

YAZICI dergisi



ISSN: 2148-5445

Yıl: 2 • Sayı: 4 • Aralık • 2015

Sayı: 4 • Aralık 2015

Yerel Süreli • 6 ayda bir yayınlanır.

İmtiyaz Sahibi

Yazıcı Dergisi Adına
Murat YAZICI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Güryay BİNGÖL

Hazırlık & Baskı

Uzerler Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Turan Güneş Bulvarı No 22/17-8 Çankaya-Ankara
Tel: +90.312 441 9015

Basım Tarihi ve Yeri

Aralık 2015 - Ankara

Adresi

Piyade Sokak No: 18/10 Çankaya 06540 Ankara
Tel: +90.312 442 5083
www.yazicihukukburosusu.com

ISSN

2148-5445

Yazıcı Dergisi

Tüm hakları saklıdır. **Yazıcı Dergisi**'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre **Yazıcı Dergisi**'nin yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir, **Yazıcı Dergisi**'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

İçindekiler

5 Elif KARAGÖZOĞLU
Başlarken

7 Bilge MÜFTÜOĞLU
Kamu Özel İşbirliği
(Public Private Partnership/PPP)

15 Güray BİNGÖL
Markanın Hükümsüzlüğü Nedeni Olarak
Aynı veya Benzer Markanın Tescili

25 İnci AKIN
Tahkim Yargılamasında Geçici Hukuki
Koruma Önlemlerine İlişkin Hakem ve
Mahkemelerin Yetkisi

31 Kerem ARIÇ
Çifte Vergilendirme Önleme Anlaşmaları ve
Gerçek Lehtar Kavramı

35 Ceren Ak GÜNGÖR
Cezai Şart İle Götürü Tazminatın
Karşılaştırılması

41 Yunus Emre BAKİLER
Anonim Şirketlerde Kilitlenme Halleri

49 Mesut HALICIOĞLU
(Stajyerlerimizden)
Sporun Hukuku ve Spor Tahkimi Üzerine

Başlarken



Elif KARAGÖZOĞLU

Yazıcı Hukuk Bürosunun 25. yılını kutladığımız 2014 yılında, Yazıcı Dergisi bir düşünce olarak ortaya çıktı ve bunu hemen hayata geçirdik. Şimdi Yazıcı Dergisi'nin dördüncü sayısını çıkarıyoruz. Bildiğiniz üzere, ikinci ve üçüncü sayılarımızı Ankara ve İstanbul'da gerçekleştirdiğimiz panellere ayırmıştık. Bu sayımızdan itibaren ilk sayımızda olduğu gibi gün geçtikçe değişen ve küreselleşen hukuk pratiğinde farklı konularda bilgi paylaşmayı amaçlıyoruz.

Üçüncü sayımızı çıkarttığımız Mart 2015 yılından itibaren ülkemizde biri erken seçim olmak üzere iki genel seçim ve büyük can kayıplarının yaşandığı elim terör olayları yaşandı. Asılsız iddialarla suçlanan, yargılanan ve hapse atılan onlarca aydının, haksız yere

suçlandığı ve tutuklandığı ortaya çıktı. Sonrasında onları suçlayan ve yargılayan hâkim ve savcıların soruşturulması ve yargılanması gündeme geldi. Bütün bu süreçte hukukun nasıl siyasileştirildiğini ve bunun sonucunda itibarsızlaştığını yaşadık, yaşamaya da devam ediyoruz.

Adalet ve hakkaniyet kavramları ile hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığı ilkelerinin varlığı ve uygulaması, demokratik toplumların varlığının olmaz ise olmaz unsurlarıdır. Bunlardan birinin eksikliği halinde toplumsal yapıda bozulma başlar ve çökmeler yaşanır. Ülkemizde kişilerin haklarını yasal yollara başvurmak suretiyle değil de başka yollar ile kendilerinin aramaya çalışması, basın ve ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar, etik değer-

lerdeki yozlaşma, her geçen gün artan kadın cinayetleri toplumsal yapıdaki bozulmanın en açık göstergesidir.

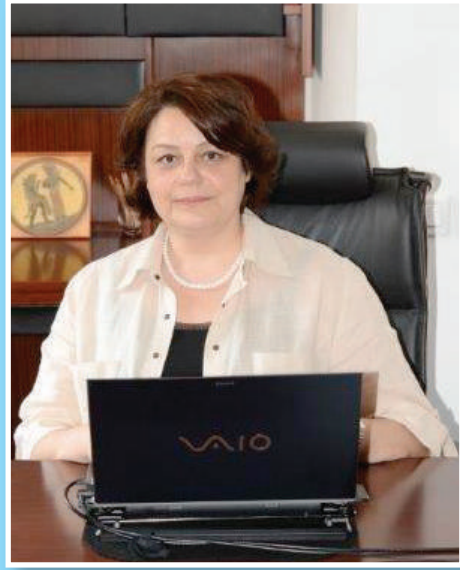
Biz Yazıcı Hukuk ailesi olarak, adalet ve hakkaniyet kavramları ile hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığı ilkelerini savunmaya, bu

kavram ve ilkelerin varlığına ve gerekliliğine inanmaya devam ediyoruz. Umuyoruz ki, yarınlar ülkemiz için daha aydınlık olacak.

Umuyoruz ki, Yazıcı Dergisi'nin bu sayısı içerik olarak sizler için faydalı ve bilgilendirici olacaktır. Keyifle okumanız dileğiyle...

Kamu Özel İşbirliği

(Public Private Partnership/PPP)



Bilge MÜFTÜOĞLU

1. Genel Olarak Kamu Özel İşbirliği Sistemi

Son dönemde sıkça duyduğumuz, kimi zaman PPP diye anılan Kamu Özel Ortaklığı veya Kamu Özel İşbirliği (“KÖİ”); kamu idarelerinin, özel sektör ile bir altyapı projesi veya bir kamu hizmetinin verilmesi amacıyla finansman, yapım, işletme, yenileme gibi alanlarda yaptığı işbirliği türleri olarak tanımlanabilir. Bir başka ifade ile KÖİ, özel sektörün, çeşitli başlıklar altında kamunun mal ve hizmet üretimine destek olduğu uygulamaları ifade eder.

2. Tarihçe

A. Dünyada Kamu Özel İşbirliği

1980’lerde İngiltere ve Avustralya başta olmak üzere bütün dünyada, kamu hizmetinin özelleştirilmesi süreci başladı. Kamu hiz-

metlerinin özelleştirilmesine dair modeller Türkiye’de Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet, İşletme Hakkının Devri olarak anılırken, kamu hizmetinin gereken sermayenin özel sektör eli ile karşılanması ve inşaatının yine özel sektör tarafından ifa edilmesi prensibine dayalı modele Avrupa’da **Public Private Partnership** (“PPP”) ve **Private Finance Initiative** (“PFI”) adı verildi. Günümüzde bizde de bu model Kamu Özel Ortaklığı (“İşbirliği”) olarak anılmaktadır.

B. Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği

a. Türkiye’deki Öncül Uygulamalar

Türkiye’de 1980’lerden itibaren uygulanan Yap-İşlet-Devret (“YİD”), Yap-İşlet (“Yİ”) ve İşletme Hakkının Devri (“İHD”) gibi modeller, KÖİ’nin öncül örneklerini teşkil eder. Anılan yıllarda Devletin ilgili ihale makam-

ları ile kamu hizmeti sunmayı isteyen özel sektör arasında YİD, Yİ ve İHD modellerine dayalı pek çok «imtiyaz sözleşmesi», «uygulama sözleşmesi» ve «görev sözleşmesi» akdedilmiştir. Bu modellerin yasal zemini, kimisi halen yürürlükte olan ve bir kısmı aşağıda anılan muhtelif kanunlara dayanmaktaydı:

- **3096 sayılı kanun** (elektrik)
- **3996 sayılı kanun** (elektrik ve diğer yatırımlar)
- **4283 sayılı kanun** (elektrik)
- **3465 sayılı kanun**(otoyol)
- **4046 sayılı kanun** (Özelleştirme Kanunu)
- **Belediye Kanunu** (Madde 18)
- **İSKİ Kanunu**
- **406 sayılı kanun** (Eski Telgraf Telefon Kanunu)

Bu modellerin Türkiye’de proje üstlenmeyi arzu eden yabancı yatırımcılar için de cazip hale getirilmesi amacıyla, zaman içerisinde Anayasa’da yapılan muhtelif değişiklikler ile «uygulama sözleşmeleri» özel hukuka tabi sözleşmeler olarak kabul edildiler. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinde de tahkim şartı ikamesine izin verildi.

Türkiye’de 2001 yılında Elektrik Piyasası Kanunu («EPK») çıktıktan sonra elektrik, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumundan EPK kapsamında alınan lisanslar ile üretilmeye başlandı; 3096 ve 4283 sayılı kanunlar kapsamında yeni faaliyetlere izin verilmedi, ancak

bu kanunlar altında başlamış olan eski projelerin ifasına devam edildi. 3996 sayılı kanunun ise son revizyonunda elektrik üretimi zaten düzenlenmemekteydi. Böylece elektrik piyasası faaliyetleri artık YİD, Yİ ve İHD kapsamında değil, EPK kapsamında lisans ile yürütülmeye başlandı.

b. Yasalaşmayan Taslak Kanun

2007 yılında Devlet Planlama Teşkilatı’nın KÖİ uygulamalarını tek çatı altında sistematik bir şekilde düzenlemek amacı ile hazırladığı ancak yasalaşmayan ve artık gündemde olmayan “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı*” (“Taslak Kanun”), genel olarak KÖİ kavramını ve modellerini tanımlamayı, KÖİ mevzuatını yeknesaklaştırmayı, KÖİ süreci ile risk ve garantilere ilişkin düzenlemeler öngörmeyi ve KÖİ Projelerinden sorumlu merkezi bir birim kurmayı hedeflemekteydi.

Taslak Kanun yasalaşmamıştır. Ancak, artık gündemde olmamasına rağmen, KÖİ kavramını anlayabilmek açısından Taslak Kanun’da yer alan bazı tanım ve düzenlemelere kısaca değinmekte fayda vardır. Taslak Kanun’da özel sektör tarafından yürütülebilecek hizmetlerin kapsamı, oldukça geniş tutulmuştur.

Taslak Kanun’da KÖİ, “Kanunda belirlenen yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve getirilerinin, idareler ve özel sektör arasında, Tas-

lakta öngörülen modeller çerçevesinde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmaktaydı.

Taslak Kanunda sayılan KÖİ modelleri; Türkiye’de halihazırda uygulanmakta olan (veya uygulanması mümkün görülen) dört temel modelden oluşmaktaydı:

- **YİD Modeli**
- **Yİ Modeli**
- **Yap-Kirala Modeli**
- **İşletme Hakkı Devri Modeli**

Yap Kirala Modeli; Madde 5’de “kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir yapının özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, gerekli hallerde tasarlandığı, belirli bir süre için idareye kiralandığı, kiralanın yapı üzerindeki bazı mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yapımçı tarafından işletilebildiği ve yapının mülkiyetinin kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği KÖİ modeli” olarak tanımlanmaktaydı.

Taslak Kanun “Gölge Ücret” kavramını ise, görevli şirketin işletme süresinde ürettiği mal ve hizmetlerin bedelinin, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından ödenmesi çeşitli nedenlerle mümkün olmayan yatırımlarda, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarlarına göre belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete ödenen ücret olarak tanımlanmaktaydı.

c. Taslak Kanun, Zaten Uygulanmakta Olan YİD-Yİ ve İHD Modellerinden Farklı Ne Düzenleme Getirmekteydi?

- Kamunun, özel sektör tarafından alınan krediye dair garanti vermesi mümkün kılınmaktaydı.
- Kamunun, «finansman katkısı sağlamak amacıyla» ve % 49’u geçmemek kaydı ile özel sektör ile ortaklık kurabileceği düzenlenmekteydi.
- İhaleyi kazanan şirket veya ortak girişim ile idare arasında «uygulama sözleşmesi» imzalanır ve uygulama sözleşmesi özel hukuk hükümlerine tabi kılınmaktaydı.
- YİD, Yİ ve İHD modellerine ek olarak Yap Kirala Modeli düzenlenmişti.

d. Kanun Taslağında Yer Alan Diğer Önemli Hususlar

- Uyuşmazlıkların çözümünde Türk Hukuku şart kılınmış ancak tahkim serbest bırakılmıştı. Bu prensibin, daha sonraları *Sağlık Tesisleri Kanunu*’nda da korunduğunu görüyoruz.
- İdare ile görevli şirket arasında risk paylaşımı esasına yer verilmişti.
- İdarenin, Yap Kirala Modeli’nde ödeyeceği kira bedellerine dair ödeme garantisi; diğer modellerde ise görevli şirket tarafından üretilen mal ve hizmete dair alım garantisi verebilmesine dair düzenleme yer almaktaydı.

- Kanunun Taslağının yürürlüğe girmesi ile birlikte, 3096 sayılı kanun, 3996 sayılı kanun, 3465 sayılı kanun, 4283 sayılı kanunların yürürlükten kaldırılması, Belediye Kanunu Madde 18'e ise değişiklik yapılması öngörülmektedir.

e. PPP/PFI Nedir? Taslak Kanunda Anılan Dört Modelden Farklı Mıdır?

PPP, kamu hizmetinin özel sektör eli finanse edilmek sureti ile ifa edilmesi diye tanımlayabileceğimiz, kamu hizmetinin özelleştirilmesi genel ve ana tanımıdır. **PFI** ise daha dar bir anlamı içermekte olup, Taslak Kanunda tanımlanan YK Modeline karşılık gelmektedir. Bu modelde idare yatırımın sahibi değildir ve yatırımı kullanmak için yatırımcı şirkete ödeme yapmaktadır. Bu kapsamda yüklenici, inşaat giderlerini karşılayacak ve tamamlanmış projeyi idareye kiralayacaktır.

3. Günümüzde Kamu Hizmetinin Özel Sektör Eli İle İfası

Günümüzde kamu hizmetinin özel sektör eli ile görülmesi muhtelif mevzuat altında mümkün olabilmektedir. Örneğin belediyeler çöp işletmelerini imtiyaz sözleşmeleri (Belediye Kanunu Madde 18) ile özel sektöre verebilmektedirler. Muhtelif yatırımların ifasına ilişkin 3996 sayılı kanun, otoyol yapımı ile ilgili 3465 sayılı kanun, 3096 sayılı kanun halen yürürlükte.

A. Hastane Projeleri?

a. 3359 sayılı kanun ve 5396 sayılı kanun ile eklenen Ek Madde 7 – Yönetmelik

2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na ("**Sağlık Kanunu**") eklenen Ek 7. Madde ile sağlık projelerinde Yap Kirala modelinin ("**YK Modeli**") uygulanabileceği düzenlenmiştir.



Yeni düzenleme ile Sağlık Kanunu ve Yönetmeliğinde tanımlanan YK Modeli, Taslak Kanun'da tanımlanan YK Modeli'ne benzetilmektedir. Düzenlemeye göre, Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmeleri, yatırımı kullanmak için yatırımcı şirkete kira bedeli ödeyecektir.

03 Temmuz 2006 tarih ve 2006/10655 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan *Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik* ("Yönetmelik"), Sağlık Kanunu'na eklenen Ek Madde 7'nin uygulanmasına dair prensipleri düzenlemek üzere 30 Nisan 2010 tarih ve 2010/403 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taddil edilmiştir.

Sağlık Kanunu ve Yönetmelik, Taslak Kanun'un aksine idarenin alınan kredilere dair herhangi bir garanti vereceğine ya da maliyete katılacağına ya da risk paylaşacağına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Sağlık Kanunu ve Yönetmelik kapsamında yapılan düzenlemeye göre:

- Yatırımcı şirkete kamu arazisi üzerinde bedelsiz olarak ve 49 yılı aşmayacak şekilde üst hakkı tanınacak ve inşaat kamu arazisi üzerine yapılacaktır;
- Kira süresi 49 yılı geçmeyecek,
- Öngörülen sürenin sonunda, yatırım Sağlık Bakanlığı'na devredilecek,

- YK Modeli kapsamında yapılan sözleşme özel hukuka tabi olacak,
- YK Modeli kapsamında imzalanan uygulama sözleşmesi Türk Hukukuna tabi olacak, [ancak yabancılık unsuru barındırması halinde, (Anayasa düzenlemesi uyarınca) uyuşmazlıkların çözümülenmesi hususunda tahkim şartı düzenlenebilecektir.]
- YK Modelinde, görevli şirket tarafından tedarik edilen proje finansmanı için devlet tarafından garanti verilmesi söz konusu olmayacaktır.

b. Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz -

Yeni Düzenleme ve Ek 7. Maddenin İptali

Türk Tabipler Birliği tarafından Yönetmeliğin belirli maddelerinin iptali için dava açılmış, açılan davada yürütmeyi durdurma kararı alınarak, gerekli ana prensiplerin yasama yolu ile değil de yönetmelik ile düzenlenmesinin Anayasa'nın 7. Maddesine aykırı olduğu iddiası ile Danıştay 13. Dairesince itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur (Anayasa'nın 7. Maddesi yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde olduğunu düzenlemektedir.).

Anayasa Mahkemesi konuyu karara bağlamadan önce 21 Şubat 2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ("Sağlık Tesisleri Ka-

nunu”) yasalarmış ve bu yeni kanun ile Sağlık Kanunu’nda yer alan ve YK Modelini dzenleyen Ek 7. Madde yurrluktan kaldırılmıştır. Ek 7. Madde kapsamında ihale edilen işler ile ilgili olarak Sağlık Tesisleri Kanunu aşığıdaki dzenlemeyi yapmıştır:

- Sağlık Kanunu Ek 7. Maddeye yapılan atıflar, Sağlık Tesisleri Kanunu’na yapılmış sayılacak,
- Geçici Madde 1 kapsamında yaptığı dzenleme ile Sağlık Tesisleri Kanunu’nun yurrlüğe girmesinden önce Sağlık Kanunu Ek 7. Maddeye göre ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılacağı; ancak Sağlık Tesisleri Kanunu yurrlüğe girdiğı tarihten önce Sağlık Kanunu Ek 7. Madde çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümlerin uygulanmayacağı ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazların yükleniciye verilmeyeceğı; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmelerin bu hükümler geçerli olmaksızın yürütüleceğı kuralı getirilmiştir.

