

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

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK BANKA HUKUKU
YÖNÜNDEN FİNTEK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ŞEBNEM ELİF KOCAOĞLU ULBRICH, LL.M., MLB

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. S. ANLAM ALTAY

TEMMUZ 2019

ÖNSÖZ

Öncelikle, danışmanlığımı kabul eden ve çalışmanın başından sonuna dek her noktasında destek veren, sayın danışmanım **Doç. Dr. S. Anlam Altay**'a kısıtlı zamanını benden esirgemediği, her daim yüreklendirici davrandığı, yönlendirme ve bilgilendirmeleriyle çalışmamı bilimsel temeller ışığında şekillendirdiği ve yol gösterdiği için teşekkür ederim.

Bana yorulmaksızın destek olan ve çalışmanın gerektirdiği fedakarlıklara sabırla katlanan sevgili eşim **Simon**'a; bana çalışma ve öğrenme aşkını aşılayan sevgili babam **Prof. Dr. Ali Mehmet Kocaoğlu** ve her daim yanımda olan sevgili annem **Döne Kocaoğlu**'na bu süreçteki destekleri için müteşekkirim.

Çalışmamı, sevgili yeğenlerim **Isabella Sibel Kocaoğlu** ve **Ayça Sinem Kocaoğlu**'na ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	ix
RÉSUMÉ	xv
ABSTRACT	xxi
ÖZET	xxvi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1- FİNTEK KAVRAMI ve FİNTEK MÜESSESESİNİN EKONOMİK TEMELLERİ	7
I. ANA HATLARIYLA EKONOMİK AÇIDAN FİNTEK VE FİNTEK ŞİRKETİ KAVRAMLARI	7
A. FinTek Kavramı	7
1. FinTek Kavramının Ortaya Çıkışı	7
2. Terminolojik Açıdan FinTek	13
3. FinTek Kavramına Ait Unsurlar	16
a. Bankalar ve Diğer Kredi Kurumları Tarafından Gerçekleştirilen Faaliyetleri İlgilendirmesi	16
b. Dijitalleşme ve İnovasyon Öğelerini Barındırması	17
c. Müşteri Odaklı Olması	18
4. FinTek Kavramının Tanımı ve Hukuki Niteliği	19
B. FinTek Şirketleri	20
1. FinTek Şirketi Kavramı	20
2. FinTek Şirketlerinin İşletme Konusu ve Amacı	29
3. Ana Hatlarıyla FinTek Şirketlerine İlişkin Regülasyonlar	31
4. FinTek Şirketleri Tarafından Sunulan Hizmetlerin Bankalar Tarafından Sunulan Hizmetlerle Karşılaştırılması	33

II. FİNTEK ŞİRKETLERİ ve BANKALAR ARASINDAKİ İŞ BİRLİĞİ MODELLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER _____ 35

- A. FinTek Şirketleri ve Bankalar Arasındaki İş Birliği Modelleri _____ 35
 - 1. Uygulamada FinTek Şirketleri ve Bankalar Arasında İş Birliği Yapılmasına Neden Olan Sebepler _____ 35
 - 2. Uygulamada FinTek Şirket ve Banka İşbirliklerine Dair Yeni İş Modelleri _____ 36
- B. FinTek Şirketi ve Banka İş Birliğinin Avantajları _____ 38
- C. İşbirliğinin Yapısından Kaynaklanan Yasal ve Operasyonel Sorunlar _____ 38
- D. Ortaklık Kapsamında İmzalanacak Sözleşmeler Düzenlenirken Göz Önünde Bulundurulması Gereken Konular _____ 40

III. FİNTEK AKIMININ OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ: FİNTEK MÜESSESESİNİN PİYASA AÇISINDAN ÖNEMİ, UYGULAMANIN ZAYIF VE TARTIŞMAYA AÇIK YÖNLERİ _____ 42

- A. FinTek ve Dijitalleşmenin Ekonomik ve Hukuki Önemi _____ 42
- B. FinTek Müessesesinin Zayıf ve Tartışmaya Açık Yönleri _____ 47

IV. FİNTEK EKOSİSTEMİ ve TRENDLERİ _____ 51

- A. FinTek Ekosistemi _____ 51
 - 1. Genel Olarak FinTek Ekosistemi _____ 51
 - 2. FinTek Ekosistemi Çerçevesinde Faaliyet Gösteren Taraflar _____ 52
 - 3. FinTek Alanında Kullanılan Teknolojiler ve FinTek Alt Kolları _____ 58
 - a. FinTek ile Şekillenen Geleneksel Bireysel Bankacılık Alt Kolları _____ 58
 - b. FinTek Kaynaklı Yeni Bankacılık Disiplinleri ve Bankacılıkta Kullanılan Teknolojiler _____ 58
- B. Uygulamada FinTek Piyasası ve Trendleri _____ 61
 - 1. Rakamlarla FinTek _____ 61
 - 2. RegTek ve LegalTek _____ 62

BÖLÜM 2- AVRUPA BİRLİĞİ ve TÜRK HUKUKU'NDA BANKACILIK ve FİNTEK İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ _____ 64

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE POZİTİF HUKUKU'NDA BANKACILIK ve FİNTEK _____ 64

- A. Avrupa Bankacılık Hukukunun Temelini Oluşturan Yasal Düzenlemeler _____ 67
 - 1. Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – Birincil Mevzuat _____ 67
 - a. Roma Antlaşması _____ 67
 - b. Tek Senet _____ 69
 - c. Maastricht Antlaşması _____ 69
 - d. Lizbon Anlaşması _____ 70

e.	Diğer Mevzuat	71
2.	Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – Uluslararası Anlaşmalar	72
a.	Çek, Bono ve Poliçe Hukukunu Yeknesaklaştıran Birleşmiş Milletler Konvansiyonları	72
b.	BASEL Kuralları	73
c.	Diğer Uluslararası Kaynaklar	74
3.	Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – İkincil Mevzuat	75
a.	Genel Açıklamalar	75
b.	Bankalar ve Diğer Mali Kurumların Bağımsız Faaliyetleri Bakımından Yerleşme Serbestisi ve Hizmet Sunma Serbestisi Üzerindeki Kısıtlamaların Kaldırılması Hakkında Konsey Yönergesi	76
c.	Birinci Bankacılık Yönergesi	77
d.	İkinci Bankacılık Yönergesi	78
4.	Avrupa Bankacılık Hukuku İçin Önemli Diğer Yasal Kaynaklar	79
a.	Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Mali Çalışma Grubu Tavsiyeleri	79
b.	G-20 Zirvesi Kararları ve Finansal İstikrar Kurulu Çalışmaları	80
B.	Avrupa Finans Piyasaları ve Bankacılık Hukuku Kapsamındaki Temel Kurum ve Mekanizmalar	82
1.	Bankalar Birliği ve Tek Denetim Mekanizması	82
2.	Ortak Pazar ve Sermayenin Serbest Dolaşımı	84
3.	Tek Bankacılık Lisansı ve Sınır Ötesi Bankacılık	85
a.	Genel Çerçeve	85
b.	Brexit Sonrası Beklenen Gelişmeler	88
4.	Ortak Para Birimi	90
5.	SEPA Protokolü ve TARGET Sistemi	92
a.	SEPA Protokolü	92
b.	TARGET Sistemi	93
C.	Avrupa Bankalar Birliği ve FinTek Ekosisteminin Temelini Oluşturan Yasal Düzenlemeler ve Düzenlemelerin FinTek Piyasası İçin Önemi	94
1.	Mevduat Güvencesi Kapsamındaki Düzenlemeler	94
a.	Genel Çerçeve	94
b.	İlgili Mevzuat	96
2.	Ödeme Hizmetleri ile İlgili Düzenlemeler	97
a.	Ödeme Hizmetleri ile İlgili Genel Kapsamlı Düzenlemeler	97
b.	Sınır Ötesi Ödemeler ile İlgili Düzenlemeler	106
c.	Elektronik Para ile İlgili Düzenlemeler	109
d.	Karta Dayalı Ödeme İşlemleri Kapsamındaki Karşılıklı Değişim Ücretleri Hakkındaki Tüzük	115
3.	Tüketicinin Korunması ile İlgili Düzenlemeler	115

a.	Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi	115
b.	Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Hükümler Yönergesi	116
4.	Kara Para Aklama ve Terörle Mücadele Kapsamındaki Düzenlemeler	117
a.	Kara Para Aklama Yönergeleri	117
b.	Diğer Düzenlemeler	121
5.	Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Düzenlemeler	122
a.	Veri Koruma Yönergesi	122
b.	Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi	128
6.	Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Düzenlemeler	128
7.	Diğer Önemli Mevzuat ve Taslaklar	132
a.	Diğer İlgili Mevzuat	132
aa.	Elektronik İmza Hakkındaki Yönerge	132
ab.	Tele Satış Yönergesi	133
ac.	Diğer Düzenlemeler	133
b.	Taslak Mevzuat	134
ba.	Kitle Finansmanı ve Eşitler Arası Finansman ile İlgili Düzenlemeler	134
bb.	Siber Güvenlik Düzenlemeleri	135
bc.	Diğer Taslak Düzenlemeler	136
II.	FİNTEK HUKUKU	136
A.	Genel Olarak: FinTek Hukuku Nedir ve Neleri Kapsamaktadır	136
B.	FinTek Hukuku Alanındaki Topluluk Bazlı ve Uluslararası Gelişmeler	138
1.	Kontrollü (Yasal) Test Ortamları	138
2.	Muafiyet Anlaşmaları	142
3.	FinTek Lisansları	144
4.	FinTek Lobileri	145
5.	Uluslararası Anlaşmalar	146
III.	TÜRK HUKUKUNDA YASAL DÜZENLEMELERLE BANKACILIK ve FİNTEK	147
A.	TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT YASAL ÇERÇEVE	147
1.	Türk Bankacılık Sistemini ve FinTek Ekosisteminin Temelini Oluşturan Belli Başlı Mevzuat	147
a.	Genel Bankacılık Hukuku Düzenlemeleri	148
b.	Ödeme Hizmetleri ile İlgili Mevzuat	150
c.	Tüketicinin Korunması Hukuku Kapsamındaki Düzenlemeler	151
d.	Mesafeli Sözleşmeler ile İlgili Düzenlemeler	152
e.	Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamındaki Düzenlemeler	154
2.	İlgili Diğer Düzenlemeler	155
B.	FİNTEK AKIMI İLE ORTAYA ÇIKAN YENİ KAVRAMLAR VE BEKLENEN POZİTİF DÜZENLEMELER	156

1. FinTek Akımı ile Ortaya Çıkan Yeni Kavramlar	156
2. FinTek Akımı Kapsamında Yaşanan Değişime Paralel Olarak Beklenen Pozitif Düzenlemeler	159

BÖLÜM 3- HUKUKİ AÇIDAN FİNTEK BANKA İŞ BİRLİKLERİ ve FİNTEK ŞİRKETİ İLE BANKA ARASINDAKİ SERVİS SAĞLAYICI SÖZLEŞMESİ'NİN HUKUKİ YAPISI

163

I. FİNTEK ŞİRKETİ VE BANKA ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMENİN TANIMI VE UNSURLARI

163

A. FinTek Şirketi ile Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Uygulamadaki Yansımaları	163
B. FinTek Şirketi ile Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Konusu ve Mevzuatın Konuya Getirdiği Sınırlamalar	168
1. Sözleşmenin Konusu ve Mevzuatın Konuya Getirdiği Sınırlamalar	168
2. Emredici Kurallara Aykırılık ve Kusursuz İmkânsızlık	173
C. Genel Anlamda FinTek Şirketi ve Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Özellikleri	175
D. Sözleşmenin Tanımı	176
E. Sözleşmenin Unsurları	177
1. Bankanın Bankacılık Faaliyet İzni Kapsamında Bir Hizmet Sunması (Hizmet Unsuru)	177
2. Bedel	178
3. Hizmet ve Bedel Unsurlarının Değiş Tokuşu	179
F. Sözleşmeye Dair Diğer Önemli Hususlar	179
1. Tarafların Sözleşmenin Esaslı Unsurları Üzerinde Anlaşmasının Gerekliliği	179
2. Edimin Sürekli Olması	180
3. Edimin Koşula Bağlı Olması	181
4. Güven İlişkisi	182
5. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi Kapsamında FinTek Şirketine Karşı İleri Sürülecek Sorumsuzluk Kızunun Geçersiz Olması	183
6. Sözleşmenin Destek Hizmeti Sağlanmasına İlişkin Hükümler İçermesi Hali	187

II. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

189

A. Sözleşmenin Hukuki Niteliği	189
1. İş Görme Sözleşmesi Olması	189
2. İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	190
3. Sonuca Yönelik Bir Sözleşme Olmaması	191
4. Sürekli Edim Doğuran Bir Sözleşme Olması	192
5. Şekil Şartına Bağlı Olmaması	193
6. Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler	196

B. Sözleşmenin Türk Hukuku'nda Düzenlenen Sözleşme Türleri Kapsamında İncelenmesi	199
1. Genel Olarak	199
2. Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin Kanuni Akit Tipleri Kapsamında İncelenmesi	199
a. Sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda Tanımlanan Akit Tipleri Kapsamında İncelenmesi	199
aa. Eser Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	199
ab. Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	201
ac. Pazarlamacılık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	206
ad. Simsarlık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	208
ae. Adi Ortaklık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	210
af. Komisyon Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	211
b. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin Diğer Kanunlarda Düzenlenen Akit Tipleri ve Hukuki İlişkiler Kapsamında İncelenmesi	212
ba. Acentelik Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	212
bb. Know-How Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi	218
3. FinTek Şirket ve Banka Arasındaki Hukuki İlişki	222
a. Alman Uygulamasında "Sorumluluk Şemsiyesi" (<i>Haftungsdach</i>)	222
b. Türk Uygulamasında FinTek Şirketi ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki	224
III. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI	230
A. Genel Olarak	230
B. Bankanın Sözleşme Kapsamındaki Hak ve Borçları	231
1. Bankanın Hakları	231
a. Bedel İsteme Hakkı	231
b. Bankanın Bağımsız Olması	233
2. Bankanın Borçları	234
a. Haber Verme Yükümlülüğü	234
b. Talimata Uyuma Yükümlülüğü	235
c. Bizzat İfa Yükümlülüğü	237
d. Özen Yükümlülüğü	241
C. FinTek Şirketin Sözleşme Kapsamındaki Hak ve Borçları	243
1. FinTek Şirketlerin Hakları	243
a. İfayı Talep Hakkı	243
b. Talimat Hakkı	243
2. FinTek Şirketlerin Borçları	245
a. Ücret Borcu	245
b. Yasal Zorunluluklar Kapsamında Toplanması Gereken Bilgi ve Belgelere Ait Yükümlülükler ve Banka Sırrı	245
c. Reklam Yapma Borcu	246

