

**Rekabet Hukukunda Sürdürülebilirlik Temalı Yatay İşbirliklerine Yönelik Muafiyet Rejimlerinde Adaptasyon Çabaları**

S. 03

**Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında Veri Koruma Etki Değerlendirmesi**

S. 25

**İşverenler Tarafından İkale Sözleşmesi Kapsamında Çalışanlara Ödenen Tazminatın Vergilendirilmesi**

S. 43

ISSN: 2602-3601

YIL: 4 / 2022 YAZ / SAYI: 20

•  
**SAHİBİ**

NAZALI Avukatlık Ortaklığı adına  
ERSİN NAZALI

•  
**SORUMLU MÜDÜR**

ÇAĞDAŞ GÜREN

•  
**YAYIN YÖNETİM YERİ**

Esentepe Mahallesi, Kore Şehitleri

Caddesi, No.40, İç Kapı No:6

Şişli / İSTANBUL

T:+90(212)380-0640

F:+90(212)217-1890

<http://www.nazali.av.tr>

•  
Dergimiz üç ayda bir yayınlanır

•  
**BASKI-CİLT**

Yapım Tanıtım Yayıncılık Ltd. Şti.

Gülbağ Mah. Gülbağ Cad. No:80/1

Mecidiyeköy Şişli / İSTANBUL

**İÇİNDEKİLER**

- 3 REKABET HUKUKUNDA SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK TEMALİ  
YATAY İŞBİRLİKLERİNE YÖNELİK MUAFİYET REJİMLERİNDE  
ADAPTASYON ÇABALARI
- 9 İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETMESEL KARAR SEBEBİYLE FESHİ
- 15 KARAR İNCELEMESİ: İŞÇİ VE İŞVERENİN ANLAŞARAK ÜCRETİ  
DÜŞÜRMEŞİ ÜCRETE İNDİRİM YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEZ
- 19 İŞ HUKUKU MEVZUATINDA YER ALTI MADEN İŞÇİLERİ
- 25 AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA  
VERİ KORUMA ETKİ DEĞERLENDİRMESİ
- 33 YARGITAY KARARI İŞİĞİNDA KARGO TAŞIMASINDAN KAYNAKLI  
HASAR İDDİALARINDA TÜKETİCİLERİN İSPAT YÜKÜ
- 39 BONO VE ÇEK ÜZERİNE DÜŞÜLEN TEMİNAT KAYITLARININ  
DOĞURDUKLARI SONUÇLAR
- 43 İŞVERENLER TARAFINDAN İKALE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA  
ÇALIŞANLARA ÖDENEN TAZMİNATIN VERGİLENDİRİLMESİ
- 49 SERMAYE ARTIRIMININ RÜÇHAN HAKKININ HİSSELERİ İKTİSAP ETME  
TARİHİNE ETKİSİ
- 53 01.06.2022 TARİH VE E.2022/14, K.2022/70 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİ  
KARARI İŞİĞİNDA VERGİ YARGILAMASINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI
- 57 7394 SAYILI KANUN İLE SERMAYE TAMAMLAMA FONUNUN  
KURUM KAZANCINDAN ÇIKARTILMASI

NAZALI Gündem'de yer alan yazı, şekil, tablo ya da resimlerin telif hakkı (Copyright c) NAZALI Avukatlık Ortaklığına aittir. Bir bölümü ya da tamamı izinsiz kopyalanamaz ya da basılamaz. Yazılardan alıntı yapıldığında, derginin kaynak olarak belirtilmesi gereklidir. Yayımlanan yazıların bilimsel ve etik sorumluluğu yazarlara aittir. Dergimiz yayımlanan haberler dışındaki yazılarda belirtilen görüşler karşısında resmen tarafsızdır. Dergide adı yer alan ürün veya servis reklamı için hiçbir güvence vermez.

## ÖNSÖZ

*Sevgili Dostlar,*

*Oldukça sıcak geçirdiğimiz yaz aylarının bu son günlerinde, Sizleri iklim değişikliklerinin, ülkeler arası gerginliklerin ve makro-ekonomik koşulların hâkim olduğu Dünya gündeminden bir nebze uzaklaştırıp NAZALI Gündem dergimizin 20. sayısında yine birbirinden farklı çalışmalarla baş başa bırakmak istedik.*

*Değerli çalışma arkadaşlarımız tarafından hazırlanan makaleler, konuları itibarıyla yol gösterici olmaya devam ediyor.*

*Avukat Asya Akpulat, avukat Oğulcan Doğan ve stajyer avukat Yağmur Demir tarafından tüketim alışkanlıklarımızın değişmesi ile birlikte uyumsuzluklarda sıkça karşımıza çıkan kargo taşınmasından kaynaklı hasar iddialarında tüketicilerin ispat yükü konusu, Yargıtay II. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararı çerçevesinde ele alınmış olan çalışma özellikle tüketiciler açısından tavsiye niteliğinde bir çalışma olmuştur.*

*Rekabet Hukuku ekibimiz tarafından, iklim krizi sonrası dünyadaki rekabet otoritelerinin konuya yaklaşımları ve Avrupa'daki mevzuat düzenlemeleri ile sürdürülebilirlik ve rekabet hukuku ilişkisi değerlendirilmiş ve yakın dönemde hangi iş birliklerine rekabet otoritelerince muafiyet tanındığına değinilerek rekabet hukukundaki sürdürülebilirlik kavramına çerçeve çizilerek oldukça faydalı bir çalışmaya imza atılmıştır.*

*Avukat Burçak Kandemir Özgen ve avukat Dilara Yangıncı tarafından ücrette indirim yasağına ilişkin bir Yargıtay kararı incelemesi kaleme alınırken; avukat Simge Kavtelek ve stajyer avukat Mine Beyazhançer tarafından ise bir Anayasa Mahkemesi kararı incelemesi kapsamında yürütmenin durdurulması müessesesi ele alınmıştır.*

*Keyifli okumalar dileriz.*

**NAZALI GÜNDEM**

## BİZDEN HABERLER

### ◇ NAZALI İSTANBUL OFİS TAŞINDI!

NAZALI İstanbul ofisimiz yeni adresine taşınmıştır. Yeni ofisimizde siz değerli dostlarımızı ağırlamak için sabırsızlıkla bekliyoruz.

**Adresimiz:** *Esentepe Mahallesi, Kore Şehitleri Caddesi, No.40, Şişli / İSTANBUL*



# REKABET HUKUKUNDA SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK TEMALI YATAY İŞBİRLİKLERİNE YÖNELİK MUAFİYET REJİMLERİNDE ADAPTASYON ÇABALARI

**Metin PEKTAŞ**

Ortak, Rekabet Hukuku ve  
Uyum, Rekabet Kurumu Eski  
Başuzmanı

**Beyza SARIPINAR**

Avukat

**Çağrıhan DİNÇER**

Stj. Avukat

## ÖZET

Dünyada yaşanan iklim krizi sonrasında Birleşmiş Milletler tarafından sürdürülebilirlik kavramı gündeme getirilmiştir. Son yıllarda özellikle çevresel sürdürülebilirlikle rekabet hukukunun dirsek temasında bulunduğu gözlemlenmiştir. Bu çalışmada, sürdürülebilirlik ve rekabet hukuku ilişkisi, dünyadaki rekabet otoritelerinin konuya yaklaşımları ve Avrupa'daki mevzuat düzenlemeleri ele alınacaktır. Yakın dönemde hangi iş birliklerine rekabet otoritelerince muafiyet tanındığına değinilerek rekabet hukukundaki sürdürülebilirlik kavramına çerçeve çizilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sürdürülebilirlik, Çevresel Sürdürülebilirlik, Tüketici Faydası, Çevresel Etiklik, İş Birliği Anlaşması, Rekabetin Kısıtlanması.

## GİRİŞ

İklim kriziyle birlikte dünyanın karşı karşıya olduğu güçlükler her geçen gün daha da büyümekte, sürdürülebilir ve kapsayıcı küresel bir ekonominin inşasının gerekliliği tekrar tekrar anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği ("AB") ve Birleşmiş Milletler ("BM") ile başta Çin, Japonya, Amerika Birleşik Devletleri ve Rusya gibi gelişmiş ülkeler, sürdürülebilirlik ve yeşil dönüşüm ile ilgili hedeflerini açıklamaya ve bu yönde aksiyon almaya başlamıştır. Global ve ulusal çevre politikalarına koşturularak sektörler ve şirketler de çeşitli sürdürülebilirlik adımları atmaya başlamış ve böylelikle rekabet hukuku uygulamasına temas eden bir çerçeve oluşmuştur. Bu çalışmada, rekabet hukukunda sürdürülebilirlik temalı yatay iş birliği anlaşmalarına yönelik muafiyet rejiminde ortaya çıkan adaptasyon çabalarına değinilecektir. Bu kapsamda, öncelikle iklim krizi ile birlikte ön plana çıkan çevresel hassasiyetlere ve çevre politikalarına değinilecek, ardından düzenleme ve uygulama yönlü olarak sürdürülebilirliği amaçlayan

yatay iş birliği anlaşmalarına yönelik gelişmekte olan muafiyet rejimi üzerinde durulacaktır.

## 1. İKLİM KRİZİ İLE GÜNDEME GELEN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI

2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi<sup>1</sup> kapsamında 2015 yılında tüm Birleşmiş Milletler üye devletleri tarafından dünyadaki tüm insanlar için barış ve refah için ortak bir plan sunan 17 sürdürülebilir kalkınma hedefi kamuoyuna duyurulmuştur. Su, enerji, iklim, okyanuslar, şehirleşme, ulaşım, bilim ve teknoloji gibi oldukça geniş bir yelpazede ortaya konulmuş olan sürdürülebilir kalkınma hedefleri, küresel hedeflerin tüm paydaşlar tarafından uygulanabilmesi için güçlü bir taahhüt niteliğindedir. BM, hedeflerin tanıtıldığı 2015 yılından bu yana her yıl 2030'a giden süreçte ilerleme raporları yayınlamaktadır. BM, sürdürülebilir tüketim ve üretim de dâhil olmak üzere gezegeni bozulmadan korumaya kararlı olduğunu belirterek, doğal kaynakların sürdürülebilir bir şekilde yönetilmesi ve gelecek nesillerin ihtiyaçlarının desteklenmesi için iklim değişikliği konusunda acil önlemler alınması gerekliliğinin altını çizmiştir. Nihayetinde, 2030 hedefleri dünyada meydana gelen olumsuzluklar ve zorluklar karşı-

<sup>1</sup> United Nations, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Erişim Tarihi: 17.06.2022 <https://sdgs.un.org/2030agenda>

sında değişim ve gelişim için eylem çağrısında bulunulmuştur.

AB ise sürdürülebilirliğin sağlanması yönündeki iradesini, 11 Aralık 2019 tarihinde açıkladığı Avrupa Yeşil Mutabakatı (“Yeşil Mutabakat”) ile ortaya koymuş ve böylece Birleşmiş Milletler’in sürdürülebilir kalkınma hedefleri ile entegrasyon sağlayarak vatandaşlarının refahını artırmayı amaçlamıştır. Avrupa Komisyonu, ortaya koyduğu hedeflerde; 2050 yılına kadar net sera gazı emisyonunu sıfırlamayı, daha sürdürülebilir bir ekonomiyi ve hedeflerin uygulanması sırasında ayrımcılığa uğrayan bir topluluk veya alan kalmayacağını taahhüt etmiştir.<sup>2</sup> Avrupa Komisyonu, AB’nin iklim, enerji, ulaşım ve vergilendirme politikalarını 2030 yılına kadar 1990 seviyelerine kıyasla net sera gazı emisyonlarını en az %55 oranında azaltmaya uygun hale getirmek için bir dizi öneriyi de kabul etmiştir.<sup>3</sup>

Bu kapsamda öncelikli adımlardan biri olarak sera gazı emisyonlarının büyük bir kısmına neden olan taşıma sistemleri üzerine odaklanılmış ve taşıma sistemlerinde verimliliğin artırılmasına yönelik olarak Yeşil Mutabakat’ta, karayolu ile yapılan iç yük taşımacılığının %75’inin demiryoluna ve iç su yollarına kayması gerekliliği gündeme getirilmiş, havacılıkta ise “Tek Avrupa Sahası” önerisi benimsenmiştir. Karbon emisyonu açısından daha az kirletici ve sürdürülebilir alternatif ulaşım yakıtlarının üretimi ve dağıtımını, düşük emisyonlu araçlar için şarj istasyonlarının kurulması, akıllı trafik yönetim sistemlerinin oluşturulması, limana yanaşmış gemilere elektriği karadan kullanma zorunluluğu getirilmesi gibi düzenlemeler ile ulaşımın çevreci sistemlerin hayata geçirilmesi hedeflenmiştir. Böylece daha uygun maliyetli, otomatikleşmiş, çevreci ve bağlantılı multimodal ulaşım yollarının geliştirilerek şehirlerdeki tıkanıklıkların giderilmesi, seyahat sürelerinin kısaltılması ve beraberinde çevreye verilen zararın azaltılması planlanmıştır<sup>4</sup>.

Türkiye’ye bakıldığında ise, Yeşil Mutabakat’ın beraberinde getireceği değişikliklere hızlı ve kalıcı bir şekilde adapte olunması gerekliliği üzerine, Türkiye’nin sürdürülebilir bir ekonomiye geçişine katkı sağlayacak ve Türkiye – AB ilişkilerini daha ileriye taşıyacak eylem planı hazırlanmıştır. Toplamda 32 hedef ve 81 eylemi içerecek şekilde hazırlanan eylem planının belirli bir takvim dâhilinde uygulanması hedeflenmektedir.

## 2. SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Çevre hassasiyetlerine dönük sürdürülebilirlik adımları devam ederken, bu anlayış rekabet otoritelerince alınan kararlara da etki etmekte ve “rekabet hukukunda sürdürülebilirlik” teması günden güne önem kazanan bir tartışma halini almaktadır.

Bilindiği üzere, yatay işbirlikleri; riskin paylaşılması, maliyetlerden tasarruf edilmesi, yatırımları artırılması, bilgi birikiminin bir araya getirilerek ürün kalitesi ve çeşitliliğinin artırılması ve inovasyonun hızlandırılması için önemli projelerdir. Teşebbüsler arasındaki yatay iş birlikleri yeşil geçiş destek de dahil olmak üzere önemli sürdürülebilirlik faydaları yaratabilmektedir. OECD’ye göre; teşebbüslerin bireysel ve toplu girişimlerinin temel rolü göz önüne alındığında, rekabet politikasının çevresel hedeflere ulaşmak için ihtiyaç duyulan teknolojik atılımların gerçekleştirilmesine de katkıda bulunacak olan, sermayenin verimli bir şekilde tahsis edilmesini sağlamak için anahtar bir rolü bulunmaktadır.<sup>5</sup> OECD’ye göre, rekabet otoritelerinin sürdürülebilirlik girişimlerine yönelik rekabet analizi yaparken cezalandırıcı olmayan hukuki araçlar aracılığıyla teşebbüslere rehberlik etmesi, özel yatırım ve girişimler üzerinde caydırıcı müdahalelerden kaçınması gerekmektedir. OECD, rekabet otoritelerinin geleneksel enstrümanlarını kullandığında çevresel etkilerin/etkinliklerin rekabet analizine

2 European Commission, *A European Green Deal: Striving to be the first climate-neutral continent*, Erişim Tarihi: 17.06.2022 [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en)

3 European Commission, *Delivering the European Green Deal*, Erişim Tarihi: 17.06.2022 [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en)

4 Nazal Gündem, *Çevre Hukuku Bülteni*, Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türkiye’nin Uyum Süreci

5 OECD (2021), *Environmental considerations in competition enforcement*, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>

dahil edilmesinde çeşitli zorluklar yaşayabilecekleri üzerinde durmakta ve bu zorlukları şu şekilde sıralamaktadır:

- Hangi çevresel etkilerin ne şekilde dikkate alınacağı,
- Bireyler ve/tüketiciler lehine veya aleyhine oluşan bireysel ve kolektif etki ya da faydaların nasıl analiz edileceği,
- Çevresel faydalar ile diğer faydaların nasıl dengelenebileceği,
- Çevresel etkilerin zaman boyutunun nasıl analiz edileceği

Bu zorluklar karşısında OECD, rekabet otoritelerinin mevcut enstrümanlarını farklı bir analiz yapmaya uygun hale getirmelerini tavsiye etmektedir. Buna göre bütünüyle fiyat odaklı bir rekabet analizi yerine, sürdürülebilirlik hedefli statik ve dinamik etkileri dikkate alan bir analizin inşası edilmesi gerekliliği üzerinde durmaktadır.

Bu yaklaşım ve uyarılar doğrultusunda Avrupa Komisyonu tarafından “*Yatay Grup Muafiyeti Yönetmeliği ve Yönergesi*”nde sürdürülen ve 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen revizyon çalışmalarındaki en kapsamlı düzenleme, sürdürülebilirlik başlığı altında gerçekleştirilen revizyonlar olmuştur. Komisyon bu revizyonlarda temel olarak, teşebbüslerin sürdürülebilirlik<sup>6</sup> amaçlı girişimlerinde, hangi durumlarda ne tür iş birliklerini hayata geçirebileceklerine ve muafiyet çerçevesinde nasıl bir öz değerlendirme yapabileceklerine ışık tutmayı hedeflemektedir. Buna göre revize düzenlemelerde ana hatlarıyla şu kural seti oluşturulmuştur<sup>7</sup>:

- Sürdürülebilirliği amaçlayan işbirlikleri; fiyatlarda “önemli” bir artış ve tüketici tercihlerinde “önemli” bir azalış meydana getirmemeli ve bu işbirlikleri; *şeffaflık, açıklık, ayrımcı olmama, gönüllülük, daha yüksek standartlar benimseme konusunda serbesti ve hassas ticari bilgi değişimine yol açmama* prensiplerine uygun olarak hayata geçirilmelidir.

Böylelikle bu tür iş birlikleri için güvenli liman oluşturulabilecektir.

- Daha geniş bir fayda analizi yapılmalıdır. Buna göre fayda analizi şu unsurlar üzerinden yapılabilecektir:
  - Bireysel kullanıma bağlı olan değer (Üründeki kalite artışı, çeşit artışı, erişim kolaylığı gibi)
  - Bireysel kullanıma bağlı olmayan değer (Bir bireyin, doğrudan bir kullanım değeri elde etmese de sürdürülebilirlik artışının diğer bireyler üzerinde oluşturduğu faydaya değer atfetmesi)
  - Kolektif fayda (birey üzerindeki fayda yerine daha geniş bir toplumsal grup için yaratılan faydaya atfedilen değer)

Görüldüğü üzere Komisyon, yasal dayanağı Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABIDA) 101/1 ve 101/3 maddeleri olan yatay iş birliklerine ilişkin kurallarında revizyona giderken sürdürülebilirlik alanında etkinlik yaratacak iş birliklerinin çevre politikalarındaki gelişmelere uygun bir şekilde değerlendirilmesi noktasında bir çerçeve oluşturmaya çalışmıştır.

Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (“CMA”) de 2022 yılı başlarında, rekabet ve tüketici yasalarının Birleşik Krallık'ın çevre ve sürdürülebilirlik politikası hedeflerine ulaşmasına nasıl yardımcı olabileceği konusunda hükumete tavsiyelerini yayınlamıştır.<sup>8</sup> Şirketlerin rekabet kurallarını ihlâl etmeden, kaynakları veya uzmanlıkları bir araya getirerek faaliyetlerinin negatif çevresel etkilerini azaltmak için birlikte çalışmalarının halihazırda mümkün olduğunun altı çizilmiştir. Tavsiye metninde, teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, atıkları azaltmak veya biyolojik çeşitliliği geliştirmek için birlikte çalışmayı içerebileceği belirtilmiştir. Birleşik Krallık Rekabet Yasası'na göre sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet verilebilmesi için bir anlaşma; (i) rekabeti tamamen ortadan kaldırmamalı, (ii) fayda ortaya çıkmalı ve (iii) tüketiciler bu faydadan ‘adil bir pay’ alabilmelidir. CMA'ya

6 Revizyon çalışmasında “sürdürülebilirlik” kavramı çevre girişimlerinin yanı sıra işgücü ve insan hakları açısından gerçekleştirilen girişimleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ancak bu çalışmada yalnızca çevresel sürdürülebilirlik üzerine odaklanılmıştır.

7 Avrupa Komisyonu, *Revision Of The Horizontal Block Exemption Regulations And Horizontal Guidelines – Overview Of Main Proposed Changes*, 01.03.2022

8 *Competition&Markets Authority*, 14.03.2022



göre, bir sürdürülebilirlik anlaşmasında rekabetin kısıtlanması, *zarar görenlere kıyasla daha fazla tüketiciye çevresel fayda* sunuyorsa bu faydalar 'adil bir pay' olarak değerlendirilmelidir. CMA'e göre, çevresel faydaların değerlendirmesi yapılırken yasanın ilgili hükmü geniş yorumlanmaya müsait durumdadır.

Hollanda Rekabet Otoritesi("ACM") ise, 28 Ocak 2021 tarihinde "*Sürdürülebilirlik Anlaşmalarına İlişkin Taslak Kılavuz'u* duyurmuştur.<sup>9</sup> Kılavuz, temel kurallara ve ilkelere ek olarak, sürdürülebilirlik iddialarını dile getirirken teşebbüslere yardımcı olabilecek pratik örnekler içermektedir. Kılavuz'a göre sürdürülebilirlik savları dile getirilirken şu şartlar sağlanmalıdır:

- Ürünün sunduğu sürdürülebilirlik avantajının net olması,
- Sürdürülebilirlik savlarının gerçeklerle desteklenmesi ve güncel tutulması,
- Diğer ürünler, hizmetler veya şirketlerle yapılan karşılaştırmaların adil olması,
- Sürdürülebilirlikle ilgili çabaları ifade etme konusunda dürüst ve spesifik olunması,
- Görsel tanıtımların ve etiketlerin, tüketiciler için yararlı olması

Görüldüğü üzere, ACM, sürdürülebilirlik konusunda teşebbüslerin otoriteye karşı şeffaflığına büyük önem vermektedir. Otorite bu hassasiyetini, her bir temel kuralın pratikte nasıl uygulanacağı ile ilgili örnek olaylara yer vererek desteklemiştir. ACM, sürdürülebilirliğin 2021'de temel önceliklerinden biri olduğunun altını çizerek bu alandaki hareketliliğini sürdüreceğinin sinyalini vermiştir.<sup>10</sup>

Son örnek olarak, Avusturya rekabet yasasında 09.09.2021 tarihinde sürdürülebilirlik muafiyetine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve bu düzenleme sürdürülebilirlik temalı olarak dünyada rekabet yasalarına dahil edilen, bağla-

yıcı ilk muafiyet hükmü olarak kayda geçmiştir.<sup>11</sup> Avusturya'da mevcut yasaya göre yatay işbirlikleri, "*Malların üretimini veya dağıtımını iyileştirmeye veya teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik etmeye katkıda bulunurken tüketicilere sonuçta ortaya çıkan faydadan adil bir pay sağlarsa*", anlaşma yasağından muaf tutulmaktadır. Yapılan değişiklikle birlikte "*Anlaşmanın ekolojik olarak sürdürülebilir ve iklim nötr bir ekonomiye önemli ölçüde katkıda bulunması halinde, malların iyileştirilmiş üretiminden, dağıtımından veya teknik ve ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesinden kaynaklanan faydadan tüketicilere adil bir pay verilir.*" hükmü yasaya eklenmiştir. Avusturya'daki bu yaklaşım CMA'nın hükumete sunduğu politika önerilerinde belirttiği "*bir sürdürülebilirlik anlaşmasında rekabetin kısıtlanması, zarar görenlere kıyasla daha fazla tüketiciye çevresel fayda sunuyorsa bu faydalar 'adil bir pay' olarak değerlendirilmelidir.*" anlayışıyla da örtüşmektedir. Avusturya Kartel Yasası'nda 2021 yılında yapılan bu değişikliklerin uygulamaya etkileri şu şekilde değerlendirilebilir:

- "Çevresel fayda"ların, belirli bir ürün/hizmetin sunulduğu veya daha iyi, daha yenilikçi, daha ucuz veya daha sürdürülebilir ürünlere yol açtığı ilgili pazardaki tüketicilere yönelik olmasına gerek görülmemekte ve söz konusu faydaların uygulandığı pazarla tamamen ilgisiz olabileceği kabul edilmektedir. Bunun yerine daha geniş toplum kesimi için oluşturulan çevresel faydalar muafiyet için yeterli olabilecektir.
- Çevresel faydaların hemen veya kısa vadede gerçekleşmesi şart görülmemekte, iş birliğinin yarattığı avantajlardan "gelecek neslin" faydalanması yeterli görülmektedir. Yasama, iklim koruma önlemlerini (yenilenebilir enerjiler ve emisyon azaltımları, doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımı, döngüsel ekonomiye geçiş katkıda bulunan önlemler veya ekosistemleri ve biyoçeşitliliği kurtarmaya veya restore etmeye yönelik önlemler gibi)

9 ACM, *Guidelines On Sustainability Claims*, Erişim Tarihi: 14.06.2022 <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/guidelines-sustainability-claims.pdf>

10 ACM, *Rules of thumb for sustainability claims have been finalized, serving as basis for ACM's enforcement*, Erişim Tarihi: 14.06.2022 <https://www.acm.nl/en/publications/rules-thumb-sustainability-claims-have-been-finalized-serving-basis-acms-enforcement>

11 Viktoria H.S.E. Robertson, *The New Sustainability Exemption in Austrian Competition Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Erişim Tarihi:17.06.2022 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3957551>

“ekolojik olarak sürdürülebilir ve iklim nötr bir ekonomiye” katkıda bulunan avantajlar olarak göstermiştir.

