

YAZICI dergisi

ISSN: 2148-5445

Yıl: 4 • Sayı: 8 • Aralık • 2017



www.yazicihukukburosusu.com

Sayı: 8 • Aralık 2017

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: +90312 441 9015

Basım Tarihi ve Yeri

Aralık 2017 - Ankara

Adresi

Zorlu Center Teras Evler 046 Levazım Beşiktaş 34340 İSTANBUL
Tel: +90212 361 3401
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 *Erol SÖNMEZOCAK*
**Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları
Kapsamında Yurt Dışı Mütahhitlik İşlemlerinin
Değerlendirilmesi**

31 *Ceren Ak GÜNGÖR*
Types of Letters of Guarantee

37 *Mert TEZCAN*
**Türk Borçlar Hukuku Çerçevesinde
Aynen İfa Talebi ve Cebren İcrası**

45 *Esra DÜNDAR*
**İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi
Olarak Udrp Sistemi ve Başvuru Şartı Olarak
Kötü Niyet Unsurunun İncelenmesi**

56 *Zeynep BÖLÜKBAŞI*
(Stajyerlerimizden)
7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu

Baslarken



Elif KARAGÖZOĞLU

Kocaman bir yılın daha sonuna geldik. Çok kısa bir zaman sonra 2017 yılını da uğurlayacak, 2018 yılını yeni umutlar ile karşılayacağız. 2018 yılının ülkemize huzur, mutluluk ve refah getirmesini diliyoruz.

Bizler Yazıcı Hukuk Bürosu olarak, 2018 yılını farklı bir heyecan ve coşku ile karşılıyoruz. 1989 yılından bugüne kadar çatısı altında çalıştığımız, acı tatlı 28 yılımızı geçirdiğimiz Yazıcı Hukuk Bürosu, bundan sonra yeniden yapılandırma dolayısıyla faaliyetlerine Yazıcı Avukatlık Ortaklığı olarak devam edecek.

Amacımız yurtdışındaki hukuk büroları gibi bizim büromuzun da, bizlerden sonra varlığını devam ettirmesi. Bu amaçla yasaların uygun gördüğü şekilde yeniden yapılanarak çalışmalarımızı Yazıcı Avukatlık Ortaklığı adıyla sürdürmeye, zaman içinde bünyemizde yetişen genç avukatların bu büroya ortak olmasını sağlayarak kurumsal ve sürdürülebilir bir yapı oluşturmaya karar verdik.

Bizler 2018 yılını bu heyecanla karşılıyoruz. Yazıcı Avukatlık Ortaklığı'nın nice başarılı işlere imza atmasını dileyerek, hepimize hayırlı olmasını diliyoruz.

Bu sayıda uzun yıllardır birlikte çalıştığımız, her ihtiyaç duyduğumuzda Erol Ağabey diyerek değerli görüşlerine başvurduğumuz SMMM Erol Sönmezocak, Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine ilişkin Anlaşmalar ve bunların özellikle inşaat sektöründe uygulanmasına ilişkin bir makale ile dergimize katkıda bulundu. Sevgili Erol Ağabeyimize onlarca teşekkür ediyoruz.

Yazıcı Dergimizi keyifle okumanızı diliyoruz...

Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Kapsamında Yurt Dışı Müteahhitlik İşlemlerinin Değerlendirilmesi



Erol SÖNMEZOCAK

Küreselleşmenin etkisiyle özellikle ticaret alanında iç hukuk düzenlemelerinin ötesinde uluslararası hukuki mekanizmalara ihtiyaç duyulmaya ve bu ihtiyacı karşılamak üzere özellikle uluslararası ticareti ilgilendiren uluslararası anlaşmalar akdedilmeye başlanmıştır. Söz konusu uluslararası anlaşmalar doğal olarak Vergi Hukuku alanında da önem kazanmış ve egemenlik yetkisiyle doğrudan ilgili olduğu halde, devletlerin vergi politikalarını bağımsız şekilde seçme yeteneği, uluslararası antlaşmalarla sınırlandırılmıştır. Bu çalışmamızda; **Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşma**'ları ve çifte vergilendirmenin önlenmesi anlamındaki gelişmeler, OECD'nin model Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması hükümleri madde madde, özellikle uluslararası işler yapan inşaat şirketleri açısından önemli olabilecek hususlar irdelenmek suretiyle ele alınmıştır.

1. Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Bilgi Değişim Anlaşmalarına Genel Bakış

Uluslararası anlaşmalara ilişkin Anayasa hükmü, Anayasa'nın 90. maddesinin; son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir." ifadesi milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini işaret ederken; aynı fıkranın devamında "Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" ifadesi de mevcuttur.

Anlaşılabacağı üzere Anayasa'mızda usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası anlaşma ve kanun hükümleri arasında doğrudan bir hiyerarşik sıra öngörülmemekle birlikte uluslararası anlaşmaların Anayasa Mahkemesi denetiminin dışında bırakılması

iç hukuk kurallarına üstün tutulduğu şeklinde yorumlanmaktadır.¹

Vergilendirmede temel prensiplerden biri aynı kazancın bir defadan fazla, aynı türden bir başka vergiye tabi olmamasıdır. Çünkü aksi takdirde, kazanç çifte vergilendirilmiş olur. Egemenliğin en belirgin ifadelerinden biri olan ülkelerin münhasır vergilendirme yetkileri birbirleriyle çelişebilmektedir. Söz konusu çelişkileri gidermek ve uluslararası işlemlerde çifte vergilendirmeyi önlemek adına Devletler, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (İngilizce: Organisation for Economic Co-operation and Development – “OECD”) liderliğinde ve OECD tarafından hazırlanan Model Anlaşma ışığında aralarında ikili uluslararası anlaşma mahiyetinde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları (“Ç.V.Ö.A.”lar) imzalamaktadır. Ç.V.Ö.A.’ların amacı, devletlerin vergileme yetkisini paylaşmak ve bir kazancın iki ayrı devlette ve dolayısıyla iki kere vergilendirmesini önlemektir.

Ç.V.Ö.A’larda yer alan ve OECD tarafından yapılmış olan tanımlar, taraf devletlerin iç hukuklarıyla kimi zaman örtüşmemektedir. Ancak, taraf devletlerin vergi otoritelerince bu noktada anlaşmanın ruhuna uygun olarak yorum yapılması gerekir. Ç.V.Ö.A.’ların tanımladığı gelir unsurları, iç hukuk uygulamasında farklı şekilde nitelendirilebilir. Örneklendirmek gerekirse; tüzel kişilerin sunduğu hizmetler açısından ilgili anlaşmada

özel hüküm bulunmayan durumlarda anlaşmanın ticari kazançlara ilişkin maddesinden Türkiye’nin vergilendirme yetkisini alması halinde, verilen hizmetin niteliğinin gerektirmesi koşuluyla iç hukukumuzda da bu hizmetten elde edilen gelirlere serbest meslek kazançlarına ilişkin vergilendirme hükümleri uygulanabilecektir.

İlk olarak 03/11/1970 tarihinde Avusturya ile ülkemiz arasında Ç.V.Ö.A. imzalanmasıyla başlayan ikili görüşmeler neticesinde şu an 87 ülke ile Ç.V.Ö.A. imzalanmış olup, bunların hepsi yürürlüktedir.² Yürürlükte olan bu anlaşmalardan 27 tanesi AB üyesi ülkelerle imzalanmıştır.

Diğer taraftan yürürlükteki Ç.V.Ö.A.’ların daha etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, ilgili ülkelerle anlaşmaların “Bilgi Değişimi” ve/veya “Vergilerin Tahsilatında Yardımlaşma” maddelerini tadil eden ek protokollerin akdedilmesine yönelik çalışmalar devam etmektedir.

Benzer şekilde bankacılık düzenlemelerindeki gizlilik kavramı da değişmeye başlamıştır. Bu konudaki gelişmelere, ABD’nin Yabancı Hesap Vergi Uyum Kanunu FATCA en güncel örneklerden biridir. Türkiye ile ABD Hükümeti arasında “FATCA Anlaşması” 29 Temmuz 2015 tarihinde imzalanmıştır. FATCA Anlaşması ve eki Mutabakat Zaptının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (6677 sayılı kanun) 16 Mart 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu anlaş-

1) AKİPEK, Ö.İ., Devletler Hukuku, 3. Baskı, Cilt I, Ankara 1969-1970, s. 28-29.

2) http://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat Erişim Tarihi: 28.09.2017

manın onaylanmasının uygun bulunmasına dair Kanun yayımlamakla birlikte, ülkemizde henüz yürürlüğe girmemiştir. Anlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için Türkiye'nin gerekli iç işlemlerini tamamladığını Amerika Birleşik Devletleri'ne yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Anlaşma, yapılacak bildirim sonrası Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe girecektir. Bu bilgi değişimi 2014 hesap döneminin ikinci yarısı ile 2015 ve 2016 hesap dönemlerini kapsayacaktır.

FATCA Anlaşması'nın yürürlük kazanmasıyla, Türkiye'deki bankaların Amerikan vatandaşlarıyla ilgili bilgileri ABD'ye göndermesi gerekmektedir.

FATCA anlaşması gereğince, 30 Haziran 2014 tarihi itibarıyla ABD gerçek kişileri açısından 50.000 Amerikan Doları, ABD şirketleri için 250.000 Amerikan Doları ve üzeri bakiyeye sahip hesaplar açısından karşılıklı olarak ilgili ülkelere bilgi verilir. Amaç, Amerika'da yerleşik şirketlerin ve Amerikan vatandaşlarının, yabancı ülkelerdeki banka hesap bilgilerinin edinilmesi sağlanmasıdır.

OECD nezdinde de bilgi değişimi konusunda çalışmalar yapılmaktadır. Öyle ki çifte vergilendirme global ekonomi için nasıl bir sorunsal, vergilendirememeye de aynı ölçüde bir sorundur. Dolayısıyla, bilgi değişimi hem Ç.V.Ö.A.'ların uygulanması açısından, hem de vergi kaçırmanın önüne geçilmesi açısından önem taşımaktadır. OECD önderliğinde çok taraflı Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Anlaşması kaleme alınmış olup, şu anda 111 ülke bu anlaşmanın tara-

fidır. Türkiye de anlaşmayı imzalamış ancak henüz iç hukukuna uyarlamamıştır.

2. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Muhtevası

A. Mukimlik Kavramı

Ç.V.Ö.A.'ların 1. maddelerinde genellikle; anlaşmanın kişilere ilişkin kapsamı belirlenir. Ç.V.Ö.A.'larda kişilere ilişkin kapsamın sınırları; Akit Devletlerden birinin veya her ikisinin mukimi olması olarak belirlenmiştir. Mukim kavramı Ç.V.Ö.A.'nın 4. Maddesinde "Bu Anlaşmanın amaçları bakımından, "bir Akit Devletin mukimi" terimi, o Devlet, politik alt bölümü ve mahalli idaresini de içermekte olup, o Devletin mevzuatı gereğince ev, ikametgah, kanuni ana merkez, yönetim yeri veya benzer yapıda diğer herhangi bir kriter nedeniyle vergi mükellefi olan kişi anlamına gelir." şeklinde tanımlanmıştır.

Peki neden vatandaşlık ya da mükellef yerine mukim terimi tercih edilmiştir? Çünkü, mukim çifte vatandaşlığı haiz ya da vatansız kişiler olabilir. Ayrıca mukim terimi, yalnızca o Devletteki kaynaklardan elde edilen gelir nedeniyle vergiye tabi tutulan herhangi bir kişiyi değil, gerçek ve tüzel kişilerin tümünü kapsar.

a) Türkiye'de Mukimlik Belgesi Alınması

Diğer ülke mukimlerinin Türkiye'de elde ettikleri kazanç veya iratların, ilgili ÇVÖA çerçevesinde vergiye tabi tutulabilmesi için mukim olunan ülke yetkili makamlarından

mukimlik belgesi alınması gerekmektedir. Mukimlik Belgesi alabilmek için başvuru; bağlı bulunulan vergi dairesi müdürlüklerine, varsa Vergi Dairesi Başkanlıklarına veya Büyük Vergi Dairesi Başkanlığı'na, internet üzerinden yapılır.

İlgili merciden alınan Mukimlik Belgesinin aslı ile noter veya ilgili ülkedeki Türk konsolosluklarınca tasdikli Türkçe tercümesinin bir örneğini ilgili vergi dairesine veya vergi sorumlularına ibraz edilmesi gerekir.

b) Türkiye'nin Mukimlik konusundaki Çekincesi

Türkiye'nin taraf olduğu Ç.V.Ö.A.'larında mukim kavramına "kanuni ana merkezin" veya "etkin yönetim merkezinin" Türkiye'de veya akit devlette bulunması halini de kapsayacak ibareler eklendiği görülmektedir. Bunun nedeni Türkiye'nin OECD Model Anlaşmasına koymuş olduğu çekincedir. Şöyle ki;

*"Türkiye, bir gerçek kişi olmayan ve Madde- nin 1'inci fıkrası uyarınca her iki Akit Devletin mukimi olan bir kişinin mukimliğinin saptanmasına yönelik "tescilli ofis" (kanuni ana merkez) kriterinin yanı sıra ve "etkin yönetim merkezi" kriterini kullanma hakkını saklı tutar."*³

Etkin yönetim merkezi kriteri bir kuruluşun merkezi belirlenirken önemli ticari ve yönetsel kararların büyük ölçüde aldığı yerin

şirket ya da teşebbüsün merkezi olarak belirlenmesini ifade eder.⁴ Yani şirketin etkin yönetim merkezi, şirketin kanuni ana merkezinden farklı olabileceği gibi; birden çok yönetim yeri olan bir şirketin dahi yalnızca bir etkin yönetim merkezi olacaktır. Aynı prensip, 5520 nolu Kurumlar Vergisi Kanunu ("**Kurumlar Vergisi Kanunu**") kapsamında tam mükellef tanımında yer alan "iş merkezi" kavramı için de benimsenmiştir: "*Kanununun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî veya iş merkezi* Türkiye'de bulunanlar, gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilirler." İşbu tanımdan anlaşılması gereken, sadece Türk kanunlarına göre kurulu olan kurumların değil, yönetim merkezleri Türkiye'de olan yabancı kurumların da Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında tam mükellef olarak kabul edilmesi gerektiğidir.

B. Kavranan Vergiler

Ç.V.Ö.A.'ların 2. Maddelerinde genellikle anlaşma kapsamında kavranan vergiler belirlenir. Her devlette ve dolayısıyla her Ç.V.Ö.A.'da farklılık gösteren vergilerden anlaşma kapsamında olanları herhangi bir şüpheye mahal vermeksizin belirlenmektedir. Ayrıca, OECD'nin model anlaşmasında "*ne şekilde alındığına bakılmaksızın, bir Akit Devlet veya politik alt bölümleri ya da mahalli idareleri adına gelir veya servet üzerinden alınan vergilere uygulanacaktır.*" ve "*Anlaşma aynı*

3) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 91.

4) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 88.

zamanda, Anlaşmanın imza tarihinden sonra mevcut vergilere ilave olarak veya onların yerine alınan ve mevcut vergilerle aynı nitelikte olan veya onlara önemli ölçüde benzeyen vergilere de uygulanacaktır.” hükmü ile hem anlaşmanın uygulama alanı genişletilerek, hem de devletlerin servetlere uygulanacak yeni vergiler benimsemesi durumunda, yeniden anlaşma imzalamak zorunda kalınması durumunun önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁵

Maddenin birinci fıkrasında, Ç.V.Ö.A.’nın uygulama kapsamı tanımlanmaktadır. Bu da gelir ve servet üzerinden alınan vergilerdir. Verginin hangi makam tarafından alındığı ya da alınma yöntemi Ç.V.Ö.A.’nın kapsamına girip, girmediği konusunda bir değişiklik yaratmaz. Maddenin 2. Fıkrası gelir ve servet üzerinden alınan vergilerin tanımını içermektedir. Olağan vergilerin kapsama gireceği açık olmakla beraber, olağanüstü vergilerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ilgili Ç.V.Ö.A.’da kapsama alınıp alınmadığına bağlıdır. 3’üncü Fıkra’da Ç.V.Ö.A.’nın imzalandığı tarihte yürürlükte olan vergileri listelenir. Liste kapsamlı olmamakla beraber maddenin önceki fıkralarını örneklerle açıklama işlevini görür. Ancak prensip olarak bu liste Anlaşmanın imza tarihinde Devletlerden her birinde uygulanan ve Anlaşma kapsamında olan vergilerin tam listesini teşkil eder. Bazı Ç.V.Ö.A.’larda, 1. ve 2. fıkralara yer vermek yerine yalnızca anlaşmanın uygulanacağı her ülkedeki vergilerin

ayrıntılı bir şekilde listelenmesi yoluna gidilmiştir. Bu durumda da anlaşmanın yürürlüğe girişinden sonra listelenenlere benzeyen vergiler için de uygulanacağı hükmü yer alır. 1. ve 2. Fıkraya yer verildiği durumlarda 3. fıkradaki vergi listesi sınırlı sayıda değildir.⁶

C. İşyeri Kavramı

a) Genel Tanım

Ç.V.Ö.A’lar kapsamında «İşyeri» terimi Yönetim yeri, Şube, Büro, Fabrika, Atölye ve Maden ocağı, petrol veya doğalgaz kuyusu, taşocağı veya doğal kaynakların çıkarıldığı diğer herhangi bir yer’i ifade eder. Ayrıca, Ç.V.Ö.A’ların 5. Maddesinde tanımlanan işyeri terimi “işe ilişkin sabit bir yer”i içermektedir. Bu tabirle bir kuruluşun Ç.V.Ö.A. kapsamında işyeri olarak değerlendirilebilmesi için, işe ilişkin bina, tesis ya da belli durumlarda makina ya da teçhizat bulunmasının yani bir “yer”in olması gerektiği vurgulanır. “Sabit” olması ise belirli bir ölçüde sürekliliği ihtiva eder. Ayrıca işler bu sabit ve fiziki yerde yürütülmelidir.⁷

1990’lı yıllardan bu yana bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan hızlı değişim ve küreselleşmenin en büyük sonucu olarak dijital ekonomi gösterilebilir. Dijital ekonomi e-ticaret, on-line uygulama mağazaları, web tabanlı reklamcılık, bulut bilişim, üç boyutlu baskı ve sanal para kullanımı gibi faaliyetle-

5) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf.75.

6) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 76.

7) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 92.

rin tümünü ifade etmektedir.⁸ Bu faaliyetlerin tamamının doğru ve eksiksiz bir şekilde vergilendirilmesi için; mükellefiyet türü, elektronik ticarete işyeri kavramı, gelirin elde edildiği yerin ve gelirin niteliğinin belirlenmesi gibi konuların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bahsi geçen ihtiyacın sonucu olarak OECD tarafından Matrah Aşındırması Eylem Planı'nda öncelikle dijital ekonomi kaynaklı vergi kayıplarına ilişkin olarak çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Ülke sınırlarını çok kolay biçimde aşabilen dijital ekonomi faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin nasıl vergilendirileceği hususunda net bir çerçeveye dünya henüz kavuşabilmiş değildir. Toplu şekilde çözülmesi gereken bu alandaki sorunlar üzerinde ülkelerin ortak bir yaklaşım benimseyememiş ve çözüm yolları konusunda uzlaşa sağlayamamış olması, bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki alternatif seçeneklerin geliştirilmesine ve çözümün ülkelerin kendi inisiyatiflerine bırakılmasına neden olmuştur.

Şimdiye kadar akdedilen çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik vergi anlaşmalarında dijital ekonomi faaliyetlerine ilişkin yeterli kavramsal çerçeve henüz oluşmadığından, hatta Ç.V.Ö.A. işyeri kavramına ilişkin düzenlemelerine bakıldığında işyerinin oluşumunda ve varlığında sabit ve fiziki bir yerin halen ön planda tutulmasına devam edildiğinden, ülkelerin üzerinde birleşeceği bir yapı henüz ortaya çıkmamıştır.

b) İşyeri Kavramının İnşaat Sektörü Özelinde Değerlendirilmesi

İşyeri tanımını düzenleyen Madde 5'in 3. Fıkrası İnşaat sektörü için ayrıca önem taşımaktadır. Ç.V.Ö.A.'larının 5. Maddesinin 3. Fıkrası; "..... ayı aşan bir süre devam eden bir inşaat şantiyesi, yapım, kurma veya montaj projesi veya bu faaliyetlerle ilgili gözetim faaliyetleri."ini de işyeri tanımının içine almıştır. Bu maddedeki inşaat süreleri genellikle gelişmiş ülkelerle imzalanan Ç.V.Ö.A.'larda 6 aylık bir süreyi kapsarken, gelişmekte olan ülkelerle imzalanan Ç.V.Ö.A.'larda 45 aya kadar çıkmaktadır. Anlaşılacağı üzere Ç.V.Ö.A.'larda 5. Maddenin 3. Fıkrasındaki süre değişiklik göstermektedir.