IV. SÖZLEŞMENİN UYGULAMADA TİPİKLEŞEN İÇERİĞİ	247
A. Genel Olarak	247
B. Sözleşmenin Uygulamada Tipikleşen İçeriği	247
1. Genel Hükümler	247
a. Sözleşmenin Genel Kapsamı	247
b. FinTek Şirketin İş Modeli	248
c. Sözleşme Kapsamında Kapsanılması Hedeflenen Pazarın ve Hizmet Sunulacak Müşterilerin Tanımlanması	249
2. Tarafların Borçlarına Dair Hükümler	249
a. Banka Tarafından Yerine Getirilmesi Öngörülebilecek Hizmetler	249
b. FinTek Tarafından Yerine Getirilmesi Öngörülebilecek Hizmetler	250
3. Tarafların Haklarına Dair Hükümler	250
4. Tarafların Yasal Yükümlülükleri	250
5. Dış Kaynak Kullanımı	251
6. Sözleşmenin Sona Ermesi	251
V. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	251
A. Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri	251
1. Genel Olarak	251
2. Belirli Süreli Sözleşmelerde Sürenin Sona Ermesi	252
3. İş Görme Fiilinin Gerçekleşmesi	252
4. Fesih	252
5. Tarafların Anlaşması	259
6. Bankanın Faaliyet İznini Kaybetmesi, İzin İptali veya İzin Sınırlandırılması	260
7. Öngörülemeyen Yasal Sebepler	265
8. Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi	266
9. Taraflardan Birinin İflası	267
B. Sona Ermenin Tabi Olduğu Hükümler	269
C. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları	269
1. Ücretlerin Ödenmesi	269
2. Tazminat Hakkı	269
3. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	270
4. Ceza Koşulu	271
5. Denkleştirme Talebi	272
SONUÇ	274
KAYNAKÇA	284
ÖZGEÇMİŞ	298

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
Aftch	:Asosiasi FinTech Indonesia
AG	:Aktiengesellschaft
a.g.e.	:Adı geçen eser
AIF	:Alternative Investment Fund
AIHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AISP	:Account Information Service Provider
AMLD	:Anti Money Laundering Directive
API	:Application programming interface
ArGe	:Araştırma ve Geliştirme
ASIC	:Australian Securities and Investments Commission
ATM	:Automated Teller Machine
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BaFin	:Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BDDK	:Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
Bgbl.	:Bundesgesetzblatt
BIC	:Bank Identifier Code

BIS	:Bank for International Settlements
bkz.	:Bakınız
BMF	:Bundesministerium der Finanzen
bs.	:Basım
BTHAE	:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	:Cilt
CCRD	:Consumer Credit Directive
CFTC	:U.S. Commodity Futures Trading Commission
CFPB	:U.S. Consumer Financial Protection Bureau
Derg.	:Dergisi
D.E.Ü.	:Dokuz Eylül Üniversitesi
dn.	:Dipnot
DLT	:Distributed Ledger Technology
EBA	:European Banking Association
EBI	:European Banking Institute e.V.
eBK	:818 sa. eski Borçlar Kanunu
EC	:European Commission
Ed.	:Editör(ler)
EDPS	:European Data Protection Supervisor
EEC	:European Economic Community
EMI	:European Money Institute
ESA	:European Supervisory Authorities
EIOPA	:European Insurance and Occupational Pensions Authority
ESMA	:European Securities and Markets Authority

ETF	:Exchange-traded fund
EU	:European Union
ESIS	:European Standardised Information Sheet
e.v.	:Eingetragener Verein
Fak.	:Fakültesi
FATF	:Financial Action Task Force
FCA	:UK Financial Conduct Authority
FinCen	:US Financial Crimes Enforcement Network
FinIA	:Swiss Financial Institutions Act
FINMA	:Finanzmarktaufsicht
Finclusion	:Financial Inclusion
Fincluder	:Financial Includer
FinSA	:Swiss Financial Services Act
FinTech	:Financial Technology
FinTek	:Finansal Teknoloji
FSAP	:Financial Services Action Plan
FSB	:Financial Stability Board
FSF	:Financial Stability Forum
GDPD	:General Data Protection Directive
GDPR	:General Data Protection Regulation
GİŞ	:Genel İşlem Şartı
GmbH	:Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GSYO	:Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklar
G-7	:Group of Seven
G-20	:Group of Twenty

HMK	:6100 sa. Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HKMA	:Hong Kong Monetary Authority
IBAN	:International Bank Account Number
IMF	:International Monetary Fund
Inc.	:Incorporated
InsurTech (SigortaTek)	:Insure Technology (Sigorta Teknolojisi)
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KOBİ	:Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
KVKK	:6698 sa. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
KWG	:Kreditwesengesetz (Alman Bankacılık Kanunu)
LegalTech (LegalTek)	:Legal Technology (Yasal Teknoloji)
MYO	:Meslek Yüksek Okulu
NYCRR	:New York Codes Rules and Regulations
NYDFS	:New York State Department of Financial Services
OCC	:Office of the Comptroller of the Currency
OECD	:Organisation for Economic Cooperation and Development
örn.	:Örneğin
PEP	:Politically Exposed Person
PISP	:Payment Initiation Service Provider
PrivacyECommsD	:Privacy and Electronic Communications Directive
PSD	:Payment Services Directive
PSD2	:Second Payment Services Directive
P2P	:Peer to Peer
RG.	:Resmî Gazete

RegTech (RegTek)	:Regulatory Technology (Yasal Düzenleyici Teknoloji)
ROSC	:Reports on Observance of Standards and Codes
s.	:Sayfa
Sa.	:Sayı
SDD	:SEPA Direct Debit
SEC	:U.S. Securities and Exchange Commission
SEPA	:Single Euro Payments Area
SBE	:Sosyal Bilimler Enstitüsü
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	:6362 sa. Sermaye Piyasası Kanunu
SSD	:Single Shared Platform
STK	:Sivil Toplum Kuruluşu
T.	:Tarihli
TARGET	:Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBK	:6098 sa. Türk Borçlar Kanunu
TDK	:Türk Dil Kurumu
TKHK	:6502 sa. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu
TMK	:4721 sa. Türk Medeni Kanunu
TMSF	:Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	:6102 sa. Türk Ticaret Kanunu
TPP	:Third Party Service Provider
UNIDROIT	:The International Institute for the Unification of Private Law

URL	:Uniform Resource Loader
v.	:versus (<i>aleyhinde, karşı</i>)
vb.	:Ve Benzeri
vd.	:Ve Devamı
vs.	:Ve Sair
ZAG	:Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz



RÉSUMÉ

Le secteur bancaire traditionnel et les banques se sont lancés dans un processus de restructuration flagrant à la suite des étapes scientifiques qui se sont rapidement déroulées et des progrès technologiques qu'il est difficile de réaliser. Avec la numérisation et l'accès illimité créé par les technologies émergentes, ainsi que par d'autres secteurs, les services financiers sont devenus plus faciles d'accès pour les particuliers, ce qui a entraîné une augmentation notable du choix des services offerts aux consommateurs. Avec le déclin des services bancaires en succursale et la possibilité de recevoir des services bancaires n'importe où, n'importe quand et n'importe quand grâce à des dispositifs intelligents, la période pendant laquelle les clients se rendent dans les banques et les banques sélectionnent les clients a été fermée, et maintenant les banques semblent frapper aux portes des clients. Au cours de cette période, les petites entreprises ont été reconnues comme étant présentes sur le marché, aux côtés des banques et des institutions financières d'entreprise, et la diversité du marché a conduit à la découverte de nouveaux modèles commerciaux, institutions et pratiques.

L'évolution du secteur est à la fois technologique et juridique, mais aussi éthique et philosophique, puisqu'elle a conduit à remettre en cause les pratiques, les usages et le statu quo sur les marchés financiers. L'une des principales tendances à l'origine de ce changement est le concept de technologie financière, c'est-à-dire FinTech, qui est utilisé pour exprimer le changement dans le secteur bancaire. L'ABE définit FinTech comme étant *"une innovation financière technologique qui pourrait donner lieu à de nouveaux modèles d'affaires, applications, processus ou produits ayant un effet important sur les marchés financiers et les institutions financières et sur la prestation de services financiers"*.

Selon la Commission européenne, les nouvelles technologies modifient le secteur financier et l'accès des clients aux services, ce qui permet aux solutions

basées sur FinTech de fournir des services qui facilitent l'accès au financement et renforcent l'inclusion financière des citoyens numériques. Bien que le développement des technologies utilisées dans FinTech progresse à différents niveaux de vitesse, on croit que ces technologies changeront fondamentalement le secteur financier et que certaines applications FinTech atteindront une importance systémique avec le temps, bien que la portée et l'impact du développement ne soient pas encore entièrement compris. La Commission a découvert que FinTech, qui donne aux clients un contrôle total, améliore l'efficacité opérationnelle et la concurrence sur le marché.

Dans ses rapports, l'ABE souligne que, bien que les entreprises qui fournissent des services financiers en utilisant la technologie pendant la prestation de leurs services ne soient pas nouvelles, le phénomène FinTech porte ce processus à un nouveau niveau. À cet égard, à l'avenir, les innovations FinTech devraient affecter les services financiers de nombreuses façons différentes. Le processus de mise de la technologie au centre de la banque et de la finance a conduit à une nouvelle génération de banquiers, plus dynamiques et plus jeunes, qui se spécialisent dans la technologie et la numérisation mais n'ont pas beaucoup d'expérience dans la banque traditionnelle et sont donc différents des banquiers formés traditionnellement. La déclaration de l'avocat américain William Zelmeyer selon laquelle "de nouveaux problèmes sociaux, économiques et politiques apparaissent après chaque tournant scientifique" de 1961 peut être considérée comme un résumé général du changement que la technologie a entraîné dans le secteur bancaire. Bien que ce changement intervenu après FinTech sur les marchés financiers ait entraîné des évolutions positives en termes de mobilisation de la concurrence sur le marché et de prévention de la monopolisation du marché, il a également posé de nouveaux problèmes dans le domaine du droit et, par conséquent, de nouvelles questions doivent être traitées parallèlement aux effets de la science et de la technologie sur la vie commerciale.

Comme la société n'est pas aussi stable que les règles de droit qui la régissent, le changement doit être professé à tous les niveaux et les règles de droit positives doivent faire les efforts nécessaires pour suivre le rythme du changement. Toutefois, il ne serait pas trop faux de dire que le secteur bancaire

traditionnel, qui est aujourd'hui réglementé par une législation détaillée et stricte, ainsi que les législateurs, ne sont pas en mesure de suivre ce changement imprévisible. On observe qu'une toute nouvelle question, qui réduit et même annule les pratiques en cours et la législation existante, figure à l'ordre du jour du marché, avant même que les législateurs ne soient en mesure d'aborder une question spécifique qui a préoccupé les marchés. La partie délicate est que la spécialisation requise par ces nouveaux sujets et sujets n'a pas progressé à un rythme que les experts, qui réalisent le travail peuvent suivre en connaissant mot pour mot la législation statique, peuvent suivre avec.

Les nouveaux modèles d'affaires créés par les entreprises FinTech ont également donné lieu à la création d'un nouveau contrat (contrat de prestataire de services), signé entre les banques et les entreprises FinTech. Un Contrat de Prestataire de Services est une sorte de contrat façonné par les développements technologiques et commerciaux. Ce nouveau type de contrat a trouvé sa place, en parallèle avec les développements du 21ème siècle dans les technologies financières. Une nouvelle infrastructure était nécessaire pour approvisionner les activités de l'entreprise, qui ne dispose pas des licences bancaires nécessaires pour entrer sur le marché. Parallèlement à l'évolution de la technologie financière, après que le secteur bancaire se soit libéré du monopole des banques, de nouveaux acteurs non bancaires ont commencé à fournir des services bancaires sur le marché. Le contrat de Prestataire de services a pour objet de fournir des services bancaires et financiers sur le marché sans licence d'exploitation (par l'intermédiaire de banques établies). La commercialisation des licences bancaires, qui sont des licences qui ne sont pas protégées en tant que droit industriel ou intellectuel, et ne peuvent donc pas être transférées par le biais d'un contrat de licence, mais qui ont une valeur économique importante.

Bien que les marchés actuels de FinTech aient déjà subi un changement fondamental et que les législateurs tentent d'intégrer ce changement dans la loi, en général, les pratiques internationales n'ont pas encore gagné en harmonie, en raison du fait que la technologie a évolué beaucoup plus vite que les lois et politiques. Bien que l'on sache que les secteurs FinTech et bancaire sont étroitement liés, la plupart des activités de FinTech se concentrent sur des zones

grises qui ne sont pas activement réglementées, en raison du fait que la législation n'interdit pas ces pratiques et que la plupart des exigences législatives et formelles applicables aux marchés bancaires et financiers ne peuvent être étendues pour couvrir le secteur FinTech. Le fait que la plupart des entreprises créatives de FinTech, lorsqu'elles commencent à opérer sur le marché, utilisent les failles juridiques puisque les FinTechs ne sont pas considérées comme soumises à la surveillance des établissements de crédit. Cette question peut être réduite au paradoxe de l'œuf de poule : les FinTech ont-elles d'abord émergé en raison des échappatoires juridiques imprévues des législateurs, ou les sociétés FinTech, comme d'autres acteurs du marché existants, qui ne veulent pas être sous la supervision des organes de contrôle, ont-elles choisi d'opérer spécifiquement dans ces domaines en créant des zones grises de la législation ?