- Fiyat sabitleme anlaşmaları veya müşteri/bölge paylaşımı gibi kartel yasağının getirdiği ağır kısıtlamalar, sürdürülebilirlik gerekçesiyle muaf tutulamayacaktır.<sup>12</sup>

### 3. GEÇMİŞ VE YAKIN DÖNEM ÇEŞİTLİ UYGULAMALAR VE GİRİŞİMLER

Rekabet hukukunda sürdürülebilirlik teması bir önceki başlık altında anlatıldığı üzere, yakın dönemde düzenlemelere konu olmaya başlamış olsa da çeşitli sektörlerdeki sürdürülebilirlik girişimleri geçmişe dayanmaktadır. Bu başlık altında bazı örneklerle değinilecektir.

Bu konudaki önemli projelerden biri çamaşır deterjanlarında dozajın azaltılmasına ilişkin olarak International Association for Soaps, Detergents and Maintenance Products (“AISE”) tarafından 1997’de çeşitli Avrupa ülkelerinde hayata geçirilen projedir. Proje kapsamında çamaşır deterjanları için ülkeler “İyi Çevre Uygulama Kuralları(“Kurallar”)'nı kabul etmiş ve söz konusu Kurallar, AB Komisyonu tarafından alınan bir tavsiye kararıyla da onaylanmıştır.<sup>13</sup> Kurallar, çamaşır deterjanlarının daha sürdürülebilir tüketimini teşvik etmek için tasarlanmış “gönüllü” bir girişim olarak hayata geçirilmiştir. Coğrafi olarak, AB üyesi 27 ülke ve İzlanda, Lihtenştayn, Norveç ve İsviçre’de 17 farklı şirketin katılımıyla hayata geçirilen bu proje kapsamında, çamaşır deterjanları, ambalajlar ve biyolojik olarak az parçalanabilen organik bileşenlerin kişi başına tüketiminde (hepsi beş yıllık bir süre içinde %10 oranında) ve yıkama başına enerjide (dolayısıyla yıkama sıcaklığında) %5 oranında azalma için hedefler belirlenmiştir. Proje

kapsamında katılımcı şirketler tavsiye edilen dozajların 75 ml’den daha fazla olmaması hususunda mutabakat sağlamıştır. 04.06.2018 tarihinde proje çıktılarının paylaşıldığı “Sıvı Deterjanlar için Sürdürülebilir Çamaşır Deterjanı Projesi Kapanış Raporu<sup>14</sup>”unda ortaya koyulan sektörel ve çevresel faydalar sebebiyle ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bu ortak harekette herhangi bir rekabetçi endişe gündeme gelmemiştir.

Proje ekibi benzer bir çalışmayı Türkiye pazarı açısından da gerçekleştirmiştir.<sup>15</sup> Çamaşır deterjanları konsantrasyonu ülkemizde ilk defa 2009 yılında Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği (“SDSD”, bugünkü adıyla “KTSD”) bünyesinde yürütülen ve Rekabet Kurulu’nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/727167 sayılı kararıyla muafiyet verilen Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları Projesi(“YNÇDP/Proje”) ile gerçekleştirilmiştir. Proje kapsamında “konsantre” şekilde üretilmiş ürünlerin bilinçli bir şekilde kullanılması yoluyla çevreye daha az miktarda kimyasal salınımı yapılması, bunun yanı sıra daha az kullanıma bağlı olarak, enerji, ürünlerin paketlenmesi ve dağıtımı gibi noktalarda da tasarruf yaratılması hedeflenmiş ve bu hedefe ulaşılmıştır.

Rekabet Kurulu kararına konu olan bir diğer önemli girişim, beş demir-çelik şirketinin atık yönetimine ilişkin geliştirdikleri projedir. Rekabet Kurulu bu kararında<sup>16</sup>, teşebbüslerin Marzinc Geri Kazanım isimli şirketi kurma işleminin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında taraflar arasında iş birliği doğurucu yatay nitelikte çevresel anlaşma olması nedeniyle işleme menfi tespit verilemeyeceğine ancak 5. maddedeki muafiyet şartlarının tamamının karşılanması nedeniyle projeye bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir. Marzinc Geri Kazanım ana sözleşmesinde şirketin

12 Florian Reiter-Werzin, Maria Dreher, Amendment of Austrian Competition Law Strengthens Role of Sustainability, Erişim Tarihi: 17.06.2022, <https://sustainability.freshfields.com/post/102h6wl/amendment-of-austrian-competition-law-strengthens-role-of-sustainability>

13 98/480/EC: Commission Recommendation of concerning good environmental practice for household laundry detergents (notified under document number C(1998) 2163), 22.07.1998, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d9e096fa-ab22-4b72-80d6-469e6780c10b/language-en>, Erişim tarihi: 14.04.2022

14 International Association for Soaps, Detergents and Maintenance Products, Laundry Sustainability Project for Heavy Duty Laundry Liquid Detergents (LSP-L) Closeout Report, [https://www.aise.eu/documents/document/20190410122240-liquid\\_laundry\\_detergent\\_sustainability\\_project\\_lsp-l\\_closeout\\_report\\_june2018.pdf](https://www.aise.eu/documents/document/20190410122240-liquid_laundry_detergent_sustainability_project_lsp-l_closeout_report_june2018.pdf), Erişim Tarihi: 08.04.2022

15 “Comparative Life Cycle Assessment of compacted with non-compacted heavy duty powder detergent formulations in Turkey” – Study prepared by Procter & Gamble Brussels Innovation Center Central Product Safety – Environmental (Gert Van Hoof, Joost Dewaele) – Ağustos 2008

16 Rekabet Kurulu kararı, S. 09-39/946-233, T. 26.8.2009

amaçları; demir-çelik sektöründe filtreleme alanında geri kazanımlar sağlamak ve çevresel yatırım/koruma faaliyetleri yürütmek olarak belirlenmiştir. Teşebbüsün Rekabet Kurumu("Kurum")'na sunduğu Bildirim Formu'nda, demir-çelik sektöründeki işleyişten bağımsız bir yapı izleneceği belirtilmiştir. Demir-çelik tesisleri bacalarında oluşan baca tozları ve tufal<sup>17</sup> atıklarının oluşturduğu çevresel sorunlar nedeniyle Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmeliklerde atık baca tozları, tehlikeli atık olarak sınıflandırılarak teşebbüslere atık bertaraf tesisleri kurma yükümlülükleri getirilmiştir. Bu alanda, bu tür bir tesisin kurulumu için yüksek miktarda yatırım gerektiği ve bir demir-çelik üreticisinin tek başına böyle bir tesisi besleyecek miktarda atık tüketimi gerçekleştirmemesi nedenlerinden dolayı birden çok teşebbüsün ortak bir harekete gittikleri Kurum tarafından tespit edilmiştir. Ayrıca, Kurum'a göre anılan işlem, bir yurt dışı firması ile know-how transfer anlaşması yapılarak ekonomik ve teknik gelişme sağlayacaktır. Kurum'a göre, ilgili pazarda rekabet ortadan kalkmadığı gibi sadece tek bir oyuncunun faaliyet gösterdiği alana ikinci bir oyuncu geleceği için ilgili pazarda rekabet artacaktır. Sonuç olarak Kurul, bireysel muafiyet şartları sağlandığı için anılan işleme bireysel muafiyet tanımıştır. Söz konusu girişim halen aktif olarak faaliyetlerine devam etmektedir.

ACM, enerji sektöründe gerçekleştirilen iki iş birliğine yukarıda sözü edilen "Sürdürülebilirlik Anlaşmalarına İlişkin Taslak Kılavuz" ilkelerine uygun bir şekilde değerlendirmede bulunmuş ve izin vermiştir.<sup>18</sup> İlk girişim, işletmeler ve kuruluşlar tarafından bir rüzgâr santralinden ortak elektrik satın alınmasıyla ilgilidir. Diğer girişim, dağıtım sistemi operatörlerinin, şebeke yatırımları için hesaplama modellerinde karbondioksit için tek tip bir fiyat kullanmayı kabul etmesine ilişkindir. ACM konuya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, işbirliği sayesinde VEMW üyelerinin (pazardaki büyük oyunculardan ziyade özellikle küçük teşebbüsler) doğrudan üreticiden yeşil enerji temin etmesine olanak tanınmaktadır. Böylelikle, daha önce üzerinde anlaşmaya varılmış olan iklim

hedeflerinin gerçekleşme oranlarında artış ve yeni rüzgâr santrallerinin oluşmasına teşvik sağlanması beklenmektedir. Bunun yanında, teşebbüsler ve rüzgâr santrali geliştiricileri, işbirliği dışında da enerji satın alma ve satma seçeneklerine sahip olmaya devam edecektir. Otorite, bu sebeplerle iş birliğinin rekabet kurallarına aykırılık oluşturduğuna kanaat getirmiştir.

## SONUÇ

Paris İklim Anlaşması ve Yeşil Mutabakat çerçevesinde BM ve Avrupa Komisyonu tarafından atılan adımlarla çevresel hassasiyetlere dönük bir sürdürülebilirlik anlayışı gelişmektedir. Bu anlayış doğrultusunda, özel sektör tarafından gerçekleştirilecek girişimler açısından rekabet hukuku düzenlemeleri ve uygulamalarının da sürece adaptasyonu büyük önem arz etmektedir. Sürdürülebilirlik temalı yatay iş birliği anlaşmalarına yönelik gelişen muafiyet yaklaşımlarında temel olarak, geleneksel muafiyet değerlendirmelerindeki fayda analizinden farklı olarak daha geniş bir zaman dilimi ve farklı toplum/tüketici kesimleri üzerindeki etkinin ölçüldüğü bir analizin gelişmeye başladığını ve özellikle OECD tavsiyeleriyle birlikte düzenlemelere yansıdığı söylenebilecektir. Örneğin, AB rekabet hukukunda yatay iş birlikleri; fiyatlarda önemli artışlar yaşanmadığı, ayrımcı olmadığı, gönüllülük esasına dayandığı, rekabetin ortadan kalkmadığı durumlarda daha geniş nitelikli bir tüketici fayda analizine tabii olarak muafiyet alabilecektir. İngiltere'de, bir sürdürülebilirlik anlaşmasında rekabetin kısıtlanması, zarar görenlere kıyasla daha fazla tüketiciye çevresel fayda sunuyorsa bu faydalar 'adil bir pay' olarak değerlendirilecektir. Avusturya'da, çevresel faydaların kısa vadede gerçekleşmesi beklenmeyip, gelecek nesillerin de faydası göz önünde bulundurulacak söz konusu faydanın yalnızca ilgili pazarda değil başka pazarlarda da ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Tüm bunların yanında, her ülke açısından ortak olan husus ise fiyat sabitleme, müşteri/bölge paylaşımı gibi ağır kısıtlamaların muafiyet kapsamına alınmadığıdır.

<sup>17</sup> Çelik alaşımlarının yüksek sıcaklıkta tavlınması esnasında gerçekleşen oksitlenme sonucu oluşan demir oksit tabakasına tufal denmektedir.

<sup>18</sup> ACM - 28.02.2022

# İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETMESEL KARAR SEBEBİYLE FESHİ

Daniel Can EBDEN  
Avukat

Bengisu ÖZBEK  
Stajyer Avukat

## ÖZET

İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işletmenin en iyi şekilde yürütülmesini sağlamak adına aldığı kararlar işletmesel karardır. Alınan işletmesel karar sonucunda, işyerinde işçinin işe devamı işletmesel nedenlerden dolayı sağlanamayacak ise işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshe konu etmesi söz konusu olabilecektir. İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi ise 4857 sayılı İş Kanunu (“Kanun”)’nun 18. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde kapsamında işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için feshi, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir. İşbu makalemizde, işveren tarafından alınan işletmesel kararın niteliği ve işletmesel karara dayandırılarak yapılan geçerli nedenle fesih ile işletmesel kararın Yargıtay tarafından denetlenmesi hususları incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İşletmesel Karar, Yönetim Hakkı, İşletmesel Nedenler, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi, Yargısal Denetim.

## GİRİŞ

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesinin; Kanun uyarınca, işletmenin, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan bir sebeple feshedilmesi ve akabinde işçi tarafından işverene işe iade davası ikame edilmesi halinde, işverenin işletmesel sebeple yapmış olduğu feshin geçerli kabul edilebilmesi için Yargıtay feshin haklılığını gösteren işletmesel bir kararın feshe dayanak oluşturmasını aramaktadır. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları doğrultusunda, kural olarak her ne kadar işletmesel karar yargısal denetime tâbi tutulmasa da işletmesel kararın alınmasına ve içeriğine ilişkin olarak keyfilik denetimi yapılmaktadır. Bu kapsamda, Yargıtay’ın tutumu işletmesel kararın içeriğinin denetlenmesi yönünde değil; alınan işletmesel karar neticesinde yapılan fesihte feshin son çare olması, tutarlılık, keyfilik, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uyulup uyulmadığı bakımından denetim yapılması yönündedir.

## 1. “İŞLETMESEL KARAR” KAVRAMI

İşverenin yönetim hakkı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Düzenlemelere ve talimata uyma borcu” başlıklı 399. maddesinde, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Yönetim hakkı kapsamında değerlendirilen işletmesel karar alma özgürlüğü ise, işverenin çalışma ve sözleşme hürriyetinin bir yansıması olan girişim özgürlüğüne dayanan anayasal bir haktır.<sup>1</sup>

Anayasal hak olarak tezahür eden işletmesel karar, işverenin yönetim hakkı kapsamında işletmenin en verimli olacak şekilde işletilmesini sağlamak ve piyasadaki rekabet gücünü kaybetmemek adına üretim ve pazarlamaya yönelik olarak aldığı kararlardır. Bu doğrultuda, uygulamada işverenin aldığı işletmesel kararların temel olarak tesisat, stoklar gibi fiziksel veya materyal konulara, parasal değerlere veya çalışanlara ilişkin aldığı kararlar olduğu görülmektedir.<sup>2</sup> Nitekim, Yargıtay da kararlarında işletmesel kararı “İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş an-

1 Mehtap YÜCEL BODUR, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, İş ve Hayat Dergisi, Ağustos 2015, S. 140

2 Tankut CENTEL, İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s.142

lamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesih, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.”<sup>3</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

İşverenin işletmenin verimliliği adına alabileceği işletmesel kararın, şekli olarak geçerli olabilmesi için yazılı olması gerekip gerekmediği ise doktrinde tartışma konusudur. Yargıtay kararlarında işletmesel kararın yazılı olarak alınma zorunluluğunun bulunmadığına vurgu yapıldığı görülmektedir.<sup>4</sup> Bununla beraber, olası uyuşmazlıklarda işletmesel karara ilişkin olarak ispat noktasında problem yaşanmaması açısından işletmesel kararların yazılı olarak, örneğin, bir yönetim kurulu kararı tesis edilmesi suretiyle alındığı görülmektedir.<sup>5</sup>

## 2. İŞVERENİN ALDIĞI İŞLETMESEL KARARIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ: GEÇERLİ NEDENLE FESİH

Kanun’un 18. maddesi “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir. İlgili maddeden açıkça anlaşıldığı üzere, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin işletmenin, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Nitekim, Kanun’un 18. maddesinin gerekçesinde işyerinden kaynaklanan geçerli

sebeplerin işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebileceği belirtilmektedir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi, işyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olarak örnekendirilmiştir. Madde gerekçesinde işyerinden kaynaklı sebeplere dayanarak iş sözleşmesini fesheden işverenin, feshin son çare olması ilkesine riayet etmesinin önemi vurgulanmakta olup; geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir.

## 3. İŞLETMESEL KARARIN DENETİMİ

İşverenin işletmesel karar alırken dikkat etmesi gereken başlıca husus; işletmenin ihtiyaçları doğrultusunda alınacak olan işletmesel kararın, yönetim yetkisinin kötüye kullanılması şeklinde tezahür etmemesidir. Bu doğrultuda, işçinin ve işletmenin menfaatleri arasındaki dengenin korunması oldukça büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde, işverenin almış olduğu işletmesel kararlara dayanarak yapılan fesihlerin olası bir uyuşmazlıkta mahkemeler nezdinde geçersiz kabul edilme ihtimâli bulunmaktadır.<sup>6</sup> Nitekim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmü kapsamında tarafların haklarını dürüstlük kurallarına uygun ve iyi niyet çerçevesinde kullanması gerektiği, aksi taktirde yapılan işlemlerin hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına alınmıştır.

3 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 22.02.2010 tarih ve E.2010/2290 sayılı kararı

4 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 09.04.2014 tarih ve E.2014/6702 sayılı kararı

5 Hakan KESER, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.399

6 KESER, a.g.e., s.404

Önemle belirtmek gerekir ki işverenin almış olduğu işletmesel kararlar, keyfilik denetimi dışında bir yargısal denetime tâbi değildir. Yargısal denetime tâbi tutulan husus, işverenin işletmesel kararı neticesinde iş sözleşmesinin feshi söz konusu ise feshin hukuken yerinde ve gerekli olup olmadığı ile fesih için feshin son çare olması ilkesine riayet edilip edilmediği doğrultusundadır.<sup>7</sup> Nitekim, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da işverence alınan işletmesel kararların içerik bakımından denetlenmesi değil, karar neticesinde yapılan fesihlerde tutarlılık, keyfilik, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uyulup uyulmadığı yönündedir; *"Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi) feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız). İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka*

*uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır."*<sup>8</sup> İşbu kararda da vurgulandığı üzere işverenin almış olduğu işletmesel karar neticesinde yaptığı feshin denetimi ekonomik açıdan yapılmamaktadır. Yapılan denetim işletmesel kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin istihdamı ihtiyacını gerçekten ortadan kaldırıp kaldırmadığı ile işletmesel karar neticesinde yapılan feshin son çare olması ilkesine uygun olup olmadığına ilişkindir.

İlaveten, işverenin işletmenin gerekleri doğrultusunda alacağı işletmesel kararın içeriğini belirlerken herhangi bir bilimsel veriye dayanması da gerekmemektedir. Ancak bazı hallerde işveren işletmenin giderlerinin belirli düzeyi aştığına, giderlerin nasıl azaltılabileceğine ve kar oranının nasıl artırılabilmesine ilişkin olarak birtakım araştırmalar ve raporları alanında uzman kişilerden talep edebilmektedir.<sup>9</sup> Nitekim, işletmesel nedenlerle yapılan fesihlerde Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda bazı hallerde işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti için gerekli araştırmaların yapılması ve raporların hazırlanması akabinde feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır. Ancak söz konusu uygulama işverenler tarafından işletmesel karar alınabilmesi için geçerlilik şartı olmayıp olası uyuşmazlıklarda işverenin ispat gücünü arttıran ve mahkemelerin karar verebilmesine yardımcı olarak yargılama sürecini hızlandıran belgeler niteliğindedir; *"İş yeri gerekleri ve ekonomik sebeplere dayalı geçerli sebeple fesihlerde öncelikle fesih için sebep gösterilen iş yeri gereklerinin ve ekonomik nedenlerden olumsuz etkilenme bulunup bulunma-*

7 KESER, a.g.e., s.413

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.12.2014 tarih ve E.2014/27484 sayılı kararı

9 KESER, a.g.e., s.416-418

*düğünün ve feshin de bunun sonucu olup olmadığının başka bir anlatım ile işyeri gereklerinin ve ekonomik sebeplerle fesih işlemi arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Davalı iş yerinde muhasebeci, işletme uzmanı ve iş hukuku uzmanı olmak üzere üç kişiden oluşacak bilirkişi kurulu eşliğinde keşif yapılmadan, iş yerinin mali bilançosu ve defterleri bilirkişi aracılığıyla incelenmeden eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”<sup>10</sup>*

İşverenin almış olduğu işletmesel karar neticesinde işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için dikkate alması gereken bir diğer husus ise feshin son çare olarak uygulanmasının gerekliliğidir. Yukarıda yer vermiş olduğumuz ölçülülük ilkesi ile ilişkili olan feshin son çare olması işveren tarafından riayet edildiği yönünde değerlendirme yapılabilmesi için, işverence dayanılan geçerli sebebin işçinin iş görme edimini yerine getirmesinde olumsuzluk yaratıyor olması ve fesihle dayanılan sebeple işçinin ifa etmekte olduğu iş görme edimi arasında illiyet bağı kurulmuş olması gerekmektedir.<sup>11</sup> İşletmesel karar ile hedeflenen amaca işçinin iş sözleşmesinin feshi dışında başka bir yol ile ulaşılabiliriyorsa, yapılan feshin geçerli bir nedene dayandığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Nitekim, Yargıtay tarafından feshin son çare olması ilkesinin geçerli nedenle yapılan fesihlerde aranan başlıca kriter olduğu da yerleşik içtihatlar ile sabittir; “hizmet süresi ve işletmenin büyüklüğü dikkate alındığında davacının işletme içinde başka bir işte, ya da varsa davalı işverenin aynı işkolunda diğer işyerinde aynı işte değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şayet, sözü edilen ilke de dikkate alınmış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın şimdiki gibi reddi gerekir. Yapılacak araştırma sonucunda, feshin son çare olmadığının anlaşılması durumunda ise davanın kabulüne karar verilmelidir.”<sup>12</sup>

Bununla birlikte, Yargıtay vermiş olduğu kararlarında işverenin almış olduğu işletmesel karar neticesinde işçiye teklif ettiği çalışma

koşullarını kabul etmemesi gerekçesiyle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi ve işletmenin işleyişinin sağlanması gereği yeni işçinin işe alınması durumunu; yukarıdaki ilkeleri riayet edilmiş olması şartıyla feshin son çare olması ilkesine aykırılık olarak değerlendirmemektedir; “Somut uyuşmazlıkta; dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerden otel olan davalı işyerinde, yaşanan terör olayları, siyasi krizler vs nedeniyle müşteri azalmasına bağlı olarak mali sıkıntı yaşandığı, davalı işverenin bu sıkıntıyı aşabilmek için işletmesel karar alıp, tüm çalışanları toplayarak onlara birinci seçenek olarak; ayda 4 gün ücretsiz izin kullanması ve ücretinin (SGK primlerinin de ) bu oranda eksik olarak ödenmesini, ikinci seçenek olarak ise, denkleştirme usulü çerçevesinde haftalık çalışma süresinin ortalama 38 saate düşürülerek ücretinin %15 oranında düşürülmesi, yine aksi bir karar alınmadığı durumda 01.01.2017 tarihinden itibaren özlük haklarının 31.08.2016 tarihindeki çalışma koşulları ile aynen devam edeceği yönünde teklifte bulunulduğu, bu seçeneklerden birisini kabul eden işçiler ile çalışmaya devam edildiği, kabul etmeyen işçilerin ise tamamının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesi gereği feshedildiği, bu işçilerin yerlerine kabul edilmeyen şartları aynen kabul eden yeni işçiler alındığı, davalı işveren mali sıkıntıdan kurtulunca da kısa süre sonra normal düzene geçildiği anlaşılmaktadır. İşverenin aldığı işletmesel karar feshin son çare olması ve ölçülü olması ilkelerine uygun olduğu gibi işverence tutarlı bir şekilde de uygulanmıştır. Her ne kadar çıkartılan işçilerin yerlerine yeni işçiler alınmış ise de, işe yeni alınan işçiler çıkarılan işçilerin kabul etmediği seçeneklerden, birisini kabul etmeleri üzerine işe alınmakla birlikte, yeni işçi alımının işletmenin devamı için zorunluluk arz ettiği de ortadadır. Açıklanan nedenle feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek işe iade davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır.”<sup>13</sup>

Yukarıda yer vermiş olduğumuz Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere; işletmesel karara dayandırılarak yapılan fesihlerde, işverenin yapılan feshin tutarlılık, keyfilik, gereklilik ve ölçülülük ve feshin son çare olması ilkelerine uygun olup olmadığı hususları inceleme konusu yapılmaktadır.

10 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 21.05.2012 tarih ve E.2011/8982 sayılı kararı

11 KESER, a.g.e., s.405

12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 24.04.2007 tarih ve E.2007/11602 sayılı kararı

13 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 18.04.2019 tarih ve E.2019/2021 sayılı kararı

## SONUÇ

İşverenlerce alınan işletmesel kararlar neticesinde yapılan fesih işlemlerinin feshin son çare olması, tutarlılık, ölçülülük, gereklilik ve keyfilik ilkelerine riayet edilerek yapılmış olması işletmesel karara dayanarak yapılan fesihlerin olası uyuşmazlıklarda geçerli kabul edilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar işletmesel kararların içerik denetimi Yargıtay tarafından yapılmamakta ise de işveren tarafından alınacak işletmesel kararın işletmenin daha verimli yürütülebilmesi ve ekonomik çıkarlarının korunabilmesi için gerekli olduğuna ilişkin somut verilerin toplanması ve belgelenmesi, işletmesel kararın yazılı olarak yapılması olası uyuşmazlıklarda işverene ispat kolaylığı sağlayacaktır.





# KARAR İNCELEMESİ:

## İŞÇİ VE İŞVERENİN ANLAŞARAK ÜCRETİ DÜŞÜRMEŞİ ÜCRETE İNDİRİM YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEZ

Burçak KANDEMİR ÖZGEN  
Avukat

Dilara YANGINCI  
Avukat

### ÖZET

Bu makalemizde 4857 Sayılı İş Kanunu ("İK")'nin 62. maddesinde yer alan ücrette indirim yasağını işverenin tek taraflı eksiltmeye gitmesi ile sınırlı olduğu, işçi ve işverenin aralarında anlaşarak ileriye doğru ücret düşüklüğüne gidebilecekleri yönündeki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.11.2021 tarihli 2021/8211 E., 2021/15454 K. sayılı kararı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Esaslı değişiklik, Ücrette İndirim Yasağı, Çalışma Koşulları, Yazılı Rıza, Zımni Kabul.

