at the beginning of the insurance contract, the insured must apply to the insurer for the approval of each buyer and the allocation of a credit limit to the said buyers. The guarantee will be valid for the claims arising from the sales agreement concluded with the buyers by the written approval of the insurer. In case it accepts the demand, the insurer will notify the credit limit set for the said buyer, with a credit limit form. For 'Buyers whose credit limit is not made nominally', the guarantee will be applied, on the indicated special conditions, for sales made to buyers which are not yet pre-authorized by the insurer.

Eventual loss – Request for intervention; In case the insured is aware of any unfavorable information related to the buyer's commercial or financial status,

ödeyememesi sonucu sigortalının uğradığı maddi zarar için, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü müdahale talebinin sigortacıya intikal etmesinden beş ay sonra doğmaktadır. Sigortalı müdahale talebi ile, sigortacının sorumluluğu dışında kalan kısım da dahil olmak üzere, borcun tamamına ilişkin olarak sahip olduğu hakların kullanılması hususunda sigortacıyı tam yetkili kılar ve kendi adına hareket edilmesini teminen her türlü yetki belgesini ve vekaleti sigortacıya verir. Buna göre sigortacının tahsilat süreci görevlendirdiği/ anlaşmalı avukatlar vasıtasıyla yürütülüyor ve aslında sigortalı bu avukatlara vekaletname veriyor olacaktır. Müdahale talebinin sigortacıya intikal etmesi, sigorta sözleşmesiyle ilgili bir tazminat talebinde bulunulması anlamına gelir.

Ek maliyet; Ödenecek primlere ilaveten Sigortalı, sigortacının Alıcılar veya muhtemel alıcılar ile ilgili olarak yapacağı veya yaptıracığı soruşturma ve inceleme giderlerine özel şartlarda belirlenen şekilde iştirak edecektir. Aynı şekilde Sigortalı, her bir müdahale talebi için özel şartlarda tespit edilen bir tutarı ödemeyi taahhüt edecektir.

Ayşe Derya Elçin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2009 yılında mezun olmuştur. 2012 yılı itibarıyla Egemenoğlu Hukuk Bürosu'nda avukat olarak çalışmaya başlamış olan Elçin, kurumsal ve yabancı yatırımlar bölümümüzde avukatlık faaliyetlerini sürdürmekte olup sözleşmeler, lojistik, sigorta ve gayrimenkul alanlarında uzmandır. Ayşe Derya Elçin İstanbul Barosu'na kayıtlıdır.

or any difficulty or case of emergency related to delivery or communication of payment documents, or any event which may lead to loss covered by the insurance contract, or the establishment of guarantees related to the execution of the agreement, or any notification related to the debt or lawsuits filed, it must immediately communicate with the insurer, or if the insurer detects such a case, it is called an 'eventual loss' case. The insured must request the intervention of the insurer for each eventual loss. By the virtue of the general terms, regarding both groups of buyers, for the loss incurred by the insured due to the failure of the buyer to pay its debt arising from sales agreements, the obligation of the insurer to pay an indemnity arises five months after the intervention demand is received by the insurer. By intervention demand, the insured fully authorizes the insurer for the exercise of its rights related to the whole debt, including the portion which is not under the insurer's responsibility and will provide all kinds of authorization certificate and power of attorney to allow the insurer to act on its behalf. Accordingly, the insurer's collection process will be carried out by authorized/contractual attorneys and in fact the insured will be granted power of attorney to these lawyers. The receipt of the intervention demand by the insurer means that the compensation demand is made related to the insurance contract.

Supplementary cost; In addition to the premiums to be paid, the insured will contribute to the investigation and examination expenses made related to the buyers or potential buyers, under special conditions. Similarly, the insured will undertake to pay the amount determined under special conditions for each intervention demand.

Ayşe Derya Elçin graduated from Law Faculty of Istanbul University in 2009. Since her joining to Egemenoglu in 2012, she is member of the Firm's Corporate Practice group. Her practice focuses on representing clients involved in corporate matters, logistics law, insurance law and real estate law. Ayşe Derya Elçin is registered to Istanbul Bar Association.



AV. DİDEM ARAL - ASSOCIATE
daral@egemenoglu.av.tr

KAMU'DA TAŞERONLAŞMA BİTİYOR MU?

Taşeronlaşma, başka deyişle alt işverenlik müessesesi özellikle içinde bulunduğumuz çağın ve ekonomik düzeninin bir yansıması olarak işyerlerinde artarak devam eden ve neredeyse çoğu hizmet sektöründe uygulanan bir mekanizmadır. Ülkemizde taşeronlaşma yaygın olmakla birlikte, mevcut yasal düzenlemeler tam olarak pratiğe yansımamıştır. Özellikle kamu kuruluşlarında bir takım hizmetlerin, taşeron firmalarca yerine getirilmesi hususunda uygulanacak hukuk bakımından küçümsenemeyecek nitelikte belirsizlikler bulunmaktadır.

Kamu kuruluşlarında taşeronlaşmanın ve bu bağlamda taşeron işçilerinin, işçilik haklarına dair taleplerini elde etmekte sıkıntı yaşamasının sebebi olarak; 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesine, 2006 senesinde eklenen 8. Fıkra gösterilmektedir. Bu fıkra doktrinde oldukça eleştirilmektedir. İşçi haklarının zedelendiği ve asıl işverenlerin maliyetten kaçınmak için başvurduğu bir mekanizma olarak bilinen taşeronluk sisteminin en önemli unsuru olan işçilerin hukuk alanında güçlü düzenlemelerle korunması gerektiğini savunangörüşü; İş Kanunu'nda böylesine bir değişiklik yapılmasının, taşeron işçi problemlerini daha da derinleştirdiğini ve hukuk karşısında taşeron işçilerinin savunmasız bırakıldığını ileri sürmektedir. Bu fıkra; işçilerin kadroya alınması önünde engel teşkil ettiğinden ilgili fıkraya ek bir hüküm eklenerek, işçilerin kadroya alınma işleminin 4857 Sayılı İş Kanunu'na aykırılık taşımaması, tasarı ile öngörülmektedir.

KAMU KURUMLARINDA TAŞERONLAŞMA İLE İLGİLİ YAPILMASI DÜŞÜNÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

İlk olarak TBMM'ye 14/03/2012 tarihinde, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Taşeron Firmalar Aracılığıyla İstihdam Edilen Güvenlik İşçilerinin İşçi Kadrolarına

Geçirilmesi ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi sunulmuştur. Teklif, halen Meclis Komisyonu'nda olup; teklifin genel gerekçesine göre taşeron işçilerin çalıştıkları kamu kurum ve kuruluşları kadrolarına geçirilerek mağduriyetlerinin giderilmesi ve kamuda verimliliğin artırılması amaçlanmaktadır. Kağıt üzerinde her ne kadar güvenlik hizmetleri ihale edilse de, fiili uygulamada; işçilerin ihale edildiği, güvenlik şirketlerinin yalnızca işçilerin sigorta prim ve ücretlerini ödediği, işin sevk ve organizasyonun kamu kurumlarınca yapıldığı, işçilere emir ve talimatları kamu kurumlarının verdiği, işten çıkarma da dahil olmak üzere işçilere ilişkin tüm işverenlik yetkilerinin kamu kurumlarınca kullanıldığı savunulmaktadır. Gerekçeye göre, taşeron şirketlerinin yarar sağladığı, işçilerin ise haklarının kısıtlandığı belirtilmektedir.

TBMM'ye sunulmuş olan diğer bir kanun teklifi; 09/05/2012 tarihli, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Taşeron Firmalar Aracılığıyla İstihdam Edilen İşçilere Geçici Personelin Memur ya da Sürekli İşçi Kadrolarına Geçirilmesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'dir. Teklif, halen Meclis Komisyonu'ndadır. Bu kanun teklifi ile; taşeron işçilerinin, çalıştıkları kamu kurum ve kuruluşları kadrolarına geçirilerek mağduriyetlerinin giderilmesi ve kanunda verimliliğin artırılması amaçlanmıştır. Memur veya sürekli işçi kadrolarına geçirilen geçici personelin, kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırıldıkları sürenin kıdemlerinden sayılması da hedeflenenler arasındadır.

TBMM'de olan diğer kanun teklifi; 14/06/2012 tarihli, Kamuda Aynı İş Yapmakla Birlikte Farklı Statüde Çalışanların Memur veya Sürekli İşçi Kadrolarına Atanması Amacıyla Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'dir. Devletin

DO PUBLIC INSTITUTIONS STOPS USING SUBCONTRACTOR?

Subcontracts are an increasing trend in establishments as a reflection of the economic conditions and exercised nearly in the whole services sectors. Although subcontracts are widespread exercised in our country, the current legal regulations have not been fully forced into practice. Especially in public sector, it is considerably uncertain of which law will be applied to the some certain services that supplied by subcontractors.

Subsection 8 added in 2006 to Article 2 of the Labor Code No. 4857 is shown the reason of the widely exercising the subcontracts in public sector and facing the issues with respect to labor rights. The mentioned subsection is quite widely criticized in the doctrine. The view defending the protection of the employees by regulations argues that subcontracts is known as a mechanism of which employers exercises it in order to avoid cost and where the employees' rights are damaged, thus such an amendment of the Labor Code further deepens the problems of the subcontractors' employees, and the subcontractors' employees remain unprotected under the law. As this paragraph poses an obstacle to the recruitment of employees under payroll employment, a supplementary provision was added to the said paragraph and the draft stipulates that the payroll employment of workers is not contrary to the Labor Code No. 4857.

AMENDMENTS ENVISAGED IN PUBLIC SECTOR CONCERNING SUBCONTRACTS

First, on 03/14/2012, the Draft Law on the Payroll Employment of Security Workers in Public Organizations and Institutions recruited via Subcontractors and the Amendment of Certain Laws was submitted to the Turkish Grand National Assembly. The Draft is still at the Committee in

the National Assembly. According to the general justification of the draft, the objective is to relieve subcontractors' employees by recruiting them in the public organizations and institutions they work, under payroll employment, and to increase productivity in the public sector. Although, on paper, security services are subject to tendering, it is argued that in practice, employees are subject to tendering, security companies only pay the employees' social security contributions and wages, the organization of employees is made by the public institutions, orders and instructions to employees are given by the public institutions, including dismissal, the whole employer's authority related to employees is exercised by public institutions. According to the argument, subcontractors provide utility, whereas employees' rights are restricted.

Another draft law submitted to the Turkish Grand National Assembly is the Draft Law dated 05/09/2012 on the Transition of Employees recruited in Public Organizations and Institutions via Subcontractors to Provisional Employee, Employee or Permanent Worker Status and the Amendment of Certain Laws. The draft is pending before the Commission at the National Assembly. With this draft law, the objective is to provide better condition to the subcontractors' employees by recruiting them in the public organizations and institutions they work, accordingly payroll employment will increase the productivity in the public sector. It is aimed that the period of service of the temporary employees rendered in public sector shall be added to the seniority of them when they gain status of permanent employees.

Another draft law at the Turkish Grand National Assembly is the Draft Law dated 06/14/2012 on

TR

asli ve süreklilik arz eden birçok görevinin; sözleşmeli, geçici, mevsimlik ve taşeron personel eliyle yürütüldüğü belirtilerek, kamuda aynı yerlerde ve hizmetlerde, aynı işi yapmalarına rağmen statülerinin farklı olması nedeniyle çalışanlar arasında idari, mali ve sosyal haklar yönünden birçok farklılık bulunduğu ve bu durumun Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu, çalışanların motivasyonunu ve çalışma branşını olumsuz etkilediği düşünülmektedir. Bu konuda öne çıkan en önemli çelişki Anayasamızın 128. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bahsi geçen “Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler” başlıklı 128. maddenin 1.fıkrası “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” şeklinde düzenlenmiştir ki bu madde, kamu kuruluşlarında taşeron firmalardan hizmet alınmasının, Anayasa’ya aykırı olacağı yorumu yapılmasına müsaittir.