Sürekli inşaat işlerinin ihale edildiği ülkelerde, iş takibi için şubeler kurulur. Bu şubeler iş takibi yaparken, o ülkelerde iş alındığında, resmi kayıt olmak için şube, şantiye, şirket kurulumu çok uzun süreler aldığından devamlı bir iş yeri olarak bulundurulabilir. Türk Vergi Hukukunda, şubenin devamlı açık bulundurulmasının 3. Fıkra'da düzenlenen sürelerle bir etkisi yoktur. Gelir İdaresi Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen 17/02/2016 tarih 6575 sayılı özelgeyle: "Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nda inşaat, yapım, montaj ve kurma işleri bakımından iş yerinin oluşması, altı aylık süre koşuluna bağlanmış olup, altı aylık sürenin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak şantiyenin oluştuğu tarihin (müteahhidin hazırlık ça-

8) Mastar Özcan P. Dijital Ekonominin Vergilendirilmesinde Karşılaşılan Sorunlar: Beps 1 No'lu Eylem Planı Kapsamında Bir Değerlendirme, Electronic Journal of Vocational Colleges-October/Ekim 2016 Sf. 74.

lışmaları da dahil Türkiye’de çalışmalarına başladığı tarih); bitim tarihi olarak ise işin tamamlandığı veya sürekli olarak terk edildiği tarihin dikkate alınması gerekmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Aynı zelge kapsamında; **“Diğer taraftan, bir inşaat, yapım, montaj, kurma projesi ile bağlantılı Türkiye’de kurulmuş olan şube, ofis, atölye vb. bir yer, Anlaşma’nın 5 inci maddesi kapsamında tek başına bir iş yeri oluşturmayacak ve altı aylık sürenin hesaplanmasında şantiyenin başlangıç tarihi olarak dikkate alınmayacaktır.** Bununla birlikte, söz konusu yerin diğer başka projeler için de kullanılması ve burada yürütülen faaliyetlerin bu yeri iş yeri haline getirmeyen dördüncü fıkrada belirtilen faaliyetlerin ötesine geçen faaliyetler olması durumunda, hiçbir projenin süresinin tek başına 6 ayı aşmaması sebebiyle bir iş yeri oluşturmadığı hallerde bile, bir iş yerinin varlığından söz edilebilecektir. Bu durumda, söz konusu yerin durumu hiçbiri iş yeri oluşturmayan projelerden farklı olacak ve yalnızca bu yerden yürütülen işlevlere atfedilebilen kazanç iş yerine atfedilmiş” sayılacağı benimsenmiştir.

Bu zelgede de açıkça ifade edildiği üzere; aynı müteahhit tarafından, daha önce bölgede yapılan işten bağımsız olarak harcanan süreler, süreye dahil edilmez.

Süre şantiyenin teslimi ile başlar ve işin tamamlanmasına ya da iş yeri sürekli olarak terk edilinceye kadar devam eder.

Aynı işle ilişkili hazırlıklar için harcanan süreler varsa bunlar da süreye dahil edilir.

17/02/2016 tarih ve 6575 sayılı zelgeyle: *“Kötü hava koşulları, malzeme ve işgücü yetersizliği gibi sebeplerle iş yerindeki faaliyetlerin geçici olarak durdurulduğu günler de 6 ayın hesaplamasına dahil edileceği”* ifade edilmiştir.

Her bir bağımsız proje için süre ayrı hesaplanır. Birbiriyle bağlantılı projelerin bir bölümü için harcanan süre toplam işin süresine eklenir. İş kapsamında kurulan bir adi ortaklık söz konusuysa her bir ortağın işin ifası için harcamış olduğu süre, toplam süreye ilave edilir.

c) Mukimlik Belgesi alınarak yapılan inşaat faaliyetlerinin Türkiye’de vergilendirilmemesi

Mukimlik Belgesinin Türk vergi hukuku açısından nemi, Mukimlik Belgesi alınarak iş yapılan akit devlette vergilendirilmeyen kazançların, Türkiye’de de vergilendirilmemesidir. Bunun sebebi ise Türk Vergi Mevzuatında bu konuda açıkça bir muafiyet tanınmış olmasıdır. Öyle ki; Kurumlar Vergisi Kanununun 5. Maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde bu muafiyet açıkça belirtilmiştir.

Kurumlar Vergisi 1 No’lu Tebliğ’in istisnaları düzenleyen 5.9. maddesi ise; *“yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanarak Türkiye’de genel sonuç hesaplarına aktarılan kazançlar, herhangi bir koşula bağlanmaksızın kurumlar vergisinden istisna edilmiştir.”* ifadesiyle muafiyet açıklanmıştır. **İstisna edilen bu kazançla ilişkin, yurt dışında vergi ödenip**

ödenmemesinin, Türkiye'deki vergilendirme açısından bir önemi yoktur. Dolayısıyla yurt dışında yürütülen yukarıda bahsi edilen süreler aşılmadan bitirilen bir inşaat işi, ne Türkiye'de, ilgili ülke ile Türkiye arasında Ç.V.Ö.A. yapılmış olması şartıyla, ne de kaynak ülkede vergilendirilebilecektir.

D. Gayrimenkul Varlıklarından Elde Edilen Gelirler

Ç.V.Ö.A.'ların 6. Maddesi bu konuyu “Bir Akit Devlet mukiminin diğer Akit Devlette bulunan gayrimenkul varlıklardan elde ettiği gelir (tarım veya ormancılıktan elde edilen gelir dahil), **bu diğer Devlette vergilendirilebilir.**” şeklinde düzenlemiştir. Dolayısıyla, anlaşmalarla gayrimenkul varlıklardan elde edilen gelir üzerinden vergilendirme hakkı bu tür bir geliri yaratan varlığın bulunduğu Devlete tanınmıştır.⁹ Madde'nin 2. Fıkrasında ise “gayrimenkul varlık” teriminin tanımlanmasında yaşanacak olası zorlukları önlemek maksadıyla, varlığın bulunduğu Devlet kapsamında tanımlanacağını belirlemiştir.¹⁰

E. Ticari Kazançlar

a) Genel Kavram

Ç.V.Ö.A.'ların en önemli maddelerinden biri olan 7. Madde, ticari işlemleri kapsamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu madde, an-

laşma kapsamında başka kurallara tabi olmayan ticari kazançlara uygulanır.¹¹

Türk Vergi Kanunlarına göre serbest meslek olarak kabul edilen “mimarlık ve mühendislik” hizmetleri de anlaşmalar kapsamında genellikle ticari iş olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu Ç.V.Ö.A'larının neredeyse tamamının 7. Maddesinin 1. Fıkrası “Bir Akit Devlet teşebbüsüne ait kazanç, söz konusu teşebbüs diğer Akit Devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunmadıkça, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Eğer teşebbüs yukarıda bahsedilen şekilde ticari faaliyette bulunursa, teşebbüsün kazançları bu diğer Devlette, yalnızca, bu işyerine atfedilebilen miktarla sınırlı olmak üzere **vergilendirilebilir.**” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu fıkrayı bir örnekle açıklamak gerekirse: Türkiye'de bir şubesi veya şantiyesi vesilesiyle dar mükellef olan yabancı bir şirketin, Türkiye'de bulunan işyeri üzerinden elde ettiği kazançlar ile ana merkezinin bulunduğu yabancı ülkede kayıtlı şirketi üzerinde elde ettiği gelirlerin ayırt edilmesi ve Türkiye'de sadece Türkiye'deki işyeri üzerinden elde ettiği kazançlar vergilendirilmelidir.

Konuyla ilgili olarak, 31.7.1998 tarih ve B.07.0GEL.0.85/8510-5/28411 sayılı Maliye Bakanlığı özelgesi de, bu görüşümüzü teyit etmektedir:

“[...] Fransa' da mukim teşebbüsün Türki-

9) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf.128.

10) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 128.

11) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf. 130.

ye' de sınaî, ticari, bilimsel teçhizat ve tesisler veya bayındırlık işlerine ilişkin üstlenmiş olduğu araştırma, tedarik, montaj ve inşa mukavelelerinde anılan teşebbüsün Türkiye' de bir işyerine sahip olması durumunda dahi, bu işyerinin kazancı mukavelenin toplam tutarı üzerinden hesaplanmayacak, Türkiye' deki işyerinin fiilen yürüttüğü mukavele kısmı üzerinden hesaplanacaktır. **Teşebbüsün genel merkezinin fiilen yürüttüğü mukavele kısmına ilişkin kazancı ise yalnızca Fransa' da vergilendirilecektir.**

Bu durumda yapılan mukavelenin öncelikle yapılan iş ve ödeme bakımlarından kısımlara ayrılıp ayrılmadığının ve fiilen bu ayırımı göre işlerin bir kısmının fiilen Türkiye' deki işyerinden bir kısmının ise yurt dışındaki ana merkezden yapılıp yapılmadığının tespiti gerekmektedir. Mukavelede tasarımlar ve malzeme bedelleri ayrı ayrı fiyatlandırılmış bulunmaktadır.

Dolayısıyla sözleşmede bir bütün olarak tanımlanan işin alt aşamalarını oluşturan kısımlarının fiyatının belirlenmesi mümkün olabilmektedir. Zira bu kısımların fiyatları işin toplam bedelini oluşturmaktadır. İşin alt aşamaları itibariyle tasarım aşamasının önemli bir bölümünün yurt dışındaki ana merkez tarafından yapıldığı yazınızdan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mukavelede belirtilen işin alt aşamasını oluşturan tasarım işinin tamamının fiilen yurt dışındaki ana merkez tarafından Türkiye' deki işyerinin hiçbir katkısı olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda bu tasarımların sözleşmede belirtilen bedellerinin tamamının mukavelenin ana merkez tarafın-

dan elde edilen hâsılat kısmı olarak kabulü, dolayısıyla Türkiye' deki şubenin kazancının tespitinde dikkate alınmaması ve üzerinden herhangi bir gelir veya kurumlar vergisi kesintisi yapılmaması gerekmektedir. Ana merkezin elde ettiği bu kazancın niteliğinin önemi bulunmamakta olup, sadece Fransa' da vergilendirilebilecektir.

İşin alt aşamaları itibariyle malzeme temini aşamasının bir kısmının yurt dışındaki ana merkez tarafından yapıldığı, bu malzemelerin belediye adına ithal edildiği yazınızdan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mukavelede belirtilen işin alt aşamasını oluşturan malzeme temini işinin bir kısmının fiilen yurt dışındaki ana merkez tarafından Türkiye' deki işyerinin hiçbir katkısı olmaksızın gerçekleştirilmiş olması durumunda bu malzemelerin sözleşmede belirtilen bedellerinin, sözleşmenin ana merkez tarafından elde edilen hasılat tutarı olarak kabulü, dolayısıyla Türkiye' deki şubenin kazancının tespitinde dikkate alınmaması ve üzerinden herhangi bir gelir veya kurumlar vergisi kesintisi yapılmaması gerekmektedir. Ana merkezin bu hasılat ile ilgili olarak elde ettiği kazanç Fransa' da vergilendirilecektir.

Gerek tasarımların temini gerekse yurt dışından malzemenin temini konusunda buradaki şubenin herhangi bir katkısının bulunması durumunda bu katkı için sözleşmede tasarım ve malzemelerin dışında herhangi bir bedel öngörülmüş ise bu bedel Türkiye' deki şubenin hâsılatı olarak kabul edilecek ve şube kazancının tespitinde dikkate alınacak, dolayısıyla vergi stopajına tabi tutulacaktır. Eğer bu katkılar için sözleşmede herhangi bir bedel öngö-

rülmemiş ise bu katkının karşılığını oluşturacak emsal bir bedel, tasarım ve malzemenin sözleşmede belirtilen fiyatlarından ayrıştırılarak şube tarafından elde edilen hâsılat olarak kabul edilecek, yukarıda belirtilen şekilde şube kazancının tespitinde dikkate alınacak ve bu tutar stopaja tabi tutulacaktır.”

b) Teknik Hizmet Kazançları

“Teknik hizmetler esas itibariyle inşaat, onarım ve montaj işleriyle ilgili olarak yürütülen planlama, projelendirme, mimarlık ve mühendislik, etüt, fizibilite, harita tasarım, metraj, keşif, idari ve teknik şartname ile ihale dosyası hazırlama, ihale değerlendirme, mesleki kontrollük, inşaat kontrollüğü, tasarım kontrollüğü, işletmeye alma danışmanlığı, proje ve yatırım yönetimi ve benzeri hizmetleri kapsamaktadır.”¹²

İnşaat, onarım ve montaj işlerinin yurt dışında gerçekleştirilmesi için bir işyeri bulunması gerekirken, bu işlere bağlı teknik hizmetlerin yurt dışında herhangi bir işyeri olmaksızın Türkiye’den gerçekleştirilebilmesi de mümkün olabilmektedir. Proje hazırlanması gibi teknik hizmetler, inşaat ve onarma işinin tamamlayıcı bir unsuru olmasına karşın; kurumların yurt dışında devam eden bir inşaat ve onarma işi olmadığı ya da ayrıca bir işyeri veya daimi temsilci bulundurulmadığı durumlarda, bu faaliyetin ihracat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yurt dışındaki inşaat işine bağlı olarak Türkiye’de yapılan teknik

hizmetlerden sağlanan kazançların bu istisnadan yararlandırılması mümkün bulunmamaktadır. **Dolayısıyla, kurumların yurt dışında bir inşaat ve onarım işi varsa, buna bağlı teknik hizmetler ister Türkiye’de isterse yurt dışında yapılsın, elde edilen kazançlar istisnadan yararlanılabilecektir.** Kurumların yurt dışında yaptıkları bir inşaat ve onarım işinin bulunmaması halinde ise; ancak yurt dışında bir işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla yaptıkları teknik hizmetlerden elde edilen kazançlar istisnadan yararlanılabilecektir.

Başka bir ifade ile, teknik hizmetlerden elde edilen kazançların da anılan istisnadan yararlanabilmesi için bu işlerin yurt dışında bulunan işyerleri veya daimi temsilciler aracılığıyla yapılması; yurt dışında ayrıca bir işyeri veya daimi temsilci olmadan yapılan teknik hizmetlerin, hizmet ihracatı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, teknik hizmetlerin yurt dışındaki inşaat, onarım ve montaj işlerine bağlı olarak yapılma şartı bulunmamaktadır.

c) İnşaat Sektörü Özelinde Ticari Kazanç Değerlendirmesi

Türk vergi hukukunda, yurt dışında üstlenilen inşaata ait bazı projelerin Türkiye’de çizdirilmesi ve bunların bedelinin döviz olarak yurda getirilip, döviz alım belgesine bağlandığının kambiyo mevzuatı gereğince tevsik edilmesi halinde, bu gelirler kurumlar vergisinden istisna tutulmaktadır.¹³

12) 6 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 6.maddesiyle eklenen paragraf.

13) Maliye Bakanlığı’nın 12.01.1981 gün ve 22123/290/42546 sayılı özelgesi.

Merkezi Türkiye’de bulunan bir şirketin yurt dışında bir akit devletteki şubesi üzerinden yurt dışında yapılan inşaat işinden elde etmiş olduğu kazancın vergilendirilmesi konusunda ise; işin yapıldığı ülkenin yetkili mercilerine Türkiye’de yetkili mercilerden alınmış mukimlik belgesinin sunulmuş olması şartıyla, daha önce şube ve inşaat işlerinde süreler hususundaki açıklamalarımız da dikkate alındığında, ilgili Ç.V.Ö.A.’nın 5. Maddesinin 3. Fıkrasında yer alan sürelerden önce bitirilen proje kapsamında projenin yapıldığı ülkede vergilendirilmemesi söz konusu olacaktır. Türkiye’de vergilendirilmesi gereken bu ticari kazancı vergilendirme hakkı Türkiye’dedir. Yukarıda kanuni gerekçesi açıklanmış olduğu üzere; Türkiye’de de bu işlem vergiden muaf olduğundan, bu gelir iki ülkede de vergilendirilmeyecektir.

Aynı konuda bir özelge aşağıdadır:

“Merkezi yurt dışında bulunan tüzel kişiye yurt dışında yapılan inşaat işinden elde edilen kazancın vergilendirilmesi konusunda ise; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasında inşaat, yapım, montaj ve kurma işleri bakımından iş yerinin oluşması, 12 aylık süre koşuluna bağlanmış olup, 12 aylık sürenin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak şantiyenin oluştuğu tarihin (müteahhidin hazırlık çalışmaları da dahil Türkiye’de çalışmalarına başladığı tarih); bitim tarihi olarak ise işin tamamlandığı veya sürekli olarak terk edildiği tarihin dikkate alınması gerekmektedir.

Merkezi Ankara’da bulunan şirketle yapılan sözleşmenin incelenmesinden, Kazakistan’daki restorasyon işinin üstlenildiği ve söz konusu restorasyon işinin Kazakistan’da bulunan şube tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, bir inşaat, yapım, montaj, kurma projesi ile bağlantılı Kazakistan’daki şube, Anlaşma’nın 5. maddesi kapsamında tek başına bir iş yeri oluşturmayacaktır. Ancak, söz konusu yerin başka inşaat projeleri için de kullanılması ve burada yürütülen faaliyetlerin, iş yeri oluşturmayan 5. maddenin 4. fıkrasında belirtilen faaliyetlerden olmaması durumunda, hiç bir projenin süresinin tek başına 12 aylık süreyi aşmaması sebebiyle bir iş yeri oluşturmadığı hallerde bile, bir iş yerinin varlığından söz edilebilecektir.

Buna göre, Kazakistan’daki şube tarafından gerçekleştirilen restorasyon işinden elde edilen gelirlerin Anlaşma’nın “Ticari Kazançlar” başlıklı 7. maddesine göre ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerekmekte olup, restorasyon işinin Kazakistan’da Anlaşma’nın 5. maddesinin 2. fıkrasının g (i) bendinde yer alan 12 aylık süreden daha uzun bir sürede devam etmesi halinde Kazakistan’da iş yeri oluştuğu kabul edilecek ve söz konusu gelirler bu iş yerine atfedilebilen kazançlarla sınırlı olmak üzere Kazakistan’da da vergilendirilebilecektir.

Kazakistan’daki şube tarafından anılan süreden daha az bir sürede gerçekleştirilen restorasyon işinden (sözleşmedeki süre 150 gün) elde edilen gelirlerin ise, Kazakistan’da bir iş yeri oluşmaması nedeniyle yalnızca

Türkiye’de vergilendirilmesi gerekmektedir. Ancak, Kazakistan’da inşaat faaliyetleri için kullanılan şube tarafından başka inşaat, yapı, montaj, kurma projelerinin de yürütülmesi halinde, söz konusu işin anılan şube vasıtasıyla gerçekleştirilen kısmına atfedilebilen kazançlar için Anlaşma’nın 7.maddesinin 1. fıkrasına göre, Kazakistan’ın da vergi alma hakkı olacaktır.

Anlaşma hükümlerinin Kazakistan’a da vergilendirme hakkı verdiği durumlarda, Kazakistan’da ödenen vergiler Anlaşma’nın “Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi” başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrası gereğince Türkiye’de ödenecek vergilerden mahsup edilebilecektir. Ancak, Kazakistan’da gelir üzerinden ödenen verginin Türkiye’de mahsup edilebilmesi için söz konusu gelirin Türkiye’de de vergiye tabi olması yani mahsubun söz konusu gelir üzerinden Türkiye’de hesaplanan vergiden yapılması mümkündür. Anlaşma uyarınca, söz konusu mahsup, Kazakistan’da vergilendirilebilen gelire atfedilen gelir üzerinden ödenen vergi miktarını (mahsuptan önce hesaplanan) aşmayacaktır. Bununla beraber, yurt dışında yapılan inşaat işleri için iç mevzuatımızda yer alan istisna hükümleri dikkate alındığında Kazakistan’daki inşaat faaliyetleri nedeniyle elde edilen gelir için Türkiye’de vergi istisnasından yararlanılması durumunda bu gelire ilişkin olarak Türkiye’de mahsup yapılamayacaktır.

