

No : 2020-75

Tarih : 3 Temmuz 2020

Konu : Korona Salgınının Neden Olacağı Ticari Anlaşmazlıklar ve Maddi Zararın Hesaplanması

Malum, Covid-19 salgınının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması amacıyla yapılan her türlü düzenlemeyi sizlerle paylaşıyoruz. Salgının en önemli etkilerini bu yıl ciddi bir ekonomik daralma ve istihdamdaki kayıp ve buna bağlı sosyo-ekonomik sonuçlar olarak göreceğiz. Önümüzdeki yıllar için neler olacak, bilebilmeye çalışıyoruz.

Salgına ilişkin çıkış senaryolarının, U veya V şeklinde veya daha uzun bir zamana yayılı olarak öngören ekonomistler var. Hep birlikte yaşayarak gördüğümüz bir süreç bu.

Salgının ekonomideki önemli etkilerinden bir tanesinin de ticari hayata ilişkin olmasını ve çok fazla ticari anlaşmazlığın şimdiden çıkmaya başladığını söyleyebiliriz. Ticari anlaşmazlıklarla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken noktaları konunun uzmanına sorduk. Sayın Dr. Namık Kemal Uyanık bu konuda uzman bir isim ve yayımlanmış çeşitli kitap ve makaleleri bulunuyor. Sözü kendisine bırakıyoruz.

I. Giriş

Korona salgını firmalar açısından hem ulusal hem de uluslararası çapta önemli ekonomik sonuçlara yol açmaktadır. Bu etkiler sonucunda hem sözleşmelere hem de haksız fiile dayalı ticari anlaşmazlıkların sayısında ciddi bir artış olması muhakkaktır. Muhtemel dava türlerine örnek olarak; işlerin sekteye uğraması halinde sigorta poliçesi satın alan şirketler veya mal sigortaları veya birleşme ve satın alma sözleşmelerine göre taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi veya tedarik/üretim zincirinin kırılması nedeniyle ortaya çıkan kayıplar veya distribütörlük sözleşmesinin feshi gibi konularda anlaşmazlıklar ortaya çıkabilir. Salgının dünya çapında neden olduğu benzeri görülmemiş işe ara vermeler göz önüne alındığında, birçok işletme kaçınılmaz olarak maruz kalacağı finansal kayıpların bir kısmını telafi etmek için sigorta poliçelerine yönelecektir. İşletmenin hangi kısımlarının hangi zamanlarda etkilendiğini ve nihayetinde kimin sorumlu olduğunu belirlemek, iş kesintisi iddialarının odağı haline gelecektir. Durumun benzersiz doğası göz önüne alındığında, birçok poliçe sahibi ve/veya sigortacı, salgından kaynaklanan iddiaların çözümü için mahkemelere başvuracaktır. Bu iddialar için dava açıldığında ise, fiili zararların veya yoksun kalınan kazancın değerlendirilmesi büyük olasılıkla uzmanların yardımını gerektirecektir. Anlaşmazlıkların, taraflar arası anlaşma veya uzlaşma veya arabuluculuk sistemleri ile çözülmesi mümkün olmakla birlikte, ki arabulucuya başvuru dava şartıdır, uzun ve çetin dava sürecinin başlaması olasıdır. Dava sürecinde anlaşmazlıkların hukuki tartışması yanında özellikle maddi zararın hesaplanmasına ilişkin hususların mutlaka göz önünde bulundurulması şarttır.

II. Ticari anlaşmazlıklar ve dava süreci

Ticari anlaşmazlıkların dava konusu yapılması halinde tazminat davalarının iki önemli yönü bulunmaktadır: Birincisi, tazminatın konusunu teşkil eden yasal hüküm ve düzenlemeleri ilgilendiren hukuki tespit yönüdür. İkincisi ise maddi tazminatı ve tutarını içeren ticari yönüdür ve genellikle söz konusu davadaki maddi tazminatın hak kazanılmasını oluşturur. Tazminat davasında öncelikli olarak hukuki aşamanın başarıyla geçilmesi ve haksız fiil veya sözleşme ihlalinin veya feshinin tespit edilmesi gerekmektedir. Tespit davasının kazanılmaması halinde ticari kısma geçilemez. Tespit davasının kazanılmasından sonraki aşamayı ise maddi zararın varlığı, zarar veren olayla illiyet bağı ve zarar tutarının ispatlanması oluşturur.