### GİRİŞ

İş sözleşmelerinin ifasının uzun bir süreye yayılan birden çok edimden oluşması ve bu edimlerin ifasının kesintisiz devamlılık arz etmesi; çağın, günümüz teknolojilerinin, faaliyet alanlarına göre ülkemizde ve dünyada ortaya çıkan gelişmelerin ruhuna uyum sağlamak amacı ile dinamik bir yapıya sahip olmasını kaçınılmaz kılmaktadır. İş sözleşmelerindeki bu dinamik yapı, çoğu zaman işin yürütüldüğü işyerinde yahut işletmede yeni talep ve ihtiyaçlar doğmasına sebebiyet vermekte yine bu talep ve ihtiyaçların karşılanması ve gelişen koşullara ayak uydurulması için işveren tarafından çözümler üretilmesini gerektirmektedir. Bu durum, en sık çalışma koşullarında değişikliğe gidilmesi hâli ile karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup>

Çalışma koşulları en genel tanımı ile iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesine bağlı hak ve borçların bütünüdür. İK madde 22'de çalışma koşullarının ne olduğuna ilişkin sınırlandırıcı (numerus clausus) bir tanım getirilmemiştir. Nitekim, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik içtihatlarında da Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin

bütününe, çalışma şartları olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde tespitte bulunulmuştur.

İşçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu, iş sözleşmesinin esas unsurlarından olup çalışma koşullarının en önemlileridir. Bunların yanı sıra işin nerede, ne zaman görüleceği, çalışma süreleri, işin türü, yıllık izin süreleri, işçinin ücretine ek olarak hak ettiği yan haklar, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, eğitim, yakacak, ikramiye, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma şartları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması yahut işçinin bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesi de çalışma koşulları arasında yer almaktadır.

Burada belirtmek gerekir ki işçi ve işveren aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarındaki bu değişiklik, geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacak olup anlaşma tarihinden itibaren hüküm ifade edecektir. Ancak 1457 sayılı İş Kanunu'nun aksine, İK'da geçerli bir şekilde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması, belirli prosedür ve şartların yerine getirilmesini zorunlu kılmıştır.

Çalışma koşullarında değişikliğe gidilmesinde aranan şartlar, İK madde 22'de yer almakta olup ilgili madde "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel

<sup>1</sup> M. İlhan SEÇKİN, Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 121, Kasım 2015, Sayfa: 343-380.

yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamalarıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi, değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hükümden anlaşılacağı üzere, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe gitmesi hâlinde öncelikle değişiklik teklifini işçiye yazılı olarak bildirmesi ve altı iş günü içinde işçinin yazılı rızasını alması zorunludur. Yazılı rıza değişiklik için geçerlilik şartıdır. İşçinin altı iş günü içerisinde yazılı onay vermemesi, değişikliğe sessiz kalması veyahut kabul etmediğini bildirmesi durumunda değişiklik hükümsüz kalacaktır.<sup>2</sup>

Burada işverenin işçiye ücretinde azalmaya yol açacak bir değişiklik teklifinde bulunması hâlinde işçinin yazılı onay vermesine rağmen, İK madde 62’ye aykırılık ortaya çıkıp çıkmayacağı, bu madde hükmü kapsamında yazılı onayın hükümsüz kalıp kalmayacağı önemli bir sorundur. İK madde 62 “Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.”<sup>3</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde İK’nın hükümlerinden birinin uygulanmasına dayanılarak dahi ücretten eksiltme yapılamayacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 04.11.2021 tarihli ve 2021/8211 E., 2021/15454 K. sayılı kararında<sup>4</sup> konuya ilişkin önceki kararları<sup>5</sup> ile benzer şekilde İK madde 62’de yer alan ücrette indirim yasağının işverenin tek taraflı eksiltmeye gitmesi ile sınırlı olduğunu, işçi ve işverenin aralarında anlaşarak ileriye doğru ücret düşüklüğüne gidebileceklerini, ücrette düşüklüğe gidilmesine ilişkin yazılı onayın geçerli olduğunu tespit etmiştir. İlgili kararda;

#### • DAVACI TARAFIN İDDİALARI VE TALEPLERİ

Davacı vekili, müvekkilinin hava limanında güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, müvekkilinin ücretinden 2012 yılı içinde peyderpey toplam 2.450,00 TL civarında kesinti yapıldığını, müvekkilinin yazılı izni alınmadan ücretinden geçmişe dönük kesinti yapılmasının İK’nın 22. ve 62. maddelerine açıkça aykırı olduğunu, müvekkilinin ücretinin asgari ücretin iki katı olarak ödendiğini, 01.01.2012 tarihinden sonra ise yasaya aykırı olarak düşürülüp asgari ücretin 1,5 katı üzerinden hesaplanarak ödenmeye başlandığını ileri sürerek, ücret alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

#### • DAVALI TARAFLARIN CEVAPLARI

Davalı ... vekili, personele fazladan ödeme yapıldığı yönünde düzenlenen müfettiş raporu gereğince ücret kesintilerinin yapıldığını, ücretlerin yasaya aykırı bir şekilde düşürüldüğünü, kanun ve mevzuatlar ile belirlenen tüm hak ve alacaklar bakımından sorumluluğun yüklenici firmaya ait olduğunu, müvekkilinin işçilik alacaklarından sorumlu tutulmasının mümkün bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

<sup>2</sup> Nuri ÇELİK, Nurşen CANIKLIOĞLU, Talat CANPOLAT, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım, 29. Baskı, Eylül 2016, s. 192-199., Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım, 20. Baskı, İstanbul 2020, s. 670 vd.

<sup>3</sup> www.mevzuat.com.tr. Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>4</sup> www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>5</sup> Benzer yönde: Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 02.04.2015 tarih ve E.2015/7963, K.2015/12407 sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 12.06.2017 tarih ve E.2017/34849, K.2017/13914 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 25.02.2021 tarih ve E.2020/1499, K.2021/5105 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 28.2.2018 tarih ve E.2017/5745, K.2018/4488 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 23.09.2019 tarih ve E.2016/9412, K.2019/16512 K sayılı kararı.

Davalı ... Güvenlik Hiz. A.Ş. vekili, davacının diğer davalı nezdinde görev yaptığını, diğer davalı ile müvekkili arasında alt işveren üst işveren ilişkisinin bulunmadığını, davaya konu alacaklardan sorumluluğunun bulunmadığını, İK'nın 69. maddesine eklenen düzenleme gereğince yazılı onayının alınması şartı ile davacıya 7,5 saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilceğini ve davacının yapmış olduğu gece çalışmasının ödenen ücretin içine dâhil olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

### **İLK DERECE MAHKEMESİ VE BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARLARININ ÖZETİ:**

İlk Derece Mahkemesince, davacının yazılı onayı olmaksızın ücretten geçmişe dönük kesinti yapılması ve ücretin indirilmesinin mümkün olmadığı ve bu tür düzenlemelerin İK'nın 22. ve 62. maddelerine aykırılık teşkil edeceği, davacının bilirkişi raporunda belirtilen dönemlere ait fark ücret alacağının ödendiğinin davalı tarafından kanıtlanamadığı, tanık beyanlarından ve emsal dava dosyalarından davacının fazla mesai yaptığı ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığının tespit edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ücret alacağına ilişkin davalılar itirazlarını yerinde görmemiştir.

Davalı vekilleri tarafından karara karşı temyiz yoluna başvurmıştır.

#### **• YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARINDA;**

“Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacıya 2012 yılı Ocak ayından itibaren ödenen aylık ücretinin önceki seneye göre az ödenmesinin İK'nın 22. maddesi kapsamında geçerli olup olmadığıdır.

İK'nın 22. maddesinin birinci fıkrasının asıl konuluş amacı, işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine karşı işçiyi korumak; işçinin isteği dışında işini, işyerini ve diğer çalışma şartlarını değiştirecek işveren davranışlarına engel olmaktır. Öte yandan, İK'nın 62. maddesinde, her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin ka-

nuni olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamayacağı belirtilmiştir. İK'nın 62. maddesinde düzenlenen ücretlerde indirim yapılamayacağı yasağı, işverenin tek taraflı indirim yapamaması ile ilgilidir. Taraflar karşılıklı anlaşarak ve ileriye dönük her zaman asgari ücretin altına inmemek şartıyla ücrette indirim yapabilirler. Zira işyerinin ekonomik şartları bunu zorunlu kılabilir ve işçi işsiz kalmamak için bunu kabul edebilir.

Somut uyuşmazlıkta, işçi ile alt işveren şirket arasında düzenlenen 01.01.2014 – 31.12.2014 ve 01.01.2015 – 31.12.2016 dönemlerine ilişkin iş sözleşmelerinde davacının ücretinin yazılı olduğu, buna göre davacının bu tarihten sonrası yönünden aylık ücretine ilişkin bu değişikliği yazılı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, ücret farkı alacağı talebinin 01.01.2014 tarihinden öncesi için kabul edilmesi ve bu tarihten sonraki dönem için reddi gerekirken tüm dönem için kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Burada Yargıtay'ın İK madde 62 hükmünü ekonomik şartlar ve sosyal olguları dikkate alarak istihdamın devam edebilmesi için geniş yorumladığını, İK madde 22'nin usulüne uygun şekilde yürütülmesi hâlinde ücrette eksiltmeye gidilmesini geçerli saydığını anlamaktayız. Hâlbuki maddenin lafzi yorumuna ve madde gerekçesine bakıldığında İK hükümlerinin uygulanmasına dayanılarak dahi ücrette eksikliğe gidilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın buradaki yorumu yaşam koşulları ve sosyal olgulara daha uygun olsa da madde hükmü ile çelişmektedir. Burada yapılması gereken, Kanun koyucu tarafından hükümde değişikliğe gidilerek tarafların aralarında yazılı anlaşmaları olmadıkça istisnasının eklenmesi olacaktır.

Açıklanması gereken bir diğer husus, Yargıtay'ın ücrette eksiltmeye gidilmesi yönündeki

değişiklikte işçinin açık rızasını araması, zımni kabulü geçersiz saymasıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2021 tarihli ve 2020/6489 E., 2021/4195 K. sayılı kararında;

*“İşçinin aldığı ücret miktarının düşürülmesi, ikramiyenin veya sosyal yardımın kaldırılması, işçinin işyeri organizasyonunda mevcut görevinden daha alt seviyedeki bir göreve atanması, çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar, İK'nın 22. maddesi anlamında iş sözleşmesinin içeriğinin işçi aleyhine değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu tür değişiklikler, yukarıda sözü edilen kurallar doğrultusunda ancak işçinin yazılı onayı ile yapılabilir. İşçinin açıkça onay vermediği esaslı değişiklikler işçiyi bağlamaz. Ücret indirimine dair esaslı değişikliğin işçi tarafından açıkça kabul edilmemesine rağmen ödeme döneminde daha az ücret ödenmesi, hatta bu ödemeye dair ücret bordrosunun işçi tarafından imzalanması durumunda dahi işçinin fark ücret isteme hakkı devam eder.”<sup>6</sup>*

şeklinde hüküm tesis etmiş olup, işçinin açık yazılı onayı olmaması hâlinde düşük ücret tahakkuklarının bulunduğu bordroları ihtirazi kayıtsız imzalasada dahi değişikliğin yürürlüğe girmediğini kabul etmiştir.<sup>7</sup> Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı ihtirazi kayıt konulmaksızın imzalanmış bordroların kesin delil niteliğinde olması, işçinin bordroda yer alan tahakkuklardan daha fazla ücret hakkının bulunduğu yönündeki iddiasını eş değer yazılı belge ile ispatlaması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlarına<sup>8</sup> aykırılık teşkil etmektedir.

## SONUÇ

İK madde 22'de düzenlenen çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin hükümdede yer alan şartların ve prosedürlerin usulüne uygun yerine getirilmesi hâlinde, işçinin ücretinde eksikliğe gidilmesi geçerli olacaktır. İK madde 62'de yer alan ücrette indirim yasağı işverenin tek taraflı eksiltmeye gitmesi ile sınırlıdır. Ancak işçinin açık yazılı onayı geçerlilik şartı olup işçi düşük ücret tahakkuklarının bu-

<sup>6</sup> www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>7</sup> Ömer EKMEKÇİ, Esra YİĞİT, Bireysel İş Hukuku Dersleri, Oniki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, Kasım 2021, s.108.

<sup>8</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2.7.2019 tarih ve E.2017/23154, K.2019/14765 sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2.7.2019 tarih ve E.2017/23154, K.2019/14765 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.5.2019 tarih ve E.2016/1547, K.2019/10591 sayılı kararı.

# İŞ HUKUKU MEVZUATINDA YER ALTI MADEN İŞÇİLERİ

Melike SAĞLAM

Avukat

## ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili mevzuatı, işçilerin asgari çalışma koşullarını ve sınırlarını belirlemiş olmakla birlikte, kadın işçiler, çocuk işçiler, genç işçiler, yer altında çalışan işçiler, engelli işçiler gibi bazı işçi gruplarını gerek yapılan işin gerekse işyeri koşullarının niteliği sebebiyle koruma altına almış ve bu işçilerin çalışma şartlarını özel olarak düzenlemiştir. Böylece çeşitli işçi grupları bakımından bazı işçilik haklarına ulaşım kolaylaştırılmış, çalışma saatleri azaltılmış, bazı hâllerde ise işverene çalıştırma yasakları getirilmiştir. İşbu makalede de yer altında çalışan maden işçileri bakımından iş hukuku mevzuatında yer alan özel düzenlemeler incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Yer Altı Maden İşçileri, İş Hukuku Mevzuatı, Çalışma Koşulları, Çalıştırılma Yasakları.

## GİRİŞ

İş hukuku temelinde, iş ilişkisinde dezavantajlı taraf olan işçiyi koruma amacı taşıyan ve bu nedenle işçi lehine yorum ilkesi üzerine kurulmuş bir hukuk dalı olup hukukumuzda işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi, işçilerin asgari çalışma koşulları ve sınırları, 4857 sayılı İş Kanunu (“İK”) ve ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Bu düzenleme sırasında farklı işçi gruplarının farklı ihtiyaçları olduğu da dikkate alınarak işin veya işyerinin koşullarına göre bu işçi gruplarına özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda yer altı maden ocağı işlerinde çalışan işçiler bakımından da İK başta olmak üzere birçok kanun ve yönetmelik ile özel hükümler getirilmiş ve niteliği gereği oldukça tehlikeli bir işte beden ağır görevleri yerine getiren yer altı maden işçilerini korumak adına çalışma koşulları yumuşatılmaya çalışılmıştır.

## 1. ÇALIŞMA KOŞULLARI BAKIMINDAN ÖZEL DÜZENLEMELER

### a. Çalışma Süreleri

İK madde 63/1 uyarınca, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. (Ek cümle:

10/9/2014-6552/7 md.; Değişik cümle: 4/4/2015-6645/36 md.) Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir.” Bu bağlamda kanun, işçilerin haftalık çalışma süresi bakımından 45 saatlik bir sınır öngörmekte fakat bu sınırı yer altında çalışan maden işçileri bakımından daha da aşağıya çekerek bu işçilerin haftada en fazla 37,5 saat çalışabileceklerini belirtmektedir.

Benzer bir şekilde, İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği (“Çalışma Süreleri Yönetmeliği”) madde 4/3’te yer alan “Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşmaz.” hükmü uyarınca, kural olarak işçilerin günlük çalışma süresi en çok 11 saat olabilecek iken İK madde 63/1 uyarınca, yer altı maden işçilerinin günlük çalışma süre sınırı da aşağıya çekilerek söz konusu işçilerin günde en fazla 7,5 saat çalıştırılabileceği belirtilmiştir.

Bu noktada değinmek gerekir ki çalışma süresinden sayılan hâlleri düzenleyen İK madde 66 uyarınca, “a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler” ile “c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir hâlde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler” de işçinin günlük çalışma süresinden sayılmıştır. Bu bağlamda Yargıtay<sup>1</sup>, işçilerin tertibe girmelerinin veya kazma, kürek, lamba

1 Gaye Baycık, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri”, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.74, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 29.09.1977 tarih ve 10997/13816 sayılı kararı

vb. alma şeklindeki hazırlık işlemlerinin iş süresinden sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

Fazla çalışmalar bakımından ise; fazla çalışma ücretini düzenleyen İK madde 41 uyarınca, kural olarak, haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma kabul edilmekte ve bu hâllerde her bir saat fazla çalışma için işçiye verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 arttırılması suretiyle belirleneceği belirtilmektedir. Öte yandan, İK madde 41/9 hükmü ile yer altı maden işçilerine, İK madde 42’de düzenlenen zorunlu nedenlerle fazla çalışma veya İK madde 43’te düzenlenen olağanüstü fazla çalışma hâlleri dışında fazla çalıştırılma yaptırılması yasaklanmış, İK madde 42 ve İK madde 43’te sayılan bu hâllerde haftalık çalışma sınırı olan 37,5 saati aşan her bir saat fazla çalışma için ise normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %100’den az olmamak üzere arttırılması suretiyle ücret ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada eklemek gerekir ki İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (“Fazla Çalışma Yönetmeliği”) madde 9 uyarınca, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçilerden onay alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Keza söz konusu Yönetmeliğin 7. maddesi, yapılan işin niteliğini dikkate alarak fazla çalışma yapılamayacak işleri de düzenlemekte, bu bağlamda İK madde 63/son uyarınca, sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler ile maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yaptırılmayacağına değinmektedir. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde çeşitli maden işleri de sayılmaktadır.

Bu bağlamda, yasak olmasına rağmen yer altı maden işçisine normal fazla çalışma yap-

tırılması, bir diğer deyişle yer altı maden işçisinin günde 7,5 saatten ve/veya haftada 37,5 saatten fazla çalıştırılması hâlinde işverenin, söz konusu işçilere fazla çalışma sürelerine ilişkin ücretlerini kanunun öngördüğü şekilde en az %100 zamlı olarak ödemesi gerekecektir. Nitekim, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi de bir kararında<sup>2</sup>, yerel mahkemenin bu yönde kurduğu hükme katılmıştır: “... *davalı işyerinde haftanın 6 günü 8 saat çalıştığı, 1 saat ara dinlenme düşüldüğünde günlük çalışmanın 7 saat, haftalık çalışmanın 6x7=42 saat olduğu, ancak ilgili yasal düzenleme gereği yer altı maden işlerinde çalışanların haftalık çalışma süresinin 37,5 saat olarak sınırlandırıldığı, buna göre davacının haftalık 42-37,5=4,5 saat fazla çalışmasının bulunduğu, yine ilgili yasa gereği fazla mesai saat ücretinin iki katı ile ve %20 hakkaniyet indirimi ile hesaplanan net fazla mesai ücreti alacağıının 3.142,66-TL olduğu...Hükme esas alınan bilirkişi raporunda 01/01/2015 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı yasanın 4. maddesi ile değişik 4857 sayılı yasanın 41. maddesinde getirilen yer altı maden işçileri ile ilgili düzenleme dikkate alınarak 01/01/2015 tarihinden sonraki dönemde davacının haftada 42 saat çalıştığı, 37,5 saati aşan 4,5 saat haftalık fazla mesainin bulunduğu kabul edilerek hesaplamalar yapılmıştır... Tanık beyanları ile ispatlanan fazla mesai ücreti alacağına hükmedilmesi yerinde olmuştur.”*

Bununla birlikte söz konusu yasağın çiğnenmesi sebebiyle İK madde 104 uyarınca, İK madde 63 ve bu maddede belirtilen Yönetmelik’te belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran işveren veya işveren vekiline 2022 yılında 4.173-TL idari para cezası, İK madde 102/c uyarınca, 41. maddede belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için 755-TL idari para cezası kesilebilecektir.

## **b. Yıllık İzin Hak Ediş**

İK deneme süresi de dâhil olmak üzere işyerinde işe başladığı günden itibaren en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilmesi

<sup>2</sup> Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi’nin 25.6.2020 tarih ve E.2019/324, K.2020/752 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 15.06.2022

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/gaziantep-bam8-hd-e-2019-324-k-2020-752-t-25-6-2020>

gerektiğini düzenlemektedir. Bu bağlamda, İK madde 53/4'te yer alan “İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dâhil) olanlara on dört günden, b) Beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden, c) On beş yıl (dâhil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden, Az olamaz. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/5 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır...” hükmü uyarınca, yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin yıllık izin sürelerinin de kanunda belirtilen asgari günlere dörder gün eklenerek hesaplanması gerekmektedir. Bu durumda, kıdemi 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dâhil) olan yer altı maden işçilerinin yıllık izni 18 günden, 5 yıldan fazla 15 yıldan az olan yer altı maden işçilerinin yıllık izni 24 günden, 15 yıl (dâhil) ve üzeri olan yer altı maden işçilerinin yıllık izni ise 30 günden az olamayacaktır. Ancak elbette İK madde 53/5'te yer alan “Ancak onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.” hükmü uyarınca, 50 yaş ve üzerinde olan yer altı maden işçilerine verilecek yıllık izin süresi hiçbir şartla 20 günün altında olamayacaktır.

### c. Ücretin Belirlenmesi

İK madde 39'da düzenlenen “İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.” hükmü uyarınca, işçilere ilgili dönemde Asgari Ücret Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücretten daha düşük ücret ödenememektedir.

3213 sayılı Maden Kanunu ise linyit ve taşkömürü çıkarılan işyerlerinde yer altında çalışan işçiler için ayrı bir düzenleme getirmiş ve bu işçilere ödenmesi gereken ücretin asgari sınırını çok daha yüksek belirlemiştir. Zira, Maden Kanunu ek madde 9 uyarınca “(Ek: 10/9/2014-6552/9 md.) **Bu Kanunun 2nci maddesinde sayılan 4. grup madenlerden “Linyit” ve “Taşkömürü” çıkarılan işyerlerinde, yer altında çalışan işçilere ödenecek ücret miktarı 4857 sayılı Kanunun 39 uncu maddesi uyarınca belirlenen asgari ücretin iki katından az olamaz.**”

## 2. ÇALIŞTIRILMA (İŞ AKDİ) YASAKLARI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (“Anayasa”) madde 48/1 uyarınca “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” Bu minvalde kural olarak, hukukumuzda sözleşme serbestisi olmakla birlikte, anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmü ile Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar...” hükmü uyarınca bu kurala bir istisna getirilmiştir. Bu bağlamda, sosyal devletin işçiyi koruma yükümlülüğü kapsamında kanun ile iş hukukunda sözleşme serbestisine çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların işçinin sağlık durumuna, yaşına, cinsiyetine ve işin niteliğine göre değişebildiği, bazı hâllerde sözleşme yapma zorunluluğunun bazı hâllerde ise sözleşme yapma yasağının düzenlendiği görülmektedir.

Bu bağlamda mevzuatta, niteliği dolayısıyla yer altında yapılan işler için çeşitli sözleşme yapma yasakları öngörülmüştür. Örneğin, İK madde 30/4 uyarınca, yer altı ve su altı işlerinde engelli işçi çalıştırılması yasaklanmış ve engelli işçi çalıştırma zorunluluğu olan işyerlerinde istihdam edilmesi gereken engelli işçi sayısının hesabı için işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde, yer altı ve su altı işlerinde çalışanların hesaba katılmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda söz konusu hüküm, yer altı maden işlerinde çalışan işçiler bakımından da uygulama alanı bulacak ve yer altı maden işlerinde engelli işçi çalıştırılmayacaktır.

İlaveten, İK madde 72 uyarınca “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.” İşbu madde uyarınca, maden ocaklarındaki yer altı işlerinde kadın işçilerin ve 18 yaşını doldurmamış erkek işçilerin çalışması yasaklanmıştır.

Bu noktada değinmek gerekir ki Türkiye Cumhuriyeti'nin (“Türkiye”) 09.06.1937 tarihin-



de 3229 sayılı Kanun ile onayladığı ve 23.06.1937 tarih ve 3638 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 45 No’lu İLO Sözleşmesi’nin (“Yer altı İşleri (Kadınlar) Sözleşmesi”)<sup>3</sup> 2. maddesinde de benzer şekilde “Kadın cinsinden hiçbir şahıs, yaşı ne olursa olsun maden ocaklarında yeraltı işlerinde çalıştırılmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Ancak akabinde sözleşmenin 3. maddesi ile devletlere, bu hükme bazı kimseler için ulusal kanunlarla istisna tanıma hakkı verilmiştir: “Millî kanunla yukarıda yazılı memnuniyeten şu kimseler istisna edilebilirler: a) Sevki idare vazifesi ile mükellef olup, bedenen çalışmayan şahıslar, b) Sıhhi ve sosyal hizmetlerde çalışan şahıslar, c) Mesleki bilgilerini tamamlamak maksadıyla bir maden ocağında yeraltı işlerinde staj görmelerine müsaade edilen tahsildeki şahıslar, d) Bedenen çalışma mahiyetinde olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yeraltı kısımlarına tesadüfi olarak inmesine lüzum görülen diğer bütün şahıslar.” Bu bağlamda devletler, ulusal düzenlemeleri ile maden ocaklarındaki yer altı işleri içerisinde bulunan söz konu işler bakımından kadın işçi çalıştırılmasını mümkün kılacaktır. Türkiye’nin ise kadınların yer altı maden işlerinde çalışması konusunda istisnai bir yasal düzenlemesinin bulunmadığı görülmekte, ancak bu durumun yer altı maden işlerinde kadın işçi çalıştırma yasağının amacı ile bağdaşmadığı, özellikle bu konuda ihtisas sahibi kadın işçiler için özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği öğretide isabetle savunulmaktadır.

Bu bağlamda, İK madde 104/2 uyarınca, 72. maddeye aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde 18 yaşını doldurmamış erkek çocukları, gençleri ve her yaşta kadınları çalıştıran işveren veya işveren vekiline 2022 yılı için 4.173-TL idari para cezası kesilebilecektir.

Doğrudan yer altı maden işyerleri için iş ilişkisinin niteliği bakımından öngörülmüş bir diğer yasak ise geçici iş ilişkisinde bulunmaktadır. Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulan iş ilişkisi olup

bu ilişkinin kurulması ve yürütülmesi kanunen sıkı şartlara bağlanmış, İK madde 7/4 uyarınca yer altında maden çıkarılan işyerlerinde özel istihdam bürosu aracılığı ile geçici iş ilişkisi kurulması yasaklanmıştır: “Bu Kanunun 29 uncu maddesi kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında geçici iş ilişkisi kurulamaz.”