Diğer taraftan, Anlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için bağlı bulunulan İstan-

bul Vergi Dairesi Başkanlığından alınacak, Türkiye’de tam mükellef olduğunu ve tüm dünya kazançları üzerinden Türkiye’de vergilendirildiğini gösteren bir mukimlik belgesinin Kazakistan’da vergi sorumlularına ibraz edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, Ankara merkezli şirketle yapılan sözleşme gereği, anahtar teslimi ve götürü olarak üstlenilen Kazakistan’daki restorasyon işinin Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi hükmüne göre, yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimi temsilciler aracılığıyla yapılan inşaat, onarım, montaj işi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Dolayısıyla, Şirketin bu işten elde edeceği ve Türkiye’de genel sonuç hesaplarına intikal ettireceği kazançların, tahsil edilecek hak edişler için genel merkezden kesilecek faturalara söz konusu tahsilatın yurt dışında yapılacak inşaat işi ile ilgili olduğu hususunda şerh düşülmesi şartıyla, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine göre kurumlar vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmaktadır.”¹⁴

F. Temettüler

a) Temettü Tanımı

“Temettü” tabiri, Ç.V.Ö.A.’ların 10. Maddesinin 3. fıkrasında şüpheye mahal vermeksizin tanımlanmıştır. Temettü; “hisse senetlerinden, intifa senetlerinden veya intifa hakların-

14) 15.08.2016 tarih ve 117374 sayılı özelge.

dan, madencilik senetlerinden, kurucu hisse senetlerinden veya alacak niteliğinde olmayıp kâra katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirleri; bunun yanı sıra dağıtımı yapan şirketin mukimi olduğu Devletin kanunlarına göre, vergileme yönünden, hisse senetlerinden elde edilen gelirlerle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından elde edilen gelirleri kapsar.”

b) Temettünün Vergilendirme Hakkı

- i. Ç.V.Ö.A.'ların 10. Maddesinin ilk fıkrasında “Bir Akit Devletin mukimi bir şirket tarafından diğer Akit Devlet mukimine ödenen temettüler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, “merkezi Türkiye’de bulunan bir anonim şirketten temettü elde eden başka bir devlette mukim bir kişi, geliri üzerinden kendi devletinde vergilendirilebilecektir. Ancak kendi devleti bu geliri vergilendirebilmesi için Anlaşma’nın bu hükmü tek başına yeterli değildir. Söz konusu gelirin bu devlette vergiye tabi tutulabilmesi için, her şeyden önce bu gelirin bu devlette iç mevzuat uyarınca verginin konusuna giriyor olması gerekir. Başka bir deyişle, Anlaşma’nın ne bu hükmü ne de başka bir hükmü, Devletlerden iç mevzuatları uyarınca vergiye tabi olma-

yan bir gelir unsurunu vergiye tabi tutmamaktadır.”¹⁵

- ii. Aynı maddenin ikinci fıkrasında temettü gelirini ödeyen şirketin mukim olduğu Devletin vergi hakkı düzenlenmiştir. Bu fıkra, Türkiye’nin taraf olduğu Ç.V.Ö.A.’larında en çok değişiklik gösteren fıkralardan biridir. Bu sebeple de her anlaşma özelinde incelenmesi gerekir. Genel olarak bakıldığında Model Anlaşma’nın temettü ödeyen şirketin bulunduğu Devlet’e vergilendirme yetkisi tanıdığı ancak vergilendirme hakkına bir üst sınır çizdiği görülmektedir. Temettü’nün %5 ile %20 arasında¹⁶ bir oranda bu Devlette vergilendirilebileceği düzenlemiştir. Temettüler için belirlenen vergi oranı, genellikle iştirak edilen ülkedeki, iştirak edilen şirketteki iştirak oranlarına göre belirlenir. İştirak oranı %25’e kadar olanlarda %15 veya daha üstü olurken; iştirak edilen şirketteki hisse oranı %25’ten fazla ise oran %10 veya daha aşağı olabilir. Önemli olan bir diğer husus ise; çoğu ülke anlaşmalarında ilgili ülkede kesilen temettü vergilerinin, mukim ülkede ödenecek vergilerden mahsup edilmesi, buna karşın bazı ülkelerde kesilen temettü vergilerinin, bazı akit devletlerde “nihai vergi” olarak kabul edilmesidir.

15) Nazallı E. Yaklaşım Dergisi/ Mart 2008 / Sayı: 183 sf. 4 “OECD Model Anlaşması’na Göre Temettü ve Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesi-II”.

16) %10-20 arası şeklinde açıklanmasının sebebi fıkranın iki taraflı ç.v.ö.a’lara göre değişiklik göstermesidir. Ancak genellikle %10 ila %20 arasında bir sınır belirlenmektedir.

iii. Türkiye; Model Anlaşma'da benimsemiş görüşün aksine akit bir başka devlette mukim bir şirket ya da teşebbüsün Türkiye'deki şubelerini Ticari Kazançları düzenleyen 7. Madde kapsamında vergilendirildikten sonra, kalan kısmını 10. Maddenin 5. Fıkrasına göre vergilendirmektedir. *“Devletlerden birinin bir şirketinin, diğer devlette bulunan bir işyerinde icra ettiği ticari faaliyetten elde ettiği kazanç, 7. maddeye göre vergilendirildikten sonra, kalan kısım üzerinden de işyerinin bulunduğu devlette vergilendirilebilir; ancak bu şekilde alınacak vergi, bu maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen oranın %50'sini aşmayacaktır.”*¹⁷ fıkrasını Ç.V.Ö.A.'larına eklemiştir. Örnek vermek gerekirse, bir Hollanda şirketinin Türkiye'de bulunan şubesinin kazançları Türkiye'de dar mükellef sıfatıyla Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre vergilendikten sonra, şubenin merkezine dağıtacağı temettü, 10. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen kesinti oranlarının %50'si kadar Türkiye'de vergiye tabi tutulduktan sonra dağıtımına konu olabilecektir.

c) Gerçek Lehtar Sorunu

Ç.V.Ö.A ile aynı gelirden birden fazla vergi alınması önlenilirken diğer taraftan, elde edilen gelirlerden hiç veya çok düşük vergi alınmasını önlemek amacıyla G-20 ve OECD'nin

liderliğinde geliştirilen otomatik bilgi değişimine yönelik yeni düzenlemeler, hem yerel, hem de uluslararası düzeyde karşımıza çıkmaktadır. G-5 maliye bakanları G-20 mevkiatlarına ortak bir mektup yazarak vergi kaçakçılığı için şirketler, vakıflar ve benzeri yapılarda **“Gerçek lehtar kim?”** sorusunun cevabı için ortak bir sicil tutulması amacıyla girişimde bulunmuşlardır. **Gerçek lehtar** (**«beneficial owner»**) kavramı, Ç.V.Ö.A.'ların kişiler ve şirketlerin suni yapılanmalar vesilesiyle ikamet ettikleri veya gelir elde ettikleri ülkelerde vergi ödememek veya vergi yüklerini azaltmak için kullanılmalarını engellemeyi hedeflediği için, Ç.V.Ö.A.'lar kapsamında bir kısıtlama olarak yorumlanmakta.

OECD'nin Model Vergi Anlaşması'nda «gerçek lehtar» tanımı yer almasa da, gerçek lehtar gelirin gerçek sahibi, yani gelirin tasarruf hakkına sahip olan kişiyi işaret eder. Bu anlamda, gerçek lehtar kavramı

Bu kısıtlamanın varlığı şöyle açıklanıyor:

i. Geliri elde eden akit devletin mukimi kurum ödemenin gerçek lehtarı değil ise ve sadece bir «*conduit company*» (içerik boş ve sadece kazancın transferi için kurulan bir şirket) ise ve

ii. Yapı ekonomik gerçeği yansıtmaksızın sadece Ç.V.Ö.A'nın hükümlerinden faydalanmak için kurulduysa

o zaman Ç.V.Ö.A'nın sağladığı vergi avantajının ortadan kalkması gerekmektedir. Bu

17) Hollanda Türkiye çifte vergilendirme önleme anlaşması 10. Madde 5. fıkra.

kuralın dayanağı «*substance over form*» yani «içeriğin şekilden üstün olması» olarak nitelendirilmektedir.

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

1. Yapının gerçek lehtarları «*treatyshop*» yapan şirketin kurulduğu ülkede ikamet etmiyor.
2. «*Conduit company*» bulunduğu ülkede gerçek bir ekonomik faaliyet göstermiyor. Başka bir deyişle, «*substancerequirements*» yani içerik testini geçemiyor.
3. «*Conduit company*» kurulu olduğu ülkede sıfır veya düşük bir vergiye tabi.

OECD'nin bu konuda farklı çalışmalar yürüttüğü göz önünde bulundurulursa, Türk vergi idarelerinin gerçek lehtarlık şartının sağlanıp, sağlanmadığı konusunda bir içerik testi yapması önemli bir husustur. Zira bu içerik testinin yapılmaması, Türkiye'de yapılan vergi kesintileri açısından bir vergi zıyayı yaratmaktadır. Dolayısıyla Türk vergi idarelerinin gerçek lehtar testini daha sıkı bir şekilde uygulaması ve uluslararası yatırımcıların «*Treaty Shpoping*» yaparak suni vergi yapılanmalarının önünü kesmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, Türk vergi dairelerinin de Ç.V.Ö.A'lar kapsamında içerik testi yaparak özellikle aşağıdaki kriterlere göre bir analiz yapması uygun olacaktır. Yukarıda belirttiği-

miz üzere AB veya OECD ülkelerinde gerçek lehtar kriterinin değerlendirilmesine ilişkin kriterler henüz kural olarak belirlenmemiş olsa da, uygulamada kullandıkları ortak değerlendirme ölçütleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- i. Kurumun kurulu olduğu ülkede çalışanları olması;
- ii. Aktifinde iştirak ettiği şirketlerin hisselerin dışında başka kalemler olması;
- iii. Yönetim kurulu üyelerinin en az 50%'sinin kurumun kurulu olduğu ülkede ikamet etmesi;
- iv. Ülkede ikamet eden yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirmeleri için gerekli profesyonel donanımına sahip olmaları ve görevlerinin fiilen yerine getirmeleri, tabir yerindeyse "göstermelik" yöneticiler olmaması;
- v. Yönetim kurulu toplantılarının kurumun kurulu olduğu ülkede yapılması;
- vi. Muhasebe defterlerinin kurumun kurulu olduğu ülkede tutulması;
- vii. Kurumun ana banka hesaplarının kurumun kurulu olduğu ülkede bulunması;
- viii. Kurumun günlük idaresinden sorumlu olan kişilerin kurumun kurulu olduğu ülkede bulunan bir ofiste çalışması ve

15) Nazallı E. Yaklaşım Dergisi/ Mart 2008 / Sayı: 183 sf. 4 "OECD Model Anlaşması'na Göre Temettü ve Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesi-II".

- ix. 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.

G. Faiz

“Faiz,” genel olarak, “borç verilen paranın karşılığı ödeme” anlamına gelir. Kural olarak faiz ekonomik çifte vergilendirmeye uğramaz, yani hem borçlunun elinde, hem de alacaklının elinde vergilendirilmez. Sözleşme ile aksi belirtilmedikçe, faiz üzerine konulan verginin ödenmesi faizi elde eden alacaklıya düşer.¹⁸

Ç.V.Ö.A.’ların faizi düzenleyen 11. maddesi; “Bir Akit Devlette doğan ve diğer Akit Devletin bir mukimine ödenen faiz, diğer Devlette vergilendirilebilir.

*Bununla beraber bu faiz, elde edildiği Akit Devlette ve o Devletin mevzuatına göre de vergilendirilebilir; ancak, faizin gerçek lehtarı diğer Akit Devletin bir mukimi ise, bu şekilde alınacak vergi, faizin gayrisafi tutarının **yüzde 10’unu aşmayacaktır.**” şeklinde düzenlenmiştir.*

18) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf.206.

19) OECD Model Tax Convention Commentary 2010 sf.207.

İlk fıkra mukim Devlet lehine münhasır vergilendirme hakkı tanımazken,¹⁹ ikinci fıkrada, daha önce temettüler kısmında değinmiş olduğumuz gibi, bir üst sınır belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

H. Gayrimaddi Hak Bedelleri

Ç.V.Ö.A.’ların uygulamada çok tartışılan bir diğer maddesi de gayri maddi hak bedelleridir. Bir Akit Devlette doğan ve diğer Akit Devletin bir mukimine ödenen gayri maddi hak bedelleri, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.

Çok uluslu şirketlerin merkez giderlerinin, diğer ülkelerdeki şube veya iştiraklerine verdiği hizmetlerin yansıtılması konusu inceleme elamanları tarafından farklı yorumlanmaktadır.

“Masraf Dağıtım” Sözleşmeleri (Cost Sharing Agreements) Tahtında Yurt Dışına Yapılan Ödemelerin Vergisel Yönleri

Daha ziyade çok uluslu şirketler, yurt dışında bulunan merkez şirketlerinden, çeşitli alanlarda danışmanlık hizmetleri almaktadır. Bu hizmetler genellikle merkez şirketlerde oluşan masrafların çeşitli kriterlere göre Dünya’daki topluluk şirketlerine yansıtılması şeklinde fiyatlandırılmaktadır.

Esas itibariyle bu şekilde yansıtımlar merkez personeli ile yahut da merkezin dışarıdan te-

darik ettiği uzmanlık gerektiren hizmetlerin doğrudan veya dolaylı olarak, tüm topluluk şirketlerinin yararlandığı anlayışından hareketle yapılmaktadır. Bu masraf dağıtımları genellikle yazılı şekilde yapılan masraf dağıtım anlaşmalarına (*Cost sharing agreements*) veya hizmet sözleşmelerine (*service agreements*) dayandırılmaktadır.

Anılan danışmanlık hizmetleri serbest meslek hizmeti veya ticari kazanç mahiyetinde olduğundan, Türkiye ile diğer ülkeler arasında imzalanmış olan Ç.V.Ö.A.'ların 14'üncü maddelerinde yer alan (Türkiye'de işyeri olması) gereğini sağlamadıklarından Türkiye'de vergiye tabi tutulmamaktadır.

Buna mukabil son zamanlarda vergi inceleme elemanları tarafından yazılan raporlarda Türkiye'de mukim yabancı sermayeli şirketler tarafından, yurt dışında mukim topluluk şirketlerinden alınan bu hizmetlerin know how mahiyetinde birer gayri maddi hak olduğu belirtilmekte ve bu nedenle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 maddesinde belirtilen "sanayi ve ticaret ve bilim alanlarında elde edilmiş bir tecrübeye ait bilgilerin kullanma hakkı veya kullanma imtiyazı" olarak nitelendirilmektedir."

I. Sermaye Değer Artış Kazançları

Sermaye değer artış kazancı kavramı OECD'ye üye ülkeler arasında vergilendirilebilirlik açısından oldukça farklı olarak yo-

rumlanmaktadır. Öyle ki, bazı OECD üyesi ülkeler tarafından sermaye değer artış kazancı vergilendirilebilir bir gelir olarak değerlendirilmemektedir.

Ç.V.Ö.A.'ların 13. Maddesinde; sermaye değer artış kazançlarının vergilendirilmesi konusu: "Bir Akit Devlet mukimince, diğer Akit Devlette yer alan ve 6'ncı Maddede belirtilen gayrimenkul varlıkların elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.

Bir Akit Devlet teşebbüsünün diğer Akit Devlette sahip olduğu bir işyerinin ticari varlığına dahil menkul varlıkların elden çıkarılmasından doğan kazançlar, bu işyerinin (yalnız veya tüm teşebbüsle birlikte) elden çıkarılmasından doğan kazanç da dahil olmak üzere, bu diğer Devlette vergilendirilebilir." şeklinde düzenlenmiştir. Türkiye, menkul varlıklar ve Bir Akit Devlet teşebbüsünün diğer Akit Devlette sahip olduğu bir işyerinin ticari varlığına dahil menkul varlıkların elden çıkarılmasından doğan kazançlar dışındaki herhangi bir varlığın elden çıkarılmasından kendi ülkesinde doğan sermaye değer artış kazançlarını, elde edilme ile elden çıkarma arasındaki sürenin iki yıldan daha az olması halinde, kendi mevzuatına uygun olarak vergilendirme hakkını saklı tutmak suretiyle bu maddeye bir çekince koymuştur.

Sermaye değer artış kazançları Türk Gelir İdaresi tarafından da farklı yorumlanan bir maddedir.

15) Nazallı E. Yaklaşım Dergisi/ Mart 2008 / Sayı: 183 sf. 4 "OECD Model Anlaşması'na Göre Temettü ve Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesi-II".

Bu madde, vergi kanunlarında açıkça yazılan ve özet olarak “menkul ve gayrimenkullerin” değer artışını kapsadığı halde, Gelir İdaresinin verdiği 01.07.2014 tarih ve 1745 sayılı özelge ile “Yabancı bir sporcunun Türkiye’de bir kulüpte oynatılabilmesi hakkının devri karşılığı olarak sporcunun eski kulübüne ödenen bonservis bedelleri ve mahiyeti itibarıyla buna benzeyen ödemelerin gayri maddi hak satış bedeli olarak değerlendirilmesi ve bunlarla ilgili olarak nakden veya hesaben yapılan ödemelerden, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 30. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca %20 oranında kurumlar vergisi kesintisi yapılması gerekir” açıklaması yapmıştır.

Ancak, bonservis bedeli ödemesi yapılan şirketin mukimi olduğu ülke ile Türkiye arasında bir çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması bulunması ve söz konusu anlaşmada “Sermaye Değer Artış Kazançları” başlıklı hükümlerde yer alan oranın iç mevzuatımıza göre daha düşük oranda bir vergileme öngörülmesi halinde, anlaşma hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir” görüşü verilmiştir.

J. Serbest Meslek Faaliyetleri

Yukarıda ayrıntısıyla açıklanmış olduğu üzere mimarlık ve mühendislik faaliyetleri Serbest Meslek Faaliyetleri içerisinde değerlendirilmemektedir. Mimarlık ve mühendislik faaliyetlerinin dışında kalan serbest meslek

faaliyetleri bu madde kapsamında vergilendirilir.

a) Ç.V.Ö.A.’lar Kapsamında Türkiye’nin Vergilendirme Yetkisini Belirleyen Unsurlar

Ç.V.Ö.A.’ya taraf olan diğer ülke mukimi tarafından, Türkiye’deki hizmet alıcılarına sunulan serbest meslek faaliyeti veya benzer nitelikteki diğer faaliyetler nedeniyle elde edilen gelirlerin Ç.V.Ö.A.’lar kapsamında hangi ülke tarafından vergilendirileceğinin, yani vergilendirme yetkisinin tayininde en önemli konuların başında faaliyetin nerede icra edildiği gelmektedir. Diğer ülke mukimi tarafından faaliyetin Türkiye’de icra edilmesi durumunda, tarafların, ilgili anlaşma kapsamında vergilendirme yetkisinin dağıtımında esas alabileceği aşağıdaki unsurlar gündeme gelmektedir:²⁰

- **iş yeri ya da sabit yer unsuru:** Faaliyetin Türkiye’de bir iş yeri ya da sabit yer vasıtasıyla gerçekleştirilmesi,
- **kalma süresi unsuru:** Faaliyetin icrası için bir takvim yılı/mali yıl veya 12 aylık kesintisiz bir dönem içinde bir veya birkaç seferde toplam 6 ayı aşan bir süre veya 183 gün ya da bu süreden daha fazla Türkiye’de kalınması, veya
- **ödemenin Türkiye’den yapılması unsuru:** Ödemenin Türkiye mukimi olan

20) Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (Seri No:4).

bir kişi tarafından ya da böyle bir kişi adına veya Türkiye’de sahip olunan iş yeri ya da sabit yerden yapılması.

Dolayısıyla, Türkiye’nin taraf olduğu Ç.V.Ö.A.’larda serbest meslek faaliyetlerinden gerçek veya tüzel kişilerce elde edilen kazançların vergilendirilmesinde, Türkiye’nin vergilendirme yetkisinin belirlenmesi için tek bir unsur yer almamış, anlaşmalara göre değişen farklı unsurların (sabit yer/iş yeri unsuru, kalma süresi unsuru, ödemenin Türkiye’de mukim olanlarca yapılması unsuru gibi) bileşkelere yer verilmiştir.

Bu bağlamda, Türkiye’nin taraf olduğu bazı Ç.V.Ö.A.’larda , vergilendirme yetkisinin paylaşımında hem gerçek, hem de tüzel kişiler için sadece faaliyetin Türkiye’de bir iş yeri ya da sabit yer vasıtasıyla gerçekleştirilmesi belirleyici unsur olarak öngörülürken, diğer bazı Ç.V.Ö.A.’larda bu unsura ilave bir alternatif olarak kalma süresi unsuru da kullanılabilir. Bu ikinci alternatif Türkiye’nin taraf olduğu kimi Ç.V.Ö.A.’larda sadece gerçek kişiler yönünden yer verilirken, diğer bazı Ç.V.Ö.A.’larda ise hizmetin sağlandığı iş yeri açısından tüzel kişiler için de yer verilebilmektedir. Ayrıca, istisnai olarak ödemenin Türkiye’de mukim olanlarca veya Türkiye’deki iş yeri/sabit yerden yapılması unsurlarına da vergilendirme yetkisinin tayini açısından yer verilen anlaşmalarımız bulunmaktadır.