Yeni yasanın çıkması üzerine, Anayasa Mahkemesi, söz konusu itiraz ile ilgili karar vermeye yer olmadığını hükme bağlamıştır.

Sağlık Tesisleri Kanunu, Sağlık Kanunu’nda

yer alan 49 yıllık üst hakkı ve kira süresini kısaltmış ve ayrıca detay dzenlemeler getirmiştir. Bunları aşığıdaki şekilde kısaca özetleyebiliriz:

- Azami üst hakkı ve kira süresi 30 yıl olarak belirlenmiştir.
- Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, idare kusur giderim süresi de tanıyarak temerrüt ihtarı çeker ve ayrıca durumu projenin finansörlerine de bildirir. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir.
- Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idare yine ek süre vererek kusur ihtarı çeker ve keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılarına da ihbar edilir. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır.

- Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir ve bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.
- Sözleşmede hakim hukuk Türk hukuku, ihtilafların çözüm makamı Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleridir. Ancak, Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkim yetkilendirilmesi de mümkündür.
- Sözleşmenin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idare tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmana ilişkin mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.
- Borç üstlenimi öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Borç üstlenim taahhüdü kısmen veya tamamen verilebilir.

Sağlık Tesisleri Kanunu ayrıca ihale usulü ve bedel ile ilgili düzenlemelere de yer vermiştir.

c. Yk Modeli Düzenlemesi Sadece Sağlık Kanunu Kapsamındaki Projelere mi Münhasırdır?

351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu (“YÖKYKK”) Madde 20’ye 6082 sayılı kanun ile 25 Kasım 2010’da getirilen ek düzenleme, Sağlık Kanunu’nda yer alan YK Modelinin aynısını içermektedir. Dolayısıyla öğrenci yurtlarının da bu kapsamda inşa edilip kullanılması mümkündür. Bu kanunda üst hakkı ve kira için azami süre 49 yıl olarak düzenlenmiştir, ancak Sağlık Tesisleri Kanunu’ndan farklı olarak burada idare tarafından açılacak ihalenin Kamu İhale Kanunu’nda belirtilen ihale usullerinden birisi olacağı düzenlemesi mevcuttur.

d. Taslak Kanun Yasalaşmadığına göre, KÖİ de Sadece Sağlık Tesisleri Kanunu ve YÖKYKK Çerçevesinde Yapılabildiğine Göre, Türkiye’de Gerçekleştirilecek Diğer Yatırımlarda PPP veya PFI Modelleri Mümkün Değil Midir?

Taslak Kanun yasalaşmamıştır; ancak 3465 sayılı kanun, 3996 sayılı kanun, Belediye Kanunu Madde 18, İSKİ Kanunu, Özelleştirme Kanunu’nun ilgili maddeleri ve diğer muhtelif düzenlemeler halen yürürlüktedir. Zaten 80’lerden beri Türkiye’de uygulanmakta olan

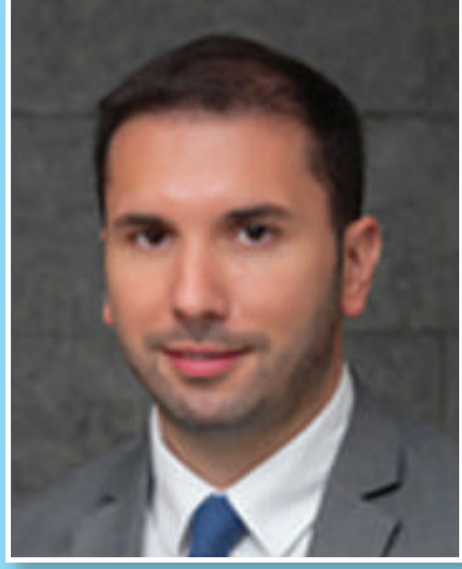
YİD-Yİ ve İHD modelleri, Taslak Kanun'da sayılan dört modelden üçünü oluşturmaktadır. Taslak Kanunun amacı, bunları tek çatı altına toplamak ve aslında en önemli amacı kamunun mali desteğini işin içine sokmaktır. Kamu garantisi ya da desteği olmaksızın, bu modeller bugün zaten halihazırda uygulanmaktadır.

Ancak aynı durum YK Modeli için geçerli değildir. Zira, YK Modeline dair yasal düzenleme sadece Sağlık Tesisleri Kanunu ve YÖK YKK'da yer almaktadır ve kamunun kiralama ve hatta sonradan çıkan Sağlık Tesisleri Kanu-

nu ile kamunun finans sağlayıcılara karşı borç üstlenme taahhüdünü kapsamaktadır, dolayısıyla bu iki kanun dışında kalan yatırımların YK modeli ile ifası mümkün görünmemektedir.

Ancak her zaman için bu bilgiyi güncellemek ve ilgilenilen alan her ne ise o konu ile ilgili kanunu inceleyerek, ilgili kanuna da YK modelinin derç edilip edilmediğini kontrol etmek en doğrusu olacaktır. Zira Taslak Kanunun yasalaştırılması yerine, uygulamada her bir kanunun içine ayrı ayrı YK Modeli işlenmesi yönünde bir gelişim gözlenmektedir.

Markanın Hükümsüzlüğü Nedeni Olarak Aynı veya Benzer Markanın Tescili



Güray BİNGÖL

1. Marka ve Markanın İşlevleri

Ekonomik çeşitliliğin artmasıyla, hammadde kaynakları artan üretici kitlesine dağılmış, üretim araçlarının gelişimi neticesinde üretim faaliyeti daha seri ve daha basit hale gelmiş ve nihayetinde benzer nitelikte ürünü piyasaya arz eden üreticiler arasında, tüketiciye ulaşabilmek ve tüketici nezdinde tercih edilmek motivasyonları doğrultusunda, daha rekabetçi bir piyasa ortamı doğmuştur.

Bu doğrultuda, hangi üreticinin ürününün tercih edileceği hususunda, tüketicinin aklında kalıcı bir çağrışım yaratılması gerekmiş; bu çağrışımın üreticinin ticaret unvanıyla sınırlı kalmaması gerektiği anlaşılmıştır. Bu bakımdan ticaret unvanı, işletmeleri birbirinden ayırırken; marka, işletmelerin ürettikleri ve ticaretini yaptıkları mal veya hizmetleri, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etme işlevi görmektedir. En basit tanımıyla marka,

bir mal veya hizmeti bir başka mal veya hizmetten ayıran işarettir.

İki farklı işletmeyi birbirinden ayırmaya yarayan “ticaret unvanı”nın tescili 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından zaruri olmakla birlikte, malları veya hizmetleri birbirinden ayırmaya yarayan “marka”nın tescili 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (“**Marka KHK**”) çerçevesinde zaruri değildir. Bu bakımdan yapılması gereken ayırım, ticaret unvanına, mevzuat çerçevesinde bağlanan hukuki sonuçlar ile markaya, mevzuat çerçevesinde bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olmasıdır. Zira herhangi bir malın yasal yollarla piyasaya sürülmesi, ilgili bakanlığın iznine tabi olduğundan, malın tespit edilebilirliğinden önce, malı piyasaya süren tacirin tespit edilebilirliği önem arz etmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, malın kim tarafından arz edildiğini, ilgili piyasa içerisinde daha yoğun

şekilde tüketiciye bildiren “marka”nın tescili, mevzuat nezdinde zaruri değil, ihtiyari olarak değerlendirilmiştir.

Markanın ortaya çıkışı bakımından öne çıkan unsurun, tüketici nezdinde bir üreticinin tercih edilmesini sağlama ve o üreticiyi, tüketiciye çağrıştırma amacını gerçekleştirmeye yönelmiş olması, markanın, daha en baştan diğer fonksiyonlarına da işaret etmektedir. Bu yaklaşımla değerlendirildiğinde markanın işlevleri:

- **Menşe Gösterme İşlevi**
- **Garanti İşlevi**
- **Kalite İşlevi**
- **Ayırt Etme İşlevi**
- **Reklam İşlevi**

olarak sıralanabilecektir. Yukarıda saydığımız hususlar içerisinde Menşe Gösterme İşlevi özetle; markanın özgülendiği üretici tarafından, aynı marka altında üretilen diğer malların tüketimi neticesinde tüketici nezdinde oluşan bilincin, tüketici tarafından, yine aynı markayı tercih etmesi ve bu doğrultuda üreticinin ticari faaliyetini genişletebilme imkanı yaratılması bakımından önem arz etmektedir. Garanti İşlevi de Menşe Gösterme İşlevine paralel olarak, aynı markayı taşıyan ve aynı üretici tarafından üretilen bir markanın, bir diğeriyle aynı standartlara sahip olduğunu, diğer bir deyişle, A markası altında üretilen herhangi iki farklı ürünün birbirleriyle aynı kalite seviyesinde olacağını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Bu iki unsur

altında yapılan açıklamalar doğrultusunda, Kalite İşlevi ve Ayırt Etme İşlevi değerlendirildiğinde, aynı markayı taşıyan ve aynı üretici tarafından üretilen iki farklı ürün, birbirlerinin kalite seviyesi hakkında referans olacaktır. Bu noktada madalyonun diğer yüzüne bakıldığında, aynı ürünü üreten birden fazla üretici içerisinde hepsinin kendine has özgülenen markası, arz edilen diğer mal veya hizmetten kendilerine ait olanların ayırt edilebilmesine yarayacaktır. Bir mal ve hizmetin bir diğerinden ayrılabilmesine yarayan markanın üreticiye sağladığı nihai ve en büyük fayda ise Reklam İşlevi olarak değerlendirilmektedir. Bu bakımdan Reklam İşlevi, markanın özgülendiği üretici tarafından üretilen her mal veya hizmetin kalitesi bakımından birbirine referans olabilmesi ve bu doğrultuda tek üreticiyi işaret etmesi dolayısıyla markanın Reklam İşlevini de yerine getirebilecektir. A markası altında üretilen x ve y ürünleri ile B markası altında üretilen q ve w ürünleri arasında açıklanan işlevler bakımından şu şekilde bir örneklemeye gidilebilir: A markasının x ürünü ile B markasının q ürünü ve A markasının y ürünü ile B markasının w ürünü aynı ürün piyasası içerisinde birbirleriyle rekabet halindedirler. Tüketici nezdinde A markasının x ürünü daha başarılı bulunmuş olup, B markasının q ürünü daha az tercih edilmiştir. Bu doğrultuda A ve B markaları x ve q ürünlerinden farklı bir piyasada y ve w ürünlerini piyasaya sürdüklerinde, tüketici nezdinde oluşan bilinç doğrultusunda, A markasının sahibi, ürünlerinin tümünün aynı standartlarda üretildiğini belirterek B markasına farklı bir pi-

yasada olsa dahi rekabet açısından üstünlük kurabilecektir. Zira A markasının x ürünü tüketici nezdinde B markasının q ürününe kıyasla daha yoğun biçimde tercih edilmiştir. Bu doğrultuda A markası, üreticisine, Menşe Gösterme İşlevi vasıtasıyla, farklı bir piyasada olsa dahi aynı üreticinin ürünü oldukları hususunu tüketiciye yansıtabilme imkanı sağlamıştır. Aynı yönde, A markası üreticisine, tüketici nezdinde menşe gösterebilme imkanını sağladığından, farklı bir piyasada olsa dahi, A markası altında üretilen ürünlerin belli bir standart kalite çerçevesinde üretildiğini yansıtabilme olanağını doğuracağından, markanın Kalite ve Ayırt Etme İşlevleri gündeme gelecektir. Bu şekilde değerlendirildiğinde markanın Garanti İşlevi, üreticiden ziyade tüketici tarafında daha büyük bir etkiye sahip olacaktır. Zira A markasının x ürününü kullanan ve daha sonra farklı bir piyasada y ürününü piyasaya sürdüğünü öğrenen üretici, x ürününe duyduğu güven dolayısıyla başka bir piyasada olsa da, yine aynı üretici tarafından üretildiğini bildiği ve dolayısıyla asgari birtakım standartları olduğunu düşünerek, A markasının y ürününü tercih edecektir. Bu şekilde bakıldığında markalı mal ve hizmetler, farklı ürün piyasalarında olsa dahi, aynı üreticinin ürünü olduklarını yansıtabildikleri ölçüde, ki bu husus menşe gösterme işlevi olarak ortaya çıkmaktadır, birbirlerine kalite, reklam ve ayırt etme bakımından referans olacaktır. Bunların neticesi olarak da tüketici nezdinde garanti, menşe gösterme işlevleri gündeme gelecektir. Tüm bu işlevlerin ortak sonucu ise, üreticinin, rakip üreticiler nezdinde tercih

edilirliğini arttırmak olduğundan, günümüzde marka, bir üreticinin ticari faaliyetlerinin gelişiminde ve büyümesinde en önemli araçlardan biri olmuştur.

2. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Marka ve markalı malların kullanımının yaygınlaşmasıyla, hukuki ihtilaflar da artmıştır. Bu artış yukarıda açıklanan markanın işlevleri neticesinde ve özellikle menşe gösterme işlevi dolayısıyla yaşandığından, Osmanlı döneminde 1880 yılında ilk olarak İhtira Beratı Kanunu hazırlanmıştır. Ancak ilerleyen dönemlerde kanun yenilenmemiş, dünya üzerindeki gelişmelere, sadece kanun üzerinde belli değişiklikler yapılarak ayak uydurulmaya çalışılmıştır. 1880 tarihli kanun 1965 yılına kadar gerekli görülen değişiklikler yapılarak, yenilenmeden kullanılmış; 1965 yılında çağın oldukça gerisinde kaldığı dikkate alınarak 551 Sayılı Markalar Kanunu çıkarılmıştır. İlerleyen süreçte ise fikri mülkiyet hukukuna ilişkin gelişen mevzuat karşısında yetersiz kaldığından bahisle, 551 sayılı Sayılı Markalar Kanunun yerini Marka KHK almıştır.

3. Marka Tescilinde Mutlak ve Nispi Ret Sebepleri

Marka KHK'nın 5. maddesi uyarınca, marka tescilinde önşart olarak *"bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması"* gelmektedir. Bu doğrultuda aşağıda da açık-

lanacağı üzere başvurunun yapılacağı merci Türk Patent Enstitüsü (“TPE”) olup, TPE, tescil başvurusunun KHK m. 23’teki şartları taşıdığına karar verirse, başvuru TPE’ye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih saat ve dakika itibariyle kesinleşir¹. Marka KHK’nın 7. ve 8. maddeleri altında düzenlenen hususların varlığı ihtimalinde, markanın tescil edilememesi sonucu ortaya çıkmaktadır. 7. madde altında düzenlenen hususlar mutlak ret sebebi oluşturup, TPE nezdinde re’sen dikkate alınırken, 8. madde altında düzenlenen hususlar, madde metninden de anlaşılacağı üzere, başkaca marka sahipleri tarafından itiraz yoluyla öne sürülen ve TPE tarafından re’sen dikkate alınması mümkün olmayan sebeplerdir. Bu nedenledir ki 8. madde altında anılanlar nispi ret sebebi olarak belirtilirken, 7. madde altında anılanlar, açıklandığı üzere, mutlak ret sebebi olarak öğretide ve içtihatla yerini almıştır. Bu yazımızda özellikle markaların aynı veya benzer olması dolayısıyla hükümsüzlüğüne değineceğiz, dolayısıyla 7. ve

8. maddelerin sadece ilgili bentlerini dikkate alarak açıklamalarımızı sürdüreceğiz².

4. Hükümsüzlük Davası

Markanın işlevlerine ilişkin açıklamaları da dikkate alarak, marka hakkının, günümüz ticari hayatında kazandığı önem ve marka haklarının ihlalleri neticesinde ortaya çıkan kayıplar ciddi boyutlardadır. Ortaya çıkan bu kayıplar sebebiyle markalara ve kullanımına ilişkin hukuki ihtilafların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bu bakımdan Marka KHK, yukarıda bahsedilen mutlak ve nispi ret sebeplerine yer vermiş olmasıyla, mevcut tescilli markaların, tescil başvurusu yapılan markalara karşı korumasında sadece TPE nezdinde koruma yolu öngörmemiş, buna ek olarak, tescil başvurusu yapılan markalara karşı mevcut tescilli markaların korunmasına yönelik olarak 42. madde altında hükümsüzlük davasına da olanak tanımıştır. Adli yargı nezdinde bir ihtisas mahkemesi olarak teşekkül eden

1) Arkan, 74. KHK md. 29/1.

2) **Madde 7** – Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:

...

b) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar

Madde 8 – Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa. ...

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi; markanın haksız kullanımı, marka hakkının ihlali gibi uyuşmazlıkların yanında, TPE tarafından verilen yeniden inceleme ve değerlendirme kurulu (“YİDK”) kararlarının iptali, markanın hükümsüzlüğü gibi iddiaların da ileri sürüleceği ve inceleneceği mahkemedir. Bu noktada mahkemenin vereceği karar neticesinde, tescilli bir markanın hükümsüzlüğüne hükmedilmesi ihtimalinde, hükümsüzlüğe ilişkin nedenin tescil anında da geçerli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu açıdan, verilen hükümsüzlük kararı, markanın tescil edildiği andan itibaren etkili olacağından, söz konusu marka, hiç tescil edilmemiş olacak, yargılamanın sonuna kadar gerçekleşen kullanım ise, tescilsiz kullanım olarak adlandırılacaktır.

5. Markanın Aynı veya Benzer Olması Dolayısıyla Hükümsüzlük Nedenleri

Marka KHK’nın sistematigi doğrultusunda, 42. madde altında öncelikle mutlak ret sebeplerine ve daha sonra nispi ret sebeplerine dayanan hükümsüzlük davalarından bahsedilmektedir. Bu durumda, yukarıda da belirtildiği üzere, mutlak veya nispi ret sebeplerine dayanılarak hükümsüzlük davasının neticelendirilmesi halinde; marka, tescil anından itibaren hükümsüz hale gelecektir. Belirtmeliyiz ki, hükümsüzlüğü talep edilen sonraki tarihli markaya ilişkin tescil başvurusunun kötü niyetle yapılmış olması ihtimalinde davanın açılmasına ilişkin 5 yıllık hak düşürücü süre ortadan kalkacak ve dava açma hakkı süresiz hale dönüşecektir. Bu noktada, mutlak ve nispi ret sebepleri göz önüne

alınarak, hükümsüzlük davası bakımından Marka KHK’da ortak olan “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer” nitelikteki markalar ile “markanın aynı veya benzer olması ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsamı” başlıkları dikkati çekmektedir. Bu bakımdan, “aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer” nitelikteki markalar Marka KHK md. 7’de belirtilen mutlak ret sebeplerinden sayılırken, “markanın aynı olması ve aynı mal veya hizmetleri kapsamı” ve “markanın benzer olması ve benzer mal veya hizmetleri kapsamı” Marka KHK md. 8 altında belirtilen nispi ret sebeplerindendir. Bu benzerlik altında dikkati çeken en önemli ayrım ise, 7. maddede belirtilen hususun “ayırt edilemeyecek kadar benzer” markanın mutlak ret sebebi teşkil etmesi ve 8. maddede nispi ret sebebi olarak belirtilen hususun ise yalnızca “markanın benzer olması” olarak tespit edilmiş olduğudur.