La Communauté européenne et les Etats membres étant depuis longtemps parvenus à la conclusion que l'harmonisation de la technologie et du droit est nécessaire à la protection des équilibres, de la concurrence et des consommateurs sur le marché, les législateurs communautaires et des Etats membres ont commencé à créer des groupes de travail pour de nombreux projets de législation-cadre, qui définissent et réglementent les domaines d'activité des entreprises FinTech. Il ne fait aucun doute que la législation de l'UE revêt une importance internationale puisqu'il s'agit de la première législation-cadre supranationale à réglementer FinTech. En raison des ressources limitées, il n'est pas faux de dire que cette législation devrait être considérée comme une jurisprudence puisque cette législation et les pratiques ultérieures serviront d'exemple pour toute modification législative ultérieure.

En se concentrant sur les marchés locaux, bien que le secteur bancaire turc soit depuis longtemps un leader dans les domaines de la technologie et de l'innovation, il n'a pas l'avantage commercial du marché asiatique, qui a la possibilité de transporter et de commercialiser rapidement des produits numériques aux consommateurs, ni la protection juridique du marché européen, qui est réglementé par une législation commune. On peut faire valoir que cela est dû au manque d'ONG internationales et de syndicats politiques basés sur la technologie et la numérisation, ainsi qu'au manque d'intérêt expérimental des

entrepreneurs en raison des vagues économiques des dernières années, et enfin, à la limitation des possibilités de subventions pour les entrepreneurs. Par exemple, si l'on considère l'évolution de la situation dans d'autres pays et le fait que la première loi sur la monnaie électronique en Turquie, entrée en vigueur en 2013 (environ treize ans après la première législation communautaire sur la monnaie électronique en Europe), peut être citée ici comme un exemple de l'urgence de commencer à travailler sur ce sujet.

Si FinTech continue de se développer au rythme actuel, on s'attend à ce que les organismes de réglementation et de surveillance modifient la portée et l'objectif de leurs activités, ce qui entraînera une révision de l'appétence pour le risque. La réglementation de FinTech et l'automatisation des processus de conformité juridique et d'établissement de rapports ont entraîné des développements positifs dans le cadre de l'amélioration du processus d'audit, mais ont également entraîné la naissance de nouveaux risques potentiels en termes de cybersécurité, de données, de protection des consommateurs et des investisseurs et d'intégrité du marché. Cette évolution du marché modifie la dynamique du secteur. Comme on peut le constater, les risques qui surviennent dans le cadre des applications FinTech évoluent parallèlement aux développements positifs.

FinTech est en train de changer radicalement la façon dont les marchés financiers fonctionnent à l'échelle mondiale. Ces évolutions technologiques, commerciales et économiques, que nous avons été contraints de suivre, soulignent la nécessité de mettre à jour une législation qui n'a plus sa place dans la pratique et indiquent que de nouvelles réglementations positives sont nécessaires pour répondre aux besoins. La tâche de combler les lacunes juridiques en examinant ce changement incombe aux législateurs, aux organismes de réglementation et au pouvoir judiciaire, ainsi qu'à la doctrine et à la pratique. Cette recherche examine ce changement dans les marchés et la législation, et les raisons qui ont conduit à ce changement, analyse l'évolution des marchés financiers sous ses aspects positifs et négatifs et vise également à rassembler sous un même toit les effets de FinTech sur le droit bancaire et les nouvelles institutions auxquelles FinTech a conduit. L'analyse se concentre principalement sur le secteur turc et européen des technologies bancaires et financières et la législation y afférente, ainsi que sur les

différences entre les écosystèmes et les systèmes juridiques mentionnés dans la recherche, en essayant de mettre en lumière les questions qui se posent en parallèle avec le changement du secteur bancaire.

Un autre sujet critique à considérer concernant cette recherche est le fait que les idées, ainsi que les ressources utilisées dans la recherche, changent et évoluent continuellement, comme le sont le secteur FinTech et les règlements qui constituent le sujet de la recherche. Il est possible que les politiques et les processus législatifs de FinTech, qui sont toujours en cours pendant que cette recherche est en cours, annulent partiellement ou totalement la recherche (c'est-à-dire que les législateurs interdisent l'utilisation de la chaîne de blocs ou demandent une nouvelle forme de licence pour les activités FinTech). En plus des sources traditionnelles, des développements en ligne et des sources en ligne ont été utilisés, dans l'espoir d'éliminer ces risques.

ABSTRACT

The traditional banking sector and banks have embarked on a blatant restructuring process following the scientific milestones that have been rapidly unfolding and the technological advances that are challenging to follow. Following digitalization and the unlimited access created by emerging technologies, along with other sectors, financial services have become easier to reach for the individuals, resulting in a noticeable increase in consumers' choice of services. With the decline of branch banking and the possibility of receiving banking services anywhere, any time through smart devices, the period of customers going to banks and the banks selecting the customers has been closed, and now banks seem to be knocking on customers' doors. In this period, small-scale enterprises were recognized to take place in the market, alongside banks and corporate financial institutions, and the diversity in the market led to the discovery of new business models, institutions, and practices.

The change in the sector is technological and legal as well as ethical and philosophical since it led the practice, customs, and status quo in the financial markets to be questioned entirely. One of the prominent trends which have been causing this change is the concept of financial technology, i.e., FinTech, which is used to express the change in banking. EBA defines FinTech as "*technologically enabled financial innovation that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on financial markets and institutions and the provision of financial services.*"

According to the European Commission, new technologies are changing the financial sector along with the customers' access to services; enabling FinTech-based solutions to provide services that facilitate access to finance and strengthening financial inclusion for digital citizens. While the development of

the technologies used in FinTech is progressing at different speed levels, it is believed that these technologies will fundamentally change the financial sector and some FinTech applications will reach systemic importance over time, although the scope and impact of the development are not yet fully understood. Commission found out that FinTech, which gives customers full control, improves operational efficiency and market competition.

In its reports, EBA emphasizes that, although the companies supplying financial services using technology during their services is not new, the FinTech phenomenon takes this process to a new level. In this respect, in the future, FinTech innovations are expected to affect financial services in many different ways. The process of putting technology in the center of banking and finance has led to a new generation of bankers, more dynamic and younger, who specialize in technology and digitalization but do not have much experience in traditional banking and therefore, are different from traditionally trained bankers. U.S. lawyer William Zelmeyer's statement of "*new social, economic and political problems are occurring after every scientific turning point*" from 1961, can be regarded as a general summary of the change that technology has led to in banking. Although this change after FinTech in financial markets has led to positive developments in terms of mobilizing market competition and preventing monopolization in the market, it has also caused new problems in the field of law, and therefore, new questions need to be answered in parallel with science and technology's effect on the trading life.

Since society is not as stable as the rules of law governing it, change must be professed at all points, and positive rules of law must make the necessary effort to keep up with change. However, it would not be too wrong to say that the traditional banking sector, which is regulated today by detailed and strict legislation, as well as the legislators, cannot keep up with this unpredictable change. It is observed that a whole new issue, which brings down and even nullifies the ongoing practices and existing legislation, sits on the agenda of the market, even before the legislators are able to address a specific issue that has been preoccupying the markets. The tricky part is that the specialization required by these new subjects and subjects has not progressed at a pace the experts, who

carry out the work can follow by knowing the static legislation verbatim, can keep up with.

The new business models created by FinTech companies also resulted in the creation of a new contract (Service Provider Contract), signed between banks and FinTech companies. A Service Provider Contract is a kind of contract shaped by technological and commercial developments. This new contract type has found its place, in parallel with the 21st Century developments in financial technology. A new infrastructure was needed to supply the enterprise's activities, which lacks banking licenses to enter the market. In parallel with the financial technology trend, after the banking sector was freed from the monopoly of the banks and thus, new, non-bank players started providing banking services in the market. The Service Provider agreement serves the purpose of providing banking and financial services in the market without a license to operate (through established banks). Commercializing bank licenses, which are licenses not protected as an industrial or intellectual right, and therefore cannot be transferred through a license agreement, but has a severe economic value.

Although the FinTech current markets have already undergone a fundamental change and the legislators are trying to capture this change within the law, in general, the international practices have not yet gained harmony, due to the fact that technology has been developing much faster than the laws and policies. Although it is known that the FinTech and banking sectors are intertwined, most FinTech activities focus on grey areas that are not actively regulated, due to the fact that the legislation does not prohibit these practices, and also since most of the legislation and form requirements applicable to the bank and financial markets cannot be extended to cover the FinTech sector. The fact that most creative FinTech companies, when they start to operate in the market, use the legal loopholes since FinTechs are not considered to be subject to the supervision of credit institutions. This issue can be reduced to the chicken-egg paradox: did the FinTechs initially emerge because of the unforeseen legal loopholes by legislators, or did FinTech companies, like other existing market players, who do not want to be under the supervision of supervisory bodies,

choose to operate specifically through these areas by creating grey areas in the legislation?

Since the European Community and member states have long ago come to the conclusion that the harmonization of technology and law is necessary for the protection of balances, competition and consumers in the market, community-based and member state legislators have begun to set up working groups for numerous draft framework legislation, that defines and regulates the activity areas of FinTech companies. There is no doubt that EU legislation is of international importance as it is the first supranational framework legislation to regulate FinTech. Because of the limitations of the relevant resources, it is not wrong to say that this legislation should be considered as case law since this legislation and subsequent practices will serve as an example for every subsequent legislative change.

Focusing on the local markets, although the Turkish banking sector has long been a leader in the fields of technology and innovation, it does not have the market advantage of the Asian market, which has the opportunity to transport and market digital products to consumers quickly, or the legal protection of the European market, which is regulated by common legislation, and also provides tax and customs privileges to ecosystem players. It can be argued that this is due to the lack of international NGOs and political labor unions based on technology and digitalization, and also to the lack of experimental interest of entrepreneurs due to the economic waves of recent years, and finally, to the limitation of subsidy opportunities for entrepreneurs. For example, when looking at developments in other countries and considering the fact that the first law on the electronic currency in Turkey to come into force in 2013 (approximately thirteen years after the first community-based electronic currency legislation in Europe) can be cited here as an example to the urgency of starting to work on the subject.

If FinTech continues to develop at its current pace, it is expected that regulatory and supervisory agencies will change the scope and purpose of their activities, leading to a revision of the risk appetite. FinTech's regulation and automation of legal compliance and reporting processes have led to positive

developments in the scope of the audit process improvement, but it has also led to the birth of new potential risks in terms of cybersecurity, data, consumer and investor protection, and market integrity issues. This change in the market changes the dynamics of the sector. As can be seen, the risks that occur within the scope of FinTech applications are developing in parallel with the positive developments.

FinTech is radically changing the way financial markets operate globally. These technological, commercial and economic developments, which we have been forced to follow, emphasize the need to update legislation that has no place in practice anymore and signal that new positive regulations are needed to respond to the needs. The task of filling the legal gaps by examining this change is the duty of legislators, regulatory bodies, and the judiciary, as well as the doctrine and practice. This research examines this change in markets and legislation, and the reasons that led to this change, analyses the change in financial markets from both positive and negative aspects and also, aims to collect the effects of FinTech on banking law and the new institutions that FinTech led to, under one roof. The analysis focuses mainly on the Turkish and EU banking and financial technology sector and related legislation, and on the differences between the ecosystems and legal systems mentioned in the research, trying to shed light on the questions that arise in parallel with the change in banking.

Another critical topic to be considered regarding this research is the fact that the ideas, as well as the resources used in the research, are continually changing and evolving, as the FinTech sector and regulations that constitute the subject of the research are. It is possible that FinTech policies and law-making processes, which are still ongoing whilst this research is in progress, nullifies the research partially or fully (i.e., lawmakers banning the use of blockchain or requesting a new form of license for FinTech activities). In addition to traditional sources, online developments and online sources have been used, in the hope to eliminate such risks.

ÖZET

Geleneksel bankacılık sektörü ve bankalar, hızla kat edilen bilimsel kilometre taşları ve takip ederken bile zorlanmaya başladığımız teknolojik gelişmeler sonrasında bariz bir yeniden yapılandırma sürecine girmiştir. Dijitalleşme ve gelişen teknolojiden kaynaklanan sınırsız erişimle beraber, diğer sektörler gibi finansal hizmetlerin de bireylere ulaşması kolaylaşmış ve bu sayede tüketicilerin hizmet seçeneklerinde gözle görünür bir artış meydana gelmiştir. Şube bankacılığının gözden düşmesi ve akıllı cihazlar aracılığıyla müşteriler her an her yerde bankacılık hizmeti alabilme imkanını ele geçirmiş, akabinde de müşterilerin bankalara gitme ve bankaların istedikleri müşterileri seçme devrinin kapanarak artık bankaların tüketicilerin kapısını aşındırmaya başladığı yeni bir döneme geçiş yapılmıştır. Bu dönemde küçük ölçekli girişimler de piyasalarda bankalar ve kurumsal finansal kuruluşlarının yanında yer almaya başlamış; piyasadaki çeşitlilik yeni iş modelleri, yeni müesseseler ve uygulamaların doğumuna yol açmıştır.

Sektördeki değişim teknolojik ve yasal olduğu kadar, finansal piyasalardaki uygulama, örf, adet ve statükoların baştan aşağı sorgulanmaya başlanması sebebi ile ayrıca etik ve felsefi bir değişimdir. Bu değişimi tetikleyen akım ve değişimin öne çıkan kavramlarından biri, bankacılıktaki değişimin tümünü ifade etmek için kullanılan finansal teknoloji yani *FinTech* kavramı olmuştur. FinTech (FinTek), EBA tarafından "*finansal piyasalar ve kurumlar ve ayrıca finansal hizmetlerin tedariki üzerinde esaslı bir etkiye sahip, yeni iş modelleri, uygulamalar, süreçler ve ürünlerin doğumuna sebebiyet verebilecek teknoloji destekli finansal inovasyon*" şeklinde tanımlanmaktadır.