İşbu maddede öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı olarak geçici işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline ise İK madde 99/1.b uyarınca bu durumdaki her bir işçi için 2022 yılında 664-TL idari para cezası kesilebilecektir.

### 3. İŞ GÜVENCESİ BAKIMINDAN ÖZEL DÜZENLEMELER

İK madde 18 uyarınca, 30 ve üzeri işçi çalıştıran işyerlerinde en az 6 aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshedilebilmesi için, feshin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırılması gerekmektedir. İşbu durum öğretide iş güvencesi olarak tanımlanmakta ve maddede belirtildiği üzere belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin bu güvenceden yararlanabilmesi için işverenin aynı işkolundaki tüm işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının en az 30 olması ve işçinin 6 aylık kıdemi doldurmuş olması gerekmektedir.

Fakat, İK madde 18’in devamında “Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.” şeklinde özel bir düzenlemeye yer verilerek yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından iş güvencesi şartları yumuşatılmıştır. Bu bağlamda yer altı işlerini yerine getiren yer altı maden işçileri açısından da bu hüküm uygulama alanı bulacak ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile 30 ve üzerinde işçi bulunan işyerinde çalışan yer altı maden işçisi, 1 günlük kıdemi olsa dahi iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır.

3 45 No’lu Yer Altı İşleri (Kadınlar) Sözleşmesi, Erişim Tarihi: 17.06.2022  
[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377248/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377248/lang--tr/index.htm)  
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312190:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312190:NO)

Bu durumun pratikteki bir diğer sonucu da kötü niyet tazminatı bakımından doğmaktadır. Zira, İK madde 17/6 uyarınca "...18 inci maddenin *birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir...*" Bu bağlamda kötü niyet tazminatı ancak iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından dürüstlük kuralına aykırı şekilde feshedilmesi hâlinde uygulanabileceğinden, yukarıda sayılan şartları sağlaması hâlinde işe girer girmez iş güvencesinden yararlanacak olan yer altı maden işçileri de ileride iş sözleşmelerinin feshedilmesi hâlinde kötü niyet tazminatı talep edemeyecektir. Nitekim bu işçiler, hâlihazırda kendileri için daha lehe olan iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmaktadır.

## SONUÇ

Sosyal devletler, ekonominin sosyal amaçlara uygun şekilde gelişmesini sağlamak adına taraflar arasında makul bir dengenin bulunmadığı özel hukuk ilişkilerine müdahale etmekte ve bu ilişkilerin en temel örneklerinden biri olan iş ilişkilerinde de işçiyi koruma amacıyla getirilen çeşitli yasal düzenlemelere rastlanmaktadır. Özellikle çeşitli işçi gruplarının birbirinden farklı korumalara ihtiyacı olduğunun görülmesiyle birlikte işçi grupları bakımından ayrışan özel düzenlemeler öngörülmüştür. Bu bağlamda, hukukumuzda yer altı maden işçileri de, ifa ettikleri işin nitelikleri ve tehlikesi sebebiyle çalışma şartları bakımından özel bir koruma altına alınmış, haftalık ve günlük çalışma saatleri azaltılmış, çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ile bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler de çalışma süresinden sayılmış, olağan hâllerde kendilerine fazla çalışma yaptırılması yasaklanmış; buna rağmen, yaptırılması hâlinde fazla çalışılan süreler için ödenecek ücret diğer işçilere nazaran daha yüksek belirlenmiş, yıllık ücretli izin gün sayısı arttırılmış ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanılabildiği için gerekli olan 6 aylık kıdem şartı kaldırılmıştır.



# AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA VERİ KORUMA ETKİ DEĞERLENDİRMESİ

Tuğçe Gelir  
Kıdemli Yönetici Avukat

İlayda Süer  
Stj. Avukat

## ÖZET

Değişen ve gelişen teknolojiler ile şirketler için küresel ve yerel ekosistemde mevcut pozisyonlarını korumak gitgide güçleşmekte ve iş süreçlerinin dijital dünyaya entegre edilmesi zorunluluk hâline gelmektedir. Söz konusu dijital dönüşüm sürecinde, şirketlerin büyüme stratejilerini daha gerçekçi ve etkin bir şekilde oluşturabilmeleri adına, kişisel verileri işlenen ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerine karşı doğması muhtemel riskler başta olmak üzere, şirketlerin karşılaşabileceği risklerin tespit edilmesi ve bunlara karşı gerekli tedbirlerin alınması kritik bir öneme sahiptir. Bu noktada, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında bir uyum enstrümanı olarak düzenlenen ‘veri koruma etki değerlendirmesi’, veri temelli mahremiyet ilkesi uyarınca veri gizliliği ile veri koruma risklerinin yeterli ve uygun şekilde değerlendirildiğine ilişkin güvence sağlamayı amaçlamakta ve şirketlerin idari karar alma süreçlerinde yol gösterici olmaktadır. Veri koruma etki değerlendirmesi kavramı, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ilgili ikincil mevzuat düzenlemeleri kapsamında henüz açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat düzenlemelerinin Avrupa Birliği standartlarına uygun hâle getirilmesi hedefi göz önünde bulundurulduğunda, ‘veri koruma etki değerlendirmesi’ aracının oldukça yakın bir gelecekte Türk veri koruma hukukuna tabi kişiler tarafından da gündeme alınması gereken mühim bir uyum adımı hâline geleceği öngörülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, GDPR, DPIA, LIA, PIA, Denge Testi.

## GİRİŞ

Riskli veri işleme faaliyetlerinde veri gizliliği ile veri koruma risklerinin veri sorumluları tarafından yeterli ve uygun şekilde değerlendirildiğine ilişkin güvence sağlamayı amaçlayan veri koruma etki değerlendirmesi (*data protection impact assessment*) (“DPIA”) kavramına yer verilen ilk yasal düzenleme 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’dür<sup>1</sup> (“GDPR”). Bununla birlikte, 2007 yılında İngiltere Veri Koruma Otoritesi tarafından yayımlanan rehber<sup>2</sup> ve

takip eden yıllarda ise bazı teknolojilerin kullanılması bakımından Avrupa Birliği’nde (“AB”) yapılan çalışmalar ile çerçevesi çizilen mahremiyet etki değerlendirmesi (*privacy impact assessment*) (“PIA”), DPIA öncesi dönemde de DPIA’ya benzer ve ona esas teşkil eden bir metodoloji olarak uygulamada yerini almıştır.<sup>3</sup> Öte yandan, GDPR’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte ise, DPIA zorunlu bir uygulama hâline gelmiştir.

İşbu makale kapsamında (i) DPIA’nın tanımına, (ii) hangi veri işleme faaliyetlerinin DPIA yapılması şartına tabi olduğuna ve bu bakımdan göz önünde bulundurulması gereken kriterlere, (iii) hangi veri işleme faaliyetlerinin DPIA yapılması şartına tabi olmadığına, (iv) DPIA sü-

<sup>1</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the free movement of such data, and repealing directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (“GDPR”), OJ 2016 L 119/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

<sup>2</sup> Information Commissioner’s Office, Privacy Impact Assessment and Risk Management, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2022, <https://ico.org.uk/media/1042196/trilateral-full-report.pdf>

<sup>3</sup> Kloza, D, Van Dijk, N, Gellert, R, Böröcz, I, Tanas A, Mantovani E, Quinn P., Data protection impact assessments in the European Union: complementing the new legal framework towards a more robust protection of individuals, d.pia.lab PolicyBrief No.1/2017, 2017, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2022, ISSN2565-9936 [https://www.researchgate.net/publication/324107616\\_Data\\_protection\\_impact\\_assessments\\_in\\_the\\_European\\_Union\\_complementing\\_the\\_new\\_legal\\_framework\\_towards\\_a\\_more\\_robust\\_protection\\_of\\_individuals](https://www.researchgate.net/publication/324107616_Data_protection_impact_assessments_in_the_European_Union_complementing_the_new_legal_framework_towards_a_more_robust_protection_of_individuals)

reçlerinin nasıl ele alınması gerektiğine ve bu kapsamda dikkat edilmesi gereken hususlara ve (v) söz konusu değerlendirme süreçlerinin Türk hukukundaki mevcut durumuna yer verilmiştir.

## I. DPIA TANIMI

Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu (*Article 29 Data Protection Working Party*)<sup>4</sup> tarafından yayımlanan DPIA ile DPIA'nın uygulamasına ilişkin detaylara yer verilen rehber ("**DPIA Rehberi**")<sup>5</sup> kapsamında DPIA, veri işleme faaliyetlerini tanımlamak, bu faaliyetlerin gerekliliği ile ölçülülüğünü değerlendirmek ve veri işleme faaliyetleri nedeniyle ilgili kişilerin karşılaşabileceği riskleri tespit edip, bunlara yönelik önlemler belirleyerek yönetmek üzere tasarlanan bir süreç olarak tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Anılan açıklamalar doğrultusunda DPIA kısaca, 'veri temelli mahremiyet' (*privacy-by-design*)<sup>7</sup> ve 'hesap verilebilirlik' (*accountability*) ilkeleri uyarınca uygulama alınması planlanan kişisel veri işleme faaliyetlerinin kişisel verileri işlenen gerçek kişilere yönelik etkilerine ilişkin bir yazılı ön değerlendirme olarak tanımlanabilecektir. Söz konusu değerlendirme sürecinin belirli ve düzenli bir sistematik içerisinde gerçekleştirilebilmesi adına (i) DPIA'nın gerekliliğine karar verilen başlangıç, (ii) gerekli bilgi ve belgelerin toplandığı hazırlık, (iii) veri işleme faaliyetlerine ilişkin risklerin tespit ve analiz edilerek söz konusu risklerin azaltılması için uygun önlemlerin belirlendiği yürütme, (iv) seçilen önlemlerin iş süreçlerine dâhil edilerek hayata geçirildiği uygulama ve (v) veri işleme faaliyetinin yaşam döngüsü boyunca DPIA'nın sürekli gözden geçirilerek bu doğrultuda uyarlandığı sürdürülebilirlik şeklinde beş fazdan oluştuğu söylenebilecektir.<sup>8</sup>

## 2. DPIA YAPILMASININ ZORUNLU OLDUĞU DURUMLAR

GDPR'nin 35'inci maddesi uyarınca veri sorumlularına, niteliği, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri için yüksek bir risk oluşturmalarının muhtemel olduğuna kanaat getirdikleri ve özellikle yeni teknolojiler kullandıkları veri işleme faaliyetlerini gerçekleştirmeden önce DPIA yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

GDPR 35'inci maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında özellikle aşağıdaki işleme faaliyetleri öncesinde DPIA yapılmasının gerekli olduğu düzenlenmektedir:

- I. Gerçek kişilerin kişisel özelliklerine ilişkin gerçekleştirilen profillemeye de dâhil olmak üzere, otomatik veri işleme faaliyetine dayalı ve gerçek kişiyle ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya gerçek kişiyi önemli ölçüde etkileyen kararların dayandırıldığı sistematik ve kapsamlı değerlendirilmelerin yapılması,
- II. GDPR'nin 9'uncu maddesinde atıfta bulunulan özel nitelikli kişisel verilerin veya 10'uncu maddesinde yer alan mahkûmiyet kararlarıyla veya suçlarla ilgili kişisel verilerin büyük ölçekte işlenmesi veya
- III. Kamuya açık bir alanın büyük ölçekte sistematik bir şekilde izlenmesi ve bilhassa optik-elektronik cihazların kullanılması.

Ayrıca, GDPR'nin 91'inci resitali kapsamında DPIA'nın özellikle bölgesel, ulusal veya uluslararası seviyede önemli ölçüde kişisel verinin işlendiği ve dolayısıyla önemli oranda

4 GDPR'nin yürürlüğe girmesiyle Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubunun yerini Avrupa Veri Koruma Kurulu almıştır.

5 *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and Determining Whether Processing is "Likely to Result in a High risk" for the Purposes of Regulation 2016/679 ("DPIA Rehberi")*, Data Protection Working Party, Son Erişim Tarihi: 16 Haziran 2022, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611236>

6 DPIA Rehberi, s. 4

7 Boban, M, *GDPR and Data Protection Impact Assessment (DPIA)*, 61st International Scientific Conference on Economic and Social Development – Corporate social responsibility in the context of the development of entrepreneurship and small businesses, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2020, <https://zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/4859/1/1737945843.pdf#page=221>

8 Martin N, Friedewald M, Schiering I, Mester B, *The Data Protection Impact Assessment According to Article 35 GDPR*, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2020, [https://www.researchgate.net/publication/348578380\\_THE\\_DATA\\_PROTECTION\\_IMPACT\\_ASSESSMENT\\_ACCORDING\\_TO\\_ARTICLE\\_35\\_GDPR](https://www.researchgate.net/publication/348578380_THE_DATA_PROTECTION_IMPACT_ASSESSMENT_ACCORDING_TO_ARTICLE_35_GDPR)

ilgili kişiyi etkileyen, yüksek riskle sonuçlanması muhtemel olan geniş ölçekli veri işleme faaliyetleri için uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bahse konu veri işleme faaliyetlerine örnek olarak, yeni bir teknolojinin ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından risk oluşturacak ve özellikle ilgili kişilerin haklarını etkin şekilde kullanmalarını güçleştirecek kadar büyük ölçekte kullanılması verilmiştir.

Yukarıda anılan DPIA yapılması zorunlu hâller tahdidi olarak belirlenmemiştir. Nitekim, GDPR'nin 35'inci maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca AB üye ülkelerinin yerel veri koruma otoriteleri (*supervisory authority*)<sup>9</sup> tarafından DPIA şartına tabi olan veri işleme faaliyeti türleri hakkında bir liste oluşturulması ve söz konusu listenin kamuoyuyla paylaşılması zorunluluğu öngörülmüş olup, aynı maddenin (5) numaralı fıkrasında ise AB üye ülkelerinin yerel veri koruma otoriteleri tarafından ihtiyari olarak DPIA şartına tabi olmayan veri işleme faaliyeti türleri hakkında bir liste oluşturulabileceği ve söz konusu listenin kamuoyuyla paylaşılabilirliği düzenlenmiştir. Öte yandan, DPIA Rehberi kapsamında hangi veri işleme faaliyetlerinin DPIA'ya tabi olacağına belirlenmesi bakımından yerel veri koruma otoriteleri tarafından esas alınacak kriterler daha ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Buna göre, planlanan bir veri işleme faaliyeti bakımından DPIA yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tespitinde (i) değerlendirme / skoraştırma yapılması, (ii) ilgili kişiler üzerinde yasal veya benzeri önemli etkilere sahip olacak kararların otomatik şekilde verilmesi,<sup>10</sup> (iii) sistematik şekilde gözetleme yapılması, (iv) hassas veya son derece kişisel nitelikteki verilerin (örneğin gizliliği korunması gereken e-postalar) işlenmesi, (v) verilerin geniş ölçekte işlenmesi,<sup>11</sup> (vi) veri setlerinin birleştirilmesi veya eşleştirilmesi, (vii) savun-

masız kişilerin verilerinin işlenmesi (örneğin çocuklar, işçiler, yaşlılar), (viii) inovatif kullanımların veya teknolojik / organizasyonel yeni çözümlerin uygulanması ve (ix) ilgili kişilerin haklarını kullanmalarına veya bir hizmetten veya sözleşmeden yararlanmalarına engel teşkil edecek şekilde verilerin işlenmesi kriterlerinin incelenmesi gerekmektedir.<sup>12</sup> Genellikle, söz konusu kriterlerden en az iki tanesinin mevcudiyeti, DPIA yapılmasının gerekliliğine işaret etmektedir. Bununla birlikte, veri sorumlusunun almayı öngördüğü tedbirlerden bağımsız olarak, eşleşen kriter sayısı arttıkça planlanan veri işleme faaliyetinin ilgili kişilerin hakları ve özgürlükleri için yüksek risk oluşturma olasılığı artacak olup, DPIA yapılması gerekliliği daha önemli bir hâl olacaktır.

DPIA Rehberi'nde yukarıda açıklanan kriterler doğrultusunda hangi veri işleme faaliyetlerinin DPIA'ya tabi olacağı hakkında somut örneklerle de yer verilmiştir. Bu kapsamda, örneğin, hastaneler tarafından hastaların sağlık verilerinin saklandığı bir veri tabanı oluşturulması, bankalar tarafından suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesine ilişkin veri tabanlarında müşterilerinin izlenmesi, sürüş davranışlarının izlenmesi amacıyla otoyollarda kamera sisteminin kullanılması, çalışanların internet kullanımları da dâhil olmak üzere hareketlerinin sistematik bir şekilde gözetlenmesi, araştırma projelerine veya klinik deneylere konu savunmasız ilgili kişilerin hassas kişisel verilerinin takma adlı şekilde arşivleme amacıyla depolanması ve profillemeye amacıyla kamuya açık sosyal medya verilerinin toplanması faaliyetlerinin DPIA yapılması ön şartına tabi olduğu belirlenmiştir.<sup>13</sup> Öte yandan uygulamaya alınması planlanan bir veri işleme faaliyeti yukarıda anılan kriterlere karşılık gelse dahi, veri sorumlusu tarafından bu faaliyetin yük-

9 GDPR'nin 51'inci maddesi uyarınca her AB üye devletinin, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verilerin ülke içinde serbest akışını kolaylaştırmak için GDPR'nin uygulanmasının izlenmesinden sorumlu olacak bir veya daha fazla bağımsız kamu makamını yetkili otorite olarak belirlemesi gerekmektedir.

10 İlgili kişi bakımından hiç etki doğurmayan yahut çok az etki doğuran işlemler bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

11 Geniş ölçek kavramının belirlenmesinde, verisi işlenen ilgili kişilerin sayısı, işlenen veri hacmi ve çeşitliliği, gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin süresi veya kalıcılığı ve veri işleme faaliyetinin coğrafi kapsamı hususları göz önünde bulundurulmalıdır.

12 DPIA Rehberi, s. 9-11

13 DPIA Rehberi, s. 11-12

sek bir riskle sonuçlanmasının muhtemel olmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunulması mümkün olup, DPIA Rehberi uyarınca bu hâlde veri sorumlusunun DPIA yapmamasının nedenlerini gerekçelendirmesi, belgelemesi ve bu belgelere veri koruma görevlisinin (*data protection officer*)<sup>14</sup> görüşlerini dâhil etmesi gerekmektedir.

### 3. DPIA YAPILMASININ ZORUNLU OLMADIĞI DURUMLAR

DPIA yapılmasının zorunlu olduğu hâller bakımından esas alınan temel kriter göz önünde bulundurulduğunda, bir veri işleme faaliyetinin ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından yüksek bir risk oluşturmasının muhtemel olmadığı durumlarda DPIA yapılması şartı aranmamaktadır.<sup>15</sup> Nitekim, DPIA Rehberi kapsamında (i) gerçekleştirilmesi öngörülen veri işlemenin niteliğinin, kapsamının, bağlamının ve amaçlarının başka bir veri işleme faaliyetiyle çok benzer olması ve bu veri işleme için önceden DPIA yapılmış olması, (ii) veri işleme faaliyetinin, Mayıs 2018'den önce bir yerel veri koruma otoritesi tarafından belirli özel koşullar bakımından denetlenmiş olması ve bu koşulların değişmemiş olması, (iii) veri işleme faaliyetinin, bir yerel veri koruma otoritesi tarafından oluşturulan DPIA yapılması zorunlu olmayan veri işleme faaliyetleri listesinde yer alması veya (iv) bir AB üyesi ülke tarafından aksi açıkça belirtilmedikçe, 'veri sorumlusunun yükümlülüğünü yerine getirmesi' veya 'kamu yararına yürütülen bir görevin yerine getirilmesi veya veri sorumlusuna verilen resmi yetkinin kullanılması için zorunlu olması' hukuki sebepleri uyarınca gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin AB yahut üye devletlerin mevzuat düzenlemelerinde dayanağının bulunması ve söz konusu yasal dayanağın oluşturulması bakımından hâlihazırda bir DPIA yapılmış olması hâllerinde gerçekleştirilecek veri işleme faaliyetlerinin DPIA yapılması ön şartına tabi olmadığı belirtilmiştir.

DPIA Rehberi'nde DPIA yapılmasının zorunlu olmadığı hâllere örnek olarak hastalara veya müşterilere ait kişisel verilerin bireysel bir doktor / sağlık hizmetleri uzmanı / avukat tarafından işlenmesi, çevrim içi dergi abonelerine günlük özet göndermek için bir e-posta listesi kullanılması ve eski model araba parçaları reklamlarının sergilendiği bir e-ticaret sitesinde kullanıcılar tarafından görüntülenen veya satın alınan öğelere dayalı olarak sınırlı bir profil oluşturulması verilmiştir.<sup>16</sup>

Her hâlükârda, veri işleme faaliyetlerinin dinamik yapısı dikkate alındığında, önceden DPIA yapılması gerekmediğine kanaat getirilen bir veri işleme faaliyetinin sonradan DPIA'ya tabi olması söz konusu olabileceğinden bir iyi uygulama örneği olarak ilgili veri işleme faaliyetinin DPIA'ya tabi olup olmadığı hususunda yapılan değerlendirmenin veri işleme faaliyetinde yapılan her bir değişiklik sonrasında ve/veya düzenli aralıklarla gözden geçirilmesi gerekmektedir.

### 4. DPIA SÜRECİ VE SÜREÇ KAPSAMINDA DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Yukarıdaki açıklamalar ışığında DPIA yapılmasına karar verilmesi hâlinde, bu değerlendirmenin ne zaman, kim tarafından ve hangi metodoloji doğrultusunda yapılması gerektiği hususlarının belirlenmesi gerekmektedir. GDPR kapsamında DPIA yapma yükümlülüğü veri sorumluları üzerindedir. Bununla birlikte, DPIA sürecinde veri işleyenlerin de gerekli bilgi ve belgeleri sağlaması ve veri sorumlusu ile iş birliği içerisinde gerekli katkıyı sunmaları esastır. Belirtildiği üzere esas yükümlülük veri sorumlusuna ait olsa da veri sorumlusunun yükümlülüğüne halel gelmeksizin, DPIA çalışmasının üçüncü kişiler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür.<sup>17</sup> DPIA sürecinde yer alan bir diğer önemli aktör ise, veri koruma görevlisidir. Bu noktada, önceden atanmış bir veri koruma görevlisinin olması hâlinde, DPIA yapılırken veri koruma görevlisinin de tavsiyelerinin ve görüşlerinin alınacağı GDPR çerçevesinde hüküm

<sup>14</sup> Veri koruma görevlisi kavramı GDPR'nin 37 ila 39'uncu maddelerinde düzenlenmekte olup, veri koruma görevlisi ilgili madde hükümlerindeki şartların bulunması hâlinde veri sorumlusu ve veri işleyen tarafından atanması gerekmektedir.

<sup>15</sup> DPIA Rehberi, s. 12

<sup>16</sup> DPIA Rehberi, s. 12

<sup>17</sup> DPIA Rehberi, s. 14

altına alınmıştır.<sup>18</sup> Öte yandan, veri sorumlusu tarafından ticari çıkarına / kamu menfaatine / veri işleme faaliyetlerinin güvenliğine hâle gelmemesi kaydıyla, mümkün ise planlanan veri işleme faaliyeti hakkında ilgili kişilerin veya temsilcilerinin görüşlerine de danışılması gerekmektedir.<sup>19</sup> Bu kapsamda, veri sorumlusunun (i) ilgili kişilerin görüşlerini almaması hâlinde bu kararın arkasındaki gerekçeleri (örneğin iş planlarının gizliliğinin korunması) veya (ii) ilgili kişilerin görüşlerine başvurup bu görüşlerin aksi yönünde bir karar vermesi hâlinde ise bu kararın gerekçelerini belgelemesi gerekmektedir.<sup>20</sup>

İşbu makalenin ikinci başlığında belirtildiği üzere, DPIA'nın veri işleme faaliyetlerinden önce gerçekleştirilmesi gerekmektedir.<sup>21</sup> Ek olarak, veri işleme faaliyetinin bazı noktaları tam olarak bilinmese / kesinlik kazanmamış olsa dahi, DPIA çalışmalarının veri işleme faaliyetinin tasarım sürecinde ve mümkün olan en erken zamanda başlatılması iyi uygulama örneğidir. Öte yandan, hesap verilebilirliğin sağlanması bakımından, yapılan DPIA'nın projenin yaşam döngüsü boyunca güncellenmesi ve değerlendirmenin bazı adımlarının tekrarlanması önerilmektedir.<sup>22</sup>

DPIA'nın yürütülmesi süreci kapsamında yerine getirilmesi gereken sorumlulukların kimler tarafından, nasıl ve ne zaman yerine getirileceğinin belirlendiği bir politika oluşturulması diğer bir iyi uygulama örneğidir. Bu noktada, söz konusu politika ile özellikle (i) DPIA'nın yürütülmesi sürecinde, gerekli değerlendirmelerin yapılması için ilgili bilgi ve belgelerin temin edileceği ve iletileceği birimlerin belirlenmesi, (ii) bağımsız bilirkişilerden / uzmanlardan danışmanlık alınması yönünde bir gerekliliğinin mevcut olup olmadığının tespit edilmesi, (iii) veri işleyenlerin bu süreçteki rollerinin ve sorumluluklarının kendileriyle

akdedilen sözleşmeler çerçevesinde de tanımlanması ve (iv) varsa baş bilgi güvenliği uzmanının (*chief information security officer*) veya bilgi teknolojileri departmanının veri sorumlusuna nasıl destek olacağını saptanması, veri sorumlusunun DPIA sürecini etkili ve doğru şekilde yönetmesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>23</sup> Ek olarak, DPIA'nın yapıldığı süreçte veri sorumluları ile veri işleyenlerin faaliyetlerinin GDPR'nin 40'ıncı maddesinde düzenlenen davranış kurallarına (*codes of conduct*) uygun olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.<sup>24</sup>

DPIA sürecinde gerçekleştirilen incelemenin GDPR hükümlerine uygun olarak yeterince kapsamlı şekilde yürütülmesi adına, içerik bakımından da bazı hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, veri sorumlusunun yapacağı DPIA'nın asgari olarak (i) gerçekleştirilmesi öngörülen veri işleme faaliyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatleri de dâhil veri işlemenin amaçları hakkında sistematik bir açıklamayı (örneğin işlenen kişisel veriler, saklama süreleri, alıcılar, veri işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı), (ii) ilgili veri işleme faaliyetinin amaçlar bakımından gerekliliğine (*necessity*) ve orantılılığına (*proportionality*) ilişkin bir değerlendirmeyi, (iii) veri işleme faaliyetine konu ilgili kişilerin ve bu faaliyetten etkilenmesi muhtemel sair kişilerin haklarına ve özgürlüklerine yönelik riskler bakımından yapılan bir değerlendirmeyi (örneğin risklerin kaynağı, niteliği, büyülüğü) ve (iv) belirlenen risklere karşı ve GDPR'ye uyumu ortaya koyan alınması öngörülen tedbirleri içermesi gerekmektedir.<sup>25</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki nitelik, kapsam, bağlam ve amaç bakımından benzer olan her bir kişisel veri işleme faaliyeti için ayrı DPIA yapılması zorunluluğu bulunmaması olup, tek bir DPIA benzer olan çoklu veri işleme faaliyetlerini değerlendirmek için kullanılabilir.<sup>26</sup>

18 GDPR, md. 35(2)

19 GDPR, md. 35(9)

20 DPIA Rehberi, s. 15

21 GDPR, md. 35(1), 35(10)

22 DPIA Rehberi, s. 14

23 DPIA Rehberi, s. 15

24 GDPR, md. 35(8)

25 GDPR, md. 35(7)

26 DPIA Rehberi, s.7



DPIA sürecinin nasıl yürütüleceği ve bu süreçte dikkat edilmesi gerekenler hakkında yukarıda yer alan açıklamalara ve kriterlere uymak kaydıyla, veri sorumlusunun DPIA sürecini yürütürken izleyeceği metodoloji bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, DPIA süreçlerinin yürütülmesi kurumdan kuruma büyük farklılıklar göstermekte olup, bazı kurumlar kâğıt formlar ve/veya e-posta vasıtasıyla süreci yürütürken bazı kurumlar ise ilgili paydaşlara görevler tanımlayan ve bildirimlerde bulunan otomasyon teknolojileri kullanılmaktadır. Her hâlükârda, değerlendirmenin tüm yönleriyle belgelenebilir olması gerektiği şüphesizdir. Bu doğrultuda, ayrıca veri sorumlularına yapacakları DPIA'larda izleyecekleri metodoloji bakımından rehberlik etmesi adına AB üye ülkelerinin yerel veri koruma otoriteleri tarafından yayımlanan hem genel hem de sektörler özelinde rehberler / belgelerden yararlanılması mümkündür.