Dolayısıyla, serbest meslek faaliyetlerinden veya benzer nitelikteki diğer faaliyetlerden elde edilen kazançların vergilendirilmesinde,

ilgili ülke anlaşmasının hükümlerine bakılarak vergilendirme yetkisinin hangi ülkede olduğunun belirlenmesi ve uygulamaya buna göre yön verilmesi gerekmektedir.

b. Serbest Meslek Faaliyetinin Türkiye’de Belirli Süreden Fazla Kalınması Suretiyle İcra Edilmesi

Türkiye’nin taraf olduğu Ç.V.Ö.A.’ların bir kısmında iş yeri ya da sabit yer unsuruna ilave olarak faaliyetin Türkiye’de belirli süreden fazla kalınarak icra edilmesi unsuruna da yer verilmektedir. Bu durumda, iş yeri ya da sabit yer oluşmadığı halde Türkiye’nin vergilendirme yetkisinin tayini açısından kalma süresi unsuruna bakılması gerekmektedir.

i. Gerçek Kişiler Açısından

Kalma süresi unsuruna bazı anlaşmalarımızda sadece gerçek kişiler yönünden faaliyetin icrası için 12 aylık herhangi bir kesintisiz dönemde/takvim yılında/mali yılda, söz konusu hizmet veya faaliyetleri icra etmek amacıyla, bir veya birkaç seferde toplam 183 gün veya daha fazla süre ya da süreler toplamı Türkiye’de kalınması olarak yer verilmektedir. Böyle bir durumda, Türkiye’nin vergilendirme yetkisinin tayini için bu unsurun da dikkate alınması gerekmektedir.

Kalma süresinin hesabında, kişinin serbest meslek faaliyeti icra etmek amacıyla Türkiye’de fiziki olarak bulunduğu günler Türkiye’de bulunma süresi olarak dikkate alı-

nır. Hesaplamaya; Türkiye’de 24 saatten daha kısa süreyle kalınan gün tam gün olarak, varış günü, ayrılış günü, Cumartesi ve Pazar günleri, ulusal tatil günleri, faaliyet öncesindeki, sırasındaki ve sonrasındaki tatil günleri, eğitim, malzemelerin gecikmesi gibi nedenlerle kısa ara vermeler, hasta olunan günler ve aileden birinin öldüğü veya hasta olduğu günler gibi, Türkiye’de geçirilen diğer tüm günler dâhil edilir. Ancak Türkiye dışındaki iki ülke arasında yapılan seyahat sırasında, Türkiye’den transit geçiş yapılan günler hesaplamanın dışında tutulur.

ii. Tüzel Kişi ve Teşebbüsler Açısından

Türkiye’nin taraf olduğu bazı Ç.V.Ö.A.’larda, vergilendirme yetkisinin paylaşımı tüzel kişiler ve teşebbüslerin hizmet veya faaliyet süreleri itibarıyla ve personelleri vasıtasıyla kesintisiz herhangi bir 12 aylık dönem/takvim yılı/mali yıl içinde 6 aylık süre ya da süreler toplamından veya 183 ya da 183 günden fazla sürelerle Türkiye’de bulunması unsuruna bağlanabilmektedir. Kalma süresi unsurunun tüzel kişilerin hizmet ve faaliyetlerine personeli açısından genişletildiği anlaşmalarımızda bu unsurun tüzel kişiler tarafından sunulan hizmetlere de uygulanması gerekmektedir.

Model anlaşmanın 14 üncü maddesinde yalnızca anlaşmaya taraf olan diğer akit devlet mukimi gerçek kişinin Türkiye’de icra ettiği serbest meslek faaliyetlerinden veya bağımsız nitelikteki diğer faaliyetlerinden elde edilen

gelirlerinin vergilendirilmesine ilişkin düzenleme yapılmış ise, Türkiye’nin, diğer akit devlet mukimi olan tüzel kişi veya teşebbüslerin Türkiye’de icra ettiği serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirlerini vergilendirme yetkisinin olup olmadığı model anlaşmanın 5 inci ve 7 nci maddelerinde yer alan düzenlemelere göre tespit edilecektir.

1. Bir Akit Devlet mukiminin, serbest meslek faaliyetleri veya bağımsız nitelikteki diğer faaliyetleri dolayısıyla elde ettiği gelir, bu kişi diğer Akit Devlette faaliyetlerini icra etmek amacıyla sürekli kullanabileceği sabit bir yere sahip olmadığı sürece, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Kişinin, böyle bir sabit yere sahip olması durumunda gelir, yalnızca söz konusu sabit yere atfedilebilen miktarla sınırlı olmak üzere, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.
2. “Serbest meslek faaliyetleri” terimi, özellikle bağımsız olarak yürütülen bilimsel, edebi, sanatsal, eğitici veya öğretici faaliyetleri, bunun yanı sıra doktorların, avukatların, mühendislerin, mimarların, dişçilerin ve muhasebecilerin bağımsız faaliyetlerini kapsamına alır.

Maddenin incelemesinden görüleceği üzere; Anlaşmaların 7. maddesindeki Ticari Kazançlar bölümünde açıklandığı gibi, bu madde kapsamında Teknik Hizmetlerden elde edilen gelirlerde, gerekli koşullar sağlandığı takdirde Türkiye’de vergi kapsamı dışındadır.²¹

21) Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği (Seri No: 4).

iii. Ek Belgelendirme Yükümlülükleri

Türkiye kaynaklı serbest meslek kazancı elde eden diğer ülke mukimlerinca, 26.09.2017 tarihli 4 Seri No'lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliğ Ek-1'de yer alan formun eksiksiz olarak doldurularak hizmet alımına başlandığı tarihten itibaren 15 gün içinde vergi sorumlularına verilmesi gerekmektedir.

Aynı tebliğin ekinde yer alan taahhütnamenin (Ek 2) ise vergi sorumlularınca doldurularak, varsa hizmete ilişkin yazılı sözleşme örneği ile birlikte, ödeme yapılmasından önce bağlı olunan vergi dairesine verilmesi gerekmektedir.

K. Bağımlı Faaliyetler

Ç.V.Ö.A.'ların Bağımlı Faaliyetleri düzenleyen 15. Maddesi "*Gelir elde eden kişi, diğer Devlette ilgili takvim yılı içinde başlayan veya sona eren herhangi on iki aylık dönemde bir veya bir kaç seferde toplam **183 günü aşmamak üzere kalırsa yalnızca ilk bahsedilen Devlette vergilendirilecektir.***" şeklinde düzenlenmiştir.

Kalma süresinin hesabında, kişinin serbest meslek faaliyeti icra etmek amacıyla Türkiye'de fiziki olarak bulunduğu günler Türkiye'de bulunma süresi olarak dikkate alınır. Hesaplamaya;

Türkiye'de 24 saatten daha kısa süreyle kalınan gün tam gün olarak, varış günü, ayrılış günü, Cumartesi ve Pazar günleri, ulusal tatil günleri, faaliyet öncesindeki, sırasındaki

ve sonrasındaki tatil günleri, eğitim, malzemelerin gecikmesi gibi nedenlerle kısa ara vermeler, hasta olunan günler ve aileden birinin öldüğü veya hasta olduğu günler gibi, Türkiye'de geçirilen diğer tüm günler dahil edilir.

Ancak bu maddenin uygulaması Türkiye'de ve pek çok diğer akit ülkede farklıdır. Şöyle ki, ülkeler ilgili ülkelere giren çalışanların maaşından vergi kesintisi yapmaktır. İlgilinin ülkedeki kalış süresi 183 günden az olursa vergi iadesi yapılmaktadır.

ÇVÖA'lar ile getirilen 183 gün süresi, anlaşma uyarınca yalnızca vergi konusunu kapsadığından, ülkelerin Sosyal Güvenlik Kurumları tarafından farklı şekilde uygulanmaktadır. 2013/11 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu "SGK" Genelgesi'nin "*Yabancı Uyrukların Sigortalılığı*" başlıklı Beşinci Kısım'ının "*Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkede kurulu bir kuruluş tarafından o kuruluş adına geçici olarak çalışmaya gönderilenler*" kısmında "*Sosyal güvelik sözleşmesi imzalanmamış ülkede sigortalı ya da emekli olup ülkemize üç aydan fazla süreyle gelen sigortalılar çalışmaya başladıkları üçüncü ayın son gününü takip eden günden itibaren sigortalı sayılacaklardır*" ifadesine yer verilmiştir.

İlgili hüküm uyarınca; Türkiye'ye çalışmaya gelen sigortalıların üç aylık muafiyet süreleri Türkiye'de çalışmaya başladıkları tarihe göre belirlenerek SGK'ya bildirilecektir.

Türkiye ile ikili olarak sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerin farklı belirlemeleri uygulanmaya devam edilmektedir.

Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ya da imzalanmamış ülkelerde herhangi bir sigortalılığı bulunmayanlar Türkiye’de çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı sayılmaktadırlar.

Tekraren belirtmek gerekirse Ç.V.Ö.A’lar yalnızca vergiyi düzenleyen uluslararası antlaşmalar olduğundan, antlaşmalar uyarınca tanınan muafiyet süresince çalışanlara sigorta yaptırılması gibi diğer hususlarla ilgili bir muafiyet tanınmadığı gibi, her durumda kaynak ülkenin iç hukuk kuralları kontrol edilmelidir.

L. Yöneticilere Yapılan Ödemeler

Ç.V.Ö.A.’ların 16. maddesiyle yöneticiler için ayrı bir düzenleme getirilmiştir. “*Bir Akit Devlet mukiminin, diğer Akit Devlet mukimi olan bir şirketin yönetim kurulu üyesi olması dolayısıyla elde ettiği ücret ve diğer benzeri ödemeler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.*”

M. Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Yöntemi

Ç.V.Ö.A.’lar kapsamında benimsenen çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemi Ç.V.Ö.A.’ların 23A ve 23B maddelerinde Bir Akit Devlet mukimi, bu Anlaşma hükümleri uyarınca diğer Akit Devlette vergilendirilebilen bir gelir elde ettiğinde, ilk bahsedilen Devlet bu mukimin geliri üzerinden ödeyeceği vergiden, diğer Devlette gelir üzerinden ödediği vergiye eşit bir miktarın mahsubuna müsaade edecektir.

Bununla beraber söz konusu mahsup, mahsuptan önce hesaplanan ve diğer Devlette vergilendirilebilen gelire isabet eden gelir vergisi miktarını aşmayacaktır şeklindedir.

N. Yürürlüğe Girme

Model Ç.V.Ö.A.’nın 30. Maddesi uyarınca; antlaşmanın yürürlüğe giriş şekli aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

1. Her bir Akit Devlet, bu Anlaşmanın yürürlüğe girmesi için kendi iç mevzuatında öngörülen işlemlerin tamamlandığını diğer Akit Devlete bildirecektir. Bu Anlaşma, bu bildirimlerden sonuncusunun alındığı tarihte yürürlüğe girecektir.
2. Bu Anlaşmanın hükümleri:
 - a) Kaynakta tevkif edilen vergiler yönünden, bu Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihi izleyen Ocak ayının ilk günü veya daha sonra ödenen veya mahsup edilen miktarlar için; ve
 - b) Diğer vergiler yönünden, bu Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihi izleyen Ocak ayının ilk günü veya daha sonra başlayan vergilendirme yılları için hüküm ifade edecektir.

O. Yürürlükten Kalkma

Model Ç.V.Ö.A.’nın 31. Maddesi uyarınca antlaşmanın yürürlük süresinin bitimi bir Akit Devlet tarafından feshine bağlanmıştır.

Maddenin devamında fesih usulüne ilişkin “Akit Devletlerden biri, Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin bitiminden sonra başlayan herhangi bir takvim yılının sonundan en az altı ay önce diplomatik yollardan yazılı fesih ihbarnamesi vermek suretiyle Anlaşmayı feshedebilir. Bu durumda Anlaşma:

a) Kaynakta tevkif edilen vergiler yönünden, fesih ihbarnamesinin verildiği takvim yılının bitiminden sonra ödenen veya mahsup edilen miktarlar için;

b) Diğer vergiler yönünden, fesih ihbarnamesinin verildiği takvim yılının bitiminden sonra başlayan vergilendirme yılları için hüküm ifade etmeyecektir.” İfadelerine yer verilmesi suretiyle antlaşmaların fesih usulüne ilişkin olarak ortaya çıkabilecek olası sorunlar önlenmiştir.

P. Ç.V.Ö.A.’nın bir akit devletçe uygulanmaması durumunda

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere Ç.V.Ö.A.’lar uluslararası hukuk anlamında ikili uluslararası antlaşma hükmündedir. Uluslararası antlaşmaların yürürlüğü hususu akit devletlerin monist ya da dualist yaklaşımı benimsemesine göre farklılık gösterir. İngiltere ve diğer common law ülkeleri, Norveç ve Danimarka dualist yaklaşımı, yani uluslararası hukuk ile iç hukuk düzeninin birbirinden

ayrı olduğunu kabul etmektedir. Dualist yaklaşımı benimseyen ülkelerde uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için mutlaka iç hukuk kuralı haline getirilmesi gerekmektedir.²² Monist yaklaşımı kabul eden ülkeler (Türkiye’de monist yaklaşımı kabul etmiştir.) hukuk düzeninin tek bir düzen olduğunu ve milletlerarası kuralların da iç hukuk kurallarının da aynı düzenin içinde olduğunu kabul etmiştir. Bu yaklaşıma göre; uluslararası ve iç hukuk kuralları aynı düzende yer alan farklı kurallar olduğundan bir hiyerarşi belirlenmesi gerekliliği hasıl olmuş ve kural olarak uluslararası hukuk kurallarının iç hukuk kurallarından üstün olduğu kabul edilmiştir.²³

Sonuç olarak monist ya da dualist görüşü benimseyen tüm ülkelerde usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin uygulanmaması kural olarak kanunların uygulanmaması ile aynı sonucu doğurmaktadır.

Gelir İdaresinin, 23/07/2012 tarih 769 sayılı özeldesıyla bu konudaki görüşü:

“.....Ayrıca, şirketinizin Azerbaycan’da Anlaşma hükümlerine aykırı bir şekilde vergilendirilmesi durumunda, Azerbaycan’da ödenen verginin iadesi talep edilebilecektir. Bu talebin Azerbaycan vergi idaresi tarafından uygun bulunmaması durumunda ise ihtilaflı konu, şirketinizce Azerbaycan’da dava konusu yapılabileceği gibi, Anlaşmanın “Karşılıklı Anlaşma Usulüne ilişkin 24 üncü maddesi hükümleri çerçevesinde Başkanlığımızca gerekli girişimlerde bulunulabilecektir. Ancak, bu yön-

22) Canaş O. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu Adalet Yayın Evi Ankara 2016 sf. 91.

23) Canaş O. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu Adalet Yayın Evi Ankara 2016 sf. 97.

de bir başvuruda bulunmanız durumunda, başvuru dilekçenizde Azerbaycan'da yapılan veya yapılması istenilen vergilemenin hukuki gerekçeleri ile vergileme talebinde bulunan vergi idaresinin belirtilmesi gerekmektedir.” şeklindedir.

3. Sonuç

Bu çalışmamızda OECD'nin Model Çifte Vergiyi Önleme Anlaşması maddeleri, özellikle Yurt Dışı İnşaat işleri kapsamında incelenmiştir.

Özellikle Yurt Dışında İnşaat yapan müteah-

hitlerimizin Ç.V.Ö.A.'larının lehe hükümlerinden yararlanabilmesi açısından, ilgili Ç.V.Ö.A.'nın (her ne kadar neredeyse tüm antlaşmalar OECD'nin model Ç.V.Ö.A.'sını örnek olarak hazırlansa da niteliği itibarıyla ikili antlaşmalar olduklarından farklılıklar içermektedirler) ve ilgili ülke mevzuatının özellikle emredici hükümlerinin dikkatle incelenmesi elzemdir. İlgili Ç.V.Ö.A. maddelerini yorumlarken gerek Gelir İdaresi Başkanlığı'nın genelgesi gerekse OECD'nin model Ç.V.Ö.A. hakkında yayınladığı madde şerhleri ve açıklamaları değerlendirilmelidir. Bunlara ek olarak somut olayın bağdaştığı ölçüde Gelir İdaresi Başkanlığı'nın özelgelerine de bakılmalıdır.

Types of Letters of Guarantee



Ceren Ak GÜNGÖR

“Letters of credit are the lifeblood of commerce¹” was one of the main takeaways of *RD Harbottle (Mercantile) Ltd v National Westminster Bank Ltd* [1978] and perhaps the most accurate expression to emphasize the importance of letters of credit in international trade. Setting the differences between letters of credit and letters of guarantee aside, it would be equally accurate to use Kerr J’s famous words for letters of guarantee.

Due to lack of specific legislation with regards to the nature of letters of guarantee, the exact legal nature of letters of guarantee has been long debated under Turkish law. Regardless of different views in relation to the nature of letters of guarantee, a letter of guarantee may simply be defined as an instrument under which a bank undertakes to pay to the beneficiary (i.e, creditor) if the applicant (i.e, debtor)

does not fulfil its obligations. This article will not delve deep into the legal debate revolving around the nature of letters of guarantee and confine itself to classifying letters of guarantee and examining -arguably- the most common letters of guarantee in practice.

1. Form of Payment Demand

One way to classify letters of guarantee is to take into account the form of payment request: (i) first demand guarantees and (ii) conditional letters of guarantee.

a. First Demand Guarantees

First demand guarantees are letters of guarantee under which the bank simply commits to cover the amount specified under the letter, in

1) Clive Maximilian Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law, pg 432.

the event the applicant does not fulfil its obligations under the contract.² In other words, if the bank issues a first demand guarantee, it guarantees that it will make the payment without ensuring that beneficiary in fact, is entitled to make a demand under the letter of guarantee,³ and whether the applicant in fact, is in failure of its obligations.

This type of guarantee is therefore, most favorable to the beneficiary, as the beneficiary is not required to make any demands or claims to the applicant and is able to demand payment from the bank directly. From the banks' perspective, the bank will not be required to check whether any requirements for payment are fulfilled, simply because there are no requirements for payment.

This however, does not mean that the beneficiary is not required comply with the rules pertaining to the form of demand. ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 758 (“**URDG 758**”), which is used extensively by the banks all over the world, states under the first sentence of its Article 15/a that “*A demand under the guarantee shall be supported by such other documents as the guarantee specifies, and in any event by a statement, by the beneficiary, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the underlying relationship [emphasis added].*”⁴

As the article suggests, despite the fact that

a letter of guarantee is in the form of a first demand guarantee, the beneficiary will nevertheless be required to at least declare to the bank the basis of the breach of the underlying relationship, i.e. the contract, between the applicant and the beneficiary. If the beneficiary simply demands payment citing “*breach of contract*” instead of informing the bank what the breach is, at least in general terms, such as “*goods have not been delivered*”⁵, the bank may reject the demand for payment (if the guarantee is issued as per URDG 758).

This simple requirement however, is only a small burden for the beneficiary taking into account the advantages of a first demand letter. Perhaps one of the most striking advantages would be the inability of the applicant to have any say in the payment. As far as first demand guarantees are concerned, the rule of thumb is: “*pay first, sue later*”.⁶ In other words, the applicant is not entitled to contest the demand for payment with a view to prevent payment of the guaranteed amount.

b. Conditional Guarantees

Unlike first demand guarantees, conditional guarantees entitle the beneficiary to get paid by the bank unless the beneficiary is able to fulfil the conditions provided for under the guarantee. The very definition of conditional guar-

2) Vahit Doğan, “Banka Teminat Mektupları” (2011) pg 77.

3) Vahit Doğan, “Banka Teminat Mektupları” (2011) pg 78.

4) URDG 758, Article 15 (a).

5) Av. Akın Ekici, Nihayet Durukanoğlu “Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)” pg 234.

6) Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER, C. XVI (1992) pg 62.

antees also constitute the main difference between first demand guarantees and conditional guarantees: When conditional guarantees are concerned, the bank's obligation to make payment under the guarantee does not arise unless and until the conditions specified under the guarantee are duly submitted to the bank, unlike first demand guarantees where the bank's obligation to pay arises when the demand for payment is duly submitted to the bank.