“4857 Sayılı İş Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi” 30/01/2013 tarihli kanun teklifi olup; hala komisyondadır. Tasarı; madencilik üretiminin yetersiz, deneyimsiz kişi ve kuruluşlara bırakılmasının iş kazalarını arttırdığı gerekçesiyle maden sektöründe taşeronlaşma uygulamasını, sonlandırmayı amaçlamaktadır.

TBMM’de olan bir diğer kanun teklifi; 05/07/2013 tarihli, Kamuda Aynı İş Yapan Kadrosuz Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Memur Kadrolarına Atanması Amacıyla Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’dir. Teklif ile, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre kamu hizmetlerinin yürütülmesinde hizmet alım yöntemiyle taşeron firma personelinin kullanılamaması; 4/C, geçici, mevsimlik ve taşeron işçi statüsünde çalışanlardan başvuru yapanların niteliklerine uygun kadrolu işlere kanunun yayımı tarihinden itibaren 60 gün içinde atanması öngörülmektedir.

Son olarak TBMM’ye sunulan kanun teklifi; 30/01/2014 tarihli, Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi’dir. Teklif ile, kamuda fiili olarak çalıştırılan taşeron işçilerin 90 gün içinde başvurmaları halinde kadroya atanması öngörülmektedir.

4857 Sayılı İş Kanunu’na eklenmesi planlanan maden iş koluna ilişkin madde haricinde özel sektörün kapsam dışı bırakıldığı ve önümüzdeki günlerde yasalaşması beklenen taşeron ile ilgili tekliflerin; Kamu İhale Kanunu’nda yapılacak değişiklikleri içeren Torba Yasa’da yer alması bekleniyor. Hali hazırda Komisyon’da bekleyen Kanun Teklifleri’nin yanı sıra uzun süredir kamu kuruluşlarında çalışan taşeron işçilerin kadrolu çalışan statüsüne geçirilmeleri için Çalışma Bakanlığı’nın da torba yasa çalışması içerisinde olduğu, bu torba yasanın da önümüzdeki günlerde Meclis’e sunulması beklenmektedir. Bahsi geçen torba yasa ile beraber; muvazaalı taşeronlaşmanın önüne geçilmesi, kanunun öngördüğü haller dışında taşeron firmaların hizmet verememesi, taşeron firmanın değişmesi durumunda dahi işçilerin yıllık izin haklarının kısıtlanmaması, kıdem tazminatı güvencesinin sağlanması, taşeron işçi ile asil işveren işçisi arasında iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları bakımından fark olmaması, ücret hakkının güvenceye alınması hedeflenmektedir.

Taşeronlara ilişkin Meclis’e sunulan teklifler henüz yasalaşmadığından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Teklifler üzerinde yürütülen tartışma ve görüşmeler değişebileceğinden, taşeronlaşma sisteminde planlanan değişiklikler yalnızca fikir verici niteliktedir. Ayrıca; Meclis’e sunulan tasarı teklifleri her ne kadar kamu kurum ve kuruluşlarını öngörse de, tekliflerin dolaylı olarak özel sektör işyerlerini de etkilemesi beklenmektedir.

Didem Aral 2009 senesinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur.

2009 yılı itibarıyla ise Egemenoğlu Hukuk Bürosu’nda çalışmaya başlayan Aral, özellikle iş hukuku alanında uzmanlaşmış olup İstanbul Barosu’na kayıtlıdır.

KAMU’DA TAŞERONLAŞMA BİTİYOR MU?

ENG

the Amendment of the Law on Civil Servants for the Appointment of the Personnel performing the Same Work in the Public Sector but under Different Status. Many principal and permanent functions of the State are carried out by contractual, temporary, seasonal and subcontractor’s employee, and it is believed that there are many differences in terms of administrative, financial and social rights among the personnel working in the public sector, in the same place and services, performing the same work but having different status. This differences generates discussions on the ground of being contrary to the principle of equality and justice regulated under the Constitution, and it adversely affects the motivation of the employees and their branch of the work. The most important contradiction on this subject arises from Article128 of our Constitution. Subsection 1 of Article128 headed as “Provisions related to Public Service Officials” stipulates that “The principal and permanent functions required for public services to be carried out by the State, State Economic Enterprises and other public legal persons, according to general administration principles are realized by employees and other public officers”, which can be interpreted as that the procurement of services in public organizations by subcontractors is contrary to the Constitution.

The “Draft Law on the Amendment of the Labor Code No.4857 is the draft law dated 01/30/2013 and is pending before the Commission at the National Assembly. The draft aims to bring an end to the subcontract relationship in the mining sector, on the grounds of that subcontract relationship increasing the accidents due to using inefficient, inexperienced subcontractors at mining production.

Another draft law before the Turkish Grand National Assembly is the Draft Law dated 05/07/2013 on the Amendment of the Law on Appointment of Temporarily Employed Civil Servants performing the Same Work to the Permanent Employee Status. The draft foresees that subcontractors’ employees shall not provide public services according to the Law No.657 on Civil Servants; and under the article 4/C it also regulates the appointment of temporary, seasonal and subcontractor’s employee’s status, who

DO PUBLIC INSTITUTIONS STOPS USING SUBCONTRACTOR?

has adequate qualifications and applies within 60 days from the date of publication of the law.

Finally, the draft law submitted to the Turkish Grand National Assembly is the Draft Law dated 01/30/2014 on the Amendment of the Law on Civil Servants. The draft foresees the appointment of subcontractor’s, employees working effectively in the public sector, to the permanent positions, on condition of applying within 90 days.

Excluding the article related to the mining activity planned to be included in the Labor Code No. 4857, the private sector is left out of the scope, and the proposals related to subcontractors expected to be promulgated in the forthcoming days are planned to be included in the omnibus bill covering amendments to be made in the Public Procurement Law. Besides the draft laws pending before the Committee, works are carried out at the Ministry of Labor for an omnibus bill related to the transition of subcontractors’ workers working for a long time in public institutions to permanent status, and this omnibus bill is expected to be submitted to the Turkish Grand National Assembly in the forthcoming days. With the said omnibus bill, the aim is to prevent collusive subcontracting, supply of services by subcontractors other than in cases foreseen by the law, the restriction of annual leave rights of the employees even in the case of a change of the subcontractor, to secure severance pay, to avoid differences in occupational health and safety applications between the subcontractor’s employees and the principal employer’s employees, and to secure the right for a wage.

As the proposals submitted to the National Assembly are not yet promulgated, they are not binding. As discussions on the proposals can vary, the modifications planned in the subcontracting system are only suggestive. Furthermore, although the drafts submitted to the Turkish Grand National Assembly cover public sector, they are expected to affect the private sector establishments as well.

Didem Aral graduated from Law Faculty of Marmara University in 2009 and has been practising at the Firm since then. Ms. Aral specialized in employment law and is registered to Istanbul Bar Association.



AV. BAŞAK ARSLAN - ASSOCIATE
barslan@egemenoglu.av.tr

YENİ SENDİKALAR KANUNU İLE İŞVERENLERİ NELER BEKLİYOR?

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 18.10.2012 tarihinde kabul edilerek "07.11.2012" tarihli resmi gazetede yayımlanmış olup; bu Kanun ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni yasal düzenleme, işyerlerinde sendikal örgütlenmeler ile ilgili olarak, işverenler aleyhine sonuç doğurabilecek birçok değişiklik öngörmektedir. Yapılan değişiklikler ile ilgili uygulamada çok sayıda ihtilafa ve/veya tartışmaya konu olan düzenlemelere değinmek isteriz.

İşkolu Tespiti Davalarında Değişiklik:

İşverenler işkolu Tespiti talebi ile, işyerinin bağlı bulunduğu işkolunun örgütlenen sendikadan farklı olduğunu mahkeme kararı ile tespit ettirse dahi; Toplu İş Sözleşmesi yapmaktan kurtulamayacaktır. Zira yeni kanunun 5.maddesinde işkolu tespit prosedürü düzenlenmiş olup; buna göre, "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespiti karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir[...] Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz." hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile işyerinin işkolu değişmiş olsa dahi, o işkolunda kurulu bulunmayan bir sendikanın, işveren ile toplu iş sözleşmesi akdedebilmesinin önü açılmıştır.

İşçilerin E-Devlet Şifreleri Toplanmaya Başlandı:

Eski Kanun ile sendika üyesi olma yaşı 16 olarak düzenlenmiş iken; yeni yasa ile "15 yaşında" sendika üyesi olma imkânı getirilmiştir. Bunun yanı sıra; eski yasa döneminde üye olma ve üyelikten çekilme işlemleri Noter kanalıyla yapılmakta iken; yeni sistemde e-devlet şifresi ile üyelik başvurusu ve üyelikten çekilme işlemleri yapılmaya başlanmıştır. Bu uygulamanın başlaması ile birlikte, pek çok işyerinden, işçilerin e-devlet şifrelerinin sendikalar tarafından alındığına ve yetki başvuru sürecinde bir anda çok sayıda üye kaydederek yetki elde edebildiklerine dair bilgiler gelmeye başlamıştır. İşçilerin e-devlet şifrelerinin alınarak, bizzat kendi iradeleri olmaksızın üyeliğinin gerçekleştirilmesi şeklindeki sendika faaliyetleri; hukuka aykırı olması ve buna rağmen yaptırımsız kalması nedeniyle oldukça tartışılmaktadır. Zira benzeri bir durum işveren tarafından uygulandığında; sendikal hakları engellemekten ötürü, Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu davası açılması gibi pek çok yaptırım gündeme gelmesine rağmen, sendikalar hakkında yaptırımlar yok denecek kadar az oranda uygulanabilmektedir. Oysaki Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 17. maddesinin "Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz." hükmü, sadece işveren yönünden değil, sendikalar yönünden de geçerlidir.

WHAT CAN BE EXPECTED FOR EMPLOYERS UNDER THE NEW TRADE-UNION LAW?

The Law No: 6356 on Trade-Unions and Collective Bargaining Agreement has been adopted on 18.10.2012 and published in the Official Gazette dated 07.11.2012 and with this Law, the Law No: 2821 on Trade-Unions and the Law No: 2822 on Collective Bargaining Agreement, Strikes and Lock-Out have been abrogated. The new legal regulation introduces many changes related to unionization at working place, which can generate unfavorable consequences for employers. We would like to mention the regulations related with the changes made which lead to many conflicts and/or disputes in the implementation.

Changes in Lawsuits against Branch of Work

Determination Lawsuits: Even if, on branch of work determination request, employers have court decision regarding that establishment has different branch of work than the branch of work of the trade-union, they will not be relieved from concluding collective bargaining agreement. Because article5 of the new law regulates the branch of work determination procedure, and according to that "The determination of the branch of work of an establishment is determined by the Ministry. The Ministry publishes its decision related to the determination in the Official Gazette. The concerned persons can file a lawsuit against this decision, within fifteen days as of the date of publication of the decision [...] If the competence process for a new collective bargaining agreement started, the determination of a change of branch of work will be valid for the subsequent period. The request for determination of the branch of work and related lawsuits filed shall not suspend the competence process and competence determination lawsuits". With this provision, even if the branch of work of the establishment changed, the way will be paved for the

trade-union which is not established in same branch of work to conclude a collective bargaining agreement with the employer.

