T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

2011/7/EU SAYILI TOPLULUK YÖNERGESİ VE 6102 SAYILI TTK'NIN 1530. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE MAL VE HİZMET TEDARİKİNDE GEÇ ÖDEMENİN SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇİĞDEM YATAĞAN

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. İSMAİL KIRCA

ANKARA, 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

2011/7/EU SAYILI TOPLULUK YÖNERGESİ VE 6102 SAYILI TTK'NIN 1530. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE MAL VE HİZMET TEDARİKİNDE GEÇ ÖDEMENİN SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İsmail Kırca

Tez Jüri Üyesi Adı- Soyadı	İmza
.....	.....
.....	.....
F. Tülay Karakaş	F. Tülay Karakaş
İsmail Kırca	İsmail Kırca
.....	.....
.....	.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR CETVELİ IV

KONUNUN TAKDİMİ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLERDE GEÇ ÖDEMEYE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGELERİ

I. 2000/35/EC SAYILI YÖNERGE 5

1. Hazırlık Aşaması 5

2. Kapsamı 9

II. 2011/7/EU SAYILI YÖNERGE 18

1. Yeni bir Yönergeye İhtiyaç Duyulma Nedenleri 18

A. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere İlişkin Gelişmeler 19

B. İcra ve Tahsil Aşamasını Hızlandırmak İçin Yapılan Düzenlemeler 23

2. 2011/7/EU'nun Getirdiği Yenilikler 27

İKİNCİ BÖLÜM

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 1530. MADDESİ UYARINCA MAL VE HİZMET TEDARİKİNDE TEMERRÜT VE SONUÇLARI

I. KOBİ'LERE İLİŞKİN GELİŞMELER İLE 2011/7 SAYILI YÖNERGENİN İKTİBAS SÜRECİ 31

II. 1530. MADDEDE YER ALAN BORÇLU TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMA KOŞULLARI 35

1. Borçlu Temerrüdü Kavramına Genel Bir Bakış 36

2. 1530. Maddenin Borçlu Temerrüdüne İlişkin Genel Düzenlemeden Ayrılan Yönleri 38

A. İşlemin Konusunun Para Borcu Doğuran Mal ve Hizmet Tedariki Olması 38

B. Mal ve Hizmet Tedarikinin Ticari İşletmeler Arasında Gerçekleşmesi 43

C. Muacceliyet Şartı 48

a. Ödeme Süresinin Sözleşmede Kararlaştırıldığı Haller 50

b. Ödeme Süresinin Sözleşmede Kararlaştırılmadığı veya Kararlaştırılan Sürenin Geçersiz Kabul Edildiği Haller 53

aa) Fatura veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Borçlu Tarafından Alındığı Tarihin Belli Olduğu Haller 54

bb) Faturanın veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Alındığı Tarihin Belirsiz Olduğu Haller 55

cc) Faturanın veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Mal Veya Hizmetin Tesliminden Önce Borçluya Ulaşması Hali 56

dd) Kanunda veya Sözleşmede Mal veya Hizmetin Kabul veya Gözden Geçirme Usulünün Öngörüldüğü Haller 57

ee) Taksitle Ödemeler 58

D. Borçlunun Kusuru 62

E. İhtara Gerek Olmaması: İhtarsız Temerrüt 65

a. Genel Olarak 65

b. 1530. Maddede Düzenlenen İhtarsız Temerrüt 70

III. TEMERRÜDÜN SONUCU: ÖZEL BİR TEMERRÜT FAİZİ 76

1. Para Borçlarında Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları 78

2. 1530. Maddede Öngörülen Özel Temerrüt Faizi 82

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

2011/7/EU SAYILI YÖNERGEDE DÜZENLENEN ANCAK TÜRK MEVZUATINA YANSITILMAMIŞ HUSUSLAR

I. MÜLKİYETİN MUHAFAZASI KAYDI 90
II. KAMU KURUMLARI İLE İŞLETMELER ARASINDAKİ MAL VE HİZMET TEDARİKİ 94
III. TAKİP USULÜ 101
IV. İŞLETMELERİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 105
SONUÇ 108
KAYNAKÇA 113
ÖZET 124
ABSTRACT 125

KISALTMA CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
Art.	Article
Aşa.	Aşağıda
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
HD.	Hukuk Dairesi
E.	Esas
K.	Karar
KİK	Kamu İhale Kanunu
KİSK	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KOBİ	Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme
m.	Madde
pf.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
SME	Small and Medium Sized Enterprises
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TTK	Türk Ticaret Kanunu
VUK	Vergi Usul Kanunu
Yuk.	Yukarıda

KONUNUN TAKDİMİ

09.11.2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın *"Hukuki işlemlerin yasaklanması ve edimlerde en yüksek sınırın aşılmasının sonuçları"*nı düzenleyen 1530. maddesinin başlığı, TBMM'de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[1]'nun oylandığı 13 Ocak 2011 tarihinde verilen bir önergeyle *"Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları"* şeklinde değiştirilmiş ve maddeye 7 yeni fıkra eklenmiştir. Maddenin gerekçesinde düzenlemenin, Geç Ödemelerle Mücadeleye İlişkin AB Yönergesi'nin esasları çerçevesinde kaleme alındığı belirtilmiştir[2].

Bahsi geçen Yönerge, aday ülkelerin Birliğe uyum sürecinde tamamlamaları gereken Avrupa Birliği Müktesebatı'nın "İşletme ve Sanayi Politikaları" başlıklı 20. Faslına dahildir. Bu Fasıl temel olarak, Birlik sınırları içinde rekabet edebilirliğin artırılabilmesi hedefine yönelik genel nitelikte bir işletme politikası ve sanayi politikası ile sektörlere yönelik özel tedbir ve politikalardan oluşmaktadır. Avrupa Birliği bu Fasılla rekabet ortamını geliştirme amaçlı yapısal değişikliklerin gerçekleştirilmesini hızlandırarak Birlik genelinde yerli ve yabancı yatırıma, yeni işletmeler kurulmasına ve var olan işletmelerin büyümesine zemin hazırlayan; işletmelerin büyük çoğunluğunu oluşturan ve genellikle zayıf konumda olan

[1] İşbu çalışmada bahsi geçen "Türk Ticaret Kanunu" ibaresi ile aksi belirtilmedikçe 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kastedilmektedir.

[2] "*Bu maddenin ikinci ila yedinci fıkralarının, Avrupa Parlamentosu ile Konsey'in 19 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı, geç ödemelerle mücadele yönergesini değiştiren ve 2011 yılında AB Gazetesi'nde yayımlanacak olan yönergesinin esasları çerçevesinde kaleme alınmıştır."*[TBMM 13 Ocak 2011 tarihli 23. Dönem 5. Yasama Yılı 51.Birleşim Genel Kurul Toplantı Tutanağı, s. 127. (http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=109&PAGE2=140 –çevrimiçi 29.06.2011)].

KOBİ'lerin de faaliyette bulunabileceği bir ekonomik ortamın yaratılmasına yönelik stratejiler geliştirmeyi hedeflemektedir[3].

Avrupa Birliği'nin işletme ve sanayi politikaları kapsamındaki düzenlemelerine bakıldığında bunların bazı sektörlerde rekabet analizleri yapılması, ilgili sektörün sorunlarını çözmeye yönelik girişimlerde bulunulması, forumlar-çalıştaylar ve paneller vasıtasıyla bilinç yaratılması, ağ oluşturulması gibi faaliyetleri kapsayan ve genel olarak üye ülkelere uyumlaştırma yapma yükümlülüğü yüklemeyen düzenlemeler olduğu görülmektedir. Ancak aynı Fasılda bulunan ve 1530. maddenin mehazı olan 2000/35/EC sayılı Yönerge ile bu Yönerge'yi 16 Mart 2013 tarihinde yürürlükten kaldıracak olan 2011/7/EU sayılı Yönerge bahsi geçen temel kuraldan ayrılmaktadır. Geç Ödemelerle Mücadeleye İlişkin AB Yönergesi, tüm üye ülkelerin iç hukuklarına aktarmak zorunda olduğu emredici hükümler içermektedir. Nitekim 23.02.2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 12. maddesinde[4] üye ülkelerin 16 Mart 2013 tarihine kadar emredici hükümlerin gerektirdiği yasal ve idari düzenlemeleri yapmakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

Türk kanun koyucusu da aday üyelik sürecinde daha sonradan yaşanabilecek olası sorunların önüne geçebilmek için mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeyle mücadeleye ilişkin düzenlemeleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa dercetme yolunu seçmiştir.

---

[3]AB Müktesebatı (content of the Acquis) (http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croatia_turkey/index_en.htm -çevrimiçi-29.06.2011).

[4]Paralel olarak bkz. üye ülkelere 8 Ağustos 2002 tarihine kadar mevzuatlarını uyumlaştırma yükümlülüğü yükleyen 2000/35/EC m. 6.

Tez Planı

Ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartların, aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde batıl sayılacağına ve kanun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin de bu sınır üzerinden yapılmış kabul edileceğine ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin birinci fıkrası, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1466. maddesinden yeni kanuna aynen aktarılmıştır. Bu hüküm, ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan tarafın, bunun etkisi ile en yüksek haddi aşan edada bulunmasını kabul etmesini önlemeyi ve böylece ekonomik hayatın ölçülü ve düzenli bir biçimde cereyanını sağlamayı[5] amaçlamaktadır[6]. 1530. maddenin birinci fıkrası ile aşağıda da ayrıntılarıyla incelenecek olan 2011/7/EU sayılı Yönerge'den alınan ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinin geç ödenmesinin sonuçları arasında hiçbir bağlantı bulunmamasına karşın neden bu iki düzenlemenin aynı maddede yer aldığına madde metninde ve gerekçede bir açıklık getirilmemiştir. 1530. maddenin birinci fıkrası, tezin konusunu oluşturan ticari işlerde mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen aynı maddenin ikinci ve devamı fıkraları ile ilişkisiz olduğundan ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartlar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

---

[5] Adliye Encümenliği Zabıt Ceridesi, 1956, S. 198, C. 12 s. 426: *"(...) Gerek harb ve fevkalade hallerde gerekse iktisadi birtakım sebeplerle, nizam altında tutulmak bilfarz bir narha tabi tutulmak lazımgelen akitlerde butlan hükmünün mutlak şekilde tatbiki korunmak istenen kimselerin menfaatlerine asla uygun düşmez. Bu bakımdan bir akit uyarınca yerine getirilecek edalar mesela teslim edilecek mallar veya ödenecek paralar hakkında en yüksek bir had tespit edilmiş bulunmasına rağmen bu haddi aşkın olarak yapılan akitlerdeki edaların ancak haddi aşan kısmının hükümsüz sayılması ve fakat en yüksek hat içinde olan kısmın muteber tutulması kanun koyucunun en yüksek had koymayı derpiş ederek varmak istediği koruma gayesine uygundur. (...)".*

[6] Söz konusu hüküm 09.04.1940 tarih ve 4460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3003 sayılı "Endüstriyel Mamulatın Maliyet ve Toptan Satış Fiyatlarını Kontrol ve Tespiti Hakkında Nizamname" uyarınca fiyatı tespit edilen motorlu araçların fiyatları konusunda çıkan uyuşmazlıklarda işletilmiştir. Konuya ilişkin yargı kararları için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 1978/5246, K. 1978/5544; 11. HD, E. 1976/4433, K. 1976/4446; 11. HD, E. 1978/2652, K. 1978/2717 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Çalışmanın birinci bölümünde 1530. maddenin ikinci ve devamı fıkralarında yer verilen hükümlerin, madde gerekçesinde belirtilen düzenlenme amacından yola çıkılarak öncelikle 2011/7/EU sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin ortaya çıkış nedenlerine ve oluşum aşamalarına değinilecek; daha sonra 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin belli başlı karakteristik özelliklerine yer verilecektir.

İkinci bölümde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile, mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeye bağlanan sonuçların doğabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğu ve sonuçları incelenecek, bunların borçlunun temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanununda yer verilen genel düzenlemeden ayrıntılı olarak farkları irdelenecektir.

Nihayet üçüncü ve son bölümde ise, 2011/7/EU sayılı Yönerge'de düzenlenmiş olup halen Türk mevzuatına aktarılmamış olan mülkiyeti muhafaza kaydı, kamu kurumları ile işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikleri, alacaklının takip usulü ve bilgilendirme yükümlülüğüne değinilecek; uyumlaştırma çalışmalarını tamamlamış olan Fransa örneğinden yola çıkılarak nasıl bir yol takip edilebileceğine yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLERDE GEÇ ÖDEMEYE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGELERİ

I. 2000/35/EC SAYILI YÖNERGE

1. Hazırlık Aşaması

Ticari işlerde geç ödemeyle mücadeleye ilişkin düzenleme yapılması fikrinin temelleri 1993 yılında atılmıştır. Ticari işletmelerin -özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin- geç ödemeler sebebiyle karşılaştıkları güçlükler sebebiyle Avrupa'da iflasların ve dolayısıyla işsizliğin arttığını, üye ülkelerin soruna farklı yaklaşımları sonucu işletmeler arası rekabetin zarar gördüğünü ve Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 14. maddesi ile hedeflenen "iç pazar yaratma" amacına ulaşılmasının güçleştiğini göz önünde bulunduran Avrupa Parlamentosu, 1993 yılında Avrupa Komisyonu'nu bu alanda düzenlemeler yapmaya davet etmiştir[7].

Avrupa Komisyonu'nun gelen talep doğrultusunda hazırlamış olduğu 03.06.1994 tarihli "KOBİ'ler ve Zanaatkârlar İçin Karma Program"da *büyüme, rekabet gücü* ile *istihdamın* Avrupa Birliği'nin üç temel amacı olduğu, işletmelerin ve özellikle tüm işletmelerin %99'unu oluşturan KOBİ'lerin bu noktada hayati bir rolü bulunduğu belirtilmiştir. İşgücüne en çok ihtiyaç duyulan sektör olan hizmet sektöründe çoğunlukla küçük işletmelerin faaliyet göstermesi, işsizlik tehdidi altındaki gençlerin ve kadınların KOBİ'lerde istihdamının büyük ölçekli işletmelere nazaran daha kolay olması, KOBİ'lerin yarı zamanlı işçi çalıştırmaya büyük ölçekli

[7] "*Legislative Resolution Embodying the Opinion of the European Parliament on the Commission Proposal for a Council Decision on a Multiannual programme (1993 to 1996) of Community Measures to Intensify the Priority Areas of Policy for Enterprise, in particular SMEs, in the Community"* Official Journal C 150, 31.5.1993, pf. 47 (http://eur-lex.europa.eu/Result.do?RechType=RECH_celex&lang=en&code=51993AP0114 çevrimiçi-04.07.2011).

işletmelerden daha sıcak bakması ve yaratılan "iş paylaşımı" sayesinde işsizlik rakamlarını pozitif etkilemesi göz önünde bulundurularak bu işletmelere ayrı bir önem atfedilmesinin gerekliliği ifade edilmiştir[8]. Program'da "3. Avrupa İşletmeler Raporu"nda yer alan istatistiklere de değinilmiştir. Söz konusu verilere göre KOBİ'lerin %40'ının kurulduğu tarihten itibaren üç yıl içinde kapandığı tespit edilmiş; bunun temel sebepleri olarak KOBİ'lere uygulanan yasalar ve idari işlemlerin karmaşıklığı, KOBİ'lerin finansman temininde güçlük çekmesi ve bu işletmelerin profesyonel şekilde yönetilmemesi olduğu belirtilmiştir. İşletmeler ve işletmeler ile kamu kurumları arasındaki ticari işlerde geç ödemelerin KOBİ'ler üzerinde daha ağır bir baskı yarattığı vurgulanmış ve ilk etapta tavsiye kararının çıkarılması; üye ülkelerin tavsiye kararına uymaması halinde bağlayıcı karar alınması gerekliliğine yer verilmiştir. Tespit edilen sorunlar doğrultusunda kısa vadede KOBİ'lerin vergisel, idari, finansal sorunları ile sosyal güvenlik sorunlarını tespit edip azaltmaya; orta vadede ise işletmeler arasındaki dayanışmayı artırmaya, yönetim kalitesini yükseltmeye, KOBİ'lerin istihdamını artırmaya yönelik destek programları oluşturmaya yönelik kurallar konulması hedeflenmiştir. KOBİ sorunlarına yönelik olarak üye devletlerin ülkesel, bölgesel ve yerel tedbirler almaya gayret ettiği, ancak makro-ekonomiye etki edebilmek için Karma Program'da yer alan hedefler doğrultusunda birlikte hareket edilmesinin Birliğin genel ekonomik politikasının başarıya ulaşabilmesi yolunda daha yararlı olacağı vurgulanmıştır.[9]

Avrupa Komisyonu, karma programda benimsenen ticari işlerde geç ödemeyle mücadeleye ilişkin tavsiye niteliğinde bir karar hazırlama fikri

[8] Commission of the European Communities, *"Integrated Programme in favour of SMEs and the Craft Sector"*, White Papers, s.1 vd. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1994:0207:FIN:EN:PDF- çevrimiçi-04.07.2011).

[9] *"Integrated Programme in favour of SMEs and the Craft Sector"*, s. 5 vd.

doğrultusunda95/198/EC sayılı *"Ticari İşlerde Ödeme Sürelerine İlişkin Tavsiye Kararı"*nı hazırlamış ve bu karar , Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde 12 Mayıs 1995 tarihinde yayımlanmıştır[10]. Tavsiye Kararının gerekçesinde vadesi geçmiş ödemelerin ticari işletmelerin, özellikle KOBİ'lerin finansal dengelerini ve faaliyetlerini risk altına soktuğu, idari ve ekonomik yüklere sebebiyet verdiği, rekabet eşitliğini bozduğu ve İç Pazar'ın işlevini yerine getirmesini engellediği, sınır ötesi ticaretin gelişebilmesi için ödeme süreleri konusunda bazı önlemler alınması gerektiği belirtilmiştir[11]. Üye ülkeler ticari işlerde ödeme sürelerine, alacaklının zararlarının karşılanmasına, borçlunun zamanında ifaya teşvikine yönelik yasal düzenlemeler yapmaya ve uygulamalar geliştirmeye davet edilmiştir[12]. Ek olarak ticari işletmelerin ve işletmelerin büyük çoğunluğunu oluşturan KOBİ'lerin konuya ilişkin bilinç düzeylerini artırma amaçlı bilgilendirme çalışmaları yapmaları[13] tavsiye edilmiştir. Kararda üye ülkelerden konuyla ilgili tüm faaliyetlerini 31 Aralık 1997 tarihine kadar Komisyon'a bildirmeleri talebinde de bulunulmuştur.

Üye ülkelerden gelen raporlardan 95/198/EC sayılı Tavsiye Kararı'nın sonuç doğurmadığının, durumu daha da kötüleştirdiğinin[14] ve bağlayıcı nitelikte karar alınmadığı müddetçe sorunun çözülmeyeceğinin anlaşılması üzerine Avrupa Komisyonu, 15 Mayıs 1998 tarihinde Ekonomik ve Sosyal Komite'ye "*Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Yönerge"* hakkında görüş hazırlama görevi vermiştir. Ekonomik ve Sosyal Komite görüşünü hazırlarken özellikle ekonomik

[10]95/198/EC Commission Recommendation of 12 May 1995 on Payment Periods in Commercial Transactions , OJ L 127, 10/06/1995 s.19-22 (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995H0198:EN:HTML –çevimiçi-05.07.2011).
[11]95/198/EC, s.1.
[12] 95/198/EC m. 3.
[13] 95/198/EC m. 2.
[14] HAUSLER, A. Sophie, *"Directive 2000/35/EC on Combating Late Payment in Commercial Transactions"*, Columbia Journal of European Law, 2001, s. 293 (www.lexisnexis.com – çevrimiçi15.09.2011).

sıkıntı dönemlerinde "ödemelerdeki gecikmelerin, aşırı uzunluktaki ödeme sürelerinin işletmelere, bilhassa kırılgan bir ekonomik dengeye sahip KOBİ'lere verdiği zarar ile bunun işsizlik üzerindeki etkisini" ve bazı üye ülkelerdeki "geç ödeme kültürünü"[15] göz önünde bulundurmuştur. Komite, Komisyon'un da Karma Program'da benimsediği maksimum ödeme süreleri belirleyerek sözleşmeye anormal uzunlukta ödeme süreleri konmasının önüne geçebilecek, bağlayıcı nitelikte bir düzenleme yapılması fikrini onaylamıştır. Ancak hazırlanacak olan yönergede ilk etapta sözleşmeyle kararlaştırılan ödeme sürelerine ilişkin emredici bir hüküm getirilmemesi, bu haliyle ödeme sürelerinde herhangi bir iyileşmenin görülmemesi halinde akdi sürelere ilişkin düzenlemeler yapılması öngörülmüştür[16]. Yönergede alacaklının geç ödemeden doğan zararlarını hızlı ve kolay şekilde karşılayabileceği bir tazminat prosedürünün geliştirilmesi de önerilmiştir. Yönergenin amacının iç hukukları tekdüzeleştirmek olmadığı, yalnızca Kurucu Anlaşma'nın 5. maddesinde belirtilen "ölçülülük" ve "yerindelik" ilkelerine paralel olarak geç ödemelerin ve yarattığı sorunların önüne geçebilecek minimum düzenlemelerin yapılmasını ve önlemlerin alınmasını sağlamak olduğu vurgulanmıştır[17].

Komite tarafından hazırlanan görüşte Kuzey Avrupa ülkelerinde uygulanan yüksek temerrüt faizi oranlarının ve kısaltılan ödeme sürelerinin, işletmelerin ve özellikle büyük firmaların borçlandığı KOBİ'lerin oldukça yararına sonuçlar doğurduğu belirtilmiştir. Ödeme sürelerine ek olarak, borçlu aleyhine başlatılacak icra takibinin hızlandırılmasının ve takip usulünün kolaylaştırılmasının da sorunun

[15] European Economic and Social Committee, *"Opinion of the Economic and Social Committee on the 'Proposal for a European Parliament and Council Directive Combating Late Payment in Commercial Transactions'-"98/C 407/09)*,Conclusions and recommendations, s.1 (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:407:0050:0050:EN:PDF- çevimiçi-05.07.2011).
[16] 98/C 407/09, General Comments of ESC, 3.10-3.10-2, s. 4.
[17] 98/c 407/09, s.2 vd.

çözümünde olumlu etkiler doğuracağı sonucuna varılmıştır. Hazırlanan görüşte kamu sektöründe de geç ödemelerin sıklıkla görüldüğü tespit edilmiş ve kamu kurumlarının da diğer ticari işletmelerle aynı koşullarda faaliyet göstermesi gerekliliğine yer verilmiştir. Dikkat edilmesi gerekenin orta vadede soruna çözüm getiren emredici kuralların, kısa vadede büyük işletmelerce kötüye kullanılarak baskın pozisyonlarının da yardımıyla KOBİ'ler üzerinde yıkıcı etkiler yaratmasını önlemek olduğu belirtilerek 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin ana hatları çizilmiştir. Konsey, 1999 yılında Avrupa Parlamentosu'yla son bir görüş alışverişinde bulunarak Yönerge'ye son halini vermiştir[18].

2. Kapsamı

"Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi" 29 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nda kabul edilmiş ve 8 Ağustos 2000 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 2000/35/EC sayılı Yönerge'de, irade serbestîsi ile ekonomik olarak zayıf konumda olanın korunması ilkeleri değerlendirilmiş ve tercih ikincisinden yana kullanılarak alacaklı-borçlu arasındaki ilişki, sözleşmenin ihlali, temerrüt faizi, alacaklının zararlarının ne şekilde karşılanacağı, takip yolları gibi özel hukukun kalbi niteliğindeki konulara yer verilmiştir[19]. Düzenlemenin kapsamının ticari işlerle sınırlandırılmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda Avrupa Birliği'nin, tüketicinin korunması saikinden hareket etmeksizin ilk kez özel hukuka ait bir alana

---

[18] *"Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC-Treaty concerning the Common position of the Council on the proposal for a European Parliament and Council Directive combating late payment in commercial transactions /* SEC/99/1398 final - COD 99/0099 */"*, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51999SC1398:EN:HTML çevrimiçi-07.07.2011).

[19] SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard/ONGENA, Steven, *"The Late Payment Directive-A Step Towards an Emerging European Private Law?"*, Kluwer Law International, European Review of Private Law 4-2003, s. 521 (www.heinonline.com).

müdahale ettiğinin vurgulanması gerekir[20]. Bu sebeple düzenlemenin "Gerekçe" kısmı oldukça ayrıntılı kaleme alınmıştır.

Gerekçe'de düzenlemenin yasal dayanağı olarak Kurucu Anlaşma'nın 5, 14. ve 95. maddesi gösterilmiştir. 5. maddede Topluluğun "yetki ikamesi" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun hareket etmesi gerekliliğine yer verilmiştir. Buna göre Topluluğun kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlara[21] müdahalede bulunabilmesi için söz konusu alanlarda üye devletlerin üzerine düşenleri "tatminkar bir ölçüde" yerine getirememiş olması veya bu alanlarda Topluluk seviyesinde yapılacak ölçülü bir düzenlemeden boyutları ve etkileri açısından daha büyük bir fayda umuluyor olması gerekir[22]. 5. maddeye paralel olarak "*Hukukların Uyumlaştırılması"* başlıklı 3. bölümde yer alan 95. maddede Avrupa Konseyi'ne 14. maddede düzenlenen "iç pazarın" (malların, kişilerin, hizmetin ve sermayenin Birlik sınırları içerisinde serbestçe dolaşımı[23]) kurulabilmesi ve işleyebilmesi amacıyla, üye ülkelerin mevzuat ve idari düzenlemelerinin uyumlaştırılmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Gerekçe'de[24] daha önce ele alınan 95/198/EC sayılı

---

[20] ZACCARIA, Alessio, *"(EC) Directive 2000/35 on Combating Late Payments in Commercial Transactions",*The European Legal Forum, Issue 6-2000/01, s. 386 (http://www.simons-law.com/library/pdf/e/92.pdf -çevrimiçi 01.07.2011); VISCASILLAS, Pilar Perales, *"Late Payment Directive 2000/35 and the CISG"*, Pace International Law Review, s.126 (http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1266&context=intlaw&sei-redir=1#search=%222000%2F35%2FEC%20CISG%22 –çevrimiçi 01.07.2011).

[21] Sağlık, güvenlik, tüketicinin veya çevrenin korunması vb.[(Consolidated Version of the Treaty Establishing European Community ("EC Treaty*")*] art. 14/3.

[22] "Yetki ikamesi" Maastrich Antlaşması ile Kurucu Antlaşma'ya dahil edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KENT, Penelope, *"Law of the European Union"*, LexisNexis, 2008, s. 84 vd.

[23] EC Treaty Art. 14/2:*" The internal market shall compromise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty."*

[24] 2000/35/EC pf. 11: *"The most recent statistics indicate that there has been, at best, no improvement in late payments in many Member States since the adoption of the recommendation of 12 May 1995."* 2000/35/EC pf. 12: "*The objective of combating late payments in the internal market cannot be sufficiently achieved by the Member States acting individually and can, therefore, be better achieved by the Community. This Directive does not go beyond what is necessary to achieve that objective. This Directive complies therefore, in its entirety, with the requirements of the principles of subsidiarity and proportionality as laid down in Article 5 of the Treaty."*

Tavsiye Kararı'nın başarısızlığı vurgulanarak bağlayıcı hükümlere ihtiyaç duyulduğu; Yönerge'nin Kurucu Anlaşma'nın 5. maddesine uygun şekilde ve 95. maddenin verdiği açık yetkiyle kaleme alındığı belirtilerek olası itirazların önüne geçilmesi amaçlanmıştır[25].

Hazırlık aşamaları ve Gerekçe göz önünde bulundurulduğunda bu alana müdahale ederken Avrupa Birliği'nin üç hareket noktasından yola çıktığı söylenebilir. Bunlardan ilki geç ödeme sorununun *ekonomik boyutudur*. Pek çok ülkede temerrüt faizleri banka kredilerine uygulanan faizlerden daha düşük olduğundan finansman açıklarını kapatmak isteyen işletme sahipleri, kredi almak yerine alacaklılarına ödeme yapmamayı tercih ederek daha ucuza borçlanabilmektedir[26]. Özellikle bankaların sıklıkla faiz oranlarını yükselttiği enflasyonist ortamlarda borçlular için temerrüt faizi ödemek daha da cazip hale gelmektedir[27]. Alacağına zamanında kavuşamayan alacaklı ise karşılaştığı nakit sıkıntısı yanı sıra tahsilat için ek mali ve idari sıkıntılarla da baş etmek zorunda kalmaktadır. Geç ödemeler sonucu işten çıkarmaların ve hatta iflasların arttığı istatistiki olarak kanıtlanmıştır[28]. Bu alana müdahalenin Avrupa Birliği'nin makro ekonomik dengeleri açısından da önemi oldukça fazladır.

Yönerge'nin ikinci hareket noktası *sözleşme müzakerelerinde zayıf konumda olan küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin korunmasıdır.* Geç ödemeleri iki açıdan ele almak gerekmektedir.Bunlardan ilki kararlaştırılan vadede borcun ödenmemesi,

---

[25] 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin amacının esas olarak hukukun uyumlaştırılması değil, malların ve hizmetin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması olduğu, bu sebeple 95. maddenin dayanak gösterilmesinin yerindeliğine ilişkin tartışmalar için bkz. SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s.525-526.
[26] 2000/35/EC pf.16.
[27] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s.523 vd., ZACCARIA, s. 387.
[28] European Payment Index 2009, s.5 (http://www.slideshare.net/IntrumJustitia/european-payment-index-2009 -çevrimiçi- 13.07.2011).

ikincisi ise sözleşmeyle uzun vadelerin kararlaştırılması ile borcun geç ödenmesi ve bu suretle işletme üzerinde yaratılan finansman riskidir[29]. Sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların sözleşmelerine vade gününe ilişkin istedikleri kaydı koymaları mümkündür. Satıcı veya sağlayıcının vadeyi uzun tutarak alıcıya sağladığı finansmana *"tedarik kredisi (supplier credit)[30]"* adı verilmektedir. Taraflar arasında eşitliğin söz konusu olduğu durumlar için herhangi bir sorun yaratmayan bu husus, güçlü olan borçlunun alacaklıya açıkça adil olmayan sözleşme hükümlerini ve şartlarını dayatabildiği durumlarda ise sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden yasal bir müdahaleyi gerektirmektedir. Çünkü bu halde şartlarını dayatabilen işletme herhangi bir bedel ödemeksizin kendisine finansman yaratırken, zayıf konumdaki KOBİ'ler banka kredisi ile nakit açıklarını kapatmaya çalışmaktadır. KOBİ'lerin bankalardan borçlanma maliyetlerinin büyük işletmelere göre daha yüksek olduğu da göz önünde bulundurulduğunda durumun böyle işletmeler için açıkça adaletsiz olduğu[31] ve soruna hukuki bir müdahalenin gerektiği ortaya konmuştur.

Üçüncü hareket noktası ise *iç pazarın etkinliğidir*. Ekonomik ve Sosyal Komite'nin 1998 tarihli görüşünde, gecikmiş ödemelerin ve Birlik ülkelerinin bazılarında görülen belirsiz ödeme sürelerinin, şirket yöneticilerini sınır ötesi ticaret yapma kararı alma hususunda tereddüde düşürdüğü tespitine yer verilmiştir[32]. Görüşten hareketle Gerekçe'de de ödeme sürelerine ilişkin olarak üye ülkelerdeki kural ve uygulama farklılığının malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını

[29] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s.524.
[30] http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Supplier+Credit
[31] 2000/35/EC pf. 19.
[32] 98/C 407/09 s. 4.

engellediği, üye ülkeler arasındaki ticareti kısıtladığı[33] vurgulanmıştır. Kurucu Anlaşma'nın 14. maddesiyle, Konsey'e verilen iç pazarın etkin şekilde işletilmesi yetkisine uygun olarak bağlayıcı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Gerekçe bölümünde yasal dayanakları ve düzenlenme nedeni ortaya konan Yönergenin *"Kapsam"* başlıklı birinci maddesinde, Yönerge'de yer alan düzenlemelerin ticari işlerden doğan para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi halinde uygulanacağı belirtilmiştir[34]. Tanımdan yola çıkılarak geç ödemeye ilişkin kuralların somut soruna uygulanabilmesi için aşağıdaki üç koşulun kümülatif olarak varlığı aranmıştır:

i. Borcun bir ticari işten doğması ve taraflarının "işletmeler" veya "kamu kurumları" olması

2000/35/EC sayılı Yönerge'nin *"Tanımlar"* başlıklı 2. maddesinde ticari iş *"ticari işletmeler arasında ya da ticari işletmeler ile kamu kurumları arasında ücret karşılığı mal veya hizmet tedariki amacıyla yapılan işler"* olarak tanımlanmıştır. Birinci maddeden her türlü ticari işin bu bağlamda değerlendirilebileceği izlenimi doğuyorsa da Gerekçe'nin 13. paragrafında *"tüketicinin taraf olduğu işlemlerin, çek ve diğer kambiyo senetlerine ilişkin olanlar ile sigorta şirketininkiler de dahil olmak üzere zararın tazminine ilişkin ödemelerin Yönerge kapsamına dahil olmadığı"* açıkça belirtilmiştir.