Perhaps one of the most common types of conditional guarantees is the guarantees that require submission of certain documents to the bank. So far as documents are concerned, it is important to consider to what extent the banks are required to review the documents submitted as per a conditional guarantee. The banks will not be required to verify whether the content of the documents are accurate or not, as underlined under Article 6 of the URDG 758: "*Guarantors deal with documents and not with goods, services or performance which the documents may relate*".⁷ Article 7 of the URDG 7 confirms what is suggested by Article 6: it is not possible to include conditions which cannot be documented: "*A guarantee should not contain a condition other than a date or the lapse of a period without specifying a document to indicate compliance with that condition. If the guarantee does not specify any such document and the fulfilment of the condition cannot be determined from the guarantor's own records or from an index specified in the guarantee, then the guarantor will deem such condition as not stated and will dis-*

regard it except for the purpose of determining whether data that may appear in a document specified in and presented under the guarantee do not conflict with data in the guarantee."

Therefore, it is the rule under guarantees issued as per URDG 758 that the guarantee cannot include any conditions other than a certain date or a document to evidence the fulfilment of the conditions.

2. Subject Matter of the Letter

Letters of guarantee may also be classified by their subject matter: (i) Bid Bonds, (ii) Advance Payment Guarantees and (iii) Performance Securities.

a. Bid Bonds

Bid bonds are simply letters of guarantee under which the bank guarantees that the bidder will fulfil certain obligations relating to the tender. Bid bonds are common in private contracts but they are more of a requirement in public procurements made under Turkish Law, simply because the Public Procurement Law numbered 4734 lists submission of a bid bond as a requirement for public procurements.⁸

Whether issued as part of a public procurement or a private contract, it is a distinctive feature for these type of bonds to be of "temporary" nature, as the main rationale is to replace it with a performance security if and

7) URDG 758, Article 6.

8) Public Procurement Law numbered 4734, dated 4/1/2002.

when the bidder is awarded the tender. Therefore, the content of a bid bond substantially refers to the tender and the bank guarantees to make a payment in cases where the bidder fails to submit a performance security despite being awarded the tender. An obvious result of this is that bid bonds cannot be cashed due to breach of contract,⁹ and can only be cashed if the tender-related obligations of the applicant are not fulfilled.

b. Advance Payment Guarantees

Advance payment bonds are letters of guarantee which ensure that an advance payment made to the applicant is paid back to the beneficiary. Advance payment guarantees are extensively used in construction and sales contracts if and to the extent an advance payment is made. In practice, when an advance payment is made to the contractor or the seller, the contractor or the seller would be required to repay the advance to the owner or the buyer in certain percentages, which is usually determined under the contract.

Content will play a key role in determining whether a certain guarantee is an advance payment guarantee or a performance security.¹⁰ This is especially important because an advance payment guarantee only guarantees that the advance payment is returned and does not guarantee the performance of the applicant in the underlying contract. This

understanding has been long adopted by the Turkish Court of Appeals, particularly in their Assembly of Civil Chambers decision in 2000: “*there is no dispute, either in the doctrine nor in Court of Appeals practice, that while performance securities are issued to guarantee performance, advance payment guarantees are issued not to guarantee performance, but to guarantee that the monies paid as a loan will be returned*”.¹¹

It is quite usual for parties to stipulate that the advance payment guarantee will only become valid once the advance payment is made. The obvious result of this is that the payment obligation of the bank does not arise if the advance payment is not made. Another result which is not as obvious is that in practice, the banks may reject demands under an advance payment guarantee if the advance payment made to the applicant by the beneficiary does not quote the reference number of the advance payment so as to allow the bank establish a connection between the advance payment and the advance payment guarantee. Thus, if the validity of the advance payment guarantee is triggered by the payment of the advance payment, the beneficiary – who is also the party who is liable for making the advance payment- must include the reference number of advance payment guarantee in the payment instruction, in order to benefit from the terms of the guarantee.

c. Performance Securities

9) Av. Akin Ekici, Nihayet Durukanoğlu “Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontragarantiler)” (2016) pg 132.

10) Vahit Doğan, “Banka Teminat Mektupları” (2011) 69.

11) Court of Appeals Assembly of Civil Chambers Decision E. 2000/11-121, K. 2000/139, T. 23.2.2000.

Performance securities are guarantees which simply guarantee proper performance. By a performance security, the applicant of the security guarantees to the beneficiary that it will comply with its performance obligations under the contract. In other words, with a performance security, the bank guarantees that unless the applicant does not complete the works in compliance with the underlying contract, the bank will pay the beneficiary for an amount up to the maximum amount stated under the performance security.¹² Performance securities may be in the form of conditional or unconditional, first demand guarantees.

It is common in practice, especially when construction contracts are concerned, that the performance security is expected to be valid until the end of the final acceptance of the whole works. When the stages of a construction contract are concerned, this means that the contractor may be required to maintain the performance security through provisional acceptance until the defects notification/warranty period. This requires contractors to submit two separate bonds: one performance security to cover the risks associated with the performance of the works *per se* and one defects liability bond in order to cover the risks associated with the defects notification/warranty period. It is frequent in practice that instead of submitting another letter of guarantee, the performance security automatically reduces by half and keeps in place until the defects notification/warranty period.

Regardless of the form of the performance security, which type of performance it guarantees is of vital importance. One common approach with regards to the content of the performance security would be to guarantee payment to the beneficiary if the applicant “*fails to fulfil any obligations under the contract, in part or in whole*”. If this is the case, the protection provided to the beneficiary is wider as opposed to other cases where the bank guarantees payment to the beneficiary in failure of certain obligations, such as “*delivery obligations under the contract*” or “*warranty period obligations of the contractor*”. Thus, due regard must be given to the content of the performance security, particularly for cashing the guarantee, in order not to cause any wrongful forfeiture of the performance security.

3. Term of the Letter

One general classification for letters of guarantee would be based on the term that is specified on the guarantee: bank letters can be issued with or without a fixed expiry date, regardless of their nature.

One important point to consider with letters of guarantee bearing an expiry date is that the demand for payment must be made until the expiry date. The banks have an examination period of 5 working days (following day of presentation) under Article 20 of the URDG 758, and they tend to use this period until the very end. If the demand is made on the last day of payment, it will be impossible for the benefi-

12) Av. Akın Ekici, Nihayet Durukanoglu “Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)” pg 132.

ciary to submit another demand for payment if the bank rejects the demand because the first presentation was incomplete – e.g, missing the date or the basis of breach of contract. As such, it is common in practice for beneficiaries who wish to cash a guarantee to send the demand to the bank well in advance of the expiry date in order to have a second chance in sending a corrected demand to the bank.

As for letters of guarantee without expiry dates; these type of letters of guarantee continue to be valid and in effect until the work which is the subject of the letter is completed. Because closing the risks associated with the letter is very difficult, banks usually do not prefer to issue letters of guarantee which are valid for an indefinite period of time.

4. Conclusion

Letters of guarantee can be classified into various groups. The first group is based on which form the demand is made. For first demand guarantees, the risk on the beneficiary is as low as it can be, as the bank guarantees to make a payment if and when the beneficiary so request. As for conditional guarantees, risk is more balanced as the beneficiary will need to duly fulfil the conditions set forth in order that the bank does not reject payment.

Letters of guarantee are also classified in terms of their subject matter. While bid bonds are letters of guarantee that are issued in order to secure the risks associated with the applicant's failure in the its obligations relating to the tender, advance payment bonds are issued in order to secure the risks associated with the applicant's failure to fulfil its obligations with

regards to the repayment of advance payment. Performance securities -hence the name- are issued to cover the general risks associated with the applicant's performance, although they can be limited in terms of content. Regardless of the form of demand required or the subject matter, letters of guarantee may be classified into different groups in terms of their expiry date.

It is beyond doubt that there are many other classifications and forms of letters of guarantee which are not included in this article. Regardless of the different types, form and practice around letters of guarantee, they have one common goal: to secure the risk.

Sources:

- Arkan, S “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, BATİDER, C. XVI (1992) 62
- Court of Appeals Assembly of Civil Chambers Decision E. 2000/11-121, K. 2000/139, T. 23.2.2000
- Doğan, V, “Banka Teminat Mektupları” (2011) pg 69, 77, 78
- Ekici A, Durukanoğlu N “Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)” (2016) pg 132
- ICC Uniform Rules for Demand Guarantees
- Public Procurement Law numbered 4734, dated 4/1/2002
- Schmitthoff, C. Maximilian, “Clive Maximilian Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law” pg 432.

Türk Borçlar Hukuku Çerçevesinde Aynen İfa Talebi ve Cebren İcrası



Mert TEZCAN

I. Genel Olarak

Aynen ifa talebi, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen edimin ifasının alacaklı tarafından zorla sağlanmasına hizmet eden ve sözleşmeler hukuku temelli bir hukuki enstrüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda aynen ifa talebinin ilgili talebe konu edimi ifa yükümlülüğü altında olan borçluyu, edim alacaklısının esas arzusuna; başka bir deyişle edim alacaklısının sözleşmeyi akdederken ulaşmak istediği asıl sonucun gerçekleşmesini sağlamaya yönelik bir niteliği haiz olduğu söylenebilmektedir. Aynen ifa talebi ile alacaklı, borcun ifası mümkün oldukça, ifayı talep ve dava etmek ve dava etmesi ihtimalinde aynı zamanda cebri icra yolu ile edimi elde edebilmek imkanına sahiptir. Bu bağlamda aynen ifa talebinin Türk Borçlar Hukuku'nda sözleşme ile elde edilmek istenen sonuca en çok hizmet eden ve akdedilen sözleşmede yer verilen edime en sıkı sıkıya bağlı hukuki imkan olduğu dile getirilebileceği gibi; bu doğ-

rultuda aynen ifa talebinin, uygulamadaki bilinirliğinin aksine Türk Borçlar Hukuku'nun temelinde yatan hukuki bir kurum olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir. Bu nedenle işbu çalışmamızın amacı, aşağıda açıklayacağımız üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") borçlunun temerrüdü halinde, alacaklılarının seçimlik haklarını düzenleyen 125. maddesi bir kenara bırakılmak üzere, temelde Türk Hukuku'nda direkt olarak kanun ile düzenlenmemiş aynen ifa talebini doktrin görüşleri ile desteklenmiş şekilde tanıtmak olup; bu doğrultuda öncelikle aynen ifa talebinin Kıta Avrupası Hukuku ve dolayısıyla Türk Borçlar Hukuku'ndaki esaslı yerinin gözler önüne serilebilmesi amacıyla aynen ifa kavramı ve bu kavramın ahde vefa prensibi ile olan ilişkisine değinilecek, sonrasında talep edilebilirlik şartları üzerinde durulacak ve bu talebin cebren icrasının ilgili edimin türüne göre hangi esaslar çerçevesinde söz konusu olabileceği hususları aydınlatılmaya çalışılacaktır.

II. Türk Hukuku'nda Aynen İfa Kavramı, Aynen İfa Kurumunun Ahde Vefa Prensibi ile İlişkisi ve Aynen İfanın Borcun İfa Edilmemesine Karşı Birincil Yaptırım Olması

Genel yaklaşımın aksine Aynen ifa kavramının, temelini Türk Hukuku'nda TBK'nın borçlunun temerrüde düşmesi halinin sonuçlarını düzenleyen ve;

“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir”

hükmünü öngören 125. maddesinin ilk fıkrasından aldığı söylemenin hukuk tekniği açısından doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim çalışmamızın ilerleyen bölümünde irdeleneceği üzere aynen ifa talebinin öne sürülebilmesi için borçlunun temerrüt halinde olması değil, borcun muaccel ve ifanın mümkün olması ilke olarak gerekli ve yeterlidir. Diğer yandan, borcun muaccel olmasının direkt olarak temerrüt halinin varlığı anlamına gelmediği de bu tahlil yapılırken öncelikli düşünülmelidir. Öyle ki, borcun muaccel olması borçlu temerrüdünün varlığı için bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu vesileyle esasen temerrüt halinin bir muacceliyet türü olduğunu söylemek mümkünken, muacceliyetin temerrüt anlamına geldiğini düşünmek doğru olmayacaktır. Borcun muaccel olması, borcun ifa zamanının gelmesi anlamını taşır ve muacceliyet anından sonra ifa edilmeyen borç, gecikme halindedir. Bu

doğrultuda borçlu temerrüdünün, olsa olsa borcun ifada nitelikli bir gecikmesi olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılabilecektir.¹

Bu veriler ışığında, özellikle muacceliyet ve borçlu temerrüdüne düşme halinin farklı kavramlar olduğu göz önüne alındığında, aynen ifa talebinin hukuki dayanağını esasen TBK'nın 125. maddesinden almadığı, aynen ifa talebinin öne sürülebilmesi için borçlu temerrüdünün bir şart olarak karşımıza çıkmadığı söylenebilir. Kural olarak aynen ifa talebi, ifası mümkün olan her türlü muaccel edimin ifasını sağlamak için bir hukuki mekanizma olarak kullanılabilir. Üstüne üstlük, açıklayacağımız üzere Kıta Avrupası Hukuku prensipleri uyarınca aynen ifa talebi, edimin ifasının sağlanması için alacaklının başvurulabileceği öncelikli, hatta bazı görüşlere göre bir kısım istisnalar hariç olmak üzere yegâne yoldur. Bu durum aynen ifanın ahde vefa prensibi ile olan sıkı ilişkisini daha iyi açıklamakta olduğu gibi, bu ilişki aynen ifanın borçlu temerrüdünün sonuçlarından çok daha bağımsız, borçlar hukuku öğretisinin çok daha temelinde yattığı düşüncesiyle de örtüşmektedir.

Aynen ifa talebi ile ahde vefa prensibi arasındaki sıkı ilişki bakımından değerlendirme yapmak gerekirse; kural olarak sözleşme hukukunda temel koşul, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kararlaştırılan şekilde ve zamanda yerine getirmek zorunda olmalarıdır ve bu kurala “ahde vefa” (söze bağlılık) ilkesi denilmektedir.² Hukuki genetiği Roma Hukuku'ndan bu yana süregelen ahde vefa ilkesine göre, sözleşmenin tarafları, yaptık-

1) M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz / Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - I, İstanbul 2011, syf. 394.

2) HGK., E. 2015/13-806 K. 2015/2469 T. 06.11.2015.

ları sözleşmeyle bağlidırlar ve sözleşme kapsamında yükümlendikleri edimin ifası ile yükümlüdürler. Bu bağlamda hukuk sistemlerinde ahde vefa ilkesine verilen anlam, aynen ifa talebine öncelikli bir önem atfedilip atfedilmemesi bakımında temel bir ölçüt niteliğindedir.

Ahde vefa ilkesinin anlamı ve kapsamı, günümüzün karmaşık ilişkilerine bakıldığında ve hukuk ve ekonomi perspektifinden değerlendirildiğinde farklı bir görünüm arz edebilir.³ Bu ilkenin temel amacı olarak sözleşme adaleti gösterilmektedir. Ancak bu adaletin nasıl sağlanması gerektiği, örneğin aynen ifa ile mi yoksa tazminat ile mi daha uygun bir tatmin sağlanacağı hususuna hukuk sistemleri farklı yaklaşmaktadır.⁴ Nitekim Anglosakson Hukuku sisteminde, ahde vefa ilkesine Kıta Avrupası hukuk sistemine kıyasla daha az önem verildiği söylenebilir. Bu vesileyle bu sistemde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, bu sebeple uğranılan zararın tazmini talebinin Kıta Avrupa Hukuku'ndakinden çok daha farklı olarak aynen ifa talebinin önünde bir yaptırım olarak yer aldığı bilinmektedir.

Kıta Avrupası ve bunun bir parçası olan Türk hukuk sisteminde ahde vefa ilkesi sözleşmeler hukukunun temelinde yatan, TBK'nın ruhunda yer alan ve yazılı olmayan bir ilkedir. Bu ilke söz konusu ettiğimiz şekilde temel ilke olduğundan, sözleşmenin ihlalinde birincil yaptırım olarak, ahde vefayı sağlayabilecek yaptırım olan aynen ifa talebi gündeme gelmesi son derece doğaldır.

Aynen ifanın birincil yaptırım olması ise esa-

sen alacaklının ifa mümkün olduğu sürece bu yola başvurusu, bunun yerine tazminat isteme hakkına kural olarak sahip olmaması noktasında anlam kazanmaktadır. Bu kuralın en önemli istisnası, alacaklıya kanun ile aynen ifa yerine başka bir hak tanınması hali olup, bunun en bilindik örneği de yukarıda bahsedilen TBK'nın borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya aynen ifadan vazgeçerek tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarını tanıyan 125. maddesidir. Borcun ifasının mümkün olması halinde aynen ifanın seçenek yaptırım yerine yegane yaptırım olması durumu, alacaklının alacağına kavuşması anlamında elindeki kozları repertuarını daraltmakla sözleşmeler hukuku bağlamında bir sorun teşkil edebilecekken, bu maddenin varlığının bu sorunu bertaraf ettiği rahatlıkla söylenebilecektir. Zira her ne kadar yukarıda belirttiğimiz üzere; temerrüt ile muacceliyet farklı kavramlar olduğundan ve aynen ifanın ön şartı temerrüt değil, muacceliyet olduğundan; aynen ifa talebi direkt olarak TBK'nın 125. maddesinden doğmasa da, pratikte borcun muaccel olması yüksek ihtimalle borçlu temerrüdü halini de beraberinde getirmektedir ve bu sayede işbu 125. madde devreye girmesi sağlanarak alacaklının alternatifleri aynen ifa talebi baki kalmak kaydıyla genişlemektedir.

III. Aynen İfa Talebinde Bulunabilmenin Şartları

Türk Hukuku'nda aynen ifa talebi kural olarak her türlü borcun ifası için öne sürülebilir; muaccel ve yerine getirilme imkânı olan

3) **Baysal**, Başak / Sözleşmenin Uyarlanması / İstanbul 2009/ syf. 10.

4) **Süzel**, Ece / Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu / İstanbul 2016 / syf. 31.

her türlü edimin ifa davasının konusunu teşkil etmesi mümkündür. Dolayısıyla aynen ifa davasının açılabilmesi öncelikle alacağın muaccel olmasına ve edimin imkânsız hâle gelmemiş olmasına bağlanmıştır. Borçlunun kusurunun varlığına ya da temerrüde düşmüş olmasına aynen ifa talebinin öne sürülebilme şartları arasında yer verilmemiştir.⁵ Her ne kadar TBK'nın 125. maddesi lafzından borçlunun temerrüt halinde olması aynen ifa talebinin bir şartıymış gibi anlaşılabilir, aynen ifa talebinin esasen dayanağının TBK'nın 125. maddesinden almadığı ve yukarıda bahsettiğimiz üzere işbu talebin borçlar hukuku prensiplerinin doğal bir refleksi olarak kendini gösterdiği hususları birlikte düşünüldüğünde, temerrüdün bir şart olmayışı ve bunun nedeni daha iyi anlaşılacaktır. Nitekim aynen ifa talebinin Kıta Avrupası Hukuku'ndaki yerine ilişkin izahatlerimizle de paralel olarak belirtmek gerekir ki aynen ifa talebi, sözleşmenin kurucu unsuru olan alacaklının iki taraflı ilişkideki arzusunun *sözleşme yapma iradesi seviyesinde* bir yansımasıdır. Bu durum aynen ifa talebine mevzubahis 'birincil mekanizma' özelliğini kazandırdığı gibi, aynen ifa talebinin sıkı şartlardan arı oluşunu ve öne sürülebilmesinin *yalnızca* çok temel iki şarta, (i) borcun muaccel olması ve (ii) ifasının mümkün olması şartlarına bağlı olmasını daha da iyi açıklamaktadır. Sonuç olarak; ifa alacaklısı, karşı tarafın sözleşme ile yükümlendiği verme, yapma ya da yapmama borcuna kavuşabilmek adına aynen ifa davası açarak o davaya konu borcun muaccel olduğunu ispatlamak ve borcun ifa edilebilirliğinin imkânsız hale

gelmemiş olması şartıyla borçluyu edimin ifasına zorlayabilecektir. Bu davada aynı zamanda borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusuru olup olmadığı hususu da araştırılmayacaktır.

IV. Farklı Edim Türlerine Göre Aynen İfa Talebinin Cebren İcrası

Borçluyu, borçlandığı edimi yerine getirmeye mahkum eden ifa hükmü, ilke olarak edimin yerine getirilmesi, alacaklının alacağını elde etmesi sonucunu doğurmaz. Borçlu, ifa hükmüne rağmen borcunu kendi arzusuyla yerine getirmediği takdirde, alacaklıya yetkili organlardan ifa hükmünün icrasını talep etme, kararı icraya koyma hakkının tanınması gerekir.⁶ İşte aynen ifa talebinin cebren icrası prosedürü bu noktada devreye girmekte olup, aynen ifa yaptırımından pratikte sonuç alınabilmesi, çoğunlukla cebren icra prosedürünün sağlıklı şekilde yürütülebilmesine bağlıdır.