Son olarak, gerçekleştirilen DPIA neticesinde veri işleme faaliyetinin veri sorumlusu tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde yüksek risk teşkil edeceği<sup>27</sup> ve mevcut teknolojiler ile uygulama maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda riskin makul yollarla azaltılamayacağı<sup>28</sup> kanaatine varılması hâlinde, riskin minimize edilmesi adına veri sorumlusu tarafından söz konusu faaliyet gerçekleştirilmeden önce yerel veri koruma otoritesine danışılması gerekmektedir.<sup>29</sup>

## 5. TÜRK HUKUKUNDAKİ MEVCUT DURUM

6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu ("Kanun") ve ilgili ikincil mevzuat düzenlemeleri kapsamında DPIA ve PIA kavramla-

rına açıkça yer verilmediği görülmektedir. Bu noktada, veri sorumlularına yol göstermesi adına Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)<sup>30</sup> veri sorumlularının gerçekleştirecekleri veri işleme faaliyetleri kapsamında kişisel veri güvenliğine ilişkin karşılımları muhtemel risklerin önüne geçmek için almaları gereken teknik ve idari tedbirler bakımından önemli bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>31</sup> DPIA'nın Türk hukukundaki tezahürü incelenirken, meşru menfaat değerlendirmesi (*legitimate interest assessment*) ("LIA") de DPIA'ya benzerliği nedeniyle ele alınması gereken önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim DPIA, gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri kapsamında ilgili kişilere yönelik muhtemel riskleri belirlemek ve bunları engellemek adına yürütülen bir süreçken, LIA 'meşru menfaat' hukuki sebebine dayalı olarak gerçekleştirilmesi planlanan bir veri işleme faaliyetinde, ilgili kişi ile veri sorumlusunun menfaatlerinin yeterli ölçüde dengeleyip dengelemediğinin incelendiği bir hukuki analiz sürecidir. Bu kapsamda, LIA sürecinde DPIA yürütülürken de yapılması gereken gereklilik ve orantılılık testlerine ek olarak denge testinin (*balancing test*) de yer aldığı üç aşamalı bir testin tamamlanması gerekmektedir. Bu noktada, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25 Mart 2019 tarihli ve 2019/78 sayılı kararının<sup>32</sup> LIA'nın Türk hukukundaki varlığını ortaya koyması nedeniyle emsal bir karar niteliğini haiz olduğu değerlendirilmektedir. Zira, söz konusu karar kapsamında bir veri işleme faaliyetinin Kanun'un 5'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde düzenlenen 'meşru menfaat' hukuki sebebine dayanılarak gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tespit edilirken, diğer-

27 GDPR, md. 36(1)

28 GDPR, resital no. 94

29 GDPR'de belirlenen süreler yerel veri koruma otoritelerine sekiz haftaya kadar değerlendirme yapma hakkı tanımaktadır. Söz konusu sürenin altı hafta daha uzatılması mümkün olup, ayrıca veri sorumlusundan herhangi bir bilgi ve/veya belge beklenmesi hâlinde yerel veri koruma otoritelerine zaman çizelgesini durdurma yetkisi verilmiştir.

30 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler), Son Erişim Tarihi 17 Haziran 2022, [https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri\\_guvenligi\\_rehberi.pdf](https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf)

31 Metin B, Erkan S, Atasu İ, Yılmaz E, *Privacy Impact Assessment as a Tool for GDPR Compliance Preparation*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Dergisi c.1s.2, s. 80, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2022, <https://dergipark.org.tr/en/pub/kvkd/issue/50609/646782>

32 Kişisel Verileri Koruma Kurulu, *Veri Sorumlusunun Kanuni Yükümlülüğünü Yerine Getirmek İçin İşlediği Kişisel Verileri Meşru Menfaat Çerçevesinde Kullanma Talebiyle Kuruma Yapmış Olduğu Başvuru*, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2022, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78>

lerinin yanı sıra, (i) kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması, (ii) söz konusu menfaate ulaşılabilmesi bakımından kişisel veri işlenmesinin zorunluluk arz etmesi, (iii) meşru menfaatin hâlihazırda mevcut, belirli ve açık olması ve (iv) ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile yarışabilir nitelikte olan meşru menfaatin elde edilmesi hâlinde bir yarar sağlanacak olması ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması hususlarının değerlendirilmesi gerektiği ifadelerine yer verilmiştir.

Ek olarak, anılan kararda bir veri işleme faaliyetinin meşru menfaat hukuki sebebine dayandırılabilmesi için ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatinin karşılaştırıldığı bir denge testinin yapılması gerektiği belirtilmiş ve Kişisel Verilerin İşlenme Şartları Rehberi<sup>33</sup> kapsamında söz konusu detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda, ilgili karar uyarınca her ne kadar yalnızca denge testine açıkça değinilmiş olsa da karar kapsamında belirtilen tüm hususlar birlikte incelendiğinde esasen meşru menfaat hukuki sebebinin tespiti sürecinde gereklilik ve orantılılık testlerinin de yapılmış olmasının beklendiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, AB mevzuatında benimsenen LIA'nın Türk hukukunda da uygulama alanına sahip olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, DPIA'nın henüz mezkûr mevzuat düzenlemelerinde / içtihatla yer almadığı görülmektedir. Öte yandan, Kanun'un, İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023)<sup>34</sup> ile On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)<sup>35</sup> kapsamında yer alan hedefler doğrultusunda AB standartları ile uyumlu hâle getirilmesi amaçlandığından yakın gelecekte DPIA veya DPIA ile eş önemde ve nitelikte bir etki değerlendirme aracının iç hukukumuzda dâhil edilmesi oldukça muhtemel görülmektedir. Bu hâlde, veri sorumlularının DPIA sürecini

kendi proje ve risk yönetimi metodolojilerine ve prosedürlerine dâhil etmeleri gerekecektir.

## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, DPIA'ya tabi kişisel veri işleme faaliyetleri bakımından GDPR kapsamındaki veri sorumlularına atfedilen yükümlülüklerin gerek GDPR'de gerekse AB ve yerel veri koruma otoriteleri tarafından hazırlanan çalışmalarda detaylı şekilde ele alındığı görülse de konu hakkında en kapsamlı açıklamaları barındıran kaynaklardan biri olan DPIA Rehberi'ndeki örneklerin dahi oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, veri işleme faaliyetlerinin her bir somut faaliyetin kendine has özel şartlara sahip olduğu ve teknolojinin öngörülmesi zor şekilde hızlı ilerlemesi nedeniyle daha önceden karşılaşılmayan değişkenleri içerebildiği göz önünde bulundurulduğunda, hangi kişisel veri işleme faaliyetinin DPIA'ya tabi olacağı hususunda uygulamada belirsizlikler oluşmakta ve genel nitelikteki kriterler farklı yaklaşımlara sebep olmaktadır. Bu noktada, her bir veri işleme faaliyeti bakımından AB düzleminde yeknesak bir anlayışın belirlenmesi her ne kadar mümkün gözükme de yayımlanan bilgi notlarının, rehberlerin ve şablon belgelerin belirli kişisel veri işleme faaliyetleri bakımından DPIA süreçlerinin nasıl ve hangi durumlarda yürütülmesi gerektiği hususunda benimsenmesi gereken temel anlayışı başarılı şekilde yansıttığı değerlendirilmektedir. Bu noktada, İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023) ile On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) kapsamındaki AB standartlarına uyum hedefleri doğrultusunda DPIA'nın iç hukukumuzda da düzenlenmesi hâlinde, Kanun'a tabi veri sorumluları bakımından ilgili yeni uyum adımına ilişkin nasıl bir yol izleneceği hususunda Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından ayrıca kapsamlı bir çalışma yürütülebileceği öngörülmektedir.

33 Kişisel Verilerin İşlenme Şartları Rehberi, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari>

34 İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023), Adalet Bakanlığı, Son Erişim Tarihi: 7 Haziran 2022, <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>

35 On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Son Erişim Tarihi: 17 Haziran 2022, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>



# YARGITAY KARARI IŞIĞINDA KARGO TAŞIMASINDAN KAYNAKLI HASAR İDDİALARINDA TÜKETİCİLERİN İSPAT YÜKÜ

Asya AKPULAT  
Avukat

Oğulcan DOĞAN  
Avukat

Yağmur DEMİR  
Stj. Avukat

## ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında, kargo taşıma şirketlerinin eşyayı alıcısına herhangi bir ziyaa yahut hasara uğramadan ve zamanında teslim etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuat kapsamında da satıcıların satışa sundukları ürünlerin tüketicilere teslimine kadar meydana gelebilecek tüm hasar veya kayıplardan sorumlu olduğuna yer verilmiştir. Bu bağlamda, tüketicilerin taşımadan kaynaklı hasar iddialarında, hasarın meydana geldiği anın tespiti, hasarı ihbar yükümlülüğü ve dolayısıyla hasardan kimin sorumlu olduğu noktalarının aydınlatılması önemlidir.

İşbu çalışmamızda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararı incelenerek taraflardan birinin tüketici olduğu eşya taşıması esnasında taşınan eşyanın zarar gördüğü iddialarına yönelik ispat külfetinin kimin üzerinde olacağı noktasında bir çerçeve çizilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda, ihtirazi kayıtsız teslim alınan bir ürünün zarar gördüğü aşamanın ispatı noktasında taşıyıcı lehine bir karine benimsenmiş ve tüketicilere, hasarın taşıma sırasında meydana geldiğini yeterli delillerle ispat etme yönünde bir sorumluluk yüklenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici, Ayıp, Kargo, Hasar Tespit Tutanağı, İhtirazi Kayıt.

## GİRİŞ

Firmalar tarafından satışa sunulan ürünlerin tüketicilere ulaştırılmasında kargo taşıma şirketlerinin büyük rolü bulunmaktadır. Bu kapsamda, tüketicilerin mağazada görerek satın aldığı ancak bireysel olarak taşıma imkânı olmadığı ürünlerin yanı sıra elektronik ticaretin gelişmesiyle hayatımıza giren “mesafeli sözleşmeler”e konu ürünlerin teslimi de kargo taşıma şirketleri vasıtasıyla gerçekleşmektedir.

Tüketicilerin kendilerine teslim edilen ürünlerin taşıma sırasında hasara uğradığı, kaybolduğu veya geç teslim edildiği iddialarıyla, satıcı yahut doğrudan kargo şirketlerine karşı başvurduğu uygulamada sıkça görülmektedir. Bilhassa, ürünün taşıma sırasında hasara uğradığı iddia edildiğinde, bu iddianın ispat yükünün kime ait olduğu ve hangi delillerle ispatlanması gerektiği hususlarının tespiti,

ayıplı maldan doğan sorumluluğun belirlenebilmesi için önem arz etmektedir. Bu noktada, Yargıtay'ın yakın bir zamanda vermiş olduğu ve taşımadan kaynaklı hasar iddialarında, tüketici ile kargo şirketleri arasındaki ispat yükü ilişkisini değerlendirdiği kararı incelemeye değerlidir. Biz de bu çalışmamızda; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 07.03.2019 tarih ve E.2021/4712, K.2022/331 sayılı kararı ile tüketicinin korunmasını ilke edinen mevzuat hükümleri ışığında, tüketici, satıcı ve kargo şirketleri arasındaki ilişkiyi, mevcut yasal karineleri ve tarafların hak kaybına uğramaması için ürün teslimi sırasında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarını ele alacağız.

## I. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN 17.01.2022 TARİH VE E.2021/4712, K.2022/331 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

### I.1. Kararın Künyesi

Çalışmamızda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.01.2022 tarih ve E.2021/4712, K.2022/331

sayılı kararını inceleyeceğiz. Söz konusu karara, resmi.gazete.gov.tr sitesi üzerinde erişim sağlanabilir. Karara son erişim tarihi ise 16.06.2022'dir.

### 1.2. Karara Konu Uyuşmazlığın Özeti

İlgili Yargıtay kararına konu uyuşmazlık, 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ve sair mevzuat uyarınca düzenlenen taşıma ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Taraflardan birinin tüketici olduğu taşıma ilişkisinde, ilk olarak davalı tüketici kargo şirketine karşı hakem heyetine başvurmuş ve satın aldığı kahve makinasının hasarlı teslim edildiğini iddia etmiştir. Bunun üzerine, Tüketici Hakem Heyeti tarafından başvuru kabul edilerek kahve makinesinin bedelinin tüketiciye iade edilmesine karar verilmiştir. Davacı kargo şirketi ise tüketicinin teslim edilen ürün kolisini herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan teslim alması sebebiyle, kusurunun bulunmadığı iddiasıyla hakem heyeti kararının iptali talepli olarak tüketici mahkemesinde dava açmıştır. Davalı tüketici tarafından hakem heyeti kararına konu ürünün taşıma sırasında kırıldığı iddia edilerek ürünün kırık teslim edildiğine yönelik fotoğraf ve tanık beyanlarına dayanılmıştır. İlk derece mahkemesince; davacı taşıyıcının yolcu ve eşyanın güvenlik içerisinde taşınmasından sorumlu olduğu, davacı şirketin üzerine düşen edimi yerine getirmediği, taşıma sırasında ürünün kırıldığı ve davalının kusurunun bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

### 1.3. Yargıtay'ın Değerlendirmesi

İlk derece mahkemesi kararı aleyhine, Adalet Bakanlığı tarafından Yargıtay nezdinde kanun yararına bozma yoluna başvurulmuştur. Yargıtay kararında özetle, TTK'nın 889. maddesine uygun şekilde hasar ihbarında bulunulmadığı takdirde, ürünün sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği yönünde taşıyıcı lehine karine oluşturduğu ve bu nedenle aksini ispat külfetinin alıcı olan tüketiciye düştüğü değerlendirilmiştir. Yerel Mahkemece her ne kadar davalı tüketici tarafından dosyaya sunulan fotoğraflarda taşıma

sözleşmesine konu eşyanın kırılmış olduğu görüle ve bundan bahisle davacı kargo şirketinin üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmişse de Yargıtay tarafından, davalı tüketicinin sunduğu delillerin bu karinenin aksini ispata yeterli olup olmadığı değerlendirilmeksizin doğrudan taşıyıcının sorumlu olduğuna yönelik kurulan ilk derece mahkemesi hükmünün kanun yararına bozulmasına karar verilmiştir.

## 2. İLGİLİ MEVZUAT

### 2.1. Satıcının ayıplı maldan doğan sorumluluğu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("**TKHK**") madde 8/1'de ayıplı mal: "*tüketicie teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal*" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilmiştir. Buna göre; TKHK madde 8 metninden hareketle ayıp: "bir maldan objektif olarak bulunması gereken nitelikler (lüzumlu vasıflar ve vaat edilen vasıflar) ile malın mevcut nitelikleri arasındaki fark" olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Bir malın ayıplı kabul edilebilmesi için temel şartlardan biri de TKHK madde 8 uyarınca, ayıbın malın tüketiciye teslimi anında bulunması gerekliliğidir.

Satıcının ayıplı maldan doğan sorumluluğunu düzenleyen TKHK madde 9 uyarınca satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. TKHK madde 10'da ise, malın ayıplı olduğunu ispat yükümlülüğü-

1 Ahmet KARAKOCALI, Ali Suphi KURŞUN, *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2015, s.53

nün hangi tarafa ait olduğu değerlendirmesi yapılırken tüketicilerin korunmasını ve menfaatlerini gözetilen bir karineye yer verilmiştir. Bu hüküm ile teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilerek bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatının satıcıya ait olduğu düzenlenmiştir.

Bu hükme göre, malın tesliminden itibaren ilk altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıplarda, tüketiciye, maldaki ayıbın kendi kusuru sonucunda meydana gelmediğini veya üretimden kaynaklanan bir ayıp söz konusu olduğunu ispat etme yükümlülüğü yüklenmemiştir. Buradaki ispat yükümlülüğü satıcıya ait olup satıcının malın tüketiciye teslimi esnasında herhangi bir ayıbı bulunmadığını, ayıbın malın tüketiciye tesliminden sonra ve tüketicinin hatası nedeniyle ortaya çıktığını ispat etmesi gerekecektir.<sup>2</sup> Ancak bu karine, malın teslim tarihinden itibaren ilk altı ay için söz konusu olup altı ay geçtikten sonra ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğunu ispat yükümlülüğü ise tüketiciye ait olacaktır.

Malın ayıplı olduğunun anlaşılması hâlinde tüketici zamanaşımı süresi içinde, TKHK madde 11 uyarınca; i) satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, ii) satılanı alıkoymayı ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, iii) aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, iv) imkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme, seçimlik haklarından birini satıcıya karşı kullanabilecektir.

## **2.2. Kargo şirketlerinin eşyanın taşınmasından doğan sorumluluğu**

Taşıyıcı sıfatıyla kargo şirketlerinin alıcıya karşı başta TTK olmak üzere, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ("KTK") ve Karayolu Taşıma Yönetmeliği uyarınca eşyanın taşınmasından kaynaklanan birtakım sorumlulukları bulunmaktadır. TTK'nın taşıyıcının sorumluluğu başlıklı 875. maddesinin 1. fıkrası gereği, taşıyıcı,

eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyanından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. Taşıyanın sorumluluğu noktasında TTK'ya paralel düzenlemeler içeren KTK'nın 9. maddesi gereğince, kargo işletmeciliği yapanların, eşyayı teslim aldıkları andan teslim edilinceye kadar eşyanın tamamı ve kısmen kaybından ve vuku bulacak hasarlarından korunmasından sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin 40. maddesinin 9. fıkrasında taşıyıcıların eşyayı, teslim aldıkları andan teslim edinceye kadar, eşyanın tamamen veya kısmen kaybından, zayıyından, hasara uğramasından, çalınmasından, güvenliğini sağlamaktan, teslim aldıkları şeklini muhafaza etmekten, korunması ve taşınmasından sorumlu oldukları düzenleme alanı bulmuştur. Eşyanın kısmen veya tamamen zıyan olması hâlinde ise, TTK'nın 880. maddesi uyarınca taşıyıcının tazminat ödeme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

Taşıyıcının tazminat sorumluluğunun belirli durumlarda sınırlandırılması mümkündür. Şöyle ki TTK'nın 889. maddesine göre, eşyanın zıyanı veya hasara uğramış olduğu açıkça görülüyorsa, gönderen veya gönderilen en geç teslim anına kadar zıyanı veya hasarı bildirmezlerse, eşyanın sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği varsayılacaktır. Alıcının bildirim yükümlülüğünü düzenleyen işbu madde uyarınca, ürünün hasarlı teslim edildiğine yönelik bildirim yapılmadığı takdirde taşıyıcı lehine bir karine oluşmaktadır.

Kargo şirketlerinin sorumluluğunu ve sorumluluğun sınırlarını düzenleyen işbu mevzuat hükümleri, alıcının tüketici sıfatını haiz olduğu durumlarda da geçerlidir. Bu nedenle, mesafeli sözleşmeler kapsamında kurulan satın alma ilişkilerinde tüketiciye ürünün ayıplı teslim edilmesi hâlinde tüketicinin satıcıya başvurması üzerine satıcı ile kargo şirketi arasındaki rücu ilişkisi noktasında kargo şirketlerinin mevzuattan doğan sorumluluk hükümleri önem kazanmaktadır.

2 Metin ULUSAL, Açıklamalı İçtihatlı Tüketici Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2016, s.181

### 3. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taşıyıcı sıfatıyla kargo şirketlerinin, eşyanın hasara uğramaksızın taşınması noktasında kanunen sorumlu oldukları işbu çalışmamızın mevzuat kısmında açıklanmıştır. Kargo şirketlerinin eşyanın taşınmasından doğan sorumluluğu ancak eşyanın hasara uğradığının açıkça görüldüğü durumlarda ve tüketicinin teslim anına kadar hasarı bildirmemesi hâlinde -aksi tüketici tarafından ispatlanamadıkça- bertaraf edilebilecektir. Kargo şirketlerinin sorumluluğunu sınırlandıran işbu düzenlemelere rağmen, tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat hükümleri büyük ölçüde tüketici menfaatinin ve güvenliğini ön planda tutmakta olduğundan yerel mahkemeler tarafından taşıma ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicilerin ihtirazi kayıt koymaksızın ürünü teslim almaları hâlinde dahi ürünün taşıma sırasında hasara uğradığı sonucuna ulaşılabilir. Bu durum ise ispat bakımından bir çıkmaz oluşturmaktadır. Zira, eşyanın tüketiciye teslim edildikten sonra hasarın meydana gelmiş olması ihtimâlinde, taşıyıcı tarafından bunun ispatlanması imkânı bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararında, ihtirazi kayıt konulmaksızın eşyanın kargodan teslim alınması hâlinde taşıyıcı lehine oluşan karinenin aksinin tüketiciler tarafından yeterli deliller ile ispat edilmesi aranmıştır. Yargıtay'a göre, tüketicinin sunduğu delillerin TTK'nın 889. maddesinden doğan karinenin aksini ispata yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, tüketiciler tarafından ürünün kırık olduğuna yönelik fotoğrafların sunulması ve/veya tanık beyanlarına dayanılması -ispata ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın- tek başına, kargo şirketi sorumluluğunu doğurmayacaktır. İşbu karar doğrultusunda taşıyan lehine oluşan karinenin aksini ispatın, tüketiciler aleyhine ağırlaştığı görülmektedir. Elbette bu ihtirazi kayıt, hasarın açıkça görülebildiği hâllerde söz konusu olacaktır. Bu noktada, ürünün hasara uğradığının açıkça anlaşıldığı, örneğin ürün ambalajı üzerinde ciddi yırtılmalar ve çizilmelerin olduğu durumlarda, tüketiciler tarafından ürünün ihtirazi kayıt konularak teslim alınması ispat

külfetinin yer değiştirmesi ve taşıyanın sorumluluğuna gidilebilmesi noktasında büyük önem arz etmektedir.

Kargo şirketleri lehine yukarıda anılan şekilde bir karine oluşmakla birlikte, herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alınan ürünler bakımından satıcıların da bu karineye dayanıp dayanamayacağı meselesi doğmaktadır. Ancak satıcıların da ürünün tüketiciye hasarsız teslim edildiğini ve hasarın teslimden sonra meydana geldiğinin ispatı olarak hasar tespit tutanağı tutulmamış olmasını göstermesinin yeterli olup olmadığı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Mevcut yasal düzenlemelere bakıldığında, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alınan ürünlerde kargo şirketleri lehine karine oluşurken ve bunun aksini ispat tüketiciye yükletilirken; TKHK madde 10'da ise malın teslim tarihinden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde malda bulunduğu dair tüketici lehine bir karine benimsenmiş ve bunun aksini ispat yükümlülüğü ise satıcı üzerine bırakılmıştır. Ancak satıcıların, TKHK madde 10 uyarınca tüketici lehine oluşan karineyi çürüterek, malın teslimi sırasında hasarlı olmadığını ve örneğin teslimden sonra tüketicinin müdahalesi nedeniyle kırıldığını, bozulduğunu vb. hasarlara uğradığını ispat etmesinin zorluğu da bir gerçektir. Dolayısıyla malın teslimi sırasında herhangi bir hasar tespit tutanağı tutulmadıysa, satıcıların kargo şirketlerine rücu edebilmesi ve hasarın taşıma sırasında meydana geldiği iddiasını ispatlaması oldukça güçleşmektedir. Nihayetinde, bir ürünün teslimden sonra tüketici hatası nedeniyle hasara uğramış, kırılmış yahut bozulmuş olması ihtimâl dâhilinde olsa da taşıyıcılar lehine oluşan karinenin mevcut mevzuat hükümlerine göre satıcılar lehine de oluştuğunun söylenmesi mümkün görünmediğinden yargı mercilerinin tüketicinin korunması ilkesine bağlı kalarak tüketiciyi koruyan bir yaklaşım sergileyeceğini söylemek mümkündür.