Avrupa Komisyonu'na göre yeni teknolojiler finansal sektörü ve ayrıca tüketiciler ile şirketlerin hizmetlere erişimini değiştirmekte, FinTek temelli

çözümlerin, dijital yöntemleri kullanan vatandaşlar için finansa erişimi kolaylaştıran ve finansal katılımı güçlendiren hizmetler sağlamasına imkân sağlamaktadır. FinTek kapsamında kullanılan teknolojilerin gelişimi farklı tempolarla ilerlerken, gelişimin kapsamı ve tesiri henüz tam olarak anlaşılamasa da bu teknolojilerin finansal sektörü temelden değiştireceği ve bazı FinTek uygulamalarının zamanla sistemik öneme ulaşacağı düşünülmektedir. Komisyon, müşterilere tam kontrol veren FinTek'in, operasyonel verimliliği ve piyasa rekabetini artırdığını tespit etmiştir.

EBA ise, raporlarında finansal hizmet tedarik eden şirketlerin hizmetleri esnasında teknoloji kullanmaları yeni bir gelişme olmasa da FinTek fenomeninin bu süreci yeni bir noktaya taşıdığını vurgulamaktadır. Bu açıdan FinTek inovasyonların gelecek dönemlerde finansal hizmetleri birçok farklı yönden etkilemesi beklenmektedir. Teknolojiyi bankacılık ve finans sektörlerinin kalbine yerleştiren bu süreç, teknoloji ve dijitalleşme konusunda uzmanlaşmış ancak geleneksel bankacılık konusunda fazlaca deneyimi olmayan, kökten yetişmiş bankacılardan farklı, daha dinamik ve genç, *yeni nesil bir bankacı* grubuna piyasalarda yer açılmasına sebep olmuştur. ABD'li hukukçu William Zelmeyer'in 1961 tarihli "*Her bilimsel dönüm noktası akabinde yeni sosyal, ekonomik ve politik sorunlar meydana gelmekte*" ifadesi, teknolojinin bankacılıkta yol açtığı değişimin genel bir özeti olarak kabul edilebilir. Finansal piyasalarda FinTek sonrasında meydana gelen bu değişim her ne kadar piyasa rekabetinin hareketlenmesi ve piyasadaki tekelleşmenin önüne geçilmesi açısından olumlu gelişmelere yol açmış olsa da aynı zamanda bilim ve teknolojinin ticaret hayatına yansımalarına paralel olarak hukuk alanında yeni problemler ve cevaplanması gereken yeni sorular ortaya çıkmasına da yol açmıştır.

Toplum da onu düzenleyen hukuk kuralları gibi durağan olmadığı için, değişim her noktada ikrar edilmeli ve pozitif hukuk kuralları değişime ayak uydurmak için gerekli çabayı göstermelidir. Ancak günümüzde detaylı ve katı mevzuatlarla düzenlenen geleneksel bankacılık sektörü ve dolayısıyla yasa koyucuların bu öngörülemeyen değişime ayak uyduramadığını söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Özellikle son zamanlarda kanun koyucular daha

piyasaları meşgul eden bir konuya değinmeden, süregelen uygulamaları ve mevcut mevzuatı alaşağı eden ve hatta hükümsüz kılan, yepyeni bir konunun piyasanın gündemine oturduğu gözlenmektedir. İşin zor yanı ise bu yeni konular ve konuların gerektirdiği ihtisasın, seneler önce yürürlüğe girmiş, statik mevzuatı kelimesi kelimesine bilmek suretiyle işleri yürüten uzmanların takip edebilecekleri bir hızda da ilerlemiyor olmasıdır.

FinTek şirketleri tarafından yaratılan yeni iş modelleri, bankalar ile FinTek şirketler arasında akdedilen yeni bir sözleşmenin (Servis Sağlayıcı Sözleşmesi) doğumuna sebep olmuştur. Şüphesiz ki Servis Sağlayıcı Sözleşmesi teknolojik ve ticari gelişmelerin yarattığı bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme, 21. yy. finansal teknoloji gelişmelerine paralel olarak uygulamada yer almaya başlamıştır. Finansal teknoloji akımı ile eş zamanlı olarak bankacılık sektörünün bankaların tekeline çıkması ve banka dışında kalan kurumların piyasada bankacılık hizmetleri vermeye başlamasını müteakip, bankacılık faaliyet izni olmayan girişimlerin pazara girebilmesi için bir altyapının tedarik edilmesi gerekmiştir. İşte Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, girişimlerin (kurulu bankalar aracılığıyla) banka faaliyet izni almaksızın piyasada bankacılık ve finans hizmetleri sunması amacına hizmet etmektedir. Sınai veya fikri bir hak olarak korunmayan ve bu sebeple bir lisans sözleşmesi aracılığıyla devredilemeyen, ancak ciddi bir ekonomik değere sahip banka faaliyet izninin (lisansı) üçüncü kişilerin yararına açılması, bankalara yeni bir gelir kanalı açmakla kalmayarak, yeni bir sözleşme tipinin doğumuna da yol açmıştır.

Genel olarak, her ne kadar FinTek akımı piyasaları esaslı bir değişime uğratmış olsa ve kanun koyucular büyük bir hızla bu değişimi iç hukuk değişim çalışmaları ile yakalamaya çalışıyor olsa da hem teknolojinin yasalar ve siyasi teşekküllere nazaran çok daha hızlı gelişmesi hem de banka ve finans piyasalarını düzenleyen uluslararası genel çerçeve kurallara benzer çerçeve kuralların FinTek sektörü için mevcut olmaması dolayısı ile uluslararası uygulamalarda ahenk yakalanamamıştır. An itibarıyla FinTek ve bankacılık sektörlerinin iç içe geçmiş olduğu malum olsa da banka ve finans piyasaları için geçerli olan mevzuat ve şekil zorunluluklarının çoğu FinTek sektörü ve

aktörlerini kapsayacak şekilde genişletilememesi ve bu kapsamda uluslararası yasal ve pratik standartların yaratılmamış olması sonucunda çoğu FinTek faaliyeti mevzuatın yasaklamamasına rağmen aktif olarak da düzenlemediği gri alanlarda ilerlemektedir. Aslında çoğu yaratıcı FinTek şirketinin, piyasada faaliyet göstermeye başladıklarında FinTeklerin iç hukuk sistemlerinde denetime tabi olarak sayılan kredi kurumları arasında sayılmıyor olması sebebiyle, tabi oldukları hukuk kuralları kapsamında denetleyici kurumların gözetiminden kaçarak yani yasal boşluklardan yararlanarak piyasaya girmiş olması da aslında sorunu tavuk – yumurta paradoksuna indirgemektedir: FinTekler başlangıçta yasa koyucular tarafından öngörülemeyen yasal boşluklar sebebiyle mi ortaya çıkmıştır yoksa mevcut diğer piyasa oyuncuları gibi, denetim kuruluşlarının gözetimi altına girmek istemeyen FinTek şirketleri mevzuatta gri alanlar yaratarak spesifik olarak bu alanlar üzerinden faaliyet göstermeyi mi tercih etmektedir?

Avrupa Topluluğu ve üye devletler teknoloji ve kanunun uyumlaştırılmasının piyasalardaki dengelerin, rekabetin ve tüketicilerin korunması için gerekliliğine dair çıkarıma diğer ülkelerden çok daha önce varmış olduğundan dolayı, topluluk bazlı ve üye devlet yasa koyucuları, özellikle son dönemlerde, banka ve finans piyasalarını düzenleyen, FinTek şirketlerinin faaliyet alanlarını tanımlayan ve düzenleyen çok sayıda çerçeve mevzuat taslağı için çalışma grupları kurmaya başlamış ve mevcut kanunların uygulanabilirliğini tartışmaya açmıştır. Şüphesiz ki AB mevzuatı FinTek kurallarını düzenleyen ilk devletler üstü çerçeve mevzuat olması dolayısıyla uluslararası alanda önem teşkil etmektedir. İlgili kaynakların sınırlılığından dolayı, bir açıdan bu mevzuat içtihat niteliği taşımaktadır demek yanlış olmayacaktır, zira bu mevzuat ve ardından gelişecek uygulamalar bundan sonra gelen her kanuni değişiklik için örnek teşkil edecektir.

Yerel piyasalara bakıldığında, her ne kadar Türk bankacılık sektörü uzun zamandır teknoloji ve inovasyon alanlarında başı çeken bir konumda olsa da ortak mevzuatla düzenlenen ve ekosistem oyuncularına vergi ve gümrük ayrıcalıkları sağlayan Avrupa pazarının yasal korumasına veya dijital ürünleri kolayca tüketicilere ulaştırma ve piyasaya yayma imkanına sahip Asya

pazarının piyasa avantajına sahip olmadığı için, halen finansal teknoloji açısından uluslararası alanda beklenen pozisyona ulaşabilmiş durumda olmadığı görülmektedir. Bu durumun iç hukukta teknolojik gelişmeleri sürekli olarak takip eden yasa koyucu birimleri ve gözlemci kurumlar ile teknoloji ve dijitalleşme bazlı uluslararası STK ve siyasi iş birliklerinin azlığından ve ayrıca son yıllardaki ekonomik dalgalardan dolayı girişimcilerin deneysel iştaha sahip olmamasından ve son olarak, girişimcilere sübvansiyon olanaklarının sınırlılığından kaynaklandığı savunulabilir. Yasal açıdansa, genel olarak iç hukuk mevzuatındaki revizyonların piyasa değişiklikleri ile paralel gitmemesi ve diğer ülkelere nazaran geriden gelmesi (mesela Türkiye’de Elektronik Para ile ilgili ilk kanunun 2013 yılında, Avrupa’daki topluluk bazlı ilk elektronik para mevzuatından yaklaşık on üç sene sonra yürürlüğe girmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir), özellikle diğer ülkelerdeki gelişmelere bakıldığında, konuyla ilgili çalışmalara başlanmasının aciliyetine işaret etmektedir.

FinTek akımının mevcut hızında gelişime devam etmesi halinde düzenleyici ve denetleyici kuruluşların faaliyet kapsam ve amacını değiştirmesi ve risk iştahı kapasamının revize edilmesine yol açması beklenmektedir. FinTek, yasal uyum ve raporlama süreçlerinin düzenlemesi ve otomatikleştirilmesi, denetleme sürecinin iyileştirmesi kapsamında olumlu gelişmelere yol açsa da siber güvenlik, veri, tüketici ve yatırımcı koruma ve pazar bütünlüğü konuları açısından yeni potansiyel risklerin doğumuna yol açmıştır. Pazardaki bu değişim sektör dinamiklerini değişikliğe uğratmaktadır. Görüldüğü üzere, FinTek uygulamaları kapsamında oluşan riskler, olumlu gelişmelere paralel şekilde gelişmektedir.

FinTek’in global anlamda finansal piyasaların çalışma şeklini kökten değiştirdiği görülmektedir. Takibinde zorlandığımız bu teknolojik, ticari ve ekonomik gelişmeler, uygulamada artık yeri olmayan mevzuatın güncellenmesi gereğini vurgulamakta ve ihtiyaçlara cevap verebilecek yeni pozitif düzenlemelere gerek duyulduğunun sinyalini vermektedir. Bu değişimi inceleyerek hukuki boşlukları doldurma görevi kanun koyucular, düzenleyici kurumlar ve yargı kademesinin görevi olduğu kadar, doktrin ve uygulama

kademesine de aittir. İşte bu çalışma, piyasalar ve mevzuattaki bu değişimi ve asıl bu değişimi doğuran sebepleri incelemekte, finansal piyasalarda meydana gelen değişimi olumlu ve olumsuz yönleriyle analiz ederek FinTek akımının bankacılık hukuku üzerindeki etkilerini ve FinTek'in aracı olduğu yeni müesseseleri tek bir çatı altında toplamayı amaçlamaktadır. Analize temel olarak Türk ve AB bankacılık ve finansal teknoloji sektörü ve ilgili mevzuat karşılaştırılmış, çalışma esnasında bu değişimi yasalara dahil ederken farklı yaklaşımlar benimseyen ABD ve Asya pazarlarına da değinilmiş ve bankacılıktaki değişimle paralel olarak ortaya çıkan sorulara ışık tutması açısından bahsi geçen ekosistemler ve hukuk sistemlerinin aralarındaki farklara odaklanmıştır.

Çalışmayla ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken önemli bir başka husus, çalışmaya konu teşkil eden FinTek sektörü ve regülasyonları halihazırda dinamik bir konumda olduğu için, çalışmayı oluşturan fikir ve çalışmada kullanılan kaynakların sürekli değişim ve gelişim halinde olduğudur. Çalışma devam ederken süregelen ve çalışma bittiğinde bile tamamlanması mümkün olmayan FinTek politikaları ve kanunlaştırma çalışmalarının (mesela çalışmada bahsi geçen herhangi bir ülke hükümetinin blockchain kullanımını yasaklaması gibi uç bir örnek ya da herhangi bir FinTek faaliyet için ayrı bir faaliyet izni aranmaya başlanması gibi bir gelişme durumu zihinde canlandırmak için yeterli olacaktır) çalışmanın belirli kısımlarını büyük ölçüde değişikliğe uğratması ve hatta geçersiz kılması mümkündür. Her halde bu ihtimali önlemek ya da mümkün olduğunca geciktirmek adına geleneksel kaynaklara ek olarak güncel gelişmeler ve çevrimiçi kaynakların takibi en üst seviyede tutulmaya çalışılmıştır.

GİRİŞ

Avrupa Parlamentosu tarafından, *tüm finansal sektörü, sektörün bankacılıktan sigortacılığa; emeklilik fonları, yatırım danışmanlık, ödeme hizmetleri ve pazar altyapısı da dahil olmak üzere bütün bileşenlerini içerecek şekilde etkileyen yeni teknolojiler aracılığıyla mümkün kılınan veya sağlanan finans*¹ olarak tanımlanan FinTek² kavramı bazı ülkelerde daha yeni yeni duyulmaya başlasa da FinTek teriminin temsil ettiği finansal inovasyon aslında sanıldığı kadar yeni bir akım değildir. Bu noktada FinTek'i, teknolojiyi finans sektörüne getirdiği her türlü değişikliği kapsayan, dijital bir konsept olarak özetlemek yanlış olmayacaktır. FinTek'in ne zaman ortaya çıktığı kesin olarak belirlenemese de bahsi geçen akımın banka ve finans piyasalarını uzun bir süredir değişikliğe zorlamakta olduğu gözlenmektedir.