Markanın, Marka KHK md. 7 anlamında ayırt edilemeyecek kadar benzer olması ve genel itibarıyla Marka KHK md. 8 anlamında benzerliğe ilişkin hukuki değerlendirme, içtihat ve öğreti nezdinde üzerinde mutabık kalınmış birtakım kriterler takip edilerek, ihtisas mahkemesi tarafından takdir edilmektedir. Bahsi geçen bu kriterler şu şekilde sayılabilir:

- Görsel, Biçimsel, Anlamsal ve İşitsel Benzerlik
- Çağrıştırma
- Bütünlük ilkesi ve toplu kanaat
- Malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu

- Markayı taşıyan malın değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman
- Markanın esas unsurları ve tamamlayıcı unsurları

Bu kriterler altında özellikle; bütünlük ilkesi, toplu kanaat, alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu göz önüne alınarak yapılan hukuki değerlendirme sırasında ihtisas mahkemesinin çok geniş bir takdir yetkisi bulunduğu açık olmakla birlikte, söz konusu kriterlerin ucu tamamen açık değildir. Zira Marka KHK, Avrupa’da yapılan değişiklikler takip edilerek tadil edildiğinden, uygulamada da Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararlarıyla paralel bir içtihat birliği sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu doğrultuda ucu açık olarak tespit edilen kriterler, içtihatla yeknesak bir düzenleme yoluyla içi doldurularak hem Avrupa düzenlemeleriyle paralel tutulmakta, hem de ihtisas mahkemelerinin farklı yönde karar vermelelerinin önüne geçilmektedir.

6. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Nitelikte Benzer Markalar ile Markanın Aynı Olması ve Aynı Mal ve Hizmetleri Kapsaması (Marka KHK 7 / 1 – b ve Marka KHK 8 / 1 – a)

Markanın işlevlerinden yola çıkılarak yapılacak açıklamaya göre, marka ve markalı mal, ayırt edicilik vasfını, tüketiciye malın üreticisini çağrıştırabildiği ölçüde kazanmaktadır. Öte yandan, bir marka, tüketici nezdinde birden çok üreticiyi çağrıştırıyorsa, bu durum tüketicinin yanılgısı ihtimalini (iltibas durumu)

ortaya çıkaracaktır. Markanın tesciliyle hem üreticiye hem de tüketiciye sağlanan yararlar ve bilhassa menşe gösterme ve garanti işlevleri düşünüldüğünde, marka olarak tescil edilen bir işaretin, tek bir üreticiyi referetmesi (tüketiciyi, tek bir üreticiye yönlendirmesi) gerekmektedir; aksi takdirde, marka tescili amacından saparak “menşe gösterme işlevi”nin dışına çıkacak, tüketiciyi yanıltıcı bir işlev kazanacaktır. Bu durumun kanun koyucu tarafından himaye edilmediği, Marka KHK’deki hükümler bakımından açık olmakla birlikte; marka hukukunun çağdaş düzenlemeleriyle ve Avrupa içtihatlarıyla bağdaşmayacağı da açıktır. Aynı veya ayırt edilemeyecek nitelikte benzer markalar başlığı altında TPE’nin ret yetkisi mutlak olup, TPE, re’sen araştırma sonucunda bu yönde kararlar verebilmektedir.

Yasaman, aynı veya ayırt edilemeyecek nitelikte benzer markalara ilişkin tespiti; “markanın bütün olarak bıraktığı izlenim”³ üzerinden yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda, Marka KHK md. 7. ve 8. bağlamında, yukarıda yapılan değerlendirmeler altında anılan kriterler gündeme gelecektir. Her iki madde için tespit edilen ortak kriterlerin yorumunda ortalama dikkat ve algılama yeteneğine sahip bir tüketici üzerinden değerlendirme yapılacaktır. Bu yön itibarıyla ortalama tüketici kriteri TPE tarafından:

“...makul derecede bilgili, makul ölçüde gözlemci ve dikkatli olduğu kabul edilir. Aynı zamanda ortalama tüketici

1) Yasaman, 228 Aynı yönde bkz. Arkan, 76

cinin dikkatinin mal ve hizmetin türüne göre farklılaşacağı kabul edilir. Örneğin, ortalama tüketicinin daha ucuz ve risk faktörü daha düşük ürünlerin alımında gösterdiği dikkat ve özen ile daha pahalı ve risk faktörü yüksek ürünlerin alımında gösterdiği dikkat ve özenin farklı olduğu, ikinci grup ürünlerde daha dikkatli davranacağı kabul edilir. Tescili talep edilen mal ya da hizmetler itibariyle uzman bir tüketici grubuna hitap eden markalarda ortalama tüketicinin daha bilgili ve dikkatli olduğu kabul edilir.”⁴

olarak tespit edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin; “Afra” ve “Afral”⁵, “Lacoste” ve “Lacoste”⁶ (adlı markalarının ayırt edilemeyecek derecede benzer nitelikte olduğu yönündeki kararları durumu örneklemektedir.

Marka KHK’nın 8/1-a bendi altında sayılan ve 42/1-b bendi dolayısıyla hükümsüzlük davasına konu olan “markanın aynı olması ve markanın aynı mal ve hizmetleri kapsamı”na ilişkin gerekçe, TPE’nin re’sen nazara aldığı bir husus olmakla birlikte, TPE’nin tek yanlı denetimini ortadan kaldırmak ve mevcut marka sahibine de bir itiraz hakkı tanımak bakımından, bu durum nispi ret nedenleri arasına da eklenmiştir. Bu doğrultuda, TPE’nin ihmali dolayısıyla ortaya çıkabilecek olumsuzlukları önlemek adına, kanunkoyucu, mevcut mar-

ka sahiplerine de aynen kullanıma ilişkin bir durumu fark ettikleri takdirde, itiraz yoluyla TPE nezdinde konunun karara bağlanmasını isteme hakkı tanımıştır. Belirtmeliyiz ki, Marka KHK 7. madde altında “ayırt edilemeyecek kadar benzer” markalara yer verilmiş olmakla birlikte, 8. madde altında sadece “aynen kullanım” yer almaktadır. Benzerlik bakımından mevcut marka sahibinin, 8. maddenin b bendi uyarınca itiraz hakkı doğmakta olup, bu nokta takip eden başlık altında ayrıca incelenecektir.

7. Markanın Benzer Olması veya Benzer Mal ve Hizmetleri Kapsaması

Marka KHK md. 8/1-b bendinde yer alan karıştırılma ihtimali bakımından, yukarıda E bendinde yer alan “**Markanın Aynı veya Benzer Olması Dolayısıyla Hükümsüzlük Nedenleri**” başlığı altında değinilen kriterler ortalama tüketicinin bakış açısı üzerinden incelenerek bir neticeye varılmaktadır. Yapılan değerlendirmede fiili bir durumdan yola çıkılmakla birlikte, bu durum mahkemeler nezdinde hukuki bir nitelime olarak dikkate alınmaktadır. Zira, fiili bir benzerliği saptamak konusunda tespit edilen ölçüler, nesnel olmaktadır. Ancak “ortalama tüketicinin algısı”na göre yapılan değerlendirmenin, hükmü veren hakimle sınırlı kalması, öznelliği ön plana çıkarmaktadır. Bu öznelğin gi-

4) **TPE Marka İnceleme Kılavuzu:** sf. 8, <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/F9E4CF4F-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>, Son Erişim: 06.11.2015.

5) Yargıtay 11. HD. 2000 / 6447 E. 2000 / 7287K. sayılı ve 2.10.2000 tarihli kararı

6) Yargıtay 11. HD 1565E. 3795K. sayılı ve 15.04.2003 tarihli kararı

derilebilmesi hususunda; yerel mahkemeler Yargıtay içtihatlarını, Yargıtay da yurt dışında ortaya çıkan güncel hükümleri takip etmekte olduğundan iltibasa dayalı benzerlik dolayısıyla markanın hükümsüzlüğüne dair verilen kararlarda yeknesak bir uygulamaya ulaşılmaya çalışıldığı görülecektir.

Hükümsüzlük davasında, mahkemece, ortalama tüketici algısının dikkate alınması hususu, yukarıda bahsedilen kriterler arasında özellikle *“malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu”* ile *“markayı taşıyan malın değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman”* olarak akla gelecektir. Burada tüketicinin, iltibas ihtimali olan markalı mallar arasında yapacağı tercih anı dikkate alınmaktadır. Markalı malların değeri, tüketici nezdinde malın fiyatı bakımından öne çıkmaktayken; malı almaya ayırdığı zaman, tercih aşamasında tüketicinin dikkatli davranıp davranmaması gerektiğine ilişkin bir kriterdir. Bu noktada özellikle iltibas tehlikesi bulunan markalı malların *“ikame edilebilirliği”*ne ilişkin değerlendirme yapılarak hükümsüzlük davasının seyrine yön verilmesi gerekmektedir. Gerçekten, tüketicinin, örneğin bir araba alırken harcadığı dikkat, zaman ve araba karşılığında ödeyeceği bedel (malın değeri) ile tüketicinin örneğin bir meşrubat alırken harcadığı dikkat, zaman ve malın değeri arasında karşılaştırma yapıldığında ciddi farklar ortaya çıkmaktadır. Bu noktada markalar arasındaki benzerlik hususunda meşrubat yönünden ortalama tüketicinin algısına ilişkin kriterler

daha sıkı uygulanmalıdır. Örneğimizi daha net ifade etmek gerekirse, araba satın almayı düşünen bir potansiyel tüketici, arabanın, örneğin, yakıt tüketim ortalamasına, güvenlik testlerine, ve benzer birçok özelliğine ilişkin araştırma yapacak, bu durumda tercih anı belki günler sürecektir. Öte yandan aynı tüketicinin bir süpermarkette meşrubat alırken harcadığı dikkat çok daha düşük bir seviyede olacağından, iltibas tehlikesi bulunan iki markalı mal arasında yanılarak, almak istediğinden farklı bir ürünü satın alabilecektir. Bu durumda yapılacak tespit, tüketici nezdinde *“ikame edilebilirlik”* bakımından daha yoğun ürünler oldukça, iltibas tehlikesi de daha yoğun olarak ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, ikame edilebilirliği daha fazla olan iki ürün arasında, tüketicinin yanılığa düşmesinin önlenmesi bakımından yukarıda belirtilen kriterler çerçevesinde daha katı bir yorumlamaya gidilmesi gerekmektedir.

Markaların benzer olmasıyla ilgili yukarıda açıklanan ikame edilebilirlik hususuna paralel olarak, markaların benzer türdeki mal ve hizmetler bakımından tescil edilmesi de yine KHK'nın 8/1-b bendi bakımından nispi ret sebebi teşkil ettiğinden hükümsüzlük davalarına konu olabilmektedir. TPE nezdinde marka tescili sınıflar üzerinden yapılmaktadır. Markaların sınıflanmasına ilişkin olarak TPE'nin *“Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ”*⁷⁾inden anlaşılabacağı üzere, 45 adet farklı sınıf tespit edilmiştir. Bu bakımdan

7) 08.12.2014 tarih ve 29199 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren TPE’nin 2014 / 2 sayılı tebliği

marka tescilinde kullanılacak işaretler içerisinde 45 farklı sınıfa tescil için başvuruda bulunulması mümkün olmakla birlikte, aynı sınıf içerisinde aynı işaretin tescil edilmesi Marka KHK'nın 7. maddesine aykırılık teşkil edecek, dolayısıyla muhtemel bir hükümsüzlük davasına konu olacaktır.

Marka KHK'nın 8. maddesi altında dikkati çeken bir diğer husus da markaların farklı sınıflarda dahi tescil edilmesinin mümkün olmamasına ilişkin “markanın tanınmışlık düzeyi”ne değinilerek yapılan değerlendirmedir. Bu noktada tescile ilişkin hükümsüzlük kararına dayanak olarak, Marka KHK, markanın ulaştığı “tanınmışlık düzeyi” dolayısıyla oluşacak iltibas tehlikesi hususunu öne çıkararak hükümsüzlük davasına konu edilmesine cevaz vermektedir. Bu halde, farklı bir sınıfta olsa dahi, markanın toplum nezdinde ulaştığı “tanınmışlık” dolayısıyla başkaca bir sınıfta tescil edilmesi dahi bir iltibas tehlikesi doğurmaktadır ve bu doğrultuda ortaya çıkacak iltibasın, tescil edilmek istenen marka bakımından haksız bir yarar sağlaması ihtimali gündeme gelmektedir. Bu yönde bir kullanım, ortalama tüketicinin algısını, tanınmış markanın, farklı bir alanda bir ürün piyasaya sürdüğü şeklinde bir yanlışlığa sürüklemesi bakımından Marka KHK'nın yasakladığı bir tescil gündeme gelecek ve bu doğrultuda hükümsüzlük davasına konu edilecektir. Markanın tanınmışlığına ilişkin yapılacak değerlendirmede de, yine ortalama tüketici kriteri

dikkate alınarak hukuki bir nitelendirme yapılmaktadır. Tanınmışlık düzeyine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında yapılan tanımlama:

“Tanınmış marka kavramı, Yargıtay içtihatlarında bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım olarak tarif edilmiştir.”⁸

şeklinde. Bu yönde örneğin “Çokonat” markasının ulaştığı tanınmışlık düzeyi dolayısıyla Yargıtay “Çokotat” markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁹. Bu itibarla değerlendirildiğinde, markanın tanınmışlık düzeyine göre, aynı veya benzer sınıflarda tescilinin hükümsüzlük davası yoluyla engellenmesi mümkündür.

8. Sonuç

Marka KHK'nın 42. maddesiyle korunmak istenen menfaat, markanın işlevleri dolayısıyla üreticisine kazandırdığı avantajlar üzerinden, haksız bir yarar sağlanmasının önüne geçilmesi maksadına paralel olarak ortaya çıkmaktadır. Bu avantajlar, markanın işlevleri altında değinilen; Garanti İşlevi, Menşe Gös-

8) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2002 / 10575 E. 2003 / 2753 K. sayılı 24.03.2005 tarihli kararı

9) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2004 / 10613 E. 2005 / 9178 K. sayılı 04.10.2005 tarihli kararı

terme İşlevi, Reklam İşlevi, Kalite İşlevi, Ayırt Etme İşlevinden oluşmaktadır. Öte yandan 42/1-a ve b bentleri neticesinde markanın aynılık veya benzerlik dolayısıyla hükümsüzlüğünün gündeme gelebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada a bendi, Marka KHK'nın 7. maddesi altında anılan mutlak ret sebeplerine açıkça atıf yaparken, b bendi de 8. maddeye yollama yapmıştır. Mevcut marka sahibinin menfaatini korumak bakımından başvurulabilecek yöntemler; TPE'ye itiraz yoluyla başvuru sonucunda verilen YİDK kararları, ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri tarafından görülen YİDK kararının iptali davaları ve markanın hükümsüzlüğü talepli davalar olarak ortaya çıkmaktadır. Yukarıda bahsi geçen atıflar dolayısıyla yazımızın ilgili başlıkları altında yapılan açıklamalarla aynı yönde olmak üzere, iltibas tehlikesinin analizinde, yazımızda belirttiğimiz kriterlerin yorumlanmasında ortalama tüketicinin algısı, markalı malların ikame edilebilirliği gibi belli doneler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler, hükümsüzlük davasının seyrine yön vermekte olup, bu hususlar ihtisas mahkemesinin kuracağı hükümde belirleyici rol oynamaktadır.

KAYNAKÇA

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Arkan, Sabih: MARKA HUKUKU, Cilt I, ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI NO: 520 AÜHF DÖNER SERMAYE YAYINLARI NO: 35, 1997, Ankara.

TPE Marka İnceleme Kılavuzu

TPE'nin 2014 / 2 Sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliği

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, Ekim 2004, İstanbul.

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr

www.tpe.gov.tr

Tahkim Yargılamasında Geçici Hukuki Koruma Önlemlerine İlişkin Hakem ve Mahkemelerin Yetkisi



İnci AKIN

1. Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmeleri yönündeki iradeleri tahkim yargılamasında büyük önem taşımakta olup, taraflar yaptıkları tahkim anlaşması ile aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması hususunda iradelerini ortaya koyarlar. Tahkim yargılamasında nihai kararlar, belli bir süre sonunda verilebilmektedir. Dolayısıyla devlet yargısında olduğu gibi, tahkimde de tarafların haklarını korumak veya yargılamasının sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için geçici hukuki koruma önlemlerine ihtiyaç duyulmaktadır¹. Bu noktada hakemlerin ve mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yetkisi önem kazanmaktadır.

2. Hakem Heyetinin Geçici Hukuki Koruma Önlemlerine İlişkin Yetkisinin Hukuki Dayanakları

Günümüzde hakem kurulunun geçici hukuki koruma kararı verme yetkisinin olduğu genellikle kabul edilmekte olup, uluslararası sözleşmeler, tahkim merkezlerinin kuralları ve ulusal hukuk düzenlerinde yer alan düzenlemeler hakem heyetinin bu konudaki yetkisinin hukuki dayanaklarını oluşturmaktadır.

A) Uluslararası Sözleşmeler

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre – Avrupa Sözleşmesi (“**Cenevre Sözleşmesi**”) ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve

1) Rifat Erten; Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 9.

İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi (“**New York Sözleşmesi**”) hakem kurulunun geçici hukuki koruma önlemlerine dair yetkisi konusunda açık bir hüküm içermeseler de, böyle bir yetkinin olmadığını ortaya koyan bir hükme de sahip değillerdir. Dolayısıyla, hakem kurullarının geçici hukuki koruma kararı konusunda yetkili olmaları ve bunu kullanmaları söz konusu sözleşmelere bir aykırılık olarak değerlendirilemez².