Özellikle para borcunu ihtiva etmeyen borçların icrası söz konusu olduğunda, uygulamada duraksamaların yaşandığı bilinmektedir. Bu durumun temel sebebinin cebren icrası söz konusu olan borçların neredeyse tamamının para borcu olmasından kaynaklı olduğu ve para borcu dışındaki borçların Devlet kanalıyla icrasının nadiren gündeme gelmesi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Durumu somutlaştırabilmek açısından, farklı edimler bağlamında cebri icranın uygulamada nasıl gündeme geleceğini irdelemek gerekmektedir:

5) Eren, s.987; Oğuzman / Öz, c.1, s.438, Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Ankara, 2011, s.295- 296; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar, s.920.

6) Fikret Eren / Borçlar Hukuku Genel Hükümler/ Ankara 2012 / syf. 1030.

i. Verme borçlarından para borçlarının ifasını sağlamak adına yapılan cebren icranın nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir muğlak durum söz konusu değildir. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun ("İİK") ilamlı ve ilamsız takibe ilişkin hükümleri çerçevesinde, o alacağın ilama dayalı olup olmamasına göre para alacağının icrasını sağlayabilir; bu doğrultuda borçlunun mallarını haczedebilir ve bu sayede para alacağının teminini sağlayabilir. Bu durum aynı zamanda para alacağının imkansız hale gelmesinin söz konusu olamayacağını da farklı bir pencereden ortaya koymaktadır.

ii. Bir verme borcu olarak, *menkul bir malın* cebri icra yoluyla teminini sağlanması şüphesiz ki İİK'nın 24. maddesi kapsamında gerçekleştirilecektir. İlgili maddenin birinci fıkrası:

"...Bir taşınırın teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde o şeyin teslimini emreder..."

hükümünü öngörmekte olup, bir taşınırın teslimine ilişkin olarak açılacak aynen ifa davasında, o taşınırın alacaklıya verilmesi konulu mahkeme ilamı, icra müdürlüğü kanalıyla ilamlı icraya konu edilerek aynen ifa talebine konu borçlunun zilyetliğindeki taşınırın alacaklıya teslimi sağlanabilecektir. Bu noktada özellikli olan husus, söz konusu taşınırın borçlunun yedinde olmaması halinde, ifa imkansızlığı ile karşılaşılacak olmasıdır. Ancak İİK'nın 24. maddesi-

nin takip eden fıkralarında bu konu da çözüme kavuşmaktadır:

"...Yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur.

Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur. Hükmolunan taşınırın değeri, borsa veya ticaret odalarından, olmayan yerlerde icra memuru tarafından seçilecek bilirkişiden sorulup alınacak cevaba göre tayin edilir..."

Görüleceği üzere bu anlamda Türk Borçlar Hukuku ile İİK arasında dayanışma benzeri bir ilişki olduğu söylenebilir. Nitekim kanun koyucu İİK'da aynen ifanın mümkün olmaması halini öngörerek Türk Borçlar Hukuku ilkeleleri ile de çelişmeyecek şekilde bir çözüm üretmiştir. Öyle ki, para borcu dışındaki verme borçlarında aynen ifanın mümkün olmaması halinde aynen ifaya yönelik mahkeme kararında aynen ifasına karar verilen menkulün ilamda yazılı değeri esas alınarak söz konusu miktarın hükmen tahsili yoluyla vuku bulan ifa imkansızlığı karşılanabilecektir. Belirtmek gerekir ki bu durum esasen ifa imkansızlığı yüzünden alacaklının zararının tazmini anlamını taşıyacaktır.⁷ Diğer yandan menkulün değerinin ilamda yazılmaması halinde, ilamlı takibi yapan icra müdürlüğünün

7) M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz / Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - I, İstanbul 2011, syf. 442.

değer hususunda takdir yetkisi mevcut olduğunu belirtmek gerekir. İcra müdürlüğü bu takdir yetkisini hükümde belirtildiği şekilde borsa ve ticaret odaları veya bilirkişilerce yapılan hesap vasıtasıyla kullanacaktır. Uygulamada birçok durumda dava ile aynen ifası talep edilen menkulün davada söz konusu olacak harca esas değerinin belirlenmesi yoluna gidilmektedir; zira ancak bu şekilde suretle tahsili kanunen zorunlu yargılama harçları ve vekalet ücretinin miktarı belirlenebilmektedir. Bu doğrultuda menkulün değerine nihai kararda yer verilmesi sağlandığında, ifa imkansızlığı nedeniyle tazminata konu olacak miktarın tayini madde hükmünde icra müdürlüğü için belirtilen prosedüre hacet kalmaksızın gerçekleştirilebilecektir.

iii. *Gayrimenkulü devir borcu da verme borcunun* bir türü olarak karşımıza çıkmakta olup, bu borcun bir taahhüde veya sözleşmeye dayanması halinde aynen ifası dava edilebilecektir. Ancak aynı borcun mahkeme ilamına dayanması halinde, bu borcun aynen ifasının söz konusu olmayacağı konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur.⁸ Mülkiyetin varlığı hususunda tescilin

kurucu unsur niteliğinde mi yoksa bir karine niteliğinde mi olduğuna yönelik tartışmalar bir kenara olmakla birlikte, mahkemenin vereceği hüküm sonucunda tapu sicili talep eden lehine değişeceğinden ayrıca bir aynen ifa talebine ve/veya cebri icra prosedürüne gerek olmaz. İlgili gayrimenkulün hak sahibi olmayan bir kişinin zilyetliğinde olması ve talep edenin zilyetliğine geçirilmesinin amaçlanması farklı bir hukuki kuruma tabi olup, hayata geçirilmesi aynen ifa şeklinde gündeme gelmeyecektir. Bu amaca hizmet eden talebin olsa olsa müdahalenin men'i şeklinde ortaya çıkabileceğini dile getirmek gereklidir.

iv. *Yapma borçları* bakımından aynen ifa talebi öne sürülebilmesinin önünde pek tabi bir engel bulunmamakla birlikte, yapma borçlarının cebren icrasının mümkün olup olmadığı hususunda tartışmalar söz konusudur.

Belirtmek gerekir ki, aynen ifa hususunda TBK ile İİK arasındaki işbirliği, yapma borçları bakımından da varlığını sürdürmektedir. Nitekim İİK'nın 30. maddesi yapmama borcuna ilişkin ilamların icrasını düzenlemesinin yanında, bunun bir cebren icra anlamına getirilmeyeceğini düşünen görüşler de

8) Eren, s.989; Oğuzman / Öz, c.1, s.442; Serozan, İfa Engelleri, s.219. Öte yandan, taşınmaz rehni açısından TMK m.716 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda bir görüşe göre, taşınmaz maliki rehlin kurulması için tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, TMK m.716 kıyasen uygulanacak, mahkeme rehinli alacaklı lehine taşınmaz rehlinin kurulmasına karar verecektir. Buna göre, hüküm yenilik doğuran bir hükmüdür ve rehinli alacaklı, tescilden önce taşınmaz rehinini kazanır. Tescil açıklayıcıdır. Buna karşıt bir görüşe göre ise, kamuya açıklık ilkesi gereği taşınmaz üzerindeki aynı hakların kazanılması tescile tabidir. Bu görüşe göre, mahkeme hükmü bir eda hükmüdür ve malik tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edilir. Taşınmaz rehni tescil ile kurulur. (Bu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s.730.

var olmakla birlikte⁹, yapma borçlarının cebren icrasını düzenlemektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere icra müdürü borçluya yapma borcuna ilişkin ilamda gösterilen işi belli bir süre içerisinde yapmasını bir icra emri göndermek suretiyle ihtar eder. Bu süre içerisinde borçlu yapma borcunu ifa etmezse, alacaklının muvafakati ve işin 3. bir kişi tarafından yapılabilecek nitelikte olması halinde, gerekli masraf miktarı bilirkişiye tayin ettirilir ve masrafı borçluya ait olmak üzere yapma edimi 3. kişi tarafından ifa edilerek edimin ifası sağlanmış olur. Kanımızca bu şekilde sağlanan ifanın 'aynen ifa' olarak değerlendirilmesinin önünde bir beis bulunmamaktadır. Nitekim edimin aynen ifa edilmesi hususu, icra edilen eylem ve borcun niteliği ile ilgili olup, ifa eden kişiden bağımsız bir özellik teşkil etmektedir. Başka bir deyişle; eğer edimin bir 3. kişi tarafından ifa edilmesinin mümkün olmaması hali söz konusu değilse, aynı edimin icra müdürlüğü zoruyla aynı şartlarla kanuna ve sözleşmeye uygun şekilde bir 3. kişiye ifa ettirilmesi hali de edimin aynen ifası olarak değerlendirilmelidir.

- v. *Yapmama borçları* bakımından da aynen ifa talebi söz konusu olabilecektir. Taraflarca akdedilen bir gizlilik sözleşmesinde, gizli bilgiyi alan tarafın bu bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü

'yapmama' edimine örnek olarak gösterilebileceği gibi, işçinin işvereni ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalaması sonucu yükümlendiği 'rekabet etmeme' edimi de aynı doğrultuda başka bir örnek olarak değerlendirilebilir. İİK'nın 30. maddesinde yapmama borcuna ilişkin olarak, ilama konu eylemin borçlu tarafından gerçekleştirilmemesinin icra müdürlüğü tarafından kendisine icra emri gönderilmek suretiyle ihtar edileceğine ve icra emrine aykırılığın tazyik hapsi sonucu doğuracağına hükmedilmesinin yanında, bu durumun bir edimin aynen ifası ve bu doğrultuda cebren icrası olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olmadığı görüşündeyiz. Bu hüküm ile borçlunun yapmama borcuna aykırı davranmaması teşvik edilmeye çalışılmış olup, bu halde bir cebri icra değil, tazyikin (baskının) söz konusu olduğu söylenebilecektir.¹⁰

V. Sonuç

Aynen ifa talebi, Türk Borçlar Hukuku'nda içtihatlar ve doktrin görüşleri ile beslenmiş bir hukuki kurum olup, temerrütten ari olan ve ön şartı *muaccel bir borcun varlığı* olan aynen ifa talebinin hukuki dayanağı mevzuatta yer almamaktadır. Diğer yandan borcun muaccel hale gelmesi çokça sefer borçlunun temerrüt hali içinde bulunması şeklinde ortaya çıktığından, aynen ifa talebi TBK'nın 125.

9) M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz / Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - I, İstanbul 2011 syf. 443 "...Yapma borçları için kanımızca cebri icra imkanı yoktur. Her ne kadar İcra ve İflas Kanunu'nun 343. Maddesi yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması hakkındaki ilam hükmüne makul mazerete dayanmaksızın uymayan borçlunun üç aya kadar hafif hapisle tazyik edilmesi imkanını öngörmüş ise de, bu, borcun cebren icrası demek değildir..."

10) M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz / Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - I, İstanbul 2011. 446.

maddesi bağlamında tazminat talep etme ve sözleşmeden dönme seçicilik haklarıyla beraber alternatifli bir hukuki yaptırım olarak ortaya çıkmaktadır. Unutulmamalıdır ki aynen ifa talebinin, ifanın mümkün olması halinde borcun ifası için yegane seçenek olarak öngörülmesi durumunun istisnalarından birinin TBK'nın 125. maddesi olması sonucunda aynen ifa talebi seçenekli bir yaptırım haline gelmiştir. Her ne kadar aynen ifa talebi, ahde vefa prensibi ile olan sıkı ilişkisi düşünülürken borçlar hukukunun temelinde yatsa da, bu sıkı ilişki sebebiyle aynen ifa talebinin borcun ifa edilmemesi halinin yegane yaptırımı olarak öngörülmesi pratikte alacaklının hakkına kavuşmasının önünü tıkama imkanına sahiptir. Aynen ifa lafzına TBK'nın 125. maddesi çerçevesinde de yer verilmesi karşılıklı edim yükleyen sözleşmelerde edim alacaklısını rahatlatmıştır. Aynen ifa talebinin borçlar hukukunun temel direklerinden olmasının olumlu sonucu ise, talep edilebilirliğinin sıkı şartlara tabi olmayışı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki borcun muaccel ve mümkün olması halinde aynen ifanın talep edilmesinin önünde herhangi bir engel söz konusu olmayacaktır.

İlgili edimin türüne göre değişmekle birlikte aynen ifa talebi ve / veya davası ile elde edilecek sonuç, çoğu zaman aynen ifanın cebren icrası prosedürüne bağlıdır. Bu anlamda Türk Borçlar Hukuku ile Türk İcra Hukuku mevzuatı arasında kabul edilebilir ölçüde bir korelasyon söz konusu olup, İİK'da yapmama borcu dahil tüm edim türlerinin aynen ifası sonucunun doğabilmesi adına yöntemler ön-

görölmüştür. Beklenildiği ölçüde gündeme gelmese de, uygulayıcılar tarafından aynen ifa ve takiben cebren icra prosedürüne başvurulması halinde, mevzubahis imkanlar kullanılarak alacaklının haklarına kavuşmasına hizmet edilebilmesi mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Baysal, Başak:** Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.
- Oğuzman, M.Kemal / Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I, İstanbul, 2011.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.
- Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku - Genel Bölüm - Cilt 3 - İfa Engelleri, İstanbul, 2009.
- Süzel, Ece:** Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu, İstanbul, 2016.
- Tekinay, S.Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:** Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993.
- Diğer:**
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2015/13-806 Esas 2015/2469 Karar ve 06.11.2015 Tarihli Karar

İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Udrp Sistemi ve Başvuru Şartı Olarak Kötü Niyet Unsurunun İncelenmesi



Esra DÜNDAR

1) Giriş

İnternet üzerinde her bir bilgisayar sadece kendisine özgü bir sayı dizisinden oluşan Internet Protocol (“IP”) adresleri ile tanımlanmaktadır. İnternet kullanıcıları ulaşmak istedikleri internet sitesine, alan adları sistemi sayesinde, öğrenilmesi ve hatırlanması oldukça güç olan bir sayı dizisinden oluşan IP adresleri yerine ilgili sitenin ismi ile veya benzer arama sözcükleri ile kolayca erişebilmektedir.¹ Zira alan adı, internet üzerindeki eşsiz sayı dizisi olan IP adreslerinin sayısal bir veri yerine eşsiz ve tanınan bir harf dizisinden oluşan ve hatırdaki kalıcı karşılığıdır. Bu sayede internet üzerinde IP numarası yerine herhangi bir internet sitesine alan adı ile kolayca erişim sağlanır.

Alan adlarının eşsiz olma özelliği gereği bir

alan adı yalnızca tek bir bilgisayara karşılık gelmekte ve bu nedenle başka bir kişi tarafından kullanılamamaktadır. Bununla birlikte, herhangi bir alan adı çoğunlukla ilk başvuru yapan kişi tarafından başka bir şart aranmaksızın rahatlıkla alınabilmektedir. Böylece herhangi bir kişi kendi markası veya ismi ile bir alan adı tescil ettirebileceği gibi başka bir marka ve kişi ismi ile aynı veya bunlara oldukça benzer isimler ile alan adı tescil ettirebilmektedir. Bu durum ise alan adı sahipleri ve ilgili alan adı üzerinde hak sahipliği iddiası olan kişiler arasında uyuşmazlıklara neden olabilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan alan adı uyuşmazlıkları ve çözüm yolları, alan adlarının hukuk düzeninde marka, ticaret unvanı ve coğrafi işaret benzeri bir nitelik kazanması ve alan adlarının giderek artan ticari değeri ile birlikte oldukça önem kazanmıştır.²

1) Soysal, Tamer; “İnternet Alan Adlarının Korunması”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yüksek Lisansı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2004. s.28.

2) Dal, Seniha. “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler.” Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, cilt 28, sayı I 2010, sf. 479-497., ikf.marmara.edu.tr/akademik/iib-dergisi/2010-yili-sayi-i/. s. 483-484.

İnternet alan adına ilişkin uyuşmazlıklar yerel mahkemelerde görülebileceği gibi alan adlarının tahsisi, ilgili düzenlemelerin yapılması, politikalarının belirlenmesi ve uyuşmazlık çözümleri alanlarında faaliyet gösteren uluslararası bir kurum olan Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (“ICANN”) tarafından alan adlarına özel olarak geliştirilen tahkim ile de çözüme kavuşturulabilmektedir. Günümüzde aşağıda açıklanacak olan birinci derece alan adları olan g-TLD, new g-TLD ve bazı cc-TLD’ler yönünden uygulanan söz konusu tahkim mekanizması, 1999 yılında *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (Alan Adı Uyuşmazlıklarının Yeknesak Çözüm Politikası) (“UDRP”) kuralları ile ortaya çıkmıştır.³ Böylece ICANN akreditasyonuna sahip kayıt kuruluşları nezdinde kayıtlı alan adlarına ilişkin üçüncü kişiler tarafından alan adı sahibine karşı başvurulabilecek geleneksel yargılama süreçlerine alternatif olarak görece hızlı ve etkili bir çözüm imkanı sunulmaktadır. ICANN, UDRP’ye ilişkin kuralları belirlemekle beraber alan adları tahkimini yürütmekle yetkili kuruluşları da belirlemektedir.⁴

Aşağıda, UDRP sistemi uyarınca tahkim başvuru şartlarından özellikle kötü niyet şartına ilişkin incelemelere ve onaylı tahkim mercilerinden biri olan *World Intellectual Property Organization*’ın (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) (“WIPO”) yürüttüğü alan adı tahkim usulüne yer verilecektir.

2) Alan Adı ve Alan Adı Değişikliği, Terkini veya Devrinin Gerçekleştirilmesi

Alan adları birinci derece ve ikinci derece alan adı olmak üzere ve birinci derece alan adları ise başlıca gTLD (Jenerik Birinci Derece Alan Adı) ve ccTLD (Ülke Kodu Birinci Derece alan Adı) olmak üzere ikiye ayrılır. Örnek olarak, <http://www.yazicihukukburosusu.com/> adresinde, “yazicihukukburosusu” ikinci derece alan adı, “.com” ise jenerik birinci derece alan adıdır. gTLD’lerin başlıcaları “.com, .edu, .gov, .int, .mil, .net, .org” adlarıdır. Son yıllarda alan adlarına olan ihtiyacın artması ile ICANN tarafından “new gTLD”ler düzenlenmiştir. gTLD ve new gTLD alan adlarının kaydı ICANN akreditasyonuna sahip kayıt kuruluşları aracılığı ile gerçekleştirilmektedir.⁵

Birinci derece alan adlarından gTLD, new gTLD ve bazı cc-TLD’ler kapsamındaki herhangi bir alan adının terkini, değişikliği veya devri ICANN tarafından belirlenen kurallar uyarınca sağlanmaktadır. Bu kapsamda alan adı sahibinin isteği veya bir uyuşmazlık neticesinde alan adları değiştirilebilir, devredilebilir veya terkin edilebilir. Fakat, ICANN bir alan adının terkin, devir veya değişikliğini yalnızca aşağıda sayılan üç durumda gerçekleştirilmesini kabul etmektedir;

- Alan adı sahibi veya alan adı sahibinin yetki verdiği kişi tarafından bu yönde bir talepte bulunulması,

3) De Werra, Jacques. “Alternative Dispute Resolution Mechanisms for Solving Trademark Disputes (Mediation, UDRP, Arbitration)” *The Law and Practice of Trademark Transactions : a Global and Local Outlook*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Ltd, 2016. s. 293-32.