Hızla değişen tüketici beklentileriyle bağlantılı olarak dijital finansal hizmetlere talep artmış, bilişim sektöründe kaydedilen ilerleme ve finansal düzenlemelerdeki değişiklikler finansal teknolojilerin ilerleme ve yayılma hızının son yıllarda ivme kazanmasında etkili olmuştur³.

FinTek sayesinde piyasalarda tüketiciler ve kurumsal müşteriler için daha hızlı, ekonomik, kişiye özel, kapsayıcı, esnek, şeffaf ve daha üstün finansal hizmetler; girişimciler için yeni iş imkanları, bireysel bankacılıkta müşteri deneyiminin önem kazanması gibi hatırı sayılır olumlu gelişmeler yaşanmıştır⁴. Yeni finansal hizmetlerin gelişimi ve mevcut hizmetlerin

¹ European Parliament, Committee on Economic and Monetary Affairs, **Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector (2016/2243(INI))**, 28.04.2017, Brüksel, s. 4.

² FinTek, FinTech yani *Financial Technology* teriminin Türkçeleştirilmiş halidir.

³ TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı: 28, Ankara, 2019, s. 12.

⁴ European Parliament, **Report on FinTech**, s. 5.

dijitalleştirilmesi, finansal piyasalar için rekabet, inovasyon, iş birlikleri ve dış kaynak kullanımı alanlarında yeni modeller takdim etmek suretiyle piyasa dinamiklerini değişime uğratmaktadır⁵.

Teknolojinin sürekli değişmesi ve gelişmesi dolayısıyla banka ve finans piyasalarının geleneksel paydaşları olan bankalar ve diğer kurumsal kredi kurumları, öngöremedikleri ve durduramadıkları bir reform ve yarış içine girmişlerdir. Şüphesiz ki, tüketicilerin hayatlarının merkezinde yer alan ve gündelik hayatın her alanına etki etmeye başlayan dijitalleşme sürecinin bankacılık ve finans piyasalarını da etkilemesi kaçınılmazdı. Dijitalleşme ve inovasyon akımının etkilediği alanlar salt banka ve finans piyasaları ile sınırlı olmasa da sağlık ve eğitim gibi sektörlerdeki dijitalleşmeye nazaran finans sektöründeki değişimi özel yapan, finans piyasalarının geleneksel olarak sıkı yasal çerçeveler, lisanslama ve denetim yükümlülükleri ile kuşatılmış olmasıdır. Yasa koyucular da sıkı düzenleme ve denetime tabi bankacılık piyasalarındaki işbu köklü değişikliklere sessiz kalamadıkları için özellikle teknolojik yeniliklere adaptasyon anlamında öncü konumundaki Asya, Amerika ve Avrupa pazarlarında başlayarak, global boyuta ulaşan bir kanunlaştırma çalışması başlamıştır. Bu kanunlaştırma ve mevzuat değişim süreçleri vesilesi ile yasa koyucular teknolojik gelişmelere mümkün olduğunca ayak uydurmaya çalışmaktadır.

Kanunlaştırma çalışmaların özelinde, mevzuat, regülasyonlar ve denetimlerin inovasyon konseptine adapte olması ve inovatif tüketici ve yatırımcı korumasının teşvik edilmesi ile finansal stabilite arasında doğru dengenin kurulması⁶ kapsamında bir yoğunlaşmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu noktada, FinTek akabinde, yasalarca kurumların düzenlenmesi ve faaliyetlerin düzenlenmesi hususunda daha dengeli bir yaklaşım geliştirilmesi gereği doğmuş; özellikle temelde birbirine eş faaliyetler gösteren ve bazı faaliyetlerin, faaliyet kapsamı ve/ya tanımı sebebiyle mevcut mevzuatın kapsamı dışında kalması sebebiyle, FinTek ve mevcut mevzuat arasındaki karmaşık etkileşimin

⁵ European Parliament, **Report on FinTech**, s. 5.

⁶ European Parliament, **Report on FinTech**, s. 6.

uyumsuzluk sonucuna sebep olabileceği gözlenmiştir⁷. Bu uyumsuzluk ve mevzuatın ihtiyaçları karşılamaması sebebiyle, özellikle tüketicinin korunması, kişisel verilerin korunması, kara para aklanması, yatırımcı koruması ve siber güvenlik gibi konularda Avrupa mevzuatında köklü bir revizyon projesinin çalışmalarına başlanmıştır.

Yine FinTek akımını takiben, piyasalar ve regülasyonlar kripto para, robo-yatırım, kitle fonlama gibi yeni müesseseleri kapsayacak şekilde genişlemiş, FinTek şirketleri tarafından yaratılan yeni iş modelleri yeni bir sözleşme tipinin doğumuna sebep olmuştur. Bu sözleşme tipi, ülkemizde daha çok uygulaması bulunmadığı halde⁸ özellikle Avrupa piyasalarında yaygın şekilde kullanılan ve bankalar ile FinTek şirketler arasında akdedilen bir iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesidir⁹.

Şüphesiz ki bankaların bir iş görme sözleşmesine taraf olmasının enteresan bir tarafı yoktur. Bankaların destek hizmetleri kapsamında eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi veya bağlı iş görme kapsamında hizmet sözleşmesi akdetmesi, ticaretin olağan akışı esnasında sık rastlanan bir durumdur. Ancak uygulamada bankaların genelde iş görme sözleşmelerinde edimi talep eden taraf olduğu bilinmektedir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ni ilgi çekici kılan unsurlardan biri ise bankanın iş görme edimini taahhüt eden taraf olmasıdır. Bu sözleşmenin genel kapsamda ayırt edici unsurlarından bir diğeri ise, bu hizmetin kanunca yasaklanmamış ancak (bankacılık mevzuatında tek tek sayılan) geleneksel banka hizmetlerinin dışında kalan, teknik ve hukuki bir yapısının bulunmasıdır.

⁷ European Parliament, **Report on FinTech**, s. 6.

⁸ Bu sözleşme tipinin Türk piyasası açısından örneklerinden birinin Almanya'da bu iş modelini başarıyla uygulayan Solarisbank AG ve bir Albaraka Türk Katılım Bankası iştiraki olan faizsiz mobil bankası (insha) arasında akdedildiği bilinmektedir. Türkiye'de katılım bankası statüsüne sahip olarak bankacılık faaliyetlerini sürdüren Albaraka Türk, iştiraki, FinTek şirket insha'nın Alman piyasasındaki mobil bankacılık hizmetlerini, teknik banka hizmetleri veren (ve piyasada *service bank* ya da *white-label* bank olarak anılan) Solarisbank AG'nin banka lisansı kapsamında yürütmektedir. Insha'nın faaliyet iznini dayandırdığı sözleşmesel ilişkiyi açıkladığı yasal uyarılar için bkz. <https://www.getinsha.com/en/about> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

⁹ Bankaların FinTek şirketlere banka faaliyet izni kapsamında hizmetler sunduğu ve uygulamada *Cooperation Contract* veya *Service Contract* olarak anılan bu sözleşmeyi, çalışmada ülkemizdeki akdi sözleşme tipleri açısından kavram karmaşası yaratmamak adına "Servis Sağlayıcı Sözleşmesi" olarak adlandırmayı uygun gördük. Daha fazla bilgi için bkz. Bölüm 3 (s. 163 vd).

Küreselleşme sebebiyle global şekilde yaygın ve hızlı bir uygulama imkanına ve kabiliyetine sahip bu yeni sözleşme tipi hukukumuzda düzenlenmiş değildir. Ek olarak, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne temel oluşturan finansal teknoloji sektörü hem hukuk sistemimize hem de doktrine yabancıdır. Ancak bu sözleşmenin öneminin ve hukukumuzda yansımalarının tartışılmasına temel hazırlamak için, bu sözleşme tipinin doğumuna yol açan finansal teknolojinin piyasalara ve regülasyonlara yansımalarının incelenmesi elzemdir.

Çalışmada uluslararası FinTek uygulamaları ve ilgili uluslararası bankacılık mevzuatı (ve taslak çalışmaları) incelenirken, Türkiye'deki pozitif düzenlemeler öncelikle AB mevzuatı; ikincil olarak da konuyla ilgili yasal ve pratik düzenlemeler üzerinde yoğun olarak çalışan diğer yasa koyucu yaklaşımları ve yürürlükteki mevzuatlar ile karşılaştırılacaktır. Bu sayede uygulamalar, teori (doktrinsel bakış açısı) ve mevzuatlar arası farkların, ileride doğması muhtemel yasal sorunların ve özellikle de mahalli yasa koyucuların cevaplaması gereken soruların tek bir çatı altında toplanması ve ayrıca, Türkiye'de güçlü bir FinTek piyasası kurulması için gereken ekonomik ve yasal temellerin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Çalışma, üç bölüm olarak ele alınmıştır ve çalışmanın ilk bölümünde yeni bir kavram olması sebebiyle daha Türk doktrininde çokça yer bulamamış FinTek kavramı, kavramın tarihi gelişimi ve ekonomik boyutu açıklanmış, FinTek'in önemi ve zayıf yönleri incelenerek kavrama ilişkin olumlu ve olumsuz doktrinsel ve pratik eleştirilere yer verilmiştir. Bu kısım FinTek kavramının piyasalarda neden ve nasıl değişikliğe yol açtığı soruları açısından önem teşkil etmektedir zira, banka ve finans piyasalarını global açıdan esaslı bir değişikliğe uğratan finansal teknoloji akımı sadece bankaları ve bankacılığı düzenleyen yasaları değil, aynı zamanda piyasadaki tüketici anlayışını, tüketicilerin bankalardan beklentilerini ve tüketicilerin bankacılığa bakış açısını da değiştirmiştir. Bu sebeple değişikliğin ekonomik temelleri bu bölümde tüm yönleriyle ele alınmaya çalışılarak, Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacak FinTek müessesesinin pozitif düzenlemeler

üzerindeki etkileri için bir temel oluşturulmaya çalışılmıştır. Ek olarak, bu bölümde FinTek ekosisteminde faal oyuncular ve piyasalarda öne çıkan FinTek şirketlerinden örnek verilmek suretiyle bu akımın sektörü ne derecede değişikliğe uğrattığı göz önüne serilmesi amaçlanmıştır.

Bankacılık ve FinTek mevzuatları Çalışmanın ikinci bölümünün odak noktasıdır. Avrupa bankacılık sisteminin temelini oluşturan regülasyonlardan ve Topluluk piyasa kurallarından genel olarak bahsedilmek suretiyle başlayan kısımda, Avrupa Birliği ve Türkiye’deki bankacılık ve FinTek mevzuatları ana hatlarıyla açıklanmış, bahsi geçen mevzuatın detaylarına inilirken mevzuatın özellikle FinTek ekosistemi açısından önemi göz önüne alınmıştır. Türk hukuku açınsındansa bankacılık ve FinTek için bel kemiği sayılabilecek mevzuat, FinTek ile olan ilgisi kadarıyla kısaca açıklanmıştır. Bu kısımda mercek altına alınan en önemli düzenlemeler şüphesiz ki FinTek hukukuna temel oluşturan yeni yerel ve uluslararası mevzuat ve ayrıca süregelen kanun çalışmalarıdır. Bu kısımda bankacılık ve FinTek mevzuatlarını Türk hukuku açısından genel olarak irdeleyerek karşılaştırma ve analiz kısımları için bir temel inşa etmeye çalışılmıştır ve FinTek hukukunu ilgilendirmeyen bankacılık hukuku düzenlemeleri mercek altına alınmamıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümü, birinci ve ikinci bölümlerdeki genel finansal teknoloji ve bankacılık mevzuatı odağından biraz uzaklaşarak, bankalar ve FinTek şirketleri arasındaki ilişkiye ve bu kapsamda akdedilen sözleşmelerden biri olarak uygulamada karşımıza çıkan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’ne yoğunlaşmıştır. Bu bölümde Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin tanımı, amacı, unsurları ve ayırt edici özellikleri incelenmiş ve sözleşmenin akdi sözleşme tiplerine benzerlik gösteren özellikleri irdelenmiştir. Çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde FinTek kavramının ekonomik ve hukuki temellerine yoğunlaşarak aslında Avrupa ve diğer yabancı hukuklarda yaygın şekilde kullanılan bu yeni sözleşme tipinin amacını ve önemini vurgulamaya çalışan son bölümde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin tipikleşen içeriğinden hareket ederek sözleşmenin Türk hukuku üzerindeki muhtemel yansımaları tespit edilmeye çalışılmıştır.

Türk hukukunda Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin henüz bağımsız bir çalışmada incelenmemiş olmasından dolayı, konuyu hukuki açıdan ele alan incelemeler açısından bir eksiklik saptanmıştır. Bu sebeple konuyu en başından, yani finansal teknolojinin gelişimi, piyasalara ve regülasyonlara etkileri ve bu etkilerden Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin doğumuna uzanan sürece kadar, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin hukukumuza muhtemel yansımalarını da kapsayacak şekilde detayıyla ele alan bu çalışmanın konuyla ilgili gelecek çalışmaların önünü açmasını umuyoruz.

Bütün çalışmayı tekrardan mercek altına alan ve yeniden değerlendiren analiz kısmı ise FinTek gelişmeleri kapsamında Avrupa ve Türk bankacılık mevzuatlarındaki farkları genel açıdan ortaya çıkardıktan sonra bu farkların sektöre kattığı olumlu ve olumsuz etkileri irdelemektedir.

BÖLÜM 1- FİNTEK KAVRAMI ve FİNTEK MÜESSESESİNİN EKONOMİK TEMELLERİ

I. ANA HATLARIYLA EKONOMİK AÇIDAN FİNTEK VE FİNTEK ŞİRKETİ KAVRAMLARI

A. FinTek Kavramı

1. FinTek Kavramının Ortaya Çıkışı

Geleneksel olarak bankaların temel faaliyet alanının *bireylerin tasarruflarını güvenle saklama ve bu tasarruflardan gelir elde edilmesini sağlama*¹⁰ faaliyetleri ile sınırlı olduğu düşünülse de zamanla tüketicilerin bankalardan olan beklentilerinin ve ayrıca sektördeki rekabetin artmasına paralel olarak bankacılık hizmetlerinin tanımı işbu sınırlı tanıma nazaran genişlemeye başlamıştır. Para, sermaye ve kredi alanlarındaki¹¹ her işlemi faaliyetleri kapsamına almak için yarışan bankalar, teknolojiyi bankacılıkla bütünleştirmek suretiyle bankacılıktaki dijitalleşme ve de finansal teknoloji (*FinTek*) akımlarını tetiklemişlerdir.