Yukarıda yer alan açıklamalarımız doğrultusunda, tüketicilerin hak kaybına uğramaması için kargo şirketlerinden mal teslim alırken bilinçli davranması, teslim esnasında ürünü detaylı bir şekilde kontrol etmesi ve herhangi bir hasar söz konusuysa kargo şirketi yetkilisine

hasar tespit tutanağı tutturması, hasara ilişkin fotoğrafların kayıt altına alınması önem arz etmektedir. Bilhassa, hasar tespit tutanağının malın taşıma sırasında hasara uğradığına delalet etmesi nedeniyle hem tüketicilerin hem de satıcı firmaların kargo şirketlerine başvurabilmesi için uygulamada oldukça işlevsel ve koruyucu bir görevi bulunduğu aşikârdır.

## SONUÇ

Tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat hükümleri büyük ölçüde tüketici menfaatini ve güvenliğini ön planda tutmakta, bu durum ise tüketicilerle işlem yapan satıcı ve sağlayıcılar aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Buna karşılık, kargo şirketlerinin eşyanın taşınmasından doğan sorumluluğunu sınırlayan mevzuat hükümleri gereği, alıcının bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği -eşyanın ihtirazi kayıt olmaksızın teslim alındığı- hâllerde kargo şirketi lehine oluşan karinenin aksini tüketicilerin ispatlaması gerekmektedir. İşbu çalışmamızın konusunu oluşturan Yargıtay kararında ise taşıyıcılar lehine oluşan karinenin aksinin ispatının eşya üzerindeki hasarın açıkça görülebildiği hâllerde tüketiciler aleyhine ağırlaştığı söylenebilecektir. Zira, tüketiciler tarafından sunulan delillerin -ürünün kırık olduğuna yönelik fotoğrafları sunması ve/veya tanık beyanlarına dayanılması- karinenin aksini ispata yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Eşyanın teslimi sırasında herhangi bir hasar tespit tutanağı tutulmadığı hâllerde tüketiciler aleyhine oluşan durumun satıcıları da etkilediği söylenebilecektir. İhtirazi kayıt olmaksızın ürünün teslim alınması hâlinde satıcıların kargo şirketlerine rücu edebilmesi ve hasarın taşıma sırasında meydana geldiği iddiasını ispatlaması da oldukça güçleşmektedir. Bu noktada, herhangi bir hasar söz konusuysa tüketicilerin kargo şirketi yetkilisine hasar tespit tutanağı tutturması tüketiciler ve satıcıların menfaati için önem arz etmektedir. Özellikle hasar tespit tutanağının, malın taşıma sırasında hasara uğradığına delalet etmesi nedeniyle hem tüketicilerin hem de satıcı firmaların kargo şirketlerine başvurabilmesi için uygulamada oldukça işlevsel ve koruyucu bir görevi bulunduğu aşikârdır.





# BONO VE ÇEK ÜZERİNE DÜŞÜLEN TEMİNAT KAYITLARININ DOĞURDUKLARI SONUÇLAR

Alper ÖRNEK  
Avukat

Norda LAZOĞLU  
Stj. Avukat

## ÖZET

*Kambiyo senetlerinde soyutluk (mücerretlik) ilkesi geçerlidir. Buna göre kambiyo senetleri, tanzimine sebep olan hukuki ilişkiden bağımsızdır ve “kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi vaadi”ni içerir. Bu kapsamda senet üzerinde borcun(taahhüdün) hukuki nedenini açıklayan ifadelerin yer alması diğer bir deyişle kambiyo senedinin temel borç ilişkisi ile ilişkilendirilmesi, kambiyo senedinin koşulsuz ve şartsız olma özelliğini etkileyerek geçersiz olması sonucunu doğurur.*

*Uygulamada, ihtiyaçları gidermek adına kanunda öngörülmemen bazı ihtiyari kayıtların kambiyo senetlerine eklendiği görülmektedir. Bu makalemizde, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ihtiyari kayıtlardan biri olan “teminat kaydı”nın bono ve çekin kambiyo senedi olma vasfına etkisine değinilerek teminat kaydının “kambiyo senetlerinin zorunlu unsurlarından biri olan kayıtsız ve şartsız ödeme unsurunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı” tartışılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Teminat, Teminat Kaydı, Çek, Bono, Kayıtsız Şartsız Borç İkrarı, Sebep Soyutluk.

## GİRİŞ

Teminat senedi, bir kambiyo senedine, tercihen bir bononun veya çekin ön veya arka yüzüne veya ayrı bir kağıda, örneğin bir sözleşmeye veya sözleşme ekine ya da bağımsız bir kağıda “bu bir teminat senedir” yahut “teminat olarak verilmiştir” gibi şerh yazılarak oluşturulur.<sup>1</sup> Ticari hayatta ihtiyaç duyulan güvenin sağlanması adına borç ilişkisi içerisinde olan tarafların karşılıklı edimlerini gerektiği şekilde (tam ve zamanında) ifa etmelerinin güvencesi olarak teminat kaydı içeren bono ve çekler düzenlenmektedir. Yargıtay, bono ve çekler üzerine yazılan teminat kayıtlarını içerikleri bakımından ikiye ayırmaktadır. Bunlar; yalnızca senedin teminat için verildiğine dair “teminattır” veya “teminat içindir” şeklinde ifadeler içeren “mücerret teminat kaydı” ve senedin düzenlenmesine neden olan asıl hukuki ilişkinin senet metninde yer aldığı “asıl borç ilişkisine atıf yapan” teminat kayıtlarıdır. Bu hâllerde, senetlerin üzerinde yer alan teminat kayıtlarının şart ni-

telğinde olup olmadığının tespit edilmesi ve senedin kambiyo senedi niteliğini yitirip yitirmediği tespiti sorunu doğmaktadır.

Yargıtay, mücerret teminat kaydı olarak adlandırılan, senet metninde yalnızca “teminat içindir” veya buna benzer soyut bir ifadeyi içeren ve fakat senedin teminat olarak verilmesine neden olan asıl borç ilişkisini göstermeyen kayıtların senede işlenebileceğini, bizatihi böyle bir ifadenin “senedin kambiyo senedi niteliğini kaybetmesine sebebiyet vermeyeceğini” ve esas borç ilişkisine atıf yapmayan bu kayıtların düşüldüğü senetlere dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe girişilebileceğini kabul etmektedir.

## 1. BONODA YER ALAN TEMİNAT KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

Bono, keşidecisinin, “belirli bir parayı, belirli bir sürenin sonunda, lehtar olarak gösterilen kişiye ödeyeceğini bildiren” emre muharrer senet olarak tanımlanmıştır. Bononun zorunlu unsurları “bono” yahut “emre yazılı senet” kelimesi, kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi vaadi, lehtarın adı, düzenleme tarihi ve

1 POROY/TEKİNALP, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.235.

düzenleyenin imzasıdır. Sayılan şekil şartlarına uygun olarak düzenlenen bono kıymetli evrak niteliğindedir.

Mücerret teminat kaydı içeren bonoların geçerliliği bakımından Yargıtay'ın istikrarlı içti-hadı "üzerinde sadece 'teminattır' veya 'teminat sene-didir' gibi neyin teminatı olduğu açıkça belirtilmeyen, soyut, temel ilişkiye atıf yapmayan kayıtların bononun mücerretlik vasfını ve kambiyo senedi olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı" yönündedir.

Buna karşılık Yargıtay, üzerinde asıl borç ilişkisine atıf yapan veya ödemeyi şarta bağ-layan kayıtların bononun mücerretlik vasfını ortadan kaldırdığı, kayıtsız şartsız borç vaadi içermeyen bononun hükümsüz olduğunu ve bu hükümsüzlüğün (**mutlak defi**) düzenleyen tara-fından yetkili hamile karşı ileri sürülebileceği görüşündedir. Burada senet metninden anlaşıl-an hükümsüzlük def'i söz konusu olduğundan bononun üçüncü kişiye ciro edilmiş olması da sonucu değiştirmeyecek, hükümsüzlük def'i üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir.

Uygulamada, senet üzerinde bir kayıt olarak yer almayıp, teminat amacıyla bono verildiğinin sözleşmede düzenlendiği hâllerle de karşılaşıl-maktadır. Bu hâllerde, senet metninde herhan-gi bir teminat kaydı yer almadığından, senedin kambiyo senedi vasfı taşıdığı tartışmasızdır. Düzenleyen, bu durumda, senedin hamil ile arasındaki sözleşmedeki edimlerin güvencesi olarak verildiğini bir **kişisel defi** olarak ileri sü-rebilecektir.

Yargıtay, düzenleyenin bu iddiasının ancak yazılı delille ispat olunacağını içtihat etmiş-tir. Bu bağlamda düzenleyen, bononun teminat için verildiğini sözleşmedeki ilgili maddeler çerçevesinde yazılı delil ile ispat edebilecektir. Burada hamil, geçerli olan bono ile kambiyo se-nedine mahsus takip yoluna başvurabilecektir ancak borçlu senedin teminat senedi olduğunu (kişisel defi) ileri sürerek takibe itiraz edebilecek

ve iddiasını yazılı delil ile kanıtlaması noktasın-da takip duracaktır.

## 2. ÇEKTE YER ALAN TEMİNAT KAYITLA-RININ GEÇERLİLİĞİ

Çek, "üzerinde yazılı belli bir tutarın, kayıtsız şartsız belli bir kişiye (hamiline) ödenmesi konusunda bankaya hitaben yazılmış bir kıymetli evrak" türüdür. Muhatabı yalnızca banka olan çekte keşidedi, lehtar ve muhatap olmak üzere üç taraf vardır. Çek, kanunen emre yazılı senetlerden olması nedeniyle ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir. Çekin kanuni unsurları, senedin üzerinde "çek kelimesi"nin yer alması, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin havalesi taahhüdü, muhatabın ticaret unvanı, düzenlenme tarihi ve düzenleyenin imzası, banka tarafından veril-miş seri numarası ve karekoddur. Bu unsurlar-dan birinin yokluğu hâlinde çek olarak geçerli bir senet söz konusu olmayacaktır.

Uygulamada çek metnine de "teminat kaydı" düşüldüğü sıkça görülmektedir. Çekte teminat kaydı "senet metninde çeki, çek dışı bir borç kayna-ğı ile ilişkilendiren, çekin bu borç ilişkisinin ve/ veya ödenmesinin teminatı olduğunu istihdaf eden ifade ve atıflar<sup>2</sup>"dır. Yargıtay'ın çeki de kapsayan yerleşik içtihadı, çek üzerinde neyin teminatı olduğunun açıkça açıklanmadığı, yalnızca "teminat içindir" gibi mücerret ibarelerin senedin soyutluk vasfı-nı ortadan kaldırmadığını ve geçerliliğini etki-lemediği yönündedir<sup>3</sup>.

Çekin asıl borç ilişkisinin teminatı olarak verildiğinin senet metni üzerinde açıkça yer aldığı ve/veya teminat amaçlı verildiğinin İİK madde 169/a'da öngörülen belgelerle kanıtlan-dığı hâllerde ise çek, belirli bir bedelin ödenme-sini kayıtsız ve şartsız içermediğinden geçersiz olacaktır.

Sonuç olarak Yargıtay, mücerret teminat kaydını adeta yazılmamış saymakta ve senedin kambiyo senedi vasfına halel getirmeyeceğine

2 POROY/TEKİNALP, a.g.e., s.303.

3 Mahmut ÇOŞKUN, Kıymetli Evrak Hukuku (Bono - Poliçe - Çek): Hukuki ve Cezai Yönleri ile Birlikte Yeni Türk Ticaret Ka-nunu'na Göre, 3. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016, s. 368 "Takip dayanağı çekte 'teminattır' ibaresi mevcut ise de çekin neyin teminatı olduğu ayrıca açıklanmamış olup sadece çek üzerindeki bu ibarenin çeki teminat çeki hâline getirmesi mümkün olmadığından istemin reddi yerine yazılı şekilde talebin iptaline karar verilmesi isabetsizdir", Yargıtay 12. HD., 23.6.2009 tarih ve E.5565, K.13874 sayılı kararı.

hükmetmektedir. Bir kambiyo senedinin teminat senedi olduğunun senede hangi ilişkinin teminatı olduğunun açıkça yazılması ile mümkün olacağını belirterek, senet metninde asıl borç ilişkisine atıf yapan teminat kayıtlarının kayıtsız ve şartsız ödeme unsurunun ortadan kalktığına ve senedin kambiyo senedi vasfını kaybetmesine karar vermektedir.

Senedin teminat kaydı içermediği, ancak haricî bir sözleşme ile senedin teminat için verildiğinin kararlaştırıldığı durumlarda ise Yargıtay'ın görüşü çoğunlukla, senedin kambiyo senedi niteliğini kaybettiği iddiasının İİK madde 169/a hükmündeki belgelerle ispat olunması gerektiği yönündedir.

### 3. TEMİNAT KAYITLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

Kambiyo senetlerinde defiler, hâkim görüşe göre, senet metninden anlaşılan ve senetteki beyanın hükümsüzlüğüne ilişkin *mutlak defiler* ve *kişisel defiler* olarak iki ana başlıkta incelenmektedir.

Senet metninden anlaşılan defiler, senedin zorunlu şekil şartlarını hiç ya da gereği gibi ihtiva etmemesi yahut da senede konması kanunen yasak kayıtların mevcut olması hâllerinden kaynaklanan defilerdir. Bu defiler, açıkça senedi devralan her şahıs tarafından görülebilmektedir. Senedi o hâliyle iktisap eden kişinin ilgili definin kendisine karşı ileri sürüleceğini bilerek senedi iktisap ettiği kabul edilir. Bu nedenle hamilin korumaya değer bir menfaati söz konusu değildir<sup>4</sup>. Bu defiler, mutlak defi olarak nitelendirilmesi itibarıyla herkese karşı ileri sürülebilmektedirler.

Kambiyo senetlerindeki teminat kayıtlarının niteliği, kaydın senet metninde açıkça yer

alması nedeniyle senet metninden anlaşılan bir defi mi yoksa kural olarak yalnızca taraflar arasında hüküm ifade eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen bir şahsi defi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Bu husus teminat kaydı içeren senetlerin kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe konu olması alt başlığı içinde incelenecektir.

### 4. TEMİNAT KAYDI İÇEREN SENETLERİN KAMBYO SENETLERİNE MAHSUS HACİZ YOLU İLE TAKİBE KONU OLMASI

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılabilmesi için öncelikle zorunlu unsurlarını ihtiva eden bir kambiyo senedinin varlığı gerekmektedir. Bir senedin kambiyo senedi olup olmadığını takdir edecek olan merci, İİK madde 168/1 uyarınca icra dairesidir. Bu nitelendirmenin hatalı yapılması hâlinde, icra mahkemeleri önünde ileri sürülmesi gereken, kambiyo senetlerine özgü şikâyet gündeme gelecektir.

Teminat kaydı içeren senetlerin kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe konu edilmesinde, düzenleyenin, olması hâlinde meşru itirazlarını kimlere karşı hangi yolla ileri süreceği meselesi tartışmalıdır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında görüldüğü üzere, mücerret teminat kaydı içeren senetlerin (senedin hangi ilişkinin teminatı olduğu yazılı delil ile ispat edilmediği sürece) kambiyo senedi vasfına hâle gelmemekte ve senetlerin kambiyo senetlerine özgü takibe konulabileceği kabul edilmektedir.

Yine de borçlunun senedin hangi ilişkinin teminatı olduğunun İİK madde 68/a kapsamında sayılan belgelerle ispatı hâlinde, söz konusu itirazın borca itiraz olacağı ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

4 POROY/TEKİNALP, a.g.e., s. 97

5 Yargıtay 12. HD., 1.3.2016 tarih ve E.2015/29489, K.2016/5763 sayılı kararı.

"Somut olayda, 06.05.2014 tarihli faktoring sözleşmesinin taraflar arasında imzalandığı, alacaklının takibe konu bononun teminat senedi olarak düzenlendiği yönünde kabulünün de bulunmadığı, senedin, neyin teminatı olduğu hususunun, dolayısıyla teminat senedi olduğuna dair iddianın alacaklının imzasını taşıyan ve senede açık atıf yapan İİK'nun 169/a maddesinde yazılı belgelerle kanıtlanamadığı görülmüştür. O hâlde mahkemece, borçlunun iddiasını yazılı bir belge ile ispat edemediği ve alacaklı tarafından da takip dayanağı bononun teminat senedi olduğuna yönelik bir kabul beyanının bulunmadığı gözetilerek, bu yöndeki itirazın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir."

Buna karşılık, senet metninde hangi ilişkinin teminatı olduğunun açıkça yazılı olduğu hâllerde ise senedin kayıtsız şartsız ödeme unsurunun mevcut olmadığından bahisle senedin kambiyo senedi niteliğinin bulunmadığını kabul eden Yargıtay, bu durumda kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacağı ifade etmektedir.

Bu hâlde kambiyo senedi niteliği olmayan bu senet ile borçluya ödeme emri gönderilir ise, bu senedin, kambiyo senedi vasfında olmadığı **şikâyet yolu** ile öne sürülebilecektir.

Senet metninde yer almayan fakat taraflar arasındaki haricî bir sözleşme ile teminat olarak verildiği kararlaştırılan senetlerin durumu bakımından Yargıtay'ın farklı uygulamaları bulunmaktadır. Kimi Yargıtay kararlarında bir sözleşme kapsamında verildiği anlaşılan senetlerin kayıtsız ve şartsız ödeme unsurunu taşımadığı için kambiyo senedi vasfında bulunmadığı kabul edilmişse de senet metninde yer almayan bir kaydın icra dairesi tarafından dikkate alınması beklenemeyeceğinden teminat kaydı içermeyen senede dayalı takip talebini alan icra dairesi ödeme emrini gönderecektir. Bu hâlde, borçlunun İİK madde 169/a anlamında belgelerle borca itiraz etmesi mümkündür.

Düzenleyen, bu itirazını, ödeme emrinin tebliğinden itibaren **beş gün** içinde icra mahkemesi nezdinde ileri sürmelidir. Burada önem arz eden husus, "*senedin teminat senedi olduğu itirazının yalnızca bu kaydı koyan düzenleyen tarafından öne sürülebilecek bir savunma olduğu*"dur.

Senedin tedavüle çıkması hâlinde ise kural olarak bu savunma, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere "senet metninde asıl borç ilişkisine atıf yapan ifadelerin varlığı hâlinde" senet metninden anlaşılan hükümsüzlük def'i (**mutlak def'i**) herkese karşı ileri sürülebilecektir.

Senedin teminat senedi olduğuna yönelik

itirazın Kanun'da öngörülen (İİK madde 169/a) belgelerle ispatlanması gerekir. Aksi takdirde borçlunun itirazı reddedilecektir. Yargıtay, borçlu düzenleyenin, senedin teminat senedi vasfı dolayısıyla borçlu olmadığı yönündeki iddiasının, İİK madde 169/a'da sayılan belgelerden biri ile ispat edilmesi hâlinde doğrudan alacaklı tarafından başlatılan takibin iptali yönünde karar vermektedir<sup>6</sup>.

## SONUÇ

Uygulamada, teminat amacıyla senet düzenlenmesi (i) tarafların aralarında düzenledikleri sözleşmede ilgili senedin teminat senedi olduğunu açıkça kararlaştırmaları şeklinde veya (ii) senet metni üzerine teminat kaydı koymaları suretiyle gerçekleşmektedir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, senet metninde "teminat" şeklinde soyut bir ifade olarak senede işlenmiş kayıtların senedin kambiyo senedi vasfına hâle getirmediği ve dolayısıyla ilgili senetlerin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe konu edilebileceği yönünde olmakla birlikte; asıl borç ilişkisine atıf yapan kayıtların, senedin kayıtsız şartsız ödeme vadini ortadan kaldırdığından bahisle senedin kambiyo senedi vasfını kaybettiği ve bu itibarla senet metninde yer alan bu kayıtların, senet metninden anlaşılan mutlak def'i olan hükümsüzlük def'i ile herkese karşı ileri sürülebileceği ve senedin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe konu edilmesi hâlinde ileri sürülecek şikâyet ile takibin iptal edilebileceği yönündedir.

Senet metninde yer almayan fakat taraflar arasında haricî bir sözleşmede açıkça senedin teminat amacıyla verildiği düzenlenen senetler bakımından Yargıtay, senedin teminat senedi olduğu iddiasının borca itiraz niteliğinde olduğunu ancak bu iddianın dinlenilebilmesi için mahkemeye sunulan belgelerin İİK madde 169/a'ya uygun olmaları gerektiği görüşündedir.

6 Alper Uyar/Cüneyt Uyar/Talih Uyar, *İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167-170B)*, 4. Bası, Ankara 2013, s. 581: Borca itiraz sebeplerinin kanuna uygun delillerle kanıtlanması hâlinde Yargıtay kimi zaman takibin iptaline kimi zaman takibin durdurulmasına karar vermektedir. İİK madde 169/a/5'e göre, borçlunun itirazının kabulü ile takip durur. Bu kararın kesinleşmesi ile de takibin iptal edileceği doktrinde kabul edilmektedir.

# İŞVERENLER TARAFINDAN İKALE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇALIŞANLARA ÖDENEN TAZMİNATIN VERGİLENDİRİLMESİ\*

İmdat TÜRKAY

Gelir İdaresi Grup Başkanı

## ÖZET

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na göre işverenler tarafından çalışanlara ödenen ücret kapsamındaki ödemeler üzerinden tevkif suretiyle kesilen gelir vergisi sorumlu sıfatıyla Vergi İdaresine yatırılmaktadır. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; işverenler tarafından karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında çalışanlara ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımların vergiye tabi olup olmadığı konusu, çalışanlar ve Vergi İdaresi arasında uzun yıllardır ihtilaf yaratan bir konu olmuş, ancak daha sonra yapılan yasal düzenlemeyle bu sorun giderilmiş ve düzenleme öncesinde yapılan ödemeler üzerinden kesilen verginin de çalışanlara iadesi yolu açılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ücret, İşveren, İkale Sözleşmesi, Kıdem Tazminatı, İş Kaybı Tazminatı, İş Sonu Tazminatı, İş Güvencesi Tazminatı, Kesilen Verginin İadesi.

## GİRİŞ

Çalışma hayatında işverenler tarafından hizmet erbabına işten ayrılma, emekli olma, dava açılmaması gibi nedenlerle karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi sonucunda tazminat, iş kaybı tazminatı, iş sonu tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi ödemeler yapılabilmektedir. İkale, tarafların yani işveren ve işçinin anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Genel uygulamada, iş sözleşmesini ya işçi ya da işveren sona erdirmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda; ikale ile iş aktinin feshi, bir fesih türü olarak mevcut değilse de taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş aktinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama ve diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olmaktadır.

Geçmiş dönemlerde, ikale sözleşmesi karşılığında işverenler tarafından çalışanlara yapılan ödemelerin ücret kapsamında vergiye tabi olup olmadığı konusunda çalışanlar ile Vergi İdaresi arasında çok büyük vergi ihtilafı

yaşanmıştır. Bu sorunu ortadan kaldırmak için 21.03.2018 tarihinde kabul edilen 7103 sayılı Kanun'la, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 23, 25, 32 ve 61. maddelerinde işverenleri ve çalışanları ilgilendiren bazı düzenlemeler yapılmış olup yapılan bu değişiklikler 27.03.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Uygulamada, işçi ve işveren karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilmekte ve bu sözleşme (bozma sözleşmesi) ile aynı zamanda işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb. hususlar dikkate alınarak çeşitli şekillerde hesaplanan ödemelerin yapılması kararlaştırabilmektedir.

7103 sayılı Kanun'la GVK'nın 61 ve 25. maddelerinde yapılan düzenlemeyle öncelikle, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımların GVK'nın 61. maddesine göre ücret kapsamında ödemeler olduğu hüküm altına alınmıştır. Daha sonra GVK'nın 25/7. maddesinde yer alan çalışanlara ödenen kıdem tazminatlarının ne şekilde gelir vergisinden istisna edileceğine ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmış ve anılan maddeye eklenen hükümle; hizmet erbabının tabi olduğu mev-

\* Bu yazıda yapılan açıklamalar, tamamıyla yazarına ait olup, hiçbir şekilde yazarın çalıştığı kurumunu bağlamaz, kurumunun görüşü olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez.

zuata göre kıdem tazminatının vergiden istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar gelir vergisinden müstesna edilmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 11/06/2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 303 seri no.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde konu hakkında gerekli açıklamalar yapılmış bulunmaktadır.

Bu çalışmada, işverenler tarafından karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında çalışanlara ödenen ve ücret kapsamında değerlendirilen tazminatların hangi şartlarla gelir vergisinden istisna edileceği konusu incelenecektir.

## **1. HİZMET SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA ÖDENEN TAZMİNAT VE YARDIMLARIN ÜCRET OLARAK VERGİLENDİRİLMESİ**

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesine göre ücret; işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. GVK’nın 62. maddesine göre ise işverenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir. Aynı maddede ücretin belirlenen unsurlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ücret kapsamında değerlendirilmesi gereken ödemeler altı bent halinde ayrıca sayılmıştır.

7103 sayılı Kanun’la GVK’nın 61. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen (7) numaralı bent hükmü sonucunda gelir vergisi uygulamasında ücret sayılan ödemeler şöyledir;

1. 193 sayılı Kanun’un 23/II numaralı bendine göre istisna dışında kalan emekli-

- lik, malüliyet, dul ve yetim aylıkları,
2. Evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler,
3. Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,
4. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,
5. Bilirkişilere, resmî arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,
6. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler,
7. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar.