Yönerge'nin 2. maddesinde işletme, *"bir ekonomik veya mesleki faaliyetin, bir veya birden fazla kişi tarafından bağımsız olarak yürütüldüğü organizasyonel*

[33] 2000/35/EC, pf. 9.

[34] Üye ülkelerden yalnızca ticari işlerde para borcuna ilişkin temerrüt hükümlerinde uyumlaştırma yapma yükümlülüğü getirildiğine, ancak örneğin Almanya'nın ticari işler dışındaki temerrüt hükümlerini de değiştirdiğine ilişkin bkz. ALP, Mustafa, *"Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Para Borçlarından Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Temerrüt Faizi ile İlgili Değişiklikler"*, GSÜHF Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), Yıl:1, S.1, s. 419.

yapı" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, "organizasyonel yapı" kavramıyla kastedilenin işletme mi olduğu, yoksa tanımın herhangi bir işletme kurmaksızın tek kişi tarafından yürütülen "girişimcilik" faaliyetlerini de kapsayıp kapsamadığını net şekilde yansıtmadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir[35]. Ancak bahsi geçen işletmelerin yalnızca ticari işletmeler olmadığı, faaliyetinin çapı ne olursa olsun ücret karşılığı mal ve hizmet sağlaması halinde her türlü iktisadi işletmenin[36] Yönerge'de yer alan geç ödemeye ilişkin hükümlerden yararlanabileceği açıktır. Aynı şekilde, Yönerge'de yer alan işletme tanımından hareketle adi ortaklıkların da "işletme" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde doktrinde görüş bildirilmiştir[37].

Kamu ödemelerinin ticaret hacminde oldukça önemli bir yere sahip olmasından hareketle Gerekçe'nin 22. paragrafında geç ödemelere ilişkin düzenlemelerin işletmeleri olduğu kadar kamu kurumlarını da ilgilendirdiği açıkça belirtilmiştir. Kamu kurumlarının *ihale düzenleyen ya da ihale sonucunda sözleşmeyi imzalayan* kurumlar olduğuna ilişkin genel bir çerçeve çizilerek ayrıntılı bilgi için Avrupa Birliği'nin ihale sürecini düzenleyen yönergelere[38] atıf yapılmıştır. İlgili düzenlemelerde kamu kurumu, *"endüstriyel ve ticari bir karakter taşımaksızın kamunun ihtiyaçlarını karşılamak üzere ve kamu hukuku kuralları uyarınca kurulan; tüzel kişiliği haiz; merkezi idare, bölgesel idare veya yerinden yönetim*

[35] Tanımın Türk Hukukunda yer alan "ticari işletme" kavramıyla örtüşmediği, "organizasyon" ifadesinin muğlak olduğu yönünde bkz. ALP, s. 419. "Organizasyon" ifadesi ile kastedilenin "girişimci" olduğu yönünde bkz. ZACCARIA, s. 389.

[36] Serbest meslek icra edenlerin dahi Yönerge korumasından yararlanacağına ilişkin Gerekçe paragraf. 14: "*The fact that the liberal professions are covered by this Directive does not mean that Member States have to treat them as undertakings or merchants for purposes not covered by this Directive."*

[37] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s.528. Aksi yönde bkz. ALP, s. 419.

[38] Bkz. Kamu Hizmet Sözleşmelerinin Karar Alma Sürecinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 92/50/EEC sayılı Yönerge m. 1/b; Kamu Tedarik Sözleşmelerinin Karar Alma Sürecinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 93/36/EEC sayılı Yönerge m. 2/b; Bayındırlık Hizmetlerine İlişkin Kamu Sözleşmelerinin Karar Alma Sürecinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 93/37/EEC sayılı Yönerge m.2/b; Su, Enerji, Ulaştırma ve Telekomünikasyon Sektörlerinde Faaliyet Gösteren Kurumların İhale Sürecinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 93/38/EEC sayılı Yönerge m. 2/b.

kuruluşlarınca finanse edilen ve yönetilen ya da yönlendirilen[39]*kurumlar"* olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar ikinci maddenin lafzından Bölgeler Komitesi, Avrupa Atom Enerjisi Komitesi gibi Avrupa Birliği Kurumları'nın Yönerge hükümlerine tabi olmadığı sonucu çıksa da 1998 tarihli Komisyon Görüşü[40] ve "Avrupa Topluluğu'nun Genel Bütçesinin Düzenlenmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Tüzüğü"nün 88 ve devamı maddelerinden hareketle bu kurumların mal ve hizmet tedarikine ilişkin ödemelerinin de Yönerge kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[41].

ii. <u>*Mal ve hizmetin karşılığında "nakit ödeme" yapılması:*</u>Yönerge hükümlerinin uygulanabilmesi için borçlunun ifasını geciktirdiği borcun bir "para borcunun ödenmesi" olması gerekmektedir[42]. İfanın konusunun bir şeyin teslimi, iadesi, hakkın devri, eserin tamamlanması veya hizmetin görülmesi olduğu hallerde Yönerge'nin geç ödemeye ilişkin hükümleri uygulanamayacaktır. Ek olarak doktrinde "ödemeler" kavramı dar yorumlanmış ve "ödemeler" ile yalnızca tedarik edilen mal veya hizmetin bedeli olan ödemelerin kastedildiği; sözleşmede kararlaştırılan cezai şartların, amortisman bedellerinin Yönerge uyarınca talep edilemeyeceği sonucuna varılmıştır[43].

Yönerge'nin esasını oluşturan üçüncü maddede borçlunun ihtarsız temerrüdü düzenlenmiş, borçlunun temerrüde düştüğü tarih netleştirilmiş, geç

[39] Yönetim kurulunun yarısının üye devlet tarafından seçildiği haller göz önünde bulundurulmuştur (93/26/EEC m. 2/b).
[40] 98/C, 407/09 m. 1.2.2: *"Evetually maximum period of 60 days per contract should be reduced to 45, then to 30 days and these measures must apply toEuropean Institutions."*
[41] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s.527.
[42] Acentelerin denkleştirme istemlerinin Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Yönerge kapsamına dahil olup olmadığına ilişkin bkz. aşa. s. 40 vd.
[43] ZACCARIA, s. 388.

ödemeyi caydıracak yükseklikte asgari bir temerrüt faizi öngörülerek[44] alacaklıların ve özellikle İç Pazar'da faaliyet gösteren ihracatçıların koruması amaçlanmıştır[45]. Üçüncü maddenin birinci paragrafında vadenin sözleşmeyle belirlenmediği hallerde değişik ihtimaller göz önünde bulundurularak[46] fatura veya eşdeğer ödeme talebinin tebliğini; malın veya hizmetin teslimini, kabul veya gözden geçirmenin tamamlanmasını takip eden otuzuncu günün sonunda borçlunun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş sayılacağı belirtilmiştir. Üye ülkelere, sözleşmeyle birinci paragrafta belirlenen sürelerden daha uzun bir vadenin kararlaştırılması ve bu durumun iyi ticari uygulamalar, ürünün niteliği ve diğer koşullar göz önünde bulundurulduğunda alacaklı için ağır bir haksız durum yaratması halinde sözleşmenin icrasına mahal vermeme yükümlülüğü yüklenmiştir[47]. Resmi makamlarca tanınan ve hukuki menfaati bulunan kuruluşların bu tipte sözleşmelerle karşı karşıya kalan KOBİ'lerin haklarını idari makamlar ve mahkemeler önünde korumasına imkan tanınarak etkin bir korumanın sağlanabilmesi amaçlanmıştır[48]. Yönerge'de sözleşmeyle vadelerin kararlaştırıldığı kurala bir istisna getirilmiş, üye ülkelerin kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemeyle belirli tipte sözleşmeler için bu süreyi altmış güne kadar uzatabileceği de hüküm altına alınmıştır. Ancak hangi tipte sözleşmeler için istisnanın uygulanacağı netleştirilmemiştir[49].

---

[44] Yönerge m. 3/1-d: *"The level of interest for late payment ('the statutory rate') which the debtor is obliged to pay, shall be the sum of the interest rate applied by the European Central Bank to its most recent main refinancing operation carried out before the first calendar day of the half- year in question ('the reference rate'), plus at least seven percentage points ('the margin') unless otherwise specified in the contract.For a Member State which is not participating in the third stage of economic and monetary union, the reference rate referred to above shall be the equivalent rate set by its national central bank. In both cases, the reference rate in force on the first calendar day of the half-year in question shall apply for the following six months."*

[45] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 528 vd.

[46] Bkz. aşa. s. 54 vd.

[47] 2000/35/EC m. 3/3.

[48] 2000/35/EC m. 3/5.

[49] 2000/35/EC m. 3/4.

Yönerge'nin dördüncü maddesinde borçluyu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini zamanında ifaya teşvik etmek amacıyla[50] mülkiyeti muhafaza kaydına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, malın tesliminden önce satıcı ve alıcının açıkça kararlaştırması koşuluyla satıcının, malın bedeli tamamen ödeninceye kadar malın mülkiyetini muhafaza edebilmesi için üye ülkelere uluslararası özel hukuk mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Borçlunun ön ödeme yaptığı durumda uygulanacak kuralların ne şekilde düzenleneceği ise üye ülkelerin inisiyatifine bırakılmıştır.

Yönerge'nin beşinci maddesinde üye ülkeler, miktarına ve taraflarına bakılmaksızın borcun ya da uygulanacak usul hukukunun çekişmeli olmadığı hallerde alacaklının mahkemeye veya yetkili mercie başvurusundan itibaren 90 gün içinde icra kabiliyetini haiz bir hüküm elde etmesini sağlamaya yönelik kanuni ve idari değişiklikleri yapmakla yükümlü kılınmıştır. Beşinci maddeyle, tabiyet ayrımı olmaksızın üye ülkelerin yargı mercilerine erişimi garanti altına almak ve bu sayede işletmelerin ve özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin "Ortak Pazar"ın sunduğu avantajlardan tam olarak yararlanabilmesini sağlamak amaçlanmıştır[51].

"İç Hukuka Aktarma" başlıklı altıncı maddede üye ülkelerin 8 Ağustos 2002 tarihinden önce kanunlarını, yönetmeliklerini ve idari uygulamalarını Yönerge'ye uygun olarak değiştirmeleri gerekliliğine yer verilmiştir. Yönerge hükümleri, alacaklının borçlunun temerrüdünden doğan haklarının asgari sınırını oluşturduğundan üye ülkeler dilerlerse alacaklıya daha geniş haklar tanıyan düzenlemeler yapabilecektir. Üçüncü fıkrada iflas kararının çıkarılması için yapılan

[50] ZACCARIA, s. 387.
[51] MILO, John Michael, *"Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title"*, Kluwer Law International, 2007, s. 380 vd. (www.heinonline.com).

mahkeme masraflarının, Yönerge'nin yürürlük tarihinden önce kurulan sözleşmelerden doğan taleplerin ve beş Euro'dan daha düşük müddeabih değerlerinin Yönerge kapsamı dışına çıkarılmasına cevaz verilmiştir.Altıncı maddede son olarak, üye ülkelerden iç hukukun uyumlaştırılması hususunda yapmış oldukları çalışmalara ilişkin olarak Komisyon'la irtibat halinde bulunmaları istenmiştir. Komisyon'a elde ettiği veriler vasıtasıyla yürürlük tarihinden iki yıl sonra Yönerge'nin etkilerine ilişkin bir rapor hazırlama görevi verilmiş; Komisyon'un hazırladığı raporla, Konsey ve Parlamento'nun elde ettiği diğer raporlar ışığında Yönerge'nin geliştirilebileceği belirtilmiştir.

II. 2011/7/EU SAYILI YÖNERGE

1. Yeni bir Yönergeye İhtiyaç Duyulma Nedenleri

2000/35/EC sayılı Yönerge,16 Şubat 2011 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nda kabul edilerek 23 Şubat 2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 2011/7/EU sayılı Yönerge ile değiştirilmiştir. Gerekçe bölümünde 2000/35/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde yer alan hükümlerin açıklanması ve rasyonalize edilmesi ihtiyacından hareketle köklü değişiklikler yapıldığı belirtilmiştir[52]. Ancak açıklama ve rasyonalizasyon ihtiyacının yanı sıra iki Yönerge arasındaki süreçte Avrupa Birliği'nde yaşanan gelişmelere de göz atılması gerekmektedir. Bunlardan ilki "Avrupa ekonomisinin motoru"[53] olarak değerlendirilen KOBİ'lerin korunması ve ekonomiye katılımlarının kolaylaştırılması için Birlik genelinde atılan adımlar, diğeri ise geç ödemeye ilişkin caydırıcı

[52] 2011/7/EU s. 1, pf. 2.
[53] European Commission, *"The New SME Definition-User Guide and Model Declaration"*, Entreprise and Industry Publications, s. 3 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_en.pdf - çevrimiçi,27.07.2011).

hükümlere etkinlik kazandırmak amacıyla yargı safhasını ve icrai safhayı hızlandırmak adına yapılan düzenlemelerdir.

A. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere İlişkin Gelişmeler

Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu, işletme ve sanayi politikalarına ilişkin her düzenlemede KOBİ'lere özel bir önem atfetmiştir. Avrupa'da işletmelerin %99'unu oluşturan KOBİ'lerin yarattığı 75 milyonluk istihdamla en önemli iş kaynağı olduğu ve bunların korunmasının Birliğin dış dünya ile rekabet edebilmesi için hayati değer taşıdığı belirtilmiştir. Geç Ödemelerle Mücadeleye İlişkin Yönerge'de de aynı tutum izlenmiştir. Buradan hareketle, Birlik üyelerinin 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin emredici hükümlerini iç hukuklarına aktarmaları gereken son tarih olan Ağustos 2002'den hemen sonra Avrupa Birliği Komisyonu, bu konudaki daha önceki çalışmalarını[54] temel alarak Birlik genelinde geçerli olacak bir KOBİ tanımı yaratmak için harekete geçmiştir.

20 Mayıs 2003 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan *"Mikro, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Tanımına ilişkin Komisyon Tavsiyesi[55]"*nde İç Pazar'da sağlanan imkanlardan hangi işletmelerin yararlanacağının kesin olarak belirlenebilmesi için ortak bir tanımın belirlenmesi gerekliliği vurgulanarak Tavsiye Kararı'nın Ekinde[56] KOBİ tanımına yer verilmiştir. Buna göre, *"Mikro, küçük ve orta ölçekli işletmeler, çalışan sayısı 250'den ve yıllık*

---

[54] *"European Charter for Small Enterprises"*, Feria, 2000, *"Commission Recommendation of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises"*, OJ L 107, 30/04/1996 s. 4 – 9. Komisyon 2003 tarihli Tavsiye Kararı'nda 1996 tarihli olandan farklı olarak bağımsız işletmeler, bağlı işletmeler ve kamunun iştiraki olan işletmelerin KOBİ sayılıp sayılmayacağını tespitte uygulanacak kıstaslara da yer verilmiştir (Commission Recommendation of 3 April 1996, m.3).

[55] *Commission Recommendation of 6 May 2003 Concerning the Definition of Micro, Small and Medium-Sized Enterprises* ("2003/361/EC") (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:en:PDF –çevrimiçi- 27.07.2011).

[56] 2003/361/EC Annex, m. 2.

cirosu 50 milyon Euro'dan az olan ve/veya yıllık bilanço toplamı 43 milyon Euro'yu aşmayan işletmelerdir. Bu kapsam dahilinde küçük ölçekli işletme, 50 kişiden az işçi çalıştıran ve yıllık cirosu ve/veya yıllık bilanço toplamı 10 milyon Euro'yu aşmayan işletmedir. Mikro işletme ise çalışan sayısı 10'u ve yıllık cirosu ve/veya yıllık bilanço toplamı 2 milyon Euro'yu aşmayan işletmedir."

Ortak bir tanımın yaratıldığı 2003 tarihinden sonra da KOBİ'ler Avrupa Birliği'nin gündeminde kalmaya devam etmiştir. "Lizbon Büyüme ve İş Yaratma Stratejisi"[57]nde KOBİ'lerin Avrupa'nın sosyal ve ekonomik yapısı üzerindeki etkileri yeniden ele alınarak Birlik düzeyinde daha fazla "KOBİ dostu" politikalar yaratılması gerektiği belirtilmiştir. Komisyon'un belirlediği bu stratejiden sonra ilk kez bu metinde adı geçen *"Önce Küçük Olanı Düşün*[58]*-Think Small First"* prensibi benimsenmiş ve 2008 yılında aynı adı taşıyan *"Avrupa Küçük İşletmeler Şartı"* hazırlanmıştır[59]. Bu düzenlemeyle benimsenen on ilkeden[60] altıncısında; finansman sorununun, idarenin yarattığı ek külfetlerden sonra KOBİ'lerin en büyük ikinci

---

[57]"*Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Implementing the community Lisbon programme - Modern SME policy for growth and employment"*, COM/2005/0551 final. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0551:EN:NOT –çevrimiçi-29.07.2011).

[58]http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=45690&l=1

[59]*"Think Small First- A Small Business Act for Europe"*, Brussels, 25.06.2008, COM (2008)394. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:en:PDF –çevrimiçi-29.07.2011) Bu yasa için ayrıca bkz. ERKAN, Yücel Eda, *"Avrupa Birliği İçin Küçük İşletmeler Yasası"*, ABGM Komisyon Bildirimi, Ankara, 2008, s. 2 vd.

[60] Avrupa Küçük İşletmeler Şartı'nda benimsenen ilkeler şunlardır:

1. Girişimciliğin ödüllendirildiği ve girişimcilerin ve aile işletmelerinin başarıya ulaşmasına uygun ortam yaratmak,
2. İflas etmiş dürüst girişimcilere ikinci bir şans yaratmak,
3. İç hukuk kurallarını "önce küçük olanı düşün" prensibine uygun dizayn etmek,
4. İdari kuruluşları KOBİ'lerin ihtiyaçlarına duyarlı hale getirmek,
5. Kamu politikası araçlarını KOBİ'lerin ihtiyaçlarına adapte etmek,
6. KOBİ'lerin mali kaynaklara ulaşımını kolaylaştırmak ve ticari işlemlerde zamanında ödemeyi teşvik edecek uygun hukuki ortamı ve iş çevresini yaratmak,
7. KOBİ'lerin Tek Pazar'ın getirdiği avantajlardan daha fazla yararlanmasına yardımcı olmak,
8. KOBİ'lerdeki terfi mekanizmalarını ve yenilenme çalışmalarını desteklemek,
9. Çevresel zorlukları KOBİ'ler için avantaja dönüştürmek,
10. KOBİ'leri büyüyen pazardan faydalanmaya teşvik etmek.

sorunu olduğu belirtilmiştir. Avrupa'daki geç ödeme kültürünün bu işletmeleri diğerlerinden daha zayıf bir konuma düşürdüğü ortaya konmuştur. KOBİ'lerin sağlamış oldukları mal ve sundukları hizmetlerin bedelini 20 ila 100 gün gecikmeyle alabildikleri, her dört iflastan birinin bu sebeple gerçekleştiği, sorunun her yıl 450.000 kişiyi işsiz bıraktığı ve toplamda 25 milyar Euro'luk zarara yol açtığı belirtilmiştir[61]. Küçük İşletmeler Yasası ile üye ülkeler bu tip işletmelere 1.000.000 Euro'ya kadar destek paketleri hazırlamaya, KOBİ'lerin sırtındaki yükü azaltmak için gereken yasal düzenlemeleri yapmaya davet edilmiş; Komisyon'a da bu hususta üye ülkelere yardım etme ve gelişmeler hakkında Konsey'e rapor verme yükümlülüğü yüklenmiştir[62].

Avrupa Komisyonu'nun AB Küçük İşletmeler Yasası'nın uygulamasına ilişkin hazırladığı 2009 yılı raporunda[63] bazı ülkelerin Küçük İşletmeler Yasası'nı aynen iç hukuklarına aktardığı[64]; Fransa, Finlandiya, Hollanda ve Romanya gibi ülkelerin ise Hareket Planı'ndan yola çıkarak kendi hareket planları oluşturma yolunu seçtiği belirlenmiştir. Aynı raporda, geç ödeme sorununa ayrı bir önem atfedilmiş ve üye ülkelerin bu konuda 2000/35/EC'de öngörülen düzenlemeleri benimsediği hatta bazı ülkelerin Yönerge'de yer alanlardan daha katı çözümler öngördüğü belirtilmiştir[65]. Bu hususta ki en dikkat çekici örnek Bulgaristan olmuştur. Bulgaristan Maliye Bakanı Yönerge'de öngörülen temerrüt faizini 10-20 puan

[61] Small Business Act, s. 11 vd.
[62] Small Business Act, s. 18.
[63] European Commission, "*European Commission Working Document Report on the Implementation of the SBA"*, Brussels, COM 2009/680 s. 2 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/implementation/files/sba_imp_en.pdf çevrimiçi-15.06.2011).
[64] Bkz. Belçika, İtalya, İrlanda, COM 2009/680, s. 2-3.
[65] "*European Commission Working Document Report on the Implementation of the SBA"* s. 4.

artırarak geç ödemelerin önüne geçmeyi planladığını beyan etmiştir[66]. Ancak bu gelişmelerin yeterli olmadığı, KOBİ'lere daha fazla destek olunabilmesi için Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun geç ödemeler hakkındaki yönergede değişiklik yapması gerektiğine ve buna ilişkin önerilerin dikkate değer olduğuna vurgu yapılmıştır.

Küçük İşletmeler Yasası 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin yayımlanmasından hemen sonra bir kez daha gözden geçirilmiştir. Avrupa Komisyonu 23 Şubat 2011 tarihinde *"Avrupa'nın Gözden Geçirilmiş Küçük İşletmeler Yasası"*nı yayımlamıştır[67]. 2009 verilerine göre ortalama ödeme süresi İrlanda'da 80, İtalya'da 100, İspanya'da 120 ve Yunanistan'da 140 gündür[68]. Raporda da bu verilere paralel şekilde, geç ödemelerle mücadelenin Yasa ile amaçlananın gerçekleşmesinde rol oynayabilecek en önemli unsurlardan olmasına karşın yalnızca Belçika, Fransa, Almanya, Portekiz, İngiltere ve İspanya'nın[69] Yönerge'yi iç hukuklarına tamamen aktardığı gerçeğine yer verilmiştir. Avrupa Birliği sınırları içerisinde "KOBİ Dostu" bir ekonomik ortam yaratılmak isteniyorsa Yasa'da yer alan düzenlemelerin bir bütün olarak tüm üye ülkelerce uygulanması gerekliliğinin altı bir kez daha çizilmiştir. Raporda ek olarak Avrupa 2020 Stratejisi belirlenirken olası ekonomik

[66] Bulgaristan örneği ve diğer ülkeler için bkz. "*European Commission Working Document Report on the Implementation of the SBA"*, s. 4.
[67] European Commission, *"Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of the Regions-Review of the Small Business Act for Europe"*, COM (2011) 78.
[68] KANTNER, Hans-Georg, *"Late Payment-The Austrian Perspective"* from the European Charter for Small Enterprises to Small Business Act, Stockholm Conference, s.2 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/best-practices/charter/2009-conference/index_en.htm - çevrimiçi-17.06.2011)
[69] COM (2011) 78 s. 22.

krizlerin etkilerinden korunabilmek için KOBİ'lerin finansal ihtiyaçlarına karşı özel bir önem atfedilmesi önerisi sunulmuştur[70].

30 Mayıs 2011 tarihli Avrupa Konseyi Küçük İşletmeler Yasası'nı Gözden Geçirme Raporu'nda, Yasa'nın uygulanabilmesi ve amaçlanan sonuçlara ulaşılabilmesi için basit, anlaşılabilir, net, istikrarlı bir mevzuat ve idari ortama ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir[71]. Raporda net şekilde ortaya konan bu ihtiyaca paralel olarak, üye ülkelerin geç ödemeyle mücadeleye ilişkin yeni yönergeyi en geç yürürlük için belirlenen tarih olmak üzere, en kısa zamanda yürürlüğe koyma yolunda teşvik edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Belirlenen hedefler göz önünde bulundurulduğunda, Mayıs 2011'de dahi AB üyesi devletlerin Yönerge hükümlerini halen tamamen iç mevzuatlara aktarmadığı, halen uygulamanın yeknesaklaştırılamadığı, yeni düzenlemenin bu amaçla yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

B. İcra ve Tahsil Aşamasını Hızlandırmak İçin Yapılan Düzenlemeler

2011/7/EU sayılı Yönerge'nin Gerekçe bölümünde[72] geç ödemeden kaynaklı adli taleplerin yerine getirilmesinin hızlandırılmasına ve kolaylaştırılmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan ilki 44/2001 sayılı *"Medeni ve Ticari Davalarda Yetki, Tanıma ve Tenfize İlişkin Yönerge"*dir. Bu Yönergeyle, üye ülkelerin herhangi birinde ikamet eden bir kişinin milliyet ayrımı gözetilmeksizin o ülkede ve ülkenin kurallarına tabi olarak dava edilebileceği belirtilmiş, ülke vatandaşıyla aynı şartlara tabi olması gerektiğine yer verilmiştir[73]. Yönerge'nin 5.

[70]COM (2011) 78, s. 8 vd.
[71] Council of the European Union, *"Conclusions on the Review of the Small Business Act for Europe"*, Brussels, 2011, s. 3(http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/122326.pdf çevrimiçi-16.06.2011).
[72] 2011/7/EU pf. 4.
[73] 44/2001/EC, m.2.

maddesinde mahkemelerin yetkisi düzenlenerek olası bir uyuşmazlıkta yetkili yargı yerinin hangisi olduğuna ilişkin kafa karışıklıklarının önüne geçilmeye çalışılmıştır[74]. Yönerge'de üye ülkelerden birinde alınan herhangi bir yargı kararının Birlik genelinde özel herhangi bir prosedüre tabi tutulmaksızın tanınacağı[75], taraflardan birinin mahkemeye veya bu alanda yetkili makama talepte bulunması halinde o ülkenin hukukuna göre tenfiz edileceği belirtilmiştir[76]. Yönergenin yetkili yargı yeri ile tanıma ve tenfize ilişkin bu düzenlemeleri, sınır aşırı ticaret yapan işletmelerin diğerleriyle eşit haklara sahip olmasını sağlamak ve İç Pazar'ın etkinliğini güvence altına almak, uyuşmazlıkları daha çabuk çözüme kavuşturarak olası sorunları ortadan kaldırmaktır.

Bu alandaki bir diğer düzenleme 805/2004 sayılı "*Çekişmesiz Alacaklara Yönelik Avrupa İcra Emri Oluşturulmasına İlişkin Yönerge"*dir[77]. Bu Yönerge'nin temel amacı medeni ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin verilen yargı kararlarının, uzlaşma kararlarının ve yetkili mercilerin vermiş olduğu icrai niteliği haiz kararların Birlik içinde serbest dolaşımını sağlamaktır[78]. Yönerge'nin üçüncü maddesinde borçlunun, mahkeme önünde borcun varlığına ya da miktarına itiraz etmediği haller ile usulüne uygun olarak davet edilmesinde karşın mahkemeye çıkmadığı hallerde, borçlu aleyhine bir mahkeme kararının veya yetkili bir makamdan alınan icra kabiliyetine sahip bir belgenin alınması durumunda talebin çekişmesiz sayılacağı belirtilmiştir. Mahkemelerden veya yetkili makamlardan alınan bu tip icrai belgelere

[74] Örneğin, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklarda borcun ifa edileceği yer; mal tedarikinde malın teslim edildiği veya edileceği yer; hizmet tedarikinde hizmetin sağlandığı yer vb. Ayrıntılı bilgi için bkz. 44/2001/EC m. 5.
[75] 44/2001 EC, m.33.
[76] 44/2001/EC, m.38-39-40.
[77] European Council, "*Creating a European Enforcement Order for Uncontested Claims (Regulation (EC) No 805/2004),*Official Journal L 143 30.04.2004, s. 15 vd.
[78] 805/2004, m.1.

"Avrupa İcra Emri Sertifikası" verileceği ve Birlik çapında icrasının mümkün olacağı belirtilmiştir[79]. 805/2004 sayılı Yönerge'nin, varlığı veya miktarı bakımından borçlu tarafından herhangi bir itiraza uğramamasına rağmen zamanında ödenmeyen para borçlarına ilişkin hükümler içeren geç ödemeyle mücadeleye ilişkin yönergelerde yer alan hükümlerin amacına ulaşması ve caydırıcılık kazanması bakımından oldukça önemli olduğu açıktır.

İcra alanındaki üçüncü düzenleme *"Avrupa Ödeme Emri Oluşturulmasına İlişkin Yönerge[80]"*dir. 1896/2006 sayılı bu Yönerge ile, 805/2004 sayılı Yönerge'ye paralel olarak, sınır aşırı medeni ve ticari uyuşmazlıklardan doğan maddi alacaklara ilişkin Birlik çapında geçerli olacak bir ödeme "Avrupa Ödeme Emri" yaratılması ve bu ödeme emrinin herhangi bir tanıma ve tenfiz işlemine maruz bırakılmadan sonuç doğurabilmesi amaçlanmıştır. Yönerge düzenlemelerine göre alacaklı, mahkeme masrafları[81] dahil çekişmesiz alacaklarını tahsil edebilmek için kendi ülkesinde çıkardığı bir ödeme emrini *"Avrupa Ödeme Emrine"* dönüştürme imkanına sahip olacaktır. Bunun için Yönerge'nin ekindeki formu, Yönerge'nin 7. maddesine uygun şekilde doldurması ve 44/2001 sayılı Yönerge'ye uygun olarak belirlenecek yetkili mahkeme veya idari makama başvurması yeterli olacaktır[82]. Diğer iki yönerge ile birlikte düşünüldüğünde 1896/2006 sayılı Yönerge'nin de alacaklının çekişmesiz olan alacağına daha çabuk ulaşmasını sağlamaya hizmet ettiği görülmektedir.

[79] 805/2004, m.8.
[80] European Council and European Parliament, *"Creating a European Order for Payment Procedure (Regulation (EC) 1896/2006 "*, Official Journal L 399, 30.12.2006 s. 1 –32.
[81] 1896/2006, Gerekçe, pf.12.
[82] 1896/2006, m. 8 vd.

Avrupa Birliği'nin bu alandaki dördüncü düzenlemesi 861/2007 sayılı *"Avrupa Basit Tazminat Talepleri Usulü Yaratılmasına İlişkin Yönerge*"dir[83]. Yönerge'nin Gerekçe[84] bölümünde icrai safhaya ilişkin yukarıda bahsi geçen diğer üç yönergeye atıf yapılarak bu düzenlemenin de üyeler arasındaki adli yardımlaşmayı sağlamak üzere hazırlandığı belirtilmiştir. Yönerge'nin "Amaç ve Kapsam" Bölümü'nde yer alan 1. ve 2. maddelerinde Avrupa Basit Tazminat Talepleri Usulü'nün 2000 Euro'yu[85] geçmeyen sınır aşırı medeni ve ticari uyuşmazlıklarda üye ülkelerin aynı konuyu düzenleyen iç hukuk düzenlemelerine bir alternatif olarak yaratıldığı, bu tip sorunların tanıma ve tenfiz işlemlerine maruz bırakılmaksızın daha hızlı ve ekonomik şekilde çözülebilmesine olanak tanınmasının hedeflendiğine yer verilmiştir. 861/2007 sayılı Yönerge'nin getirilerinden yararlanmak isteyen tarafın, usule ilişkin işlemleri başlatacağı yere Yönerge'nin ekinde yer alan formla başvurması yeterli görülmüştür. Bu düzenlemeyle tarafların küçük meblağlı talepler için mahkemeye başvurmaktan çekinme ihtimali en aza indirilmek istemiştir.

Bu bağlamda ele alınması gereken son düzenleme 2008/52/EC sayılı *"Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi"*[86]dir. Bu Yönerge, diğerlerinden farklı olarak, icrai sürecin değil, yargılama safhasının hızlandırılması hususu dikkate alınarak çıkarılmıştır. Yönerge'nin amacı, sınır aşırı nitelik taşıyan ticari ve medeni uyuşmazlıklarda tarafların alternatif çözüm yollarını tercih etmelerini sağlamak; onları yargısal yollara

[83] European Council and European Parliament, *"Establishing a European Small Claims Procedure (Regulation (EC) No 861/2007)"*Official Journal L 199 , 31/07/2007 s. 1 – 22.
[84] Bkz. 861/2007, Gerekçe pf. 3.
[85] Söz konusu meblağa faiz ve mahkeme masraflarının dahil edilmediğine ilişkin bkz. 861/2007, m.2.
[86] European Council and European Parliament, *"Certain Aspects of Mediation Civil and Commercial Matters (Regulation No 2008/52/EC)"* Official Journal L 136, 24.05.2008, s. 3-9.

başvurmak yerine dostane çözüm yollarına teşvik etmektir[87]. Yönerge ile üye ülkelere, tarafları arabuluculuk yöntemini seçmeye yöneltebilmek amacıyla bu hizmetin kalitesini yükseltecek kanunlar çıkarma ve denetim mekanizmaları oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir. Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların daha hızlı çözüleceği gerçeğinden hareketle, alacağına zamanında kavuşamadığı için ekonomik zorluklarla karşı karşıya kalan alacaklılar için bu tutumun oldukça yararlı olacağı açıktır.