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme’nin (“**ICSID Sözleşmesi**”) 47. maddesi, tarafların başka biçimde anlaşmadığı takdirde, heyetin şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebileceği yönünde bir düzenleme getirmiş ve hakem kurullarının geçici hukuki koruma verme yetkisini açıkça kabul etmiştir.

B) Tahkim Merkezlerinin Kuralları

Taraflar tahkim anlaşmasında belli bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapabilirler veya tahkimin ad hoc kurallara göre gerçekleştirilmesi hususunda anlaşmaya varabilirler. Bu halde ilgili tahkim merkezinin kuralları ve ad hoc kurallar hakem heyetinin geçici hukuki koruma tedbirleri vermeye ilişkin yetkisi bakımından önem arz eder.

ICC Tahkim Kuralları’nın 28. maddesi uyarınca; taraflar aksini kararlaştırmamışsa, hakem kurulu, dosya kendisine havale edilir edilmez, taraflardan birinin isteği üzerine, uygun gördüğü koruyucu veya geçici tedbir kararını verebilecektir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 26(1). maddesinde ve LCIA Tahkim Kuralları’nın 25. maddesinde de tarafların aksini kararlaştırmadıkça hakem mahkemesinin bir tarafın istemi üzerine geçici önlemlere karar verebileceği düzenlenmiştir.

Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği (“**TOBB**”) Tahkim Tüzüğü’nün 35. maddesi uyarınca; taraflar aksini kararlaştırmadıkça hakem mahkemesi, dosya kendisine tevdi edildikten sonra, taraflardan birinin talebi üzerine, gerekli görülen geçici koruma tedbirine karar verebilir.

C) Ulusal Düzenlemeler

Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurabilmesi meselesi değişik hukuk sistemlerinde farklı yollarla çözümlenmektedir. Bazı sistemlerde hakemlere ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurmalarına izin verilmezken, bazı sistemler hakemlere bu yetkiyi vermiş bulunmaktadır³.

2) Erten, a.g.e. s. 53

3) İtalyan, Yunan, İspanya ve İsveç sistemlerinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi sadece mahkemelerin yetkisindedir. Ayrıntılı bilgi için: K. Berk Kapancı: Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, s.524 vd.

Buna karşılık, ABD, Belçika ve İngiltere gibi ülkeler hakemlere ihtiyati tedbir konusunda karar verme yetkisini tanımışlardır.

Son otuz yıllık süreçte, kabul ettikleri yeni düzenlemelerle veya değişikliklerle ulusal hukuk düzenlerinin hakem kurullarına geçici hukuki koruma kararı verme yetkisini tanıdıklarını görüyoruz⁴. UNCITRAL Model Kanunu’nu (“**Model Kanun**”) iktibas eden birçok ülke, tahkim heyetine geçici koruma önlemlerine karar verme hususunda yetki vermiştir.

D)4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Heyetinin Yetkisi

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun (“**MTK**”) 6. maddesi ile “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir.*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Taraflar tahkim sözleşmesinde hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı veremeyeceğini kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim anlaşmasıyla geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece mahkeme aracılığıyla başvurulabileceği hususunda anlaşmaya varabilirler.

MTK’nun 6. maddesinde “*Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyatî tedbir*

veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir.” denilmekle ihtiyati tedbir veya haciz kararına uymayan tarafın kararı yerine getirmesi için yetkili mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır.

MTK’nun 6. maddesinde hakem veya hakem kurulunun, cebri icra organları tarafından icrası veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir kararları ve üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları veremeyeceğini düzenlemiştir. Bu anlamda; MTK hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı vermesinin sınırlarını belirtmiş ve yetkisini daraltmıştır.

Bu madde uyarınca; hakemler tarafından cebri icra organları tarafından icrası veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir kararları verilemeyecektir. Diğer yandan üçüncü kişiler üzerinde etki edecek herhangi bir güvenlik tedbirinin hakemler aracılığıyla alınması da engellenmiştir. Yani, hakemler tarafından yalnızca taraflar üzerinde etki edecek bir ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı verilebilecektir. Bu durum teminat mektupları açısından özellik taşımaktadır. Teminat mektupları bir banka tarafından verilen bir kişisel teminat türü olup, muhatap ile bir üçüncü kişi olan lehtar arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan edimlerin lehtar tarafından sözleşmeye aykırı olarak yeri-

4) Erten, a.g.e. s. 54

ne getirilmemesi riskine karşılık muhatabı korumak amacıyla düzenlenmekte ve muhatabın talebi üzerine, bankanın mektupta belirlenen miktarı derhal ödeyeceğine dair bir taahhüt içermektedir⁵. Teminat mektubu ilişkisi, üç farklı taraf ve iki birbirinden bağımsız sözleşmeden oluşmaktadır. Bu ilişkide, ödemeyi yapan banka MTK uyarınca bir üçüncü kişi konumundadır. Lehtar ile muhatap aralarındaki temel ilişkiden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabileceği gibi, teminat mektubu düzenlenmesi için banka ve muhatap arasında akdedilen garanti sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar da tahkim yargılamasına konu edilebilir⁶. Her iki ilişkide yer alan tahkim şartı birbirinden bağımsız olarak varlığını sürdürür. Dolayısıyla, lehtar ile muhatap arasında sürmekte olan olası bir tahkim yargılamasında hakem veya hakem kurulu tarafından bankanın ödemeyi durdurmasına yönelik verilecek bir tedbir kararı, üçüncü kişileri bağlayan nitelikte bir ihtiyati tedbir kararıdır. Zira, tahkim anlaşmasının sadece taraflar arasında hüküm doğurması nedeniyle, üçüncü kişi niteliğinde olan bir bankaya karşı tahkim anlaşmasına dayanarak bir talepte bulunulması mümkün değildir⁷. Bu durumda, hakem heyeti ancak

muhatabın banka teminat mektubunda yazılan bedelin ödenmesi için bankaya başvurmaması yönünde bir tedbir kararı verebilirler. Öte yandan, teminat mektubuna tahkim şartı konulması gibi yollarla bankalara da etki edecek tedbir kararları alınabilmesinin önü açılmaktadır⁸. Ayrıca, teorik olarak banka üzerinde hakemlerce verilecek tedbir kararının etki etmeyeceği kabul edilmekle birlikte, uygulamada bankalara ödeme ya- sağı getiren tedbir kararlarına da rastlandığı belirtilmektedir⁹.

E) 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Uygulandığı Tahkimlerde Hakem Heyetinin Yetkisi

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") 414. maddesi ile "Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbir alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. İlgili maddenin 2. fıkrası ile mahkemenin hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir

5) **Nami, Barlas:** Banka Teminat Mektupları, Makalelerim, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.31

6) **Hatice Özdemir:** Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:73, Sayı: 7-8-9, 1999, s. 758

7) **Özdemir,** a.g.m, s. 759, Balkar, a.g.e, s. 179

8) **Süheyla Balkar:** Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk anabilim Dalı, 2010, s. 180

9) **Balkar,** a.g.e, s. 180

tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar vereceği düzenlenmiştir.

HMK'nun 414. maddesinin 5. fıkrası ile hakem veya hakem kurulunun mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararını değiştirebileceği veya ortadan kaldıracılabileceği düzenlenmiştir.

HMK'nun 414. maddesinin 3. fıkrası “*Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu hüküm ile tarafların ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilecekleri düzenlenmiş olup, bu hükümde belirtilen haller haricinde ihtiyati tedbir ve delil tespiti talebinde bulunulması hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine bağlanmıştır.

3. Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Önlemlerine İlişkin Yetkisinin Hukuki Dayanakları

A) Uluslararası Sözleşmeler

New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3.

fıkrası mahkemelerin hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir tahkim anlaşması söz konusu olmadıkça tarafları uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeye sevk etmesi gerektiğini belirtmektedir. Hüküm mahkemenin müdahalesini tahkim anlaşmasının geçerliliği şartına bağlamıştır. New York Sözleşmesi'ne taraf devlet hukukları ve mahkemelerin uygulamaları dikkate alındığında, bu tür tedbir talepleri için devlet yargısına müracaat edilmesi, uyuşmazlığın hakem yolu ile çözülmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁰.

Model Kanun'un 9. maddesinde de tahkim anlaşmasının tarafların geçici hukuki koruma elde etmek amacıyla mahkemeye başvurma olanaklarını ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir¹¹.

B) MTK Uyarınca Tahkim Yargılaması Sırasında veya Öncesinde Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Karar Verebilmesi

MTK'nun 6. maddesinin 1. fıkrası “*Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. MTK tarafların tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması

10) Ziya Akıncı: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 131

11) Kapancı, agm, s.527/ s.535 vd.

sırasında mahkemeye başvurarak ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbire başvurabilmesini olanaklı kılmıştır.

MTK'nun 10. maddesi uyarınca taraflardan biri, mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almış ise otuz gün içinde tahkim davasını açmak zorundadır. Aksi halde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kendiliğinden ortadan kalkar.

4. Sonuç:

Günümüzde milletlerarası tahkim hukukuna ilişkin tartışmaların en önemlilerinden biri, hakemlerin ve mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yetkisidir. Bu açıdan tahkim yargılamasında mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yetkisi, hakemlerin yetkisinin nasıl belirleneceği ve bu yetkinin sınırları meselesi önem kazanmıştır.

Günümüzde hakemlerin de, mahkemelerin de ihtiyati tedbirlere hükmedebilmesi kabul edilmiş olup, ülkemizde de yasal düzenlemeler buna göre oluşturulmuştur. Ancak hakemlerin verdiği tedbir kararları yukarıda da izah etmiş olduğumuz üzere sınırlı etkiye sahiptir; zira, üçüncü kişileri etkileyecek ya da icra organlarının yetki alanına girecek tedbir kararları verilmesine izin verilmemiştir. Ancak üçüncü kişileri etkileyecek yada icra organlarının yetki alanına

girecek tedbir kararlarının mahkemelerden alınması mümkün olup, Türk Hukukunda bu amaçla mahkemelere başvurulması halinde, bu başvurunun taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını ihlal etmediği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

1. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
2. BALKAR, Süheyla: Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010.
3. BARLAS, Nami: Banka Teminat Mektupları, Makalelerim, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, (Makale).
4. ERTEN, Rifat: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
5. KAPANCI, K. Berk: Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s.521-540.
6. ÖZDEMİR, Hatice: Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:73, Sayı: 7-8-9, 1999.

Çifte Vergilendirme Önleme Anlaşmaları ve Gerçek Lehtar Kavramı



Kerem ARIÇ

1. Giriş

Türkiye Cumhuriyeti birçok yabancı ülkeyle Çifte Vergilendirme Önleme Anlaşmalarına (“ÇVÖA”) taraftır. Bu anlaşmalar, iki ülke arasında yapılan örneğin temettü, faiz, gayrimaddi hak ve serbest meslek ödemelerinde kaynak ülkede (gelirin oluştu ülkede) uygulanabilecek vergi oranları ve ödemeyi alan tarafın ikamet ettiği ülkede elde edebileceği vergi indirimi konusunda düzenlenmeler getirmektedir.

Çifte vergilendirme; iki veya daha fazla devletin aynı kişi ya da kurumu tüm **dünyada** elde ettiği kazançları üzerinden vergiye tabi tutması ve/veya bir devlette ikamet eden kişinin veya kurulmuş olan bir şirketin diğer bir devlette elde ettiği bir gelirin (kaynak ülke) her iki devlet tarafından vergiye tabi tutulması olarak tanımlanabilir.

“Çifte Vergilendirme” aslında iki devlet arasında çalışan kişilerin veya şirketlerin ekonomik faaliyetlerini kısıtlayıcı bir unsur olarak görülmekte ve gerek devletler, gerekse OECD gibi uluslararası kurumlar tarafından engellenmesi gereken bir durum olarak görülmektedir. Çifte vergilendirmenin önüne geçilebilmek için, devletler, OECD’nin liderliğinde ve geliştirdiği örnek ÇVÖA kapsamında, iki taraflı ÇVÖA’lar imzalamaktadırlar.

ÇVÖA’lar kapsamında yaptığımız incelemelerde iki ülke arasında oluşabilecek çifte vergilendirmenin engellenmesi için değerlendirilmesi gereken önemli bir kriter “**Gerçek Lehtar**” kriteridir. İşbu makalemizde sırayla ÇVÖA’lar kapsamında gerçek lehtarın tanımını ve gerçek lehtar kavramının OECD ülkelerinde ve Türkiye’de uygulanmasını inceleyeceğiz.

2. Gerçek Lehtar Kavramı

Gerçek lehtar (“**Beneficial Owner**”) kavramı, **ÇVÖA’ların** kişiler ve şirketlerin suni yapılanmalar vesilesiyle ikamet ettikleri veya gelir elde ettikleri ülkelerde vergi ödememek veya vergi yüklerini azaltmak için kullanılmalarını engellemeyi hedeflemektedir.

ÇVÖA’larda, temettü, faiz ve gayrimaddi haklarla ilgili maddelerin ikinci paragraflarında şu ifadeler yer verilmiştir: “...*söz konusu temettüler/faiz/gayrimaddi hak bedelleri, ödemeyi yapan şirketin mukim olduğu Akit Devlette ve bu Devletin mevzuatına göre de vergilendirilebilir; ancak, temettünün gerçek lehtarı diğer Akit Devletin bir mukimi ise bu şekilde alınacak vergi aşağıdaki oranları aşamayacaktır...*”. Türk Vergi Hukuku’na göre dar mükellef kurumlara (yani kanuni ve iş merkezlerinden her ikisi de Türkiye’de bulunmayanlar ve sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilen kurumlar) yapılan temettü ödemeleri % 15, gayrimaddi hak ödemeleri ise % 20 oranında vergiye tabidir. Türkiye’nin taraf olduğu **ÇVÖA’lar** kapsamında, kaynak ülkede kesilen vergi oranı temettüler için % 5 ve % 10, gayrimaddi haklar içinse % 10 olabilmektedir. Ancak, bu anlaşmaların birçoğunda, temettü ve gayrimaddi hak bedellerine ilişkin düşük kesinti oranının uygulanması, **ödeme yapılan akit devlet mukiminin gelirin gerçek lehtarı olması şartına bağlanmıştır**. ÇVÖA’lar kapsamında vergi kesintisi oranlarının Türkiye’de dar mükellef kurumlara uygulanan oranlardan daha düşük olmasa bile, söz konusu gelirin (temettü veya gayri maddi hak) her iki

ülkede vergilendirilmesini engellemeyi amaçlamaktadır.

OECD’nin Model Vergi Anlaşması’nda “**Gerçek Lehtar**” tanımı yer almasa da, gerçek lehtar gelirin gerçek sahibi, yani gelirin **üzerinde** tasarruf hakkına sahip olan kişiyi **işaret eder**.

Bu kısıtlamanın varlığı şöyle açıklanmaktadır:

- Geliri elde eden akit devletin mukimi kurum ödemenin gerçek lehtarı değilse, ve sadece bir “**Conduit Company**” ise, ve
- Yapı ekonomik gerçeği yansıtmaksızın sadece ÇVÖA’nın hükümlerinden faydalanmak için kurulduysa,

o zaman ÇVÖA’nın sağladığı vergi avantajının ortadan kalkması gerekmektedir. Bu kuralın dayanağı “**Substance Over Form**” yani “İçeriğin Şekilden Üstün Olması” dır.

Bu ekonomik gerçeğe uymayan yapı, doktrininde “**Treaty Shopping**” (Anlaşma Alışverişi) olarak da geçmektedir. Treaty Shopping temelde üç unsuru içermektedir:

- Yapının gerçek lehtarı «*treaty shop*» yapan şirketin kurulduğu ülkede ikamet etmelidir,
- «*Conduit company*» bulunduğu ülkede gerçek bir ekonomik faaliyet göstermemelidir. Başka bir deyişle, «substance requirements» yani içerik testini geçememelidir, ve
- «*Conduit company*» kurulu olduğu ülkede sıfır veya düşük bir vergiye tabi olmalıdır.