## **2. İŞ KANUNU’NA GÖRE ÖDENEN KIDEM TAZMİNATI**

GVK’nın 25. maddesinde yer alan tazminat ve yardımlar, genel manada ücret kapsamında değerlendirilmekle beraber, gelir vergisinden istisna edilmiştir. Ancak, işverenler tarafından tazminat ve yardım kapsamında yapılan birçok ödemeler anılan maddede yer alan istisnalar kapsamında değerlendirilmemektedir. Ayrıca, istisna kapsamında yapılan bazı ödemeler de belli limitler dahilinde gelir vergisinden istisna edilmektedir. Bir işverene bağlı olarak çalışan ücretlinin belirli bir süre çalıştıktan sonra işine son verilmesi ya da emeklilik dolayısıyla işinden ayrılması durumunda, işçiye çalıştığı süreye göre işyerince topluca ödenen paraya kıdem tazminatı denilmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesi kapsamında ödenen

kıdem tazminatı, çalışanın geçmişte işverene verdiği hizmet karşılığı yıpranmasının bedeli olarak ödenen bir tazminat niteliğindedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesinde; "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır." hükmü yer almakta olup işçinin ya da çalışanın kıdem tazminatı almaya hak kazanabilme şartları ise 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre en yüksek gösterge ve ek göstergeden aylık ödemesi Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanına yapılmaktadır. Buna göre, vergiden istisna edilecek kıdem tazminatının tavanı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanına ödenecek emekli ikramiyesi tutarı kadar olmaktadır.

### **3. KARŞILIKLI SONLANDIRMA SÖZLEŞMESİ VEYA İKALE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖDENEN TAZMİNATLARIN VERGİDEN İSTİSNA EDİLMESİ**

7103 sayılı Kanun'la değişik, 193 sayılı GVK'nın tazminat ve yardımlarda gelir vergisi istisnasını düzenleyen GVK'nın 25/7. maddesinde yer alan hükümlere göre;

- 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.),
- Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre kıdem tazminatlarında istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar, gelir vergisinden istisna edilmiştir. Buna göre, 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımla-

nan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120'nci maddesiyle 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatı ile ilgili 14. maddesi hariç diğer tüm hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çerçevede kıdem tazminatı 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi, 4857 sayılı Kanun'un 24, 25 ve 32'nci maddeleri, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 14 ve 20. maddesi ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 6 ve 7. maddelerin göre ödenmektedir.

#### **3.1. Hizmet Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Yapılan Tazminatlarda İstisna**

193 sayılı GVK'nın 25/7-b bendinde yapılan düzenleme ile bu ödemelerinde çalışanın tabi olduğu mevzuata göre kıdem tazminatına ilişkin istisna tutarının hesabında dikkate alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, anılan Kanunlar uyarınca ödenecek kıdem tazminatlarından gelir vergisinden istisna edilecek tutar hesap edilirken, Kanunda sayılan ödemeler de dahil edilerek ödemelerin toplamı üzerinden istisna uygulanacak, istisnayı aşan tutarlar ise ücret olarak gelir vergisine tabi tutulacaktır. 1475 ve 854 sayılı Kanunlar uyarınca hesaplanan kıdem tazminatı tutarı dışında, Kanunda sayılan ilave bir tazminat ödemesi yapılması halinde, bu ödemenin; bu tutar ile kıdem tazminatı tutarı toplamının, en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşmayan kısmı istisnaya konu edilecektir. 5953 sayılı Kanun uyarınca kıdem tazminatı ödenen hizmet erbabına, bu tazminat dışında, birinci fıkrada sayılan ilave bir tazminat ödemesi yapılması halinde, bu tutar ile kıdem tazminatı tutarı toplamının, çalışanın son brüt ücreti üzerinden hesaplanan 24 aylık tutarını aşmayan kısmı istisnaya tabi tutulacaktır. 1475 ve 854 sayılı Kanunlara tabi olarak çalışanlara kıdem tazminatı ödenmediği, ancak birinci fıkrada sayılan bir tazminat ödendiği durumlarda, ödenen bu tazminat tutarının, en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emekli ikramiyesi tutarını aşmayan kısmı, 5953 sayılı Kanuna tabi olarak çalışanlarda ise çalışanın son brüt ücreti üzerinden hesaplanan 24 aylık tutarını aşmayan kısmı istisnaya tabi tutulacak, aşan kısmı ise ücret olarak vergiye tabi tutulacaktır.



**Örnek 1:** (A) A.Ş.'de 10 yıl süreyle çalıştıktan sonra 13.03.2022 tarihinde işten ayrılan Bay (B)'ye, işvereni tarafından 1475 sayılı İş Kanunu uyarınca, kıdem tazminatına esas ücreti olan 5.000 TL üzerinden 80.000 TL kıdem tazminatı ile karşılıklı sonlandırma sözleşmesine (ikale) istinaden 100.000 TL iş güvencesi tazminatı olmak üzere toplam 180.000 TL ödeme yapılmıştır.

Ocak-Haziran 2022 döneminde 657 sayılı Kanun'a tabi en yüksek Devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emekli ikramiyesi tutarı 10.848,59 TL'dir. Bay (B)'ye yapılan 180.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

Kıdem tazminatı tutarı	80.000 TL
İş güvencesi tazminatı	100.000 TL
Ödenen toplam tazminat tutarı	180.000 TL
Vergiden istisna edilecek tutar (10.848,59 X 10=)	108.485,9 TL
Vergiye tabi tutar (180.000-108.485,9=)	71.514,1 TL

**Örnek 2:** (C) A.Ş.'de 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi olarak, 10 yıl süreyle çalıştıktan sonra ikale sözleşmesi ile 15/03/2022 tarihinde işten ayrılan Bayan (Ç)'ye, işvereni tarafından 120.000 TL iş kaybı tazminatı ödenmiş olup ayrıca kıdem tazminatı ödemesi yapılmamıştır. Bayan (Ç)'ye yapılan 120.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

Ödenen iş kaybı tazminatı	90.000 TL
Vergiden istisna edilecek tutar (10.848,59 X 10=)	108.485,9 TL
Vergiye tabi tutar (120.000-108.485,9=)	11.514,1 TL

**Örnek 3:** (D) A.Ş.'de 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında 20 yıl süreyle çalıştıktan sonra, 15/10/2021 tarihinde emekliliğe ayrılan ve en son aya ilişkin ücreti 30.000 TL olan Bayan

(E)'ye işvereni tarafından 430.000 TL kıdem tazminatı ve 550.000 TL emeklilik tazminatı (ikramiyesi) ödenmiştir. Bayan (E)'ye yapılan 980.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

Kıdem tazminatı tutarı	430.000 TL
Emeklilik tazminatı (ikramiyesi)	550.000 TL
Ödenen toplam tazminat tutarı	980.000 TL
Vergiden istisna edilecek tutar (30.000 X 24=)	720.000 TL
Vergiye tabi tutar (980.000-720.000=)	260.000 TL

Örneklerde de görüldüğü üzere, ikale veya karşılıklı sonlandırma sözleşmesi kapsamında işverenler tarafından çalışanlara yapılan ödemelerin, her yıl için belirlenen kamudaki kıdem tazminatı tavanına kadar olan kısmı vergiden istisna edilmekte olup tavanı aşan kısım ise vergiye tabi tutulmaktadır. 7103 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği 27.03.2018 tarihinden sonraki ikale sözleşmelerinde vergi istisnası uygulanacak tutarın hesabında hem normal kıdem tazminatı, hem de ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatların toplamı dikkate alınmaktadır.

### 3.2. Geçmiş Dönemlerde Kesilen Gelir Vergisinin İadesi

Geçmiş dönemlerde Vergi İdaresinin ikale sözleşmesi gereği ödenen tazminattan gelir vergisi kesintisinin yapılması gerektiği yönünde vermiş olduğu görüşlerin aksine; yargı ikale sözleşmesi gereği ödenen tazminattan, ücret olmadığı gerekçesiyle gelir vergisi kesintisinin yapılmaması gerektiği yönünde görüşler vermiştir. Örneğin, Danıştay 4. Dairesince verilen 13.12.2016 tarih ve Esas No:2014/3676, Karar No:2016/4376 sayılı Kararda; ikale **sözleşmesi gereği yapılan ek ödemelerin ücret niteliğini taşımadığı gerekçesiyle gelir vergisine tabi olmadığına karar verilmiştir.** Geçmiş dönemde anılan ödemelerden yapılmış olan

gelir vergisi kesintileri için kişilerin 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde hatalı vergilendirme yapıldığı gerekçesiyle vergi dairelerine düzeltme talebinde bulunmaları ve tahsil edilen gelir vergisinin iadesini istemeleri gerekmektedir. Yapılan başvuruya rağmen süresi içinde vergi dairesi tarafından düzeltmenin yapılmaması halinde kişilerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikayet yolu ile başvurması ve başvurunun da süresi içinde sonuçsuz kalması halinde vergi mahkemesinde dava açma yoluna gitmeleri mümkün bulunmaktadır.

Ancak, 7162 sayılı Kanun'la 193 sayılı GVK'ya eklenen geçici 89. maddeye göre; 27/3/2018 tarihinden önce karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar üzerinden tevkif edilerek tahsil edilen gelir vergisi, hizmet erbabının düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca red ve iade edilmektedir.

#### **4. KIDEM TAZMİNATININ GİDER YAZILMASI**

İş Kanunu'na göre işverenler tarafından çalışanlara ödenen kıdem ve ihbar tazminatının gider kaydı konusunda Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinde özel bir hüküm olmamakla birlikte maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi çerçevesinde ticari kazancın tespitinde gider olarak indirilebilmesi için İş Kanunu'na göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması ve hak edilen kıdem tazminatının da işçiye ödenmiş olması gerekir. Tahakkuk etmiş olsa da çalışana ödenmemiş kıdem tazminatının gider yazılması mümkün değildir. Bu nedenle, iş akdinin fesih sözleşmesi ile sona erdirilmesi veya mahkeme kararı dolayısıyla işveren tarafından çalışanlara ödenecek kıdem ve ihbar tazminatı giderlerinin, ödemenin yapıldığı dönemde ticari kazancın tespitinde indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır. Öte yandan, söz konusu tazminatın 1475 sayılı Kanun'un 14.

maddesine göre hesaplanacak kıdem tazminatına isabet eden kısmı gelir vergisinden istisna olup, kıdem tazminatının istisnayı aşan kısmı ile ihbar tazminatının tamamı ise Gelir Vergisi Kanunu uyarınca ücret olarak kabul edilecek ve gelir vergisi tevkifatına tabi tutulacaktır.

#### **SONUÇ**

Yargı kararlarında da sık sık belirtildiği üzere, vergilendirme alanında muafiyet ve istisna hükümlerinin yorum yoluyla genişletilmesi veya daraltılması anayasal güvence ifade eden verginin yasallığı ilkesine aykırı düşmektedir. Gelir Vergisi Kanunu'na göre, vergiden müstesna tutulmayan, gelirin unsurlarına dahil olan her türlü kazanç ve iradın vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ücretin vergilendirilmesinde genel vergilendirmenin dışında tutulan muafiyet ve istisnaların çok net olarak kanunlarda belirtilmesi gerekmektedir.

7103 sayılı Kanun'la Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen hükümlerle, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi ve ikale sözleşmesi gibi sözleşmeler kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar ücret olarak kabul edilerek vergilendirilmesi hususuna açıklık getirilmiştir. Yine 7103 sayılı Kanun'la GVK'nın tazminat ve yardımlarda gelir vergisi istisnasını düzenleyen maddeye eklenen hükümlerle; hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre kıdem tazminatlarında istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımların kıdem tazminatı tavanına kadar olan kısmı gelir vergisinden istisna edilecektir.

7162 sayılı Kanun'la GVK'ya eklenen geçici 89. maddeye göre; 27/3/2018 tarihinden önce karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında

yapılan ödemeler ve yardımlar üzerinden tevkif edilerek tahsil edilen gelir vergisi, hizmet erbabının düzeltme zamanaşımı süresi içerisinde tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla, kişilere iade edilmesi sağlanmıştır. Yapılan düzenleme ile yapılan ödemeler üzerinden kesilen vergilerin iadesi konusunda açılan büyük orandaki davalar sonucunda Vergi İdaresi ile kişiler arasında yaşanan ihtilaflar ortadan kalkmış bulunmaktadır.

# SERMAYE ARTIRIMININ RÜÇHAN HAKKININ HİSSELERİ İKTİSAP ETME TARİHİNE ETKİSİ

Serena BAKİOĞLU  
Avukat

Ayça AKÇAY  
Stj. Avukat

## ÖZET

İşbu makalemizde sermaye şirketlerinde gerçekleşen sermaye artırımının sonucunda, meydana gelen yeni hisselerin iktisap tarihinin belirlenmesinde şirketin mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakkının etkisi güncel mevzuat ve özelgeler kapsamında ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sermaye Artırımı, Rüçhan Hakkı, Hisse Senetlerinin İktisap Tarihi.

## GİRİŞ

Sermaye bir şirketin toplam malvarlığını ifade etmekte olup; şirketler var olan malvarlıklarını arttırmak, ek kaynak yaratmak amacıyla sermayelerini arttırmaktadır. Sermaye artırımının gerçekleşmesi sonucunda, şirketin büyümesinin de bir sonucu olarak ortaya yeni hisseler çıkar ve söz konusu hisseler, kural olarak pay sahiplerine, şirkette sahip oldukları paylar oranında dağıtılır. Makalemizin ilerleyen bölümlerinde daha detaylı bahsedileceği üzere, bu yeni hisselerin ortaklar tarafından ne zaman iktisap edileceği hususu hisse devri durumunda sürenin hesaplanması açısından önem arz etmektedir.

## 1. ORTAKLAR HİSSELERİ NE ZAMAN İKTİSAP ETMİŞ SAYILIR?

Hisseler, satın alma, yeni şirket kuruluşu, var olan bir şirkete iştirak etme veya halihazırda ortağı olduğu bir şirketin sermayesinin artması yoluyla iktisap edilmektedir. Bu bakımdan satın alma yoluyla edinilen iştirak hisseleri açısından elde etme tarihi bu hisselerin devralındığı tarihtir.<sup>1</sup> Yeni şirket kuruluşu yahut mevcut şirkete sonradan nakden veya aynı sermaye konulması suretiyle elde edilen hisselerin edinim tarihi ise kuruluş veya sermaye artırımının tescil tarihidir. Ancak burada tartışmalı

olan husus iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımını yoluyla oluşan yeni hisselerin edinim tarihinin sermaye artırımının tescilinden önceki bir tarihte edinilmiş sayılmasıdır. Bu konuda geçmişten beri benimsenen uygulama, sermaye veya kâr yedeklerinin sermayeye ilavesi sonucu oluşan ve bedelsiz olarak iktisap edilen bu hisselerin, söz konusu bedelsiz hisse edinimine dayanak teşkil eden hisselerin edinim tarihinde elde edilmiş sayılması yönündedir<sup>2</sup>.

## 2. RÜÇHAN HAKKI KAVRAMI VE HİSSELERİN İKTİSAP TARİHİNE ETKİSİ

Rüçhan hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nin sermaye artırımının düzenlendiği bölümünde, 461. maddede düzenlenmiş olup mezkûr madde aşağıdaki gibidir:

"(1) Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir.

(2) Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. ...

...

(4) Rüçhan hakkı devredilebilir.

(5) Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin,

<sup>1</sup> Mehmet MAÇ, "Anonim Şirketlerde Hisse Devrinin Geçerli Olması İçin Gerekli Hukuki Şartlar ve İşlemler", Lebib Yalkın, Temmuz 2010.

<sup>2</sup> Mehmet MAÇ, "2 Yıllık Sürelerin Hesabı Açısından İştirak Hisselerinin Elde Edilme Tarihinin Tespitine İlişkin Mevzuat ve İdari Görüşler", Yaklaşım, Eylül 2011.

*bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.”*

Bu bakımdan, rüçhan hakkı bir şirkette mevcut pay sahibinin şirkette yeni çıkarılan payları öncelikli olarak alma hakkı olup bu özelliği bakımından bir ön alım hakkıdır. Söz konusu madde uyarınca, her pay sahibinin kural olarak rüçhan hakkı mevcuttur.

Sermaye artırımını dolayısıyla iktisap edilen hisse senetlerinin iktisap tarihlerinin belirlenmesini de düzenleyen ve 23.03.2000 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan “232 No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği (“Tebliğ”)"nin 2. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

*“Hisse senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançların vergilendirilmesinde, sermaye ve kâr yedeklerinin sermayeye eklenmesi dolayısıyla sahip olunan hisse senetlerinin iktisap tarihi olarak, daha önceden sahip olunan hisse senetlerinin iktisap tarihi esas alınacaktır...”*

Tebliğ’den de görüleceği üzere, iç kaynakların sermayeye eklenmesi yoluyla edinilen hisseler her ne kadar sermaye artırımının tescil edildiği tarihte olsa da vergisel açıdan eğer mevcut hisse sahibi bu hisseleri iktisap etmişse yani makalemizin bir sonraki bölümünde de detaylı açıklanacağı üzere rüçhan hakkı sahibi iç kaynaklardan sermayeye eklenen bu hisseleri iktisap etmişse tescil tarihi değil, hisselerin edinim tarihi esas alınacaktır.

Nitekim, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 23.02.2012 tarih ve B.07.İ.Gİ-B.4.34.16.01-GVK mük.80-712 sayılı ve “Sermaye artırımında bulunarak hisse senedi bastırmadan yapılan hisse satışından elde edilecek kazancın vergilendirilmesi” konulu özelgesinde de sermayenin iç kaynaklardan artırılması yoluyla elde edilen hisseler bakımından iktisap tarihi olarak sermaye artırım tarihi değil rüçhan hakkına sahip ortak bakımından hisseyi aldığı tarihin esas alınacağı düzenlenmiştir:

*“... 257 seri no.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin “2.4.1.4. Sermaye artırımları dolayısıyla sahip*

*olunan hisse senetlerinin alış tarihi ve bedelleri” başlıklı bölümünde ise; “Sermaye ve kâr yedeklerinin sermayeye eklenmesi dolayısıyla sahip olunan hisse senetlerinin alış tarihi olarak daha önceden sahip olunan hisse senetlerinin alış tarihi esas alınacaktır. Bedelli sermaye artırımını sebebiyle rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değerleri ödenerek sahip olunan hisse senetleri yönünden de alış tarihi olarak, sahip olunan eski hisse senetlerinin alış tarihi esas alınacaktır.*

*Şirketlerin sermaye yedekleri ile sermaye artırımında bulunmaları halinde, bu işlem sonrasında gerek önceden sahip olunan gerekse sermaye artırımını dolayısıyla alınan hisse senetlerinin alış bedeli, daha önce sahip olunan hisse senetlerinin alış bedelinin, sermaye artırımını sonrasında sahip olunan toplam hisse senedi sayısına bölünmesi suretiyle tespit edilecektir.*

*Kâr yedekleri kullanılmak suretiyle sermaye artırımında bulunulması halinde, bu işlem dolayısıyla sahip olunan hisse senetlerinin alış bedeli, daha önce sahip olunan hisse senetlerinin alış bedeli ile yeni alınan hisse senetlerinin itibari değerleri toplamının sermaye artırımını sonrasında sahip olunan toplam hisse senedi sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanacaktır.*

*Hisse senedi sahipleri tarafından rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değerleri ödenerek sahip olunan hisse senetleri yönünden de alış bedeli, daha önce sahip olunan hisse senetlerinin alış bedeli ile yeni alınan hisse senetleri için ödenen bedelin toplamının sermaye artırımını sonrasında sahip olunan toplam hisse senedi sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir.*

*Bu hüküm ve açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ortağı olduğunuz şirketin geçmiş yıl kârları ile yasal yedeklerinin sermayeye ilavesi veya yetkili organ kararı ile ortakların taahhüdüne bağlı olarak sermayenin artırılması yeni bir edinim olmayacağı gibi geçmiş yıl kârları ile yasal yedeklerin sermayeye, ilavesi mukabili sahip olunan bu hisselerin iktisap tarihinin tespitinde daha önce sahip olunan hisse senetlerinin alış tarihinin dikkate alınması gerekmekte olup bedelli sermaye artırımını sebebiyle rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değeri ödenerek sahip olunan hisse senetlerinin iktisap ta-*

rihi olarak da sahip olunan eski hisse senetlerinin alış tarihinin dikkate alınması gerekmektedir.

*Bu itibarla, söz konusu satış işleminin, hisse senedi bastırılmış ve hisse senedi yerine geçen geçici ilmühaberle temsil edilen tam mükellef kuruma ait ortaklık hisselerinin iktisap tarihinden itibaren iki yıldan fazla süre ile elde tutulduktan sonra satılması şeklinde gerçekleştirilmesi durumunda, satıştan doğan kazanç vergilendirilmeyecektir. Ancak sahibi bulunduğunuz söz konusu bastırılmış hisse senetlerinin veya hisse senedi yerine geçen geçici ilmühaberlerin bu süre dolmadan satışı halinde ise elde edilecek kazancın, GVK'nun mükerrer 80. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi kapsamında değer artış kazancı olarak vergilendirilmesi gerekmektedir.”*

Ayrıca Tebliğ'in yine 2. maddesinin 1. fıkrasına göre: *“Şirketler tarafından sermaye artırımına gidildiği durumlarda, ortaklar rüçhan haklarını kullanmak suretiyle artırılan sermayeyi temsil eden hisse senetlerini almaktadırlar. Hisse senedi sahipleri tarafından rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değerleri ödenerek sahip olunan hisse senetleri yönünden de iktisap tarihi olarak sahip olunan eski hisse senetlerinin iktisap tarihi esas alınacaktır. Ortakların rüçhan haklarını sınırlamak suretiyle sermaye artırımını temsil eden hisse senetlerinin satılması durumunda ise yeni bir alım işleminin gerçekleştiği kabul edilecektir.”*

Söz konusu maddelerde açıklandığı üzere, sermaye artırımında mevcut ortakların rüçhan haklarını kullanmak suretiyle, artırılan sermayeyi temsil eden yeni hisseler nominal bedel ödeyerek sahip olmaları durumunda iç kaynaktan yapılan sermaye artırımlarında olduğu gibi yeni oluşan hisselerin edinim tarihi olarak rüçhan hakkına dayanak teşkil eden hisselerin edinim tarihi kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Bu husus, 1 No.lu KV Tebliği'nin 5.6.2.3.1.1. no.lu bölümünde kurumlar açısından da teyit edilmiştir: *“Bunun dışında, rüçhan hakkı dolayısıyla itibari değerinden farklı bir değerle hisse senedi iktisap edilmesi durumunda bu hisse senetlerinin iktisap tarihi olarak, eski hisse senetleriyle ilişkilendirilmeksizin, fiilen kurumun aktifine girdikleri tarih esas alınacaktır.”*

3 MAÇ, a.g.m., 2011

## SONUÇ

Mevcut mevzuat hükümleri ve İdare tarafından verilmiş özeldeler kapsamında bir inceleme yapıldığında, hem gelir vergisi mükellefleri hem de kurumlar vergisi mükelleflerinin hisseleri iktisap tarihi hususu önem arz etmekte olup sermaye ve kâr yedeklerinin sermayeye eklenmesi yoluyla yapılan sermaye artırımını dolayısıyla ortaya çıkan hisse senetlerinin iktisap tarihi, pay sahiplerinin önceki hisse senetlerinin iktisap tarihi olarak kabul edilmelidir.



# 01.06.2022 TARİH VE E.2022/14, K.2022/70 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİ KARARI IŞIĞINDA VERGİ YARGILAMASINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Simge KAVTELEK  
Avukat

Mine BEYAZHANÇER  
Stj. Avukat

## ÖZET

7351 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("7351 sayılı Kanun")'un 2. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ("İYUK")'nda değişiklik yapılarak vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için dava konusu iade tutarının yüzde ellisinin teminat olarak gösterilmesi zorunlu olduğu düzenlenmiş idi. İşbu düzenleme yürürlüğü girdiği an itibarıyla birçok açıdan tartışmaya konu olmuştur. Bu tartışmaların sonucu olarak da söz konusu hüküm, mahkemenin takdir yetkisini ortadan kaldırdığı ve hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği iddialarıyla Anayasa Mahkemesi("AYM") önüne getirilmiştir.

Makalemizde, vergi yargılamasında yürütmenin durdurulması kararı ve 7351 sayılı Kanun ile öngörölmüş olan teminat zorunluluğu, AYM'nin 01.06.2022 tarih ve E.2022/14, K.2022/70 sayılı kararı kapsamında ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yürütmenin Durdurulması, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü, Mahkemenin Takdir Yetkisi.

## GİRİŞ

İYUK'un "Yürütmenin Durdurulması" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında öncelikle Danıştay'da veya idarî mahkemelerde dava açılmasının dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmayacağı kuralına yer verilmiş, akabinde ise Danıştay veya idari mahkemelerce idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir.

22 Ocak 2022 tarih ve 31727 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7351 sayılı Kanun ile

İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasına "Vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemez." cümlesi eklenmiştir. Ancak söz konusu madde Plan ve Bütçe Komisyonu da dâhil olmak üzere Anayasal açıdan eleştirilere maruz kalmış ve yürürlüğe girmesinden yaklaşık altı ay sonra Anayasa Mahkemesi tarafından oyçokluğu ile iptal edilmiştir.

## 1. VERGİ YARGILAMASINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARLARI

Vergilendirmeye ilişkin işlemlerin iptali için yargılamaya başvurulması durumunda, kural olarak, iptali istenen işlemlerin uygulanması durdurulmamaktadır. Bu durum yargılamanın uzun zaman alması hâlinde mükelleflerin telafisi mümkün olmayan zararlar görmelerine sebep olduğundan, bu zararların önlenmesi amacıyla idari yargı mevzuatımıza "yürütmenin durdurulması kurumu" dâhil edilmiştir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> İbrahim ORGAN, Neslihan COŞKUN KARADAĞ, "TÜRK VERGİ YARGISINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI- II", Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 21, Sayı3, 2012, Sayfa 71-84, s.72.