2. 2011/7/EU'nun Getirdiği Yenilikler

Geç ödemeyle mücadeleye ilişkin yeni Yönerge'de malın ve hizmetin teslim edilmesine karşın ödemelerin vade tarihinden sonra yapılmasının nakit sıkıntısı yarattığı, bunun da işletmelerin mali yönetimlerini zora soktuğu, kârlılıklarını azalttığı, alacaklıyı dış finansman bulmaya zorladığı ve işletmeler arası rekabete zarar verdiği bir kez daha vurgulanmıştır. Geç ödemelerle mücadele hususunda Birlik ülkelerinin Yönerge hükümlerini farklı yorumlamalarının ve farklı çözümler benimsemelerinin İç Pazar'ın işleyişi üzerindeki olumsuz etkisi yinelenerek daha sıkı önlemlerin alınması gerekliliğine yer verilmiştir[88].

2011/7/EU sayılı Yönerge'de önceki Yönerge'de yer alan "*ücret karşılığı mal ve hizmet tedariki"* kavramı somut örneklerle açıklanmış ve hangi hizmetlerin Yönerge hükümlerinden yararlanacağına ilişkin tartışmaların önüne geçilerek uygulamada yeknesaklık yaratılmaya çalışılmıştır. Gerekçe'nin on birinci paragrafında bayındırlık hizmeti için proje hazırlanması ve hizmetin ifası ile inşaat işlerinin, sivil mühendislik hizmetlerinin Yönerge kapsamına girdiği belirtilmiştir.

[87] 2008/52/EC, m.1.
[88] 2011/7/EU s.1 pf. 3-4.

Aynı şekilde, Yönerge'nin on üçüncü paragrafında, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde ödeme süresini altmış gün olarak belirleyen genel kuralın[89] kredi sözleşmelerinde esnetilip esnetilemeyeceğine açıklık getirilmiştir. Düzenlemeye göre, işletmelerin müşterilerine ticari krediler kullandırması örneğinde olduğu gibi bazı durumlarda işletmelerin altmış günden daha uzun ödeme sürelerine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bundan dolayı sözleşmede açıkça kararlaştırılmak ve alacaklı için açıkça haksız bir durum yaratmamak kaydıyla işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde daha uzun ödeme sürelerine Yönerge ile cevaz verildiği belirtilmiştir.

2011/7/EU'da önceki Yönerge'de yer alan faize ilişkin düzenlemeler de açıklanmıştır. Yönerge'de yer alan temerrüt faizinin günlük bazda ve basit faiz olarak hesaplanacağına yer verilmiştir[90]. Ek olarak, geç ödemeyle mücadele yönergelerinin alacaklıyı temerrüt faizi talep etmek zorunda bırakmadığına, yalnızca ihtar ve benzeri belgelerle borçluyu uyarma yükümlülüğünü ortadan kaldırdığına [91]vurgu yapılmıştır.

Gerekçe'nin on dokuzuncu paragrafında geç ödemenin alacaklıya yarattığı ek maliyetlerin adil şekilde tazmininin, geç ödemeyi caydırıcı hale getirmek için gerekli olduğuna bir kez daha yer verilmiştir. Bu doğrultuda ek maliyetlerin, geç ödeme sonucu doğan idari masraflarla asgari miktarı Yönerge'nin 6. maddesinde 40 Euro olarak belirlenen iç maliyetleri kapsadığı ve bunun temerrüt faizine ek bir yaptırım olduğu açıkça belirtilmiştir. Takip eden paragrafta da avukat masraflarıyla

[89] 2011/7/EU m.3.
[90] 2011/7/EU, s.2, pf. 15.
[91] 2011/7/EU, s. 2, pf.16.

icra dairelerinde yapılmış harcamaların iç masraf olarak borçludan talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

2011/7/EU sayılı Yönerge'de öncekinden farklı olarak taksitle ödeme ayrıca düzenlenmiş, taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılması halinde ödemelerin taksitle yapılabileceği, taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde Yönerge ile düzenlenen yaptırımların yalnızca borcun ödenmeyen kısmı için geçerli olacağı belirtilmiştir[92].

Yeni Yönerge ile açıklığa kavuşturulan bir diğer husus, hangi durumların alacaklı için açıkça haksız durum yarattığının örneklerle açıklanmasıdır. Gerekçe'nin 28. Paragrafında Yönerge'nin temel amacının sözleşme özgürlüğünün alacaklı aleyhline kötüye kullanılmasının önüne geçmek olduğu belirtilmiş ve sözleşmede alacaklıya ek mali külfetler yükleyerek borçluya mali imkân sağlayan vadeye, temerrüt faizine, alacağın tazmini için öngörülen ek külfetlere ilişkin her hükmün sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması sayılacağına yer verilmiştir. Yönerge'nin "Haksız sözleşme hükümleri ve haksız uygulamalar" başlıklı 7. maddesi de aynı konuya ayrılmış ve böylelikle düzenlemenin bağlayıcı ve emredici olması sağlanmıştır.

2011/7/EU sayılı Yönerge ile önceki Yönerge'de yapılan en önemli değişiklik, kamu kurumlarının ödeme rejimine ilişkindir. Gerekçe'nin 23. Paragrafında kamu kurumlarının işletmelere nazaran daha devamlı, güvenilir ve öngörülebilir gelirlere ve daha istikrarlı ticari ilişkilere sahip olduğuna vurgu yapılarak, bu kurumların tedarik ettikleri mal ve hizmetin bedelini geç ödemelerinin hiçbir haklı yönü bulunamayacağına yer verilmiştir. Bu sebeple önceki Yönerge'den

[92] 2011/7/EU s. 3, pf. 22 ve s.7, m.5.

farklı olarak mal ve hizmet tedarikinde borçlu tarafın kamu kurumu olması halinde ödeme süresinin otuz gün olacağı; işletmeler arası tedarike ilişkin kuralın aksine bu sürenin sağlık sektörü gibi özellik gösteren sektörlerde[93] dahi sözleşmeyle ancak 60 güne kadar uzatılabileceği, daha uzun bir vadenin kararlaştırılamayacağı belirtilmiştir. Avrupa Birliği Kurumları'nın Yönerge'ye tabi olup olmayacağı yönündeki tartışmalara son vermek adına Gerekçe'nin 27. Paragrafında bu kuruluşların da kamu kurumları için öngörülen kurallara tabi olacağına açıklık getirilmiştir.

Gerekçe Bölümü'nün 34. paragrafında, 2000/35/EC'den faklı olarak arabuluculuk kurumuna yer verilmiş ve 2008/52/EC sayılı "Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi"ne atıf yapılarak Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Yönerge'nin amacına ulaşabilmesi için üye ülkelere vatandaşlarını alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurmaya teşvik etmeleri gerektiğine yer verilmiştir.

[93] 2011/7/EU s. 3, pf.24-25.

İKİNCİ BÖLÜM

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 1530. MADDESİ UYARINCA MAL VE HİZMET TEDARİKİNDE TEMERRÜT VE SONUÇLARI

I. KOBİ'LERE İLİŞKİN GELİŞMELER İLE 2011/7 SAYILI YÖNERGENİN İKTİBAS SÜRECİ

Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesi, her ne kadar tüm ticari işletmeler için geçerli olan düzenlemeler içeriyor olsa da, en büyük etkiyi Türkiye'de kayıtlı işletmelerin %99, 8'ini oluşturan, toplam istihdamın %76,7'sini[94] tek başına yaratan ve tedarik zincirinin en önemli halkası olan[95] KOBİ'ler üzerinde yaratacağı açıktır. Sayısal verilere bakıldığında KOBİ'lerin Avrupa Birliği'nde olduğu gibi Türk toplumu ve ekonomisinin de sürükleyici unsuru olduğu net şekilde görülmektedir. Emek yoğun çalışan, az sermayeyle kurulabilen, düşük düzeyde yönetim gideriyle ucuz üretim gerçekleştirmeyi amaçlayan iktisadi birimler olarak nitelendirilen KOBİ'ler; hızlı karar verme yetenekleri, ekonomik krizlere dayanıklılıkları ve yarattıkları istihdam olanaklarıyla öne çıkmaktadır[96].

KOBİ'lerin ihtiyaçları, 90'lı yılların ortalarına doğru Türkiye gündemine gelmiş ve özellikle 1 Ocak 1996 tarihinde Gümrük Birliği'ne girilmesinden sonra KOBİ'lere yönelik destek programlarının oluşturulması ve uygulanması hız kazanmıştır. 2002 yılında Türkiye, Avrupa Birliği Aday Üyesi sıfatıyla "Küçük

---

[94] ODABAŞI-SARI, Arzu, *"Avrupa Birliği'nde KOBİ Destek Mekanizmaları ve Türkiye"*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 80.

[95] YALÇIN, Azmi/GAFUROĞLU, Şahin, *"Ekonomik Krizlerin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Üzerindeki Yönetsel ve İşlevsel Etkilerini Belirlemeye Yönelik Ampirik Bir Çalışma"*, Ç.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 17, S. 2, Adana, 2008, s. 434.

[96] AKGEMCİ, Tahir, *"KOBİ'lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler"*, Ankara, 2001, s. 7 vd. (http://www.kosgeb.gov.tr/Pages/UI/Yayinlar.aspx?ref=9&refContent=33 –çevrimiçi-15.08.2011).

İşletmelere İlişkin Avrupa Şartnamesi"ni imzalamış, "2001-05 Çok Yıllık İşletme ve Girişimcilik Programı (Multi-annual Programme for Enterprise and Enterpreneurship-MAP)"na da dahil olmuştur[97]. Bu aşamadan sonra yürürlükteki mevzuatını uyumlaştırma çalışmalarına başlayan Türkiye, 2005 yılında *"Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmeliği"* çıkarmıştır[98]. 2003/361 EC sayılı Mikro, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Tanımına ilişkin Komisyon Tavsiyesi esas alınarak hazırlanan bu Yönetmelikte KOBİ tanımına[99] yer verilmiş, Yönetmeliğin 2. maddesinde kredi, teşvik ve desteklerden yararlanacak işletmelerin tespitinde bu tanımın öncelikli olarak kullanılacağı belirtilmiştir.

Türk mevzuatında KOBİ'ler için yapılan en yeni tarihli düzenlemeler 6102 sayılı Kanun'da yer almaktadır. 6102 sayılı Kanunun *"Türk işletmelerinin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet, sermaye ve finans piyasalarının sürdürülebilir rekabet gücünü haiz güvenilir aktörleri olmaları"* yönündeki temel hedefi[100] doğrultusunda 1522. maddede *"Ölçeklerine göre işletmeler"* yeniden ele alınmış, günün ihtiyaçlarına göre yeni bir yönetmelik hazırlanacağı hükmüne yer verilmiştir. 1522. maddeye göre, küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütleri içerecek olan bu yeni yönetmelik, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Kamu

---

[97] OECD, *"Small and Medium Sized Enterprises in Turkey-Issues and Policies"*, s. 7. (http://www.oecd.org/dataoecd/5/11/31932173.pdf- çevrimiçi-15.08.2011)

[98] RG, 08.11.2005, S. 25997.

[99] Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik m. 5: "*KOBİ'ler aşağıdaki şekilde sınıflandırılmıştır.*
a) Mikro işletme: On kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu bir milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan çok küçük ölçekli işletmeler,
b) Küçük işletme: Elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu beş milyon Yeni Türk Lirasını aşmayan işletmeler,
c) Orta büyüklükteki işletme: İki yüz elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı ya da mali bilançosu yirmi beş milyon Yeni Türk Lirasını aşmayanişletmeler."

[100] 6102 s. TTK, Genel Gerekçe pf. 5.

Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu[101]'nun görüşleri alınarak hazırlanacak; Türk Ticaret Kanununun ticari defterler, finansal raporlamalar ve diğer konularda KOBİ'ler için öngördüğü kolaylıklardan hangi işletmelerin yararlanacağının tespitinde de bu yönetmelikte yer alan ölçütlerden yararlanılacaktır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda şirketler de işletmeler gibi ölçeklendirilmiştir. 1522. maddenin gerekçesinde, madde metninde yer alan düzenlemelerin şahıs şirketleri açısından da önem taşıdığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda şahıs şirketlerinin ölçekleri tespit edilirken 1522. Madde göz önünde bulundurulacaktır[102]. Şahıs şirketleri ölçeklendirme hususunda işletmelerden farklı düzenlemeler öngörmeyen kanun koyucu, sermaye şirketlerinin ölçeklerine ilişkin ise ayrı bir hüküm sevk etmeyi uygun bulmuştur."Ölçeklerine göre sermaye şirketleri" başlıklı 1523. maddede[103], sermaye şirketlerinin büyüklüğünün belirlenmesinde de

[101] Madde metninde geçen Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, 02.11.2011 tarihinde 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 660 sayılı "Kamu Gözetim, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile değiştirilmiştir. 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesi ile Türkiye Muhasebe Standartlarını oluşturmak ve yayımlamak, bağımsız denetimde uygulama birliğini, gerekli güveni ve kaliteyi sağlamak, denetim standartlarını belirlemek, bağımsız denetçi ve bağımsız denetim kuruluşlarını yetkilendirmek ve bunların faaliyetlerini denetlemek ve bağımsız denetim alanında kamu gözetimi yapmak yetkisini Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na bırakılmıştır. KHK'nin geçici 5. maddesi uyarınca Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun her türlü varlıkları, borç ve alacakları, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtları ve diğer dokümanları ile nakit ve benzerleri de hiçbir işleme gerek kalmaksızın Kuruma devredilmiştir.

[102]Nitekim, Türk Ticaret Kanununun "Ticaret Şirketleri" kitabında yer alan ve birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerde yer alan kavramlara açıklık getiren 135. maddesinde, şahıs şirketlerinin ölçekleri belirlenirken 1522. maddede yer alan ölçütlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

[103] 6012 s. TTK 1523. maddesine göre; *"(1)Bu Kanunun 1522 nci maddesine istinaden belirlenen küçük ve orta ölçekli işletme ölçütleri, sermaye şirketleri için de geçerlidir. Bu ölçütlerin üzerindeki sermaye şirketleri ise büyük sermaye şirketi sayılır.*

(2)Küçük ve orta ölçekli olsalar dahi, aşağıdaki şirketler büyük sermaye şirketi sayılırlar:

a) Borçlanma araçları veya özkaynağa dayalı finansal araçları kamuya açık bir piyasada (yerel ve bölgesel piyasalar da dâhil olmak üzere, yerli veya yabancı bir sermaye piyasasında veya tezgâh üstü piyasada) işlem gören veya bu tür bir piyasada işlem görmek üzere söz konusu araçları ihraç edilme aşamasında bulunan sermaye şirketleri.

b) Esas faaliyet konularından biri, varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş bir kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri.

(3)Birinci fıkraya göre belirlenen büyüklük ölçütleri, bilanço günü itibarıyla, birbirini izleyen iki faaliyet döneminde aşılmışsa veya bu ölçütlerin altında kalınmışsa şirketin büyüklük yönünden konumu değişir.

şahıs şirketlerinde olduğu gibi 1522. maddede düzenlenen Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yayımlayacağı yönetmelikten yararlanılacağı belirtilmiş, hangi şirketlerin her koşulda büyük sermaye şirketi sayılacağına değinilmiş ve büyüklük ölçütlerindeki değişimlerin ne zaman anlam ifade edeceğine açıklık getirilmiştir. Bu hükümle, Geçici Madde 1 ile finansal raporlama hususunda KOBİ'lere tanınan avantajlardan yararlanabilecek şirketlerin tespitinde de kolaylık sağlanmıştır.

Ticari defterler ve finansal raporlamaların yanı sıra KOBİ'lere destek olmak amacıyla Türk Ticaret Kanununda[104] yer verilen bir diğer hüküm de 1530. maddede bulunan mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeye ilişkin düzenlemedir. Geç ödemelerin Avrupa'da olduğu gibi Türk işletmeleri üzerinde de finansal bir risk yarattığından hareket eden kanun koyucu[105]Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nin işletmeler arasındaki tedarik ilişkilerini düzenleyen hükmünü iktibas etmiş ve KOBİ'ler lehine ek bazı özel düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacağı üzere, 1530. maddede ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı

---

(4)Tür değiştirme hâlinde ve yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde, şirketin konumu, tür değiştirmenin veya birleşmenin gerçekleşmesinden sonraki ilk bilanço gününde, birinci ve ikinci fıkralarda yer alan şartlara göre belirlenir.

(5)İşçi sendikalarının ve diğer kanunlarda öngörülmüş bulunan yetkililerin ve kişilerin bu konuda bilgi alma hakları saklıdır."

[104] Söz konusu düzenlemenin yerinin Türk Borçlar Kanunu olup olamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. ÇAĞLAYAN, Pınar, *""Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK m. 1530)"*, BATİDER, 2011, C. 27, S. 2, s. 239 vd.

[105] 6102 sayılı TTK m. 1530'un Gerekçesine göre;*"(...)Hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, şartları dayatma konumları güçlü ticari işletmeler, özellikle market, süper market, hiper market gibi alışveriş merkezleri karşısında korumaktır. Pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmayacağı modern hukukun kabul ettiği bir diğer ilkedir. Tüketicinin, sigortalının, işçinin, küçük pay sahibi ile yatırımcının ve rekabetin korunması alanlarında ikinci ilke geçerlidir. Üretici firmalar ile KOBİ'ler de söz konusu ilkenin kapsamındadır. Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, pazar ekonomisine hakim yeni bir yaklaşımdır. AT yönergesi ve değişikliği bu yaklaşımın somut örneğidir.(...)"*

edimini ifa etmiş olmasına rağmen borcunu zamanında ödemeyen ve gecikmesinden sorumlu tutulamayacağı bir hal bulunmayan borçlu için *ihtarsız temerrüt* ile daha yüksek bir temerrüt faizi düzenlenmiştir. Sözleşmede ödeme süresine ilişkin bir maddenin bulunmaması veya belirlenen sürenin kanuna aykırı olması halinde ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin ya da mal veya hizmetin alındığı, yahut mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla otuz gün olabilecektir. Vadenin sözleşmeyle kararlaştırılmış olması halinde ise taraflar, yalnızca alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak ve açıkça anlaşmış olmak koşuluyla daha uzun süreler öngörebilecektir[106]. Ancak aynı hükümde KOBİ'leri korumak amacıyla alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ), tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde ödeme süresinin altmış günü aşamayacağına yer verilmiştir.

1530. madde ile KOBİ'lere destek olmak amacıyla getirilen bir diğer düzenleme de taksitli satışlara ilişkindir. Taksitli satışlarda ödenmeyen her bir taksit tutarının aynı maddede öngörülen temerrüt faizine tabi tutulacağı belirtilmiş, ancak alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme ya da tarımsal veya hayvansal üretici olup, borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hâllerde taksitle ödemeye ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır.

II. 1530. MADDEDE YER ALAN BORÇLU TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMA KOŞULLARI

Ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin, borçlu

[106] 6102 s. TTK m. 1530/5.

temerrüdünün şartlarını ve sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 117 ve devamı maddelerinden farklılık gösterdiği ve daha ağır sonuçlar öngördüğü açıktır. 1530. madde kapsamındaki para borcunu zamanında ödemeyen tacirin ihtarsız olarak temerrüde düşmesi ve daha yüksek bir temerrüt faizine maruz kalacak oluşu, kanun koyucuyu düzenlemenin uygulanmasını borcun konusu ile tarafları bakımından sınırlamaya ve temerrüt tarihinin tespitinde de bazı özel yöntemlerden yararlanmaya itmiştir.

1530. maddenin borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden ayrılan yönlerini tespit edebilmek için bu bölümde öncelikle Türk Borçlar Kanununa ve temerrüdün burada düzenlenen şartlarına değinilecek, daha sonra ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeye ilişkin hükmün 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan ayrılan yönlerine ayrıntılı olarak yer verilecektir.

1. Borçlu Temerrüdü Kavramına Genel Bir Bakış

Borçlu temerrüdü, borçlunun ifası mümkün ve muaccel edimini zamanında ifa etmeyerek borca aykırı şekilde gecikmesidir[107]. Türk Borçlar Kanununda tanımına yer verilmemekle birlikte 117. maddede temerrüt, borcun muaccel olması ve alacaklının borçluya ihtarda bulunması şartlarına bağlanmış; doktrinde kurumun doğasından yola çıkılarak bu iki şarta edimin ifasının mümkün olması şartı eklenmiştir. *Muaccel bir borcun varlığı,* temerrüdün zamanla ilgili şartı olup,

[107] EREN, Fikret, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, Ankara 2008, s.1046; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP,Atilla, *"Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.911; OĞUZMAN, Keman/ÖZ, Turgut, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 295; REİSOĞLU,Safa, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 354.

alacaklının borçlunun borçlandığı edimi talep ve dava edilebilmesini; borçlunun da ifaya mecbur bulunduğu zamanı ifade etmektedir[108].

Edimin ifasının mümkün olması, edimin yerine getirilmesini borçlu dahil herkes için önleyen, devamlı nitelikte, fiili veya hukuki bir engelin bulunmamasıdır[109]. Bahsi geçen fiili veya hukuki engellerle objektif imkansızlık kastediliyor olduğundan sübjektif imkansızlıklar borçlunun temerrüdünü ve temerrüdün sonuçlarının doğmasını engellememektedir[110]. Edimin ifasının imkansızlaştığı an, temerrüdün varlığını tespitte oldukça önemlidir. Borç muaccel olmadan önce gerçekleşen objektif imkansızlık hallerinde ve borç muaccel olduktan sonra ifa zamanın kaçırılmasından dolayı ifanın imkansızlaştığı durumlarda borçlunun temerrüdü değil ifa imkansızlığı söz konusu olmaktadır[111]. Temerrüt için ihtar şartının öngörüldüğü durumlarda ise ihtardan önce gerçekleşen imkansızlık hallerinde imkansızlığa ilişkin, sonra gerçekleşen imkansızlık hallerinde ise temerrüde ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır[112].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 117'de belirtildiği üzere temerrüt, muaccel borcun ifa edilmemesiyle değil, kural olarak *alacaklının borçluya ihtarda bulunmasıyla* gerçekleşir. İhtar, alacaklının muacceliyet tarihinden sonra[113] borçluyu edimini ifa etmeye davet etmesi, kendisinin de ifayı kabule hazır olduğunu

[108] OĞUZMAN/ÖZ, s. 1048-1049, HAVUTÇU, Ayşe, *"Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini"*, DEÜHF Yayınları, İzmir 1995, s. 24 vd., BARLAS, Nami, *"Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar"*, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1992, s.22.
[109] EREN, s. 1249; HAVUTÇU, s.24.
[110] OĞUZMAN/ÖZ s. 302; EREN, 1048.
[111] OĞUZMAN/ÖZ, s. 302.
[112] OĞUZMAN/ÖZ, s. 302; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 912. İhtardan sonra gerçekleşen imkansızlığın temerrüdün devamını önleyeceğine ilişkin olarak bkz. HAVUTÇU, s. 24.
[113] İhtarın muacceliyet tarihinden önce de yapılabileceğine ilişkin bkz. HAVUTÇU, s. 27.

bildirmesidir[114]. Edimini zamanında ifa etmezse temerrüdün ağır sonuçlarına katlanmak durumunda kalacak olan borçluyu korumak için oluşturulan ihtar, muaccel olmuş alacağa ilişkin talebi içermeli ve ihtarın hangi alacak için yapıldığı açık ve net olarak anlaşılabilmelidir[115]. Borca uygun olmayan ihtar geçerli olmayacağı gibi, sözleşmede yer alan hükümlerden farklı talepler içeren ihtar da borçluya hatırlatma görevini ifa edemediğinden hukuki sonuç doğurmaz[116].

Genel kural olarak, İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da muaccel olmuş borcunu ödemeyen ve bu sebeple alacaklının ihtarına maruz kalmış *borçlunun* mütemerrit sayılması için *kusuru* bulunup bulunmasının bir önemi yoktur, zira kusur temerrüdün bir koşulu değildir[117]. Borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmasa dahi objektif borca aykırılık teorisi gereği temerrüt gerçekleşir; borçlunun herhangi bir kusuru bulunmasa da alacaklı sözleşmeden dönebilir, para borçlusundan Türk Borçlar Kanunu m. 120 uyarınca temerrüt faizi talep edebilir. Ancak aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere[118] borçlunun kusuru temerrütten doğan zararların tazmin edilebilmesi açısından önem taşımaktadır.

2. 1530. Maddenin Borçlu Temerrüdüne İlişkin Genel Düzenlemeden Ayrılan Yönleri

A. İşlemin Konusunun Para Borcu Doğuran Mal ve Hizmet Tedariki Olması

2011/7/EU sayılı mehaz Yönerge'nin 'Konu ve Kapsam' başlıklı 1. maddesinde *"Yönergenin para borcu doğuran ticari işlere uygulanacağı"* belirtilmiş

[114] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 913; EREN, s. 1049; OĞUZMAN/ÖZ, s. 297; REİSOĞLU, s.355.
[115] BARLAS, s. 34.
[116] KILIÇOĞLU, s.497.
[117] EREN, s. 1054; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 919; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; NOMER, s. 151; KILIÇOĞLU, s. 500; HAVUTÇU, s.33; REİSOĞLU, s. 358.
[118] Bkz. aşa. s. 59.

ve "Kavramlar" başlıklı ikinci maddesinde de ticari işin, *"İşletmeler veya işletmeler ile kamu kurumları arasındaki para borcu doğuran mal ve hizmet tedariki konulu işler"* olduğu belirtilmiştir. Yönerge'nin kapsamına hangi ticari işlerin girdiğinin tespiti, geç ödeme halinde uygulanacak yaptırımların ağırlığı da göz önünde bulundurulduğunda büyük bir önem taşımaktadır. Tespiti kolaylaştırmak açısından her şeyden önce "tedarik" kavramının ne anlama geldiğine bakılması gerekecektir. Sözlük anlamı *"sağlama, elde etme"*[119] olan tedarik; işletmeler açısından ise doktrinde,"üretim sürecinde gerekli olan hammaddenin, yardımcı maddelerin, sermayenin veya mallarının araştırılarak bulunması ve alınması" şeklinde tanımlanmıştır[120]. Söz konusu tanımdan tedarike ilişkin sözleşmelerin iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu sonucu çıkmaktadır. Yönerge'de yer alan düzenleme ve tedarik tanımı doğrultusunda kefalet sözleşmeleri ve bağışlama sözleşmeleri gibi tek tarafa borç yükleyen ve mal ya da hizmet tedarikini konu edinmeyen sözleşmeler ile mal tedarikini konu etmesine karşın para borcu doğurmayan mal değişim sözleşmelerinin kapsama dahil olmayacağını söylemek mümkündür.

Yönerge kapsamına giren hususların tespiti için göz atılması gereken bir diğer düzenleme de Yönerge'nin Gerekçe bölümünde yer almaktadır. Yönerge'de yer alan ticari iş tanımında geçen "mal ve hizmet tedariki" ifadesi ile hangi borçların kapsam dışında bırakıldığına Gerekçe'nin 8. paragrafında açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre sigorta şirketi tarafından ödenecek olsa dahi haksız fiilden doğan zararın tazmininden, bono, çek, poliçe gibi kambiyo senetlerinden doğan borçlar ve bunların faizleri ile para borcu doğurmasına karşın diğer tarafa mal

[119] Bkz. TDK Büyük Türkçe Sözlük (http://tdkterim.gov.tr/bts/ -çevrimiçi-15.11.2011).
[120] PALAMUTÇUOĞLU, Türker, *"Tedarik Yönetimi"*, s. 1 (http://www2.bayar.edu.tr/kulamyo/docs/turker_palamutcuoglu/TYDN.pdf -çevrimiçi 22.10.2011).

veya hizmet tedarik etme yükümlülüğü yüklemeyen sözleşmelerden doğan alacaklar için Yönerge hükümleri uygulanmayacaktır.

Ödünç sözleşmelerinin Yönerge kapsamına dahil olup olmadığına 8. paragrafında açıklık getirilmemiş olmasına karşın; sürelere ilişkin 13.paragrafta Yönerge'de öngörülen 60 günlük sürenin sözleşmeyle uzatılabileceği hallere örnek olarak işletmelerin müşterilerine kullandırdıkları krediler gösterildiğinden, ödünç sözleşmelerinin de Yönerge kapsamına dahil olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Benzer şekilde,Yönerge'de kira sözleşmelerine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş olmasına rağmen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 299. maddesinde yer alan kira tanımından hareketle[121] tarafları ticari işletme olan bir kira sözleşmesinde de para borcu doğuran bir mal tedariki bulunduğundan kanımızca sözleşmeden doğan borcun zamanında ödenmemesi halinde Yönerge'de ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/7'de düzenlenen temerrüt faizi devreye girecektir.

Yönerge'nin hem "Kapsam" başlıklı 1., hem de "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde vurgulanan mal ve hizmet tedarikinden doğan "para borcunun" hangi edimleri kapsadığı hususuna ise Yönerge'de açıklık getirilmemiştir. Doktrinde para borcunun kapsamına asli edim yükümlerinin girdiği, sözleşmenin müzakere safhasında yapılan masrafların, taşıma masraflarının, tazminatların ve cezai şartın Yönerge'de düzenlenen korumadan yararlanamayacağı belirtilmiştir[122]. Ancak hüküm yeterince açık olmadığından bazı tereddütleri de beraberinde getirir niteliktedir. Örneğin acentelerin denkleştirme istemlerinin Yönerge kapsamına dahil

[121] Türk Borçlar Kanunu m. 299'e göre: *"Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."*
[122] ZACCARIA, s. 388;SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 528..

olup olmadığı Alman yargısı önüne getirilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin 16.06.2010 tarihli kararına[123] konu olayda, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 89b paragrafında düzenlenen acentenin denkleştirme isteminin (6102 sayılı TTK m. 122), 2000/35 sayılı Topluluk Yönergesi ve Alman Medeni Kanunu'nun 288. paragrafının 2. fıkrası anlamında alacaklının malların teslimi veya hizmetlerin sunumu ediminin karşı edimi olarak bir bedelin ödenmesine yönelik alacak şeklinde nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışılmıştır. Sorunun olumlu cevaplandırılması hâlinde tüketicinin katılmadığı hukukî işlemlerde bedel alacağına uygulanacak temerrüt faizi oranını düzenleyen ve 2000/35 sayılı Yönerge ile uyumlu olan Alman Medeni Kanunu'nun 288. paragrafının 2. fıkrası[124] (bkz. 6102 sayılı Kanun m. 1530/7), acentenin denkleştirme istemi için de uygulama alanı bulacaktır. Alman İstinaf Mahkemesi'ne göre, Yönerge ve BGB 89b anlamında bedel (Entgeld) ile malların teslimi veya hizmetlerin sunumu edimi arasında bir karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi bulunmalıdır. Oysa acentenin denkleştirme isteminin, bu anlamda bir bedel karakteri yoktur. Acentelik ilişkisinde bedel niteliğini haiz olan acentenin ücret (provizyon) talebidir. Federal Mahkemeye göre ise sözü edilen hükümler anlamında bir bedelin varlığı için, alacaklının edimi ile borçlunun ödemesi arasında sinallagmatik bağlantı aranması yanlıştır. Bedel kavramı, sinallagma kavramıyla eş tutulamaz. Bedel sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde değil, bir tarafın ediminin diğer tarafın yükümlülüğünün doğumu şartı olması durumunda da mevcuttur. Son anılan durumda ödeme, ekonomik açıdan edimin bedeli niteliğindedir. Durum böyle olunca, acentenin denkleştirme istemi, 2000/35 sayılı Topluluk Yönergesi ve Alman Medeni

[123] Söz konusu karar için bkz. http://www.rws-verlag.de/fileadmin/zbb-volltexte/8ZR25909.pdf .
[124] Alman Medeni Kanunu'nun 288. paragrafının 1. fıkrasında para borcunda temerrüt hâlinde yıllık % 5 oranında temerrüt faizi oran uygulanacağı belirtilirken, 2. fıkrada tüketicinin katılmadığı hukukî işlemlerde bedel alacağına yıllık % 8 oranında temerrüt faizi uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunu'nun 288. paragrafının 2. fıkrası anlamında bedel niteliği taşımaktadır. Federal Mahkeme'nin ve öğretideki baskın görüşün savunduğu üzere denkleştirme istemi, müşteri kitlesine ilişkin olarak acentenin işletmeye yaptığı katkının bir karşılığıdır. Denkleştirme isteminin doğumu ve miktarının tespitinde hakkaniyet düşüncesinin rol oynaması[125], dolayısıyla denkleştirme isteminin bedel ve hakkaniyet bileşenlerinden oluşması, onun bedel alacağı/talebi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bu sebeple Alman Yüksek Mahkemesi, acentelerin denkleştirme taleplerinin de Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Yönerge'nin kapsamına dahil olduğu yönünde karar vermiştir.