E-State passwords of workers started to be collected:

Whereas under the previous law, the age for being a member of a trade-union was 16, under the new law, the minimum age for trade-union membership is 15. Besides this, under the previous law, joining and resigning from the trade-union membership were made via notary public, now by the new system, employee will be able to join and resign from trade-union membership through an E-State password. After introducing of this system, many establishments have informed that employees' e-state passwords are taken by trade-unions, and in the course of competence process trade-union enrolls many employee at the same time as members and obtains competency. The matter of fact that obtaining e-state passwords of employees and register them to the trade-union without employees' free will are unlawful activities of the trade-union, and not imposing any sanction on these activities generates many debates. On the contrary to that, if employer commits a similar violation, many sanctions would be imposed, such as filing a public lawsuit in the scope of the Turkish Penal Code and likewise sanctions, due to impeding trade-union rights. However, article17 of the Law on Collective Bargaining Agreement and Trade-Unions which is stipulating that "It is free to become a member of a trade-union. None shall be forced to become a member or not become a member of a trade-union" applies not only to the employers but also to the trade-unions as well.

Üyelik Aidatını Belirleme Yetkisi Artık Sendikalarda:

Eski yasa döneminde, sendika üyelik aidatı en fazla işçinin 1 günlük çıplak ücreti tutarında olabilirdi. Ancak yeni Kanun'un 18 maddesi ile "Üyelik aidatının miktarı kuruluşların tüzüklerinde belirtilen usul ve esaslara göre genel kurul tarafından belirlenir." hükmü getirilerek, aidat miktarı belirsiz hale getirilmiştir. Yine; eski dönemde, dayanışma aidatı, sendika üyelik aidatının üçte ikisi iken; Yeni Kanun'un 39. maddesi ile bu miktar, "üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla belirlenir." ifadesi ile belirsizleştirilmiştir.

Sendika Yöneticilerine Kıdem Tazminatı Hakkı:

6356 Sayılı Kanun'a göre; Sendika yöneticisi olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalacak, ancak bu işçi dilerse iş sözleşmesini derhal feshedip, kıdem tazminatını talep edebilecektir. Yöneticinin, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi halinde, ödenecek kıdem tazminatının fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanacağı belirlenmiştir.

Yönetici dilerse, iş akdini feshetmeyip; görevi sona erdiğinde işverene başvurarak işe başlatılmasını isteyebilecektir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılacaktır.

İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi Artırıldı:

Eski yasa döneminde, sendika temsilcileri için sendikal tazminat olarak bir yıllık tazminata hükmedilebilirken; yeni yasa ile, sendika temsilcisinin dava açması halinde "temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması hâlinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir." hükmü getirilmiştir.

Sendikal Hakların Güvencesi:

İşçilerin işe alınmaları; sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacaktır. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde; işverenin işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, işe iade davası açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, işe iade davasındaki işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilebilecek olup; işçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. İşçi işe iade talebinde bulunmasa dahi, sendikal tazminat talep edebilir.

İşyeri Devirlerine Yeni Düzenleme:

Yasanın 38. maddesi ile getirilen düzenleme kapsamında; bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer.

Right to determine membership fee now belongs to the trade-unions:

Under the previous law, the trade-union membership fee could be equal to maximum 1 day net salary of the employee. However, article 18 of the new law sets forth that "Membership fee is determined by the general assembly in compliance with the procedures and principles indicated in the statute of the institution", and thus, the amount of the fee becomes undetermined. Formerly, the solidarity fee was two-third of the trade-union fee, now under the article 39 of the new law by stating that "solidarity fee will be determined without exceeding the membership fee" this amount becomes indefinite.

Trade-union managers' right of severance payment:

According to the Law No: 6356, the employment contract of an employee who leaves the establishment due to being trade-union manager, will be suspended, however s/he also has right to terminate her/his employment contract and claim her/his severance payment. In case the manager terminates her/his employment contract during her/his term of duty the severance payment to be paid will be calculated according to the equivalence wage on the date of termination. The manager, at her/his discretion, may not terminate her/his employment contract and apply to the employer when her/his duty expires, and request to start work. The employer is obligated to reemploy her/him at her/his previous work or an equivalent work within one month from the date of her/his request, under the conditions of that time. In case s/he is not reemployed within this period it will be deemed that her/his employment contract is terminated by employer.

Increasing the establishment's trade-union representatives' security:

Under the previous law, one-year indemnity was to be paid as trade-union indemnity to trade-union representatives, by the new law, in case the trade-union representative files a lawsuit, it is brought that "on condition to not exceed its representation period, its wage and other rights between the

date of termination and the final decision will be paid. Provided that within six working days of the finalization of the decision, if the representative applies to work within six working days from the date of final decision and the representative is not allowed to restart within six working days, it will be considered that her/his work relationship continues, and thus her/his wage and other rights shall be paid during the representation period".

Secure the trade-union rights:

The employment of an employee cannot subject to condition of joining or not joining to the trade-union or maintaining or resigning from the trade-union membership. In case of no compliance with this obligation, the employer will have to pay a trade-union compensation which is not less than the employee's one-year wage. In case the employment contract is terminated with a reason arising from the unionization the employee will have right to file a reemployment lawsuit. In case it is determined that the employment contract is terminated for the reason of unionization, it will be decided that compensation shall be paid to the employee regardless of whether the employer reemploys the employee or not. In case the worker does not file a lawsuit according to the provisions of the Law No: 4857 above, it will not prevent employee to claim compensation. Even though the employee does not claim to be re-employed, s/he can claim compensation.

New regulation for transfer of establishment:

Within the scope of article38 of the law, in case of transfer of whole or part of an establishment, if assignee has a establishment in the same branch of work or a collective bargaining agreement is in force at assignee's establishment; rights and obligations arising from the collective bargaining agreement applied at acquired establishment or establishments will be in force as provision of employment contract. If there is no collective bargaining agreement applied in the establishment or establishments of the assignee employer, rights and obligations arising from the collective bargaining agreement in force at acquired establishment will be in force as collective bargaining

Sendikaların Yetki Alabilmeleri Kolaylaştırıldı:

Eski yasa döneminde, Sendikaların kurulu bulunduğu işkoluna çalışan işçi sayısının %10 'u tutarında üyesi bulunması gerekmekteydi. Yeni Kanun ile, bu sınır, %3'e indirilerek; geçiş hükümleri ile Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1/7/2016 tarihine kadar yüzde bir, 1/7/2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanması kararlaştırılmıştır. Ayrıca, eski dönemde işletme toplu iş sözleşmesi için sendikanın toplam işçi sayısının yarısından fazlası kadar üyesi olması gerekirken; bu oran Sendika lehine azaltılarak % 40'a indirilmiştir.

SGK Bildirimleri Artık Dikkate Alınmıyor:

Eski Kanun döneminde uygulamada; işverenlerin Yetki Tespitine itiraz sırasında Sendikanın yetkisini düşürebilmek gayesiyle yapılan "geçmişe dönük işçi girişlerinin" ve sendikalı işçilerin geçmişe dönük işten çıkışlarını yapılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla; yeni yasaya "Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz." hükmü eklenmiştir.

Hapis Cezaları Kaldırıldı:

Eski yasa döneminde grev ve lokavt hükümlerine aykırılık halinde 6 aydan başlayarak hapis cezası mevcut iken; hapis cezaları kaldırılarak yerine para cezaları getirilmiştir. Bu düzenleme ile işverenlerin ve Sendika yetkililerinin yahut sendikal haklara aykırı davranan diğer kişilerin, Türk Ceza Kanunu 118. maddesinde yer alan cezai yaptırım haricinde hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidi ile karşılaşma riski ortadan kalkmıştır.

Sonuç olarak;

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yaklaşık 1,5 yıldır yürürlükte olmasına rağmen; işverenlere olan etkilerinin ve yeni düzenlemelere karşı tepkilerin zaman geçtikçe daha çok arttığı görülmekte olup; ilerleyen dönemde işverenlerin Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerden ötürü oldukça zorlanacağı tahmin edilmektedir.

Başak Arslan, 2004 senesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2011 itibarıyla Egemenoğlu Hukuk Bürosu'nda kıdemli avukat olarak çalışmaya başlayan Arslan, ağırlıklı olarak İş ve Sosyal güvenlik hukukundan doğan uyuşmazlıklar üzerinde çalışmakta ve bu alanda kurumsal müvekkillere hukuki danışmanlık hizmeti sunmakta olup İstanbul Barosu'na kayıtlıdır.

agreement provision until a new collective bargaining agreement is concluded. In case an establishment which is a collective bargaining agreement is not in force taken over by an employer which is party to a collective bargaining agreement, the acquired establishment will be covered by the collective bargaining agreement as well.

It became easier for trade-unions to be competent:

Under the previous law, a trade-union had to hold at least 10% of the total employees who were working at the branch of work that the trade-union operates in. With the new law, this limit has been reduced to 3%. Also, through the provisional articles, for a transition period branch of work threshold will be applied as 1% for the unions which are members of the confederations represented in the Economic and Social Council, until 1% July 2016, and 2% until 1 July 2018. Furthermore, formerly, in order to conclude a collective bargaining agreement, half of the total employees of the business had to be member of the trade-union; now this rate is reduced to 40% in favor of the trade-union.

Social Security Institution are not taken into consideration any more:

Formerly, it was possible to reemploy and dismiss employees retroactively during the objection of the Determination of Competency of trade union. In order to prevent that, the following provision has been brought: "Notifications related to the start of social security and its expiry which is not made within the required deadlines to the Social Security Institution will not be taken into consideration in the determination of the competent trade-union".

Prison sentence is revoked:

Under the previous law, in case of violation of the provisions regarding right of strike and lock-out, a prison sentence starting from 6 months would be applied, now instead of prison sentence penalty fine has been brought. With this regulation, apart from penal sanctions indicated in article 118 of the Turkish Penal Code, the liberty binding punishment would not be applied to the employers or trade-union managers or other persons who violates the trade-union rights.

In conclusion, although the Law on Trade-Unions and Collective Bargaining Agreement is in force since last 1.5 years, the adverse impact of the law on employers increases the reactions against the new regulations over the time. With this regard in the forthcoming period, it is expected that employers will have difficulties in performing what the new law brought.

Başak Arslan graduated from Istanbul University Law School in 2004. She is a senior associate in the firm's dispute Labor and Social Security practice group since 2011. Her practice areas include employment law, dispute resolution, and litigation. She represents major companies in various sectors with respect to their employment law related issues. She has assisted a great number of clients as both employers and employees on their respective daily and project based employment law transactions disputes and she is admitted to the Istanbul Bar.



AV. ÖZLEM KAYA - ASSOCIATE
okaya@egemenoglu.com

ESKİ ÇALIŞANINIZ YENİ RAKİBİNİZ OLABİLİR Mİ?

İş sözleşmesinin devamı süresince iş ilişkisinin tabiatı gereği işçi ve işveren açısından birbirlerine sadakat gösterme borcu bulunmaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresince işverenle rekabet etmeme borcu sadakat borcunun özel bir görünümüdür. Ancak iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin işveren ile rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesine konulacak bir kayda yer verilmesine veya ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek bulunmaksızın iş sözleşmesinin imzalanması ile birlikte doğmaktadır.

Ne var ki iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra işçinin rekabet etmeme borcunun söz konusu olabilmesi ancak iş sözleşmesinde bu yönde yer verilecek özel bir kayıtla veya rekabet yasağına dair ayrı bir sözleşme ile mümkün olabilmektedir. Ancak böylelikle işçinin işverenle rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki süreçte de devam edebilmesi sağlanmaktadır.

GEÇERLİ BİR REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ MÜMKÜN MÜ?