İngilizce Finans (*Finance*) ve Teknoloji (*Technology*) kelimelerinin birleştirilmesi ile elde edilen FinTek¹² kavramı ile paralel gelişen dijitalleşme trendi, bankaları ve bankacılığı son yıllarda derinden etkilese de aslında FinTek çok da yeni bir akım değildir. Kısaca *finansal piyasaları teknoloji aracılığıyla*

¹⁰ Mehmet Takan, Melek Acar, **Bankacılık: Teori, Uygulama ve Yöntem**, Konya, 2018, s.1.

¹¹ Takan / Acar, s.1.

¹² “*FinTech*” terimi Çalışma esnasında “FinTek” olarak Türkçeleştirilerek kullanılmaktadır.

*geliştiren ve şekillendiren yeni bir akım ve sektör*¹³ olarak açıklanabilecek FinTek terimi aşağı yukarı 2012-2013 yıllarına tekabül eden bir dönemde yaygın olarak kullanılmaya başlanmışsa¹⁴ da aslında FinTek akımının yaygınlaşması 2008 ekonomik krizi¹⁵ ile paralel gelişme göstermiştir. Kriz sonrasında global ölçekli piyasalarda tekel konumunda bulunan geleneksel bankalar ve kredi kurumlarının krizin yarattığı yasal ve ekonomik buhranlardan dolayı piyasalarda pasifleşmelerinin akabinde, ilk kez hukuki olarak banka statüsünde olmayan ve *Visa, Mastercard, SWIFT* gibi köklü şirketlere meydan okuyabilen, taze ve küçük çaplı girişimler, bankalara duyulan sorgusuz sualsiz ve sonsuz güvenin sarsılmasından dolayı piyasalarda kendilerine yer edinme imkânına kavuşmuştur. Piyasadaki bu boşluğu fırsata çeviren yeni finansal girişimler bu imkândan iyi istifade ederek piyasaları kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirmiş; böylece bankacılıkta o zamanlar ne kadar ve ne şekilde büyüyeceği öngörülemeyen yeni bir dönem başlamıştır¹⁶.

2008 ekonomik krizi ve FinTek akımının gündelik hayata katkıları dijitalleşme ve yeni teknolojik sistemlerin banka ve finans piyasalarının mütemmim cüz'ü haline gelmesi ve piyasalara yeni oyuncular kazandırılması ile sınırlı kalmamış; bu akım ayrıca piyasalarda yeni bir tüketici anlayışının

¹³ Patrick Schueffel, "Taming the Beast: A Scientific Definition of FinTech", **Journal of Innovation Management**, 03.09.2017, s. 32–54, s. 45.

¹⁴ 2000'ler sonrası dönemde artan bir şekilde piyasada kullanılmaya başlanan FinTek teriminin ilk defa 1980'lerde kullanıldığı iddiası da bulunmaktadı. <https://www.marketwatch.com/story/this-finance-related-term-was-just-added-to-the-dictionary-do-you-know-what-it-means-2018-09-05> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

¹⁵ *ABD Mortgage Krizi* olarak da adlandırılan 2008 Finansal Krizi, 2006-2007 yılları arasındaki dönemde Amerikan ekonomisini etkilemeye başlamasına rağmen, ancak 2008'in sonlarına doğru ABD'nin büyük yatırım bankalarının tek tek iflas etmeye başlamasıyla beraber bariz şekilde gözle görülür hale gelen küresel bir ekonomik krizdir. Uzmanlar bu krize aşırı şişen taşınmaz mal piyasası arzının birden değer kaybetmesi ve bu taşınmazları finanse etmek için kullanılan kredilerin derecelendirme sürecinde risklerin göz ardı edilerek dayanaksız ve yüksek riskli birçok kredinin piyasaya ibraz edilmesinin sebep olduğunu düşünmektedir. Kriz kısa zamanda bankacılık sektörüne ek olarak sigortacılık sektörü, gayrimenkul piyasası ve sair türlü sektörlerle sıçramıştır. Krizin yayılmasından korkan yabancı yatırımcıların yerel piyasadan çekilmesiyle de kriz ABD dışındaki diğer ülkelere sıçramaya başlamış ve göz açıp kapayıncaya kadar küresel bir boyuta ulaşmıştır. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. BDDK, ABD Mortgage Krizi, **BDDK Çalışma Tebliği.**, Ankara: Sayı 3, 2008, s. 3 vd.; V.V. Chari, Lawrence Christiano / Patrick J. Kehoe, **Facts and Myths about the Financial Crisis of 2008**, Federal Reserve Bank of Minneapolis Research Department, Minneapolis: Working Paper 666, 2008, s. 1 vd.

¹⁶ FinTek'in finansal piyasalarda meydana getirdiği değişimle ilgili daha fazla bilgi için bkz: John Schindler, "FinTech and Financial Innovation: Drivers and Depth", **Finance and Economics Discussion Series 2017-08**, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, Washington, 2016, s. 13 vd.

şekillenmesine de sebep olmuştur. İleride etraflıca açıklanacağı üzere, geleneksel olarak banka ve finans hizmet sözleşmelerinin¹⁷ zayıf tarafı¹⁸ olan

¹⁷ *Banka Hizmet Sözleşmeleri* (ya da diğer bir adıyla *Bankacılık Hizmet Sözleşmesi*) bankalarca tüketicilere sunulan ve banka faaliyetleri çerçevesinde sunulan ürün ve hizmetlere ilişkin temel koşulları ve ayrıca, tüketici ve banka arasındaki ilişkiye dair genel hususları belirleyen *standart sözleşmelerdir*. Standart sözleşmelerde aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma gibi işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma ve pazarlık imkânı tanınmaksızın karşı tarafa dayatılmaktadır (Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2003, s. 1). Standart veya matbu (basılı) sözleşmeler, sözleşmenin muhtevasının tamamı veya belirli bir kısmı önceden banka tarafından düzenlenmiş ve belirlenmiş sözleşmelerdir. Bankalar, müşteriler açık kredi ve cari hesap kredileri, vadeli veya vadesiz mevduat veya döviz hesapları açtıklarılarında veya menkul kıymetlerini rehnettirdiklerinde veya bir çelik kasa kiraladıklarında, onlarla sözü edilen işlemlere ilişkin önceden hazırlanmış standart sözleşmeler yapmaktadırlar. Bu tür sözleşmelerde tarafların hak ve borçları yeknesak olarak düzenlenmiştir ve mevduat hesabı veya kiralık kasa işlemlerindeki standart sözleşmelerin bazen yönetmelik şeklinde tabir edildikleri de olmaktadır. Ancak bu yönetmelikler, standart sözleşmeden başka bir nitelikte değildir (İbrahim Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, Cilt I, Ankara, 1996, s. 12 ve 13). Türk hukukunda bağımsız bir sözleşme tipi olarak yer almayan çerçeve bankacılık hizmetlerine dair bu tip *sui generis* sözleşmeler aslında Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesinde düzenlenen *genel işlem koşullarından* başka birşey değildir. Genel işlem şartları (ya da genel işlem koşulları), bankalar tarafından önceden hazırlanmış bulunan banka ile müşteri arasında geçerli olacak hesap ile kredi şartlarını ve işlemlerini gösteren kurallar bütünüdür (Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, s. 13). Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Genel işlem şartları bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere, tek taraflı olarak, sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanır. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartlar saptamak ve bunları karşı akidin müdehalesine imkân tanımadan bir kül olarak sözleşmeye dahil etmektir (Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, 2001, İstanbul, s. 61). Sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğu, genel işlem şartlarının şekli ve kapsamı genel işlem şartlarının nitelendirilmesinde önem taşımamaktadır (Yeşim M. Atamer., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M.6 ve TTK M. 55, F.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, BTHAE, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 9-73, s. 19). Doktrinde özellikle internet bankacılığı kullanımı kapsamında akdedilen ve genel işlem koşulları içeren bu tip sözleşmeleri *karma sözleşme* olarak sınıflandıran yazarlar olsa da bu sözleşmelerin kanunda öngörülmeyen bazı edimleri de içermesi sebebiyle sözleşmelerin *sui generis* niteliğine dikkat çeken yazarlardan da bulunmaktadır (bkz. Süleyman Yılmaz, **Hukuki Açıdan İnternet Bankacılığı**, Ankara, 2010, s. 84). Nitekim Borçlar Kanunu 20/4 (ve Kanun tasarısının ilgili kısmı) uyarınca bankaların hazırladıkları sözleşmeler tüm maddeleri ile genel işlem koşulu sayılacaktır ve bankaların tüm sözleşmeleri – kredi sözleşmeleri taşınır, taşınmaz ve hakların rehni sözleşmeleri dahil – Borçlar Kanunu 20-25. maddelere tabi olacaktır (Seza Reisoğlu, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", **Bankacılar Dergisi**, S. 77, Yıl: 2011, s.2). Ülke ekonomisi açısından önemli bir görev yüklenmiş olan bankalar, finans sektöründe risklerle kuşalı bir faaliyet sürdürmekte oldukları için, günün değişen koşullarına uygun hareket yeteneğine sahip olabilmek adına yaptıkları sözleşmelerde kendilerine avantajlar sağlayacak hükümler öngörmektedir. Bu sebeple ve bankaların kullandıkları tüm sözleşmelerin genel işlem koşuluna dair unsurları taşıması sebebiyle bu sözleşmelerin genel işlem koşulu niteliği tartışmasızdır (Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, BTHAE, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 81-102, s. 90 vd). Genel işlem koşulları, Borçlar Kanunu uyarınca "*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*" olarak tanımlanmaktadır. Genel işlem şartlarına ait unsurlar *genel işlem şartlarının kural olarak sözleşme koşulları olmaları ve bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri, kullanan tarafından sözleşmeye dahil*

tüketiciler, dijitalleşme ve teknolojinin günlük hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmesi ile birlikte artan piyasa rekabetinden dolayı, piyasa karar mekanizmalarının odak noktası haline gelmişlerdir. Bu akım, teknolojik gelişmelere paralel olarak, global anlamda tüketici kavramının sorgulanmasına ve yeniden tanımlanmasına yol açmış; müteakip olarak da tüketici yanlısı yasal düzenlemelerin ve piyasa denetim mekanizmalarının önünü açmıştır demek yanlış olmaz.

FinTek ile yaşanan değişim bankacılık ve finans piyasalarındaki hizmet kalitesi, hızı ve yöntemleri ile sınırlı kalmamış; sadece birkaç sene içinde parayı konu edinen işlemleri, paranın piyasadaki dolaşımını ve hatta piyasadaki

edilmek niyetiyle karşı akide sunulmaları şeklinde özetlenebilir (Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s. 62-72). Genel işlem şartlarının yazılı olması halinde nasıl kaleme alındıkları, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı çoğaltılmış olup olmamaları ve yine sözleşmeye dahil edilmek istenilen hükümlerin kapsamı da bunların nitelendirilmesinde önem taşımaz (Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması**, s.73). Bu açıklamaların dışında eklenmelidir ki Türk Hukuku'nda *Hizmet Sözleşmesi* şeklinde tanımlanan tek sözleşme türü Borçlar Kanunu Madde 393 kapsamında tanımlanan ve bir işgörme akdi çerçevesinde akdedilen sözleşmelerdir. Buna rağmen uygulamada bu tarz standart bankacılık çerçeve sözleşmelerinin de (Banka veya Bankacılık) Hizmet Sözleşmesi olarak adlandırıldığı gözlemlense de standart sözleşme unsuru taşıyan bu tarz sözleşmeler Borçlar Kanunu Madde 393 yerine Madde 20 ve devamı kapsamında değerlendirilmelidir.

¹⁸ Sözleşmeler hukukunun tarihsel karakteri, tarafların tam bir irade özgürlüğü ile ve eşit şartlar arasında anlaştığı varsayımına dayanır. Ancak bir taraftan gelişmiş kapitalist ekonomilerin karmaşık yapısına ve güçlü aktörlerine karşı bireylerin zayıflığı bu varsayımı zayıflatmıştır. Böylece gelişmiş ülkelerde, sözleşme özgürlüğünün sözleşme taraflarını eşit sayan anlayışına aykırı olarak bir tarafı özel olarak koruyan bir hukuk gelişmiştir. Buna yönelik düzenlemeler “genel işlem şartlarının sınırlanması” olarak ifade edilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 161.

para birimlerini bile değiştiren¹⁹ bir süreç başlamıştır. Lidyalılarından beri²⁰ hayatımızda olan kâğıt ve madeni paralar yerlerini öncelikle dijital paralara²¹; daha sonra da yeni para birimlerine²² bırakmıştır. Bazı yazarlar²³ tarafından FinTek akımının paranın yapısını değiştireceği, merkezi bankacılık sistemlerini temelden sarsacağı ve finansal hizmetlerin kullanıcıları için az çok bir demokratik bir devrim yaratacağı savunulmaktadır. FinTek kavramının hukuken değerlendirilmesinde belirleyici olan olgu, FinTek kavramının ortaya çıkmasından beri finansal odaklı gelişmelerin artık bankacılar ve bankalar tarafından değil, teknoloji uzmanları ve finansal teknoloji firmaları tarafından çekip çevriliyor olmasıdır. Yine FinTek akımının hayatımıza girmesiyle, teknik üniversitelerden mezun yazılımcı ve mühendislerin bankaların tabi olduğu karmaşık prosedürlerle uğraşmaksızın tüketicilere doğrudan finansal ürün ve

¹⁹ Bitcoin, ethereum ve benzerleri, piyasada sanal veya kripto para birimi olarak anılsalar da bazı ekonomistler bitcoin'in bir para birimi değil de bir varlık sınıfı, bir yatırım aracı olduğunu savunmaktadır. Nitekim, ABD Vadeli Emtia İşlemler Komisyonu CFTC, 17 Eylül 2015'te Coinflip, Inc. isimli bir bitcoin alım satım platformuna CTFC kaydı olmadan işlem yaptığı için dava açmak suretiyle dolaylı olarak bitcoinin bir emtia olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bu aksiyon CTFC için ciddi bir ihsas-ı rey olsa da halihazırda konuyla ilgili tartışmalar devam etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Dirk G. Baur & KiHoon Hong & Adrian D. Lee, "Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?", 2017, <https://ssrn.com/abstract=2561183> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