Bununla birlikte, İYUK'ta vergi uyuşmazlıkları bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasında vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılmasının, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağı düzenlenmiştir. Ancak işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ve ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davaların, tahsil işlemini kendiliğinden durdurmayaacağı hususu söz konusu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, işlemde kaldırılan vergi dava dosyalarının yeniden işleme konulması, ihtirazi kayıtla beyanname verilmesi ve tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalarda tahsilat işlemi durdurulabilmesi için ayrıca yürütmenin durdurulması talep edilmelidir. İYUK'un 27. maddesinin 6. fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararlarının teminat karşılığında verileceği ancak durumun gereklerine göre teminat aranmayabileceği hüküm altına alınmıştır.

Ne var ki uygulamada, mahkemeler tarafından yürütmenin durdurulması istemleri genellikle İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen şartların birlikte sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilmekte olup bu bağlamda yürütmenin durdurulması müessesesinin mükellefler nezdinde sıklıkla yararlanan bir uygulama teşkil etmediği söylenebilecektir. Bu duruma rağmen 7351 sayılı Kanun ile iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalar bakımından yeni bir düzenleme yürürlüğe girmiş idi.

## **2. 7351 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN TEMİNAT UYGULAMASI**

7351 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasına "*Vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemez.*" hükmü eklenmişti. 7351 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde bu madde ile haksız iadelerin önüne geçilebilmesinin amaçlandığı açıklanmıştır.

Değişiklik maddesinin gerekçesinde ise, vergi kanunları uyarınca iade talep eden mükelleflerin taleplerinin gerekli şartları taşımaması nedeniyle kabul edilmemesi veya vergi incelemesi sonucu yerine getirileceğinin bildirilmesi nedeniyle meydana gelen uyuşmazlıklarda verilen yürütmeyi durdurma kararları üzerine iade yapılmakta ve yapılan incelemeler sonucunda bu iadelerin haksız yere alındığı yönünde tespit yapıldığında, iade edilmiş tutarların büyük çoğunluğunun geri alımı sağlanamadığı, bu tür uyuşmazlıklarda idarenin mükellef hakkında yaptığı bir vergi tarhiyatı, ceza kesilmesi veya takip işlemi söz konusu olmayıp mükellefin idareden talep ettiği bir meblağın Hazineden çıkışı söz konusu olduğu, karar uyarınca iade işlemi yapıldıktan sonra idarenin iadeyi yapmaması yönündeki işlemin konu ile ilgili düzenlenen inceleme raporları da dikkate alınarak esastan onaylanması durumunda, bir başka anlatımla iade yapılmaması işleminin doğru olduğu yönünde karar verildiğinde iade edilen tutarların mükellefin mal varlığını yok etmesi vb. nedenlerle geri alımında sorun yaşandığı ve tahsil edilen vergi gelirlerinden her yıl yapılan iadelerin büyüklüğü dikkate alındığında bu tür ret işlemlerinin sınırlı olduğu, büyük risk barındıran mükelleflerin taleplerinin reddedildiği göz önüne alındığında sınırlı sayıdaki işlem nedeniyle Hazine kaybının önlenmesi gereği ortaya çıktığı hususlarına yer verilmiştir.

Ancak, kanun teklifi üzerinde yapılan görüşmelerde milletvekilleri tarafından söz konusu değişiklik hükmüne ilişkin olarak, iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, teminat miktarının dava konusu edilen tutarın %50'si gibi bir oranda belirlenmesinin mükelleflere ilave bir yük getireceği, uygulamanın mükelleflerin yasal haklarını kullanmalarını zorlaştıracağı, haksız kazancın engellenmesi niyetiyle yapılmak istenen bu düzenlemenin davasında haklı olan mükellefleri de olumsuz etkileyebileceği, daha işlevsel ve uygulamada karşılaşılan sorunların doğrudan çözümünü için mükellefleri de mağdur etmeyecek şekilde daha farklı bir düzenleme önerisinin ele alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Plan ve Bütçe Komisyonunun Raporu("Rapor")nda yer alan muhalefet şerhinde ise,

değişiklik maddesinin Anayasa'ya aykırılığı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, söz konusu değişiklik yürütmenin durdurulması bakımından durumun gereğine göre teminat aranması ve %50'den düşük oranda teminat öngörülmesi ihtimallerinin ortadan kaldırıldığı ve böylelikle hak arama özgürlüğünün bir tezahür biçimi olan yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olanağını davacı kategorisi bakımından ölçüsüz şekilde sınırlandırarak Anayasa'nın 36. maddesiyle çeliştiği yönünden eleştirilmiştir.

Bunun yanı sıra, değişiklik maddesinin vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davaların davacıları bakımından, idari yargı önüne gelen başka konulu davaların davacılarına göre belirgin şekilde hak arama özgürlüğünün kısıtlanması nedeniyle de Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca eşitlik ilkesini ihlâl ettiği yönünde eleştirilmiştir.

Ek olarak yine aynı Raporda, mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesinin ağır şartlara bağlandığı ve bu denli zor koşullara bağlanmışken bir de devletin haksız olarak vatandaşın tahsil ettiği meblağın iadesi için açtığı davada ödediği meblağın yarısını yürütmenin durdurulması kararını alabilmek için mahkemeye yatırmasının, parası haksız olarak tahsil edilen vatandaşın tekrar cezalandırılması anlamına geleceği ifade edilmiştir. Söz konusu uygulamanın Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceğine dikkat çekilmiştir.

### 3. AYM KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

Tüm eleştiri ve tartışmalara rağmen 7351 sayılı Kanun'un 2. maddesi anlamsal bakımdan değişikliğe uğramadan yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenleme, Samsun Vergi Mahkemesi'nin, E.2021/1500 sayılı dosyası kapsamında, haklı gerekçelerle donatılmış başvuru dilekçesi ile kuralın iptali için AYM önüne taşınmıştır.<sup>2</sup>

Yürütmenin durdurulmasının anayasal dayanağını, Anayasa'nın 125. maddesinin 5. fıkrası hükmü oluşturmaktadır. İşbu maddeyle idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'da düzenlenmiş olması, yürütmenin durdurulması kararının temel haklarla iç içeliğini de vurgulamaktadır. Bu kapsamda yürütmenin durdurulması kararı vergi yargısı için önem taşımaktadır.

Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağı; ancak, 26. maddenin 3. fıkrasına göre işlemde kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam edeceği; bu şekilde işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davaların, tahsil işlemini durdurmayacağı İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

AYM ise yapmış olduğu değerlendirmede,

- Yürütmenin durdurulması kurumunun, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamakta olduğu, yürütmenin durdurulması kararıyla dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesinin sağlanıp ve kişilerin dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunduğu,
- Yürütmenin durdurulması kararı verilmesine konu bakımından bir sınırlama yapılması durumunda bu sınırlamanın Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrası yönünden yapılması gerektiği, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için

<sup>2</sup> Bumin DOĞRUSÖZ, "İade davalarında yürütmeyi durdurma koşuluna iptal", Dünya Gazetesi, Erişim Tarihi:27.07.2022, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/iade-davalarinda-yurutmeyi-durdurma-kosuluna-iptal/660764>

birtakım usule ilişkin sınırlamaların öngörülmesi hâlinde önemli olanın usule ilişkin sınırlamanın, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için Anayasa'da öngörülen şartları uygulanamaz hâle getirip getirmediği ve yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini zorlaştırıp zorlaştırmadığı olduğunu,

- Bu bağlamda, vergi kanunları uyarınca iadesi talep edilen vergilere ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu tutarların yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören kuralla yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için usule ilişkin bir sınırlama nedeni düzenlendiği,
- İdari yargı yerlerince davacı açısından telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartının gerçekleştiği kanısına varılması durumunda dahi kural uyarınca davacıdan dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin mümkün olmayacağı, davacıdan yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınması idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararın doğması şartını etkisiz kılacağı,
- Yürütmenin durdurulması kararı verecek olan idari yargı yerlerine durumun gereklerine ve somut olayın şartlarına göre teminat alıp almama veya teminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisinin tanınmadığı, söz konusu teminatı ödeme imkânı olmayan davacının adli yardımdan yararlanmasını mümkün kılan bir güvenceye yer verilmediği de gözetildiğinde mutlak bir şekilde dava konusu tutarın yüzde ellisi oranında teminat alınmasını öngören kuralın yürütmenin durdurulması kurumunun etkinliğini azalttığı ve bu kurumdan beklenen amacın gerçekleşmesini engellediği,

gerekçeleriyle kural Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Bu kapsamda karar veren AYM, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görmemiştir.

Karşı oy yazısında ise yürütmenin durdurulması kararının verilmesinde teminat aranmasının kural, teminat aranmamasının ise istisna olduğu; teminat alınmadan verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı gereğince iade edilerek hazineden çıkmış olan verginin yeniden hazineye dönmesi konusunda sorunlar ortaya çıkabildiği, ilgililerin Anayasa'dan kaynaklanan "yürütmenin durdurulması" haklarını kullanmalarını bir miktar zorlaştırmış olsa bile anlamsız ve işlevsiz hâle getirmemiş olduğu, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırdığı kabul edilse bile kamu yararı ile ilgili kişilerin yararı arasında bir denge gözetildiği gerekçeleriyle karara katılmadığı açıklanmıştır. Karşı oy yazısında %50 oranında teminat gösterilmesinin kamu yararı ile kişilerin yararı arasında dengeyi bozmadığı iddia edilmektedir. Kanaatimizce hazinenin kayba uğramaması ile idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması durumunda menfaati zedelenecek olan kişilerin arasındaki menfaat dengesi teminat şartının getirilmesi durumunda iddia edilen aksine kişiler aleyhine bozulmaktadır.

Teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemenin, yürütmenin durdurulması kurumunun etkinliğini azalttığı açıkça görülmektedir.

## SONUÇ

Her ne kadar hüküm AYM tarafından Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bulunmuş ve iptal edilmiş, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görmemiş olsa da hükmün anılan maddelerce incelenmesi durumunda da Anayasa'ya aykırı olacağı açıktır. Nitekim hak arama hürriyetinin kısıtlanma ve temel hak ve hürriyetlerden mülkiyet hakkının sınırlanması da işbu iptal edilen hüküm kapsamında ihlâl edilmektedir.

Kararın mükellefler nezdinde olumsuz sonuçlar doğurmasına izin verilmeden AYM önünde ele alınması adalet mekanizmasının hızlı işlemesi açısından oldukça önemli olup AYM'nin vermiş olduğu kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

# 7394 SAYILI KANUN İLE SERMAYE TAMAMLAMA FONUNUN KURUM KAZANCINDAN ÇIKARTILMASI

Derya OĞUZER  
Stj. Avukat

## ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)’nin 376. maddesinde, sermayenin kaybı ve borca batık olma durumunda şirketlerin sona ermiş sayılmaması için alınabilecek önlemler listelenmektedir. 2. fıkra kapsamında şirketin sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3’ünün karşılıksız kalması hâlinde, Genel Kurul’un Yönetim Kurulu tarafından derhal çağrıldığı toplantıda teknik iflas pozisyonunun giderilmesi için sermayenin tamamlanmasına karar verilebilir ve bu sayede bilanço açıkları ortakların tamamı veya bazı ortaklar tarafından kapatılır.

Ortaklar tarafından şirkete konan söz konusu sermaye tamamlama fonunun kurum kazancı kapsamında değerlendirilip kurumlar vergisine tabi tutulup tutulmayacağı hususunda bir netlik bulunmamakla birlikte vergi idaresi vermiş olduğu özeldelerde vergilendirileceği görüşünden yanaydı. 15 Nisan 2022 tarihinde yasalaşan 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“7394 sayılı Kanun”) kapsamında sermaye tamamlama fonunun ilgili dönemdeki kurum kazancı tespit edilirken dikkate alınmayacağı ve dolayısıyla vergilendirilmeyeceği öngörülmüştür.

Bu çalışmamızda, ortakların şirkete koymuş olduğu sermaye tamamlama fonunun niteliği, 7394 sayılı Kanun öncesi söz konusu fonun vergilendirilmesinde yaşanan sıkıntılar ve Kanun’un getirmiş olduğu yenilikler ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** TTK 376, Sermaye Tamamlama Fonu, Gelir Vergisi Kanunu, 7394 sayılı Kanun.

## GİRİŞ

Sermaye tamamlama fonu, 15.09.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (“Tebliğ”)in 9. maddesinde tanımlanmıştır. Sermayenin tamamlanmasına her ortak payı oranında katılır ve verdiği geri alamaz. Ek olarak, yapılan ödemeler, gelecekte yapılan sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak nitelendirilemez. Sermayenin tamamlanması için yapılan söz konusu ödemeler, öz kaynaklar içerisinde

“sermaye tamamlama fonu” hesabında toplanır ve takip edilir.<sup>1</sup> Vergi İdaresi’nin 7394 sayılı Kanun öncesindeki görüşü bu fonun sermayeye ilave edilmiyor olması ve vergi mevzuatında bir istisna hükmü de bulunmamasından ötürü vergilendirilmesi gerektiği yönündeydi. Buna karşın, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (“GVK”)’nin 38. maddesine göre ticari kazanç hesaplanırken sahip veya sahiplerce ilave olunan değerlerin hesap dönemi başındaki öz sermaye ile sonundaki öz sermaye arasındaki farktan indirileceği hükme bağlandığından ötürü sermaye tamamlama fonunun da ticari kazanç kapsamında değerlendirilmemesi, bu durumda ise vergilendirilmemesi gerekmektedir. 7394 sayılı Kanun ile sermaye fonunun vergilendirilip vergilendirilmeyeceği konusundaki kafa karışıklığı giderilmiştir.

<sup>1</sup> Emek Deniz ŞİMŞEK, Zülküf DEMİR, “Karşılıksız Sermaye ve Borca Batık Bilanço, Türk Ticaret Kanunu 376. Maddesi Kapsamında Yapılacak Sermaye Artırımı ve Azaltımı”, *Lebib Yalkın Dergisi*, s.207

## 1. SERMAYE TAMAMLAMA FONU

TTK 376 kapsamında, sermayenin kaybı ve borca batık olma durumunda ortaklar şirketin kendiliğinden sona ermesini engellemek için sermayeyi tamamlamak, artırmak veya azaltmak şeklinde üç yola başvurabilir. Bununla birlikte, sermaye artırımı yoluna gidilmesi hâlinde sermaye artırımı sonucu oluşacak olan ödenmiş sermaye ve yasal yedek akçeler toplamı, yeni sermaye tavanının en az yarısını oluşturmak zorunda olduğundan sermaye artırımı zaten sermaye kaybı veya borca batıklık durumunda olan bir şirket için fazlasıyla maliyetli bir yoldur.

Sermayenin üçte biri ile yetinilmesine karar verilerek sermaye azaltımı yapılması durumu ise özkaynağı ekside olan şirketler için tercih edilemeyecek bir yol olmasının yanı sıra özkaynağın ekside olmadığı şirketlerde de şirket, kanunda kuruluşu için belirlenen asgari sermayenin altına düşecek şekilde bir azaltım yapamayacağından ötürü her zaman çözüm olmamaktadır.

Makalenin konusunu oluşturan sermaye tamamlanması önlemi ise, ortakların payları oranında ve “karşılıksız” olarak şirkete yaptıkları bir ödeme niteliğinde olup, şirkete yapılan bir bağış şeklinde algılandığından ödemeyi yapan ortağa hiçbir avantaj sağlamadığından ve tek taraflı yapılan bu ödemenin şirket nezdinde vergilendirilip vergilendirilmeyeceği de tartışma konusu olduğundan tercih edilmemekteydi. Öte taraftan, sermayenin tamamlanmasında mevcut ödenmiş sermayenin %50’si korunmaya çalışılırken, sermayenin artırılmasında mevcut sermaye ile yeni eklenecek sermayenin toplamının %50’sinin korunması esas olduğundan ötürü daha düşük bir bedelle teknik iflas hâlinde kurtulmak isteyen işletmeler de sermayenin tamamlanmasını tercih etmektedirler.<sup>2</sup>

## 2. 7394 SAYILI KANUN ÖNCESİNDE İDARE’NİN GÖRÜŞÜ

Sermaye tamamlama fonunun kurum ka-

zancına dâhil edilip edilmeyeceği hususunda net bir düzenleme olmamasından ötürü vergilendirilip vergilendirilmeyeceği konusunda da vergi idaresi ile mükellefler arasında yaşanan bir ihtilaf söz konusuydu. Şirketin sermayesinin 2/3’ünün karşılıksız kalmasından ötürü karşılıksız olarak koymuş olduğu fonun GVK’nın 38. maddesi çerçevesinde “işletmeye ilave olunan değer” kapsamında “teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark” şeklinde tespit edilen kurum kazancından indirilmesi gerekirken; İdare’nin görüşü çerçevesinde ilgili dönemin kurum kazancına dâhil edilip vergilendiriliyor olması mükellefler için dezavantajlı bir durumdu. Söz konusu maddeye göre ortaklar tarafından ilave edilen değerler öz sermayeyi artırırsa da kazancın tespitinde dikkate alınmamalıdır.

Buna karşın İdare de sermaye tamamlama fonunun tescilli sermaye hâline gelmesi gerektiğinden hareketle fonun sermayeye eklenmesi ve ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeydi.<sup>3</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı’nın 01.06.2012, B.07.1.GİB.0.06.49-010.01-11; 19.07.2019, B.07.1.GİB.4.99.16.01-105[3]-14081; 22.10.2021, E-79690095-125[3-2021-120-100]-89161 tarih ve sayılı özelgelerinde sermaye tamamlama fonu adı altında ödenen tutarların, Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında sermayeye ilave edilmemesinden ve vergi mevzuatında bir istisna hükmü de bulunmamasından ötürü, kurum kazancına dâhil edilmesi gerektiği yönünde görüş belirtilmiştir.

Özelgelere ek olarak yargı kararları incelendiğinde de İdare’nin açıklanan görüşünde istikrarlı olduğu görülmektedir. Danıştay 3. Dairesi’nin 14.12.2017 tarih ve E.2016/3630, K.2017/9305 sayılı kararıyla “zarar telafi fonu” bedellerinin ve daha sonra sermayeye ilave edilmiş olan sermaye avanslarının davacı şirket açısından gelir olarak kabulüne olanak bulunmadığı yönündeki ilk derece mahkemesi kararı “ticari faaliyetleri nedeniyle iflasını gerektirecek derecede kötüleşen davacı şirkete, iflas etmemesi için bu süre

<sup>2</sup> Okan COŞGUN, “Sermaye Tamamlama Fonuna Yönelik Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Erişim Tarihi: 13.04.2022, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/okancosgun/004/>

<sup>3</sup> Güray ÖĞREDİK, “Sermayenin Kaybı veya Borca Batıklık Hesaplamalarında ‘Sermaye Tamamlama Fonu’ ve ‘Kur Farkı Zararları’ Hakkında Özellik Arz Edecek Düzenlemeler”, *Lebib Yalkın Dergisi*, Aralık 2018, S.180

boyunca devamlı olarak teknik iflastan kurtulmak amacıyla zarar telafi fonu adı altında para transferinde bulunulmasının ekonomik ve ticari icaplara uygun olmadığı dikkate alındığında, davacı şirkete ana şirket tarafından gönderilen ve kurum kazancına dâhil edilmeksizin sermaye hesaplarına kaydedilen tutarın davacının ana şirkete verdiği hizmetin karşılığı olduğu ve bu nedenle söz konusu tutarların kurum kazancına ilave edilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozulmuştur.

Konu KDV açısından değerlendirildiğinde ise İdare sermaye tamamlama fonunu bir hizmetin karşılığı ödenen bedel olarak nitelendirdiğinden ötürü katma değer vergisine konu etmekteyken, şirkete fonu ödemiş olan mükellefler bu fonu “karşılıksız” ödedikleri için bir hizmet karşılığı ödenen “bedelin” söz konusu olmadığını, dolayısıyla fonun vergilendirilemeyeceğini savunmaktaydı. İdare’nin bu görüşüne paralel olarak, 12.02.2013 tarih ve 64597866-KDV-1/1-21 sayılı özelgede, Gelir İdaresi Başkanlığı’ndan görüş talep eden firmaya, Türkiye’deki faaliyetlerinin kesintiye uğraması için bağlı olduğu yurt dışındaki ana firma tarafından aktarılan bedellerin Türkiye’de ifa edilen hizmetlerin karşılığı olmasından ötürü 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (“KDV-K”)’nun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre katma değer vergisine tabi olması gerektiği yönünde bilgilendirme yapılmıştır.

### 3. 7394 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YÜRÜRLÜĞE GİREN DÜZENLEME

25 Mart 2022 tarihinde TBMM gündemine giren ve TBMM genel kurulunca kabul edilen kanun teklifi, 15 Nisan 2022 tarihinde 7394 sayılı Kanun olarak yasalaşmıştır. Söz konusu Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında KVK’nın 6. maddesine “13/1/2011 tarihli ve 5651 sayılı Türk Ticaret Kanununun 376ncı maddesi uyarınca sermayenin tamamlanmasına karar verilen şirketin ortakları tarafından zarar sebebiyle karşılıksız kalan kısmı kapatacak miktarda aktarılan tutarlar kurum kazancının tespitinde dikkate alınmaz.” fıkrası eklenmiştir. Söz konusu değişiklik ile zarar se-

bebiyle sermayesinin 2/3’ünü kaybeden şirketlerin ortakları tarafından, bu sermaye kaybını bertaraf etmek adına aktarılan tutarların kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı hükme bağlanmış olup sermaye tamamlama fonunun vergilendirilmeyeceği yönündeki görüş kanun maddesi hâline gelmiştir. Bu sayede, mükellefler ile Vergi İdaresi arasındaki söz konusu tutarın vergilendirilip vergilendirilmeyeceği aşamasında doğan anlaşmazlık, önceden olduğu üzere yine Tebliğ gibi bir düzenleme tercih edilmeden doğrudan kanunla düzenlenerek hiçbir belirsizliğe yer vermeyecek şekilde ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.

### SONUÇ

Sermaye tamamlama fonunun vergilendirilip vergilendirilmeyeceğine dair süregelen ihtilafı durum 7394 sayılı Kanun kapsamında KVK’nın 6. maddesine eklenmiş olan fıkra ile netliğe kavuşturulmuş olup söz konusu fonun kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı ve dolayısıyla vergilendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Mükellef lehine tesis edilmiş bu düzenleme akabinde akla gelebilecek son soru Kanun’un yürürlüğe girdiği 15 Nisan 2022 tarihinden önce ortakların şirkete koyduğu “sermaye tamamlama fonu” niteliğindeki tutarların kurum kazancının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağıdır.<sup>4</sup> İlgili kanun değişikliğinin aksi yönde yorumundan, bu tarihten önce şirkete aktarılan sermaye tamamlama fonlarının kurum kazancı olarak değerlendirileceği gibi bir anlam çıkarılabilirse de KVK’nın 6. maddesine eklenmiş olan söz konusu fıkra eklenmeden önce de sermaye tamamlama fonunun Tebliğ uyarınca “karşılıksız” olduğunun belirtildiği ve GVK’nın 38. maddesine göre, işletmeye sahiplerce ilave olunan değerlerin özkaynaktan indirileceği göz önünde bulundurulduğunda son yasal düzenleme öncesinde de sermaye tamamlama fonunun kurum kazancı olarak değerlendirilmeyeceği anlaşılmaktadır.

4 Yunus Emre BAKİLER, M. Aykut KELEÇİOĞLU, “7394 sayılı Kanun ile Sermaye Tamamlama Fonlarının Vergilendirilmesinde Yapılan Düzenleme- TTK 376 ve Zombi Şirketler”, Erişim Tarihi: 15 Nisan 2022, [https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=ttk%20376%20ve%20zombi%20%C5%9Firketler&sid=%40HL&update=urn%3Ali%3Afs\\_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A6920687170227769344%2CBLENDED\\_SEARCH\\_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)](https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=ttk%20376%20ve%20zombi%20%C5%9Firketler&sid=%40HL&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A6920687170227769344%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse))



#### İSTANBUL OFİS

Esentepe Mahallesi,  
Kore Şehitleri Caddesi,  
No.40  
Şişli / İSTANBUL

Tel : +90 212 380 0640  
Faks : +90 212 217 1890



#### ANKARA OFİS

Kızılırmak Mah. 1450 Sok.  
Ankara Ticaret Merkezi (ATM),  
B Blok No: 1/29 Kat 5  
Karakusunlar, Çankaya,  
Ankara, Türkiye

Tel : +90 312 286 1006  
Faks : +90 312 286 1007



#### İZMİR OFİS

Adalet Mah. Manas  
Bulvarı Folkart Towers  
B Kule, No 47/2209  
Bayraklı, İzmir, Türkiye

Tel : +90 232 290 0998  
Faks : +90 232 290 0999



#### BURSA OFİS

Odunluk Mah. Akpınar  
Cad. Efe Towers A Blok  
Kat: 4 No:15/19  
Nilüfer, Bursa, Türkiye

Tel : +90 224 441 1950  
Faks : +90 224 441 1951



#### DENİZLİ OFİS

Sümer Mah. Çal Cad.  
Skycity İş Merkezi  
Kat 5 No: 1/41  
Merkezefendi, Denizli, Türkiye

Tel : +90 258 252 1224  
Faks : +90 258 252 1226



#### LONDRA OFİS

8 Duncannon Street,  
Golden Cross House,  
Londra, WC2N 4JF  
Birleşik Krallık



#### MOSKOVA OFİS

Empire Tower, Preshenskaya  
nab. 6 str. 2, floor: 47  
office: 4727  
Moskova, Rusya



#### KASABLANKA OFİS

Les Alizés Bureau No:102,  
1er Etage, Lotissement  
La Colline II, No:33  
Sidi Maarouf, Kasablanca, Fas



#### AMSTERDAM OFİS

Singel 250  
1016 AB  
Amsterdam,  
Hollanda



#### KİEV OFİS

Silver Breeze Business centre 1v,  
Pavla Tychyny Av.  
02152, Office 434.  
Kiev, Ukrayna