İşçi ile işveren arasındaki rekabet sözleşmesi, işçinin işverene nazaran daha güçsüz konumda bulunması ve Anayasa'nın 48. Maddesi'nde öngörülen çalışma ve sözleşme özgürlüğü sebebi ile kanun koyucu tarafından bir takım sınırlandırıcı şartlara tabi kılınmıştır. Bu şartları şu şekilde özetleyebiliriz;

- 1 - Yazılılık,
- 2 - Korunmaya değer bir menfaatin varlığı,
- 3 - İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmemesi,
 - 3.1 - Yer bakımından sınırlama,
 - 3.2 - Zaman bakımından sınırlama,
 - 3.3 - Konu bakımından sınırlama

KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ YAZILILIK ŞARTI NEDİR?

İş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonrası için öngörülen rekabet yasağının geçerliliği bakımından kanun koyucu yazılılık şartını aramaktadır. Bu koşul, ya iş sözleşmesine konulacak rekabet yasağı kaydı ya da ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi ile sağlanacaktır.

İŞVERENİN KORUNMAYA DEĞER MENFAATİ KAPSAMINDA MÜŞTERİ ÇEVRESİ VE ÜRETİM SIRLARI

Yine rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için işçinin müşteri çevresi veya üretim sırları, know-how ya da işverenin işleri hakkında bilgi edinme imkânının olması ve söz konusu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarara sebebiyet verecek nitelikte olması gereklidir. Ayrıca sözleşmenin geçerliliğinden bahsedebilmek için işçinin, müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin işleri hakkında bilgileri fiilen öğrenmesi aranmamakta, sadece bilgi edinme imkânının mevcut olması dahi yeterli görülmektedir.

İşverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin söz konusu olabildiği hallerden biri işçinin konumu itibari ile müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânına sahip bulunmasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki rekabet yasağının alanını genişletmemek amacıyla; müşteri çevresi kavramı dar yorumlanmalıdır.

Üretim sırları ise, işletme ile ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular olarak tanımlanabilir. Hemen belirtmek gerekir ki; üretim sırları ve işverenin işleri hakkında bilgi edinme imkânının söz

CAN YOUR PREVIOUS EMPLOYEE BE YOUR NEW RIVAL?

During the term of the employment contract, by virtue of the nature of the employment relationship, the employee and the employer must be loyal to each other. During the term of the employment contract, employee's obligation of non-compete with the employer is a special aspect of the loyalty obligation. Furthermore, during the term of the employment contract, the employee's obligation of the non-compete with the employer arises by the entering in a contract, without need for a stipulation in the contract or the conclusion of a separate agreement.

However, binding the employee with the non-compete obligation after the date of expiry of the employment contract will be possible by stipulate it in the employment contract. By doing this, employee's obligation of non-compete with the employer will pursue after the expiry of the employment contract.

IS IT POSSIBLE TO CONCLUDE A VALID NON-COMPETITION AGREEMENT?

As a matter of fact that employees are more vulnerable compared to the employers and Article 48 of the Constitution stipulates freedom of working and concluding agreement, it is thus entering into a competition agreement between the employee and the employer is subject to certain restrictive conditions, namely:

- 1 - It shall be in written form,
- 2 - Existence of an interest to be protected,
- 3 - The economic future of the worker is not at risk, in contravention of equity,
 - 3.1 - Restriction related to the place,
 - 3.2 - Restriction related to time,
 - 3.3 - Restriction related to the subject

WHAT DOES THE WRITTEN FORM MEANS?

For the validity of the non-competition obligation after the expiry of the employment contract, it is required to make the agreement in written. This condition will be ensured either by stipulating a non-competition clause in the employment contract or by concluding a separate agreement.

CUSTOMERS AND PRODUCTION SECRETS IN THE SCOPE OF THE EMPLOYER'S INTEREST WORTH BEING PROTECTED

For contracts related to non-competition to be valid, the employer must have the possibility to access to the customers information or production secrets, know-how or the employer's activities and use of the mentioned information must be likely to cause great prejudice to the employer. With this regard, the possibility of having access to the customers information or production secrets, know-how will be sufficient to enter in a non-competition agreement, it is not required to gain the mentioned information to make a valid non-competition agreement.

One of the cases where the employer has a rightful interest worth being protected is the possibility for the worker, due to its position, to acquire information regarding to the customers. However, it shall be noted that in order to not broaden the extend of the non-competition agreement "the customers information" shall be interpreted in the narrow sense.

Also production secrets can be defined as the information which is related to the establishment, known in a limited environment, not open access

konusu olmadığı personeller ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedebilmek mümkün olmayacaktır.

Tüm bunlarla birlikte kanunun ilgili hükmü, işçinin üretim sırları veya işveren işleri ya da müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağına sahip olmasını rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için yeterli görmemekte, ayrıca söz konusu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verecek nitelikte olmasını aramaktadır.

YER, ZAMAN VE KONU BAKIMINDAN SINIRLAMA İLE KORUNAN İŞÇİNİN EKONOMİK GELECEĞİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu yer, zaman ve konu bakımından sınırlamalar getirerek güçsüz konumdaki işçiyi çalışma hürriyeti bakımından işverene karşı korumayı hedeflemektedir. Bu kapsamda rekabet yasağının söz konusu olduğu yerin, coğrafi bir bölge veya şehir olarak işverenin faaliyetinin etki alanına atıfta bulunmak sureti ile belirlenmesi mümkün olmakla birlikte herhalde işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanının sınırlarını aşması mümkün değildir. Zira bu durumda işverenin korunmaya değer herhangi bir haklı menfaati bulunmamaktadır.

Yargıtay da, rekabet yasağına ilişkin yer sınırlamalarının mevcut olup olmadığını, mevcut ise hakkaniyete uygun olup olmadığını titizlikle incelemektedir. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, rekabet yasağı sözleşmesi ile getirilen “Türkiye’de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder” biçimindeki sözleşme hükmünün işçinin ekonomik geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olduğunu kabul ederek, rekabet yasağının geçersiz olduğuna kanaat getirmiştir.

Kanun koyucu zaman bakımından getirdiği sınırlama ile rekabet yasağının söz konusu olacağı sürenin özel durum ve koşullar dışında 2 yılı aşamayacağını öngörmüştür. Rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin sona erdiği dönemden sonrası için öngörüldüğünden rekabet yasağı süresi de elbette iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Son olarak getirilen sınırlama ise konu bakımındandır. Bu sınırlama ile rekabet yasağının işverenin tüm faaliyet alanı ile ilgili değil de işçinin işverenin işletmesinde yapmakta olduğu iş ile sınırlı olarak öngörülmesine bağlı olarak işçinin ekonomik geleceği koruma altına alınmıştır.

ESKİ ÇALIŞAN YENİ RAKİP OLURSA?

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edilmesi halinde işverenin sahip olabileceği haklar; zarar tazmini, cezai şart ödenmesi ve rekabet yasağına aykırı davranışın sona erdirilmesi şeklinde özetlenebilir.

İŞVEREN OLARAK ZARARIMIN TAZMİNİNİ TALEP EDEBİLİR MİYİM?

İşçi, rekabet yasağına aykırı bir davranışta bulunması halinde işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. İşçinin tazmin etmekle yükümlü olduğu zararın kapsamı, işverenin uğramış olduğu fiili zarar ve yoksun kalmış olduğu kârdır. Bu kapsamda, işveren, malvarlığının mevcut durumu ile işçi tarafından rekabet yasağına aykırı davranış gerçekleşmemiş olsaydı bulunacağı durum arasındaki farkın, işçi tarafından tazmin edilmesini talep edebilecektir.

CEZAI ŞART TALEP ETMEK MÜMKÜN MÜ?

Rekabet yasağına ilişkin olarak öngörülen cezai şart miktarını ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borçtan kurtulma imkânı öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki; işçinin cezai şartı ödemeyi kabul etmesi halinde, işçi ayrıca işverenin cezai şart miktarını aşan zararını da tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Ancak elbette rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart öngörülmüş olmakla birlikte sözleşmeye konulacak bir hükümlerle işçinin söz konusu cezai bedeli ödemesine rağmen rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulamayacağı da düzenlenebilir.

Uygulamada cezai şart miktarı belirlenirken genellikle işçinin brüt aylığı temel alınmakta ve ceza bunun katları olarak karşılaştırılmaktadır. Sözleşme ile öngörülen cezai şart miktarının aşırı olması halinde ise hâkim tarafından cezai şartın işçi tarafından herhangi bir talep olmasa dahi indirebileceği öngörülmüştür.

of every one and giving rightful interest in keeping them confidential. It shall be stated that entering into a non-competition agreement with an employee who does not have any access to the information on the production secrets and the employer’s, will be deemed invalid.

Under the related provision of the law, apart from the possibility to obtain information on production secrets or the employer’s activities or customers is not sufficient to enter into a valid non-competition agreement, and also whether use of information will cause a serious damage or not shall be taken into consideration.

THE ECONOMIC FUTURE OF THE EMPLOYEE PROTECTED BY RESTRICTION IN TERMS OF PLACE, TIME AND SUBJECT

First of all it shall be stated that by setting restrictions in terms of place, duration and subject, the regulator aims protecting the employees in terms of freedom of work. Within this context, the place where non-competition is imposed can be determined as a geographical region or a city by reference to the impact area of the employer’s activity, but it cannot exceed the operating area of the employer, because in such case the employer has no rightful interest worth being protected.

The Court of Appeal, in its rulings, examines whether there are restrictions of place related to non-competition, and if so, whether they are equitable or not. Indeed, the Court of Appeal 9th Civil Chamber decided on that the contract clause of the non-competition agreement which states that “represents and warrants that it will not work in all the banks in Turkey” will lead to severe consequences for the economic future of the employee, thus the non-compete clause is not valid.

With respect to the restriction in terms of duration, under the law the period of non-competition is limited to 2 years, apart from special cases and circumstances. As the non-competition agreement

is to be enforced after the expiry of the employment contract, the period of non-competition will start as of the date of termination of the employment contract.

The last restriction is imposed in terms of subject. With this restriction, the economic future of the worker has been protected by limiting non-competition regarding to the work performed by the employee in the employer’s establishment and not the whole activity of the employer.

IF THE FORMER EMPLOYEE BECOMES THE NEW RIVAL?

In case of violation of a valid non-competition agreement the employer can claim payment of damages and penalty fee, and ceasing the infringing behavior which is in contravention of non-competition.

AS AN EMPLOYER, CAN I CLAIM COMPENSATION FOR MY LOSS?

In case the employee violates the non-competition agreement, it must compensate all the losses of the employer. The losses which the employee must compensate cover the actual damages incurred by the employer and its loss of profit. In this context, the employer can claim from the employee to compensate the difference between the current state of its asset and the state it would be if the employee had not violated the non-competition agreement.

CAN PENALTY BE CLAIMED?

The possibility to be relieved from liability related to non-competition, by paying the penalty stipulated at related provision of the non-competition agreement. It shall be indicated that in case the employee agrees to pay the penalty, the employee is also shall be liable to compensate the loss of the employer exceeding the amount of the penalty. However, although a penalty is provided in the non-competition agreement, it can be set out in the agreement that even the employee pays the penalty decided in the agreement the obligation of non-compete of the employee will be continuing.

TR

REKABET YASAĞINA AYKIRI DAVRANIŞIN SONA ERDİRİLMESİ

Rekabet yasağına aykırılık halinde, işverenin sahip olabileceği haklardan biri de işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son vermesini talep etmektir. Ancak rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesinin talep edilebilmesi için öncelikle söz konusu aykırı davranıştan kaçınmayı talep etme hakkının yazılı olarak açıkça saklı tutulması gerekmektedir.

Bu hakkın ancak istisnai hallerde mümkün olduğu hususu göz önüne alınarak, uygulamada işçinin işveren hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak işverenin işçilerini elde etmesi, müşteri çevresini yanıltacak şekilde eski işverene ait malzemeleri kullanmaya devam etmesi gibi davranışların rekabet yasağı ihlallerini oluşturabileceği kabul edilebilir.

REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ NE ZAMAN SONA ERER?

Kanun koyucu tarafından belirlenen rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özel sebepler dışında taraflarca sözleşme ile kararlaştırılan veya hâkim tarafından indirilen sürenin dolması, işçinin ölümü, tarafların anlaşması gibi nedenlerle de rekabet yasağı sözleşmesi sona ermektedir.

Rekabet yasağı ile korunan bilgilerin sır olmaktan çıkması, tamamen değişik bir müşteri çevresine hitap edecek biçimde işyerinin farklı bir bölgeye taşınması, işyerinin faaliyet alanının değiştirilmesi gibi haller uygulamada işverenin rekabet yasağının devamında önemli bir yararının kalmadığına örnek olarak gösterilebilir.

Tüm bunlarla birlikte işyerinin devri halinde de, rekabet yasağı sözleşmesinin akıbeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre söz konusu işyerinin devri halinde rekabet yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği belirtildiği gibi rekabet yasağına aykırı olduğu da diğer bir görüş olarak savunulmaktadır. Rekabet yasağı işverenin şahsi kişiliğine değil de işçinin çalıştığı işyeri ve yaptığı iş kapsamında iktisadi bir değer taşıdığından iş sözleşmesi devam ederken veya iş sözleşmesi sona erdikten sonra da rekabet yasağı sözleşmesinin de devralan işverene geçtiği kabul edilmelidir.

Özlem Kaya, Marmara Üniversitesi'nden 2007 yılında mezun olmuştur. Özellikle iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında uzmanlaşmış olan Özlem Kaya, 2011'den bu yana Egemenoğlu Hukuk Bürosu'nda çalışmaktadır.

ENG

In practice, when determining the penalty, generally the worker's gross wage is taken as the basis and the penalty is set as multiples of this amount. In case the penalty foreseen by the contract is excessive, it can be reduced by the judge even if there is no demand made on the side of the worker for the penalty.

CEASING THE VIOLATION OF NON-COMPETING

In case of contravention of non-competition, one of the rights of the employer is to request from the employee to cease its behavior contrary to non-competition. However, in order to request the ceasing of the behavior contrary to anti-competition, the right of claim shall be reserved in writing in the contract.

In practice the behaviors of the employee such giving incorrect declaration regarding the employer and employing employer's employees, or pursuing the using the employer's materials so as to mislead employer's customers constitute violation of non-compete.

WHEN DOES THE ANTI-COMPETITION AGREEMENT TERMINATE?

Apart from special reasons related to the termination of the anti-competition agreement determined by the legislator, the non-competition agreement may also terminate due to the expiry of the term determined by parties within an agreement or shorten the duration by a court decision, the employee's death, or the consensus reached between the parties.

The significant changes such as, the information protected by non-competition is not confidential any more, moving the establishment to to the different address, thus applying to the different customers, and the change of the field of activity of the establishment can may prevent the obligation of non-compete to be enforced.

Apart from the above mentioned, in case of transferring the establishment, it is in question whether the non-competition agreement pursues to be in force or not. According to one opinion, the transfer of the establishment will not constitute a violation of non-competition, but others assert the opposite. As non-competition bases on the workplace and the work performed by the employee and does not take the personality of the employer, it must be acknowledged that the non-competition agreement is transferred to the transferee employer.

Özlem Kaya graduated from Law Faculty of Marmara University in 2007. Ms. Kaya's main practice includes Labor and Social Security Law. She is member of the Firm since 2011.

BORCA KATILMA



YRD. DOÇ. DR. ZAFER KAHRAMAN - ASS. PROF.
zkahraman@egemenoglu.com

Borca katılma sözleşmesinin, doğrudan katılana başvurma imkânı sunması sebebiyle bankalar ve kredi kuruluşları tarafından uygulamada teminat amaçlı olarak kullanılmaya başlandığı göze çarpmaktadır. Bu bakımdan, kefalet ve garanti sözleşmelerinin yanında, teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin de şahsi bir teminat olarak bankacılık uygulamasında yerini aldığı görülmektedir.

Borca katılma, eski Borçlar Kanunu'muzda düzenlenmemiş olsa da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli olarak akdedilebiliyordu. Bu sözleşme uygulamada sıklıkla görülmeye başlandığı için yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir (TBK. m.201). Aşağıda bu düzenlemeyi ele alacağız.

GENEL OLARAK BORCA KATILMA

Alacaklıyla borçlu arasındaki asıl borç ilişkisinin dışında bulunan, bu ilişkiye yabancı bir üçüncü kişinin; borçlunun yanında yer alarak, onun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi ifa etmeyi üstlenmesi ve böylece söz konusu edimin ifası bakımından alacaklıya karşı ilk borçluyla birlikte aslı ve müteselsil borçlu sıfatını kazanmasına "borca katılma" denir. Burada üçüncü kişi; sözleşmeye katılmış olmaz, asıl sözleşmenin tarafı haline gelmez. Borca katılan, asıl borçlunun yanında müteselsil borçlu sıfatını almış olur. Böylelikle, asıl borçlu, borçlu kalmaya devam eder; sadece onun yanına yeni bir müteselsil borçlu eklenmiş olur.

Borca katılma, uygulamada genellikle teminat amacıyla yapılmaktadır. Zira borca katılan; asıl borçlunun yanına müteselsil borçlu sıfatıyla eklenerek alacaklının durumunu güçlendirmiş, alacağı temin etmiş olur. Nitekim, borca katılma anından itibaren alacaklı,

alacağının tatmini amacıyla, asıl borçlunun yanında veya ona başvurmadan önce, doğrudan katılana başvurma hakkına sahip olur. Üçüncü kişi borca katıldığında, asıl borçlunun hukuki durumunda bir değişiklik olmaz. Asıl borçlu, alacaklıya aynı içerik ve kapsamda borçlu olmayı sürdürür.

Borca katılma halinde, katılanın borcu kapsam ve içeriği bakımından asıl borçla aynı olsa da; borca katılan, asıl borçtan bağımsız ve aslı bir borç altına girmiştir. Asıl borç ifa dışı bir sebeple sona erse dahi, katılanın borcu varlığını sürdürür.

TALEP VE RÜCU

Yukarıda belirttiğimiz gibi, borca katılan asıl borçlunun yanında müteselsilen borçlu hale gelmiştir. Bu nedenle alacaklı, asıl borçludan önce yahut aynı anda borca katılan kişiye ifa talebini yöneltebilecektir. Bu talep karşısında borca katılan, asıl borçlunun sahip olduğu kişisel savunmalara dayanarak borcu yerine getirmekten kaçınamayacaktır (TBK. m.164).

Söz konusu borcu yerine getirmesi halinde borca katılan, alacaklının yerine geçer (alacaklıya halef olur) ve onun yerine ifa ettiği borç ile ilgili olarak asıl borçluya rücu edebilir. Belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla borca katılan, iç ilişkide ödediği miktarın tamamını rücu edebilecektir. Zira sadece asıl borçluyu temin etmek için borca katılmıştır.

BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN TARAF LARI, KURULMASI VE ŞEKLİ

TBK. m. 201 hükmü uyarınca borca katılma, borca katılan üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılacak bir sözleşmeyle gerçekleşir.

PARTICIPATION IN DEBT

As the debt participation agreement allows application directly to the participant, it is conspicuous that banks and credit institutions started using it for security purposes. As such, besides bailment and guarantee agreements, debt participation agreements with security purposes started being used in banking applications as personal security.

Although participation in debt is not regulated in our former Code of Obligations, it could be concluded within the scope of freedom of contract. As this agreement was frequently seen in practice, it is regulated in the new Turkish Code of Obligations (TBK) (TBK. art.201). We will discuss this regulation hereunder.

PARTICIPATION IN DEBT IN GENERAL

When a third person, who is not a party to a principal debt relationship between a creditor and a debtor, takes place beside the debtor, undertakes to perform its obligation and becomes a principal and joint debtor against the creditor, concerning the performance of the said obligation, this is called "participation in debt". Here, the third person does not participate in the agreement, does not become a party of the principal agreement. The participant in debt acquires the capacity of joint debtor beside the principal debtor. As such, the principal debtor remains as debtor and it's only that a new joint debtor takes place beside the principal debtor.

Participation in debt is generally made in practice for security purposes, because the participant in debt takes place beside the principal debtor as joint debtor and strengthens the position of the creditor, secures the claim. As a matter of fact, as of the moment of

the participation in debt, the creditor has the right to refer directly to the participant, before the principal debtor or together with the principal debtor, in order to recover its claim. When the third person participates in the debt, there will be no change in the legal position of the principal debtor. The principal debtor will continue to be a debtor to the creditor to the same extent and with the same content.

In case of participation in the debt, although the debt of the participant is the same as the principal debt, in terms of scope and content, the participant in debt will incur a debt independent of the principal debt. Even if the principal debt expires for a reason other than performance, the debt of the participant will continue to exist.

DEMAND AND RECOURSE

As indicated above, the participant in debt becomes a joint debtor together with the principal debtor. Therefore, the creditor can direct its demand to the participant in debt, before the principal debtor or at the same time, for performance of the debt. Faced with this demand, the participant in debt cannot refrain from performing its debt, based on the personal defense of the principal debtor (TBK. art.164).

In case the participant in debt performs the said debt, it will replace the creditor (it will be a successor of the creditor) and can recourse to the principal debtor regarding the debt, in its place. It must be indicated that the participant in debt for security purposes can recourse the total amount it paid in the internal relationship, because it participated in the debt only to warrant the principal debtor.

Borca katılma, kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmamıştır. Ancak, kanaatimizce, katılmak istenen borç, şayet niteliği gereği borçluyu ikaz fonksiyonu taşıyan bir şekil şartına tâbi ise, bu borca katılmak isteyen kişiyi de ikaz edebilmek amacıyla, söz konusu borca katılmanın da bu şekle tâbi olması gerektiği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, gerçek kişilerce güvence vermek amacıyla yapılan teminat amaçlı borca katılma, TBK. m.603 hükmü gereğince, kefaletin şekil şartlarına ve ehliyete ilişkin koşullara (TBK. m.583 ve 584) uygun olarak yapılmalı ve dolayısıyla eşin rızası ve el yazılı beyan da aranmalıdır. Bu şekle riayet edilmeksizin düzenlenen teminat amaçlı borca katılma sözleşmeleri kesin hükümsüz olacaktır.

“Borca katılma sözleşmeleri de kefalet sözleşmelerinin şekil şartlarına tabi olmalı; borca katılardan el yazılı beyan ve eşinden yazılı muvafakat alınmalıdır.”

SONUÇ

Borca katılma sözleşmesi, tıpkı kefalet ve garanti sözleşmeleri gibi, bir kişisel teminat sözleşmesi olarak kullanılabilen faydalı bir teminat yöntemidir. Bu nedenle, her ne kadar borca katılmayı düzenleyen TBK m. 201 hükmünde belirtilmemiş olsa da, Türk Hukuku bakımından teminat verenin gerçek kişi olması durumunda, teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin kefaletin kuruluş şekline ve şartlarına tâbi olması TBK m. 603 gereğince kabul edilmiştir. Önerimiz, borca katılma sözleşmesi akdedilirken bu hususa dikkat edilmesidir.

THE ESTABLISHMENT, FORM AND PARTIES OF THE DEBT PARTICIPATION AGREEMENT

By virtue of art.201 of the Code of Obligations, the participation in debt is concluded by an agreement executed between the third person participating in the debt and the creditor.