3. Gerçek Lehtar Kavramının OECD, AB Ülkeleri ve Türkiye Tarafından Uygulanması

OECD'nin yayınladığı raporlar **ödemenin belirli bir şirkete yapılmış olmasının otomatik olarak söz konusu şirketin, gelirin gerçek lehtarı olduğu anlamına gelmeyeceğini** belirtmektedir. Ancak, OECD tarafından belirlenen kesin bir «**gerçek lehtar**» kavramı olmadığı için ve OECD ülkeleri arasında da **homojen bir tanım olmaması** uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Birçok AB ülkesinde vergi daireleri zaman zaman gerçek lehtarlık şartının yerine gelmemesinden dolayı, **ÇVÖA'lar** kapsamında belirlenen temettü ve gayri maddi hak vergi oranlarının uygulanmayacağı sonucuna varabilmektedir. Ancak, maalesef OECD ülkeleri veya AB ülkeleri arasında gerçek lehtarlık şartının değerlendirilmesi uyumlaştırılmış kısıtlara bağlanmadığı için, **farklı vergi daireleri uygulamada aynı veriler için farklı sonuçlara varabilmektedir.**

Peki Türkiye'de uygulama nasıldır? Türk vergi idarelerinin bugüne kadar gerçek lehtarlık şartının sağlanmadığı sebebiyle **ÇVÖA'lar** kapsamında sağlanan düşük vergi oranlarını uygulamayı reddettiği bir durum olmadığı görülmektedir. Ancak OECD'nin bu konuda farklı çalışmalar yürüttüğü göz önünde bulundurulduğunda, Türk vergi idarelerinin gerçek lehtarlık şartının sağlanıp sağlanmadığı hususunda bir içerik testi yapması önem arz etmektedir. Zira, bu içerik testinin yapılmaması, **Türkiye'de yapılan vergi kesintileri**

açısından bir vergi ziyayı yaratmaktadır. Dolayısıyla Türk vergi idarelerinin gerçek lehtar testini daha sıkı bir şekilde uygulaması ve uluslararası yatırımcıların «**treaty shopping**» yaparak suni vergi yapılanmalarının önünü kesmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, Türk vergi dairelerinin de ÇVÖA'lar kapsamında içerik testi yaparak özellikle aşağıdaki kriterlere göre bir analiz yapması uygun olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere AB veya OECD ülkelerinde gerçek lehtar kriterinin değerlendirilmesine ilişkin homojen kriterler olmasa da, uygulamaya ilişkin değerlendirmeler sonucunda şu ortak kriterler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Kurumun kurulu olduğu ülkede çalışanlarının olması;
- Aktifinde iştirak ettiği şirketlerin hisselerin dışında başka kalemler olması;
- Yönetim kurulu üyelerinin en az %50'sinin kurumun kurulu olduğu ülkede ikamet etmesi;
- Ülkede ikamet eden yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirmeleri için gerekli profesyonel donanımına sahip olmaları ve görevlerini fiilen yerine getirmeleri, tabir yerindeyse "göstermelik" yöneticiler olmaması;
- Yönetim kurulu toplantılarının kurumun kurulu olduğu ülkede yapılması;
- Muhasebe defterlerinin kurumun kurulu olduğu ülkede tutulması;
- Kurumun ana banka hesaplarının kurumun kurulu olduğu ülkede bulunması;

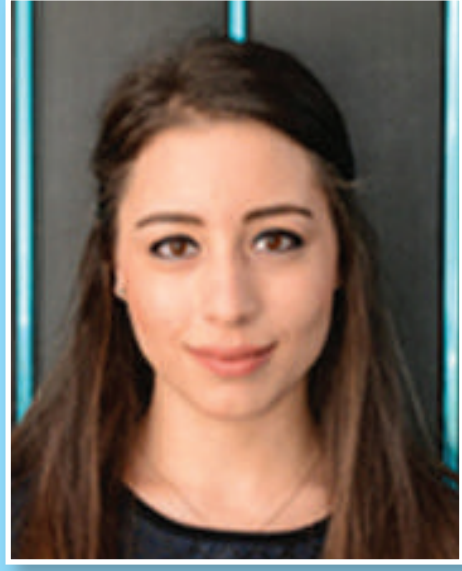
- Kurumun günlük idaresinden sorumlu olan kişilerin kurumun kurulu olduğu ülkede bulunan bir ofiste çalışması; ve
- Kurumun faaliyetlerini yürütebilmesi ve bordrosunda bulunan kişilerin maaşlarını ödeyebilmesi için uygun olarak fonlanmış olması.

Bu durumda, eğer geliri elde eden kurum bulunduğu ülkede yukarıda belirtilen kriterlerden birkaçını sağlamıyorsa, ilgili kurumun o

ülkede gerçek bir ticari faaliyet göstermediği ve yapının gerçek lehtarının o ülkede bulunmadığı yönünde bir eleştiri pek tabii getirilebilecektir.

Sonuç olarak, ÇVÖA'lar kapsamında Türk vergi idarelerinin de gerçek lehtar kavramını yukarıda belirttiğimiz kriterler kapsamında değerlendirmesi ve bu konuda objektif ve öngörülebilir bir uygulama geliştirmesi gerekmektedir.

Cezai Şart ile Götürü Tazminatın Karşılaştırılması



Ceren Ak GÜNGÖR

1. Giriş

Türk hukuku altında imzalanan sözleşmelerde, borçlunun edimini gereği gibi yerine getirmesini sağlayıcı niteliğe sahip olan, ve borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya belirli bir miktar ödemeye zorlandığı cezai şart hükümlerinin uygulaması oldukça yaygındır. Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde, borçluyu alacaklıya belirli bir miktar ödemeye zorlayan hükümlerin tamamı, cezai şart maddesi olarak yorumlanmaktadır. Oysa taraflar bazı durumlarda, alacaklının uğrayacağı zararın sözleşmenin kurulması sırasında önceden hesaplanarak belirlenmesi, yani tazminatı götürü olarak belirlemek amacı ile hareket edebilmektedirler. Tarafların, borçlu üzerinde baskı kurmak niyeti olmaksızın, uğranılabile-

cek zararı önceden hesaplayarak bu miktarda mutabık kalmaları, Anglo-Amerikan hukuku sistemlerinde yaygın olarak uygulama alanı bulan *götürü tazminat (liquidated damages)*, kurumunu ifade etmektedir. Bu makale ile, cezai şart ile götürü tazminat kurumlarının benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmuştur.

2. Cezai Şart

A) Tanım ve Niteliği

Cezai şart, tanımı itibariyle; borçlunun yükümlendiği borcu ihlal etmesi halinde, ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmayı ifade etmekte olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'muzun ("TBK") 179-182. Maddeleri arasında düzenlenmektedir.

1) Rifat Erten; Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 9.

Hukuki niteliği itibariyle cezai şart, bir tür geciktirici koşula bağlı edim borcudur. Kaynağı ise daima, mevcut bir borç ilişkisine bağlı bir ek anlaşma, bir ceza taahhüdüdür. Cezai şart, asıl borç ilişkisine bağlı bir borç niteliğindedir¹ ve bağlı bulunduğu asıl borcun geçersiz olması halinde, cezai şart da bağlı borç niteliği sebebiyle geçersiz olacaktır.

Cezai şart, asıl borcun ifası ile birlikte değil, asıl borcun ifasından vazgeçilerek, yerine talep edilebilecek nitelikte bir borç, yani ifa yerine istenebilecek bir sözleşme cezası olarak veya asıl borcun ifası ile birlikte talep edilebilecek bir borç olarak düzenlenebilir. Karşılaşılacak bir diğer düzenleme ise; hukuki niteliği itibariyle bir cezai şart olmayan, ancak cezai şarta benzerliği sebebiyle TBK'nın cezai şarta ilişkin maddeleri arasında düzenlenmiş olan dönme cezasıdır. Dönme cezası düzenlenen sözleşmelerde, tarafların anlaşması gereği, taraflardan biri veya her ikisi, belirli bir bedel ödemek şartıyla serbestçe sözleşmeden dönme hakkına sahip olabileceklerdir.

Hangi türde düzenlenirse düzense, cezai şartın en önemli işlevi, borçluyu düzgün ifade bulunmaya zorlayıcı, ve kötü ifadan kaçınması için caydırıcı bir araç olmasıdır².

B) Cezai Şart ile Kusur İlişkisi

TBK; cezai şartın talep edilmesini, borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağlamış-

tır. Her türlü kusur, belirlenen cezanın istenmesini mümkün kılar. TBK'nın 112. Maddesine uygun şekilde cezai şart söz konusu olduğunda da, borcun ihlal edildiğini ispat eden alacaklının, kusurun ispatı için ayrıca borçlunun kusurlu olmasını ispat etmeyecek, borçlu kusursuzluğunu ispat etmediği takdirde, cezayı ödemek zorunda kalacaktır.

C) Cezai Şart ve Zarar İlişkisi

Her ne kadar cezai şart, cezai şart ödemekle yükümlü borçlunun kusurlu olması halinde talep edilebilecekse de; TBK'nun açık hükmü gereği cezai şartın talep edilebilmesi, alacaklının zarar görüp görmemesine bağlı değildir³. Bir başka deyimle, alacaklı, borcun kötü veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle zarara uğramamış olsa dahi, borçludan sözleşme kapsamında kararlaştırılan cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Örneğin, yüklenicinin, işin tamamlanmasını geciktirdiği her hafta için 10.000 TL cezai şart ödemekle yükümlü olduğu bir eser sözleşmesi altında, işin tamamlanmasının gecikmesinde işverenin zarara uğramayacak olsa dahi yüklenici, bu cezai şart miktarını işverene ödemekle yükümlü olacaktır.

Bununla birlikte alacaklı, borçlunun edim borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle zarara uğramış ise; ayrıca, cezai şart mik-

1) **Günay, Cevdet İlhan:** Cezai Şart, sy. 23

2) **Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, sy. 504

3) **Türk Borçlar Kanun:** m. 180/1

tarını aşan zararının tazminini de borçludan talep edebilecektir. Aşan zararın tazmini hususu TBK'nun 180/2. Maddesinde düzenlenmiş olup, *“borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü”* olduğunu düzenleyen TBK m.112'deki genel hükümden ayrılmış, ve aksine, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi gerekliliğini şart koymuştur⁴.

D) Cezanın Azaltılması

Kural olarak TBK m. 182/3'de de belirtildiği üzere, hâkim, aşırı bulduğu cezai şart miktarının indirilmesine hükmedebilir. Bu bağlamda, hâkim cezanın aşırılığı tespit ederken olayın bütün özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirir. Ancak belirtilmesi gerekir ki, hâkimin ceza tutarını indirme yetkisi, cezai şartı tamamen ortadan kaldırma yetkisinin var olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

Bunun istisnasını, tacirler arasında kararlaştırılan cezai şart oluşturur. Türk Ticaret Kanunu'nun 22. Maddesi kapsamında tacir sıfatını taşıyan borçlunun, borçlunun ticari işletmesine ilişkin borç ile ilgili olarak aleyhine konulmuş cezai şart miktarının indirilemeyeceği kabul edilmektedir⁵. Cezanın miktarı ne kadar yüksek olursa olsun, ticari işlerde tacir borçlu aleyhine konulmuş ceza şart, hâkim tarafından indirilemez.

3. Götürü Tazminat

A) Tanımı ve Niteliği

Götürü Tazminat, Türk hukukunda cezai şart uygulamasının yaygınlığı ve doktrindeki görüşler ile Yargıtay kararlarının azlığı sebepleriyle daha az uygulama alanı bulan ve borçlunun kötü ifası sonucu alacaklıya ödenecek miktarın, alacaklının uğrayacağı zararın önceden hesaplanması suretiyle belirlenen ve cezalandırmak ve caydırmaktan ziyade, zararın önceden hesaplanması amacını taşıyan bir uygulamadır. Götürü tazminat uygulaması, Anglo-Amerikan Hukuku'nda *liquidated damages* başlığı altında oldukça geniş uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bunun en temel sebebi elbette ki, Anglo Amerikan Hukuku sisteminin, cezai şart kurumunu kabul etmemesidir.

Götürü tazminat kurumunun varlığı ve cezai şarttan farklılığı, günümüzde İsviçre ve Alman Hukuku sistemlerinin de dahil olduğu birçok Kıta Avrupası Hukuku sistemine tabi pek çok ülke tarafından açıkça kabul edilmiştir.

Götürü tazminat; önceden çeşitli hesaplama yöntemleriyle tahmini ve oluşabilecek zarara ilişkin bir meblağ belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu kurumda zarar miktarı önceden belirlenir ve belirlenen bu muhtemel zarar miktarı dikkate alınır. Burada amaç, cezai şarttan farklı olarak, borçlu üzerinde baskı kurmak değil, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasıdır.

4) Ancak bu hüküm kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanmaz.

5) Kocağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, sy 255-259

B) Götürü Tazminat ve Zarar İlişkisi

Cezai Şart ile Götürü Tazminat arasındaki en önemli farkın, zararın varlığı yönünden ortaya çıktığı söylenebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, cezai şartta zararın varlığı aranmamaktadır. Cezai şartın talep edilip edilmemesi, yalnızca borçlunun kusurlu olup olmamasına (ve elbette ki, kusursuzluğunun ispatına) bağlıdır. Götürü tazminatta ise kusurun varlığının yanı sıra, götürü tazminat kavramının tanımı ve öngörülüş amacından kaynaklı olarak, zararın bulunması temel şartlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Öyle ki; Anglo-Amerikan hukuku sisteminden gelen bu kavramın temeli, bir muhtemel zarar bedeli belirleyip, sözleşmeye aykırılık neticesinde ortaya çıkan zarar ile ilişkilendirebilen miktarda bedelin talep edilmesidir. Aksi takdirde, sözleşmede belirlenen bedel, ortaya çıkan zarar o kadar olmasa bile talep edilebilseydi, götürü tazminatın cezai şart kavramından hiç bir farkı kalmazdı. Yine yukarıda açıklandığı üzere, cezai şart uygulamalarında, alacaklının, cezai şart olarak belirlenen meblağı aşan zarara uğraması halinde borçludan, cezai şartı aşan zarar talep edilebilecektir. Götürü tazminatta ise; tarafların sözleşme imzalanırken muhtemel zararı en başta tespit ederek bu konuda mutabık kalmaları sebebiyle, aşan zararın talep edilmesinin sözkonusu olmaması gerekir. Götürü tazmina-

ta aşan zararın talep edilememesinin tek istisnası TBK m. 115/1'de düzenlenen “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” maddesi **hükmü** gereği, borçlunun **ağır kusurundan kaynaklanan** zararların talep edilebilmesidir.

Cezai şart ile götürü tazminat arasında zarara ilişkin olarak ortaya çıkan bir diğer farklılık, zarar ne olursa olsun, cezai şartta, cezai şartta ilişkin belirlenen meblağ ne ise o ödenecek olsa da, **götürü tazminatta** bu hususun tartışmalı olmasıdır. Bazı yazarlar, belirlenen götürü tazminat bedelinin bir tavan sınır olduğu, zarar ne ise o zararın bedel olarak ödeneceği kanısındadır^{6,7}. Ve fakat, bazı yazarlar ise zararın meblağına bakılmaksızın götürü tazminat için belirlenen bedel ne ise, onun ödeneceği görüşündedirler⁸.

C) Götürü Tazminatta İspat Yükü

Açıklandığı üzere, cezai şartın talep edilebilmesi için, borçlunun borcunu ifasında kusurlu olması yeterlidir. Oysaki **götürü tazminatta**, ispat yükü hususu tartışmalıdır. Tüm yazarlar ispat yükünün gerekliliğinde hemfikirlerdir ve fakat görüş ayrılığı ispat yükünün kimde olacağı **hususunda ortaya çıkmaktadır**. İspat yükünün borçluda olduğu ve borçlunun, alacaklının zarara uğramadığını ispat etme-

6) Kocağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 153

7) Yıldırım Akkayan, Ayça: Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 358

8) Erdem, Mehmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy. 109

si gerektiği yönünde görüşler^{9,10} bulunmakla birlikte, ispat **yükünün alacaklıda olduğu görüşü de mevcuttur**¹¹.

Genel ilke olarak, alacaklının, borca aykırılık halinde meydana gelen zararı talep etmesi, söz konusu zararın ispatına bağlıdır. Bu sebeple, götürü tazminatın söz konusu olması halinde de, yani, tazminatın önceden belirlenmesi halinde de ispat yükünün yer değiştirmemesi ve alacaklının üzerinde kalması gerekmektedir. Bu noktada götürü tazminatın alacaklı açısından faydası; zararın varlığını değil, miktarını ispatlamaktan kurtulma yönünden söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, tazminatın götürü olarak belirlenmesinin, tazminatın miktarına ilişkin olduğu, ancak diğer sorumluluk şartları açısından bir değişiklik ifade etmediğini söylemek uygun olacaktır¹².

D) Tazminatın İndirilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, iki tarafın tacir olduğu durumlar hariç olmak üzere, cezai şartta hâkim **müdahalesi söz konusu olabilecektir**. Götürü tazminat söz konusu olduğunda ise, tazminatın aşırı olması halinde hâkim **müdahalesinin söz konusu olabileceğini** yönünde görüşler varken, aksi görüşte olanlar da vardır¹³. Ancak götürü tazminatın yapısı göz önünde bulundurulduğunda, tarafların,

zararın miktarını ispattan kurtulmak amacı ile tazminatı götürü surette belirlemiş olmalarından dolayı, tazminatın aşırı olması halinde, **hâkim müdahalesinin söz konusu olması gerektiği kabul edilmelidir**.

4. Cezai Şart ile Götürü Tazminatın Karşılaştırılması

Hem cezai şart hem de götürü tazminat, asıl sözleşmeye bağlı özellik gösterirler. Asıl sözleşme için öngörülen şekil şartı cezai şart veya götürü tazminatı için de geçerli olup, asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde cezai şart veya götürü tazminatı da geçersiz olacaktır.

Ancak her iki kurum arasında; amaç ve işlev yönünden önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıkların sebebinin; götürü tazminat kurumunun, cezai şartın temel amaçlarını paylaşmaması olduğu söylenebilir. Yukarıda anlatılmaya çalışıldığı üzere, cezai şartın iki temel amacı bulunmaktadır. İlki, borçlu üzerinde baskı kurarak yükümlülüğüne uymasını temin ederek, borcun ifasını teminat altına almaktır. İkincisi ise zarar miktarını önceden tespit ederek, taraflara kolaylık sağlamak, usul ekonomisi ilkesine uygun hareket etmektir.

Oysa götürü tazminatın kararlaştırılmasının sebebi, borçluyu korkutmak veya caydırmak

9) Kocağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 153

10) Yıldırım Akkayan, Ayça: Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 398

11) Erdem, Mehmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy. 106

12) Erdem, Mehmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy 121

13) Kocağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 151, dipnot 10 ve 11

değil, alacaklının, borçlunun kötü ifası sebebiyle gerçekten ne kadar zarara uğrayacağını önceden tahmin edilerek belirlenmesidir. Bu sebeple götürü tazminatın; zararın varlığının ispatı başta olmak üzere, aşan zararın tazmini ile hâkimin müdahalesi hususlarında da, cezai şarttan farklı nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

5. Sonuç

Türk hukukunda oldukça geniş bir uygulama alanı bulan cezai şart, yapısı ve işlevi itibarıyla borçluyu, ifaya zorlayan bir edim niteliğindedir. Cezai şartın bu şekilde sık uygulanması ve içtihatların bu hususa ışık tutmaması sebebiyle, taraflar arasındaki anlaşmanın niteliği ve amacına bakılmaksızın, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle borçlunun alacaklıya belirli bir miktarı ödemesine ilişkin hükümlerin tamamı, cezai şart hükmü olarak değerlendirilmektedir. Oysa bu şekildeki hükümlerden bazıları, borçluyu caydırıcı niteliğe sahip olmaktan ziyade, alacaklının ne kadar zarara uğradığını önceden hesaplayarak, bunu taraflar arasındaki anlaşmaya dâhil etmek suretiyle, zarar miktarını ispat etmekten kurtarmak amacını taşımaktadır.

Ne yazık ki, doktrinde olduğu gibi yargı kararlarında da götürü tazminat kavramına neredeyse hiç yer verilmemektedir. İşbu makalenin yazım tarihi itibarıyla, Yargıtay'ın erişebilir kararlarından oldukça az bir kısmı götürü tazminata ilişkin olup, konu ile ilgili olan tek karar ise, götürü tazminatın cezai şart olarak nitelendirilmesine ilişkin Hukuk Genel Kurulu kararıdır¹⁴.