Zararın varlığı ve tutarının ispat edilemediği durumda tazminat kararının verilemeyeceği verilse bile gerçek zararlar ilgisinin çok az olacağı açıktır. Netice itibarıyla hukuki başarının ardından ticari başarının sağlanması için zararın varlığı ve tutarının ispat edilmesi gerekir. Tazminat tutarının gerçek zararı karşılayacak miktarda olması ticari başarının elde edildiğini gösterecektir.

Hukuki aşamanın başarıyla geçilmesine rağmen ticari aşamada başarısız olunması halinde davanın hukuki yönünün kazanılması bir anlam ifade etmeyecektir, çünkü zararın tam tazmin edilmesi mümkün değildir. Davalı açısından olayı ele aldığımızda ise maddi zarar tutarı hesaplamasının gerçek zarar tutarının çok üzerinde spekülatif rakamlar içermesi halinde haksız bir zenginleşmeye fırsat verilmiş olacaktır. Bu durumda maddi zarar hesaplamalarına haklı nedenlerle itiraz edilmelidir.

Maddi zarar tutarının hesaplanması ekonomi ve hukuk bilimlerinin kesiştiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik analizin iyi yapılması illiyet bağının daha doğrusu davanın hukuki yönünün de başarıyla ortaya konulması için elzemdir. Sonuç olarak her bir tazminat davasının kendine özgü şartlar içinde değerlendirilmesi zorunluluğu ekonomik analiz ve değerlendirmeyi gerekli kılmakta ve mahkemelerde giderek daha fazla kullanılmaktadır. Tazminat davalarında ekonomik analiz tarafların salt muhasebe kayıtları ve sektör bilgilerinden elde edilen rakamlarla maddi zarar hesabını bir rakam olarak ortaya koymanın ötesinde dava konusu olayın altında yatan ekonomik gerçeklerin açıklanmasıdır. Davanın konusu, maddi zararın türü ve seçilen zarar hesaplama yöntemine bağlı olarak davacı veya davalının muhasebe bilgi ve belgeleri her zaman için en önemli bilgi ve deliller arasındadır. Bazı davalarda bu bilgiler yanında sektörün iş yapma usul ve esasları, sektör kârlılık oranları ve ticari işlem şartlarının da analizi gerekmektedir.

Ekonomik analiz ihtiyacı ve gerekliliği sadece maddi zararın hesaplanmasında değil ticari anlaşmazlıkların farklı aşamalarında da karşımıza çıkmaktadır.

1. Dava Açılmadan Önce Yapılacak Ekonomik Analiz:

Bu analiz dava açılmadan önce dava açma maliyetleri ve kazanma riskinin değerlendirilmesi amacıyla yapılan analizdir. Davanın konusu ve zararın tutarı, hukuki düzenlemeler ve benzer davalara ilişkin yargı kararlarına göre kazanma şansı ile mahkeme ve avukat giderleri dava açılmasında dikkate alınan önemli kriterlerdir. Dava sonunda istenen amacın gerçekleşmemesi halinde, kaybeden taraf olarak katlanılan maddi giderler yanında kamuoyunda haksız çıkmanın yaratacağı itibar kaybı gibi manevi maliyetler nedeniyle bu maliyetler daha da büyük olacaktır.