In principle, participation in debt is not bound to any form requirement. However, in our opinion, if the debt to which participation is made is subject to a form requirement bearing a debtor warning function, by virtue of its nature, it must be admitted that in order to warn also this person willing to participate in the debt, the said participation in debt must also be subject to same form. We must indicate that the debt participation for security purposes made by real persons in order to give a security must be concluded, by virtue of art.603 of the Turkish Code of Obligations (TBK), in compliance with the form requirements of the bailiff and the conditions related to capacity (TBK Art. 583 and 584) and therefore the consent of the spouse and the hand-written statement must also be sought. Debt participation agreements concluded for security purposes without complying with this form will be invalid.

“Debt participation agreements must be subject to the form requirements of bailment agreements; a hand-written statement and the written consent of the spouse must be requested from the participant in the debt”

CONCLUSION

Debt participation agreement is, just like bailment and guarantee agreements, a useful security method which can be used as a personal security agreement. For this reason, although it is not indicated in art.201 of TBK regulating the participation in debt, in case the person providing the security is a real person with respect to the Turkish law, it is admitted by virtue of art.603 of TBK that the agreement for participation in debt for security purposes must be subject to the form and terms of establishment of bailment. Our proposition is to take due care of this point when concluding a debt participation agreement.



Av. SEVDA SEZER MEMİÇ - ASSOCIATE
ssezer@egemenoglu.com

E-DEFTER VE E-ARŞİV UYGULAMALARI

Bilindiği üzere Elektronik Defter Genel Tebliği ve 433 no'lu VUK Genel Tebliği ile ticari defter ve kayıtların elektronik ortamda hazırlanması, kaydedilmesi, muhafaza edilmesi ve istendiğinde ibraz edilebilmesi için e-defter ve e-arşiv uygulamaları getirilmiştir.

E-Defter, Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereğince tutulması zorunlu olan defterlerin belirli format ve standartlara uygun biçimde elektronik dosya biçiminde hazırlanması, bastırılmaksızın kaydedilmesi, değişmezliğinin, bütünlüğünün ve kaynağının doğruluğunun garanti altına alınması ve ilgililer nezdinde ispat aracı olarak kullanılabilmesine imkân tanıyan hukuki ve teknik düzenlemeler bütünüdür.

E-defter için; gerçek kişi mükelleflerin 5070 sayılı Elektronik imza Kanunu hükümleri çerçevesinde üretilen nitelikli elektronik sertifikaya sahip olmaları, tüzel kişi mükelleflerin 397 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde yer alan belirlemeler çerçevesinde elektronik fatura uygulamasından yararlanma iznine sahip olması ve bu çerçevede Mali Mühür temin etmiş olması ve ayrıca bu mükelleflerin kullanacağı yazılımın uyumluluk onayı almış bir yazılım olması gerekmektedir.

Standartlara uygun olarak hazırlanan elektronik defterlerin değişmezliğinin, kaynağının ve bütünlüğünün sağlanmasında gerçek kişiler için güvenli elektronik imza veya tüzel kişiler için mali mühür kullanılacak ve söz konusu defterin ilgili tüm taraflar nezdinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi sağlanacaktır.

Elektronik defter tutma sürecinde hesap döneminin ilk ayının beratının (Başkanlık Mali Mührü ile onaylanmış elektronik dosya) alınması açılış onayı, son ayının beratının alınması ise kapanış onayı yerine geçmektedir. Gerçek kişiler elektronik defterlerini, ilgili olduğu ayı takip eden üçüncü ayın son gününe kadar kendilerine ait güvenli elektronik imza veya mali mühür ile imzalayacaklardır. Tüzel kişiler ise elektronik defterlerini, ilgili olduğu ayı takip eden üçüncü ayın son gününe kadar (Hesap döneminin son ayına ait defterler kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın son gününe kadar) kendilerine ait mali mühür ile onaylayacaklardır. İmzalı veya mühürlü defterler için berat dosyaları oluşturularak, bu dosyalar Elektronik Defter Uygulaması aracılığı ile Başkanlığın onayına sunulacaktır. Başkanlık mali mührünü de içeren beratlar elektronik defter tutanlar tarafından indirilerek istenildiğinde ibraz edilmek üzere ilgili olduğu elektronik defterler ile birlikte muhafaza edilecektir. Oluşturulan elektronik defterler, Başkanlık tarafından onaylanan beratları ile birlikte Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında geçerli kanuni defter olarak kabul edilecektir.

Başkanlık tarafından gerçekleştirilen berat verme işlemi, ilgili defterlerde yer alan kayıtların içerik ve gerçeğe uygunluk denetimi anlamına gelmemekte ve herhangi bir vergi incelemesini veya diğer incelemeleri ifade etmemektedir.

E-BOOK AND E-ARCHIVE APPLICATIONS

As is known, with the Electronic Book General Communiqué and the General Communiqué no: 433 on the Tax Procedural Law, e-book and e-archive applications have been developed for the preparation, recording, preservation and submission whenever required of commercial books and records in electronic environment.

E-Book is a set of legal and technical regulations allowing books to be kept according to the provisions of Tax Procedure Law and the Turkish Commercial Law, to be prepared in certain formats, in compliance with standards, in the form of an electronic file, to be recorded without being printed, to be secured as to their non-modification, their integrity and the correctness of their source, and to be used as means of evidence before the those concerned.

For E-Book, real person taxpayer must hold a qualified electronic certificate produced within the framework of the provisions of the Law No: 5070 on Electronic Signature, legal person taxpayers must have the authorization to benefit from electronic invoice applications, by virtue of the General Communiqué No:397 on the Tax Procedure Law and must have obtained a Financial Seal and furthermore, the software to be used by these taxpayers must have a certificate of conformity.

To secure the non-modification, source and integrity of electronic books prepared according to the standards, real persons will use secured electronic signature or legal persons will use financial seal and the said books will be used as means of evidence for all the related parties.

In the electronic bookkeeping process, the procurement of the certificate (electronic file sealed with the Administration's Financial Seal) of the first month of the fiscal period corresponds to opening approval and the procurement of the certificate of the last month corresponds to the closing approval. Real persons will sign their electronic books with their secure electronic signature or their financial seal, until the last day of the third month following the related month. Legal persons will certify their electronic books with their financial seal, until the last day of the third month following the related month (books related to the last month of the fiscal period, until the last day of the month in which the corporate tax declaration concerning the fiscal period is submitted). For signed and sealed books, certificate files will be created and submitted to the Administration's approval through Electronic Book Application. Certificates bearing the Administration's financial seal will be downloaded by those keeping electronic books and preserved together with the related electronic books, in order to be submitted whenever requested. The electronic files created, together with their certificates approved by the Administration, will be considered as valid legal books in the scope of the Tax Procedure Law and the Turkish Commercial Code.

The certificate issuance by the Administration does not stand for a control of the correctness of the records' content in the related books and does not stand for any tax audit or other examination.

Aylık dönem, sadece onaya sunulan ayın defter kayıtlarını ifade etmekte olup, önceki aylara ait kayıtları içermeyecektir. Ancak, hesap dönemi veya takvim yılı içinde, defterlerini elektronik ortamda oluşturmaya başlayanlar, izleyen ilk ayda oluşturacakları elektronik defterlerde, ilgili hesap döneminin başından içinde buldukları döneme kadar gerçekleştirilen tüm kayıtlara yer vereceklerdir. Ayrıca elektronik defter tutmaya başladıkları tarih itibarıyla eski defterlerine kapanış tasdiki yaptırılacaktır.

E-defter kapsamında defterlerini elektronik defter biçiminde tutmaya başlayanlar, söz konusu defterlerini kâğıt ortamında tutamayacaklardır. Aksi takdirde bu mükellefler hiç defter tutmamış sayılacaktır. Elektronik defterler ile beratlarının veri bütünlüğünün sağlanması ile kaynağının inkâr edilmezliği, güvenli elektronik imza veya mali mühür ile garanti altına alındığı için elektronik defterlerin kâğıt ortamında saklanması da mümkün olmayacaktır.

Elektronik defterler, istenildiğinde elektronik, manyetik veya optik araçlar vasıtasıyla eksiksiz ve okunabilir şekilde ibraz edilmek üzere ilgili olduğu beratları ile birlikte muhafaza edilmek zorundadır. Muhafaza ve ibraz yükümlülüğü, elektronik defterlerin ve beratların doğruluğuna, bütünlüğüne ve değişmezliğine ilişkin olan her türlü elektronik kayıt ve veri, veri tabanı dosyası, saklama ortamı ile doğrulama ve görüntüleme araçlarının tümünü kapsamakta olup, elektronik defterlere istenildiğinde kolaylıkla erişilebilir, anlaşılabilir ve eksiksiz bir biçimde görüntüleyebilmeyi ve okunabilir kâğıt baskılarını üretebilmeyi sağlayacak biçimde yerine getirilmelidir. Elektronik defterler ve beratların elektronik defter izni verilenlerin kendilerine ait bilgi işlem sistemlerinde muhafaza edilmesi mecburi olup, üçüncü kişiler nezdinde ya da yurt dışında muhafaza işlemi Başkanlık ve Genel Müdürlük açısından herhangi bir hüküm ifade etmemektedir.

Usul ve esaslara aykırı biçimde elektronik defter oluşturan veya oluşturdukları elektronik defterleri yetkili makamların isteği üzerine ibraz etmeyenler hakkında, işledikleri file göre Vergi Usul Kanununun ve Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Ayrıca kâğıt ortamında düzenlenen defter, hiç düzenlenmemiş sayılır.

E-Arşiv ise; kâğıt ortamında düzenlenmek, muhafaza ve ibraz edilmek zorunluluğu bulunan faturanın elektronik ortamda düzenlenmesi ve ikinci nüshasının elektronik ortamda muhafaza ve ibraz edilmesine imkân tanıyan bir uygulamadır. Elektronik ortamda oluşturulan faturanın, alıcısına kâğıt olarak gönderilen veya elektronik ortamda iletilen şekli belgenin aslı, düzenleyen tarafından muhafaza edilen elektronik hali ise ikinci nüsha hükmündedir. Başkanlıktan e-arşiv izni alan mükellefler, elektronik ortamda oluşturdukları faturayı elektronik ortamda muhafaza ederler.

Uygulamadan mükellefler dilerse kendi bilgi işlem sistemi ile ya da Başkanlıktan izin almış özel entegratör bilgi işlem sistemi ile faydalanabilirler. Uygulamayı kendi sistemi üzerinden kullanan tüzel kişiler elektronik ortamda oluşturdukları faturalarını kendi mali mühürleri ile gerçek kişiler ise kendi mali mühürleri ya da NES ile onaylayarak saklarlar. Uygulamanın özel entegratör vasıtasıyla kullanılması durumunda belgeler mükelleflerin kendi mali mühür ya da NES'i ile veya mükellefin istemesi halinde özel entegratörün mali mührü ile onaylanarak saklanır. Mükellefler, onayladıkları belgeleri e-Arşiv Kılavuzunda açıklanan yöntemlerle Başkanlık sistemine aktarmak zorundadır. Erişim ve raporlama gereklerinin yerine getirilmiş olması, mükellefin e-arşive konu belgelerinin muhafazası ve ibrazı ödevlerini ortadan kaldırmaz. Bu uygulamadan faydalanan mükellefler, oluşturdukları ikinci nüsha elektronik belgelerini ve e-Arşiv Raporlarını birbirleriyle ilişkili şekilde, vergi kanunları ve diğer kanuni düzenlemelerin kâğıt nüshalar için

The monthly period refers only to the book records of the month submitted to approval and does not include the records of previous months. However, those who started keeping their books in electronic environment within the fiscal period or the calendar year, will include all records from the beginning of the related fiscal period to their current period in the electronic books, to be created in following month. Furthermore, as of the date of start of electronic book keeping, they will have the closing of their previous books certified.