Türk Borçlar Hukuk sisteminin dayandığı Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku ise, Türk Hukukunun aksine, gerek doktrin, gerek yüksek mahkeme kararları ile, götürü tazminatın cezai şarttan farklı bir kurum olduğunu çoktan ortaya koymuştur. Türk Borçlar Hukuku'nda da aynı şekilde, iki kurumun birbirinden farklı olduğunun kabulü ile, taraflar arasındaki anlaşmanın bunlardan hangisine ilişkin olduğunun, taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

1. **Erdem, Mehmet:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi - syf. 97, 106, 109, 121
2. **Günay, Cevdet İlhan:** Cezai Şart, sy. 23
3. **Kocağa, Köksal:** İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 151, dipnot 10 ve 11, sy. 153
4. **Kocağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, sy 255-259
5. **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, sy. 504
6. **Reed Smith:** The Critical Path – Bahar 2008 Sayısı
7. **Yıldırım Akkayan, Ayça:** Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 153, 358, 392-393, 398

14) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu: E. 1984/13-730, K. 1986/416, T. 16.4.1986

Anonim Şirketlerde Kilitlenme Halleri

1. Giriş

Halka kapalı anonim şirketlerin karar alma usulleri, çoğu zaman, halka açık türevlerine kıyasla çok daha hızlıdır. Ortakları ve yöneticileri arasında bir güven ilişkisinin ve ticarî mutabakatın mevcut olduğu şirketlerde çoğu zaman alınan Yönetim Kurulu kararları telefon ile yapılan kısa bir görüşmeden sonra, elden ele gezdirilen bir Yönetim Kurulu kararından ibarettir. Genel Kurul kararları ise, yeni hüküm ve düzenlemeler neticesinde Bakanlık temsilcilerinin iştirakinin zorunlu olmadığı hallerde, artık ortaklar arasında imzalanan bir tomar resmî belge; Bakanlık temsilcilerinin katıldığı toplantılarda ise, kararların önceden alındığı ve sadece üslubunun temsilci ile kontrol edildiği bir formaliteden ibaret olmuştur.

Ancak ticaret, doğası gereği, riskli ve çalkantılıdır. Halka kapalı bir sermaye şirketinde her ortak, şirkete sermayesi ile beraber kendisine



Yunus Emre BAKİLER

özgü yönetim risklerini de getirir. Global veya bölgesel konjonktürün değişmesi ile, Türk veya yabancı ortaklar, şirket kurulduğu veya devralındığı zaman belirledikleri hedef ve faaliyetleri yerine getirmekten imtina edebilir, veya farklı yollarla yerine getirmeyi tercih edebilirler. Diğer ortakların veya Yönetim Kurulu üyelerinin tercihleri ile bunların çatıştığı halde de, bahsettiğimiz Yönetim Kurulu ve Genel Kurul kararları, bir formalite olmaktan çıkıp, fiilî bir toplantıya, veya en azından bütün kararların oybirliği ile alınmadığı bir sürece dönüşür.

Kanunla veya sözleşmeyle belirlenen yetersayıların karar alınmasına imkân verdiği hallerde, bazı ortakların veya Yönetim Kurulu üyelerinin bir karara katılmaması veya aksi yönde oy kullanması durumunda bile şirket bir karar alabilir ve işler yürütülebilir. Ancak, bazı hallerde, Yönetim Kurulu veya Genel Kurul, yöneticilerin veya ortakların aksi yönde gö-

rüşleri nedeni ile karar alamaz hale gelir. Uygulamada bu durum, bir “**Kilitlenme Hali**” (“**Deadlock**”) olarak adlandırılmaktadır. Bu makalede, anonim şirketlerde rastlanan kilitlenme halleri ve çözümleri incelenecek ve kilitlenme halleri için uygulamada sıklıkla rastlanan karşılıklı pay alım satımı senaryolarına yönelik önerilerde bulunulacaktır. Bu makalede yer alan ve anonim şirketlerin genel kurullarına ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmeler, limited şirketlerin genel kurulları için de geçerlidir. Bu noktadan hareketle bu makalede, hususî olarak halka kapalı sermaye şirketleri incelenmekte olup, halka açık ortaklıklara ilişkin bir değerlendirme içermemektedir. Benzer şekilde, sermaye şirketlerinin organsız kalması, veya mevzuatta bulunan bir boşluk nedeni ile (tek Yönetim Kurulu üyesi bulunan bir şirketin Yönetim Kurulu’nun, Yönetim Kurulu Üyesi ile menfaat çatışması teşkil eden bir karar alacak olması gibi) rastlanan atipik kilitlenme halleri de bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

2. Türk Ticaret Kanunu’ndan Kaynaklanan Kilitlenme Halleri

Her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“**TTK**”) “kilitlenme hali” kelimesini açık bir şekilde kullanmıyor olsa da, gerek Genel Kurul, gerek Yönetim Kurulu seviyesinde oyların eşit sayılması veya karar nisabına ulaşılması hallerini ayrı ayrı düzenlemiştir.

A) Genel Kurul Seviyesinde Kilitlenme

TTK, genel kurullarda ancak toplantı yetersayısında kilitlenme çözücü bir mekanizma ön-

görmüştür. Toplantı yetersayısı için TTK’nın 418. Maddesi uyarınca, genel kurullar sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. İlk toplantıda bu nisaba ulaşılamazsa, ikinci toplantının yapılması için çoğunluk aranmaz. Böylelikle ana sözleşmede aksine bir hükmün yer almadığı hallerde TTK, ortakların ferdi olarak veya grup halinde toplantıya katılmaktan imtina ederek Genel Kurul sürecini bloke etmelerini engellemiştir.

Karar yetersayısı için ise düzenleme iki türdür. Yine TTK’nın 418. Maddesi uyarınca, ana sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı hallerde kararlar, toplantıya katılan oyların çoğunluğu ile verilir. Böylelikle, ikinci kez nisap aranmaksızın toplanan bir Genel Kurul, katılan ortakların oylarının çoğunluğu ile belirli kararları alabilecektir. Ancak TTK, esas sözleşme değişikliklerini ve şirket yapısını temelden değiştiren bir takım işlemleri, 421. Madde altında ağırlaştırılmış nisaplara bağlamıştır. Bu nisaplara ulaşamıyor olduğu hallerde, Genel Kurul karar veremeyecek ve bir kilitlenme hali meydana gelecektir.

Uygulamada, özellikle müşterek yatırım ile gerçekleşen proje şirketlerinde, %50-%50 pay sahipliği ile tesis edilen anonim şirketlere sıkça rastlanmaktadır. Ana sözleşmede aksine bir hüküm belirtilmediği hallerde, bu şirketlerin Genel Kurul toplantılarında TTK’nın ağırlaştırılmış nisap aramadığı bir konuda, oyların eşit olarak dağılması halinde teklifin akıbetinin ne olacağı açıkça belirtilmemektedir. Ancak, TTK’nın lafzî yorumu ile, kararların “çoğunluk” ile aranacağı belirtildiğinden,

eşit sayıda oy halinde teklifin reddedilmiş sayılacağı söylenebilir.

B) Yönetim Kurulu Seviyesinde Kilitlenme

TTK, Genel Kurul sürecinin aksine, şirket yönetimi için ilave bir ciddiyet atfettiği Yönetim Kurulu'nda toplantı yetersayısı için kolaylaştırıcı bir mekanizma içermemektedir. TTK'nın 390. Maddesi uyarınca, Yönetim Kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır. Bu çoğunluk, her defasında aranır. Dolayısıyla, Yönetim Kurulu üyelerinin, usulünce yapılan bir toplantı çağrısına uymayarak Yönetim Kurulu toplantısına katılmamaları ve böylelikle Yönetim Kurulu üyelerinin toplanmalarını engellemeleri mümkündür. Bu halde de, Yönetim Kurulu çalışamaz hale geleceğinden bir kilitlenmeden söz edilebilir.

Karar yetersayısı için ise TTK, Yönetim Kurulu'nda kilitlenmeyi engelleyici bir mekanizma barındırmaktadır. Yine 390. Madde uyarınca kararlar, toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu ile alınır. Ancak 390. Maddenin 3. Fıkrası uyarınca, oyların eşit olması halinde, ilgili konu gelecek Yönetim Kurulu toplantısına bırakılır ve ikinci toplantıda da oylar eşit olursa, öneri reddedilmiş sayılır. Böylelikle TTK'da ikinci bir toplantı yapılması suretiyle, askıda kalan bir konuda Yönetim Kurulu'nun müspet ya da menfi bir karar alarak yolunda ilerlemesi temin edilmiştir. Ancak, ilk toplantıda eşit oy olduğu için, önemli bir kararın alınmasını engellemek amacı ile, Yönetim Kurulu üyelerinin ikinci toplantıya katılmayarak toplantı yetersayısını sağlamama yoluna gitmeleri, yeniden kilitlenmeyi gündeme getirebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Genel Kurul seviyesinde de, Yönetim Kurulu seviyesinde de gerçekleşebilecek kilitlenme halleri için TTK'nın öngördüğü bir çözüm mekanizması bulunmamaktadır. Bu sebeple, kilitlenme hallerinin çözümü genelde ana sözleşmeye özel bir düzenleme eklenmesiyle düzenlenmektedir.

3. Ana Sözleşmeden ve Ortaklar Sözleşmelerinden Kaynaklanan Kilitlenme Halleri

Ana sözleşmeler, çoğu zaman, Genel Kurul ve Yönetim Kurulu seviyelerinde, belirli pay gruplarına imtiyaz tanımak, stratejik kararların yeterli ciddiyet ve sayı ile alınmasını temin etmek veya küçük ortakları koruyabilmek amacı ile, toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin özel hükümler içerir. Bu hususa ilişkin düzenlemeler yapılırken, TTK'nın 340. Maddesi her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. İlgili madde uyarınca, özetle, bir şirketin ana sözleşmesi, ancak TTK'nın ilgili bölümlerinde ana sözleşmede aksine bir değişiklik yapılabileceğinin belirtildiği hallerde farklılaştırılabilir. Kanunun açıkça izin vermediği hallerde yapılan düzenlemelerin geçersiz sayılacağı kabul edilmelidir.

Ortaklar sözleşmeleri ise, yine proje şirketlerinde veya birden fazla pay grubunun temsil edildiği ortaklıklarda sıkça rastlanan bir enstrümandır. Ortaklar sözleşmeleri, ortakların, şirketin yönetimi, denetimi, temsili gibi konular üzerine imzaladıkları ve uygun davranmayı taahhüt ettikleri atipik bir sözleşmedir. Ortaklar sözleşmelerinin uygulanabilirliği, çok sık başvurulanan bir yapı olmasına rağmen

men, maalesef hala tartışma konusudur. Şöyle ki; ortaklar sözleşmeleri mülga Türk Ticaret Kanunu'na yabancı bir düzenlemedir. Yeni TTK'da ise beklenti, ortaklar sözleşmeleri için bir mekanizma getirileceği şeklinde iken, “*tek borç ilkesi*”ni düzenleyen TTK'nın 480. Maddesinin gerekçesinde açıkça ve İngilizce adı ile ortaklar sözleşmelerine atıf yapılmış, bunların sıklıkla kanun koyucunun istemediği bir “yan düzen” yarattığı belirtilmiştir. Muğlak düzen karşısında yatırımcılar ve şirket avukatları çözümü, bir ortaklar sözleşmesini, imzalandıktan sonra olabildiği ölçüde ana sözleşmeye yansıtmakta bulmaktadır¹.

A) Genel Kurul Seviyesinde Kilitlenme

Ana sözleşmede, TTK tarafından öngörülen nisaplar azaltılamaz, ancak artırılabilir. Çoğu zaman şirket işleyişi için kritik olan, veya bir yatırımcının pay oranını koruması için elzem olan sermaye artırımı, sermaye azaltılması gibi konular belirli ortakların da onayına tabi tutulur.

Metodoloji bu noktada “imtiyazlı oy” ile “nisap ağırlaştırma” olarak ikiye bölünmektedir.

İmtiyazlı oy yolunda, ana sözleşmeye belirli kararların her şekilde belirli bir pay grubunun olumlu oyuyla alınacağı belirtilir. Örnek olarak, “Şirketin kâr dağıtımına ilişkin alacağı kararlarda (A) Grubu Pay Sahiplerinin olumlu oyu aranır” maddesi ile, karar nisabına bakılmaksızın (A) Grubu Pay Sahiplerinin olumlu oyu aranmaktadır.

Nisap ağırlaştırma yolunda ise, belirli bir kararın (örn. sermaye artırımı) alınması, TTK'nın öngördüğü nisaplardan daha yüksek bir nisaba (örn. %75) tabi tutulur.

Genel Kurul'un nisap veya imtiyazlı oy yolu ile karar alınmasını öngördüğü hallerde, Genel Kurul'un karar alamıyor olması, Genel Kurul'u kilitlenmeye götürür.

B) Yönetim Kurulu Seviyesinde Kilitlenme

Genel Kurul'a benzer şekilde, Yönetim Kurulu seviyesinde de önemli kararların alınması için imtiyazlı oy veya nisap ağırlaştırma yolları izlenebilir. Belirli bir yönde karar alınması için, mutlaka belirli bir pay grubu tarafından atanan Yönetim Kurulu üyelerinin en az birinin olumlu oyunun aranması, veya her şekilde belirli sayıda Yönetim Kurulu üyesinin benzer yönde oy kullanması kararlaştırılabilir.

Yönetim Kurulu'na ilişkin ana sözleşmede yapılacak düzenlemelerde, oyların eşitliği konusunda bir gruba imtiyaz tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır. TTK'nın izin verilmedikçe aksine düzenleme yapılamayacağını belirten 340. Maddesi ile, oyların eşitliğinin ikinci kez tekrarı halinde teklifin reddedileceğini düzenleyen 390/3. Maddesi birlikte yorumlandığında, eşitlik halinde Yönetim Kurulu başkanının veya bir pay grubunun kararının ağırlıklı sayılacağına yönelik düzenlemelerin geçersiz olduğu düşünülebilir². Ancak, TTK'nın limited şirketlerin Müdürler Kurullarında eşitlik olması halinde Müdürler Kurulu başkanının

1) NILSSON Gül Okutan: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, sf. 277 vd.

2) YARALI Levent: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üye Sayısı, Yaklaşım Dergisi 238. Sayı sf. 238.

oyunu ağırlıklı sayarken, aynı düzenlemeyi neden anonim şirketler için barındırmadığı da cevaplanamayan bir sorudur³.

Her şekilde, nisap veya imtiyazlı oy yolu ile karar alınmanın öngörüldüğü hallerde, Yönetim Kurulu'nun karar alamıyor olması, Yönetim Kurulu'nu kilitlenmeye götürür.

4. Kilitlenme Hallerinin Çözümleri

Belirtildiği üzere, kilitlenme halleri için TTK tarafından öngörülmüş bir çözüm mekanizması bulunmamaktadır. Bu sebeple, kilitlenme hallerinin çözümlerine ilişkin hükümler her zaman ortakların iradesi ile kaleme alınan ana sözleşmelerde bulunur. Yukarıda da belirtildiği gibi, bir şirketin herhangi bir organının kilitlenmesi tahmin edildiğinden daha güncel ve daha muhtemel bir risk olduğundan, ana sözleşmeler hazırlanırken muhakkak “çıkış yolu” olan kilitlenme çözümleri düşünülmeli ve kararlaştırılmalıdır.

Yine TTK’ca “kilitlenme hali” tanımlanmadığından, ana sözleşme mekanizmalarının çalıştırılması için, kilitlenmenin gerçekleştiği bir şekilde belgelenmelidir. Uygulamada bu sıklıkla, kilitlenme hali olduğunu düşünen tarafın, diğer tarafa veya taraflara göndereceği bir kilitlenme bildirimi ile gerçekleşir.

A) İyi Niyetle Müzakere (“Amicable Resolution”)

İyi niyetle müzakere, çoğu zaman kendi başına bir çözüm yolu değil, daha sert bir çö-

züm yolu için ilk adımı teşkil eder. İyi niyetle müzakerede, kilitlenme hali tespit edildiği zaman, ana sözleşmede belirtilen şahıslar (ortakların gerçek kişi olması halinde ortakların kendileri, tüzel kişi olması halinde üst düzey yöneticileri) belirli bir süre boyunca kilitlenme halini çözmek için görüşürler. İyi niyetle müzakere için genellikle uzun bir süre (otuz iş günü, altmış iş günü gibi) belirlenir. Burada öngörülen, bir Yönetim Kurulu üyesinin veya bir pay temsilcisinin ısrar ettiği bir konunun başka bir platforma, aynı menfaati temsil eden başka kişilere taşınarak uyuşmazlığın çözülebilecek olmasıdır. Belirtmek gerekir ki bu maddeler uygulamada her defasında “*iyi niyetle müzakere*” şeklinde kaleme alınsa da, bir uyuşmazlık halinde, bir tarafın iyi niyetli davranmadığını ve çözüme yanaşmadığını ispat etmek oldukça güçtür.

Sık rastlanmamakla beraber, bir kilitlenme halinin, kilitlenmenin taraflarının kabul edeceği bir üçüncü kişiye aksettirilmesi ve bu üçüncü kişinin nezaretinde müzakere edilmesi de mümkündür.

B) Pay Devri

Kilitlenme gerçekleşmesi halinde, ve çoğu zaman iyi niyetle müzakere yolu ile kilitlenme hali giderilemediğinde, şirket faaliyetlerinin yürütülmesi imkansız hale geldiği için kilitlenme taraflarından en az birinin paylarını satarak ortaklıktan çıkacağı veya diğer tarafın da paylarını alarak diğer tarafı ortaklık-

3) ERCOŞKUN ŞENOL Kübra: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Cilt 19 Sayı 2, sf. 1709.

tan çıkaracağı düzenlenebilir. Uygulamada pay devirlerine ilişkin yaratıcı birçok çözüm bulunmakla beraber, sıklıkla karşılaşılan bazı mekanizmalar aşağıda izah edilmiştir:

a. Açık Müzayede Yolu ile Alım / Satım

Açık müzayede yolu ile alım / satım, uygulamada en sık rastlanan uyuşmazlık çözümü yollarından biridir. Ana sözleşmede bir hükümle, kilitlenme halinin gerçekleşmesi ve genelde öngörülen iyi niyetle müzakere yolu ile çözülememesi halinde, taraflarca öncelikle karşılıklı olarak tarafsız ve bağımsızlığına güvenilen bir üçüncü kişi belirlenir. Daha sonra, taraflarca anlaşılan tarih ve yerde, müzayede memuru olarak tayin edilen üçüncü kişiyle buluşularak müzayede başlatılır. Taraflardan biri, kendi paylarına, pay başına biçtiği değeri müzayede memuruna belirtir. Diğer taraf ise, kendisine bildirilen pay bedeli üzerine paylarını belirttiği bedelden satmayı, payları belirtilen bedelden almayı, veya kendi paylarına ilişkin teklifi yükselterek yeniden bir teklif yapmayı kabul edebilir.