Doktrinde paranın geleneksel tanımı üzerinden giden farklı bir görüş ise (M. İlker Parasız, **Para Teorisi ve Politikası**, İstanbul, 2009, s. 5 vd.) para olarak kabule emtianın çok nadir olmaması gerektiğini, birim başına makul fiyatının olması gerektiğinden bahsetmektedir. Oysa bitcoin, halihazırdaki ulaşılabilirlik seviyesi ve birim fiyatı ile bahsi geçen tanım kapsamına girmemekte gibi gözükmemektedir. Ek olarak, 2018'de Arjantin'de gerçekleşen G20 zirvesinde de kripto paralar bir yatırım aracı olarak kabul edilmiştir. Daha fazla bilgi için: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-20/when-is-a-bitcoin-not-a-bitcoin-when-it-s-an-asset-says-g-20> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

²⁰ Bir değişim aracı olarak paranın icadından önce tamamen trampa yani değiş tokuş sistemine dayanan ticari hayat ve alışveriş, bu icatla beraber büyük bir değişikliğe uğramıştır. Bazı topluluklar paranın icadından evvel bir değişim aracı olarak değerli madenleri yani *emtia para* kullanmaktaydı fakat bu madenlerin pahalılığına ek olarak bu madenlerin taşınma ve saklanmasıdaki zorluk, bu madenlerin uzun süreli olarak toplumsal ihtiyaçları gidermesini engellemiştir. Tarihteki ilk para basımının M.Ö VII. Yüzyılda Anadolu'da Lidyalıları tarafından yapıldığı dönemin ünlü yazarı Herodot tarafından kayıt altına alındığı için, Asur ve Mısır gibi başka yörelerde de para kullanıldığına dair belirtiler bulunmasına rağmen, para kavramının Lidyalıları tarafından icat edildiği varsayılmaktadır. İlk basılan para madeni paradır. Kâğıt para ise ilk kez M.S. VII Yüzyılda Çin'de kullanılmaya başlamıştır.

²¹ *E-money* yani elektronik para Avrupa Merkez Bankası tarafından parasal bir değer teknik bir cihaz üzerinde depolanmak suretiyle elektronik para ihraççısı dışındaki kişilere ödeme yapmak için kullanılması olarak tanımlanmaktadır. Elektronik para bu çalışmada 2. Bölüm altında özellikle Avrupa regülasyonu açısından detaylandırılarak açıklanacaktır; bkz. aşağı. Bölüm 2, I, C, 2, c (s. 109 vd.).

²² bkz. dn.19.

²³ Andrea Miglione, "The impact of FinTech on securities and secured transactions: what is new in the financial industry?", **Journal of International Banking Law and Regulation** (J.I.B.L.R.), 2016, 31(12), 653-660, s. 7.

hizmet ulaştırmaları mümkün olmuştur. Özellikle aracı kurumları ve b rokrasiyi²⁴ ortadan kaldırması dolayısı ile masrafları azaltan FinTek şirketleri, büyük finans devlerine rağmen tüketiciler tarafından apaçık tercih edilerek²⁵ tekele dayanan camdan kuleleri yıkmayı başarmıştır.

FinTek kavramı ilk ortaya çıktığı yıllarda finansal piyasaları değiştiren tüm teknoloji hizmetlerini kapsayacak şekilde kullanılsa da zamanla bu kavram kısıtlanmıř²⁶ ve sigorta hizmetlerini kapsayan teknoloji hizmetleri için İngilizce Sigorta ve Teknoloji kelimelerinin birleştirilmesi ile meydana getirilen *InsurTech*²⁷; hukuk ve teknolojiyi birleştiren hizmetler için İngilizce Hukuk ve Teknoloji kelimelerinin birleştirilmesi ile meydana getirilen *LegalTech*²⁸; bunların dışında regülasyonla düzenlenen kara para aklama sistemleri veya vergi hizmetlerini teknolojiyle buluşturan sistemler gibi hizmetler için ise İngilizce Regülasyon ve Teknoloji kelimelerinin birleştirilmesi ile meydana getirilen *RegTech*²⁹ gibi farklı terimler ortaya çıkmış ve FinTek teriminin geleneksel tanımını gözle görülür şekilde

²⁴ Bu görüşe “yasaların elverdiği kadarınca” diye eklemek uygun olacaktır.

²⁵ Gün geçtikçe daha çok müşterinin, geleneksel banka ürünleri yerine FinTek banka ürünlerini tercih ettikleri görülmektedir. Günümüzde, müşterilerin mevduat hesapları için klasik kurumsal bankalar yerine, şubesiz mobil bankaları tercih ettiği; ödemelerini PayPal, Whatsapp gibi uygulamalar üzerinden gerçekleştirmeyi tercih ettikleri; bankalar yerine FinTek kredi platformlarını tercih ettiği gözlenmektedir. McKinsey tarafından yapılan bir araştırmaya göre, 2025 yılına ulaştığımızda, FinTek şirketlerinin bankaların kâr marjının %10-40 arasında değişen bir kesimini tehdit ediyor olacağı öngörülmektedir. Kaynak:

<https://bilderlings.com/blog/why-are-banks-clients-switching-to-fintech/> (Son Erişim Tarihi: 31.07.2019)

²⁶ Burada “kısıtlanma” terimi ile ifade edilmeye çalışılan, uzmanlık ve odaklanma kapsamında terimlerin anlamında meydana gelen daralmadır.

²⁷ *InsurTech*, Avrupa Parlamentosu tarafından (mesela otomatikleştirilmiş danışmanlık hizmetleri, risk değerlendirme ve büyük veri ya da siber saldırı benzeri yeni risklere karşı sigortalanma gibi) yeni teknolojiler kapsamında etkinleştirilmiş veya aracılığıyla sunulan sigortacılık olarak tanımlanmaktadır (European Parliament, **Report on FinTechs**, s. 6).

²⁸ LegalTech terimini kullanan resmî kurumlara ait kaynaklar FinTek terimi kadar yaygın olmadığı için terimi açıklamakta kullanılabilecek çalışmalar kısıtlıdır. LegalTech’i, yasal hizmetlerin geliştirilmesi için kullanılmakta olan gelişen teknoloji ve inovatif süreçler olarak tanımlayan makale için bkz: Joseph M. Green, **Legaltech and the Future of Startup Lawyering**, 15.03.2019. <https://ssrn.com/abstract=3360174> (Son Erişim Tarihi: 27.04.2019)

²⁹ RegTech Avrupa Parlamentosu tarafından, yasal uyum süreçleri kapsamında yeni teknolojilerin kullanılması olarak tanımlanmaktadır (European Parliament, **Report on FinTech**, s. 16.) Doktrinde, RegTech hizmetlerinin finansal hizmetlerin tipik tüketicisi yerine dış kaynak kullanımı kapsamında teknoloji bazlı hizmetleri satın alan geleneksel banka sektörüne yöneldiği yönünde görüşler bulunmaktadır (Dennis Kunschke, Kai A. Schaffelhuber, **FinTech Grundlagen – Regulierung -Finanzierung – Case Studies**, Frankfurt, 2018, s. 16). Kanaatimizce bu görüş doğru olsa da eksiktir, zira RegTech şirketleri yasal uyum süreçlerinin dijitalleştirilmesi ve iyileştirilmesi hususunda bankalar dışındaki özel ve kamu tüzel kişilerine de hizmet sunabilmektedir.

daralmıştır³⁰. Piyasada, FinTek teriminin doğasına benzeyen, ödemeler için PayTech (*Payment and Technology*), müşteri tanıma sistemleri için IDTech (*Identification Technology*) gibi spesifik pazar kesitlerini hedefleyen kısaltmalar oluşturulmaya başlanmıştır³¹. Genel olarak bir ürün veya hizmetin FinTek kapsamında olup olmadığını anlamak için bu hizmet veya ürünü klasik olarak piyasaya süren kurumların geleneksel olarak finansal alanda hizmet edip etmediği veya bu hizmet veya ürünün finansal hizmetleri düzenleyen yasalar tarafından kapsanıp kapsanmadığı kıstas olarak alınabilir kanaatindeyiz. Her hâlükârda, bu kavramları kesinleştiren tanımlar akademik seviyede standartlaşmadığı için, bahsi geçen kavramlar arasındaki ayrım büyük oranda muğlaktır.

2. Terminolojik Açıdan FinTek

Çalışmada FinTek olarak Türkçeleştirilmek suretiyle kullanılan FinTech terimi, İngilizce Finans (*Finance*) ve Teknoloji (*Technology*) kelimelerinin bir araya getirilmesi ile oluşturulan bir kavramdır ve FinTek terimi ilk defa 2018 yılı Eylül ayında Merriam-Webster'ın çevrimiçi sözlüğüne eklenmek suretiyle dilbilim terminolojisi anlamında resmiyet kazanmıştır. Sözlük terimi “*yeni geliştirilen dijital ve çevrimiçi teknolojileri bankacılık ve finansal servis endüstrilerinde kullanan ürün ve şirketler*” ve “*bu tarz teknolojileri kullanan veya yaratan işletmeler*” şeklinde tanımlamakta³² ve terimin ilk defa 1971’de kullanıldığını belirtmektedir.

Kısaca *finansal piyasaların teknoloji ile harmanlanması* olarak özetlenebilecek FinTek, halihazırda hem finansal piyasaların teknoloji ile harmanlanması *akımını* hem de bu akım sonucunda meydana gelen *ürün ve hizmetleri* ifade etmek için kullanılmaktadır. Bahsi geçen tanım kapsamındaki ürün ve hizmetleri piyasaya sunan şirketler FinTek şirketleri (*FinTech*

³⁰ Nitekim Avrupa Parlamentosu da 2017 tarihli raporunda, FinTek’in InsurTech ve RegTech tanımlarını da içerdiğini vurgulamıştır (European Parliament, **Report on FinTech**, s. 6). RegTek ve LegalTek ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 1, IV, B, 2 (s. 61 vd.).

³¹ Kunschke / Schaffelhuber, s. 16.

³² Tanımın orijinali şu şekildedir; “*Products and companies that employ newly developed digital and online technologies in the banking and financial services industries.*”

Companies) olarak anılsa da uygulamada sadece bu şirketleri ifade etmek için FinTek teriminin kullanıldığı hallere de rastlanılabilmektedir.

Her ne kadar bahsi geçen kavramlar arasında uluslararası çapta kabul gören bir ayrım olmadığı için bir kavram karmaşası mevcutmuş gibi gözükse de kanaatimizce bu terimlerin kullanılmasına hukuki bir sonuç bağlanana kadar (mesela bir şirketin kuruluş yerinde geçerli kanunlar uyarınca *FinTek şirketi* olarak anılmasına bağlı olarak hak veya borç edinmesi gibi) FinTek kavramının birçok farklı anlam ihtiva etmesinde bir sakınca yoktur. FinTek tanımının hem faaliyetleri hem de tedarikçileri kapsayacak şekilde geniş tutulmasının piyasanın gelişme ve inovasyon³³ için ihtiyaç duyduğu esnekliği sağladığı savunulabilir³⁴. Sonuçta, FinTek şirketi ya da başka bir kurum tarafından gerçekleştirilmesine bakılmaksızın, FinTek olarak tanımlanabilecek faaliyetlerin hepsi bankacılıkta inovasyon gayesine ulaşma amacı taşımaktadır. Ancak mevcut yasal düzenlemelerce öngörülmeven inovatif uygulamalar pazarda yaygınlaştıkça, bu bu kuramsal karmaşadan kaynaklanması muhtemel yasal sorunların oluşma riski de artacaktır. Kanaatimizce, bu durumu önlemek amacıyla, ürün ve hizmetleri piyasaya sunan şirketlerin münhasıran FinTek şirketleri olarak tanımlanması ve böylece FinTek şirketlere özgü faaliyet izni ve denetleme yükümlülüklerin banka ve diğer finansal kurumlardan ayrı pozitif düzenlemelere konu edilmesi; FinTek şirketleri tarafından piyasaya sunulan hizmetlerin ise hizmetin niteliği (ödeme, kredi, kripto para) kapsamında

³³ Türkçede yaygınlaşan yabancı kökenli sözlerden biri olan inovasyon, teknik bir terim olarak Türkçe’de 1990’lı yıllarda kullanılmaya başlanmıştır (Şükrü Haluk Akalın, "Innovation, Inovasyon: Yenileşim", **Türk Dili Dil ve Edebiyat Dergisi**, Türk Dil Kurumu Yayını, Cilt XCIII, Sayı 666, s. 483-486, s. 483). Kavram TDK tarafından yenileşim ve yenilik şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak inovasyon ne yalnızca yenilik ne de yalnızca bir buluştur (Akalın, a.g.e). İnovasyon ile söz konusu olan yenilik yeni bir sonucu kapsayabileceği gibi, inovasyon terimi ile yeni bir süreç ya da yöntemden de bahsediliyor olabilir. Terimin geniş kapsamından ve yabancı yasa koyucularca benimsenen kullanımından dolayı, Çalışma esnasında yenileşim yerine inovasyon teriminin kullanımı tercih edilecektir.

³⁴ Nitekim Avrupa Parlamentosu da 2017 tarihli raporunda, FinTek kavramının finans sektörünü inovasyonla altüst eden start-up şirketlerin oluşturduğu muayyen ortamı tarif etmek için kullanıldığına sık rastlansa da bu tanımın önemli diğer aktörleri dışlaması sebebiyle raporda bu tanımın tercih edilmediğini ve bu kısıtlı tanım aksine FinTek’in yeni teknolojiler aracılığıyla olanak sağlanan ve tüm finansal hizmet, ürün ve altyapı çeşitlerini kapsayan finans şeklinde anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır (European Parliament, **Report on FinTech**, s. 16). Yine aynı raporda (FinTek ve FinTek şirketleri arasında ayrım yapan Avrupa Komisyonu’nun aksine), FinTek kavramının hem FinTek faaliyetleri hem FinTek oluşumu hem de FinTek şirketleri için kullanıldığı görülmektedir.

tanımlanması ve hizmeti sunan kurum değil de hizmetin nitelikleri çerçevesinde yasal sınırlarının çizilmesi yerinde olacaktır.