Yönerge'den Türk hukukuna aktarılan 1530. maddeye bakıldığında hükmün, borcun konusunun mal ve hizmetin tedariki olması hususunda Yönerge ile tam bir paralellik gösterdiği; ancak kapsam bakımından bazı farklılıkların olduğu gözlenmektedir. Yönerge'de yer alan düzenlemenin aksine 1530. maddede yalnızca ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinden doğan borçların geç ödenmesinden bahsedilmiş, ancak tedarikten doğan borcun para borcu olmadığı bir ihtimalde, maddede yer alan düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağı hususuna açıklık getirilmemiştir.1530. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca, sözleşmede ödeme gününün veya süresinin belirtilmemesi ya da belirtilen sürenin geçersiz olması halinde, borçlunun ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılacağı zamanın tespiti için fatura veya eşdeğer ödeme talebinden yararlanılacağından ve bu belgelerde mal veya hizmetin bedelinin nakdi olarak belirtilmesi zorunluluğu bulunduğundan[126] bu husus sorun teşkil etmeyecektir. Ancak düzenleme, tarafların süreyi sözleşmeyle belirlediği ve mal ve hizmet tedarikinin bedelini paradan başka bir değer olarak

[125] Bkz. HGB § 89b, (1), 2; TTK m. 122/1, c.
[126] Bkz. aşağı s. 38.

kararlaştırdıkları haller için kafa karışıklıklarına sebep olabilecek niteliktedir. Mehaz Yönerge'nin ilgili hükmünden, Yargıtay'ın mehaza uygun yoruma ilişkin içtihatlarından[127] ve temerrüt tarihini belirlerken yararlanılacak olan fatura ve eşdeğer ödeme taleplerinin yalnızca para borçları için kullanılan belgeler olmasından hareketle 1530. maddenin de ticari işletmeler arasında para borcu doğuran mal ve hizmet tedariki için uygulanacağı şeklinde yorumlanması daha doğru olacaktır.

B. Mal ve Hizmet Tedarikinin Ticari İşletmeler Arasında Gerçekleşmesi

Mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinde hüküm altına alınan ihtarsız temerrüdün gerçekleşmesi ve yedinci fıkrada öngörülen temerrüt faizinin talep edilebilmesi, sözleşmenin her iki tarafının da ticari işletme olması koşuluna bağlanmış, hükmün ticari işletmeyi işleten tacir üzerinde sonuç doğurması hedeflenmiştir. Mehaz Yönerge'nin kapsam maddesine bakıldığında ise düzenlemenin tüm "işletmeler" arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeleri kapsadığı, işletme kavramını ticari işletmelerle sınırlı tutulmadığı ve bu sebeple Yönerge ile 1530. madde arasında bir uyumsuzluk bulunduğu göze çarpmaktadır.

Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin 2011/7/EU Sayılı AB Yönergesi'nin 2. maddesinin üçüncü fıkrasında işletme,*"tek kişiden ibaret olsa dahi ekonomik veya mesleki faaliyetini bağımsız olarak sürdüren ve kamu kurumu sayılmayan organizasyonlar"* olarak tanımlanmış; belirli bir çap ve büyüklükte olup olmadığına bakılmaksızın tüm işletmeler düzenleme kapsamına dahil edilmiştir. İşletmelere ek olarak, Gerekçe bölümünün 10. paragrafında serbest meslek

[127] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı E. 1945/13, K. 1945/15. (http://www.resmi-gazete.org/tarih/20070227-17.htm çevrimiçi-14.09.2011)

faaliyetlerinin de Yönerge korumasından yararlanacağı belirtilmiş ve bu suretle kapsam daha da genişletilmiştir. Tanımdan ve Gerekçe ile yaratılan durumdan yola çıkılarak doktrinde bir işletme işletmeksizin, arızi olarak mal veya hizmet tedarik edenler ile adi ortaklıkların faaliyetlerinin Yönerge kapsamına olduğu görüşüne yer verilmiştir[128].

1530. maddeye bakıldığında ise mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarının yalnızca ticari işletme bazında düzenlendiği, mehaz Yönerge'de yer alan düzenlemenin aksine esnaf işletmelerinin ve serbest meslek icra edenlerin tedarik ettikleri mal ve hizmet bedellerinin geç ödenmesi ihtimalinin kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir. Yönerge ile 1530. madde arasındaki farkı daha iyi tespit edebilmek için Türk hukukunda ticari işletme, esnaf işletmesi ve serbest meslek faaliyetinin düzenlenme şekline bakılması gerekmektedir.

Önceki kanunda tanımı bulunmayan[129] ve modern görüşün temel kavramı[130] olan ticari işletme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 11. maddesiyle *"esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu

---

[128] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 528.

[129] Kanunda ticari işletme tanımının bulunmamasının önemli bir eksilik olduğuna ilişkin bkz. ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER-ERTAN, N. Füsun, *"Ticari İşletme Hukuku",* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 129 vd. Aynı yönde bkz. POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, *"Ticari İşletme Hukuku"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 29.

[130] 6102 s. TTK m. 11'in Gerekçesine göre; "*Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü,* ***ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür****. Söz konusu eğilimin öznel sistemin vatanı olan Almanya'da görülmesi ve bu anlayışın 1998 Alman Ticaret Kanununun hedeflerinden biri olması ilgi çekicidir. Onun için, Tasarıda ticarî işletmenin tanımlanması kaçınılmaz olarak değerlendirilmiştir. Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamaz.(...)"*

tanım, hali hazırda yürürlükte bulunan Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 14. maddesinde[131] yer alan tanıma doktrin tarafından eklenen "bağımsızlık" unsurunun dahil edilmesiyle oluşturulmuştur. Tanımdan hareketle bir işletmenin "ticari işletme" vasfını kazanabilmesi için, "gelir sağlanmasının hedeflenmesi", "devamlılık", "bağımsızlık" ve "esnaf işletmesi için öngörülen sınırların aşılması" şeklindeki dört unsurun birlikte bulunması şarttır. Tüm iktisadi işletmelerin ortak özelliği olan *gelir sağlanmasının hedeflenmesi* ile kastedilen, gelir sağlamanın fiilen gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi bulunmaksızın yalnızca işletmecide buna yönelik bir amacın varlığıdır[132]. Hatta doktrinde gelir sağlama unsurunun malvarlığında doğrudan doğruya bir artış meydana getirmesi de aranmamış, mal varlığında muhtemel bir eksilmeyi önlemeye yönelik organizasyonların da işletme vasfı taşıdığı yönünde görüş belirtilmiştir[133].

Devamlılık, işletmecide bulunması gereken faaliyete devam etme niyeti olup; tek sefere mahsus, geçici, tesadüfi ya da arızi nitelikteki faaliyetlerin bir işletmeye ve dolayısıyla bir ticari işletmeye vücut vermeyeceğini ifade etmektedir[134].

Bağımsızlık unsuru, işletmenin iç ilişkide başka bir işletmenin iradesine bağımlı olmaksızın faaliyet gösterebilmesidir[135].

---

[131] Ticaret Sicili Tüzüğü m. 14'e göre: "*(1)Türk Ticaret Kanununun 12 nci maddesinde tarif edilen ticarethane veya fabrikalar ile 13 üncü maddesinde tarif edilen ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletmedir. (2)Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz."*

[132] ARKAN, Sabih, *"Ticari İşletme Hukuku",* BTHAE Yayınları, Ankara, 2011 s. 28.

[133] ARKAN, s. 28, karşı yönde bkz. ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER-ERTAN, s.140; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, *"Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi"*, Ankara 2004, s. 7-8.

[134] ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER-ERTAN, s.140, ARKAN, s. 29, POROY/YASAMAN, s. 37.

[135] ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER-ERTAN, s.142.

Esnaf faaliyetinin sınırlarının aşılması ise her işletmede bulunan diğer üç unsurdan farklı olarak bir ticari işletmeyi esnaf işletmesinden ayırt etmeye yarayan, bir işletmeyi ticari işletme yapan unsurdur[136]. Türk Ticaret Kanununda esnaf kavramı, 6762 sayılı Kanunun 17. maddesinde yer alan tanımdan "kazancı geçimini sağlamaya ancak yeten" şeklindeki muğlak ifade çıkarılıp, aynı Kanunun 1463. maddesinde düzenlenen Kararnameye ilişkin husus eklenerek *"ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır."*şeklinde tanımlanmıştır. 6762 sayılı Kanunun 1463. maddesinde Bakanlar Kuruluna verilen yetkiyle çıkarılan ve halen yürürlükte bulunan 2007/12362 sayılı Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Kararda[137], Esnaf ve Küçük Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından hazırlanan esnaf ve sanatkar kolları listesi[138] ile tespit edilen alanlarda faaliyet gösteren, ekonomik faaliyetini sermayesiyle birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olanların, basit usulde vergilendirilenlerin her halükarda; işletme hesabına göre deftere tutanlarla vergiden muaf bulunanların ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177. maddesinin[139] birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı

[136] ARKAN, s. 29.
[137]Bkz. 26590 sayılı Resmi Gazete (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm -çevrimiçi- 22.08.2011).
[138]http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070613.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070613.htm (çevrimiçi- 22.08.2011)
[139]VUK m. 177'ye göre *: "Aşağıda yazılı tüccarlar, I inci sınıfa dahildirler:*

bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılacağı belirtilmiştir. Bu limitleri aşan işletmeler ise ticari işletme sayılacak ve 1530. maddenin kapsamına dahil olacaktır.

Türk mevzuatında serbest meslek faaliyetinin tanımına ise Gelir Vergisi Kanunu m. 65/2'de yer verilmiştir. Buna göre, *"Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır."* Serbest meslek faaliyeti belirli ölçüde uzmanlaşmış bağımsız emeğin, hizmet sözleşmesi hariç olmak üzere; istisna ve vekalet sözleşmeleri gibi iş görme sözleşmeleri ile bir başkasına tahsis edilmesidir[140]. Serbest meslek faaliyeti tanımının muğlak olması nedeniyle kanunda serbest meslek erbabı da tanımlanmış; 66. maddede serbest meslek faaliyetini mûtad meslek halinde ifa edenlerin serbest meslek erbabı sayılacağı ve serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılmasının da bu vasfı değiştirmeyeceği belirtilmiştir.

Ticari işletme, esnaf işletmesi ve serbest meslek faaliyetlerinin mevzuattaki düzenlenme şekli göz önünde bulundurulduğunda, 1530. maddede yer alan mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına ilişkin düzenlemenin yalnızca ticari işletmeler için öngörülmüş olmasının, alacaklıyı koruyucu nitelikteki bu hükmün

---

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 720.000.000 (65.000.000.000) lirayı veya satışlarının tutarı 864.000.000 (85.000.000.000) lirayı aşanlar;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 360.000.000 (35.000.000.000) lirayı aşanlar;

3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 720.000.000 (65.000.000.000) lirayı aşanlar;"(...)

[140] ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, *"Vergi Hukuku"*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 294.

uygulama alanını oldukça daralttığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Hatta düzenlemenin hâlihazırdaki şekli, 1530. maddenin gerekçesinde vurgulanan "KOBİ'leri koruma amacının" gerçekleşmesini de zora sokar niteliktedir. Kapsama ilişkin ikinci fıkrada yer alan düzenleme göz önünde bulundurulduğunda ticari işletme çap ve büyüklüğüne ulaşamamış olan KOBİ'lerin, ihtarsız temerrüt ve yüksek temerrüt faizinden yararlanamayacağı açıktır. Bu sebeple 2011/7/EU sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile mevzuatın uyum içinde olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

C. Muacceliyet Şartı

"Vadesi gelmiş; ödenmesi gereken hale gelmiş[141]*"* anlamına gelen "muaccel" kelimesinden türetilen muacceliyet, borçlar hukukunda alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, borçlunun edimi ifa zorunluluğunun bulunduğu, alacaklının alacağına kavuşamaması halinde borçluya dava açabileceği zamanı ifade etmektedir[142]. Muacceliyetin tespiti daha önce de belirtildiği üzere borçlunun temerrüde düşeceği tarihin belirlenmesinde; 1530. maddede olduğu gibi borcun konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu hallerde de temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı zamanın tespiti hususunda büyük önem taşımaktadır.

Borcun muaccel olacağı an, tarafların anlaşmasıyla belirlenebileceği gibi kanun hükmü ile de öngörülmüş olabilir. Muacceliyet anının kanunla, sözleşmeyle veya hukuki ilişkinin niteliğiyle belirlenemediği durumlarda ise Türk Borçlar

[141] YILMAZ, Ejder, *"Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü"*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005,s. 454.
[142] EREN, s. 907; TEKİNALP/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 800.

Kanununun 90. maddesi genel kural olarak devreye girmekte ve borç derhal muaccel hale gelmiş kabul edilmektedir[143].

Mal ve hizmet tedarikinden doğan para borcunun geç ödenmesine bağlanan sonuçları düzenleyen Türk Ticaret Kanununun 1530. Maddesinde, muacceliyet anının ve dolayısıyla borçlunun temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu tarihin tespiti için iki yol öngörülmüştür. Bunlardan ilki tarafların sözleşmeyle madde metninde öngörülen sürelere uygun bir tarih tespit etmeleri halidir. Böyle bir durumda Türk Borçlar Kanununda yer alan genel düzenlemede olduğu gibi borç, sözleşmeyle belirlenen ödeme günü veya süresinin bitiminde muaccel hale gelecek ve borçlu bu tarihte temerrüde düşecektir. Tarafların sözleşmeyle ödeme günü veya süresini belirlemediği yahut belirledikleri sürenin 1530. maddede öngörülen sürelere uygun olmadığı bir halde ise kanun koyucu muacceliyet tarihini kanunla belirleme yoluna gitmiştir. Böyle bir durumda 1530. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen değişik ihtimallere göre fatura, eşdeğer ödeme talebinin yahut malın teslim tarihinden itibaren otuz gün, ayrıksı durumlarda altmış gün sonra temerrüt gerçekleşmiş sayılacaktır. Aşağıda öncelikle ödeme süresinin sözleşmeyle kararlaştırıldığı hallere yer verilecek; daha sonra ödeme süresinin sözleşmede kararlaştırılmadığı veya kararlaştırılan sürenin geçersiz olduğu bir durumda temerrüt tarihinin nasıl belirleneceğine değinilecek; son olarak taksitli ödemelere ilişkin yeni düzenleme üzerinde durulacaktır.

[143] Ancak borcun muaccel olması, ifada bulunmamış borçlunun her zaman temerrüde düşmüş sayılmasını gerektirmez. İfa zamanı gelmekle beraber kanunen kendisine tanınmış özel savunma yollarından zamanaşımı ve ödemezlik def'ini zamanında ve usulüne uygun kullanan borçlu, bu yolla ifadan kaçınması mümkün kılındığından temerrüde düşmüş sayılmayacaktır. Benzer şekilde borcun muacceliyetinin alacaklının bazı hazırlık çalışmaları yapmasını gerektirdiği hallerde de alacaklı üzerine düşenleri yerine getirmediği müddetçe borçlu temerrüde düşmüş kabul edilmemektedir. (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 912, HAVUTÇU, s. 25; EREN, s. 1049. Borçlunun zamanaşımı ve ödemezlik def'ilerini kullanmasının temerrüde düşmesini engellemediği, yalnızca temerrüdün olumsuz sonuçlarını bertaraf ettiğine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 29; KILIÇOĞLU, Ahmet, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 496.

a. Ödeme Süresinin Sözleşmede Kararlaştırıldığı Haller

Muacceliyet anının tespitine ilişkin hükümler içeren Türk Borçlar Kanununun 90. maddesinde borcun doğduğu anda muaccel olması genel kural olarak benimsenmiş, ancak tarafların bu konuyu sözleşmeyle düzenlemelerine de açık kapı bırakılmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak taraflar aralarında anlaşarak diledikleri uzunlukta ve hatta gelecekte gerçekleşecek bir olay veya durumu göz önünde bulundurarak[144] gayrı muayyen şekilde bir vade kararlaştırabilmektedir. Ancak 1530. maddenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, şartları dayatma konumları güçlü işletmeler ile pazarlık güçleri ve konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi sağlıklı şekilde işleyemediğinden Avrupa Birliği'nde olduğu gibi Türk kanun koyucusu da soruna müdahale etme gereği duymuştur.

Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesi ile üye ülkelere, işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde yasal ve sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmiş olan ve borçlusu gecikme için haklı bir sebep ileri sürememesine rağmen alacağına zamanında kavuşamayan alacaklının, ihtar çekmesine lüzum kalmaksızın temerrüt faizine hak kazanmasının önünü açacak düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Yönerge hazırlanırken vade belirleme konusunda tarafların iradelerine öncelik tanınmış[145], bu doğrultuda 3. maddenin üçüncü fıkrasında vadenin sözleşme ile belirlenebileceği yönünde hüküm sevk edilmiş ve beşinci fıkrasında kural olarak bu

[144]Tarafların muacceliyet tarihini kesin bir takvim gününe bağlamak suretiyle "mutlak" olarak belirleyebilecekleri gibi bir olayı veya bir durumu baz alarak "nispi" şekilde belirleyebileceklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 909; OĞUZMAN/ÖZ, s. 251; BARLAS, s. 28; SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 532.
[145] ZACCARIA, s. 389.

sürenin 60 günle sınırlandırıldığı ancak tarafların sözleşmeyle açıkça kararlaştırmış olmaları halinde 60 günden daha uzun vadeler de belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır.

3. maddede yer alan düzenlemeye ilişkin açıklamalar içeren Gerekçenin 13. paragrafında da işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelerde ödeme süresinin genel kural olarak 60 günle sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Ancak işletmelerin müşterilerine kredi kullandırmak istemeleri örneğinde olduğu gibi 60 günden daha uzun bir süreye ihtiyaç duyabilecekleri ihtimalinden hareketle tarafların, sözleşmeye açık hüküm koymak ve alacaklı için ağır şekilde adaletsiz bir durum yaratmamak kaydıyla ödeme süresini 60 günden yukarı çekmelerinin mümkün kılındığı açıklamasına bir kez daha yer verilmiştir.

Ancak Yönerge ile taraflara tanınan bu imkana yine aynı fıkrada bir sınır çizilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre sözleşmeyle öngörülen ve taraflarca açıkça kararlaştırılan vadenin aynı zamanda 7. madde uyarınca alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmaması gerekmektedir. 60 günden daha uzun ödeme süreleri kararlaştırmanın ön koşulu olan *"haksız sözleşme hükümleri ve uygulamaları"* başlıklı 7. maddede[146] üye ülkelere, ödeme süresine, temerrüt faizi oranına yahut

[146] 2011/7/EU m. 7 -*Haksız sözleşme hükümleri ve uygulamaları-:(1)Üye ülkeler alacaklının aleyhine ağır bir haksız durum yaratan ödeme süresine, temerrüt faizi oranına yahut zararın tazminine ilişkin bir sözleşme hükmünü ya da sözleşmeden doğan yükümlülükleri geçersiz kabul edecek veya bunların tazminat talebine konu olacağı yolunda hüküm sevk edecektir. Bu bağlamda, bir sözleşme hükmünün veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün alacaklı için ağır bir haksız durum yaratıp yaratmadığının tespitinde şu durumlar göz önünde bulundurulacaktır:*
a)Ticari teamüllerden açıkça sapma, iyi niyet kurallarına ve dürüst ticarete aykırılık,
b)Mal veya hizmetin doğası,
c)İşletmeler arasındaki ticari işlere ilişkin 3. madde ile kamu kurumları ve işletmeler arasındaki ticari işlere ilişkin 4. maddede öngörülen sürelerden, yasal temerrüt faizine ilişkin hükümden ve geç ödemeden doğan zarara ilişkin 6. maddede öngörülen minimum tutardan sapan bir düzenleme öngörmek için borçlunun herhangi bir objektif nedeninin olmaması.
(2)1. fıkrada yer alan düzenlemeler bağlamında, temerrüt faizi ödenmeyeceğini öngören sözleşme hükümleri ve sözleşmesel uygulamalar alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum olarak değerlendirilir.

zararın tazminine ilişkin olan ve alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratan sözleşme hükümlerini ve sözleşmeden doğan yükümlülükleri geçersiz kabul etme veya böyle bir durumun varlığını tazminat talebine konu edilebilir kılma yönünde mevzuat değişikliklerini gerçekleştirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Aynı madde uyarınca, bir sözleşme hükmünün veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün alacaklı aleyhine ağır bir haksızlık oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken; ticari teamüllere, iyi niyet ve dürüstlük kurallarından açık bir sapma olup olmadığına, malın veya hizmetin doğasına ve Yönerge'nin sürelere ilişkin 3. ve 4. maddesi ile geç ödemeden doğan zararlara ilişkin asgari bir tutar içeren 6. maddesinden sapılmasını gerektirecek objektif bir nedenin bulunup bulunmadığına bakılması gerekecektir. Bu nitelikte bir hükmün veya yükümlülüğün saptanması halinde hakim sözleşmeye müdahale edebilecek veya tazminata hükmedebilecektir.

1530. maddede de Yönerge'nin 3. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel olarak taraflara sözleşmeyle ödeme günü veya süresi kararlaştırma imkanı sunulmuş, ödeme süresinin faturanın veya eşdeğer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla 60 gün olabileceğine yer verilmiş, tarafların açıkça kararlaştırmaları ve alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak kaydıyla

---

(3) 1. fıkrada yer alan düzenlemeler bağlamında, geç ödemeden doğan zararların tazminine ilişkin olarak 6. Maddede öngörülen düzenlemelere aykırı sözleşme hükümleri ve uygulamaların alacaklı aleyhine ağır haksız durum yarattığı kabul edilir.
(4)Üye ülkeler alacaklı ve rekabet halinde bulunduğu kişiler lehine ve bunları açıkça haksız sözleşme hükümleri ve uygulamalarından koruyacak uygun ve etkili önlemler almakla yükümlüdür.
(5) Yasal olarak işletmeleri temsil etmeye yetkili olan veya iç hukuk uyarınca mahkemeler ve yetkili idari makamlar nezdinde işletmeleri temsil etmekte meşru bir menfaati bulunan dernek, vakıf, birlik gibi organizasyonların 1. fıkra bağlamında alacaklı için açıkça haksız bir durum yaratan sözleşme hükümleri veya uygulamaları aleyhine dava açabilmeleri ve bu suretle daha etkili ve uygun bir korumanın sağlanabilmesi de 4. fıkrada bahsi geçen önlemler bağlamında değerlendirilir.

daha uzun sürelerin de öngörülebilmesine olanak tanınmıştır[147]. Ancak Türk Ticaret Kanununda yer alan hükme bakıldığında bu kurala Yönerge'den farklı bir istisna getirildiği göze çarpmaktadır. Kanun koyucu, alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hallerde ödeme süresinin 60 günü aşmasına cevaz vermemiştir. Böyle bir düzenleme, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin üye ülkelerin alacaklı için daha avantajlı hükümler öngörebileceğine ilişkin 12. maddesine uygun olup[148]; kanun koyucunun büyük ve güçlü ticari işletmelerin geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmasını engelleme amacına da hizmet edebilecek niteliktedir.

b. Ödeme Süresinin Sözleşmede Kararlaştırılmadığı veya Kararlaştırılan Sürenin Geçersiz Kabul Edildiği Haller

Ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4'te, sözleşmeyle ödeme günün veya süresinin kararlaştırılmadığı veya kararlaştırılan sürenin beşinci fıkra uyarınca geçersiz kabul edildiği hallerde, borçlunun mütemerrit sayılacağı ve alacaklının temerrüt faizine hak kazanacağı anın tespitinde dört değişik ihtimalden yola çıkılmıştır:

[147]Fransız kanun koyucu, aynı konuyu düzenleyen Fransız Ticaret Kanunu m. L441-6'da tarafların sözleşmeyle kararlaştıracağı sürelere de kısıtlama getirmiş; bu sürenin sözleşmenin imzalandığı ayın bitiminden itibaren en fazla 45 gün, faturanın alınmasından itibaren en fazla 60 gün olabileceğine yer verilmiştir.
[148] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 530.

aa) Fatura veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Borçlu Tarafından Alındığı Tarihin Belli Olduğu Haller

1530. maddenin4. fıkrasının a bendi uyarınca, *fatura veya eşdeğer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda alacaklı temerrüt faizine hak kazanır.* Türk Ticaret Kanunu m. 18/3 ile tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin ihtar ve ihbarları belli şekil şartlarına[149] bağlayan kanun koyucu; mal ve hizmet tedarikini konu edinen işlemde ise ödemesini zamanında yapmayan borçlusunu temerrüde düşürmek isteyen alacaklıyı ihtar çekme zahmetinden kurtarmış, bu koşullar altında alacaklının göndermiş olduğu fatura veya eşdeğer ödeme talebi ile borçlunun mütemerrit sayılacağına hükmetmiştir.

Fatura veya eşdeğer ödeme talebinin ihtar görevi görmesine cevaz veren bu düzenlemenin ticari uygulamalar ve yargı içtihatları bakımından oldukça yeni ve önemli oluğunu belirtmek gerekir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları faturanın borçluya tebliğinin ihtar mahiyeti taşımadığı, borçlunun temerrüde düşmüş sayılması ve temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarihin tespiti için ayrıca ihtar gönderilmesinin gerektiği yönünde olmuştur[150]. Yeni düzenlemeyle birlikte fatura veya eşdeğer ödeme talebinin tebliği ihtarın yerini tutacak ve tebliğden itibaren otuz gün sonra borçlu temerrüde düşmüş sayılacaktır. Ancak faturanın bu sonucu doğurabilmesi için borçlunun hangi edim için ne miktarda para ödemesi gerektiğine ilişkin bilgileri ve

[149] Türk Ticaret Kanunu 18. maddesinin 3.fıkrasına göre; "*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır."*

[150] Örneğin bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2007/117, K. 2007/2774; 19. HD, E. 2001/8989, K. 2003/296. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

ödeme talebini[151] içermesi ve belgede sözleşme ilişkisinden doğmuş olanlardan farklı bir talebin bulunmaması gerekmektedir[152].

bb) Faturanın veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Alındığı Tarihin Belirsiz Olduğu Haller

6102 sayılı Kanun m. 1530/4-b'de,*faturanın veya eşdeğer ödeme talebinin tebliğ alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda alacaklının temerrüt faizine hak kazanacağı* kuralına yer verilmiştir. Yönerge'de ve Yönerge'ye paralel olarak 1530. maddede yer verilen bu düzenleme doktrinde ağır şekilde eleştirilmiştir. Getirilen eleştirilerin ilki, borçlunun edim konusunu elde etmiş olmasına rağmen faturayı tebellüğ tarihindeki belirsizlikten dolayı ödeme süresini doğru tespit edemeyeceği ihtimalinin mantık kurallarına aykırı olduğudur. Alacak, mal veya hizmetin tedarikinin bir sonucu olup; faturanın tebellüğ tarihi, alacağın vadesini tespit hususunda tesellüm tarihinden daha az yol gösterici olsa gerekir[153]. Böyle bir durumda borçlunun temerrüde düştüğü anı belirlerken faturayı işin içine katmak gereksizdir. Diğer bir eleştiri, böyle bir düzenlemenin alacaklıyı fatura ve eşdeğer ödeme talebinin tebliğ tarihini belirsizleştirmeye teşvik edeceği yönündedir. Alacaklının borcunu ifa ettiği ve borçlunun da mal veya hizmeti kabul ettiği bir ihtimalde alacaklı, fatura veya eşdeğer ödeme talebinin tebliğ tarihini belirsiz kılmak isteyecek, temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarihi önceki bir tarih olan mal veya hizmetin teslim edildiği tarihe kadar çekmeye ve bu suretle daha fazla temerrüt faizi elde etmeye çalışacaktır. Bu

[151] ZACCARIA, s. 390.
[152] ÇAĞLAYAN, s. 224.
[153] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 530.

durumun alacaklı ile borçlu arasındaki çıkar dengelerini alacaklı lehine aşırı ölçüde bozduğu, borçluyu büyük ve belirsiz bir faiz riski altına soktuğu savunulmaktadır[154].

Fatura veya eşdeğer ödeme talebinin alınma tarihine ilişkin olarak alacaklı ile borçlu arasında çıkacak olası bir uyuşmazlıkta faturayı mal ve hizmetin tedarik edildiği tarihten sonra tebellüğ aldığını ispat, ödemede gecikmiş bulunan borçluya düşecektir[155]. Bu düzenleme Yönerge'nin ve dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu m. 1530'un ruhunda bulunan borçluyu geç ödemeden caydırma niyetine uygun olsa da tebellüğ tarihini ispatlayamayan borçlu, büyük bir adaletsizliğe maruz kalacağından doktrinde temerrüt faizinin işleyeceği tarihi en azından faturanın düzenlenme tarihi ile başlatmanın daha hakkaniyetli bir çözüm olacağı yönünde görüş belirtilmiştir[156].

cc) Faturanın veya Eşdeğer Ödeme Talebinin Mal Veya Hizmetin Tesliminden Önce Borçluya Ulaşması Hali

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4-c uyarınca, faturayı veya eşdeğer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önceki bir tarihte alması ihtimalinde borçlu, *mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda* temerrüde düşmüş sayılacaktır. Hükümde borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarda bulunma şartı kaldırılmış olduğundan ve söz konusu ihtimalde ihtar işlevi gören fatura veya eşdeğer ödeme talebi, mal veya hizmetin tedarik edildiği tarihten önce gönderildiğinden kanun koyucu bu bent ile doğrudan doğruya kanun hükmüyle borcu vadeye bağlamış, borçluya otuz günlük bir ödeme süresi tanımayı tercih etmiştir.

[154] ZACCARIA, s. 391; SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 530.
[155] ZACCARIA, s. 391, SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 530.
[156] ZACCARIA, s. 391.

dd) Kanunda veya Sözleşmede Mal veya Hizmetin Kabul veya Gözden Geçirme Usulünün Öngörüldüğü Haller

Tarafların sözleşmede ödeme günü veya süresini kararlaştırmadıkları yahut kararlaştırılan sürenin beşinci fıkraya aykırı olduğu bir durumda alacaklının faize hak kazanacağı tarihin tespit edilebilmesi için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4'tedüzenlenen son ihtimale (d) bendinde yer verilmiş olup; bu ihtimal, *tedarik edilen mal veya hizmet için kabul veya gözden geçirme usulünün öngörülmesine ilişkindir*. Bahsi geçen hükme göre kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hâllerde; borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşecektir. Kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen sürenin, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşıyor olması ve bu durumun alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturması halinde de kabul veya gözden geçirme süresi, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilecektir.

Beğenme koşuluyla satış[157] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 249 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 250. maddesinde de belirtildiği üzere, tedarikin gözden geçirme şartına bağlandığı durumlarda alıcı, malı veya hizmeti kabul edip etmemekte serbest olup; gözden geçirdiği mal veya hizmeti tedarik etme yükümlülüğü altına girmemektedir. Gözden geçirme ve kabul usulünün öngörüldüğü sözleşmeleri, gözden geçirme sonucunda herhangi bir olumsuzlukla karşılaşılmaması veya önceden özellikleri belirlenen bir örneğe uygunluk halinde

[157] " Tecrübe ve Muayene Şartıyla Satım" başlıklı 818 sayılı Borçlar Kanunun 219. maddesi, Türk Borçlar Kanunun 249 vd. maddelerinde "Beğenme Koşuluyla Satış" başlığı altında düzenlenmiştir.

tedarik etme yükümlülüğü yükleyen ya da değişim hakkı tanıyan sözleşmelerden ayrı tutmak gerekir. Bu tip sözleşmelerde sözleşmenin konusu olan tedarik gerçekleşmiş olup, tedarik borçlusu para ödeme borcu altına girmiştir. Gözden geçirme ve kabul şartının varlığı halinde ise alıcı, tedarik konusu mal veya hizmetin bedeli ve niteliği hususunda tedarik edenle uzlaşmış olmasına karşın, sözleşmeyle belirlenen süre içerisinde veya tedarik edenin buna ilişkin ihtarını müteakip tedarik konusunu beğendiğini ve kabul ettiğini beyan etmediği müddetçe tedarik gerçekleşmiş sayılmayacak, dolayısıyla tedarik eden borç altına girmiş olmayacaktır.[158] Bu sebeple 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4-d'de borçlunun temerrüde düştüğü an, mal veya hizmetin teslim tarihi ile değil gözden geçirme veya kabul usulünün gerçekleştiği tarihten başlatılmış ve alacaklının bu sürenin uzunluğundan dolayı zarar görmesini engellemek için genel kural olarak bu süre otuz günle sınırlandırılmıştır[159].

ee) Taksitle Ödemeler

Mal ve hizmet tedarikinden doğan borcun ödenmesinde özellik teşkil eden bir diğer ihtimal, ödemenin taksite bağlanması halidir. Taksitle ödemeler 2011/7/EU

[158] TANDOĞAN, Haluk, *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama"*, BTHAE, Ankara, 1984, C.1, s. 282; ARAL, Fahrettin, *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri",*Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 178;YAVUZ, Cevdet, *"Borçlar Hukuku Dersler Özel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s.115.