2. Maddi Zararın Hesaplanmasında Ekonomik Analiz:

Dava açılması sonrasında yapılacak ekonomik analiz maddi zararın hesaplanmasına yönelik yapılan bir analizdir. Gelişmiş ülkelerde görülen tazminat davalarında dava sahipleri veya avukatlar maddi zararın varlığı ve hesaplanması konusunda ekonomik analiz yapacak kişilerin bilgi ve becerilerinden faydalanmakta ve üstelik bu bilgiler davanın tespit sürecini de etkileyeceğinden davanın başlangıç aşamasında birlikte çalışmayı tercih etmektedirler. Sonuç olarak dava sürecinde karşı tarafın iddialarının cevaplandırılması açısından da ekonomik analize gerek bulunmaktadır.

Zarar gören davacının maddi zarar analizini kötü veya eksik bir raporla sunması ve bunu savunması halinde davayı kaybetmesi tüm ülkelerde olabilecek bir olaydır. Örneğin, ABD Florida eyaleti tazminat davalarının en önemlilerinden birinde temyiz mahkemesi davacının uzman bilirkişisinin maddi zarar hesaplama raporunu eksik bulmuş ve davalının daha iyi savunma yapması nedeniyle alt mahkemede davacı lehine kararlaştırılan yaklaşık 1,45 milyar dolarlık tazminat ödenmesi kararını iptal etmiştir. Davanın konusu kamp malzemeleri üreticisi Coleman Company (CPH) ile ev aletleri üreticisi Sunbeam'in birleşmeden sonra CPH yöneticilerinin Sunbeam hesaplarında yolsuzluklar bulunması ve finansal sorunlarına rağmen hisse senetlerinin yüksek değerlendirilerek maddi zarara yol açıldığı ve bunun sorumlusunun değerlemeyi yapan Morgan Stanley şirketi olduğu iddiasıdır. Mahkemece 1,45 milyar dolarlık tazminata hükmedilmesine rağmen temyiz mahkemesi duruşmada maddi zararın uzman bilirkişilerce yeterince savunulmadığı gerekçesiyle tazminat tutarını iptal ettiğini açıklamıştır.

Maddi zararın varlığının, boyutunun ve tutarının ekonomik analiz yöntemleri ve araçları kullanılarak bilgi ve belgelerle ortaya konulması adaletin sağlanmasına önemli katkılar sağlayacaktır. Ekonomik analizin adaletin tecelli etmesine yapacağı katkı tazminat tutarının gerçek maddi zarara eşit veya ona çok yakın belirlenmesi halinde en fazlaya çıkacak ve toplumsal refahın artmasına da katkıda bulunacaktır. Bu katkıları yapabilmesi için ekonomik analizin bazı temel ekonomik prensiplerle uyumlu olması gereklidir.

Maddi zarar tutarının hesaplanmasında ekonomik analiz iki temel soruya cevap bulmaya çalışır:

1. Maddi zararı doğuran olay, fiil veya eylem olmasaydı davacı hangi ekonomik durumda bulunacaktır? Farklı bir ifadeyle davacının olay öncesi ve sonrası ekonomik durumunun analizi ve değerlendirilmesi ve zararın ortaya konulmasıdır. Örneğin, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle zarara katlanılması veya patent tecavüzü hallerinde davacının fesih veya tecavüz öncesi ekonomik durumu ile tecavüz sonrası ekonomik durumu karşılaştırılarak zarar tutarının hesaplanmasıdır.
2. Davacının olay sonrası kâr/gelir kaybının veya giderlerinin veya şirket değerinin ne olduğunun araştırılması ve tespit edilmesidir. Örneğin, haksız fiil veya rekabet nedeniyle bir şirketin faaliyetine son verilmesi halinde ortaya çıkan maddi zararın hesaplanmasında şirketin zarara neden olan fiilin işlenmesinden önceki değerinin hesaplanması ve tazminatın bu tutar üzerinden belirlenmesi gerekir. Bazı durumlarda maddi zarar analizi yanında şirketlerin içinde bulunduğu sektörün ve munzam zararda olduğu gibi genel makro değişkenlerin analizinin de yapılması gerekebilir.