Açık müzayede yolu ile alım / satım hükümleri düzenlenirken (i) müzayede memurunun nasıl seçileceği; (ii) müzayede yer ve tarihinin nasıl belirleneceği; (iii) müzayedede ilk teklifi kimin yapacağı veya ilk teklifi yapacak tarafın nasıl belirleneceği karışıklık ve belirsizliğe yer bırakmamak için özellikle düzenlenmelidir.

Açık müzayede yolu çözümünde, taraflardan herhangi birinin belirlenen tarih ve saatte müzayedeye iştirak etmemesi halinde sürecin nasıl işleyeceğinin belirtilmesi de sürecin çözümlenebilmesi için her zaman faydalıdır. Bu

durumda, müzayedeye fiilen katılan tarafa bir inisiyatif tanınarak, teklif ettiği bedelden diğer tarafa paylarını satacağı veya alacağı düzenlenebilir.

b. Kapalı Müzayede Yolu ile Alım / Satım

Kapalı müzayede yolu ile alım / satım süreci, uygulamada “Dutch Auction” veya “Mexican Shootout” olarak da adlandırılan bir çözüm yoludur. Bu çözüm yolunda da, tıpkı açık müzayede yolunda olduğu gibi, tarafsız ve bağımsız bir müzayede memuru belirlendikten sonra, belirlenen tarih ve saate kadar taraflardan her biri kendi paylarını satmak istedikleri pay başına bedeli kapalı bir zarfta müzayede memuruna iletir. Belirtilen tarih ve saatte müzayede memurunun huzurunda zarflar açılır. Kendi payına en yüksek pay bedelini biçtiği tespit edilen taraf, o bedel üzerinden diğer tarafların paylarını almak ile yükümlü kılınır.

Kapalı müzayede yolu ile çözümde; (i) müzayede memurunun nasıl belirleneceği; (ii) tekliflerin açılacağı tarih ve saatin nasıl belirleneceği; (iii) taraflardan herhangi birinin boş zarf vermesi; veya (iv) zarfların açılması neticesinde pay bedellerinin eşit olduğunun tespit edilmesi halinde yapılacak işlem özellikle düzenlenmelidir. Boş bir teklif veren ortağın, pay bedelini 0 (sıfır) olarak belirlediği ve bu sebeple diğer tarafın teklifine öncelik verileceği belirtilebilir. Benzer şekilde, pay bedellerinin eşit olması halinde, tarafların müzayede memuru huzurunda tekliflerini yeniden artırma veya azaltma yoluna gidebilecekleri, veya müzayedenin yakın bir tarihe ertelenebileceği kayıt altına alınabilir.

c. Bedel Teklifi Yolu ile Alım / Satım

Bedel teklifi yolu ile alım / satım, bir kilitlenme halini çözenin en hızlı yoludur. Uygulamada “Texas Shootout” olarak da anılır. Bu tür bir düzenlemede kilitlenme, iyi niyetli müzakere sonrasında gerçekleşecek şekilde kurgulanır. İyi niyetle müzakereden sonuç alınmadığı halde, kilitlenme bildirimini gönderen taraf, bildirim ile birlikte, kendi paylarına biçtiği pay başına bedeli diğer tarafa yazılı olarak bildirir. Bildirimi alan taraf ise, bildirimde belirtilen pay başına bedel üzerinden kendi paylarını satacağını; veya yine aynı bedel üzerinden bildirim gönderen tarafın paylarını alacağını belirtebilir.

Bedel teklifi yolu ile çözümde; (i) ne zaman iyi niyetle müzakerenin sona erdiği ve böylelikle taraflara bedel teklifi yapma yolu imkanı tanındığı; (ii) bedel teklifinin kaç iş günü içerisinde kullanılabileceği; (iii) bildirim alan tarafın kaç gün içinde cevap vermekle yükümlü olduğu; ve (iv) bildirimlerin aynı anda yapılması halinde, hangi bildirim öncelik tanınacağı mutlaka özellikle belirtilmelidir.

C) Tahkim

Hukukumuz henüz buna izin vermiyor olsa da, yabancı ülkelerde kurulan şirketlerde, şirket ana sözleşmelerine tahkim kaydı yerleştirilerek, ortaklar arasındaki herhangi bir uyuşmazlıktan kaynaklı olarak tahkime gidileceği kesin olarak kararlaştırılabilmektedir. Benzer bir mekanizma, TTK altında tescil edilen şirketlerin ana sözleşmelerine eklenemiyor olsa da, taraflarca imzalanan ortaklar sözleşmelerine eklenebilir ve kilitlenme hali olduğunda

konu bir arabulucuya (“mediator”) veya tahkime sevk edilebilir. Ancak alınan tahkim kararının, uyuşmazlığın niteliğine göre, alındıktan sonra Türkiye’de tanıtılması ve icrası, kamu düzeni ilkeleri doğrultusunda problemli hale gelebilecektir.

D) Birden Çok Ortağın Olduğu Hallerde Kilitlenme Çözümleri

Yukarıda kayıt altına aldığımız kilitlenme çözüm halleri, proje şirketleri ve anonim ortaklık şeklinde kurulan ortak şirketlerdeki gibi iki ortağın veya en azından iki menfaat altında gruplanabilecek iki pay grubunun bulunduğu haller için geçerlidir. İki menfaatten fazlasının temsil edildiği bir Yönetim Kurulu veya bir Genel Kurul’da kilitlenme çözümleri, şirket avukatlarının yaratıcılıkları ile sınırlıdır. Uygulamada kapalı müzayede, açık müzayede veya bedel teklifi çözümleri, çoğu zaman ikiden fazla menfaat grubunu dikkate alarak gözden geçirilmekte ve uygulanmaktadır. Bu hallerde, hangi menfaat grubunun teklifine öncelik verileceği ve hangi menfaat grubunun kimin paylarını almak ile mükellef kılınacağı özellikle belirtilmelidir.

E) Kilitlenme Çözümlerinin Uygulanma Sorunu

Mülga Türk Ticaret Kanunu’nda mevcut bulunan ve bir şirket ortağının, paylarını belirli bir bedelden almak veya satmak ile mükellef kılınacağı düzenlemelerin geçerliliğine ilişkin tartışmayı yeni TTK da çözümleyememiştir. Bu husus, uygulamada sıkça rastlanan alım hakkı, satım hakkı, birlikte satma hakkı veya

birlikte satma zorunluluğu gibi pay devri mekanizmalarının Türk mahkemeleri nezdinde aynen ifasının talep edilip edilemeyeceğini muğlak hale getirmektedir. Dolayısı ile aynı tartışma, bir kilitlenme çözümü olarak payların satılması zorunluluğunu da kapsamaktadır⁴.

5. Düşüncemiz, tarafların karşılıklı ve yazılı olarak, ortaklığın başından beri veya ortaklığı kısmen veya tamamen devralırken anlaşmaları pay devir mekanizmalarının başka herhangi bir sözleşme hükmü gibi aynen ifa için talep konusu olabileceği şeklindedir. Bununla beraber, uygulamada, taraflar çoğu zaman belirtilen kilitlenme çözümü yolunu uygulamayı temin etmek için yüksek meblağda cezaî şart belirlemektedirler. Diğer taraftan mahkemelerce kilitlenme çözüm yolunun aynen ifasına karar verilmemesi halinde, tazminata hükmedilmesi de gündeme gelebilmektedir.

Sonuç

Kilitlenme çözümleri, müzakerelerde şirket avukatlarının üzerinde tartıştığı en hararetli konulardan biridir. Ticarete önemli bir konuda ortakların veya yöneticilerin anlaşamaması, anlaşamamanın sürekli hale gelmesi ve bundan kaynaklı olarak bir kilitlenme halinin meydana gelmesi doğal olarak karşılanmalıdır.

Kilitlenme hallerinin çözümünde ise çoğu zaman çözüm yolu yerine, çözümün kendisi baş rol oynamaktadır. Önemli ticarî bir konu-

nun belirtilen süre içerisinde çözülememesi halinde, belirsiz bir rakam üzerinden paylarını devretmek veya diğer ortakların paylarını devralarak ilave maliyete katlanmak zorunda kalabileceğini gören yöneticiler, çoğu zaman özellikle bu durumdan kaçınmak için uzlaşarak kilitlenme halini çözmektedirler.

Yine de sözlerin ve yazışmaların yeterli olmadığı bir durumda, kimin ceketini alıp şirketten çıkacağını, bir kriz çıktığı zaman değil, ortaklık kurulurken, belirlemede fayda bulunduğu açık olup, mahkemelerce ortakların bu şekilde belirlemiş olduğu kilitlenme çözüm yollarının aynen ifasına karar verilmesi halinde, kilitlenme çözüm yollarının baştan belirlenmesi ve ortaklık anlaşmasına eklenmesine ilişkin uygulamaların daha da artacağı tartışmasızdır.

KAYNAKÇA

1. **ERCOŞKUN ŞENOL Kübra:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Cilt 19 Sayı 2
2. **NILSSON Gül Okutan:** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları Mayıs 2004
3. **YARALI Levent:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üye Sayısı, Yaklaşım Dergisi 238. Sayı

Stajyerlerimizden...

Sporun Hukuku ve Spor Tahkimi Üzerine



Mesut HALICIOĞLU

1. Giriş

Basit anlamıyla spor, “oyun, oyalanma, işten uzaklaşma” olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamda ise spor, kişinin, önceden belirlenmiş kurallara uygun olarak, maddi bir karşılık veya sadece zevk için, araçlı veya araçsız, tek ya da takım halinde, kendisiyle, doğayla veya başkalarıyla rekabet esasına dayanan mücadelelerini içeren, fiziksel ve zihinsel yeteneklerini kullandığı ve geliştirdiği etkinlikler ile bu alanla uğraşan mesleklerin ve ilgililerin faaliyetlerini içeren bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamıyla düşünüldüğünde, sporun eğlence ve sağlık boyutunun yanı sıra, sporun mesleki tarafı sebebiyle ortaya çıkmış olan estetik ve ekonomik bir fonksiyonunun da bulunduğu söylenecektir. Ertaş ve Petek’in “**Spor Hukuku**” adlı eserinde sporun politik boyutunun bulunduğu da belirtilmektedir¹.

Sporun estetik, ekonomik ve politik boyutu sebebiyle ve fakat eğlence ve sağlık işlevinden ayrı olarak var olan diğer bireysel ve sosyal işlevleri sebebiyle, sportif hareket ve faaliyetlerin hukuk kurallarıyla düzenlenme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada da bu ihtiyaç sebebi ortaya çıkmış olan Spor Hukuku’nun doğumu incelenerek, Türk hukuku kapsamındaki kaynakları irdelenmiş, sonrasında Spor Hukuku’na kaynaklık eden araçlardan biri olan Spor Tahkimi açıklanmış ve son olarak ülkemizde Spor Hukuku’na ilişkin bir inceleme yapılmıştır.

2. Spor Hukukunun Doğumu

Hukuk, kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen bir disiplindir. İşbu sebeple, kitlesel sportif faaliyetlerin belli kurallar çerçevesine

1) Ertaş, Şeref / Petek, Hasan: Spor Hukuku, 2. B., Ankara 2011, s. 29.

oturtulması ve bu faaliyetlere bağlı olarak ortaya çıkmış örgütlenmelerin, kurumların yapılarının ve bu oluşumların sportif faaliyetlerin süjeleriyle ilişkilerinin düzenlenmesi ihtiyacı vâki' olmuş ve bu doğrultuda Spor Hukuku alanı ortaya çıkmıştır. Bu hukuk dalının ortaya çıkmasında sporun bir sektör haline gelerek büyük bir ekonomik boyut kazanması da önemli bir etkindir². Ve fakat Olimpiyat Oyunları ve Futbol Dünya Kupası ile uluslararası rekabet hüviyetini de kazanan spor politik bir nitelik de kazanmıştır. Ertaş ve Şeref'e göre toplumlar arasında ortaya çıkan bu durum, toplumların günümüzde bir spora atfettiği değer, o toplumun gelişmişlik düzeyini göstermekte ve sportif başarılar ülkelerin tanıtımına ve uluslararası camiadaki prestijine önemli etki ve katkıda bulunmaktadır³. Bu husus da önemli bir rekabete sebep olmaktadır. Bu rekabetin sağlıklı ve kurallara uygun yapılmasını yine Spor Hukuku kuralları sağlayacaktır. Tüm bu hususlar ışığında, sporun yirminci yüzyılın ikinci yarısında oyuna dair kuralların ötesinde bir kodifikasyon hareketi ile güvence altına alınması zorunluluğu oluşmuş ve Spor Hukuku'nun doğumu söz konusu olmuştur.

Sporun yukarıda sayılan farklı boyutları sebebiyle Spor Hukuku sportif faaliyetlere farklı perspektiflerden çözümler sunmaktadır. İlk olarak, bu hukuk dalı spor yapmak isteyen kişiler ile onlara bu imkanı sunan kişi ya da

örgütlerin ya da devletin karşı karşıya gelmesini düzenlemektedir. Bu ilişki sonucunda, kişiler ile kurumlar arasında amatör veya profesyonel bir ilişki oluşmaktadır. Sporcular ve kulüpler arasındaki ilişkiler profesyonel bir ilişki olup bu ilişki Borçlar Hukuku ve her spor dalına ait federasyonların yönetmelikleri ile düzenlenmekte; ve fakat spor yapmak isteyen amatör kişilere devletin sunmak zorunda olduğu imkanlar ve bunların sunulmaması durumunda kişinin başvurabileceği yollar da Spor Hukuku tarafından düzenlenmektedir. Bunun dışında Spor Hukuku, sportif faaliyetlerin spor kurallarına uygunluğunu sağlamak, sportif faaliyetler sırasında sporcular arasındaki uyuşmazlıklara çözüm sunmaktadır. Bu husustan hareketle, takım sporlarındaki spor karşılaşmaları, spor örgütleri arasında da bir hukuki ilişkinin doğmasına sebep olmakta ve Spor Hukuku, kulüpler, federasyonlar ve uluslararası spor örgütleri arasındaki ilişkileri de düzenlemektedir. Bir başka düzenleme alanının kaynağını ekonomik ve ticari faaliyetler oluşturmaktadır. Gerek seyircisi çok olan sporlarda ortaya çıkan önemli ekonomik gelirler, gerekse sportif başarıların bir reklam aracı olarak kullanılması ve reklam verenlerin (sponsorların) sporculara, kulüplere ve federasyonlara yapmış olduğu büyük yatırımlar sonucunda, Spor Hukuku'nun sporun ekonomik boyutunu da düzenleme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ve nihayet, sporun ve Spor

2) **Gürten, Kadir / Erenel, Ege:** Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 3, sa. 1, s. 298.

3) **Ertaş, Şeref / Petek, Hasan,** s. 30.

Hukuku'nun kamu hukuku ile de sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır. Özellikle spor faaliyetleri esnasında sağlıklı bireylerin yetişmesi ve kişilerin sağlıklarını koruması, sporun halk sağlığını ilgilendirmesi sebebiyle devlet sporun bu boyutunda da düzenlemeye gitmiştir. Ayrıca, yasaklı maddelerin kullanımının ileriye yönelik sağlık problemlerine ve sporcular arasında haksız rekabete sebebiyet vermesi nedeniyle bu maddelerin kullanımının kontrolüne ilişkin olarak da kurallar getirme zorunluluğu ortaya çıkmış ve bu alan da Spor Hukuku'nun düzenlediği alanlardan biri olmuştur.

Spor Hukuku'nun düzenlediği alanlardan bağımsız olarak, Spor Hukuku'nun özerk, "sui generis" ve devletler üstü yapısından da bahsedilmelidir. Prof. Vieweg'e göre spor hukukunun en önemli özelliği kendi kendini düzenleyen bir sistem oluşudur⁴. Sporun toplumlar için daha önemli hale geldiği yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra, özellikle Avrupa Birliği'nin etkisiyle Spor Hukuku özerk ve sui generis bir yapıya kavuşmuştur⁵. Spor Hukuku'nun bu tarz bir yapıya kavuşmasında özellikle **Bosman**, **Meca-Medina** ve **Kolpak** kararları etkili olmuştur⁶. Bu kararlardan sonra işleyen süreçte bu özerk oluşum, devletler üstü bir hüviyet de kazanmış ve bu uluslar üstü konum Olimpiyat Komitesi ve diğer uluslararası federasyonlar etrafında toplan-

mıştır. Sporun hukuksallaşma ve küreselleşmesi, bağımsız kuruluş ve otoritelerce yönetilen bir yapı meydana getirmiştir. Uluslararası Olimpiyat Komitesi, FIFA, FIBA, FINA gibi Uluslararası Federasyonlar ve Dünya Anti Doping Ajansı gibi kuruluşlar kendi kurallarını koymuşlar, kendi disiplin ve denetim mekanizmalarını oluşturmuşlar ve aldıkları kararlarla nihai ve kurucu etkiler yaratmışlardır. Bu oluşumların aldığı kararlar hiyerarşik üst tanınmaksızın verilen ve yaptırımları olan kararlar olduğundan, Spor Hukuku'nun uluslar üstü bir niteliğinin de bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tüm bu bilgiler ışığında belirtilmelidir ki yirminci yüzyılın ortasında ortaya çıkan ve son 25 senedir ciddi şekilde şekillenen bu hukuk dalı sadece yerel hukuk kuralları ve hukukun genel ilkeleri ile açıklanamaz ve fakat tam olarak da uluslararası hukukun bir dalı ya da izdüşümü olarak kabul edilemez⁷. Foster, Spor Hukuku'nun anlamını; uluslar üstü ve özerk bir düzenle idare edilen, yargısal ve hükmi temelini gönüllü olarak dahil olunan uluslararası federasyon ve kuruluşların düzenleyici işlem ve kurallarından alan, kendi idaresini tesis etmiş bulunan kendine özgü yargı, denetim ve disiplin mekanizmaları olan ve kendi otoritesini kabul eden tüm kişi ve kuruluşlar açısından bağlayıcı nitelik arz eden bir disiplin

4) Vieweg, Klaus; Spor Hukukunun Büyüsü, Spor ve Hukuka Giriş, Ankara 2010, s. 5.