[159]Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4-d'de gözden geçirme ve kabule ilişkin olarak yer alan otuz günlük sürenin m. 23/1'de yer alan malı inceleme süresiyle karıştırılmaması gerekir. Tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde alıcı malın ayıplı olup olmadığını sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğunun ortaya çıkması halinde haklarını korumak için bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, satım sözleşmesinin tamamlandığı ve mülkiyetin satıcıdan alıcıya geçtiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim 23. maddede atıf yapılan "Gözden geçirme ve satıcıya bildirme" başlıklı Türk Borçlar Kanununun 223. maddesinde alıcı, devraldığı satılanı incelemekle yükümlü tutulmuştur. Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 1530/4-d'de öngörülen kabul ve gözden geçirme usulünde ise alacaklı tedarik konusunu beğendiğini ve kabul ettiğini beyan etmediği müddetçe tedarik konusunu kabul etmedikçe sözleşme hüküm doğurmayacağından ayıp için ihbar süresi de başlamış sayılmayacaktır.

sayılı Yönerge'nin 5. maddesinde ayrıca düzenlenmiş[160], iç hukuka aykırı olmaması şartıyla ödemenin taksitle yapılması hususunda tarafların anlaşabileceği ve taksitli ödemelerin de Yönerge hükümleri kapsamında değerlendirileceği[161] açıkça hüküm altına alınmıştır. Aynı hükümde mal veya hizmet bedelinin herhangi bir taksitinin zamanında ödenmemesi halinde temerrüt faizinin yalnızca ödenmeyen kısım için işletileceğine de açıklık getirilmiştir.

Yönerge'nin iç hukuklara yapmış olduğu atıftan hareketle taksitle ödemelerin Türk hukukundaki yerine bakıldığında, genel ve ayrıntılı düzenlemenin Türk Borçlar Kanununun 253 ve devamı maddelerinde *"Kısmi ödemeli satışlar"* başlığı altında bulunduğu görülmektedir. 818 sayılı Kanundan farklı olarak yeni kanunda taksitle satım sözleşmelerine yazılı olma zorunluluğu getirilmiş ve 256. maddede alıcıya peşin satış bedelinin en az onda birini peşin olarak, geri kalan bedeli de en geç üç yıl içinde ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Taksitle satışa ilişkin hükümlerin aynı ekonomik amaçla yapılan diğer işlemlere de uygulanacağının belirtildiği 263. maddede ise tacirler ve ticari işletmeler için özel bir hüküm tesis edilmiştir. Buna göre alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alındığı bir durumda, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece satıcının seçimlik haklarını düzenleyen 259. maddenin ikinci fıkrası, sözleşmeden dönmeyi düzenleyen 260. maddenin birinci fıkrası ve hakimin sözleşmeye müdahalesini düzenleyen 261. madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. 263. maddede, taksitli alışverişlerde süreyi ve peşinat miktarını düzenleyen 256.

[160] 2000/35/EC sayılı AB Yönergesi'nde taksitli ödemeler ayrı bir maddede düzenlenmemiş; Yönerge'nin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde yer alan "İcrası kabil hüküm" tanımında peşin veya taksitli alacakların icrası kabil bir hükme konu olabileceğine yer verilmiş, taksitli alacakların Yönerge kapsamına dahil olduğu dolaylı olarak vurgulanmıştır.

[161] Gerekçenin 22. paragrafında Yönerge'nin aşamalı veya taksitli ödemeleri engellemediği, her bir taksitin veya ödemenin sözleşmeye uygun şekilde tahsil edilememesi halinde geç ödemeye ilişkin Yönerge'de yer alan düzenlemeye konu olacağı belirtilmiştir.

maddeye yapılmış bir atıf bulunmadığından alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği durumlarda, Türk Borçlar Kanununda yer alan süre sınırı uygulanamayacak ve taksitle ödeme süresi üç yıldan uzun vadelere yayılabilecektir.

Mal ve hizmet tedarikinde geç ödemelerin sonuçlarını düzenleyen 1530. maddede, ticari işletmeler arasındaki taksitle ödemelere ilişkin Yönerge'deki düzenlemeden hareketle bir hüküm tesis edilmiştir. Sekizinci fıkrada mal veya hizmet bedelinin taksitle ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda 1530. maddenin ödeme sürelerini düzenleyen hükümlerinin birinci taksit bakımından uygulanacağı, her bir taksit tutarının ödenmeyen kısmının 7. fıkrada öngörülen temerrüt faizine tabi tutulacağı ve alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup, borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hallerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır.

1530. maddede yer alan düzenleme Yönerge'nin 5. maddesinden büyük farklılıklar göstermektedir. Öncelikle, 1530. maddenin aksine Yönerge'de süreye ilişkin hükümlerin birinci taksite mi yoksa tüm taksitlere mi uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş; yalnızca taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde Yönerge'de öngörülen yaptırımların devreye gireceği belirtilmiştir.

Yönerge'de bir karşılığı bulunmamasına rağmen Türk kanun koyucusu birinci taksite vurgu yapmayı tercih etmiştir. Bu tutumun iki hareket noktası olabileceği akla gelmektedir. Bunlardan ilki, 1530. maddenin temel gerekçesi olan ödeme sürelerini kısaltmaktır. Ancak ilk taksite ilişkin düzenlemenin bu amaca hizmet edebileceği söylenemez; zira bedelin birden fazla vadede bölüm bölüm ödenmesi anlamına gelen taksitle ödemede, vadeler arasındaki sürelerin birbirinin aynısı olma zorunluluğu

bulunmamaktadır[162]. Bu sebeple de ödeme süresinin yalnızca birinci taksit için belirlenmiş olması, diğer taksitler arasındaki vadeyi etkilemeyecek; ilk taksitin ödeme süresini hükme uygun belirleyen taraflar, sonraki taksitler için oldukça uzun süreler öngörebilecek ve bu suretle amaçlananın aksine ödeme oldukça uzun bir vadeye yayılabilecektir.

Akla gelen bir diğer sebep,böyle bir düzenlemeyle kanun koyucunun alacaklının alacağına kısmen de olsa bir an önce kavuşmasını sağlamak istemesidir. Fakat alıcıya peşinat ödeme yükümlülüğü yükleyen ve asgari peşinat miktarını belirleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 256. maddesi, alıcının tacir olduğu veya malın ticari işletmenin ya da mesleki ihtiyacının gereği olarak satın alındığı bir durumda uygulanmayacağından, alacaklının her koşulda alacağının dikkate değer bir kısmına kavuşabileceğini söylemek de mümkün değildir. Örneğin, sözleşmenin taraflarından birinin şartları diğer tarafa dayatma gücüne sahip olduğu ve ilk taksitin sembolik bir meblağ olması talebini alacaklıya kabul ettirdiği bir durumda, kanun koyucunun Yönerge'den farklı olarak ilk taksite ilişkin getirmiş olduğu düzenleme amacına ulaşamayacaktır. Diğer taraftan, madde metninde birinci taksite yapılan atıf, hakimin yalnızca ilk taksit için öngörülmüş olan ve alacaklı aleyhine haksız bir durum yaratan süreye müdahale edebileceği, diğer taksitler için kararlaştırılmış süreler için bir düzenleme yapamayacağı izlenimi uyandırmaktadır. Tarafların ilk taksitin ödeme süresinin 30 gün, diğer taksitler arasındaki sürelerin 150'şer gün olacağını kararlaştırmaları ihtimalinde düzenlemenin bir anlamı kalmayacağı açıktır. Yönerge'nin 5. maddesinde ise tarafların üzerinde anlaştığı taksite ilişkin yapmış oldukları ödeme planının da Yönerge kapsamında değerlendirileceği ve borçlu

[162] TANDOĞAN, s. 287.

zamanında ödeme yapmazsa yine Yönerge'de öngörülen yaptırımların uygulanacağı hüküm altına alınmış ve bu sayede üye ülkelerin mahkemeleri, sonraki taksitler için öngörülen sürelere müdahale etme yetkisine sahip kılınmıştır. Kanımızca böyle bir uygulama, düzenlemenin amacına ulaşabilmesi açısından daha isabetlidir.

Öte yandan, sekizinci fıkranın son cümlesinde yer alan alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup, borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hallerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağına ilişkin düzenleme sakıncalara da sebep olabilecek niteliktedir. Tedarik edeceği mal veya hizmet bedelini tek seferde ödeyecek durumda olmayan veya taksitle ödemeyi finansman açısından daha avantajlı bulan büyük ölçekli işletmeler, KOBİ'ler veya tarımsal veya hayvansal üreticiler yerine imkan olduğu ölçüde büyük ölçekli işletmelerle iş yapmayı tercih edebilecektir. Bahsi geçen sonuç, pazarlık güçleri ve konumları zayıf olan işletmeleri korumak bir yana, iş kaybı sebebiyle işletmelerin daha büyük ekonomik sıkıntılara girmelerine yol açabilir. Bu açıdan taksitle ödemeyi KOBİ'ler ve tarımsal veya hayvansal üreticiler için imkansız hale getirmeyip süreye ve ödeme miktarlarına ilişkin daha elverişli bir hüküm tesis etmek, 1530. maddenin temel amacına daha uygun düşecektir.

D. Borçlunun Kusuru

Yukarıda da belirtildiği üzere Türk hukukunda muaccel olmuş borcunu ödemeyen ve bu sebeple alacaklının ihtarına maruz kalmış borçlunun mütemerrit sayılması için kusuru bulunup bulunmasının bir önemi yoktur, zira kusur temerrüdün bir koşulu değildir[163]. Borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmasa dahi objektif borca aykırılık teorisi gereği temerrüt gerçekleşir; borçlunun herhangi bir kusuru

[163] EREN, s. 1054, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 919; OĞUZMAN/ÖZ, s. 303; NOMER, s. 151; KILIÇOĞLU, s. 500; HAVUTÇU, s.33; REİSOĞLU, s. 358.

bulunmasa da alacaklı sözleşmeden dönebilir, para borçlusundan Türk Borçlar Kanunu m. 120 uyarınca temerrüt faizi talep edebilir. Ancak aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere[164] borçlunun kusuru temerrütten doğan zararların tazmin edilebilmesi açısından önem taşımaktadır.

Genel kural borçlu temerrüdünde kusursuz sorumluluk olmasına rağmen 1530. maddeye bakıldığında, tarafları ticari işletme ve konusu mal ve hizmet tedariki olan sözleşmelerde, borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçların doğmasının borçlunun geç ödemede kusuru bulunmaması şartına bağlandığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, alacaklının ihtarda bulunmaksızın borçluyu temerrüde düşürebilmesi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/7'de düzenlenen temerrüt faizine hak kazanabilmesi için borçlunun gecikmeden sorumlu tutulabiliyor olması gerekir. 1530. madde hükmü ilk bakışta ticari işletme ve dolayısıyla ticari işletmenin sahibi olan borçlu tacir için genel hükümlere nazaran daha olumlu bir sonuç yaratırmış gibi görünse de[165]; hükmün6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 18 uyarınca "basiretli bir iş adamı" gibi davranma yükümlülüğü bulunan taciri kanımızca yalnızca umulmayan hal ve mücbir sebep durumunda koruyabilecektir. Borca aykırılığın bir türü olan borçlu temerrüdünde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 117 ve devamı maddeleri uyarınca ispat yükü yer değiştirdiğinden borçlu tacirin geç ödemede herhangi bir kusuru bulunmadığını mahkeme önünde ispat etmesi gerekecektir. Yargıtay'ın tacirin basiretli davranma yükümlülüğünü oldukça geniş; umulmayan hal ve mücbir sebep

[164] Bkz. aşa. s. 59.
[165] ÇAĞLAYAN, s. 231.

kavramlarını tacirler için oldukça dar yorumluyor oluşu da tacirin bu anlamda bir avantaj elde etme ihtimalinin önüne geçmektedir[166].

Öte yandan, mehaz Yönerge'nin Gerekçe kısmının 16. paragrafında, Yönerge hükümlerinin alacaklıyı temerrüt faizi talep etmeye zorlamadığını, ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinden doğan para borcunun geç ödenmesi halinde alacaklıya herhangi bir ihbar veya ihtarda bulunmaksızın temerrüt faizi talep etme hakkını sağladığı belirtilmiştir[167]. Söz konusu hüküm göz önünde bulundurulduğunda borçlu konumundaki ticari işletmeden tedarikini sağladığı mal veya hizmetin bedelini tahsil edemeyen alacaklı, 1530. maddede düzenlenen ihtarsız temerrüdüne başvurabileceği gibi teorik olarak, genel hükümler uyarınca borçluya ihtar çekerek de onu temerrüde düşürebilecektir. Alacaklı aleyhine getirilen ağır ve haksız sözleşme şartlarına ilişkin düzenlemeler içeren Yönerge'nin 7. maddesi ve ona paralel olarak 1530. maddenin 6. fıkrası, alacaklıyı bu maddede düzenlenen temerrüt faizini talep etmeye zorlamamakta; aksine alacaklının bu seçimlik hakkından temerrüt henüz

[166] Örneğin, devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, davacı tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği, gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanmasının kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2003/3622, K. 2003/7636; ihale şartnamesinde ve davalının da imzaladığı sözleşmede, enflasyonist olaylar ve Hükümetçe alınacak ekonomik tedbirler zorlayıcı (mücbir) sebepler arasında sayılmamışsa, ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan davalı tacir, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük kabul ederek ifadan kaçınamayacağına ilişkin bkz. Yargıtay 13. HD. E. 1996/3653, K. 1996/3920; Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşulamadığı, devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği, davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Şubat 2001 krizinden bir ay önce taşınmazda kiracı olarak oturmakta iken üstelik bir müzayaka olmadan yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapmasının, basiretli bir tacir olarak davranmadığını gösterdiğine ilişkin bkz. Yargıtay HGK, E. 2003/13-599, K. 2003/599 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Diğer bazı örnekler için bkz. ARKAN, s. 137; YASAMAN/POROY, s. 157; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER-ERTAN, s.235.

[167] 2011/7/EU, pf. 16: *"This Directive should not oblige a creditor to claim interest for late payment. In the event of late payment, this Directive should allow a creditor to resort to charging interest for late payment without giving any prior notice of non-performance or other similar notice reminding the debtor of his obligation to pay."*

doğmadan önce sözleşme ile vazgeçmesinin önüne geçerek alacaklıyı korumayı amaçlamaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesi ile borçlu temerrüdüne bağlanan özel sonuçların Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeye nazaran daha ağır ve caydırıcı olmasının nedeni, hükmün iflasların önüne geçmeyi ve borçluyu zamanında ödemeye teşvik etmeyi amaçlamasıdır. Tacirin basiretli davranma yükümlülüğü göz önünde bulundurulduğunda ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarının kusur şartına bağlanmasının, borçlu ticari işletmeden temerrüt faizi talep edilebilmesini güçleştiren veya ticari işletmeleri diğer işletme ve kişilere nazaran daha çok koruyan bir yönü olmadığını söylemek mümkündür. Alacaklının 1530. maddenin yanı sıra Türk Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlere[168] de başvurabilmesi, 1530. maddede yer alan kusur şartından dolayı alacaklının hiç temerrüt faizi elde edememe riskini de ortadan kaldırmaktadır.

E. İhtara Gerek Olmaması: İhtarsız Temerrüt

a. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere alacaklının borçluyu borçlandığı edimi yerine getirmeye davet etmesi anlamına gelen ihtar, borçlu temerrüdünün şartlarından biridir. Türk Borçlar Kanununda ihtarın geçerlilik şartına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından borçlunun temerrüdüne yol açan hukuki işlem bir

[168] *"The Directive provides no information on when the debtor is held to be responsible. Consequently, yhe usual national provisions on responsibility for non performance will probably be applicable."* ZACCARIA, s. 392'den naklen. Somut olayın çeşitli yasalara serpiştirilmiş temerrüde ilişkin özel bir hükmün kapsamına girmesi halinde, sözü geçen hükmün de uygulama alanı bulacağına ilişkin aynı yönde bkz. BARLAS, s. 115. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin, Türk Borçlar Kanunu m. 117 ve devamında yer alan borçlu temerrüdü hükümlerine göre özel hüküm teşkil ettiği, emredici hükümler sevk ettiği ve bu sebeple genel hükümlerin artık uygulama alanı bulamayacağı yönünde bir görüşün ileri sürülmesi de mümkündür. Ancak kanımızca Mehaz Yönerge'nin Gerekçe kısmında yer alan düzenlemeye ve dolayısıyla ruhuna uygun bir yorum yapmak, amaca daha uygun düşecektir.

geçerlilik şartına tabi olsa bile ihtar sözlü veya yazılı, açık veya zımni olarak yapılabilir. İcra takibine başlanması, ifa davası açılması, borçluya ödeme yapması için belli bir süre verilmesi ihtar niteliği taşırken; tespit davası açılmasının, hesap ve fatura gönderilmesinin ihtar sayılmayacağı uygulamada ve doktrinde kabul edilmektedir[169]. İhtar, hukuki işlem değil hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen 200. maddesi ihtar hususunda uygulama alanı bulamayacaktır[170].

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 20. maddesinde, Türk Borçlar Kanununda yer alan genel kuraldan farklı olarak tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye yönelik ihtarların noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması gerektiği belirtilmiş, ihtar bu suretle şekil şartına tabi tutulmuştur. Ancak düzenlenen şekil şartının geçerliliğe mi yoksa ispata mı ilişkin olduğunailgili maddede açıkça yer verilmediğinden doktrinde görüş ayrılıkları oluşmuş; çoğunluk, belirtilen şekil şartının geçerlilik şartı olduğu yönünde görüş bildirmiştir[171].Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında ise görüş birliği bulunmamaktadır[172]. 6762 sayılı Kanunun 20. maddesine karşılık gelen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinde bazı değişiklikler yapılmış, önceki kanunda

[169] EREN, s. 1051; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 915; NOMER, s. 150.
[170]TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 419; OĞUZMAN/ÖZ, s. 299; NOMER, s 150; KILIÇOĞLU, s. 497. Bu durumun HMK m. 200'ün düzenlenme amacıyla bağdaşmadığı yönünde bkz. REİSOĞLU, s.356.
[171] 6102 s. TTK m. 18/3'te öngörülen şartın geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ s. 299, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 915; NOMER s. 150; REİSOĞLU s. 356. Aksi yönde bkz. KILIÇOĞLU s. 497.
[172] 6762 sayılı TTK m. 20'de belirtilen şekil şartının ispata ilişkin olduğuna yönelik bkz. Hukuk Genel Kurulu, E. 1996/11951, K. 1997/178; 11. HD E. 1986/951, K. 1986/2327. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). 11. HD E. 1990/6645, K. 1990/5539. Aksi yönde bkz. 11 HD E. 1988/7295, K. 1988/2364; 11.HD E. 3614, K. 1988/3888. (DİRİKKAN, Hanife, *"Tacirler Arası İhbarlar ve İhtarlar"*, s. 45, 20 no'lu dipnot). (http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-1/PDF/dirikkan2.pdf -çevrimiçi, 14.09.2011).

yer alan "iadeli taahhütlü mektup" taahhütlü mektuba dönüştürülmüş[173] ve ek olarak ihtarın telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile de yapılabileceği belirtilmiştir. Yargıtay ve doktrin arasındaki görüş ayrılığına son vermek amacıyla maddeye yansıtılmamış olmasına karşın gerekçede, hükümde öngörülen şartın ispat şartı olduğuna açıklık getirilmiştir[174]. Fakat kanunla düzenlenen şekil şartlarının, aksi belirtilmedikçe geçerlilik şartı olarak kabul edileceğine dair açık hüküm içeren Türk Borçlar Kanunu m. 12 göz önünde bulundurulduğunda[175], gerekçe ile, madde metninde belirtilen şekil şartının genel kuralın aksine ispat şartı olduğu ifadesine yer vermenin kanun yapma tekniği ile bağdaşmadığı söylenebilir. İhtarın şeklini geçerlilik açısından değil, ispat açısından önemseyen kanun koyucunun söz konusu hükme hiç yer vermemesi, kanımızca daha isabetli olurdu.

Borçlunun temerrüdünde genel kural alacaklının borçluya ihtarda bulunması olmasına rağmen kanun koyucu bazı hallerde ihtar şartını aramamıştır. Türk Borçlar Kanunu m. 117/2'de düzenlenen hallerden ilki *tarafların borcun ifa edileceği tarihi sözleşmede açıkça kararlaştırmış olmalarıdır*. Sözleşmede ifa tarihine açıkça yer verilmesi, borçluyu ifa zamanı bakımından tereddüde düşmekten kurtaracak ve alacaklının ifaya ilişkin açık iradesini sözleşme metnine yansıtmış olması anlamına gelecektir. Bu sonuçtan hareketle kanun koyucu alacaklının borçluya yeniden ihtarda

---

[173] Madde gerekçesinde söz konusu değişikliğin yapılma sebebi olarak ihtar ve ihbarlarda varma teorisini haklı gösterecek bir gerekçenin bulunmaması gösterilmiştir.

[174] 6102 sayılı TTK'nın 18. maddesinin gerekçesine göre; *"Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1)Hükümde şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan 'muteber olması için' ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (...)"*

[175] Türk Borçlar Kanununun sözleşmelerde şekil şartını düzenleyen 12. maddesinin ihbarlar ve ihtarlar için de geçerli olacağına ilişkin bkz. DİRİKKAN, s. 40.

bulunmasına lüzum görmemiş, borçlunun o tarihte kendiliğinden mütemerrit sayılmasını uygun bulmuştur[176]. İfa tarihi sözleşmede gün, ay ve yıl olarak belirtilebileceği gibi; "teslimattan yirmi gün sonra" ya da "sözleşmeden iki ay sonra " gibi kesinlikle hesaplanabilecek objektif kriterlerle de belirlenebilir. Ancak tarihin yaklaşık şekilde belirlenebiliyor olması ihtar zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Benzer şekilde borcun derhal ifa edilmesi gereken durumlarda da ihtar şartı mevcuttur[177]. Kanun metninde açıkça sözleşme ile vadenin kararlaştırıldığı haller düzenlendiğinden, ödeme tarihinin kanun veya hakim tarafından belirlenmesi halinde de ihtar gönderilmesi gerekir[178]. Somut olayda ödeme zamanının sözleşmeyle belirlenmiş veya belirlenebilir olarak düzenlenmiş olup olmadığı yönünde taraflar arasında bir uzlaşma yoksa, borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının ihtarda bulunması daha doğru olacaktır[179].

İhtara gerek bulunmayan bir diğer hal *sözleşmeyle ifa gününü tayin yetkisinin taraflardan birine bırakılmasıdır.* Sözleşmeyle ifa gününü tayin yetkisi bırakılan taraf genel olarak alacaklı taraf olup, bu durumlarda usulüne uygun bir ihbarla borcun muaccel olacağı tarihi ve ifa gününü karşı tarafa bildirmesi gerekir. İhbarla kendisine bildirilen tarihte edim yükümünü yerine getirmeyen borçlu, ikinci bir ihtara gerek bulunmaksızın mütemerrit olur. Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde yer verilmemiş olmasına karşın taraflardan birine ifa gününü tayin

[176] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 916; EREN, s. 1052.
[177] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.918.
[178] BARLAS, s. 58.
[179] BARLAS, s. 58.

yetkisinin kanunla verildiği durumlarda da alacaklının ayrıca ihtarda bulunmasının gerekli olmayacağı doktrinin hakim görüşüdür[180].

Hukuki işlem ve tek taraflı, varması gereken bir irade beyanı olan ihbarın geçerliliği ve ispatı herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır[181]. Ancak yine ihtarda olduğu gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 18/3 uyarınca tacirler arası ihbarların ispatı şekil şartına tabidir.

Sözleşmede ihtar koşulundan vazgeçilmesi, borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının ihtar çekmesi lüzumunu ortadan kalkmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 117. maddesi emredici nitelikte olmadığından, tarafların borcun muaccel hale gelmesini temerrüt için yeterli saydıklarına ve ayrıca ihtara gerek bulunmadığına ilişkin anlaşmaları hukuken geçerlidir. Borçluyu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının ihtarla yükümlü olması borçluyu koruma amacı güden bir düzenleme olduğundan, korumadan yararlanmak istemeyen borçlunun sözleşmeyle bu hakkından vazgeçmesi mümkündür[182]. Böyle bir durumda borcun muacceliyetiyle birlikte borçlu temerrüdü doğrudan gerçekleşmiş olacaktır.

Dürüstlük kuralının somut olayda ihtarı gereksiz kıldığı hallerde de alacaklının borçluyu ihtar yükümlülüğü ortadan kalkar. 117. maddede açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen, alacaklıdan ihtarda bulunmasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği hallerde borçlunun muacceliyet anında temerrüde düşeceği doktrinde ve yargı kararlarında oy birliğiyle kabul edilmektedir[183]. İhtar

[180] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 918; EREN, s. 1053; KILIÇOĞLU, s.499. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 301.
[181] EREN, s. 1053; REİSOĞLU, s. 358; aksi yönde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP s. 918.
[182] BARLAS, s.60.
[183]EREN, s. 1053; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 918; KILIÇOĞLU, s. 500; OĞUZMAN/ÖZ, s. 301; NOMER s. 151; BARLAS, s. 61.

yükümlülüğüne getirilen bu istisna dürüstlük kuralından doğduğundan her somut olayın kendi şartları içinde özel olarak değerlendirilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Ancak değerlendirmede bulunurken ihtarın kural olarak şart olduğu göz önünde tutulmalı ve aşırı yorumlardan kaçınılmalıdır[184]. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirdiği, vekilin yaptığı işlem sonunca elde ettiği parayı müvekkiline iade edeceği zaman gibi borcun muacceliyet tarihini yalnızca borçlunun bilebildiği, borçlunun iflas ettiği haller dürüstlük kuralının ihtarı gereksiz kıldığı hallere örnek gösterilebilir.

b. 1530. Maddede Düzenlenen İhtarsız Temerrüt

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere Türk hukukunda borçlu temerrüdü kural olarak alacaklının borçluya ihtarıyla gerçekleşmektedir. Bu açıdan 2011/7/EU sayılı Yönerge'de yer alan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla mevzuatımıza giren ihtarsız temerrüt hükmünü iki kısma ayırmak gerekir. 1530. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve sözleşmeyle vadenin belirlenmesi halinde alacaklıyı ihtarda bulunma külfetinden kurtaran hüküm, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere paralel niteliktedir. Ancak yine aynı maddede yer alan fatura veya eşdeğer ödeme talebi vasıtasıyla borçluyu temerrüde düşürme esasına ilişkin düzenleme Türk mevzuatına yabancıdır. Alman ve Hollanda hukuklarında da ihtar şartına ilişkin Türk hukukundakine benzer düzenlemeler bulunduğundan Yönerge'nin 3. maddesi, bu ülkeler tarafından itiraza uğramış ancak AB'ye üye ülkelerin çoğunluğunda geçerli olan sistem, faturanın alınmasından itibaren belli bir süre sonra ödeme yapılması[185] olduğundan Yönerge'de de aynı esas kabul

[184] BARLAS, s. 62.
[185] Bkz. Fransız Ticaret Kanunu m. L441-6,

edilmiştir[186]. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesinden itibaren[187] başlayacak uygulamayı öngörebilmek için fatura veya eşdeğer ödeme talebinin mevzuattaki yerine, doktrine ve yargı içtihatlarındaki yorumuna bakılması gerekmektedir.

Türk doktrininde "bedeli tahsil edilmiştir" ibaresi taşımayan yahut belli bir zamanda ödeme yapılmazsa temerrüt faizinin işlemeye başlayacağına veya icra takibine girişileceğine dair şerh içermeyen faturalar, alacaklıyı yalnızca borcun varlığı ve miktarı konusunda bilgilendirdiğinden hareketle ihtar sayılmamış; alacaklının ayrıca ihtarda bulunması gerektiği belirtilmiştir[188]. Yargıtay'ın görüşü de aynı yönde olmuştur[189]. Ancak 1530. madde ile kanun koyucu yeni bir ihtarsız temerrüde yer vermiş ve alacaklının ayrıca ihtar çekmeksizin yalnızca fatura veya eşdeğer ödeme talebi göndermek suretiyle borçluyu temerrüde düşürmesinin önü açılmıştır. Kendisine bu kadar büyük önem atfedilen fatura ve eşdeğer ödeme talebinin Türk hukukundaki düzenlenme şekline bakılması gerekir.

6762 sayılı Kanunda olduğu gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da fatura tanımlanmamış, içeriğine ilişkin açık bir hüküm getirilmemiştir. Bu sebeple eskiden olduğu gibi bu alandaki tanım ve düzenleme boşluğunun doldurulması için yine Vergi Usul Kanunu'nun 229 ve devamı maddelerine bakılması gerekecektir. Ancak her iki kanunda faturaya ilişkin olarak yer alan düzenlemelerin amaçları[190] ve sonuçları birbirinden farklı olduğundan bir "düzenleme uyuşmazlığı" söz konusu

[186] ALP, s. 421.
[187] Bkz. TTK m. 1534/1.
[188] TANDOĞAN, Haluk, *"Türk Mesuliyet Hukuku-Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 472.
[189] Bkz. yuk. s. 59.
[190] TEKİNALP, Ünal, "Ticaret Hukuku ile Vergi Hukuku Arasında Çelişki Sorunu", İktisat Maliye Dergisi, C.23, S.1, s.29.

olmuş, bu durum uygulamada belli başlı sıkıntıların ortaya çıkmasına yol açmış[191], faturanın içeriği ve ispat kuvvetine ilişkin olarak süregelen sıkıntılar yargı içtihatlarıyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Ticaret hukuku bağlamında fatura tanımı bulunmadığından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu vade farkının fatura içeriğine dahil olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta faturayı "*ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını, ölçüsünü, fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren bir hesap pusulası olup, ticari belge niteliğindeki bir vesika"* olarak tanımlamıştır[192]. Tanımdan ve alım-satım giderleri ile işletme giderlerinin faturayla ispatlanabilmesinden hareketle itiraz edilmemiş bir faturanın işlem ispatı için büyük bir önem teşkil ettiği söylenebilir[193].

Türk Ticaret Kanununun faturaya yalnızca tacirin düzenlemesi gereken bir belge olarak bakışı, kanunda faturaya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin yer almıyor oluşu ve faturanın her iki alanı da ilgilendiren bir belge olması nedeniyle faturaya ilişkin sorunların Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenlemelerin bağdaştırılması yoluyla çözümlenmesi gerekmektedir[194]. Buna ilk örnek fatura düzenlemenin ihtiyari olup olmadığı sorunudur. "Fatura ve Teyit Mektubu" başlıklı 21. madde *"Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir."* ibaresini içermektedir. Maddenin lafzından ilk bakışta faturanın isteğe bağlı olarak düzenlendiği sonucu çıkmaktadır. Ancak 21. madde Vergi Usul

[191]ÜNAL, Oğuz Kürşat, "Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti", Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s.13 vd.
[192] Yargıtay İBK, E.2001/1, K. 2003/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
[193] KARAKOÇ, Yusuf, *"Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi"*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 117.
[194] KUMKALE, Rüknettin, *"Hukuki ve Mali Yönleriyle Fatura",*Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.20 vd.

Kanunu'nun 232. maddesi ile beraber değerlendirildiğinde tacirin, diğer taraf talep etmese dahi malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren yedi gün içinde[195] en az bir asıl ve bir örnek fatura düzenleyerek[196] diğer tarafa vermek zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca fatura düzenlemeyen tacirin vergi hukuku bağlamında bir yaptırımla karşılaşacağı da açıktır. Bu anlamda Vergi Usul Kanunu fatura düzenlenmesini karşı tarafın talebine bağlı olmaktan çıkararak, mal ve hizmet tedarikinden doğan borcunu ödemede temerrüde düşen borçlunun mütemerrit sayılacağı tarihin tespitinde faturadan yararlanabilmesinin önünü kesin olarak açmıştır. Bu açıdan Türk Ticaret Kanununun lafzından doğan boşluğu Vergi Usul Kanunu m. 232'nin doldurduğu söylenebilir[197].

Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun birlikte değerlendirilmesi gerekliliğine bir diğer örnek de 1530. maddenin metninde geçen "faturaya eşdeğer ödeme talebi" ile kastedilenin ne olduğunun tespitidir. Vergi Usul Kanununun 2. bölümünün başlığı "Fatura ve Fatura Yerine Geçen Vesikalar"dır. Kanunun 233. ve devamı maddelerinde düzenlenen perakende satış fişleri, gider pusulaları, müstahsil makbuzları, serbest meslek makbuzları, taşıma irsaliyeleri, yolcu listeleri, günlük müşteri listeleri ve ücret bordrolarıdır. Bunların yanı sıra VUK mükerrer m. 257'nin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan tebliğlerle bankalar tarafından düzenlenecek belgeler, sigorta şirketleri ile acenteleri tarafından düzenlenecek belgeler, sigorta ve

[195] Bkz. VUK m. 231/5.
[196] Bkz. VUK m. 231/3.
[197]Fransız Ticaret Kanununun konuya yaklaşımı ise farklı olmuş, "Fiyat Belirleme ve Rekabet Özgürlüğü" başlıklı 4. Kitabı'nda yer alan L441-3. maddesinin 1. fıkrasında tüm ticari satımların ve hizmet sunumlarının faturalama işlemine konu edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddede fatura talebi alıcı için zorunlu kılınmış ve taraflara satıcının iki nüsha olarak düzenlediği faturayı (6102 s. TTK m. 64/2' de olduğu gibi) saklama yükümlülüğü getirilmiştir. 2011/7/EU'nun "İşletmeler Arasındaki Alım–Satım İşlemleri" başlıklı 3. maddesinin de aynı kanunda (L 441-6) yer aldığı göz önünde bulundurulduğunda bu çözüm yolunun faturanın içeriği, şekli ve fatura düzenlememenin yaptırımlarını tespit konusunda kafa karışıklıklarına mahal vermemek açısından daha yerinde olduğu söylenebilir.

reasürans brokerlerine yapılan ödemeler karşılığı alınan belgeler, sermaye piyasası aracı kuruluşları tarafından düzenlenecek belgeler ve ikrazatçılar tarafından düzenlenecek sözleşmeler de fatura yerine geçen belge sayılmıştır[198]. Bu noktada "eşdeğer ödeme talebi" ifadesinin yerindeliğinin de tartışmaya açık olduğunun belirtmek gerekmektedir. 2011/7/EU sayılı AB Yönergesi'nin 3. maddesinde geçen ifadeden[199] birebir çevrilen "eşdeğer ödeme talebi" ibaresi mevzuatımıza yabancıdır. Bunun yerine kanımızca Vergi Usul Kanunu'nda yer alan "Fatura Yerine Geçen Vesika" deyişinin tercih edilmesi terimlerin yeknesak kullanımı açısından daha isabetli olabilirdi.

Faturanın nasıl düzenleneceği hususunda ise Vergi Usul Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu birbirinden ayrılmaktadır. Türk Ticaret Kanununda faturanın içeriğine ilişkin açık bir hüküm yer almamasına karşın, doktrin ve Yargıtay'ca ticari işletmeye ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurularak kanunun faturada; faturayı düzenleyen ve alan tacirin ticaret unvanı ve imzasının[200]; tanzim tarihinin[201]; satılan veya üretilen malın veya yapılan işin türü, miktarı ve fiyatının[202] ve bedelin ödendiği kaydının talep edildiği takdirde faturada[203] bulunmasını beklediği sonucu çıkarılmıştır[204]. Ancak faturanın vergi hukukuna ilişkin boyutu da göz önünde bulundurulduğunda bu konuyu net olarak düzenleyen Vergi Usul Kanununun 230. maddesine de bakılması gerekecektir. Söz konusu hükme göre faturada faturanın

---

[198] Bkz. 243 ve 246 Seri No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğleri.
[199] Yönerge'de "*the invoice and equivalent request for the payment"* ibaresi kullanılmaktadır.
[200] 6102 sayılı TTK m. 39/1 uyarınca: "*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır."*
[201] TTK m. 64 ve 65'te düzenlenen düzenli defter tutma yükümlülüğünün bir gereği olarak belgeler tarih sırasına göre deftere kaydedilmelidir.
[202] TTK m. 21 ve 64'ün bir gereği olarak.
[203] TTK m. 20/1'e göre;"*Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır*."
[204] ÜNAL, s. 71 vd.

düzenleme tarihi ve seri numarası; faturayı düzenleyenin adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası; müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarası; malın veya işin nev'i, miktarı, fiyatı ve tutarı; satılan malların ve teslim tarihi ve irsaliye numarası bulunmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki Vergi Usul Kanununda düzenlenen zorunlu şartlardan bir veya birkaçını bünyesinde barındırmasa dahi fatura, Türk Ticaret Kanununun kendisinden beklediği asgari unsurları taşıyorsa Ticaret Kanununca faturaya bağlanan sonuçları doğurabilecektir[205]. Ancak bu durumda usulsüz fatura düzenleyen tacire Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen yaptırımların uygulanacağı açıktır[206].

Faturaya ilişkin olarak ele alınması gereken son husus, faturaya itiraz halinde 1530. maddenin uygulanıp uygulanmayacağıdır. 6762 sayılı TTK m. 23/2 hükmü, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 21/2'de tekrarlanmış ve fatura alan kişiye fatura içeriğine itirazı bulunması halinde sekiz gün içinde itiraz etme külfeti yüklenmiş, aksi takdirde fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiştir[207]. Alacaklının gönderdiği faturanın borçlu tarafından itiraza uğraması halinde, borçlu temerrüdü

---

[205] ÜNAL, s. 70 vd.; aynı yönde, DOMANİÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, *"Ticaret Hukukunun Genel Esasları"*, Arıkan Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 190 vd.

[206] Fransa örneğine bakıldığında ise Fransız Ticaret Kanununun bu konuyu da ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alındığı görülmektedir. Faturanın içeriğine ilişkin benzer bir düzenlemeyi içeren m. L441-3'ün son paragrafına Geç Ödemelerle Mücadeleye İlişkin 2000/35/EC sayılı AB Yönergesi'nin iç hukuka uyumlaştırılması sırasında faturada bedelin zamanında ödenmemesi halinde borçluya cezai faiz (madde metninde "les taux de pénalités" ifadesi kullanılmıştır. Vade farkı kastediliyor olsaydı "lex taux intérets" kullanılması gerekirdi.)uygulanacağının belirtilmesi zorunluluğu da eklenmiştir. Benzer bir düzenleme Vergi Usul Kanunu'nda da yapılarak, 6102 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecek ve madde metninde belirtilen ağır temerrüt faizini ödemek durumunda kalacak olan borçlunun tebliğ aldığı faturanın altında matbu şekilde bulunan böyle bir uyarıyı görmesi, onu zamanında ödeme yapmaya teşvik edecek bir çözüm olarak düşünülebilir.

[207] Madde metninde açıkça yer verilmemiş olmasına karşın söz konusu maddenin uygulanabilmesi için yargı içtihatları ve doktrin görüşüne göre taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması, belgenin fatura özelliklerini taşıması ve doktrinde tartışmalı olmakla birlikte her iki tarafın da tacir olması gerekmektedir. *[Faturanın kesinleşmiş ve tarafları bağlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için öncelikle yanlar arasında sözleşme ilişkisinin varlığının kesin delillerle kanıtlanması gerektiğine*" ilişkin bkz. Yargıtay 15. HD E. 2007/2029, K. 2008/1483; 19. HD E. 2008/6481, K.. 2009/2182 (Kazancı İçtihat Bankası)].

için varlığı zorunlu olan şartlardan borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunmaması[208] şartı gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla faturaya itiraz halinde borçlu yasal savunma hakkını kullandığından temerrüde düşmüş sayılmayacak; kanımızca bu sebeple 1530. maddenin 2. ve devamı fıkraları uygulama alanı bulamayacak ve alacaklının genel hükümlere başvurması gerekecektir.

III. TEMERRÜDÜN SONUCU: ÖZEL BİR TEMERRÜT FAİZİ

Borçlu temerrüde düştüğünde, sözleşmeyle kurulan çıkar dengesi alacaklı aleyhine bozulmuş olur. Bu sonuçtan hareketle kanun koyucu, edimin gecikmesinin zararlı sonuçlarından alacaklıyı koruyabilmek adına birtakım caydırıcı düzenlemeler öngörmüştür[209]. Bu sebeple kanun koyucu Türk Borçlar Kanununun 118 ve devamı maddelerinde temerrüdün genel sonuçlarını, 120 ve devamı maddelerinde ise para borçlarında temerrüdün sonuçlarını düzenlenmeyi uygun görmüştür.

Türk Borçlar Kanununda yer alan ve borçlu temerrüdünü bir sistem dahilinde ele alan düzenlemelerin yanında, farklı kanunlarda belirli edim tipleri açısından temerrüde ilişkin özel düzenlemeler öngörülebilmektedir[210]. Somut olayın bu gibi özel düzenlemelerin kapsamına girmesi halinde genel düzenlemelerin yanında özel hükümle belirlenen temerrüt sonuçları da uygulama alanı bulabilecektir[211].

Mal ve hizmet tedarikinden doğan para borcunu[212] zamanında ödemeyen ticari işletmeler için temerrüt hükümleri içeren Türk Ticaret Kanununun 1530.

---

[208] Bu hak için bkz. EREN, s. 1053 vd.
[209] BARLAS, s. 114.
[210] Bkz. 03.08.1995 tarih 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 6/A, 10. (http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4077&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch= -çevrimiçi -26.10.2011)
[211] BARLAS, s. 115.
[212] Her ne kadar madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da, düzenlemenin ruhundan ve mehaz kaynak olan Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Yönergelerinin işletmeler arasındaki *para borcu doğuran* mal ve hizmet tedarikini düzenleme kapsamına almasından hareketle, söz konusu

maddesi de böyle düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. Bu noktada borçlu temerrüdüne ilişkin özel ve emredici düzenlemeler içeren 1530. madde hükmünün uygulama alanı bulduğu bir somut olayda, alacaklının Türk Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlere başvurup başvuramayacağı sorunu akıllara gelmektedir. Mehaz Yönerge'nin Gerekçe bölümünün 16. paragrafında yer alan ve Yönerge hükümlerinin alacaklıyı temerrüt faizi talep etmeye zorlamadığına, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinde geç ödeme halinde alacaklıya herhangi bir ihbar veya ihtarda bulunmaksızın temerrüt faizi talep etme hakkını sağladığına ilişkin açıklama ve Yönerge'nin alacaklıyı koruma yönündeki genel amacı göz önünde bulundurulduğunda, alacaklının kendisini koruyan ve elini güçlendiren özel hakkı tercih etmek yerine genel hükümler uyarınca borçlusuna başvurabileceği sonucuna ulaşılmaktadır[213]. Borçlu ticari işletmeden tedarikini sağladığı mal veya hizmetin bedelini tahsil edemeyen alacaklı,1530. maddede düzenlenen ihtarsız temerrüt ve yüksek temerrüt faizini seçebileceği gibi, daha bürokratik bir yol olan genel hükümler uyarınca borçluya ihtar çekerek onu temerrüde düşürmesi de teorik olarak mümkündür.

Mal ve hizmet tedarikinden doğan alacağına zamanında kavuşamayan alacaklının yukarıda bahsedilen seçimlik haklara sahip olmasından ve 1530. maddenin borçlu temerrüdünün Türk Borçlar Kanununda düzenlenen sonuçlarından farkını açıkça ortaya koyabilme amacından hareketle, çalışmanın bu bölümünde öncelikle para borçlarında temerrüdün genel sonuçlarına değinilecek; daha sonra 1530. maddede düzenlenen özel temerrüt faizine yer verilecektir.

---

hükmün para borçlarında borçlu temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. s. 47.

[213] ÇAĞLAYAN, s. 236.

1. Para Borçlarında Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları

Hukuki işlem, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme dahil borç ilişkilerinin büyük çoğunluğunun para borcu doğurması sebebiyle Türk Borçlar Kanununda borçlu temerrüdünün genel sonuçlarının yanı sıra borcun konusunun bir miktar para olduğu haller için bazı özel sonuçlar öngörülmüştür. Bunlardan ilki borçlunun kusuru bulunmasa dahi ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizine, ikincisi ise para borçlarında gecikme tazminatına karşılık gelen ve temerrüde düşmekte kusurlu olan borçlunun ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizini aşkın zararların karşılanmasına[214] ilişkindir.

Temerrüt faizi para borcunu ödemekte temerrüde düşen borçlunun, alacaklı ile arasında buna ilişkin bir anlaşma olsun olmasın, borcunu ifa etmeyerek temerrüt halini devam ettirdiği süre için Türk Borçlar Kanununun 120. maddesi gereğiödemekle yükümlü olduğu faizi ifade etmektedir. Temerrüt faizi bir taraftan alacaklının temerrüt süresince paradan mahrum kalması nedeniyle uğradığı asgari zararı karşılamayı; diğer taraftan borcunu zamanında ödemeyerek karşılıksız kredi sağlayan ve bu suretle sebepsiz zenginleşen borçlunun bunu iade etmesini amaçlar[215].

[214]Sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan para borcunun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zararın sözleşmede belirlenen veya Türk Borçlar Kanunu m. 120/1 uyarınca belirlenecek olan temerrüt faiziyle karşılanamaması halinde alacaklı, borçludan aradaki farkın *aşkın zarar* olarak ödemesini talep edebilecektir. Özellikle enflasyonun yüksek seyrettiği ve alacaklının borç verdiği dönemle tahsilatı gerçekleştirdiği dönem arasında paranın yüksek oranda değer kaybettiği durumlarda alacaklının haklarını korumak açısından aşkın zarar büyük bir önem taşımaktadır.

[215] KILIÇOĞLU, s. 509, BARLAS, s. 124.

Temerrüt faizi, genel kural olarak ihtarın yapıldığı tarihten, belirli vadeli işlemlerde ve ihtara lüzum bulunmayan hallerde ise vade tarihinden itibaren işlemeye başlar[216]. 121. madde uyarınca temerrüt faizine yeniden temerrüt faizi yürütülemez.

Temerrüt faizine ilişkin genel hükmün yer bulduğu Türk Borçlar Kanununun 120. maddesinde,818 sayılı Borçlar Kanunundan tamamıyla farklı düzenlemeler getirilmiş[217] ve uygulanacak temerrüt faizi oranının sözleşmeyle belirlenip belirlenmemesine göre değişik olasılıklar ele alınmıştır. 120. maddenin birinci fıkrasında, uygulanacak temerrüt faizinin sözleşmeyle öngörülmemiş olması halinde faiz oranının, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata göre tespit edileceğine yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca tarafların sözleşmeyle ayrı bir temerrüt faizi öngörmemeleri halinde 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun" devreye girecek; temerrüt faizi bu kanunda belirtilen oranlarda işletilecektir. 3095 sayılı Kanunun 2. maddesinde bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça, 1. maddede belirlenen kadar, yani anaparanın %12'sioranında[218] temerrüt faizi ödeyeceği belirtilmiş ve Bakanlar Kurulu bu oranı %10'una kadar indirmeye ve bir katına kadar artırmaya yetkili kılınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları sermaye faizinin yürürlükteki mevzuatta yer alan orandan daha aşağı olması halinde de 3095 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasının

[216] Faiz, irat ve bağış borçluları için ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 121. maddesinde ayrı bir süre öngörülmüş ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı müddetçe bu kişiler aleyhine icra takibine girişildiği veya dava açıldığı tarihten itibaren temerrüt faizi işletileceği hükmüne yer verilmiştir.

[217] Söz konusu maddenin gerekçesine göre, *"818 sayılı Borçlar Kanununun iki fıkradan oluşan 103 üncü maddesi, Tasarının 119 uncu maddesinde üç fıkra hâlinde, tamamen farklı bir hüküm olarak düzenlenmiştir.(...)"*

[218] 3095 sayılı Kanun m. 1 ve 2 uyarınca 2011 yılı için öngörülen kanuni faiz ve temerrüt faizi oranları için bkz. http://www.kazanci.com/kho2/ortak/yararli.htm#24 (çevrimiçi-26.08.2011)

aksinden kanıtla, yine faize ilişkin mevzuattaki bu oran esas alınacaktır[219]. 120. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme gereği, tarafların sözleşmede 3095 sayılı Kanun uyarınca belirlenecek olan yıllık temerrüt faizi oranından daha yüksek bir akdi faiz kararlaştırmaları[220] ve ayrı bir temerrüt faizi belirlememeleri halinde anapara faizi için belirlenen oran temerrüt faizine de uygulanacaktır.

Kanunda yer alan faiz oranının yanı sıra, taraflar kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde temerrüt faizini serbestçe karar verebilecektir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 103. maddesinde bu şekilde belirlenecek temerrüt faizine herhangi bir üst sınır konmamış, doktrinde sözleşmede faize ilişkin şartın fahiş olması halinde cezai şart ve gabin hükümleri uyarınca oranın hakimin tenkis yetkisine tabi tutulacağı belirtilmiş, uygulama da bu yönde gelişmiştir[221]. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise temerrüt faizinin sözleşmeyle serbestçe kararlaştırılabilmesi kuralına ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne yasal bir sınırlama getirilerek 120. maddenin ikinci fıkrasında, bu oranın birinci fıkra hükmüyle tespit edilen oranın iki katını aşamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu demektir ki, 2011 yılı itibariyle adi işlerde tarafların sözleşmeyle belirleyebilecekleri en yüksek oran %18 olabilecektir.

Ticari işlere uygulanan anapara faizi ve temerrüt faizi oranları ise, adi işlere uygulanan oranlardan farklılık göstermektedir. Türk Ticaret Kanununun 3. maddesinde, bu kanunda düzenlenen yahut bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem veya fiiller ticari iş olarak nitelendirilmiş; 19. maddede taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde sayılan sözleşmelerin kanunda aksine hüküm olmadığı müddetçe diğeri

[219] OĞUZMAN/ÖZ, s. 392.
[220] Adi işlerde sözleşmeyle kararlaştırılan sermaye faizi oranının 3095 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca belirlenecek oranın yüzde ellisini aşamayacağına ilişkin bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 88.
[221] KILIÇOĞLU, s.453; OĞUZMAN/ÖZ, s. 393.

için de ticari iş sayılacağına yer verilmiş ve ticari işler için özel hükümler sevk edilmiştir. Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesine pek çok sonuç bağlayan[222] kanun koyucu, ticari işlerde faizi de adi işler için öngörülen faizden ayrı düzenlemeyi tercih etmiştir. Türk Ticaret Kanununun 8. maddesinde, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği[223] hükmüne yer verilmiştir. İşte, bu açık hüküm uyarınca Türk Borçlar Kanununun sözleşmeyle kararlaştırılan temerrüt faizi için bir tavan öngören 120. maddesi ticari işler için uygulama alanı bulamayacak, taraflar gabin hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla diledikleri oranda temerrüt faizi kararlaştırabilecektir.

Ticari işlerde tarafların sözleşmeyle temerrüt faizi kararlaştırmadığı hallerde ise Türk Ticaret Kanununun 9. maddesi uyarınca anapara ve temerrüt faizlerine de ilgili mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Kanunun atıf yaptığı mevzuat 3095 sayılı Kanun olup, sözleşme ile anapara faizinin belirlenmediği durumlarda uygulanacak faiz oranı bu Kanunun 1. maddesi uyarınca %9'dur. Ticari işlerde temerrüt faizi için ise 3095 sayılı Kanunun "Temerrüt faizi" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında özel bir hüküm öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, kanunun birinci maddesinde belirtilen kanuni faiz oranından fazla ise, taraflar arasında sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilecektir. "Avans faiz oranı" adı verilen bu oran, yılda iki kez belirlenmekte olup; 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran uygulanacaktır.

[222] Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesine bağlanan sonuçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. POROY/YASAMAN, s. 76 vd.; ARKAN, s. 67 vd.

[223] Oran serbestisi ve her iki taraf için de ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmeleri ve cari hesaplar için üç aydan az olmamak üzere bileşik faizin dahi yürütülebileceğine ilişkin bkz. TTK m. 8.

Ancak madde metninde de belirtildiği üzere borçludan bu oranda faiz talep edilebilmesi, alacaklının bu yöndeki istemine bağlı kılınmıştır. Alacaklının isteminde "kanuni faiz" veya "ticari faiz" taleplerinin bulunması, temerrüt faizinin avans faizi üzerinden hesaplanmasına yetmeyecek olup, bu durumda temerrüt faizinin de 1. maddedeki oran üzerinden hesaplanması gerekecektir[224].

2. 1530. Maddede Öngörülen Özel Temerrüt Faizi

Ticari işlerde mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeyle mücadele etmeyi hedefleyen 2011/7/EU sayılı Yönerge'ye ve Türk mevzuatının Yönerge ile uyumlaştırılabilmesi amacıyla Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesine eklenen paralel düzenlemelere caydırıcılık unsuru katan ve alacaklıyı genel hükümler yerine bu düzenlemeleri tercih etmeye yönelten en önemli unsur, temerrüde düşen borçlu için alacaklının ayrıca talep etmesi şartına bağlı olmaksızın öngörülmüş olan yüksek temerrüt faizi oranıdır. 1530. maddenin üçüncü fıkrasında, mütemerrit borçlunun alacaklısının sözleşmede öngörülen tarihten ya da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, şart edilmemiş olsa dahi faize *hak kazanacağı* belirtilmiştir. Yedinci fıkrada düzenlenen faiz oranı, 3095 sayılı Kanunda düzenlenen avans faiz oranının aksine, alacaklının ayrıca talep etmiş olması şartına bağlanmamış; bu sayede borcun vadesinde ödenme yapmaya yönlendirilmeye çalışılmıştır. Bahsi geçen düzenlemenin hedefi, borçlunun kredi kullanmak yerine mal veya hizmet tedarikinden doğan borcunu zamanında ödemeyerek kendisine finansman yaratmasının önüne geçmek ve alacaklının zamanında alacağına kavuşamamasından dolayı ekonomik sıkıntılarla karşılaşmasını önlemektir.

[224] ARKAN, s. 77.

2011/7/EU sayılı mehaz Yönerge'nin Gerekçe bölümünün 12. paragrafında[225], temerrüt faizi oranına ilişkin özel bir düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğuna açıklık getirilmiştir. Mevzuatlarında temerrüt faizine yer vermeyen yahut oldukça düşük temerrüt faizleri öngören Birlik ülkelerinde geç ödemenin oldukça avantajlı hale geldiği, geç ödeme kültürünün gittikçe yaygınlaştığı ve bu sebeple alacaklıların ticaret yaptığı her bir üye ülkede alacağına zamanında kavuşabilmesi için caydırıcı önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda ticari işlerde geç ödemeyle mücadeleyi amaçlayan her iki Avrupa Birliği yönergesinde, Birlik sınırları içerisinde alacaklının alacağına kavuşmasını garanti altına almak ve üye ülkeler arasındaki mal ve hizmet ihracatının önünü açmak amacıyla yüksek bir temerrüt faizi öngörülmüştür[226].

Mehaz Yönerge'nin işletmeler arasındaki tedariki düzenleyen 3, işletmeler ile kamu kurumları arasındaki tedariki düzenleyen 4. maddelerinde, sözleşmeden ve kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasına rağmen kusuruyla temerrüde düşmüş borçlusundan alacağını tahsil edemeyen alacaklının, sözleşmede kararlaştırılan yahut Yönerge'nin 2. maddesine göre belirlenecek olan oranda temerrüt faizine hak kazanacağı belirtilmiş, temerrüt faizi talep şartına bağlanmamıştır[227]. 2000/35/EC sayılı Yönerge'de tanımına yer verilmemiş olan temerrüt faizi, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde *"haksız sözleşme hükümleri ve uygulamalar maddesine[228] uygun olarak taraflar arasında sözleşmeyle kararlaştırılmış olan faiz yahut Yönerge faizi"* şeklinde tanımlanmıştır. Yönerge

[225] Aynı yönde bkz. 2000/35/EC, Gerekçe pf.16.
[226] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 528.
[227] Yönerge'nin 3. ve 4. maddelerinde alacaklının temerrüt faizine "hak kazanacağı", "entitled" kelimesi ile ifade edilmiştir. Yönerge'de, alacaklının bu yönde talep hakkı bulunduğuna ilişkin bir ifade (request, demand) bulunmamaktadır. Karş. 2095 sayılı Kanun m. 2/2.
[228] Bkz. 2011/7/EU m. 7.

faizinin tanımına da aynı maddenin altıncı fıkrasında yer verilmiş ve bu faizin yedinci fıkra uyarınca hesaplanacak olan referans faizinin en az yüzde sekiz puan olacağı belirtilmiştir[229]. Bu noktada 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 2000/35/EC sayılı önceki Yönerge'den ayrıldığını belirtmek gerekir. 2000/35/EC sayılı Yönerge m. 3/1-d'de, Yönerge faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın borç yenileme operasyonları için uygulamakta olduğu faizin en az yedi puan fazlası olacağına yer verilmiştir. 2011/7/EU sayılı Yönerge'de ise yönerge faizinin en az yüzde sekiz oranındaki referans faizi olacağı yönünde hüküm sevk edilmiştir. Söz konusu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda 2011/7/EU sayılı Yönerge'de temerrüt faizi oranının en azından yüzde sekizde sabitlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

2011/7/EU sayılı Yönerge, referans faizinin belirlenmesi yönteminde ise Euro Bölgesi'ne dahil olan ülkeler ile olmayanlar arasında ikili bir ayrım yapmıştır. Euro Bölgesi'ndeki ülkeler için referans faizi, Avrupa Merkez Bankası'nın temel borç yenileme operasyonları için uyguladığı faiz yahut Avrupa Merkez Bankası'nın borç yenileme amaçlı piyasaya para arzı veya piyasadan para toplama ihaleleri sonucunda ortaya çıkacak olan marjinal faiz oranıdır[230]. Euro Bölgesi'ne dahil olmayan ülkelerde ise o ülkelerin merkez bankaları referans faizini belirlemekle yetkili kılınmıştır. Yönerge'de yer alan temerrüt faizi tanımı doğrultusunda, Yönerge kapsamına giren ticari işlerde tedarik ettiği mal veya hizmetin bedelini zamanında tahsil edemeyen alacaklı, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmışsa bu faizi; sözleşmede faize ilişkin bir düzenleme yer almıyorsa ve mal veya hizmetin teslim

[229] Fransız Ticaret Kanunu m. L441-6 uyarınca Fransa'daki kanuni temerrüt faizi, Avrupa Merkez Bankası'nın borç yenileme operasyonları için belirlemiş olduğu faizden 10 puan fazladır. Bu anlamda Yönerge'de belirlenen faiz oranının temerrüt faizinin alt sınırı olduğunu ve üye ülkelerin daha yüksek bir faize hükmedebileceğini söylemek mümkündür.

[230] Avrupa Merkez Bankası'nın 1999-2011 yılları arasında uyguladığı faiz oranları için bkz. http://www.ecb.int/stats/monetary/rates/html/index.en.html (çevrimiçi- 11.10.2011)

edildiği ülke Euro Bölgesi'ne dahilse Avrupa Merkez Bankası'nın verileriyle belirlenecek olan en az yüzde sekizlik referans faizini; Euro Bölgesi'nde dahil olmayan bir ülkede ise o ülkenin merkez bankasının belirleyeceği faizi borçlusundan tahsil edebilecektir.

2011/7/EU sayılı Yönerge'nin faize ilişkin düzenlemelerinin dercedildiği 1530. maddenin yedinci fıkrasında temerrüt faizi oranının sözleşmede öngörülmediği veya öngörülen faiz oranının altıncı fıkra[231] uyarınca geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderin tutarını belirleme yetkisi Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na verilmiştir. Kanun koyucu aynı fıkrada Merkez Bankası'nca belirlenecek olan temerrüt faizi oranı için asgari bir miktar da öngörmüş ve bu oranın 04.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olması gerektiğine hükmetmiştir.

1530. maddede yer alan düzenlemede göze çarpan ilk husus, temerrüt faizinin belirlenme zamanı ve oranına ilişkindir. Yedinci fıkrada Merkez Bankası'nın her yıl ocak ayında ilan edeceği faiz oranını tespit ederken 3095 sayılı Kanun'da ticari işler için öngörülen temerrüt faizi olan avans faiz oranını referans faiz olarak alacağı ve bu oranın en az yüzde sekiz üzerinde olacak şekilde yeni bir faiz oranı belirleyeceği hüküm altına alınmıştır. Öncelikle yedinci fıkranın lafzının yanıltıcı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, mehaz Yönerge'nin 2.

[231] 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1530/6'ya göre; *"Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçerizdir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır."*

maddesinin beşinci fıkrasında Yönerge faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın referans faizine göre tespit edileceği ve bu oranın en az "yüzde sekiz[232]" olacağı belirtilmiştir. Yedinci fıkrada referans faizi olarak atıf yapılan avans faizi oranı ise bugüne kadar hiç %8'in altına düşmemiş olup; 2011 yılı için bu oran %15 olarak belirlenmiştir. Yönerge'deki hüküm Türkçe'ye çevrilirken, 2000/35/EC sayılı Yönerge m. 3/1-d'de yer alan "yedi puan fazla[233]" ibaresi, yeni Yönerge'deki yeni oran olan %8 ile birleştirilmiş ve"en az yüzde sekiz fazla" olacağı şeklinde fıkraya yerleştirilmiştir. Kanun koyucunun niyeti, 2011/7/EU sayılı Yönerge faizini tercih ederek temerrüt faizini artırmak olsa dahi "ticari işlere uygulanacak gecikme faizinden en az yüzde sekiz puan fazla" yerine kanımızca hataen, "ticari işlere uygulanacak gecikme faizinden en az yüzde sekiz fazla" ifadesine yer verilmiştir. İki ifade arasındaki farklılık, ilkinde avans faizine sekiz puan eklenerek, diğerinde ise avans faizinin yüzde sekizi kadar artırılarak yeni faizin elde edilmesinde kendini göstermektedir. İfadeler arasındaki farklılık somut örnek üzerinde daha iyi ortaya çıkabilir:1530. maddenin lafzına göre, Türk Ticaret Kanununun 2011 yılında yürürlüğe girmiş olduğu varsayımında, Merkez Bankası'nın ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeler için belirleyeceği temerrüt faizi oranının en az %16,2[234] olması gerekecektir. Mehaz Yönerge'nin bir önceki halinin (2000/35/EC) lafzından yola çıkılarak "en az sekiz puan fazla" olacağı yorumunun benimsenmesi halinde ise gecikme faizi oranı %15'lik avans faizinin sekiz puan fazlası olarak en az %23 olacaktır. İki oran arasındaki büyük farklılık, mehaz Yönerge'nin lafzı ve düzenleme

[232] 2011/7/EU sayılı Yönerge m. 2/5'te "at least eight percentage points" ifadesi kullanılmıştır.
[233] 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "the level of interest for late payment which the debtor is obliged to pay, shall be the sum of the interest rate applied by the European Central Bank to its most recent main refinancing operation carried out before the first calendar dat of the half year in question, *plus at least seven percentage points,* unless otherwise specified in the contract. (…)" ifadesi yer almaktadır.
[234] 2011 yılı 31 Haziran avans faizi oranı %15'tir. Bu oranın %8 fazlası %16,2'ye tekabül etmektedir.

göz önünde bulundurulduğunda; şayet gecikme faizinin Yönerge'de olduğu gibi en az %8 olması istenmiyorsa, Merkez Bankası'nca 1530. maddenin yedinci fıkrasında öngörülen faiz oranını belirlerken avans faizi oranından en az sekiz puan fazlasını kararlaştırılacağına yönelik bir hüküm sevk edilmesi yahut madde metninde gereken düzeltmenin yapılması kanaatimizce daha doğru olacaktır.

Diğer taraftan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, ticari işlerde temerrüt faizi olarak talep edilebilen avans faizi oranını yılda iki kez 31 Aralık ve 30 Haziran tarihlerinde ilan etmektedir[235]. 1530. maddede yer alan düzenlemeye göre ise mal ve hizmet tedarikinde geç ödeme durumunda uygulanacak faiz oranı, yılda yalnız bir kez ocak ayında belirlenecek ve bu oran yıl boyunca uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme, 2011/7/EU sayılı Yönerge ile örtüşmemektedir[236]. Mehaz Yönerge'nin işletmeler arası mal ve hizmet tedarikini düzenleyen 3. ve kamu kurumları ile işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikini düzenleyen 4. maddesinde üye ülkeler, yılın ilk altı ayında uygulanacak olan referans faizini 1 Ocak'ta, yılın ikinci altı ayda uygulanacak referans faizini ise 1 Temmuz'da ilan etmekle yükümlü kılınmıştır. 1530. maddede de referans faizi olarak yılda iki kez belirlenen bir faiz oranına atıf yapılmışken, yılın tamamında uygulanacak tek oranın ocak ayında belirlenmesi ve bu suretle uygulamanın mehaz Yönerge'den farklılaştırılmasının sebebi anlaşılamamıştır.

1530. maddenin faize ilişkin yedinci fıkrasında yer alan düzenlemede göze çarpan diğer bir husus, faiz oranının yanı sıra asgari giderim tutarını belirleme

[235] Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın uyguladığı avans faiz oranları için bkz. www.tcmb.gov.tr/yeni/reeskont/reeskont.html (çevrimiçi-28.10.2011).