Yukarıdaki temel sorulara verilecek cevaptan anlaşılacağı üzere maddi zararın hesaplanmasında ekonomik analiz işin niteliği gereği salt pozitif bir bilim dalı değildir. Her zaman ve her olay için geçerli kuralları yoktur. Bu nedenle her olay kendi şartları içinde değerlendirilmeli ve ekonomik prensiplerle uyumlu analizi yapılmalıdır. Olaya bağlı olarak analiz yöntem ve araçlarının değişmesi analizin temel ekonomik prensiplerle uyumlu olması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Analiz temel finans, muhasebe ve ekonomik prensiplere aykırı olmamalıdır. Örneğin, yüksek fiyatların düşük satışlara neden olacağı, lisans bedelinin belirlenmesinde serbest piyasa koşullarının dikkate alınması, paranın zaman değeri, yoksun kalınan kârların analizinde gelirden meydana gelen değişimler ve ilgili değişken maliyetlerdeki değişikliklerin dikkate alınması gibi temel prensiplere mutlaka riayet edilmelidir.

3. Sözleşme ve Fiillerin Değerlendirilmesinde Ekonomik Analiz:

Ekonomik analiz ayrıca sözleşmesel ticari anlaşmazlıklarda sözleşmenin feshi, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yani sözleşmenin ihlali, feshi veya iptali nedeniyle ortaya çıkacak maddi zararın ekonomik gerekçesinin ortaya konulmasında da önemli ipuçları verecek ve maddi zararın boyutunun belirlenmesini kolaylaştıracak araçları sunmaktadır.

4. Dava Sürecinde Anlaşmazlığın Çözümünde Ekonomik Analiz:

Ticari anlaşmazlıkların çözümü, anlaşma ve uzlaşma gibi yöntemlerle davanın devamı sürecinde de gerçekleşir. Dava açılması en azından davacının haklarını korumaya ne kadar istekli ve ciddi olduğunu belirtir ve davalının tutumunu etkiler. Anlaşmazlık tarafları, dava açılması sonucunda karşı tarafın iddiaları, elindeki bilgi ve belgeler ile ispat araçları ve bunları kullanma yöntemlerini öğrenme imkanına sahip olmaktadır. Taraflar, dava açılması sonrası kendileri yanında karşı tarafın da zayıf ve güçlü yanlarını değerlendirerek yeni bir karara sahip olabilir ve dava karşısında kendi durumlarını tekrar değerlendirebilir ve değerlendirme sonucunda davanın sürmesi halinde katlanılacak zararın ödenecek tazminattan daha fazla olacağı veya aleyhe sonuçlanması ihtimalinin belirlenmesi durumunda rasyonel bir şekilde zaman, emek ve daha fazla para kaybetmeden davayı anlaşma ile çözmek isteyebilirler.

5. Uzmanlık Bilgisi Gerektiren Davalar Nedeniyle Yapılan Ekonomik Analiz:

Bazı davalar uzman kişilerin ekonomik analiz yapmasını zorunlu kılmaktadır. Uluslararası tahkim kurulları ve ithalatta haksız rekabete ilişkin davalar örnek olarak verilebilir. Fikri ve sınai mülkiyet hakları olarak adlandırılan patent, ticari markalar, endüstriyel tasarım, bilgisayar yazılımı, filmler, müzik eserleri, bilimsel ve edebî eserler gibi çok farklı mal ve hizmetler şirketlerin muhasebe kayıtlarında haklar veya varlık olarak kaydedilmektedir. Belirtilen haklara yönelik suiistimal ve tecavüzlerin artışı gün geçtikçe önemini ve önlenmesi gereğini de artırmaktadır. Bu tip anlaşmazlıklar sadece ulusal mahkemelerde değil uluslararası tahkim kurulları aracılığıyla da çözümlenmektedir ve ekonomik analiz yapacak kişi gereken özelliklere sahip kişiler arasından seçilmektedir. Uluslararası tahkim yoluyla anlaşmazlığın çözümünde anlaşmazlık konusu olayda kimin haklı olduğunun tespiti ve tarafların maddi zararının ortaya konulmasında ekonomik analiz önemli bir yer tutmaktadır. Tahkim kurullarında davanın kazanılmasında ekonomik analizin önemli bir etken olduğu çeşitli uluslararası tahkim kurullarının verdiği kararların incelenmesinden açıkça anlaşılmaktadır. Kararlarda maddi tazminatın genellikle uzman bilirkişi raporuna dayandığı görülmektedir.