5) Gürten, Kadir / Erenel, Ege, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 3, sa. 1, s. 298.

6) Gürten, Kadir / Erenel, Ege; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Spora İlişkin Kararları, Av. Atilla Elmas Armağanı, Ankara 2012, s. 389 vd.

7) Gürten, Kadir / Erenel, Ege, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 3, sa. 1, s. 300.

olarak açıklamakta ve bu disipline “*Lex Sportiva*” demektedir⁸. Bu tanımlamanın tamamına katılmakla birlikte, Spor Hukuku’nun içeriğinde yerel hukuki faktörlerin ve uluslararası hukuka ilişkin ilkelerin de bulunduğu gerçeğini kabul etmek gerekmektedir. Spor Hukuku özetle temelinde yerel ve uluslararası hukuki faktörler barındıran ve fakat uluslar üstü ve özerk nitelikte, kendine özel kuralları bulunan bir hukuk dalı, bir disiplindir.

3. Spor Hukuku’nun Kaynakları

Spor Hukuku’nun kaynakları incelenirken Türk Hukuku’nda spora ilişkin düzenlemeler ve sporun uluslar üstü niteliği gereğince var olan diğer kaynaklar olarak ikili bir ayırım yapılabilir. İlk olarak Türk Hukuku’nda spora ilişkin düzenlemelere bakıldığında; en önemli kaynakların yazılı hukuk kuralları olduğu görülmektedir. Sporu hukuksallaştıran ve tek bir yazılı belge altında düzenleyen tek bir *Spor Kanunu* bulunmamasına rağmen, Türk Hukuku’nda spor çeşitli kanun, tüzük ve yönetmelikler altında dağınık bir biçimde düzenlenmektedir. Dağınık bir biçimde düzenlenmiş olma özelliği sadece ülkemizde değil hemen hemen tüm ülkelerde uygulanan bir yöntemdir. Bunun sebebi pek çok spor dalının bulunması ve bu spor dallarının her

birinin farklı özellik ve gereksinimlere sahip olmasıdır. Bazı yazarlar en azından bütün spor dallarına uygulanabilecek olan genel ilkelerin oluşturulmasının ve bu ilkelerin kanunlaştırılmasının isabetli olacağını düşünmekte ve bunun Türkiye’deki bazı spor dalları arasındaki farklı uygulamalara son vereceğini savunmaktadırlar⁹. Türk mevzuatında spora ilişkin düzenlemeler: sayılanlarla sınırlı olmakla birlikte; *Anayasa’nın İlgili Hükümleri* (17, 33, 42, 48, 49, 58, 59. Maddeler), *Medeni Kanunun Derneklere İlgili Hükümleri*, *5253 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu’nun sözleşmeler, haksız fiiller ve hizmet sözleşmesine İlgili Hükümleri*, ve *Spor Kurumlarının ve Federasyonlarının ilgili spor dalı hakkında oluşturduğu Yönetmelik ve Talimatlarıdır*.

Spor Hukuku’nun uluslarüstü niteliğinden kaynaklı olarak var olan diğer kaynakları birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar olarak ikiye ayırabiliriz. Spor Hukuku’nun pozitif birincil kaynakları Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC)nin Olimpik Şart’ı, uluslararası spor federasyonlarının (IF) Statüleri ve çıkardıkları diğer talimatlarıdır. İkincil kaynaklar ise ulusal olimpiyat komiteleri (NOC) ile ulusal spor federasyonlarının tüzük ve talimatlarıdır. Bu kaynaklar Devletlerin coğrafi sınırlarından ve sınırlamalarından etkilenmeksizin uygulanmaktadır¹⁰.

8) Foster, Ken: Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport’s Jurisprudence, Entertainment and Sports Law Journal 2006, ISSN 1748-994X, s. 3.

9) Ertaş, Şeref / Petek, Hasan, s. 40.

10) Erkiner, Kısmet: Bir Hukuk Disiplini Olarak “Spor Hukuku” Kavramları Ve Özellikleri, <http://www.sporhukuku.org/makaleler/105-br-hukuk-dspln-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-ozellikler.html>, (Erişim tarihi: 01.01.2011), s. 1.

Bu birincil ve ikincil kaynaklardan ayrı olarak, Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) usul hükümlerini içeren “**Kod**” ve içtihatları ile Dünya Anti Doping Ajansı (WADA) nın “**Kod**” (Wada Code) ve uygulamaları da Spor Hukuku’nun diğer kaynakları kategorisine girmektedir. Bu “Kod”lara ek olarak özellikle spor tahkimine ilişkin kararlar da Spor Hukuku’na kaynaklık etmektedir.

4. Spor Tahkimi

Yukarıda da sıklıkla altı çizildiği üzere sporun kapsamının genişlemesi, bir endüstri kolu haline gelmesi, mali boyutların büyümesi genel hukuk ve yargılama sistem ve merciilerinin dışında, Spor Hukuku’na has uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğmasına sebep olmuştur. Spor tahkimi de bu uyuşmazlık çözüm yollarının başlıcalarındandır.

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir. Tahkim, ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olarak veya ulusal tahkim ve uluslararası tahkim olarak çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bir anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için anlaşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafların anlaşmazlığı tahkim yoluyla çözmek hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir.

Bir uyuşmazlık çözüme yöntemi olarak tahkim uzun yıllardır hem dünyada hem de ülkemizde başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüme yoludur.

Sporun çok hızlı bir şekilde gelişmesi ve endüstriyel bir hal almasından sonra, spora ve sportif faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıklar artmış ve bu doğrultuda uyuşmazlıklara ve ortaya çıkan sorunlara hızlı ve pratik bir şekilde çözüm bulunmasını sağlamak amacıyla Spor Tahkimi ortaya çıkmıştır. Yıllar içinde, hızlı ve kesin bir çözüm yöntemi olması mucibiyile, spor tahkimi Spor Hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde sıkça başvurulmuş bir hukuk prosedürü haline gelmiştir.

Sporun profesyonel anlamda gelişmesi ve ihtilafların nitelik ve niceliğinde ortaya çıkan önemli değişiklikler, 1980’lerin başına kadar spor hukuku ihtilaflarını çözüme bağlayacak bağımsız bir otoritenin bulunmaması gibi sebeplerden dolayı uluslararası spor organizasyonları kendilerini bu konuda harekete geçme zorunluluğu altında hissetmişlerdir. Bu doğrultuda, Uluslararası Olimpiyat Komitesi (“**IOC**”) üyelerinden oluşan bir komisyon tarafından Spor Tahkim Mahkemesi (“**CAS**”) tüzüğü hazırlanmış ve dünyada spor mahkemesi olarak kendi varlığını kabul ettirmiş en üst kuruluş olan CAS, 1983 yılında kurulmuştur. CAS, hızlı bir şekilde çözümü gereken sportif konulardaki uyuşmazlıkların giderilmesi için kurulan uluslararası bir spor mahkemesidir. Merkezi İsviçre’nin Lozan şehri olmakla birlikte, New York ve Sydney’de de iki temsilciliği bulunmaktadır. CAS her türlü sportif kuruluştan bağımsızdır; sportif organizasyonlar tarafından alınan kararlara karşı ihtilaflarla ilgili olarak ilk derece mahkemesi gibi hareket ederek sportif kuruluşlar tarafından verilmiş kararları inceler ve bünyesinde

verilen hakem kararları yaptırım gücü olan bağlayıcı kararlardır. Bu özelliklerine binaen, CAS'ın kararları herhangi bir yargı kararı ile eş değerdedir. CAS kararları bağlayıcı olma özelliğini, spor dünyasının en üst örgütleri (IOC, FIFA, ASOIF, ANOC) ve 31 uluslararası spor federasyonunun CAS'ın yargı yetkisini tanımasından almaktadır ve günümüzde spor ile ilgili veya dolaylı her türlü ihtilaf CAS'ın önüne götürülebilmektedir. Ve fakat, bir ihtilafın CAS önüne götürülmeden önce ihtilaf konusunun ait olduğu spor federasyonunun ve kuruluşlarının kendi iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir.

Ülkemizde spor tahkimi ise futbolda yaşanan gelişmeler ve futbolun endüstriyelleşmesi durumlarına bağlı olarak gelişmiştir ve sonrasında futbolun üst mahkemesi haline gelen Tahkim Kurulu kurulmuştur. 1992 yılında ilgili kanun maddesi ile özerk yapıya kavuşturulan Futbol Federasyonu bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu, FIFA ve UEFA örneğinde olduğu gibi sporun ruhuna uygun olarak ihtilaflara ilişkin kısa sürede kararlar alınması için oluşturulmuştur. Örneğin, bir sporcuya verilen müsabakadan men cezası için mahkemeye yapılan itiraza ilişkin kararın verilmesi için geçen süre, sporcunun men cezası aldığı sürenin dışına çıkabilmekte; bu da sporun ruhuna ve hakkaniyete aykırı du-

rumların çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple, futbol organizasyonuna bağlı olarak çıkan ihtilafları çözmek adına bir Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Bu kurulun kanuni dayanağını 3813 sayılı TFF Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun oluşturmakta ve TFF bünyesinde yer alan her türlü futbol faaliyetlerinden doğan ihtilafların çözümünde Tahkim Kurulu'na başvurulmaktadır. Tahkim Kurulu görevlerinde bağımsızdır; yani hiç bir kurum ve kişiden emir alamaz, çalışmalarını hukukun evrensel prensipleri doğrultusunda vicdani kanaatlerine göre verir. Günümüzde, konusu futbol olan uyuşmazlıkları Tahkim Kurulu çözer; kararları kesindir. 2007 yılında yapılan değişiklik öncesinde, TFF Tahkim Kurulu Talimatı'nın 13. maddesine göre bu kesinlik mutlak ve bu kararlara karşı başvurulabilecek hiçbir yargı organı yoktu¹¹. Hatta bazı yazarlar, bu durumu Tahkim Kurulu "futbolun Anayasa Mahkemesi'dir" şeklinde değerlendirmişlerdir¹². 2007 yılında çıkarılan kanunla Tahkim Kurulu'nun atanma şekli ve yapısı FIFA ve UEFA yönetmeliklerine uygun hale getirilmiş¹³; buna ek olarak, Tahkim Kurulu kararlarına yönelik CAS'a başvuru yolu açılmıştır.

1992 yılında futbolun özerkliğe kavuşmasından sonra, futbol dışında kalan ve sayıları 50'yi bulan diğer özerk spor federasyonlarıyla

11) Yargıtay 4. HD, 28.12.1990 tarih ve 1990/13984 E. 1990/11144 K. sayılı kararı ile Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğundan bahisle incelenmiştir.

12) **Yurtcan, Erdener:** Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku-Yeni Gelişmeler, 7.Uluslararası Spor Bilimleri Kongresi Kongre Kitabı 2002, Antalya, sy. 37

13) Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No:5719, Kabul tarihi: 29.11.2007

ilgili hukuki uyuşmazlıklara da çözüm bulunabilmesi için tıpkı Tahkim Kurulu gibi bir tahkim kurulunun oluşturulması gerekliliği hasıl olmuştur. Bu gereklilik ışığında, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde bir Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Tahkim Kurulu, özerk federasyonlar, kulüpler, sporcular, antrenörler, idareciler ve hakemler arasında ortaya çıkabilecek her türlü spor kaynaklı ihtilafları çözmekle yükümlüdür. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği'ne¹⁴ göre kurulun kararları kendisidir, bu kararlara karşı idari mercilere veya yargı yoluna başvurulamayacaktır. Ancak, bu Tahkim Kurulu kararları için de CAS'a başvurma hakkı saklı tutulmuştur.

5. Türkiye'de Spor Hukuku

Bazı yazarlar ülkemizde Spor Hukuku alanındaki çalışmaların miladı olarak Türkiye Mili Olimpiyat Komitesi'nin (TMOK) altında yapılanan "Hukuk Komisyonu"nın 25 Ekim 2001 tarihindeki kuruluşunu kabul etmektedirler¹⁵. Bizce Türkiye'de Spor Hukuku'nun tohumları 1938'de sayın Necdet Azak'ın değerli ve bir o kadar da modern tespitlerini içeren "*Spor Bakımından Hukuki Bir Tetkik*" yazı dizisiyle atılmış; ve fakat sonrasında gerekli çalışmaların yapılmaması ve günümüzde de devam eden ve hukukumuzun akademik

yönden kötü alışkanlıklarından olan "eğer lokal olarak pratikte bir sorunla karşılaşırsak üzerine araştırma yapılmalıdır, aksi takdirde üzerine düşünülmesine, araştırılmasına gerek yoktur" mantığı sebebiyle, spor hukukunun kurumsallaşması ve ciddi bir yapıya kavuşması 2000'li yılların başına denk gelmiştir. Gerçekten de bu hukuk dalına duyulan ihtiyaç özellikle "*Süreyya Ayhan Olayı*", "*Türkiye -İsviçre Maçı*", "*BJK-Del Bosque Sözleşme İhtilafları*" ve "*3 Temmuz Şike Süreci*" gibi olaylarla daha çok gündeme gelmiştir ve bu olayların denk geldiği 2000'li yıllardan itibaren gelişmeye başlamıştır.

1938 yılında çağının çok ilerisinde ve modern bir şekilde ortaya konulan "*Spor Bakımından Hukuki Bir Tespit*" çalışmasının içeriği önemlidir. Bu çalışmasında sayın Necdet Azak disiplinin adını ziyadesiyle modern bir şekilde "Spor Hukuku" olarak koymuş ve özellikle şu tespitlerde bulunmuştur¹⁶:

- Spora ilişkin olarak ilk söylenmesi gereken, sporun hem medeni haklar bakımından hem de kişinin bir şahsiyet olmasından dolayı bir hak olduğu kabul edilmelidir.
- Spor kulüplerinden başlayıp Beden Terbiyesi Genel Direktörlüğüne kadar uzanan muhtelif merhalelerin hepsine bağlı olarak yürüyen ve ismi Spor Hukuku olan bir disiplin mevcuttur. Bu disiplin kaynağını

14) GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği, Madde 12- (R.G. 14 Nisan 2007-26493)

15) **Erkiner, Kısmet:** Spor Hukuku İçin Bir Zaman Yolculuğu, <http://www.sporhukuku.org/spor-hukuku.html>, (Erişim tarihi: 01.01.2011)

16) Ayrıntılı bilgi için bkz: **Erkiner, Kısmet:** Spor Hukuku İçin Bir Zaman Yolculuğu, <http://www.sporhukuku.org/spor-hukuku.html>, (Erişim tarihi: 01.01.2011)

spor kulüplerinin cemiyet olma özelliğinden alır ve bu cemiyetin hukuki münasebetlerinden dolayı böyle bir hukuk dalının bulunduğu da yadsınmaz bir gerçektir.

- Spor hukuku, kulüplerin, ittifakların veya federasyonların dahili nizamnamelerinde ve muhtelif sporlara ait olarak tedvin edilmiş talimatnamelerde kendisini göstermektedir. Spor hukuku ayrıca diğer hukuk dallarıyla da ilişki halindedir.
- Spor Hukuku'na ilişkin var olan örf ve adetlerden öte bir kanun çıkarılmalı ve spor dallarına ilişkin hukuki bir düzenlemeye gidilmelidir. Bu gerekli bir husustur.

Sayın Azak'ın tespitlerinin burada paylaşılmasından çıkarılması gereken en önemli sonuç; çağının çok ötesinde tespitler içeren bu çalışma ve açılan bu yol takip edilmiş olsa belki de dünyanın en ileri Spor Hukuku'na sahip olabileceğimizdir. Spor Hukuku'nun dünyadaki kurumsallaşmasının 1970'lerin sonuna denk geldiği düşünüldüğünde bu iddianın rahatlıkla ileri sürülebilir doğru bir iddia olduğu görülecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, 1938'lerde temeli atılan Türk Spor Hukuku, yeni gelişen bir alandır. Kurumsallaşma açısından spor hukukunun yukarıda belirtilen özellikleri çevresinde ilerleyen Türk Spor Hukuku, bu çerçeve içinde hukuksallaşmasına ve gelişmesine devam etmektedir. Özellikle 3 Temmuz süreci ve bu sürece bağlı olarak verilen kararlar, yapılan düzenlemeler sonrasında Spor Hukuku pratik, teorik ve kurumlar (doktrin,

mevzuat ve kuruluşlar) bakımından ülkemizde önemli bir ilerleme kaydetmiş olup ve bu ilerlemenin devam edeceği açıktır.

Kaynakça:

1. *Ertaş, Şeref / Petek, Hasan: Spor Hukuku*, 2. B., Ankara 2011.
2. *Erkiner, Kısmet: Bir Hukuk Disiplini Olarak "Spor Hukuku" Kavramları Ve Özellikleri*, <http://www.sporhukuku.org/makaleler/105-br-hukuk-dsplt-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-oezellikler.html>, (Erişim tarihi: 01.01.2011).
3. *Erkiner, Kısmet: Spor Hukuku İçin Bir Zaman Yolculuğu*, <http://www.sporhukuku.org/spor-hukuku.html>, (Erişim tarihi: 01.01.2011).
4. *Foster, Ken: Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence*, Entertainment and Sports Law Journal 2006, ISSN 1748-994X, s. 3.
5. *Gürten, Kadir/ Erenel, Ege: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Spora İlişkin Kararları*, Av. Atilla Elmas Armağanı, Ankara 2012, s. 389 vd.
6. *Gürten, Kadir / Erenel, Ege: Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 3, sa. 1, s. 295-315.
7. *Vieweg, Klaus: Spor Hukukunun Büyüsü, Spor ve Hukuka Giriş*, Ankara 2010, s. 5.
8. *Yurtcan, Erdener: Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku-Yeni Gelişmeler*, 7.Uluslararası Spor Bilimleri Kongresi Kongre Kitabı 2002, Antalya, sy. 37