Those who start keeping books in electronic environment cannot keep the said books in paper environment. Otherwise, these taxpayers will be considered as not having kept books at all. As with electronic books the data integrity of certificates and the non-deniability of the source are secured with electronic signature or financial seal, electronic books will not be preserved in paper form.

Electronic books must be preserved together with the related certificates, in order to be submitted upon demand, by electronic, magnetic or optic means, in full and in a legible state. The preservation and submission obligation covers all kinds of electronic records and data, database file, preservation environment and all the verification and imaging tools related to the correctness of electronic books and certificates, their integrity and invariability, and must be fulfilled so as to provide access to electronic books easily when required, visualize them clearly and in full and produce legible printings on paper. Electronic books and certificates must be preserved in database processing systems provided to those authorized to keep electronic books, their preservation by third persons or abroad is not accepted by the Administration and the General Directorate.

For those who create electronic books in contravention of the procedures and principles or who fail to submit their electronic books upon the demand of the competent authorities will be subject to the provisions of the Tax Procedure Law and the Turkish Commercial Code, according to the act they committed. Furthermore, books drawn up in paper form will be considered as not having been drawn up ever.

E-Archive is an application which allows the issuance of invoices, which has to be drawn up, preserved and submitted in paper form, in electronic environment and the preservation and submission of the second copy in electronic environment. The invoice sent to its addressee in electronic or paper form constitutes the original document and its version in electronic format preserved by the issuer is considered as the second copy. Taxpayers obtaining e-archive authorization from the Administration will keep in electronic environment the invoice made up in electronic environment.

Taxpayers can benefit from the application with their own data-processing system or the special integrator data-processing system authorized by the Administration. Legal persons using the application through their own system will preserve the invoices made out in electronic environment with their own financial seal and real persons with their own financial seal or NES certification. In case the application is used by means of the special integrator, documents will be preserved with the taxpayers' own financial seal or NES or if requested by the taxpayer, with the special integrator financial seal. Taxpayers must transfer to the Administration's system the certificates they approve, by using methods explained in the e-archive manual. The execution of access and reporting

öngörmüş olduğu süreler dâhilinde muhafaza ve istenildiğinde ibraz etmekle yükümlüdür. Mükellefler tarafından muhafaza edilen elektronik belgeler muhatabına gönderilen kâğıt nüshalar ile aynı içerikte ve istenildiğinde aynı görüntüde basılabilecek şekilde saklanmalıdır.

Bu uygulama ile ilgili olarak da hâlihazırda uygulanmakta olan cezalara bağlı kalınmış olup, belirlenen usul ve esaslara uymadıkları tespit edilenler hakkında işledikleri fiile göre Vergi Usul Kanununda yer alan cezalar tatbik edilecektir.

Sonuç itibarıyla e-arşiv ve e-defter uygulamaları kanuni zorunluluk teşkil etmekle birlikte, mükelleflerin bu uygulamalara aykırı davranışı Vergi Usul Kanunu hükümleri doğrultusunda usulsüzlük cezası ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda idari para cezalarını da beraberinde getirmektedir. Bu uygulamaların periyodik olarak sorunsuz bir şekilde uygulanması ve ertelenip ertelenmeyeceği sorularına uygulamanın yürürlüğe girmesi ile pratik hayatta cevap bulunabilecek olup, hak mahrumiyetine sebebiyet vermemesi açısından bir an önce alt yapı çalışmalarının başlatılması gerekmektedir.

Sevda Sezer Memiç, Anadolu Üniversitesi'nden 2008 yılında mezun olmuştur. Ağırlıklı olarak ticaret hukuku, sigorta hukuku, sözleşmeler hukuku, icra hukuku alanında faaliyet göstermektedir. 2012'den bu yana Egemenoğlu'nda çalışmaktadır.

requirement does not relieve the taxpayer from its obligation to preserve and submit the documents subject to e-archive. Taxpayers benefitting from this application must preserve and submit the second copy electronic documents they created and the e-Archive Reports upon demand, in an interrelated way, within the periods foreseen in tax laws and other legal regulations related to printed copies. Electronic documents preserved by the taxpayers must be preserved with the same content and image as paper copies sent to the addressee if demanded.

Regarding this application, the sanctions the penalties indicated in the Tax Procedure Law will be applied are imposed depending on the act committed for those who contravened to the determined procedures and principles.

In conclusion, e-archive and e-book applications constitute legal obligations and taxpayers contravening to these applications will be subject to irregularity fines according to the Tax Procedure Law and administrative fines according to the Turkish Commercial Code. Answers to the questions about whether these applications will be applied periodically without any problem and postponement or not, will be found in practice, and in order to avoid any loss of rights, infrastructure works must be immediately initiated.

Sevda Sezer Memiç graduated from Faculty of Law in 2008. She mainly practices on Commercial Law, Insurance Law, Contract Law and Enforcement Law. She is member of the Firm since 2012.



AV. HARIKA KOCACIK - ASSOCIATE
hkocacik@egemenoglu.av.tr

İFADE VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİ

“Fikirlerinizden nefret ediyorum. Ama onları savunabilmeniz için hayatımı feda etmeye hazırım.”
- Voltaire

İfade ve düşünce özgürlüğü, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasilerin olmazsa olmazı olarak kabul edilen doğal haklardan biridir. Gerek ulusal gerekse uluslararası pozitif hukuk (temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler) kapsamında düşünce ve ifade özgürlüğü; “çoğunluğun kararlarının uygulandığı, çoğunluğun mutlak hakimiyetinin hüküm sürdüğü” bir demokrasilerde değil; “çoğunluğun mutlak hakimiyetini reddeden, azınlıkların siyasal ve kültürel haklarının kabul edilmesi gerektiğini ve bugünün azınlığının yarın çoğunluk olma hakkının sağlandığı, dikkate alındığı” çoğulcu demokrasi olarak tanımladığımız bir sistemi gerekli kılmaktadır. Zira çoğulcu demokrasilerde “azınlıkta veya muhalefette olanların korunması, düşüncelerin serbestçe hiçbir baskıyla karşılaşmadan söylenebilmesi” şartı mevcuttur.

Türk Hukuk Sistemi'nde düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin başta T.C. Anayasası 26. Madde hükmü olmak üzere çeşitli kanunlar da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. T.C. Anayasa 90. Madde'de de ise “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” denilmektedir. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğünün korunmasında yargının ve yargı kararlarını uygulamakla görevli tüm makamların; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşmenin 10. Maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne ilişkin düzenleme) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkeme kararlarındaki

yorumlara sadık kalmalarının anayasal bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasası'nın 90. Maddesi'nde yer alan düzenlemeyle iç hukukumuzda düşünce ve ifade özgürlüğüne dair farklı kanuni düzenlemeler ve/veya uygulamalar yapılsa dahi bu uygulamaların uluslararası sözleşmelerle çelişmesi halinde uluslararası sözleşmelerin üstün tutulacağı güvence altına alınmıştır. Düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların ise zorunlu ya da istisnai bir tedbir niteliğinde olması gerekmektedir. Nitekim T.C. Anayasası 13. Maddesi uyarınca “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğünün anlamını ve sınırlarını daha iyi kavrayabilmek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve bu kararlara atıf yapan iç hukuk kararlarımıza değinmek gerekmektedir:

“Düşünce ve ifade özgürlüğü; sadece toplumun çoğunluğunun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü düşüncelerin ve haberlerin değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulamayacağından emin olmaları anlamına gelmektedir. ifade özgürlüğü; çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğinin temeli olup bu özgürlük olmaksızın demokratik toplumdaki bahsedilemez” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Handyside/Birleşik Krallık Kararı B.No:5493/72)

FRAMEWORK OF THE FREEDOM OF THOUGHT AND EXPRESSION

“I hate your thoughts. But in order to defend them I am ready to sacrifice my life.”
- Voltaire

Freedom of thought and expression is one of the natural rights considered as indispensable in state of law and pluralistic democracy. Within the context of both national and international positive law (International conventions related to fundamental rights and freedoms), freedom of thought and expression requires not only a democratic system where “The decisions of the majority are applied the absolute sovereignty of the majority prevails”, but a system which we define as pluralistic democracy, where “The absolute sovereignty of the majority is refused, the political and cultural rights of minorities must be accepted and where the minority of today will have the right to be the majority in the future”. Because in pluralistic democracies “to protect the minority or the opposition, to express the thoughts freely and without being under any pressure” is obligatory.

In the Turkish legal system there are many detailed provisions in various laws regarding freedom of thought and expression particularly regulated under art. 26 of the Turkish Constitution. Art.90 of the Turkish Constitution stipulates that “The provisions of the international convention shall prevail in case of a conflict arising from differences in the provisions on the same subject related to the fundamental rights and freedoms, between duly enforced international conventions and the laws”. Hence, it is indicated as a constitutional obligation that all courts in charge of the application of justice and ruling related to the protection of the freedom of thought and expression must abide by the European Convention

on Human Rights (Provision related to freedom of expression under art.10 of the Convention) and the interpretations in the decisions of the European Court of Human Rights. Therefore, even if different legal regulations and/or applications regarding freedom of thought and expression are promulgated in our domestic law, art.90 of the Turkish Constitution guarantees that international conventions shall prevail in case of any contradiction with international conventions. Restrictions on the freedom of thought and expression shall be in the nature of a compulsory or exceptional measure. As a matter of fact, as per art.13 of the Turkish Constitution “Fundamental rights and freedoms can be restricted only for reasons indicated in the related articles of the Constitution, without changing their essence and only by law. These restrictions cannot be contrary to the essence and spirit of the Constitution, the requirements and moderation principles of democratic public order and secular Republic”. In order to have a better understanding of the meaning and the limits of the freedom of thought and expression, we shall refer to the decisions of the European Court of Human Rights and the decisions of our domestic court referring thereto:

“Freedom of thought and expression shall mean the expression of “information” or “ideas” that are not only favorably received or regarded as inoffensive, accurate or positive by the majority of the society and the state but also as to those regarded as negative or inaccurate or disturbing by the state or part of the population and and the assurance to individuals that they will not be subject to any sanction due to such expressions. Freedom of expression is based on that pluralism, tolerance and broadmindedness without

“Toplumlarda, yalnızca hoş görülen, saldırgan ve zararlı olmayan görüşleri değil, toplumu yüreğinden yaralayan, onu sarsan, aşığlayan, rahatsız eden görüşleri/inanışları sergilemek de, düşünceyi açıklama özgürlüğüne girer.” (Handyside, 7.12.1976, Sunday Times 26.4.1979, Türkiye Komünist Partisi, 30.1.1998).

“İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturup, toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişimi için temel koşullardan biridir. ..Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlüğün istisnaları vardır; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır.” (23.09.1994 tarihli Jersild - Danimarka kararı; 21.01.1999 tarihli Janowski - Polonya kararı; 25.11.1999 tarihli Nilsen ve Johnsen - Norveç kararı; 25.07.2001 tarihli Perna - İtalya kararı).