III. Sonuç

Korona salgını sonrası ticari anlaşmazlıklarda ve davalarda; örneğin sigorta sözleşmeleri (işin sekteye uğraması ve yoksun kalınan kazanç kaybı gibi sorunlar dahil), satın alma ve birleşmelerde söz konusu işlem değerinin kayba uğraması veya artışı veya maddi olmayan duran varlık haklarının ihlali gibi haksız fiille zarar verme olaylarında artış olması çok muhtemeldir.

- Tazminat davalarında davacı ve davalı taraf açısından maddi zararın, fiili zararlar ve yoksun kalınan kazanç açısından ekonomik analizini ve hesaplamasını yapacak uzman bilirkişinin seçimi önemlidir.
- Doğru uzman bilirkişi nasıl ve nereden bulunacaktır?
- Uzman bilirkişinin sahip olması gereken özellikler nelerdir?
- Hangi özelliklere sahip uzman veya bilirkişi ticari anlaşmazlıkların kısa zamanda sonuçlanmasında ve davanın kazanılmasında ve savunulmasında etkili olabilir?

Tüm bu sorular davanın türüne, büyüklüğüne ve karmaşıklığına bağlı olarak değişim gösterir. Ekonomik analizi ve zarar hesaplamasını yapacak uzman bilirkişi davanın başında hukuk ekibine katılabileceği gibi davanın ilerleyen aşamalarında da katılabilir. Ancak, sürecin başında ekibe katılmasının daha faydalı olacağı konusunda yerleşmiş bir yargı bulunmaktadır. Gelişmiş ülkelerde, özellikle, yoksun kalınan kârın makul kesinlikle ispatı açısından hukukçuların ekonomik analizi yapacak uzman bilirkişi ile birlikte çalışması gerektiği genel kabul görmüştür. ABD mahkemelerinde tazminat davalarında uzman kişilerin sahip olması gereken özelliklere ilişkin kurallar getirilmiş olup bunlar Daubert kuralları olarak bilinmektedirler. Ekonomik analiz ve maddi zarar hesaplamasını yapacak uzman bilirkişinin önemli olmasının nedeni, aslında hâkimin zararın varlığı, dönemi ve tazminat tutarı konusunda karar vermesindeki önemli dayanaklardan birisi olmasıdır. Konuyu ve hesaplamaları net ve açık bir şekilde ortaya koyamayan, ekonomik, teknik ve ticari gerçeklere aykırı hüküm ve sonuçlar içeren, bilimsel ve teknik bilgi temeline dayanmayan, yanlış yöntemlerle hesaplamalar yapan, geçmişte verdiği raporlarda fahiş hataları bulunan bir kişinin raporuna mahkeme nezdinde itibar edilmesi mümkün değildir. Savunması yanlış ve eksik bilgilere dayanan maddi zarar hesaplamasının reddini karşı taraf kolaylıkla sağlayabilecektir. Yanlış veya eksik maddi zarar hesaplamaları davanın kaybedilmesine neden olabileceği için sektörü tanıyan veya kısa zamanda tanıyabilme yetisine sahip, ekonomi, finansman ve şirket muhasebe bilgilerini değerlendirebilecek kişi veya kişiler uzman bilirkişi olarak seçilmelidir.

Sayın *Namık Kemal Uyanık'a bu kıymetli bilgileri bizimle ve tüm okurlarımızla paylaştığı için teşekkür ediyoruz.

Saygılarımızla

Şaban Küçük

*Dr. Namık Kemal Uyanık, E. Maliye Başmüfettişi, Gelirler Genel Müdürlüğü'nde Daire Başkanlığı yapmış, ODTÜ İİBF'de Öğretim Görevlisi olup Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması kitabının yazarıdır.