[236] 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin bu hususu düzenleyen 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, Avrupa Merkez Bankası'nın yarıyılın ilk gününde belirleyeceği referans faizinden en az yedi puan fazlasının Yönerge faizi olacağı belirtilmiştir. Avrupa Merkez Bankası yılda iki kez referans faizi belirlediğinden her iki Yönerge'nin uygulaması açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Yalnızca 2011/7/EU sayılı Yönerge'de düzenlemenin netleştirildiğini söylemek mümkündür.

yetkisinin Merkez Bankası'na bırakılmış olmasıdır. Asgari giderim tutarı, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin "Tahsil giderlerinin karşılanması" başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre tahsil giderleri, Yönerge'nin işletmeler arasındaki tedariki düzenleyen 3. maddesiyle işletmeler ile kamu kurumları arasındaki tedarik işlerini düzenleyen 4. maddesi uyarınca temerrüt faizinin işlemeye başladığı tarihte herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın muaccel olacaktır. 6. maddede bu giderlerin asgari miktarı 40 Euro olarak belirlenmiş ve alacağın tahsili için avukata yapılan ödemeler ile icra dairelerindeki masrafların da bu giderler kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

Türk hukukunda tahsil masrafları, icra harçları ve icra giderleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.İcra harçlarının kanunla belirleneceğine ve harçlarla takip masraflarının borçlu tarafından karşılanacağına, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunun 15. maddesinde yer verilmiş olup;harçların miktarı ve nasıl hesaplanacağına ilişkin düzenleme ise 492 sayılı Harçlar Kanununda yer almaktadır. İcra harçlarının neler olduğuna Harçlar Kanununun (1) sayılı Tarifesinin (B) bölümünde[237] yer verilmiş ve aynı kanunun 138. maddesinde bu harçların her yıl yeniden değerleme oranları göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek oranda artırılacağı belirtilmiştir. İcraya ilişkin diğer masrafların neler olduğu ise İcra ve İflas Kanunun 138. maddesinde vurgulanmış ve burada da avukatlık vekalet ücretinin avukatlık ücret tarifesine göre tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. Avukatlık asgari ücret tarifesi ise Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanmaktadır.

[237] İlamlı ve ilamsız takiplerde alınan icra harçlarının neler olduğuna ilişkin bkz. 492 sayılı Harçlar Kanunu (http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.492&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch –çevrimiçi 28.10.2011).

İcra harçlarının Bakanlar Kurulunca, avukatlık ücret tarifesinin Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda alacağın tahsili masrafları için talep edilecek asgari giderim tutarını belirleme yetkisinin hangi gerekçeyle Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na verildiği anlaşılamamaktadır. Nitekim 2011/7/EU sayılı Yönerge'de de tahsil giderlerinin asgari miktarı, Avrupa Merkez Bankası'na yahut üye ülkelerin merkez bankalarına bırakılmaksızın açıkça hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce, Yönerge'de olduğu gibi sabit bir meblağın kanunla belirlenmesi arzu edilmiyorsa, asgari giderim tutarını belirleme yetkisinin harçları, senetle ispat sınırı gibi yargıya ilişkin diğer parasal sınırları güncelleme yetkisi bulunan Bakanlar Kuruluna bırakılması daha isabetli olurdu.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

2011/7/EU SAYILI YÖNERGEDE DÜZENLENEN ANCAK TÜRK MEVZUATINA YANSITILMAMIŞ HUSUSLAR

I. MÜLKİYETİN MUHAFAZASI KAYDI

Sanayinin gelişmesiyle üretimin çeşitlenmesi ve daha büyük kitleler için üretim yapılmaya başlanması, ticaret hayatını değiştirmiş ve ekonomik işlemlerin hacmini genişletmiştir. Bu yüzden klasik satım sözleşmeleri değişime uğramış ve peşin para karşılığı ifanın yerini taksitli satışlar almıştır. Bu satım türünde mal derhal alıcıya teslim edilmekte ancak malın bedelinin ödenmesi vadeye yayılmaktadır. Taksitli satımlarda malın kendisine teslimine rağmen alıcının borcunu hemen ödemiyor olması satıcı için büyük bir tehlike arz etmektedir. Özellikle alıcının iflası yahut alıcının alacaklılarının satım konusu malı haczettirmesi halinde satıcının semeni hiç tahsil edememesi riskini doğurmaktadır. Bu sorunun önüne geçebilmek ve satıcının satılan üzerindeki mülkiyet hakkının devamlılığını sağlayabilmek amacıyla mülkiyeti muhafaza sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.[238]

Mülkiyeti muhafaza sözleşmesi zilyetliği alıcıya teslim yoluyla devredilen bir taşınır mal üzerindeki mülkiyet hakkının taraflarca kararlaştırılan ve genellikle malın bedelinin ödenmesine ilişkin olan şart gerçekleşinceye kadar satıcıda kalacağı yönünde bir anlaşmadır[239]. Taşınır mülkiyetinin naklini kural olarak zilyetliğin teslimine bağlayan kanun koyucu, hukuki ve ekonomik sebeplerle genel kuraldan saparak tarafların anlaşması halinde satıcının sattığı mal üzerindeki mülkiyet hakkını

[238] ARAL, Fahrettin, *"Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi"*, ("Mülkiyeti Muhafaza")s. 201. (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3019.pdf -çevrimiçi- 11.10.2011)

[239] ARAL, *"Mülkiyeti Muhafaza"*, s. 202; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *"Eşya Hukuku",* Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.596; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, *"Eşya Hukuku"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 587.

devam ettirmesine cevaz vermiştir. Mülkiyetin muhafazasına ilişkin anlaşma satım sözleşmesinde bulunabileceği gibi tarafların bunu ayrı bir sözleşmeyle yapması da mümkündür.

Mülkiyeti muhafaza sözleşmeleri sınır aşırı satımlarda alacaklının her zaman alacağını tahsil etmesini sağlayamayabilmektedir. Alacaklının satım konusu malı ihracı halinde malın teslim edildiği ülkede bu tip sözleşmelerin ihraç ülkesinden farklı geçerlilik şartlarına bağlanmış olması, üçüncü kişilere ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda farklı uygulamaların varlığı bedelin tahsilini oldukça güçleştirmekte ve bazen imkansızlaştırmaktadır. Benzer sorunların Birlik sınırları içerisinde de söz konusu olması, malı sattığı yerin hukukuna göre geçerli bir mülkiyetin muhafazası anlaşması yapmış olmasına rağmen malı teslim ettiği ülkede sözleşmenin geçersizliğiyle karşılaşan alacaklının zarara uğraması ve bir öngörülemezlikle karşılaşması ve bu durumun Birlik içinde malların serbest dolaşımını olumsuz yönde etkilemesi Avrupa Birliği'ni bu yönde düzenleme yapmaya itmiştir[240].

2000/35/EC sayılı Yönerge'nin Gerekçe bölümünün 21. paragrafında borçlusuyla mülkiyetin muhafazası anlaşması yapmış olan alacaklının bu sözleşmeden doğan haklarını Birlik çapında herhangi bir ayrımcılığa uğramaksızın kullanabilmesini garanti altına alabilmek adına üye ülkelerin milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yapmalarının hedeflendiği belirtilmiştir. Amaca paralel olarak da Yönerge'nin 4. maddesinde "Mülkiyetin Muhafazası" başlıklı hüküm sevk edilmiştir. 2000/35/EC sayılı Yönerge'yi 16 Mart 2013 tarihinde

[240] SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 535; ZACCARIA, s. 394, mülkiyeti muhafaza sözleşmelerinin Roma hukukuna dayanan tarihçesi ve Birlik üyesi ülkelerdeki değişik düzenlemeler için ayrıca bkz. MILO, s. 386.

mülga edecek olan 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin Gerekçesinin 31. paragrafında da aynı dilek tekrarlanmış ve mülkiyetin muhafazasına ilişkin hüküm, Yönerge'nin 9. maddesinde aynen korunmuştur[241]. Söz konusu hükme göre,"*Üye ülkeler, satıcı ve alıcı arasında malın tesliminden önce yapılmış olan ve 'mülkiyetin muhafazası' hususunda açık hüküm içeren bir anlaşmanın varlığı halinde, bedel tamamen ödeninceye kadar satıcının satım konusu üzerindeki mülkiyet hakkını devam ettirmesini sağlama hususunda milletlerarası özel hukuk mevzuatlarını uyumlaştırmakla yükümlü kılınmıştır. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde alıcının ön ödeme yapmasının zorunlu tutulup tutulmayacağı ise üye ülkelerin inisiyatifine bırakılmıştır."*

Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin 2000/35/EC ve 2011/7/EU sayılı Yönergelere bakıldığında mülkiyeti muhafaza sözleşmelerinin geçerliliğinin iki koşula bağlanmış olduğu göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, satıcı ve alıcının mülkiyetin saklı tutulması hususunda *açık bir anlaşmanın bulunmasıdır.* Yönerge'de böyle bir düzenlemeye yer verilerek zımnen, ticari teamülle, genel işlem şartı veya faturaya eklenen bir hükümle mülkiyetin muhafazasının kararlaştırılmasının önüne geçilmek istenmiştir[242]. Yönerge'nin sözleşmenin geçerliliği için varlığını aradığı diğer koşul ise *mülkiyetin muhafazasına ilişkin anlaşmanın malın tesliminden önce yapılmış olmasıdır.* Anlaşmanın zamanına ilişkin Yönerge'de yer alan bu açık hüküm göz önünde bulundurulduğunda teslim, tarihinden sonra yapılacak anlaşmalar hukuken geçersiz kabul edilmesi gerekecektir.

[241]Bu düzenleme doktrinde mülkiyetin muhafazasına yine her üye ülkenin milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ve *lex rei sitae* ilkesi uyarınca satıcının yine ihraçta bulunduğu ülkenin mülkiyeti muhafazasına ilişkin düzenlemelerine tabi olacağı gerekçeleriyle eleştirilmekte; soruna çözüm bulmaktan ve öngörülebilirlik oldukça uzak olduğu belirtilmektedir. Eleştirilere ve tarafların mülkiyetin muhafazasına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırılmasının daha uygun bir çözüm olabileceğine ilişkin bkz. SCHULTE-BRAUCKS/ONGENA, s. 536; MILO, s.392.
[242] MILO, s. 392; ZACCARIA, s. 395.

Birlik üyesi ülkelerde olduğu gibi Türk hukukunda da mülkiyeti muhafaza sözleşmeleri vasıtasıyla satım konusu malın mülkiyetinin devri belli şartlara bağlanabilmekte ve öngörülen şartın gerçekleşmemesi halinde satıcı, satım sözleşmesini feshederek[243] satım konusu malı istihkak davasıyla geri alabilmektedir[244]. Türk hukukunda mülkiyetin muhafazası sözleşmelerine ilişkin hukuki düzenlemelere Türk Medeni Kanunu m. 764 ve 765'te yer verilmiştir. "Mülkiyetin saklı tutulması" başlıklı 764. maddeye bakıldığında hükmün, mevzuatın uyumlaştırılmaya çalışıldığı 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 9. maddesinden büyük farklılıklarının bulunduğu göze çarpmaktadır. 764. maddede başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydının ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olacağına yer verilmiştir.Sicile kayıt, geçerlilik şartı olduğundan tescil gerçekleşmediği müddetçe mülkiyetin saklı tutulması sözleşmesi de geçerli sonuç doğurmayacaktır.Resmi şekil şartına ek olarak, hayvan satışlarında mülkiyetin muhafazası sözleşmesi yapılmasına da cevaz verilmemiştir. Yönerge'de mallar arasında böyle bir ayrım da bulunmamaktadır. Bu açıdan 764. maddede yer alan hükmün mülkiyetin muhafazasına ilişkin sözleşmelerin kapsamını Yönerge'ye göre daha dar tutacağı açıktır.

Yönerge'de "açıkça kararlaştırılmış olması" geçerliliği açısından yeterli bulunan mülkiyeti muhafaza sözleşmelerinin Türk mevzuatında resmi şekle tabi tutulmuş olması ve hayvan satışlarının kapsam dışında bırakılması, Yönerge ile

[243] Mülkiyetin muhafazası kaydı satış akdini fesih hakkından farklıdır. Fesih hakkının saklı tutulması halinde mülkiyet bozucu şarta bağlı olarak intikal etmekte; mülkiyetin muhafazası sözleşmesinde ise mülkiyet ancak şartın gerçekleşmesi halinde satıcıya geçmektedir. İki hak, mülkiyetin muhafazası kaydının ayni, fesih hakkının ise şahsi hak olması yönünden de birbirinden ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL, *"Mülkiyeti Muhafaza"*, s. 204.
[244] AKİPEK/AKINTÜRK, s. 589.

uyumlaştırma[245] açısından sorun doğurabilecek niteliktedir. Bu açıdan kanaatimizce Türk Medeni Kanununda yer alan hükümlerde değişikliğe gidilmesi gerekecektir.

II. KAMU KURUMLARI İLE İŞLETMELER ARASINDAKİ MAL VE HİZMET TEDARİKİ

Kamu kurumları ile işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde, kamu kurumlarınca tedarik bedelinin ödenmesinin uzun sürelere yayılmasının ve ödemelerde gecikilmesinin işletmeler üzerinde ağır bir finansman baskısı yaratması, Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nu bu konuda düzenlemeler yapmaya itmiştir. 2000/35/EC sayılı Yönerge'de yer alan "işletmeler ve işletmeler ile kamu kurumları arasında gerçekleşen mal ve hizmet tedariki" şeklindeki ticari iş tanımıyla kamu kurumlarının da Yönerge kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak söz konusu düzenleme yeterli görülmemiş, 2011/7/EU sayılı yeni Yönerge'nin Gerekçe bölümünde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş ve kamu kurumları ile işletmeler arasındaki işlemlere ilişkin ayrı bir hüküm tesis edilmiştir. İki yönerge arasındaki en temel farklılık da bu hususa ilişkindir.

2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 23. paragrafında kamu kurumlarının işletmelere nazaran daha güvenilir, öngörülebilir ve devamlı gelirlere sahip olduğuna; amaçlarına ulaşabilmek için daha sağlam ticari ilişkiler kurabildiğine ve çoğu zaman işletmelere oranla daha ucuz borçlanabildiğine vurgu yapılmıştır. Bu gerçekten hareketle, Yönerge'nin 4. maddesinde kamu kurumlarının borçlu taraf

[245]Fransa örneğinde, mevzuatın 2000/35/EC sayılı Yönergeye uyumlaştırılması sırasında Fransız Medeni Kanununun m. 2367-2372, ve Fransız Ticaret Kanunu m. L624-16'da değişiklikler yapılarak tarafların mülkiyetin muhafazasını yazılı olarak ve açık şekilde kararlaştırmaları gerekli kılınmış; en geç malın teslimi anında sözleşmenin tamamlanmış olması aranmıştır [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D54CBB51921E3CE96AB85534A05CA404.tpdjo11v_1?idSectionTA=LEGISCTA000020192954&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111014 (çevrimiçi-14.10.2011)].

olduğu sözleşmelerde ödeme süresinin 30 gün olacağına yer verilmiştir. 4. fıkrada bu kuralın istisnası olarak özel hukuk hükümlerine göre yönetilen ve ticari şekilde işletilmek üzere kurulan kamu kuruluşları ile sağlık hizmeti sunan kamu kurumlarının mal veya hizmeti tedarik eden taraf olduğu sözleşmelerde ödeme süresinin 60 güne kadar uzatılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ödeme süresinin sözleşmeyle kararlaştırılmış olduğu haller ise aynı maddenin altıncı fıkrasında sıkı şartlar altında düzenlenmiştir. Buna göre yalnızca işin doğasının gerektirdiği durumlarda ve sözleşmede açıkça kararlaştırılması halinde ödeme süresinin en fazla 60 güne kadar uzatılabileceği ve daha uzun vadelere yer verilemeyeceği açıkça ortaya konmuştur. Bu açıdan, 2011/7/EU sayılı Yönerge'de işletmeler arasındaki tedarikin kamu kurumları ile işletmeler arasındaki tedarikten ayrıldığı; kamu kurumlarının borçlu taraf olduğu sözleşmelerde ödeme sürelerinin daha sıkı şartlara bağlandığı söylenebilir.

Ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. maddesinin gerekçesinde, hükmün mehazının 2000/35/EC sayılı Yönerge'yi değiştiren 2011/7/EU sayılı Yönerge olduğu,*"(...)Yönergenin (2011/7/EU)* ***kamu kurumlarının ödemeleriyle(…)*** *ilgili düzenlemeleri"*nin metne yansıtılmadığı açıkça belirtilmiştir. Yönergenin kamu kurumlarına ilişkin düzenlemelerin mevzuata yansıtılmamasının yerindeliğini tespit edebilmek için öncelikle kamu kurumlarının özel işletmelerle akdettikleri mal ve hizmet tedariki konulu sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Günümüzde idare, faaliyetlerini yürütebilmek adına pek çok sözleşme akdetmekte ve doktrin tarafından idarenin akdettiği tüm bu sözleşmelere *"idarenin*

sözleşmeleri" adı verilmektedir[246]. İdarenin sözleşmeleri "idarenin özel hukuk sözleşmeleri" ve "idari sözleşmeler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan, konusu bir kamu hizmetinin gördürülmesi olduğundan idarenin sözleşmenin karşı tarafına göre üstün ve ayrıcalıklı olduğu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın idare hukukuna tabi olarak idari yargıda çözümlendiği sözleşmelere idari sözleşmeler denir[247]. İdarenin tüzelkişilik sıfatından kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak genel hükümler uyarınca akdettiği sözleşmeler ise özel hukuk sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerde idare kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu sıfatıyla hareket etmez[248]. İdare ile sözleşmenin diğer tarafı arasında hukuksal olarak eşitlik söz konusudur. O sebeple idarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabi olup, sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri de adli yargıdır[249]. İdarenin akdettiği sözleşmenin idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun tespitinde kanunda açıkça belirtilmiş olup olmaması, sözleşmenin konusu, sözleşme ile kurulmak istenen ilişkin hukuki niteliği gibi pek çok ölçütten yararlanılmaktadır[250]. Söz konusu ölçütlerden yola çıkılarak idari uygulamalar ve yerleşik mahkeme kararları uyarınca idarenin araç-gereç alma, ihtiyaç duymadığı malları satma, taşıma, kiralama ve her çeşit yaptırma, danışmanlık hizmeti satın alma vb. konularında akdettiği sözleşmeler idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi

---

[246] GÖZLER, Kemal, *"İdare Hukuku"*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, c. 2, s. 8 vd.,GÜNDAY, Metin, *"İdare Hukuku"*, s. 166.
[247] GÖZLER, s. 9.
[248] GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *"İdare Hukuku-Genel Esaslar"*,Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, c. 1, s.531 vd.
[249] GÜNDAY, s. 167, GÖZLER, s. 8, GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.531, KILIÇ, Duygu, *"Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları, İhale ve Sözleşmeleri"*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1 vd.
[250] İdari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi ayrımında kullanılan kriterlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, s. 10 vd, , GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 541 vd., GÜNDAY, s. 167 vd., BUZ, Vedat, *"Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları",* Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 51vd.

sayılmaktadır[251]. İdarenin bir özel hukuk kişisiyle imzaladığı sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda bir tereddüdün varlığı halinde sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu karinesinden faydalanmak gerekeceği ifade edilmektedir[252].

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabi olsa da sözleşme konusu olan mal ve hizmet tedariki, kamu yararı gözetilerek kamunun parası ile yapıldığından idarenin sözleşme yapma yetkisi belli ölçüde kısıtlanmıştır. İdarenin sözleşmenin konusunu ve tarafını keyfi olarak seçmesinin önüne geçebilmek için bu tür sözleşmelerin imzasından önceki süreç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirlenen usul[253] ve ilkelere tabi tutulmuştur. İhale sonucunda düzenlenen sözleşmeler ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabidir. Sonuç olarak kanun koyucu sözleşmenin kurulmasından önceki aşama ile sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı birbirinden ayırmış; ilk aşamayı idare hukukunun kurallarına, ikinci aşamayı ise özel hukuk kurallarına tabi kılmıştır[254].

Kamu İhale Kanununun "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin beşinci fıkrasında ödeneği olmayan işler için ihaleye çıkılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre idare yaklaşık bir maliyet hesaplayacak, ihalenin hazırlık sürecinde düzenlenen dokümanlardan olan yaklaşık maliyet çizelgesinin ekinde bulunduğu "ihale onay belgesinde" kullanılabilir ödenek miktarını gösterecek ve bu ödeneği

[251] GÜNDAY, s. 178, aynı yönde GÖZLER, c.2, s. 25. Buna ilişkin yargı kararları için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2007/10031, K. 2008/1767, Yargıtay 15. HD, E. 1997/2847, K. 1997/3122, Yargıtay 13. HD, E.2009/6366, K. 2009/13289.

[252] Özel hukukun idare hukuku karşısında genel hukuk olduğu, idari sözleşme alanının yorum yoluyla genişletilmemesi gereği, sözleşmenin idari sözleşme olduğunu iddia eden tarafın ispat yükümlülüğüne ilişkin bkz. GÖZLER, s. 37 vd.

[253] İdarenin mal ve hizmet tedariki için seçebileceği ihale usulleri ve diğer yöntemler için bkz. 4734 s. Kamu İhale Kanunu m. 18 vd., ayrıca bkz. GÖZLER, s. 100 vd., GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 577 vd., GÜNDAY, s. 180 vd.

[254] Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bağlamında yapılan sözleşmelerde tarafların eşit olduğu ve uyuşmazlığın özel hukuka tabi tutulacağına ilişkin bkz. 4735 S. Kanun m. 5.

hazır bulunduracaktır[255]. İhaleye ekonomik açıdan en avantajlı teklifi[256] veren istekli ile sözleşme imzalanırken, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 6. maddesi uyarınca işin tamamı için isteklinin ödenek dâhilinde teklif ettiği toplam bedel üzerinden sözleşme kurulacaktır[257]. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan söz konusu düzenlemeler, mal veya hizmet tedariki için ihale düzenleyen ve henüz iş başlamadan karşılığı hazır bulunduran idarenin, zamanında ödeme yapmaması halinde kendisine finansman yaratma imkanı yarattığını da ortaya koymaktadır.

Öte yandan, mevzuatımızda idarenin tedarik sözleşmelerinden doğan borcunun ödeme sürelerine ve geç ödemesi halinde uygulanacak yaptırıma ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinde, idare ve karşı taraf arasında imzalanan sözleşmede tarafların eşit haklara sahip olacağı ilkesine yer verilmiş,7. maddede de imzalanacak sözleşmede bulunması gereken unsurlar sıralanmıştır. Bu unsurlar arasında "*gecikmesi halinde yükleniciden alınacak cezalar"*[258] sayılmasına karşın; idarenin denetim-muayene ve kabul işleminin tamamlanmasından sonra en geç kaç gün içinde kesinleşmiş borcunu ödemesi gerektiğine ve buna bağlanan sonuçlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, idareye özel hukuka tabi olan sözleşmelerine istediği uzunlukta vadeler koyabilmesi ve bu sürenin bittiği tarihte temerrüde düşmesi olanağını tanımaktadır. İdarenin taraf olduğu

[255] KOCABAŞ, Bilal, *"Ödeneği Olmayan Bir İş İçin İhaleye Çıkılabilir mi?",*2004. (http://www.butce.org/Html/makaleler/odenek_bilal.htm) (çevrimiçi- 10.05.2010), KILIÇ, s.7 vd.

[256] KİK m.40.

[257] KİSK m.4/1'e göre; *"Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez."*

[258] KİSK m. 7/1'de gecikme halinde alınacak cezalara, denetim-muayene-kabul işlemine ilişkin düzenlemeden önce yer verilmiştir. Maddenin sistematik düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda gecikme halinde alınacak cezalardan sözleşmenin karşı tarafı olan kişinin mal ve hizmet tedarikinde veya yapım işinde gecikmesi halinde idareye ödeyeceği cezai şartın kastedildiği sonucuna varılabilecektir.

sözleşmelerde bedelin ödeneceği süreye ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi halinde, borçlar hukukunun temerrüde ilişkin hükümleri devreye girecek, idareyi temerrüde düşürmek isteyen yüklenicinin ihtarda bulunması gerekecek ve bu durum alacağın tahsilinin uzun bir vadeye yayılmasına sebep olacaktır. Mevzuatın uyumlaştırılması amaçlanan 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin 4. maddesinde, işletmeleri bu bürokratik işlemlerden korumak ve işletmenin alacağını kamu kurumundan kısa sürede tahsil edebilmesi amacıyla ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş; üye ülkelere özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri koruyucu düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Türk mevzuatının halihazırdaki durumunun ise ticari işletmeleri korumaktan çok kamu kurumlarını korur nitelikte olduğu ve bu açıdan Yönerge ile tam bir uyumlaştırmanın sağlanamayacağı açıktır.

Nitekim getirdiği hükümlerin özel işletmeler kadar kamuya ait işletmeleri de kapsadığını açıkça ortaya koyan 2000/35/EC[259] ile iç hukukunu uyumlaştırma faaliyetleri sırasında Fransa, Kamu Alımları (İhale) Kanunu'nda bu konuda değişikliklere gitmiştir. Kanunun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. ve 2. maddesinde devletin; endüstriyel ve ticari amaç taşımayan kamu kurumlarının[260]; bölge yönetimlerinin ve yerel idari yönetimlerin[261], diğer kamu kurumları veya özel işletmelerle mal/hizmet tedariki ya da yapım işi amacıyla yaptığı ve karşılığının kamu parasıyla ödendiği sözleşmelerin[262] bu özel kanuna tabi olduğu belirtilmiştir. "Sözleşmelerden Doğan Alacakların Ödeme Rejimlerine" ilişkin üçüncü alt başlıkta

[259] Bkz. 2000/35/EC sayılı Yönerge Gerekçe 22. pf, m.2/1'de yer alan ticari işlem tanımı.
[260] Bu kuruluşlar 2006/111/EC sayılı Yönerge'ye tabidir.
[261] Kastedilenin bölge birim ve komün yönetimleri olduğuna ilişkin bkz, TRAGNAN, Jeremie, *"L'Organisation Administrative de la France"*, http://www.google.com.tr/search?q=collectivite+territoriale+est+quoi+en+france&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:tr:official&client=firefox-a (çevrimiçi-16.05.2011) ayrıca bkz. Code des Marchés Publics art. 2.
[262] Code des Marchés Publics art. 1/1

yer alan 91. maddede[263] her türlü kamu alımının faturalanacağı hüküm altına alınmış, 98. maddede de ödeme süreleri belirtilmiştir. Buna göre ödeme süresi devletin, endüstriyel ve ticari amaç taşımayan kamu kurumlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 30 günü; bölge yönetimlerinin ve yerel idari yönetimlerin alımlarında 45 günü; sağlık hizmeti sunan askeri ve sivil kamu kuruluşlarının alımlarında ise 50 günü aşamayacaktır. Süre aşımı halinde ise ihtara gerek olmaksızın idare temerrüde düşmüş sayılacak ve temerrüt faizini ödemek durumunda kalacaktır. Ayrıca hükümde geçmiş borçlar da göz önünde bulundurularak kademeli bir geçiş öngörülmüş; vade kademeli olarak kısaltılmıştır[264]. Söz konusu düzenlemenin kamu kurumları ile özel sektör arasındaki ticari alım-satımlara ilişkin daha ayrıntılı hükümler içeren 2011/7/EU'ya da uygun olduğu açıktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, kamu kurumlarına ilişkin Yönerge hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesine alınmadığı ve bunun bilinçli bir tercih olduğu gerekçede ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin şu açıdan sakıncalı olduğu söylenebilir: Yönerge'nin kamu kurumları ile özel sektör arasındaki ticari işlere ilişkin hükmünün kapsam dışında bırakılması, yine kanunun gerekçesinde[265] yer alan pazarlık gücü ve konumları aynı olmayan taraflardan zayıf

[263] http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7E5DE4928F1E102322A60ACFCED66299.tpdjo12v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006161218&cidTexte=LEGITEXT000005627819&dateTexte=20110516 (çevrimiçi-16.05.2011)

[264] Code des Marchés Publics art. 98/2: Vadeler 1 Ocak 2009'dan itibaren 40 güne, 1 Ocak 2010'dan itibaren 35 güne, 1 Temmuz 2010'dan itibaren 30 güne çekilmiştir.

[265] 6102 s. TTK m. 1530 Gerekçesi uyarınca; *"(...) Hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri,* ***şartları dayatma konumları güçlü*** *olan ticari işletmeler, özellikle market, süper market, hiper market gibi alışveriş merkezleri karşısında korumaktadır. Pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olamayacağı modern hukukun kabul ettiği bir diğer ilkedir. Tüketicinin, sigortalının, işçinin, küçük pay sahibi ile yatırımcının ve rekabetin korunması alanlarında ikinci ilke geçerlidir. Üretici firmalar ile KOBİ'ler de söz konusu ilkenin kapsamındadır. Çoğunlukla finansal açıdan pek de güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedellerini zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olmak, Pazar ekonomisine hakim yeni bir yaklaşımdır. AT yönergesi ve değişikliği bu yaklaşımın somut bir örneğidir.(...)"*

olanı koruma amacı ile çelişmektedir. Mal ve hizmet tedarikine ilişkin işlemlerde en fazla pazarlık gücüne kamu kurumlarının sahip olduğu; özel hukuka tabi tutulan kamusal mal ve hizmet tedariki ile yapım işlerinde sözleşmenin güçlü konumda olan tarafının yine kamu kurumu olduğu açıktır. Nitekim 2011/7/EU sayılı AB Yönergesi'nin gerekçesinde[266] kamu kurumlarının ticari işletmelere nazaran daha öngörülebilir, düzenli ve sağlam gelirlere sahip olduğu; krediye daha kolay ulaşabildiği; amaçlarını gerçekleştirebilmek için düzenli bir gelir akışı sağlamaya daha az ihtiyacı olduğu belirtilerek kamu kurumlarının bu anlamdaki gücü vurgulanmıştır. Bu açıdan kamu kurumlarına bakıldığında onlara ilişkin düzenlemelere de yer verilmesi gerektiği açıktır. Aksi durum, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşit olduğu prensibi[267] ile ters düşecek niteliktedir. Tartışmalara ve karışıklıklara yer vermemek açısından Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

III. TAKİP USULÜ

2011/7/EU sayılı AB Yönergesi'nin Gerekçe bölümünde yer alan 12. paragrafında alacaklının zararının tazmininin uzun sürmesi halinde borçlu için borcunu ödememenin daha cazip hale geldiği; 33. paragrafında da Yönerge hükümlerinin ancak alacaklının alacağını hızlı ve etkili şekilde tahsil edebilmesi halinde caydırıcı hale geleceği belirtilmiştir. Bu amaçla düzenlenen 10. maddeye göre üye ülkeler, borcun miktarı veya taraflarında çekişmenin bulunmadığı hallerde, borcun miktarına bakılmaksızın alacaklının mahkemeye veya yetkili mercie başvurusundan itibaren 90 gün içinde uygulanabilir bir hüküm elde etmesini

[266] 2011/7/EU sayılı "Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin AB Yönergesi", Gerekçe pf. 23 vd.
[267] KİSK m. 4/3.

sağlayacak şekilde prosedürü hızlandırmayı garanti etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu noktada eklemek gerekir ki, Yönerge ile üye ülkelerden ticari işlerdeki para borçları için ayrı bir takip usulü geliştirmesi beklenmemiş; yalnızca üye ülkelerin mevcut mevzuatları ve idari uygulamalarında gerekli düzenlemeleri yaparak alacaklıya mümkün olan en kısa sürede icrai niteliği haiz bir belge verme yükümlülüğü yüklenmiştir[268].

Daha önce de değinildiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin gerekçesinde, hükmün üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanan çoğunluğu büyük ve güçlü olan ticari işletmelere karşı koruyarak iflaslarının önüne geçebilmek amacıyla kanuna eklendiği belirtilmiştir. Ancak hem 2000/35/EC sayılı AB Yönergesi'nde[269], hem de bu yönergeyi mülga edecek olan 2011/7/EU sayılı Yönerge'de yer alan ve bir anlamda üye ülkelere alacaklıların alacaklarına hızlı bir şekilde ulaşmasını sağlayacak bir icrai prosedür geliştirme yükümlülüğü yükleyerek[270] mal ve hizmet tedarikinde geç ödemeyle mücadelenin bel kemiğini oluşturan düzenlemeler mevzuatımıza yansıtılmamıştır. Bu anlamda hâlihazırdaki mevcut mevzuatın değişiklik gerektirip gerektirmediğini tespit edebilmek için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na bakılması gerekecektir.