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında, ifade hürriyetinin iki istisnası olduğuna işaret edilmektedir. Birinci istisna şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler, ikinci istisna ise azınlıklara karşı nefret söylemidir. Bunun için önce yazı veya sözün içeriğine bakılmalıdır. Yazı veya Sözler; a) Şiddet, bir araç olarak öngörüyorsa, b) Kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam istiyorsa, c) Benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru olduğu ileri sürülüyorsa, d) İnsanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtıyorsa, İfade hürriyetinden yararlanmayabilir. (Sürek / Türkiye, no.1 Büyük Daire, no 26682/95, Güzel ve Özer / Türkiye, 6 Temmuz 2010 kararı)

Konuyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2006/9-169 E. Sayılı kararı kapsamında Ceza Genel Kurulu Başkanı ve bir üyenin imzaladığı muhalefet şerhinde ise insan hakları ve uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere dair adeta bir hukuk dersi verilerek şu yargılara varılmıştır: “..Eleştiride çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kişi ve kurumların tutum ve davranışları hakkında olumlu ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunmaktadır. Açıklanan düşünce ve kanaatler olumsuz eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert bir üslupla olması doğal bir sonuçtur...Düşünce açıklama ve

yayma hürriyeti, Anayasa m.90 gereği iç hukukumuzda kanunla çatışması durumunda daha üstün norm olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (İHAS). 10. maddesinde de güvence altına alınmıştır. Buna göre söz konusu hürriyet, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları yayma hakkını da içermektedir... AİHS'de güvence altına alınan ifade hürriyetinin en geniş koruma sağladığı alan, politik içerikli düşünce açıklamalarıdır... Mahkemeye göre, "politik ifade" teriminden, kamu yararı bulunan siyasi sorunlarda, sadece siyasetle uğraşanların değil, bütün vatandaşların politik içerikli düşünce açıklamaları anlaşılması gerekir ve bu konuda herkesin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinden en geniş şekilde yararlanma hakkı vardır.

...Karşı fikrin serbestçe ve korkusuz biçimde söylenmesinden, demokratik Cumhuriyet Türkiye'sinde hala korkulmakta, söylemine izin verildiğinde o görüşlerin kabullenilmiş sayılacağı ve yandaş toplayacağı düşünülmektedir... Yargılanan ve cezaevi yolculuğuna çıkartılan hiçbir düşünce ölmemiştir. Aksine mağdur duruma düşmüş, ya yandaş bulmuş ya da söylenmesi yasaklanınca karanlıklara inmiştir. Karanlıklar kontrol edilemez alanlardır. Burada düşünceyi karşı düşünceyle ezmek, etkisiz hale getirmek ve yok etmek olgusu yoktur. O zeminde denetlenemez bir büyüme söz konusudur...

Bu nedenlerdir ki uygar dünya, fikirleri, hep aydınlıkta tutmak ve ifade edilebilirliğini özgür bırakmak kararlılığındadır. Çok zorunlu ve fakat kısıtlı sınırlamalar dışında hiçbir düşünce "iyi-kötü", "yararlı-zararlı" ayırımına tabi tutulmamaktadır. Doğru ile yanlışın, iyi ile kötünün göreceli olduğu, kişiye, zamana ve zemine göre değiştiği, dünün yanlış ve kötüsünün, değişen koşullar karşısında bu gün doğru ve iyi kabul edilebildiği göz ardı edilmemelidir.”

Anayasa Mahkemesi'nin 02.04.2014 tarih ve B.No:2014/3986 sayılı Twitter adlı sosyal paylaşım sitesinin erişime engellenmesinin ifade özgürlüğünün ağır bir biçimde ihlali olarak değerlendirildiği kararı ise şöyledir;

which there is no democratic society.” (European Court of Human Rights Handyside/United-Kingdom Decision B.No:5493/72) “In societies, the expression that are not only tolerated, non-hostile and inoffensive views, but also views/beliefs which deeply hurt, upset, bother society, form part of the freedom of expression”(Handyside, 7.12.1976, Sunday Times 26.4.1979, Turkish Communist Party, 30.1.1998).

“..Freedom of expression constitutes the basis of a democratic society and one of the fundamental conditions necessary for a society to progress and each individual to evolve... As indicated under art.10 of the Convention, there are certain exceptions to this freedom which must be interpreted in the narrow sense.” (23.09.1994 Jersild – Denmark decision; 21.01.1999 Janowski – Poland decision; 25.11.1999 Nilsen and Johnsen – Norway decision; 25.07.2001 Perna – Italy decision).

“In the decisions of the European Court of Human Rights, it is underlined that the freedom of expression has two exceptions. Expressions encouraging and praising violence constitute the first exception and discourses of hate against minorities constitute the second expression. For this, we must first look into the content of the text or word. Text or the words may not benefit from the freedom of expression if such words a) foresee violence as a means, b) target people and claims a bloody vengeance, c) claim the legitimacy to resort to the use of violence for the adopted thoughts, d) provoke an environment adequate for violence to arise, by creating an meaningless hate provoking hostile feelings in people.(Sürek / Turkey, no.1 Great Chamber, no 26682/95, Güzel ve Özer / Turkey, decision dated 6 July 2010)

Regarding the matter, within the scope of the decision No. 2006/9-169E of the Court of Appeal, Assembly of Criminal Chambers, in the objection annotation signed by the Chairman of the Assembly of Criminal Chambers and a member, a course is somehow presented on human rights and international fundamental rights and freedoms and the following judgment is rendered: “...In the criticism, not only various events are explained but also favorable and

unfavorable assessments are made on events and the behavior of persons and institutions mentioned. When the thoughts and opinions explained are in the form of criticism, it is quite expected that they do not constitute tributes but bear a hard tone... The freedom to express and disseminate thoughts is also guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights (AİHS), which prevails in case of a contradiction with the domestic law, by virtue of Article 90 of the Constitution. Accordingly, such freedom also covers the freedom of having an opinion, procure news and thoughts and disseminate them, without the intervention of public authorities and regardless of national boundaries... The field with the greatest protection provided under the AİHS regarding freedom of expression is the expression of political thoughts... According to the Court, the term “political expression” must be conceived as the expression of political thoughts by all the citizens, not only those involved in politics, concerning political problems with public interest and everyone has the right to express and disseminate its thought, in the broadest sense.

...In the democratic Republic of Turkey, it is still believed that when opposite thoughts are expressed freely and undauntedly, they will be considered as adopted and will rally supporters... No thought judged and sent to prison dies. On the contrary, it became a victim or found supporters or plunged into darkness when it was forbidden to express it. Darkness is an uncontrollable area. Here, the aim is not to oppress the thought by a counter-thought, make it ineffective and eliminate it. There is an inevitable growth on such grounds...

For this reason, the civilized world is committed to break out the expressibility of the ideas and preserve the ideas enlightened. Apart from compulsory but restricted cases, no thought can be distinguished as “good-bad” or “useful-harmful”. One must not overlook that the truth and the wrong, the good and the bad are relative, varies according to persons, time and circumstances, the wrong and bad of yesterday can be the right and the good of today”.

“...Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır. Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

Örnek kararlardan anlaşıldığı üzere gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse T.C. Anayasası uyarınca düşünce ve ifade özgürlüğü demokratik toplumun asli unsurudur. Anayasa Mahkemesi’nin 02.04.2014 tarih ve B.No:2014/3986 sayılı kararının tam metninde belirtildiği üzere kamu makamları Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. Düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamalar ise kabul edilemezdir.

Unutulmamalıdır ki düşünce ve ifade özgürlüğünün sadece “hoş bulduğumuz/katıldığımız/onayladığımız durum ve olaylara” dair mevcudiyet bulması şüphesiz ki korumaya alınan hak tanımını için yetersizdir. Bir ifadenin iyi, doğru, hoş bulunması kişiye, topluma, zamana vb. birçok farklı kritere göre değişebilmektedir. Daha da önemli olan husus, hukukun üstünlüğünün söz konusu olduğu toplumlarda; bir düşüncenin ifade edilmesi onun doğru olduğunun kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla düşünce ve ifadeleri “yasaklamak” yerine ifade edilen her düşünceyi karşıt düşünceyle yok etmek, yanlışlığını ortaya koymak, bu tartışma ortamıyla aydınlığa ulaşmak mümkündür, bu husus da yine düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının bir güvencesidir. Bu kapsamda ifadelerin; şiddeti teşvik edici/övücü olmadığı, belli bir kişiyi hedef göstererek kanlı bir intikama yönlendirmediği, insanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtmadığı sürece -sert, rahatsız edici olsalar dahi- özgürce dile getirilmeleri “ileri demokrasilerde” başa bela değildir ancak bunun aksinin ifade edilmesi de benzer olarak esasında düşünce ve ifade özgürlüğünün kullanılmasındır, engellenmemelidir, nitekim yazar ve filozof Voltaire’in dediği gibi “Fikirlerinizden nefret ediyorum. Ama onları savunabilmeniz için hayatımı feda etmeye hazırım.”

Harika Kocacık 2008 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. 2010 yılı itibarıyla Egemenoğlu Hukuk Bürosu’nda çalışmaya başlayan Kocacık, ceza hukuku, uluslararası insan hakları hukuku, bilingim hukuku ve idare hukuku alanlarında uzmanlaşmış olup İstanbul Barosu’na kayıtlıdır.

The decision of the Constitutional Court, dated 04/02/2014, No. B.No:2014/3986, where the prohibition of access to the social networking site Twitter is adjudicated as a severe violation of the freedom of expression is as follows:

“...In the present case, it is observed that the prohibition of access is not applied on a URL basis but to the whole site. It is clear that considering the provisions of the Law No. 5651, the total prohibition of access to the social media network twitter.com having millions of users and exceeding the court decisions shown as basis to the TİB’s decision has no legal grounds and the prohibition of access to this social networking site, without legal grounds and determined limits constitutes a severe intervention to the freedom of expression which is one of the most basic values of democratic societies. In this case, considering the importance in a democratic State of law of the freedom of expression forming the subject of the violation argument in the individual application made, a decision must be pronounced that the prohibition by TİB of access to the Internet site named twitter.com is in the nature of a severe intervention to the freedom of expression of not only the interlocutors shown as a basis to this prohibition and the URL based decisions but to all users benefitting from the twitter.com network and as it has no legal grounds, the freedom of expression of applicants protected by Article 26 of the Constitution is violated”.

As can be observed from precedents, as per the European Convention on Human Rights and the Turkish Constitution, the freedom of thought and expression is a fundamental element of a democratic society. As indicated in the full text of the decision of the Constitutional Court, dated 04/02/2014, No. B.No:2014/3986, unless regulated under Article 13 and 26 of the Constitution as an obligatory, public authorities shall not prohibit the declaration and dissemination of expression, and shall not impose

sanctions on this matter and shall take measures for the real and effective protection of the freedom of expression. Restrictions which seriously impede, obstruct and make unfunctional implicitly of the right related to the freedom of thought and expression and which remove its impact are unacceptable.

We must not forget indeed that the existence of the freedom of thought and expression only for “cases and events we appreciate/participate/approve” is insufficient for the definition of the right under protection. Whether an expression is good, correct, or pleasant can vary according to the person, society, time etc. or many different criteria. The point which is more important is that in societies where supremacy of law exists, the expression of a thought does not imply that it is considered as correct. Therefore, instead of “prohibiting” thoughts and expressions, we can eliminate each thought expressed by a counter-thought, put forth the error, and reach enlightenment in this discussion environment, this point is a guarantee of the right to freedom of expression and thought. Within this context, unless the expressions are not encouraging/praising violence, do not target one person and direct to a bloody vengeance, do not create a meaningless hate so as to raise hostile feelings in people and do not incite an environment which is adequate for violence to arise – even if they are hard, or bothersome – their free expression in not a trouble in “advanced democracies”, however the expression of the contrary is similarly a use of the freedom of thought and expression in fact and must not be impeded, as a matter of fact as the writer and philosopher Voltaire said “I hate your thoughts but I am ready to sacrifice my life for you in order to defend them”.

Harika Kocacık graduated from Law Faculty of Istanbul University in 2008. Ms. Kocacık joined the Firm in 2010 and has been an associate since then. Her practice focuses on criminal law, international human rights law, IT law, administrative law. She is registered to Istanbul Bar Association.



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

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

sulukoklu@egemenoglu.av.tr

TASARIM / DESIGN
roundabout
www.roundabout.com.tr

BASKI / PRINTING
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

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

T: +90 212 283 55 55

F: +90 212 269 29 17

www.egemenoglu.av.tr

egemenoglu
HUKUK BÜROSU