4) Onaylı tahkim mercileri için bakınız: <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>

5) Kayıt kuruluşlarının listesi için bakınız: <https://www.icann.org/registrar-reports/accredited-list.html>

- Yetkili bir mahkeme veya tahkim kararı bulunması, veya
- UDRP tahkim kararı bulunması.⁶

Görüleceği üzere, ICANN tarafından yalnızca UDRP kararları değil yetkili bir mahkeme veya UDRP harici bir tahkim kurulu kararı da uygulanabilecek ise de UDRP'nin sonuçlanma süresi ve tahkim kurumlarının uzmanlık ve birikimleri göz önünde bulundurulduğunda alan adı uyuşmazlıklarında UDRP'nin tercih edilmesi faydalı olabilecektir.⁷

3. WIPO Nezdinde UDRP Sistemi

UDRP uyarınca alan adı tahkimi yalnızca UDRP başvuru şartlarını sağlayan durumlarda, alan adı üzerinde hak iddia eden veya alan adı ile hak ihlaline uğrayan üçüncü kişiler tarafından alan adı sahibine karşı başvurulabilecek bir yöntemdir ve UDRP yalnızca terkin veya devir yönünde karar verebilir.⁸ UDRP kuralları, her kayıt kuruluşu tarafından ICANN nezdinde onaylanabilmeleri için ve aynı zamanda kayıt kuruluşlarının hizmet sağladıkları tüm alan adı sahiplerince de alan adı kaydı sırasında kabul edilmektedir. Bu nedenle, tüm kayıt kuruluşları ile alan adı sahipleri bu kurallar ile bağlı olmakta ve kendilerine yönelik bir tahkim süreci başlatılması halinde de bu tahkime katılmakla ve kurallara uymakla yükümlü olmaktadır.⁹

ICANN tarafından belirlenen onaylı tahkim mercileri ICANN'den aldıkları yetki ile alan adı tahkimini, ICANN tarafından kabul edilen Rules for *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (Alan Adı Uyuşmazlıklarının Yeknesak Çözüm Politikaları için Usul Kuralları) ("RUDRP")'ye uygun olarak yürütür. Onaylı tahkim mercileri ICANN'ın belirlediği kurallarla bağlı olmakla birlikte bu kurallarla çelişmemesi kaydıyla tahkim usulü ve sürecine ilişkin kendi ek kurallarını oluştururlar.

a. Başvuru Şartları

RUDRP'de belirtildiği üzere aşağıdaki şartların gerçekleşmesi şartı ile UDRP tahkimine başvurulabilecektir;

- İnternet alan adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olması (4.a.i),
- İnternet alan adı sahibinin alan adı üzerinde herhangi bir hakkının veya haklı menfaatinin olmaması (4.a.ii),
- İnternet alan adının kötü niyetli olarak tescil edilmesi ve kullanılması (4.a.iii).

Yukarıda sayılan şartlar yönünden ispat külfeti başvuranın üzerinde olup başvuran lehine karar verilebilmesi için sayılan üç şartın bir-

6) "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy." Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy - ICANN, www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en.

7) Soysal. İnternet Alan Adlarının Korunması. s. 97-98.

8) De Werra. sf. 298.

9) De Werra. s. 297.

likte gerçekleşmesi gerekmektedir. Şartlardan birinin dahi oluşmaması halinde başvuran lehine karar verilerek terkin veya devir gerçekleştirilemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, UDRP kapsamında uyuşmazlık çözümüne başvurulabilmesi için alan adının tescilli bir marka olması ispat kolaylığı sağlamakla beraber tahkime gidilen alan adının başvuru şartlarından yukarıda belirtilen 4.a.i bendinde belirtilen şartı sağlaması için tescilli bir marka olması şartı aranmamaktadır.¹⁰ Bununla paralel olarak, 4.a.i ve 4.a.ii şartları bakımından markanın tescilinin, alan adı tescilinden önce veya sonra yapılmış olması da bu duruma bir engel teşkil etmemektedir.¹¹ Fakat bu gibi durumlar kötü niyetin varlığının ispatı yönünden ek bir zorluk teşkil etmekte ve muhtelif kararlarda ilk iki şartın sağlandığı kabul edilse de kötü niyet şartının ispatlanamadığı gerekçesiyle red kararı verilebilmektedir.

i. Alan Adının Kötü Niyetle Tescil ve Kullanımı Hakkında

UDRP kurallarının 4.b. maddesinde, 4.a.iii bendine yönelik kötü niyete ilişkin olarak aşağıdaki örneklere yer verilmiştir;

- i) İnternet alan adının; davacıya, ticari marka veya hizmet markası sahibine

veya davacının rekabette bulunduğu kimseye, alan adının belgelenmiş tescil masraflarını aşan önemli miktardaki bir meblağ karşılığında esasen satma, kiralama veya sair şekilde devretme amacıyla tescil veya elde edilmiş olması; veya

- ii) Alan adı başvurusunun, ticari marka veya hizmet markası sahibinin markasını alan adında kullanmasını engellemek amacıyla yapılmış ve bunu yaparken ticari gaye ile hareket edilmiş olması; veya
- iii) Alan adı başvurusunun esasen ticari rakiplerin işlerine zarar vermek amacıyla yapılması; veya
- iv) Alan adını kullanarak, ticari kazanç temin etmek gayesiyle, davalının markası ile kaynak, sponsorluk, ilişki veya web sitesinde ürün veya hizmetin tavsiyesi noktalarında karışıklık meydana getirmek suretiyle, internet kullanıcılarını kendi web sitesine veya başka bir siteye, kasten çekmek

UDRP 4.b maddesinde, yukarıda sunulan örneklerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir.¹² Bu nedenle, başvuran tarafından ispatı halinde farklı durumların da kötü niyetli tescil ve kullanım olarak kabul edilmesi mümkündür.

10) Soysal, Tamer. "İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım – 2*." Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 22, 2007/1, s. 439–463.

11) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Stoneygate 48 Limited and Wayne Mark Rooney v. Huw Marshall. no. D2006-0916 6 Oct. 2016. www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2006/d2006-0916.html

12) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Home Interiors & Gifts, Inc. v. Home Interiors. no. D2000-0010, 7 Mar. 2000. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0010.html>

ii. WIPO Kararları Ekseninde Alan Adının Kötü Niyetle Tescil ve Kullanımı Şartı

Tescil ve Kullanımının Her İkisinin de Kötü Niyetle Yapılması; 4.a.iii bendi uyarınca alan adının kötü niyetle tescil edilip aynı zamanda kötü niyetle kullanılıyor olması gerekmektedir. WIPO örnek çoğu kararında, kötü niyetli kullanım yönünde emare olmasına rağmen tescilin kötü niyetli yapılmış olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir.¹³ Buna karşılık alan adının kötü niyetle tescilinin kabulü halinde alan adının aktif kullanımı aranmamakta ve pasif alan adlarının 4.a.iii şartını sağladığı kabul edilmektedir.¹⁴ Bazı durumlarda ise başlangıçta kötü niyetle tescil edilmemiş olsa dahi kötü niyetle kullanımın geriye dönük olarak kötü niyetle tescili de doğurabileceği kabul edilmektedir.¹⁵ Söz konusu kabul, alan adı tescili sırasında alan adı sahiplerinin kabul etmekle yükümlü oldukları UDRP kurlarında yer alan beyan ve taahhütlerin ihlali ve aynı zamanda yukarıda yer alan 4.b.iv

maddesine dayandırılmaktadır.¹⁶ Fakat aksi yönde, iyi niyetle yapılmış bir tescilin zaman içerisinde farklı olaylarla kötü niyetle yapılmış bir tescil gibi kabul edilemeyeceğini savunan bir çok karar olduğu ve tahkim kurullarının UDRP kapsamını genişletmemek amacıyla bu kabulden kaçındıkları göz önünde bulundurulduğunda bu hususta somut olaya göre değerlendirme yaparak farklı sonuçlara varılabileceği söylenebilir.¹⁷

- **Alan Adı Kaydının Yenilenmesi Durumunda (Renewal):** Alan adı kaydının yenilenmesi, yeni bir tescil olarak kabul edilmemekte ve alan adı kaydının yenilenmesi halinde yenileme sırasında kötü niyetli olunması ve kötü niyetle kullanılmaya devam edilmesi WIPO kararlarında kötü niyetle tescil ve kullanım şartının sağlandığının kabulü için yeterli olmamaktadır.¹⁸ Fakat aksi yönde, yenileme tarihinden önce kötü niyetle kullanıma başlanılmış olması ve

13) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Digital Vision, Ltd. v. Advanced Chemill Systems. no. D2001-0827, 23 Sept. 2001. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0827.html>

14) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. MADRID 2012, S.A. v. Scott Martin-MadridMan Websites. no. D2003-0598, 8 Oct. 2003. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0598.html>, WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Telstra Corporation Limited v. Nuclear Marshmallows. no. D2000-0003, 18 Feb. 2000. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0003.html>

15) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Octogen Pharmacal Company, Inc. v. Domains By Proxy, Inc. / Rich Sanders and Octogen e-Solutions. no. D2009-0786, 19 Aug. 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0786.html>

16) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Jappy GmbH v. Satoshi Shimoshita. no. D2010-1001, 28 Sept. 2010. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2010-1001>

17) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Teradyne, Inc. v. 4Tel Technology. no. D2000-0026, 9 May 2000. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0026.html>

18) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors Modesl [Sic] International, Inc. (SAMI). no. D2001-0782, 14 Aug. 2001. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0782.html>, WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Weatherall Green & Smith v. Everymedia. Com. no. D2000-1528, 19 Feb. 2001. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1528.html>

kötü niyetle kullanılırken yenilemesi ve kötü niyetle kullanımın devamının sağlanması durumunda kötü niyet şartının gerçekleştiği bazı kararlarda kabul edilmiştir.¹⁹

- **Alan Adı Sahibinin Değişmesi Durumunda;** AMPO, S. COOP v. Contact-privacy.com, Taeho Kim, Philippine isimli, D2009-0177 numaralı kararda alan adının ilk sahibinin davranışlarının alan adının yeni sahibine atfedilemeyeceği belirtilerek alan adı sahipliğinin değişmesi yeni kayıt olarak kabul edilmiştir.²⁰

- **Alan Adının Bilindiği Kabulü;**

o UDRP kurallarında “*constructive notice*” veya benzeri kişilerin ihlali bildiğini kabule ilişkin tespitlere dayanarak sağlayacak ilkelere yer verilmemiş olması nedeniyle kararlarda çoğunlukla alan adı sahibinin markadan haberdar olduğunun kabulü için başvuran tarafından ikna edici kanıtların sunulması gerekmektedir.²¹ Fakat sözlük anlamı olmayan

marka isimleri, marka isimlerinin yüksek tanınırlık düzeyi ve internet ortamında yaygın kullanılıyor olması gibi durumlarda alan adı sahibinin, alan adını alırken markadan haberdar olduğu kabul edilerek kötü niyet iddiası kabul edilebilmektedir.²² Ek olarak, birçok kararda alan adı sahibi ile marka hakkı sahibinin her ikisinin de aynı ülkede yerleşik olmaları halinde ilgili hukuk uygulanarak, yerel hukuk uyarınca marka haklarından haberdar olunduğu kabul ediliyor ise ihlal gerçekleşmiş kabul edilebilmektedir.²³

o Özellikle otomatik bir sistem ile birden çok alan adı alan kişilerin herhangi bir hak ihlaline neden olup olmadıkları hususunda araştırma yapmaması, alan adı sahibinin özellikle sözlük anlamı olmayan bir alan adını alırken araştırma yapmayı ihmal etmesi veya araştırma neticesinde marka ihlaline neden olduğunu bilerek kasten ilgili alan adını alması (*willful blindness*) bazı kararlarda

19) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Eastman Sporto Group LLC v. Jim and Kenny. no. D2009-1688, 1 Mar. 2010. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-1688.html>

20) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. AMPO, S. COOP v. Contactprivacy.Com, Taeho Kim, Philippine. no. D2009-0177, 3 Apr. 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0177.html>

21) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Kellwood Company v. Onesies Corporation. no. D2008-1172, 22 Sept. 2008. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-1172.html>, WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Factory Mutual Insurance Company v. Valuable Web Names. no. D2008-1014, 19 Aug. 2008. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-1014.html>

22) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. The Gap, Inc. v. Deng Youqian. no. D2009-0113, 23 Mar. 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0113.html>

23) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Kate Spade, LLC v. Darmstadter Designs. no. D2001-1384, 3 Jan. 2002. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-1384.html>

24) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Compart AG v. Compart.Com / Vertical Axis, Inc. no. D2009-0462, 9 July 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0462.html>

kötü niyetin varlığı yönünde karine olarak kabul edilmektedir.²⁴ Fakat bu noktada geniş çaplı bir araştırma yapma yükümlülüğü yerine basit bir araştırma ile, örneğin basit bir google araştırması ile, fark edilebilecek markalar söz konusu olmaktadır. Fakat bu yorum daha çok tecrübeli alan adı alıcıları veya alan adı ticareti yapan kişiler yönünden ve sektörde kullanılan, bilinen veya sektörü tanımlayıcı olan alan adları haricinde uygulanmaktadır.²⁵

- **Alan Adı Tescilinin Başvuru Konusu Marka Tescilinden Önce Olması Durumunda;** Yukarıda açıklandığı üzere markanın tescilli olması veya tescilinin alan adı tescilinden sonra yapılmış olması 4.a.i ve 4.a.ii bendleri yönünden bir engel teşkil etmezken WIPO tahkimlerinde genel kabul edilen görüş söz konusu durumun kötü niyetin gerçekleşmediğinin kabulünü gerektireceği yönündedir. Fakat bazı özel durumların varlığı halinde, genel görüşün aksine marka tescilinin alan adı tescilinden sonraki bir tarihte gerçekleşmesine rağmen kötü niyetin kabul edilebileceği belirtilmiştir.²⁶ Özel durumlara örnek olarak tanınmış bir ürün ismi olup alan adı sahibinin üründen haberdar olması

veya alan adı sahibinin hakkı ihlal edilen kişinin eski çalışanı veya iş ortağı olup söz konusu isimden yararlanmak istemesi gibi durumlar sayılabilir.

b. WIPO Nezdinde UDRP Başvuru Süreci,

UDRP'ye ilişkin başvuru ve usule ilişkin temel çerçeve RUDRP ile belirlenmiş olup tahkime yetkili her kurum RUDRP'ye aykırı olmamak koşuluyla kendine özgü ek kurallar belirleyebilir. Başvuru, RUDRP ve WIPO Ek Kuralları uyarınca, kapak sayfası²⁷ ve tüm ekleri elektronik posta veya WIPO'nun elektronik başvuru sistemi aracılığı ile sunulmalı ve ilgili kurallarda sayılan i) başvuruda şikayette bulunanın adı, iletişim bilgileri, kendi adına hareket etmeye yetkili kişilere ilişkin bilgi, ii) iletişimde bulunulacak kişi ve tercih edilen iletişim aracına ilişkin bilgi, iii) hakem sayısı (1 veya 3) yönündeki tercih ve eğer üç hakemli kurul isteniyorsa hakemlerden birinin içlerinden seçileceği tahkime yetkili kurumun listesinden üç aday hakemi, iv) alan adı sahibinin adı ve iletişim bilgisine ilişkin elinde bulunan her türlü bilgiyi, v) uyuşmazlığa konu alan adı/adlarının kayıtlı olduğu kayıt kuruluşunu, vi) Alan adı ile ihlal edilen marka ve markalar kapsamında sunulan hizmete ilişkin bilgi ve açıklamaları, vii) uyuşmazlığa ilişkin Ek Kurallarda belirlenen sayfa/kelime

25) WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. The Law Society v. RareNames WebReg / RareNames, Inc. no. D2009-0720, 6 Aug. 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0720.html> , WIPO Arbitration and Mediation Center Administrative Panel. Aspen Holdings Inc. v. Rick Natsch, Potrero Media Corporation. no. D2009-0776, 20 Aug. 2009. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0776.html>

26) "WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition ("WIPO Jurisprudential Overview 3.0")." WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition, ("WIPO Jurisprudential Overview 3.0")., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0/#item38>.

27) WIPO Transmittal Cover Sheet için bakınız: http://www.wipo.int/amc/en/domains/complainant/new_coversheet.htm

sayısı ile sınırlı olarak UDRP kuralları uyarınca iddia ve taleplerini, talep edilen istemi, şikayete konu alan adına ilişkin sonuçlanmış veya yürütülmekte olan herhangi bir yasal süreç varsa buna ilişkin bilgi gibi hususları içermelidir. Başvuru dilekçesi, dilekçeye başvuranın şikayetinin yalnızca alan adı sahibine yönelik bir talep içerdiği ve sunduğu bilgilerin kendi bilgisi dahilinde doğru olduğu ve iyi niyetle hareket ettiğine ilişkin bir beyan eklenerek başvuru sahibi veya yetkili kişi tarafından imzalanmalıdır.²⁸

c. Başvuru Sonrası İşlemler ve Cevap

RUDRP kuralları uyarınca, başvuru üzerine tahkim kurumu, kayıt kuruluşuna başvuruya ilişkin teyit talebi ile talebin tebliğinden itibaren iki gün içerisinde alan adının kilitlenmesi talebini (request to lock the domain name) iletir.²⁹ Kayıt kuruluşuna teyit talebinin ulaşmasından itibaren iki gün içerisinde tahkim kurumu tarafından istenen belgeler sunulmalı ve kilitleme işlemi gerçekleştirilmelidir. Kayıt kuruluşu, kilitleme işlemi gerçekleştirilmeden alan adı sahibini tahkim sürecine dair bilgilendiremez. Bu süreçten biraz farklı olarak WIPO tahkiminde başvuran, başvurusunun tüm ekleri ile birlikte bir kopyasını başvuru yaptığı tarihte kayıt kuruluşuna iletmelidir.

Tahkim kurumu başvuruyu UDRP ve RUDRP kurallarına uygunluğu yönünden inceler ve uygun bulunması halinde başvuran tarafından başvuru ücretinin ödenmesini izleyen üç gün içerisinde (RUDRP uyarınca ücretin ödenmesinden itibaren üç gün olan bu süre WIPO kurallarında başvurunun alınmasından itibaren 5 gün olarak düzenlenmiştir) ekleri ile birlikte alan adı sahibine yazılı olarak bildirimde bulunur. Başvuruların uygun bulunmaması halinde başvuranlara derhal eksikliklere ilişkin bilgilendirme yapılır. Beş gün içerisinde eksikliklerin tamamlanmaması halinde başvuru geçersiz sayılır. Başvurunun geçersiz sayılması veya başvuranın kendi isteği ile başvurusunu geri çekmesi halinde tahkim kurumu durumu kayıt kuruluşuna bildirir ve bu bildirimden tebliğini izleyen bir gün içerisinde alan adı kitlemesi kaldırılır.

İlk ödemesi yapılmayan başvurulara ilişkin tahkim kurumu tarafından ilgili ödeme yapılana kadar hiçbir işlem gerçekleştirilmemekle birlikte başvurunun tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde söz konusu ödeme yapılmadığı takdirde başvuru geçersiz kabul edilir.

Tahkim başvurusunun alan adı sahibine iletildiği gün tahkimin başlangıç tarihi olarak kabul edilir ve alan adı sahibi bu tarihten itibaren yirmi gün içerisinde tahkim kurumuna

28) "Complainant agrees that its claims and remedies concerning the registration of the domain name, the dispute, or the dispute's resolution shall be solely against the domain-name holder and waives all such claims and remedies against (a) the dispute-resolution provider and panelists, except in the case of deliberate wrongdoing, (b) the registrar, (c) the registry administrator, and (d) the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, as well as their directors, officers, employees, and agents." "Complainant certifies that the information contained in this Complaint is to the best of Complainant's knowledge complete and accurate, that this Complaint is not being presented for any improper purpose, such as to harass, and that the assertions in this Complaint are warranted under these Rules and under applicable law, as it now exists or as it may be extended by a good-faith and reasonable argument."

29) "Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules")." Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules") - ICANN, www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en/#8.

cevabını sunmalıdır. Alan adı sahibinin talep etmesi halinde dört günlük ek süre verilir. Talep halinde verilecek dört günlük ek süreye ilave olarak cevap verenin ek süre isteme imkanı bulunmakta olup ayrıca tarafların anlaşması ve tahkim kurumunun kabulü ile sürenin uzatılması da mümkündür. Cevap veren alan adı sahibi, başvuranın hakem sayısı ile bağlı kalmaksızın cevabında tek veya üç hakemli tahkim kuruluna dair tercihini ve üç hakemli kurul istemesi halinde adaylarını belirtir. Cevap verilmemesi halinde istisnai durumlar haricinde tahkim kurulu, başvuru şikayet üzerinden değerlendirerek karara bağlar.

d. Tahkim Kurulunun Atanması ve Tahkime İlişkin Diğer Hususlar

Tarafların her ikisinin de tek hakem yönünde tercih yapmış olması durumunda tahkim kurumu, cevabın sunulmasını veya bunun için gerekli sürenin dolmasını izleyen beş gün içerisinde hakem listesinden bir hakemi görevlendirir. Tahkim ücreti kural olarak başvuru sahibince ödenir. Taraflardan biri veya her ikisi tarafından üç hakem tercihi yapıldıysa tahkim kurumu tarafından tarafların listesinden birer hakem olmak üzere toplam üç hakem görevlendirilir. Tahkim heyetinin üç hakemli olması yalnızca cevap veren alan adı sahibi tarafından talep edilmiş ise tahkim masrafları taraflar arasında eşit olarak paylaşılır. Hakem seçimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeye RUDRP'nin 6(e) maddesinde yer verilmiştir. Hakem kurulunun tespit edilmesi üzerine tahkim kurumu, hakemlere ve tahkim kararının verileceği güne ilişkin olarak tarafları bilgilendirir. Tahkim sırasında taraf-

ların tahkim kurulu veya tahkim kurumu ile ikili iletişimde bulunması yasak olup her türlü iletişim tahkim kurumunun atayacağı olay yöneticisi aracılığı ile gerçekleştirilecektir.

Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Bağımsızlık ve tarafsızlığına şüphe düşürebilecek herhangi bir durumun var olması veya tahkim sırasında meydana gelmesi halinde hakemler derhal tahkim kurumuna durumu bildirir. Bildirim üzerine yeni hakem ataması yapıp yapılmayacağına dair karar verme yetkisi tahkim kurumundadır.

Tahkim dili alan adı sahibinin alan adını alırken alan adı kayıt kuruluşu ile yapmış olduğu kayıt anlaşmasının dili olacaktır fakat tahkim kurulun farklı bir dil belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Kural olarak, tahkim, kurul aksini belirlemedikçe duruşma yapılmaksızın yürütülür.

Taraflar, tahkim sırasında uzlaşma yönünde bir karar alırlarsa bu kararlarını tahkim kurumuna bildirmeli üzerine tahkim askıya alınır ve anlaşmaya varılması üzerine tahkim süreci sona erdirilir. Tahkimden önce veya tahkim sırasında taraflar alan adına ilişkin herhangi bir yasal işlem başlatmış olmaları halinde tahkim kurulunu ilgili sürece ilişkin bilgilendirmekle yükümlü olup bu durumda tahkim kurulunun tahkim sürecini askıya alma veya sonlandırma yetkisi bulunmaktadır.

e. Tahkim Kararları

Üç hakemli tahkim kurullarında karar çoğunluk oyu ile alınır. Varsa karara katılmayan hakemlerin karşı oy yazısı karara eklenmelidir. Kural olarak, tahkim kurulu başvurudan

İtibaren on dört gün içerisinde hakemlerin isimlerini ve karar tarihini içerir gerekçelendirilmiş kararını tahkim kurumuna iletmelidir. Tahkim kurumu kararın kendisine tebliğinden itibaren üç gün içerisinde kararı taraflara, ICANN'e ve kayıt kuruluşuna iletir. Kayıt kuruluşu ise kararın tebliğinden itibaren üç gün içerisinde kararın uygulanacağı günleri taraflara, tahkim kurumuna ve ICANN'e bildirir. ICANN, tahkim kararlarının kendisine ulaşmasından itibaren on gün içerisinde alan adı sahibi tarafından herhangi bir mahkemede dava açıldığına dair bir belge sunulmaz ise on günlük sürenin sonunda tahkim kararını uygular. Bahsedilen on günlük süre içerisinde dava açıldığına dair belge sunulduğunda ise davanın alan adı sahibi aleyhine sonuçlandırıldığına veya tarafların anlaştığına dair ikna edici belge sunulmadıkça ICANN herhangi bir işlem yapmamaktadır.

Tahkim kurulu aksine hükmetmedikçe kararlar ve kararın uygulama tarihi kamuya açık bir internet sitesinde yayınlanır. Bununla birlikte, başvurunun kötü niyetle yapıldığına karar verilmesi halinde karar veya kararın kötü niyetli başvuruya ilişkin kısmı her halde kamuya açık bir platformda yayınlanır.

4) Sonuç

İnternet alan adlarının eşsiz olması gereği ve tahsislerinde temel olarak ilk başvuru sahibine ilk hizmet esası (*first come-first served*)

uyarınca herhangi bir ilişik şartı aranmaksızın başvuru sahibine dilediği alan adının sağlanması sonucu alan adı sahipleri ile alan adı üzerinde hak sahibi olduğu veya alan adının herhangi bir hakkına tecvüz ettiği iddiasında bulunan kişiler arasında uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır.³⁰ Alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkları için ICANN tarafından etkin ve hızlı bir çözüm yöntemi amaçlanmış ve böylece etkin ve hızlı çözüme yönelik olarak UDRP ve RUDRP kuralları oluşturulmuştur.

UDRP kapsamına giren alan adı uyuşmazlıkları gerek yerel mahkemelerde gerekse arabuluculuk veya cc-TLD'ler bakımından ilgili ülkenin benimsediği tahkim yolu gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözülebilmektedir.³¹ Fakat UDRP kapsamında yetkilendirilen kuruluşların günümüze kadar çözüme ulaştırdığı uyuşmazlık sayısı, bu kuruluşların uluslararası alanda konuya ilişkin uzmanlıkları ve özellikle yerel bir mahkemede görülen dava sürecinin alacağı süre dikkate alındığında UDRP kapsamında giren alan adı uyuşmazlıklarının ICANN tarafından yetkilendirilmiş tahkim kurumları aracılığıyla kısa sürede neticelendirmesi önemli bir fark sağlamaktadır. Bu nedenle, özellikle internet kullanımının hızla artışı ve alan adlarının ticari hayatta buna paralel olarak kazandıkları önemi gözeten kişi ve kuruluşlar için UDRP tahkim sistemi tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur.

30) Soysal, Tamer; "İnternet Alan Adlarının Korunması", s. 69.

31) Alrawashdedh, Waddah. "Dispute Resolution Mechanisms and Trademark Cybersquatting In ccTLD, Old Style gTLD and New Style gTLD Systems Comparative Analysis of the US, EU and International Approaches." doktori.bibl.u-szeged.hu/4093/2/Waddah_Alrawashdedh_Thesis.pdf. s. 10.

KAYNAKÇA

Alrawashdedh, Waddah. "Dispute Resolution Mechanisms and Trademark Cybersquatting In ccTLD, Old Style gTLD and New Style gTLD Systems Comparative Analysis of the US, EU and International Approaches." doktori.bibl.u-szeged.hu/4093/2/Waddah_Alrawashdedh_Thesis.pdf.

Dal, Seniha. "Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler." *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, vol. 28, 2010, pp. 479-497. I, ikf.marmara.edu.tr/akademik/iib-dergisi/2010-yili-sayi-i/.

De Werra, Jacques. "Alternative Dispute Resolution Mechanisms for Solving Trademark Disputes (Mediation, UDRP, Arbitration)" *The Law and Practice of Trademark Transactions : a Global and Local Outlook*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Ltd, 2016.

"Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules")." *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules") - ICANN*, www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en/#8.

Soysal, Tamer; "İnternet Alan Adlarının Korunması", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yüksek Lisansı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2004.

Soysal, Tamer. "İnternet Alan Adları Sistemi Ve Tahkim Kuruluşlarının Udrp Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım - 2*." *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, vol. 22, 2007,

"Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy." *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy - ICANN*, www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en.



Zeynep BÖLÜKBAŞI

Stajyerlerimizden...

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu

1. Giriş

İş Mahkemeleri, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek amacıyla ile 30 Ocak 1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulan, görev alanı belirli ve istisnai nitelikte olan özel mahkemelerdir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1950 yılından bu yana iş hayatında yaşanan hızlı değişim ve gelişim nedeniyle işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çeşit ve sayısının büyük oranda artması sonucu 5521 sayılı Kanun yetersiz kalmıştır. Bu nedenle yeniden ele alınma ihtiyacı doğmuş ve 12 Ekim 2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ("**Mülga Kanun**") yürürlükten kaldırılmıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu ge-

tirilmiş, kanun yollarına başvuru sürelerinde değişiklik yapılmış, temyiz edilemeyen kararlar düzenlenmiş ve yapılan düzenlemeler ışığında 4857 sayılı İş Kanunu'nda, 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nda ve bu makalenin kapsamı dışında bırakılan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'de değişiklikler yapılmıştır.

2. Dava Şartı Olarak Arabulucuk Kurumu

6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu ("**6325 sayılı Kanun**") uya-

1) Bozkurt s. 27,28.

rınca iş uyuşmazlıkları, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmekteydi. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile Türk hukukunda ilk defa arabuluculuk kurumuna başvuru, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmaktan çıkarak İş Mahkemelerinin görev alanına giren davalarda dava şartı haline gelmiştir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan iş uyuşmazlığı nedeniyle dava açılması durumunda, davanın usulden reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları arabuluculuk kurumuna başvuru zorunluluğundan muaf tutulmuştur. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3. madde altında ve 17 ile 28. maddeler arasında düzenlenmiştir.

A. Arabulucuya Başvuru

6325 sayılı Kanun uyarınca tarafları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek amacıyla Adalet Bakanlığı'nın uygun göreceği yerlerde arabuluculuk büroları kurulur. Arabuluculuk büroları, Hâkim ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevini, Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu'nca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü yerine getirir.

Arabulucuya başvuru karşı tarafın, birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise yukarıda belirtildiği üzere görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır.

Başvuru yapıldıktan sonra, arabulucunun seçimi uzmanlık alanlarına ve uzmanlığına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan liste doğrultusunda arabuluculuk bürosu tarafından yapılır. Ancak taraflar bu listede bulunan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşma serbestisine sahiptir.

B. Arabuluculuk Müzakereleri

Bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanarak işçi ve işveren arasında çıkan uyuşmazlıklar doğrultusunda dava şartı olarak arabulucuya başvuran tarafların iletişim bilgileri arabuluculuk bürosu tarafından, seçilen arabulucuya verilir. Arabulucu, bu bilgileri esas alarak en kısa sürede, tarafları sulh etmek amacıyla ilk toplantıya davet eder.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk görüşmeleri arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu'nun yetki alanı içinde yürütülür. Arabuluculuk görüşmelerine, taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişilerde müzakerelerde hazır bulun-

durulabilir. İşverenin yazılı belge ile yetkilendirdiği çalışmanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir.

İşe iade talebiyle arabulucuya yapılan başvurularında asıl işveren- alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda işverenlerin arabuluculuk müzakerelerine birlikte katılmaları gerekmektedir. Anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin iradelerinin birbirine uygun olması aranır.

6325 sayılı Kanun uyarınca arabulucu, müzakereler sırasında arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya başka bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça gizli tutmakla yükümlüdür. Gizlilik yükümlülüğü taraflar ve müzakerelere katılan diğer kişiler içinde geçerlidir.

Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırma hakkını haizdir. Arabuluculuk usulünün taraflarca kararlaştırılmaması durumunda, arabuluculuk faaliyetleri arabulucu tarafından, tarafların istekleri, uyuşmazlığın niteliği ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gerekli usul ve esaslar gözetilerek yürütülür. Arabulucular, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanılmasını gerektiren işlemleri yapamazlar. Tarafların çözüm üretilmediklerinin anlaşılması durumunda, arabulucunun çözüm önerisinde bulunma hakkı vardır.

Arabuluculuk müzakereleri sırasında, arabulucu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; tarafların müzakereler sonucu an-

laşmaya varması halinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılamaması halinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Arabulucu, tarafların başvurusu üzerine, arabuluculuk müzakerelerini başvuru tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Üç haftalık süre, zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.

C. Arabuluculuk Müzakerelerinin Sonucu

6523 sayılı Kanunu madde 17 uyarınca “*arabuluculuk faaliyetleri, tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra uyuşmazlığın çözülmesi için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya müzakerelerden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi durumunda sonra erer.*”

Arabuluculuk müzakerelerinin sonunda arabulucu tarafından müzakerelerin nasıl sonuçlandığına dair bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak, “son tutanak” olarak adlandırılır. Arabulucu son tutanağı düzenleyerek derhal arabuluculuk bürosuna bildirmekle yükümlüdür. Son tutanak arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanır. Tarafların veya vekillerinin son tutanağı imzalamaktan imtina etmeleri durumunda

sebebinin tutanağa geçirilmesi suretiyle son tutanak sadece arabulucu tarafından imzalanır.

Taraflardan birinin arabulucunun çağrısı üzerine geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması durumunda da arabuluculuk müzakereleri sona erer. Toplantıya katılmayan tarafın arabulucu tarafından son tutanakta belirtilmesi gerekmektedir. Bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıkarsa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu olur ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilemez. Her iki tarafın da toplantıya katılmaması durumunda, açılacak davalarda yaptıkları yargılama giderleri tarafların üzerlerinde bırakılır.

Arabuluculuk müzakereleri sonucunda tarafların anlaşmaları halinde, anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Anlaşmanın kapsamı belirlendikten sonra, taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanacak bir anlaşma belgesi düzenlenir. Anlaşma belgesinde yazılı bulunan hususlar hakkında dava açılmaz. Düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden söz konusu anlaşma belgesine şerh koyulması talep edilmelidir. İlgili sulh hukuk mahkemesi, dosya üzerinden inceleme yaparak, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya uygunluğunu değerlendirir. Bu şerhin olmadığı bir anlaşma belgesi ilam niteliğini haiz değildir. Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmeden başka bir resmi işlemde kullanılmak istenmesi üzerine damga vergisi maktu olarak alınır. Anlaşma belgesinin taraflarca ve arabulucu

tarafından imzalanmasının yanında tarafların vekillerince de imzalanması durumunda, anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.

Arabuluculuk müzakereleri sonucu uyuşmazlık konusunun çözümlenmesi durumunda, arabuluculuk ücreti arabuluculuk asgari ücret tarifesine göre taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, arabuluculuk ücret tarifesinin birinci kısmında belirtilen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan müzakerelerde ise, ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, tarifenin ikinci kısmı uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir. Taraflar aksine anlaşma yapabilirler.

Tarafların, arabuluculuk müzakereleri sonucunda anlaşmaya varamamaları halinde, arabulucu dava şartı olarak gerekli faaliyetlerin yerine getirildiğinin ispatı niteliğinde olan son tutanağı düzenler. Davacı dava açarken, anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkeme tarafından davacıya bir haftalık kesin süre içerisinde son tutanağın mahkemeye ibrazının gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceğine ilişkin davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise, mahkeme davanın usulden reddine karar verir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ula-

şılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı tarifenin birinci kısmına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde tarifenin birinci kısmına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.

3. 4857 sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Düzenlemeler

7036 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun ("4857 sayılı Kanun"), fesih bildirimine itiraz ve usulüne ilişkin düzenlenen 20. maddesi ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin düzenlenen 21. maddesi değiştirilmiş ve zamanaşımı sürelerine ilişkin ek madde 3 eklenmiştir. 7036 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler sonucu, 4857 sayılı Kanun'un 20 ve 21. maddeleri uyarınca;

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden bir ay içerisinde işe iade talebiyle, 7036 sayılı Kanun uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde işe başlatma tarihini, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaya varamamaları durumunda, işçi arabulucu tarafından son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Tarafların anlaşması durumunda uyuşmazlık aynı süre içinde iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. İş mahkemesinde dava açılması sonucu dava ivedilikle sonuçlandırılır. 7036 sayılı Kanun uyarınca işe iade davalarında verilen kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapatılması üzerine iş mahkemesince verilen karar hakkında sadece istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. İstinaf kanun yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle karar verir. Bölge adliye mahkemesi'nin işe iade davalarında verdikleri kararlar kesindir.

Mahkeme veya özel hakem, feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını ve kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar

doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.

7026 sayılı Kanun ile eklenen ek madde 3 uyarınca iş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat, kötü niyet tazminatı ve iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminatın zamanaşımı süresi beş yıldır.

Zamanaşımı süresine ilişkin hüküm, yürürlük tarihi olan 25.10.2017 tarihinden sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık ücret ve tazminatlar hakkında uygulanır. Yıllık izin ücreti ve belirtilen tazminatlar için bu hükmün yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, beş yıldan uzun ise, bu sürenin geçmesi ile zamanaşımı süresi dolmuş olur.

4. Kanun Yoluna Başvuru Süresi

7036 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile kanun yoluna başvuru süresine ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Mülga Kanun uyarınca istinaf kanun yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gün olarak düzenlenmiştir. 7036 sayılı Kanun ile tefhim hükmü kaldırılarak, kanun yoluna başvuru süresinin, gerek-

çeli kararın taraflara tebliğinden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Tefhim hükmünün kaldırılması, tefhimin usulüne uygun yapıp yapılmadığına ilişkin tartışma ve tereddütleri ortadan kaldırmakla beraber, kanun yoluna başvurma hakkının kaybedilmemesi adına yazılan süre tutum dilekçelerini de ortadan kaldıracaktır.

7036 sayılı Kanun uyarınca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır. Bu doğrultuda, kanun yoluna başvuru süresi hem temyiz kanun yolu hem de istinaf kanun yolu için ilamın taraflara tebliğinden itibaren iki hafta olarak düzenlenerek uzatılmıştır.

Kanun yoluna başvuru kararlar, Mülga Kanun uyarınca bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ca iki ay içinde karara bağlanır. 7036 sayılı Kanun uyarınca ise iki aylık süre kaldırılmış, bölge adliye mahkemelerine ve Yargıtay'a kanun yoluna başvuru kararları ivedilikle karara bağlama zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle, 6100 sayılı Kanununun madde 103/1-h uyarınca dava açanın işçi veya işveren olduğuna bakılmaksızın iş mahkemesi kararları, adli tatilde de değerlendirilecektir.

5. Temyiz Edilemeyen Kararlar

7036 sayılı Kanun uyarınca aşağıda belirtilen dava ve işlerde verilen kararlar hakkında temyiz kanun yoluna başvurulamaz:

- 1) İşe iade talebi ile açılan davalarda verilen kararlar.

- 2) İşveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar.
- 3) İşyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin açılan davalarda verilen kararlar.
- 4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin açılan davalarda verilen kararlar.
- 5) Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin açılan davalarda verilen kararlar.
- 6) Karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespitine ilişkin açılan davalarda verilen kararlar.
- 7) 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun genel kurulların toplantı zamanı ve karar yeter sayısına ilişkin düzenlenen 10. Maddesi uyarınca belirlenen hükümlere sendika ve konfederasyonun aykırı hareket ettiği iddiası ile açılan davalarda verilen kararlar.
- 8) Kamu görevlisinin, sendika üyeliğinin haklı bir sebep gösterilmeden kabul edilmemesi iddiası ile açılan davalarda verilen kararlar.

7036 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi ve söz konusu maddede düzenlenen iş davalarının

daha kısa sürede çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Her ne kadar mahiyeti itibarıyla söz konusu iş davalarının daha kısa sürede çözümlenmesi tarafların lehine ise de, temyiz kanun yolunun kapatılmış olması sonucu ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi dairelerinin benzer davalar hakkında farklı yorumlar yapmasının önüne geçilmesi imkânsız hale gelmiştir. Söz konusu davalara konu uyuşmazlıklar hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı verilemeyeceği açıktır. Bu doğrultuda, ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi daireleri arasında ortaya çıkabilecek görüş ayrılıkları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile engellenemeyecek ve farklı yorumlamalardan ötürü hukuk güvenliği olumsuz etkilenecektir.

İlk derece mahkemeleri tarafından 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 25.10.2017 tarihinden önce verilen kararlar, karar tarihindeki kanun yoluna ilişkin hükümlere tabidir.

6. Sonuç

7036 sayılı Kanun ile Mülga Kanun'un yeniden ele alınması; işçi ile işveren arasındaki hukuki uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülmesi ve mahkemelerin iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan iş yüklerinin azaltılması ihtiyacı doğrultusunda gerçekleşmiştir. Bu ihtiyaç, günümüzde gelişen teknoloji ve bunun bir sonucu olarak hızlı bir değişim gösteren iş hayatı doğrultusunda işçi ile işveren arasında yaşanan iş uyuşmazlıklarının ve çeşitlerinin önemli ölçüde artış göstermesi neticesinde doğmuştur.

Ancak 7036 sayılı Kanun ile yapılan bir takım değişiklik ve düzenlemelerin doktrinde birçok tartışmaya konu olacağı ve bu değişiklik ve düzenlemelerin son olmayacağı açıktır. Özellikle günümüzde çok sık rastlanan işe iade davalarında temyiz kanun yoluna başvurunun engellenmesi ve iş uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabulucuya başvurunun dava şartı haline gelmesi hakkında görüş ayrılıkları olması kaçınılmazdır.

Kaynakça

- 1) **Bozkurt, A. H.** : İş Yargılaması Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2011.
- 2) **Mollamahmutoglu, H.** : İş Hukuku, 2. B, Ankara 2005.
- 3) **Çankaya, G. O./ Günay İ. C., Göktaş S.** : İşe iade davaları, Ankara 2005.
- 4) **Süzek, S.**: İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2014
- 5) **Mollamahmutoglu, H./ Astarlı, M./ Bay-sal, Ulaş:** İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014
- 6) **Canbolat, T./ Canikoğlu, N./ Çelik, N.:** İş Hukuku Dersleri, 28. B., İstanbul 2015
- 7) **Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı:** İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı ve Genel Gerekçe., <http://www.adalet.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017)
- 8) 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi: 18.11.2017).

ZENCEFİL



ZENCEFİL PASTA VE KURABIYE LİMİTED ŞİRKETİ

FUAR SOKAK 8 / A ÇANKAYA ANKARA