İcra ve İflas Kanunumuz *"işleri mahkemeye düşürmeden evvel hal ve faslettirebilecek hükümler"* ile mahkemelerin iş yükünü azaltmayı ve alacaklının

[268] ZACCARIA, s. 395.
[269] 2000/35/EC sayılı Yönerge m. 5.
[270] 2011//EU sayılı Yönerge, gerekçe pf. 33.

alacağına hızlı bir şekilde kavuşmasını[271] sağlayan bir cebri icra yöntemi olan "ilamsız icra" hükümlerini içeren[272] ve bu sebeple tercih edilen İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'ndan 1932 yılında iktibas edilmiştir. İcra ve İflas Kanununun 42 vd. maddelerinde düzenlenen ilamsız icra, alacaklıya para ve teminat alacakları ile istisnai olarak kiralanan taşınmazını tahliye ettirmek için mahkeme ilamı almak zorunda kalmaksızın doğruca icra dairesine giderek icra takibinde bulunabilme olanağı sunmaktadır[273]. Alacaklı İİK m. 58 uyarınca icra dairesine bir takip talebi ile başvurmakta, takip talebini alan icra dairesi borçluya bir ödeme emri (İİK m.60 vd.) göndermekte ve borçlunun 7 gün içinde ödeme emrine itiraz etmemesi halinde ödeme emri kesinleştiğinden borçlunun malları icra dairesince haczedilebilmektedir. Borçlunun itirazı halinde ise icra takibi durmakta ve itirazın iptalini talep etmek için alacaklının genel mahkemelere (İİK m. 67) veya kaldırılmasını (İİK m. 68-70) sağlayabilmek için icra mahkemesine başvurması gerekmektedir. Borçlunun ödeme emrine itiraz etmediği hallerde alacaklının mahkemeye başvurmaksızın kısa sürede alacağına kavuşması olasılığı mevcuttur. Fatura alacağı da bir para alacağı olduğundan fatura, ilamsız icraya konu olabilecek nitelikteki belgelerden olup bedelin ödenmemesi halinde borçlu yine genel haciz yoluyla takip edilebilmektedir.

Ancak uygulamada ilamsız takiplerin umulduğu kadar hızlı sonuçlanmadığı görülmüştür. Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün Ulusal Yargılama Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) vasıtasıyla tuttuğu istatistiğe göre 01.01.2009-31.12.2009 tarihleri arasında Türkiye genelinde 6.705.988 ilamsız icra

[271] UYAR, Talih, *"Gerekçeli- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi"*, C: 1, Baskı 2, Ankara, 2004, s. 18 vd.; OSKAY, Mustafa/DEĞNEKLİ, Adnan/KOÇAK, Coşkun/DOĞAN, Ayhan, *"İİK Şerhi"*, Cilt 1, Ankara, 2007, s.790 vd.
[272] Ayrıntılı gerekçe için bkz. "*TBMM Zabıt Ceridesi"*,Devre 3, C:9-10-11, 02.03.1929-16.05.1929, Sıra no:136, s. 1 vd.
[273] KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *"İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı"*, Baskı: 24, s. 25 vd,

takibi başlatıldığı, geçen yıldan devredenlerle birlikte toplam 14.901.174 dosyanın görüldüğü, bunlardan ancak 457.358 tanesinin sonuçlandırılabildiği ve bir dosyanın ortalama görülme süresinin 659 gün olduğu tespit edilmiştir[274]. Bir önceki yıl aynı süre ortalama 623 gün olarak belirlenmiştir[275]. İlamsız icrada dahi sonuca bu denli geç ulaşılması, borçluların İİK m. 67/2'de yer alan ve borcun en az %40'ı kadar hükmedilen icra inkar tazminatını da göze alarak kötü niyetle borca itirazda bulunmasına sebebiyet vermekte; borçlu bu suretle kendine finansman kaynağı yaratırken, mahkemelerin iş yükünü de ilamsız icradan umulanın aksine artırmaktadır. Öyle ki, ilamsız icra uygulamasının gelmiş olduğu bu noktadan yola çıkılarak, doktrinde bazı yazarlarca ilamsız icranın kaldırılmasının daha faydalı olup olmayacağı tartışılmaya başlanmıştır[276]. Ancak hakim görüş, ilamsız icranın doğru uygulandığı zaman amacına ulaşabileceği ve kanunda gereksiz takiplerin önüne geçebilmek adına alacaklı aleyhine icra-inkar tazminatı benzeri bir müeyyide öngörülmesi, icra dairelerinin yapısının değiştirilmesi gibi revizyonlar yapılmasının zaruri olduğu yönündedir[277].

Fransız İcra Kanununda Türk uygulamasından farklı olarak ilamsız icraya yer verilmemiş, ilamlı icrada da icraya konu olabilecek belgeler tek tek sayılmıştır[278]. Bunlar kesinleşmiş yerli ve yabancı mahkeme kararları, hakim ve uyuşmazlığın taraflarınca imzalanmış uzlaşma metinleri, hakem kararları ve ödenmeyen çeklerle ilgili olarak kamu görevlisi sıfatıyla serbest meslek erbabı olarak çalışan icra

[274] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/icra/icra1.pdf (çevrimiçi-20.05.2011)
[275] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/icra/icra3.pdf (çevrimiçi-20.05.2011)
[276] ÖZTEK, Selçuk, *"Türk İcra Hukukunun Eleştirisi"*, içinde: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII "İlamsız İcra", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İzmir, 2008, s. 201 vd.
[277] BUDAK, Ali Cem/DELİDUMAN, Seyithan/ULUKAPI, Ömer/TANRIVER, Süha, içinde: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII "İlamsız İcra", s. 211 vd.
[278] Procédure Civil d'Exécution art. 3.

memurları[279] tarafından düzenlenen belgeler ile kamu kurumlarının kanunla kendilerine yetki tanınmış alanlarda verdikleri kararlardır. Fransa'da Asliye Hukuk Mahkemesi başkanları icra hakimi olarak görev yapmakta ve icra prosedürünün her aşamasında talep üzerine veya re'sen karar verebilmektedir[280]. İcra hakiminin verdiği kararları uygulayan icra memurları serbest meslek erbabı olarak görev yaptıklarından icra dosyasına ilişkin makul bir sürede gerçekleştirememeleri halinde müvekkilerince azledilebilmektedir. Bu sebeple Türk uygulamasındaki gecikmelerin Fransa'da yaşanmadığını söylemek mümkündür.

Fatura alacağının ilamsız icraya konu olabileceği ve Adalet Bakanlığı'nın istatistikleri göz önünde bulundurulduğunda 6102 sayılı TTK m. 1530'a eklenen düzenlemenin amacına ulaşması isteniyorsa İcra ve İflas Kanununda buna uygun düzenlemelerin yapılması, ek hükümler konması ya da ilamsız icranın daha hızlı sonuçlanmasını sağlayacak değişikliklere yer verilmesi zorunlu olduğu açıktır.

IV. İŞLETMELERİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2000/35/EC sayılı Yönerge'de yer alan bazı hususları netleştirmek, bazılarını ise gelişen durumlara uyarlamak için çıkarılan 2011/7/EU sayılı Yönerge'ye öncekinde yer almayan "Şeffaflık ve Bilinci Artırma" başlıklı bir hüküm[281] eklenmiştir. Bu yeni hükme göre üye devletler Yönerge'den doğan hak ve borçlar ile geç ödeme halinde uygulanacak olan temerrüt faizinin oranı konusunda kamuyu aydınlatma garantisi vermektedir (m. 8/1). Bu amaçla devletlere geç ödemelerle mücadele hususunda işletmecilerdeki bilinci artırabilmek amacıyla mesleki yayınlar

[279] Aynı anlamda Bailiff (in Eng.), L'huissier de justice (en Fr.) ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.metiers.justice.gouv.fr/presentation-des-metiers-10070/les-autres-metiers-de-la-justice-10074/huissier-de-justice-11788.html (çevrimiçi-20.05.2011)
[280] Procédure Civil d'Exécution art. 6 vd.
[281] 2011/7/EU sayılı Yönerge m. 8.

çıkarma, tanıtım kampanyaları düzenleme ve diğer işlevsel araçlarla tanıtım yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Ayrıca üye ülkelerin "zamanında ödeme kültürü" oluşturabilecek, ödeme sürelerini ve alacağın ihtilaflı olması halinde izlenecek usulü açıkça belirleyen kanunların çıkarılması hususunda desteklenmesi ilkesi de Yönerge'de kabul edilmiştir. Yönerge'nin amacına ulaşmasını sağlamada en gerekli olanın bilincin uyandırılması olduğu açıktır. Tarafların haklarını ve borçlarını bilmeleri, kurallara uyma konusundaki istekliliklerini de artıracaktır.

Türk hukukunda büyük bir yenilik olarak kabul edilebilecek nitelikteki Türk Ticaret Kanununun 1530. maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında öngörülen yüksek faiz oranı da göz önünde bulundurulduğunda alacaklının kanundan doğan haklarını bilmemesi, borçluyu iki kez ödüllendirmek anlamına gelecek, maddenin amacına ulaşmasını engelleyecektir. Daha önce de belirtildiği üzere 1530. maddenin 2. ve devamı fıkraları önceden tartışılmaksızın son dakikada madde metnine eklenmiştir. Maddenin taşıdığı önem, borçlu temerrüdüne ilişkin yeni bazı düzenlemeler getirmesi sebebiyle bu hükümlerin yerinin Türk Borçlar Kanunu olduğu akıllara gelmektedir. Hükmün Ticaret Kanununda mı Borçlar Kanununda mı düzenlenmesi gerektiği tartışması bir yana[282], Yönerge düzenlemelerinin Kanun'un "Son Hükümler" bölümüne eklenmesinin yerindeliği eleştiriye açıktır. Türk Ticaret Kanununun "Son Hükümler" bölümüne konan düzenleme, hem 1530. maddenin ilk paragrafıyla hem de kendinden önce ve sonra yer alan hükümlerle bağlantısız olduğundan böyle bir hükmün varlığından haberdar olmayı dahi güçleştirmektedir. Hükmün kapsamının ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki olması ve

[282] Nitekim Fransız Hukukunda da Yönerge'de yer alan düzenlemeler Fransız Medeni Kanununa değil, Ticaret Kanunu'na yansıtılmış, ancak kanunun "Fiyat Belirleme Özgürlüğü ve Rekabet" başlıklı 4. kitabının "Şeffaflık" başlıklı 4. bölümünde, diğer maddelerle bağlantılı olarak ele alınmıştır.

sonuçlarını ticari işletmeyi işleten tacir üzerinde doğurması göz önünde bulundurulduğunda, "Tacir olmanın hükümleri" başlıklı 18. maddenin hemen ardında düzenlenmesi, kanaatimizce sistematik açıdan daha doğru olurdu.

İşletme sahiplerinde ve işletmecilerde zamanında ödeme bilinci uyandırılmasının önemi, ülkemizde belki AB'de olduğundan daha da büyüktür. İcra uygulamasının oldukça karmaşık olduğu ve uzun süre aldığı ülkemizde, bilinçlendirme çalışmalarının yapılması maddenin işlerlik kazanması ve amacına ulaşabilmesi açısından belki de en önemli husustur. Ancak söz konusu düzenleme hakkında işletme sahiplerinin bilgisi olup olmadığı bilinmediği gibi, 2000/35/EC ve 2011/7/EU'da yer alan düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu Tasarısı yasalaşmadan önce Türk doktrininde ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. Yaratacağı tartışma göz önünde bulundurulduğunda maddenin halihazırdaki duruma etkisinin pozitif yönde mi yoksa negatif yönde mi olacağını kestirmek güçtür. Bilgi sıkıntısının önüne geçebilmek için Kanunun yürürlüğe gireceği 1 Temmuz 2012 tarihine kadar bilgilendirme çalışmalarının hızlandırılması kanaatimizce daha doğru olacaktır.

SONUÇ

Ticari işlerde borçlu temerrüdüyle mücadele etme fikri, geç ödemelerin küçük ve orta ölçekli işletmeler üzerinde yarattığı finansman baskısı ve iflas riski sebebiyle 90'lı yılların başında Avrupa Birliği gündemine gelmiştir. İflaslar sonucu yaşanan iş kayıplarının Birlik çapında istihdam oranlarını düşürmesi, üye ülkelerin soruna farklı yaklaşımlarının rekabet eşitliğine ve Avrupa Birliği'nin temel hedefi olan "iç pazar yaratma" amacına aykırılığı, Birlik'i üye ülkeleri bağlayıcı düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Bu amaçla hazırlanan 2000/35/EC sayılı "Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin AB Yönergesi" 8 Ağustos 2000 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tüketicinin korunması saiki olmaksızın ilk kez özel hukuka ait bir alana müdahale eden Birlik'in 2000/35/EC sayılı Yönerge ile, tarafları işletme veya kamu kurumu olan ve konusu mal veya hizmet tedariki olup, para borcu doğuran sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü ilkesine tedarik sözleşmelerinin zayıf konumundaki alacaklı lehine müdahale etmiştir. Yönerge'nin kalbini oluşturan 3. maddede borçlunun ihtarsız temerrüdü düzenlenmiş, sözleşme ile kararlaştırılmadığı hallerde temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarih netleştirilmiş, geç ödemeyi caydırıcı nitelikte asgari bir temerrüt faizi öngörülerek alacaklıların ve özellikle İç Pazar'da faaliyet gösteren ihracatçıların koruması sağlanmaya çalışılmıştır.

Üye ülkelerin geri bildirimleri sonucunda 2000/35/EC sayılı Yönerge'nin amacına ulaşamadığını tespit eden Avrupa Komisyonu, hem bu Yönerge'de yer alan hükümleri rasyonalize edip açıklamak hem de küçük ve orta ölçekli işletmelere ilişkin olarak Birlik içinde yaşanan gelişmelere uyum sağlamak adına yeni bir Yönerge hazırlamayı uygun görmüştür. 2000/35/EC sayılı Yönerge ile aynı ismi

taşıyan 2011/7/EU sayılı yeni Yönerge, 23 Şubat 2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır. 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin bir önceki Yönerge'ye göre oldukça geniş açıklamalar içeren Gerekçe bölümünde, Yönerge'nin kapsamı örnekler vasıtasıyla somutlaştırılmaya çalışılmış, her bir hükmün düzenlenme amacına ilişkin ayrıntılı izahatlara yer verilmiştir. Yönerge'nin ikinci maddesinde temerrüt faizinin nasıl hesaplanacağı üzerinde durulmuş, ödeme sürelerinin uzatılmasına karşı daha katı düzenlemeler getirilmiş, kamu kurumları ile işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikine ilişkin ayrı bir hüküm sevk edilmesi uygun görülmüştür. Uygulamada farklılıklarla karşılaşılmaması adına haksız sözleşme hükümleri ve sözleşme uygulamalarına ayrıntılı olarak değinilmiştir. Üye ülkeler, önceki Yönerge gibi emredici hükümler içeren bu Yönerge'yi 16 Mart 2013 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmakla yükümlü kılınmıştır.

Türkiye de aday üye sıfatıyla "İşletme ve Sanayi Politikaları" başlıklı 20. Fasıl'a dahil olan 2011/7/EU sayılı Yönerge ile, fasıl henüz görüşmeye açılmamış olmasına rağmen mevzuatını uyumlaştırarak üzerine düşeni önceden yapmayı tercih etmiştir. Mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun oylandığı gün olan 13 Ocak 2011 tarihinde verilen bir önergeyle 1530. maddeye eklenmiş, ancak hükmün kapsamı 6102 sayılı Yönerge'ye nazaran daha kısıtlı tutulmuştur. Çap ve büyüklüğü ne olursa olsun her türlü işletmenin ve serbest meslek sahiplerinin kendi aralarında veya kamu kurumlarıyla gerçekleştirdiği mal ve hizmet tedarikine ilişkin düzenlemeler içeren Yönerge'nin aksine, 1530. madde yalnızca ticari işletmeler arasındaki tedarik işlemleri ile sınırlı tutmuştur. Bu sebeple mevzuatın mehaz Yönerge'yle tam olarak uyumlaştırılamadığını söylemek mümkündür.

Ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde borçlunun temerrüdünü düzenleyen 1530. maddede, borçlusunu temerrüde düşürmek isteyen alacaklının ihtar çekmesi şartı ortadan kaldırılmış ve hükmün caydırıcılığı öngörülen yüksek oranlı temerrüt faiziyle sağlanmaya çalışılmıştır. Borçlunun temerrüde düşeceği tarihin tespitinde, 2011/7/EU sayılı Yönerge'de olduğu gibi ödeme süresinin sözleşmeyle kararlaştırılmış olup olmamasına göre ikili bir ayrım öngörülmüştür. Sözleşmeyle kararlaştırılan sürenin prensip olarak en fazla 60 gün olabileceği ve ancak sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması ve alacaklı aleyhine açıkça haksız durum yaratmaması şartıyla daha uzun sürelerin kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Türk mevzuatında, Yönerge'den farklı olarak alacaklının KOBİ veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı haller için bir istisna getirilmiş; bu durumda sözleşmeyle 60 günden daha uzun sürelerin kararlaştırılamayacağına yer verilmiştir. Bu düzenleme, ülkelerin mevzuatlarında Yönerge'de bulunan düzenlenmelerden daha ağır hükümler getirebileceği kuralına uygun olmasına karşın büyük ölçekli işletmeleri KOBİ'lerle mal ve hizmet tedariki ilişkisine girmemeye yöneltebilecek niteliktedir. Ödeme süresinin sözleşmeyle kararlaştırılmadığı haller için ise değişik ihtimaller düzenlenmiş; fatura veya eşdeğer ödeme talebinin, mal veya hizmetin teslim tarihi ile, mal veya hizmet için kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacak olan 30 günlük süreler öngörülmüştür.

1530. maddenin yedinci fıkrasında yer verilen temerrüt faizi oranının belirlenme şekli ve miktarı ise mehaz Yönerge'den farklılık göstermektedir. Öncelikle, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin aksine Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Ocak ayında 3095 sayılı Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında

düzenlenen avans faizini baz alıp, avans faiz oranını yedinci fıkrada belirtilen oranda artıracak ve bu şekilde belirlenen faiz, yılın her iki yarısında da geçerli olacaktır. Mehaz Yönerge'de ise temerrüt faizinin, Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez belirlenmesi öngörülmüştür. Öte yandan, temerrüt faizinin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca nasıl hesap edileceğini açıklayan cümlenin lafzı kafa karıştırır niteliktedir. Söz konusu oranın, avans faizi oranının yüzde sekizi kadar mı fazla olacağı, yoksa bu orandan sekiz puan mı fazla olacağı lafızdan net olarak anlaşılamamaktadır. Kanımızca faize ilişkin hükmün daha açık şekilde kaleme alınması ve Yönerge'deki hükme paralel olarak yılda iki kez belirlenmesi yerinde olacaktır.

Diğer taraftan mehaz Yönerge'de düzenlenen kimi hususların mevzuata yansıtılmayarak yalnızca mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına ilişkin hükümlerin Türk Ticaret Kanununa dercedilmiş olması, Yönerge ile tam bir uyumlaştırmanın sağlanamamasına neden olmuştur. 1530. maddenin gerekçesinde, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin kamu kurumlarına ilişkin hükümlerinin bilinçli şekilde kanuna alınmadığına vurgu yapılmış, mehaz Yönerge'nin en önemli kısmı Türk mevzuatına aktarılmamıştır. Benzer şekilde, borçlu temerrüdüne ilişkin yapılmış caydırıcı düzenlemelerin amacına ulaşmasını sağlayacak olan icra ve takip usullerini kolaylaştırmaya ilişkin değişiklikler henüz İcra ve İflas Kanununda gerçekleştirilmemiştir. Yine, Türk Medeni Kanununun mülkiyetin muhafazası kaydına ilişkin 764 ve devamı hükümleri Yönerge ile paralellik göstermemektedir. Emredici hükümler içeren 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin tam manada iç hukuka aktarılmış olması ve Türk Ticaret Kanununa alınan düzenlemelerin işlerlik kazanabilmesi için ilgili kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına ilişkin düzenlemelerin Son Hükümler bölümünde yer alan 1530. maddeye eklenmiş olması ve kendinden önceki ve sonraki maddelerle herhangi bir ilintisinin bulunmaması da eleştirileri beraberinde getirmiştir. Borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenlemelerden büyük farklılıklar taşıyan, işletmelerin alacaklarına zamanında kavuşmasını sağlayarak finansman sorunlarının ve iflasların önüne geçmeyi amaçlayan ve alacaklı için kolaylıklar getiren bu düzenlemenin yeri kanaatimizce isabetli seçilmemiştir. Borçlu temerrüdüne ilişkin yeni bazı düzenlemeler getirmesi sebebiyle bu hükme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunda yer verilebileceği gibi, hükmün kapsamının ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedariki olması ve sonuçlarını ticari işletmeyi işleten tacir üzerinde doğurması göz önünde bulunduğunda Türk Ticaret Kanunun "Tacir olmanın hükümleri" başlıklı 18. maddesinin hemen ardına yerleştirilmesi, kanımızca sistematik açıdan daha doğru olurdu.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

ALP, Mustafa, *"Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Para Borçlarından Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Temerrüt Faizi ile İlgili Değişiklikler"*, GSUHF Dergisi (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), Yıl:1, S.1.

AKGEMCİ, Tahir, *"KOBİ'lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler"*, Ankara, 2001, (http://www.kosgeb.gov.tr/Pages/UI/Yayinlar.aspx?ref=9&refContent=33)

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, *"Eşya Hukuku"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

ARAL, Fahrettin, *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri",*Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

ARAL, Fahrettin, *"Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi"*, ("Mülkiyeti Muhafaza") (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3019.pdf)

ARKAN, Sabih, *"Ticari İşletme Hukuku",* BTHAE Yayınları, Ankara, 2011.

BARLAS, Nami, *"Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar"*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.

BOZER, Ali/GÖLE, Celal, *"Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi"*, Ankara 2004.

BUZ, Vedat, *"Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları",* Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

ÇAĞLAYAN, Pınar, *"Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK m. 1530)"*, BATİDER, 2011, C. 27, S. 2.

DİRİKKAN, Hanife, *"Tacirler Arası İhbarlar ve İhtarlar"*, (http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-1/PDF/dirikkan2.pdf).

DOMANİÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, *"Ticaret Hukukunun Genel Esasları"*, Arıkan Kitabevi, İstanbul, 2007.

EREN, Fikret, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, Ankara 2008.

ERKAN, Yücel Eda, *"Avrupa Birliği İçin Küçük İşletmeler Yasası"*, ABGM Komisyon Bildirimi, Ankara, 2008.

GÖZLER, Kemal, *"İdare Hukuku"*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, c. 2.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *"İdare Hukuku-Genel Esaslar"*,Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin, *"İdare Hukuku"*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

HAUSLER, A. Sophie, *"Directive 2000/35/EC on Combating Late Payment in Commercial Transactions"*, Columbia Journal of European Law, 2001 (www.lexisnexis.com –çevrimiçi).

HAVUTÇU, Ayşe, *"Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini"*, DEUHF Yayınları, İzmir 1995.

KANTNER, Hans-Georg, *"Late Payment-The Austrian Perspective"* from the European Charter for Small Enterprises to Small Business Act, Stockholm Conference(http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/best-practices/charter/2009-conference/index_en.htm).

KARAKOÇ, Yusuf, *"Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi"*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997.

KILIÇ, Duygu, *"Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları, İhale ve Sözleşmeleri"*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KILIÇOĞLU, Ahmet, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

KOCABAŞ, Bilal, *"Ödeneği Olmayan Bir İş İçin İhaleye Çıkılabilir mi?",* 2004 (http://www.butce.org/Html/makaleler/odenek_bilal.htm).

KUMKALE, Rüknettin, *"Hukuki ve Mali Yönleriyle Fatura",*Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *"İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı"*, Baskı: 24.

MILO, John Michael, *"Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title"*, Kluwer Law International, 2007 (www.heinonline.com).

NOMER, Haluk, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler",* Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

ODABAŞI-SARI, Arzu, *"Avrupa Birliği'nde KOBİ Destek Mekanizmaları ve Türkiye"*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.

OĞUZMAN, Keman/ÖZ, Turgut, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *"Eşya Hukuku",* Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

OSKAY, Mustafa/DEĞNEKLİ, Adnan/KOÇAK, Coşkun/DOĞAN, Ayhan, *"İİK Şerhi"*, Cilt 1, Ankara, 2007

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, *"Vergi Hukuku"*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

ÖZTEK, Selçuk, *"Türk İcra Hukukunun Eleştirisi"*, içinde: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII "İlamsız İcra", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İzmir, 2008,

RAMONI, Claude, *"Demeure du Debiteur et Contrats de Droit Suisse"*, Schultess Zurich, Lausanne 2002

REİSOĞLU,Safa, *"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

PALAMUTÇUOĞLU, Türker, *"Tedarik Yönetimi"*, s. 1 (http://www2.bayar.edu.tr/kulamyo/docs/turker_palamutcuoglu/TYDN.pdf).

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, *"Ticari İşletme Hukuku"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard/ONGENA, Steven, *"The Late Payment Directive-A Step Towards an Emerging European Private Law?"*, Kluwer Law International, European Review of Private Law 4-2003. (www.heinonline.com)

TANDOĞAN, Haluk, *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama"*, BTHAE, Ankara, 1984, C.1.

TANDOĞAN, Haluk, *"Türk Mesuliyet Hukuku-Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKİNALP, Ünal, "Ticaret Hukuku ile Vergi Hukuku Arasında Çelişki Sorunu", İktisat Maliye Dergisi, C.23, S.1.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP,Atilla, *"Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler"*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TRAGNAN, Jeremie, *"L'Organisation Administrative de la France"*, http://www.google.com.tr/search?q=collectivite+territoriale+est+quoi+en+france&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:tr:official&client=firefox-a).

UYAR, Talih, *"Gerekçeli- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi"*, C: 1, Baskı 2, Ankara, 2004.

ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER-ERTAN, N. Füsun, *"Ticari İşletme Hukuku",* Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

ÜNAL, Oğuz Kürşat, "Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti", Bilge Yayınevi, Ankara, 2006.

YALÇIN, Azmi/GAFUROĞLU, Şahin, *"Ekonomik Krizlerin Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Üzerindeki Yönetsel ve İşlevsel Etkilerini Belirlemeye Yönelik Ampirik Bir Çalışma"*, Ç.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 17, S. 2, Adana, 2008.

YAVUZ, Cevdet, *"Borçlar Hukuku Dersler Özel Hükümler"*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

YILMAZ, Ejder, *"Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü"*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ZACCARIA, Alessio, *"(EC) Directive 2000/35 on Combating Late Payments in Commercial Transactions",*The European Legal Forum, Issue 6-2000/01, s. 386. (http://www.simons-law.com/library/pdf/e/92.pdf -çevrimiçi 01.07.2011)

Diğer Kaynaklar

TBMM 13 Ocak 2011 tarihli 23. Dönem 5. Yasama Yılı 51.Birleşim Genel Kurul Toplantı Tutanağı,(http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20839&P5=B&PAGE1=109&PAGE2=140).

AB Müktesebatı (content of the Acquis) (http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/negotiations_croatia_turkey/index_en.htm).

Legislative Resolution Embodying the Opinion of the European Parliament on the Commission Proposal for a Council Decision on a Multiannual programme (1993 to 1996) of Community Measures to Intensify the Priority Areas of Policy for Enterprise, in particular SMEs, in the Community, *Official Journal C 150, 31.5.1993 (*http://eur-lex.europa.eu/Result.do?RechType=RECH_celex&lang=en&code=51993AP0114*)*.

Commission of the European Communities, *"Integrated Programme in favour of SMEs and the Craft Sector"*, White Papers, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1994:0207:FIN:EN:PDF-).

95/198/EC Commission Recommendation of 12 May 1995 on Payment Periods in Commercial Transactions**,** OJ L 127, 10/06/1995 s.19-22 (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995H0198:EN:HTML).

European Economic and Social Committee, *"Opinion of the Economic and Social Committee on the 'Proposal for a European Parliament and Council Directive Combating Late Payment in Commercial Transactions'-"98/C 407/09)*,Conclusions and Recommendations, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:407:0050:0050:EN:PDF-).

"*Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC-Treaty concerning the Common position of the Council on the proposal for a European Parliament and Council Directive combating late payment in commercial transactions /* SEC/99/1398 final - COD 99/0099"*, **(**http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51999SC1398:EN:HTML **).**

European Payment Index 2009, (http://www.slideshare.net/IntrumJustitia/european-payment-index-2009).

http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Supplier+Credit

European Commission, *"The New SME Definition-User Guide and Model Declaration"*, Entreprise and Industry Publications, s. 3 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_en.pdf).

"European Charter for Small Enterprises", Feria, 2000, *"C**ommission Recommendation of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises"**, OJ L 107, 30/04/1996.*

Commission Recommendation of 6 May 2003 Concerning the Definition of Micro, Small and Medium-Sized Enterprises ("2003/361/EC") (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:en:PDF).

"*Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Implementing the community Lisbon programme - Modern SME policy for growth and employment"*, COM/2005/0551 final. **(**http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0551:EN:NOT**).**

"Think Small First- A Small Business Act for Europe", Brussels, 25.06.2008, COM (2008)394. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:en:PDF).

European Commission, "*European Commission Working Document Report on the Implementation of the SBA"*, Brussels, COM 2009/680 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/implementation/files/sba_imp_en.pdf).

European Commission, *"Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, Economic and Social Committee and the Committee of the Regions-Review of the Small Business Act for Europe"*,(COM (2011) 78).

European Council, *"Conclusions on the Review of the Small Business Act for Europe"*, Brussels, 2011.

(http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/122326.pdf)

European Council, "*Creating a European Enforcement Order for Uncontested Claims (Regulation (EC) No 805/2004),*Official Journal L 143 30.04.2004.

European Council and European Parliament, *"Creating a European Order for Payment Procedure (Regulation (EC) 1896/2006 "*, *Official Journal L 399, 30.12.2006.*

European Council and European Parliament, *"Establishing a European Small Claims Procedure (Regulation (EC) No 861/2007)"Official Journal L 199 , 31/07/2007.*

European Council and European Parliament, *"Certain Aspects of Mediation Civil and Commercial Matters (Regulation No 2008/52/EC)"* Official Journal L 136, 24.05.2008.

OECD, *"Small and Medium Sized Enterprises in Turkey-Issues and Policies"*, (http://www.oecd.org/dataoecd/5/11/31932173.pdf-).

http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=45690&l=1

http://www.ecb.int/stats/monetary/rates/html/index.en.html

www.kazanci.com.tr

http://www.legifrance.gouv.fr

http://www.metiers.justice.gouv.fr/presentation-des-metiers-10070/les-autres-metiers-de-la-justice-10074/huissier-de-justice-11788.html

http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr

http://mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

http://www.rws-verlag.de/fileadmin/zbb-volltexte/8ZR25909.pdf

www.tcmb.gov.tr/yeni/reeskont/reeskont.html

www.tdk.gov.tr

ÖZET

09.11.2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın *"Hukuki işlemlerin yasaklanması ve edimlerde en yüksek sınırın aşılmasının sonuçları"*nı düzenleyen 1530. maddesinin başlığı, TBMM'de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun oylandığı 13 Ocak 2011 tarihinde verilen bir önergeyle *"Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları"* şeklinde değiştirilmiş ve maddeye AB müktesebatına uyum amacıyla 7 yeni fıkra eklenmiştir. Bu çalışmada düzenlemenin mehazı olan 2011/7/EU sayılı "Ticari İşlerde Geç Ödemeyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi"nin iç hukuka doğru şekilde aktarılıp aktarılmadığı tartışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde, ticari işlerde geç ödemeyle mücadele etme fikrinin Avrupa Birliği'nde neden ortaya çıktığına değinilmiş ve mehaz Yönerge'nin oluşum süreci ele alınmıştır.

İkinci bölümde, 2011/7/EU sayılı Yönerge'nin "işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikinde geç ödemelere ilişkin" üçüncü maddesinin Türk hukukuna aktarılış biçimine ve 1530. maddede yer alan düzenlemelerin mehaz Yönerge'den farklılıklarına yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise 2011/7/EU sayılı Yönerge'de bulunan ancak Türk mevzuatına henüz yansıtılmamış olan hususlara değinilmiştir.

ABSTRACT

The headline "Prevention of legal acts and conclusions of exceeding the maximum limits in performance" of Article 1530 of the Draft Turkish Commercial Code dated November 09, 2005 was amended by the Turkish National Assembly with a motion voting the Turkish Commercial Code numbered 6102 dated January 13, 2011 as "Acts that are prevented via commercial regulations and the conclusions of late payment in good and services supply" and 7 new articles were added in order to sync with the Union Acquis. In this work, it was argued as to whether the referred "European Union Directive on Late Payment in Commercial Transactions" numbered 2011/7/EU was adopted to the domestic law correctly or not.

In the first part of the work, it was mentioned about the rise of the opinion in the European Union regarding the fight against late payment in commercial transactions and constitution of the referred Directive was examined.

In the second part it was mentioned about the adoption of Article 3 regarding "Late payments between premises in supply of goods and services" of the Directive numbered 2011/7/EU and the differences between the Article 1530 and the referred Directive.

In the third and last part it was mentioned about the facts that were regulated in the Directive numbered 2011/7/EU however that have not been reflected to the Turkish legislation yet.