Finansal teknoloji ve finansal teknolojinin çeşitli hukuk disiplinlerine etkileri ile ilgili mevzuat çalışmalarında Avrupa Komisyonu³⁵, Avrupa Merkez Bankası³⁶, Uluslararası Para Fonu³⁷ gibi uluslararası yasa koyucu ve kurumların *Finansal Teknoloji* terimi yerine *FinTek* kısaltmasını kullanmayı tercih ettiği gözlemlenmektedir.

İç hukuk açısından da aynı şekilde Finansal Teknoloji yerine FinTek teriminin kullanımının tercih edildiği ve terimin çeşitli kaynaklarda artarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Terimin ilk olarak 2016 tarihli TCMB Finansal İstikrar Raporu'nda³⁸ "...*finansal hizmetler, piyasalar ve kuruluşlar üzerinde etki oluşturan finansal yenilikler*" olarak tanımlandığı saptanmıştır. TCMB, 2019 tarihli raporunda bu tanımlı "*finansal piyasalara, kuruluşlara ve finansal hizmetlerin sunulmasına önemli derecede etki ederek yeni iş modelleri, uygulamaları, süreçleri veya ürünleri ortaya çıkaran teknolojiye dayalı finansal yenilikler*" olarak³⁹ güncelleyerek FSB'nin (*Financial Stability Board*)⁴⁰ tanımını benimsemiştir.

Pozitif düzenlemeler açısından ilk defa 507 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁴¹ ile lügata giren finansal teknolojiye⁴² (Madde 1)

³⁵ European Commission, **FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector**, COM/2018/0109, 08.03.2018, Brüksel.

³⁶ European Central Bank, **Guide to assessments of fintech credit institution licence applications**, Frankfurt, 2017.

³⁷ IMF, Fintech Roundtable, **Fintech — Building Trust Through Regulation**, 09.04.2018. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2018/04/11/sp40918-fintech-building-trust-through-regulation> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

³⁸ TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 23, Ankara, 2016, s. 9.

³⁹ TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 28, Ankara, 2019, s. 15.

⁴⁰ FSB, G-20 çatısında altında faaliyet göstererek, uluslararası finansal sistem hakkında görüş ve öneri bildiren, *Financial Stability Forum* (FSF)'nin halefi, uluslararası bir organizasyondur.

⁴¹ RG. 01.06.2019, 30791.

⁴² "Günümüzde bilgi-iletişim ve finansal teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler ile elektronik belge uygulamalarında kat edilen önemli mesafeler, mükelleflerimizin iş süreçlerini, ödeme ve tahsilat süreçlerini, müşterilerine düzenlemekte oldukları belgelerin oluşturulması, iletilmesi ve muhafazasında sağlamakta olduğu verimlilik, maliyet avantajı, işlem kolaylığı ve etkin analiz ve denetim kolaylığı nedeniyle, yeni uygulamaların mükelleflerimizin kullanımına sunulmasının önemini artırmaktadır." Düzenlemelerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 2, III, B, 1 (s. 156 vd.).

düzenlemede bu şekilde yer verilmesi kanaatimizce kanunun lafzına daha uygundur.

2018 Kasım ayında SPK, BDDK, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı ile TMSF'nin katılımıyla oluşturulan ve finansal teknoloji ve finansal teknolojinin yasal düzenlemeler üzerindeki etkisi üzerinde çalışmalar yapması amaçlanan müesseseye⁴³ *FinTek Daimî Alt Çalışma Grubu* ismi verilmesi de kanaatimizce bu terimin kullanımının yaygınlaşacağını göstergesidir⁴⁴.

3. FinTek Kavramına Ait Unsurlar

FinTek finansal sistemi farklı kanallar üzerinden etkilemektedir⁴⁵. Bir olgunun FinTek'in unsuru sayılabilmesi için bahsi geçen olgunun; bankacılık ve finans hizmetleri çerçevesinde ve geleneksel olarak banka ve kredi kurumları tarafından gerçekleştirilen faaliyetler kapsamında oluşturulmuş olması, dijitalleşme ve teknoloji öğelerini içermesi, ayrıca inovasyon düzeyinde (teknolojik veya pratik) yeniliklerden yararlanması ve müşteri odaklı olması gereklidir. Şu hâlde, FinTek hizmetinin mutlaka FinTek şirketler tarafından üretilmesi gibi bir gereklilik yoktur ve bir banka tarafından piyasaya sunulan bir hizmet veya ürünün dijital olma ve inovasyon barındırma gibi belirli unsurları taşıması halinde FinTek terimi kapsamında tanımlanabilecektir.

a. Bankalar ve Diğer Kredi Kurumları Tarafından Gerçekleştirilen Faaliyetleri İlgilendirmesi

FinTek faaliyetleri ister FinTek şirketleri ister bankalar isterse de kamu kuruluşları tarafından gerçekleştiriliyor olsun, geleneksel olarak banka ve diğer kredi kurumları tarafından piyasaya sunulan veya banka ve diğer kredi kurumlarını düzenleyen yasalarca tanımlanan bir faaliyeti geliştiriyor, değiştiriyor

⁴³ İlgili haber için bkz: Payment Systems Magazine, "FinTek ekosistemini geliştirmek için tarihi bir adım", Sayı 94, 2019, s. 16 vd.

Kaynak: <http://www.psmmag.com/uploads/documents/psm-subat-Fj2j.pdf>
(Son Erişim Tarihi: 11.09.2019)

⁴⁴ İşte bu sebeple çalışma boyunca finansal teknoloji terimi yerine FinTek teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

⁴⁵ TCMB, *Finansal İstikrar Raporu*, Sayı 23, s. 9.

veya devam ettiriyor olmalıdır. Kanaatimizce faaliyetin geleneksel olarak bir banka ve kredi kurumu tarafından piyasaya sunulması faaliyetin FinTek olarak tanımlanması için gerekli esaslı unsurlardandır ve bu sebeple kredi kurumları tarafından kapsanmayan dijital vergi iadesi, hukuki danışmanlık hizmetleri veya bankalar tarafından kullanılsa da bankanın esaslı faaliyetleri çerçevesinde yenilik ihtiva etmeyen siber güvenlik yazılımları gibi hizmetler, her ne kadar FinTek faaliyetleri ile benzerlik gösterse ve dijitalleşme ve inovasyon öğeleri barındırsa da FinTek olarak nitelendirilemeyecektir. Bu açıklama çerçevesinde internet bankacılığı ve mobil bankacılık hizmetleri ve bankalar tarafından sunulan fatura ödeme hizmetleri ile bağlantılı dijital hizmetler de FinTek faaliyeti kapsamında değerlendirilmelidir.

b. Dijitalleşme ve İnovasyon Öğelerini Barındırması

Teknolojinin son yıllarda günden güne gelişmesi ile beraber, kısaca *süreç, veri, araç ve sistemlerin dijital ortama yani bilgisayar ortamına aktarılması* olarak tanımlanabilecek *dijitalleşme* kavramı yaygınlaşmaya başlamış ve her alanda tüketicilerin gündelik problemlerine hitap eden, inovatif çözümler üretilmeye başlanmıştır. İşte bu *dijital devrimin* sonucunda iletişim, ulaşım, perakende ve hizmet dahil çoğu sektör yeni bir açığı kazanmış ve bu değişimden finansal piyasalar da nasibini almıştır. FinTek faaliyetleri ile geleneksel finansal müesseseler dijitalleştirilerek veya teknolojiyle harmanlanmak suretiyle kökünden değiştirilmekte ve yeni finansal kurum ve müesseseler icat edilmektedir. Bu müesseselere örnek olarak geleneksel finansal danışmanlık hizmetlerini dijital ortama taşıyan, otomasyon bazlı robo-danışmanlık hizmetleri⁴⁶ ya da sosyal medya bilgileri, ödeme akışları gibi alışılmışın dışında risk verileri ışığında bireysel kredi kararı veren yeni nesil kredi platformları verilebilir. Bazen FinTek faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan hizmet veya ürün çok değişik bir teknolojik altyapıya sahip olmamasına rağmen, hizmet veya ürün tüketiciye farklı bir açıdan yaklaştığı için de inovasyon öğesi barındırıyor olabilir. Kanaatimizce bireysel ihtiyaç kredisi karşılaştırma platformları ve şirket kurulum yerinde

⁴⁶ Daha fazla bilgi için bkz, dn. 160, s.60.

ikamet eden tüketicilere yabancı bankaların vadeli mevduat⁴⁷ ürünlerine yatırım yapma imkânı veren *Raisin GmbH, Deposit Solutions GmbH* gibi çapraz satış platformları bu hizmet türünün tipik temsilcileridir. Her halükârda bu faaliyet FinTek kapsamında tanımlanacaktır. Dolayısıyla dijitalleştirme ve inovasyon FinTek şirketleri ve hizmetleri piyasadaki diğer faaliyetlerden ayırmak için kullanılabilir en önemli unsurlardır.

c. Müşteri Odaklı Olması

FinTek faaliyetleri, geleneksel bankacılık faaliyetlerinin aksine kâr etmeye değil, müşteri ve piyasa ihtiyaçlarını (*pain point*) daha önceden piyasada yer almayan bir şekilde karşılamayı amaçlamalıdır. Piyasada daha önceden bu ihtiyaçlara karşılık gelen çözümler olmaması ihtimaline ek olarak bu ihtiyaçların daha önceden yeterince veya gerektiğinde (fiyat, hız ve kolaylık ve sair açılardan) karşılanmıyor olması durumu söz konusu olabilir. Burada ayırıcı olan unsur, faaliyetin müşteri ihtiyaçlarını hizmetin odak noktasına almasıdır (*customer centric*).

FinTek şirket tarafından sunulan hizmetin nihai alıcısı hem tüketiciler⁴⁸ hem de kurumsal bankacılık müşterileri olan gerçek ve tüzel kişi tacirlerdir. FinTek akımı sonrasında tüketicilere ek olarak, yeterince kar getirme potansiyeli bulunmaması sebebiyle finansal hizmet dışı bırakılan (ya da finansal hizmetlerden gerektiğinde yararlanamayan) gerçek kişi tacirler, KOBİler, serbest çalışanlar gibi düşük gelirli müşteri gruplarına yönelik ürün ve hizmetler çeşitlenmeye başlamıştır⁴⁹.

⁴⁷ Vadeli hesap (mevduat), tarafların müştereken kararlaştırdıkları vadeye bağlı bulunan ve vadeye kadar mevduat alacağı müeccel olan hesaptır (Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul, 2009 s. 447).

⁴⁸ 6502 Sayılı TKHK'nın 3. Maddesi tüketiciyi "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlamaktadır.

⁴⁹ KOBİlerin bankacılık ihtiyaçlarından en önemlisi finansman olduğu halde, piyasada KOBİlere uygun ürün ve hizmetlerin nadirliği bu durumun tipik örneklerindendir. Bankacılıkta KOBİ finansman ihtiyaçlarının kurumsal şirketlere nazaran ikinci planda kalması, piyasaya ve doktrine hâkim bankaların şirketlere kredi kullandırırken piyasanın köklü, yerleşmiş, itibarlı firmalarına kredi kullandırması gerektiğine dair görüşe dayanmaktadır (Takan / Acar, s.150). Bu da piyasada yer edinmeye çalışan yeni girişimler, KOBİler ve belirli gelirin altında kalan diğer kurumsal müşterilerin, diğer müşterilere nazaran ikinci plana atılması sonucunu beraberinde getirmiştir.

Her ne kadar piyasa ihtiyaçlarının öne çıkararak kurum ihtiyaçlarının önüne geçmesinin FinTek sayesinde mi olduğu yoksa FinTek akımının bu piyasa odaklı yeni yapıdan mı doğduğu sorusu tavuk – yumurta paradoksunu andırıyorsa da, her halükarda FinTek şirketlerin doğrudan, ihtiyacı olan müşteri gruplarına hizmet ve ürün ulaştırmaya başlamaları sonucunda geleneksel finansal kuruluşlar ve FinTek şirketleri arasında müşteri (tüketici) odaklı hizmet sunmak hususunda son derece güçlü bir rekabetin ortaya çıktığı; bunun da finansal piyasaları ve hatta yerel ekonomileri etkilemeye başladığı yadsınamaz kanaatindeyiz. Bu akım evvelsinde daha pragmatik, daha ticari odaklı ilerleyen bankalar; FinTek şirketler tarafından sunulan ürün ve hizmetlerin doğrudan tüketici ihtiyaçlarını hedef alarak piyasada sivrildiğini fark ettikten sonra, kâr marjını ikinci plana atan ve daha müşteri memnuniyetine önem veren bir hizmet anlayışı benimsemeye başlamıştır. Bu sebeple, bankalar tarafından talep edilen hizmet bedellerinin azaltılması ve hatta bazı hizmetler için tamamen ortadan kaldırılması anlayışının FinTek akımını takiben yaygınlaşması bir tesadüf değildir.

4. FinTek Kavramının Tanımı ve Hukuki Niteliği

FinTek kavramı piyasada yaygın olarak kullanılmasına rağmen hukuki dogmanın sınırlarının belirlenmesi açısından yeterli kazanım sağlanamamıştır⁵⁰.

An itibariyle global boyutta kabul gören bir FinTek tanımı olmasa da çoğu kurum⁵¹ FinTek'i "*finansal sektördeki teknoloji destekli inovasyon*"⁵² olarak tanımlamaktadır. Avrupa Merkez Bankası ise FinTek'i tanımlarken, Finansal İstikrar Kurulu FSB'nin tanımını esas almaktadır⁵³. FSB FinTek'i "*finansal sektörde yeni iş modelleri, uygulamalar, süreç ve ürünler*

⁵⁰ Florian Möslin, Sebastian Omlor, **FinTech-Handbuch Digitalisierung, Recht, Finanzen**, Münih, 2019, s. 2.

⁵¹ Bu kurumlardan biri de Avrupa Komisyonudur. Tanım için bkz. EC Consultation Document, Directorate General Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, "**FinTech: A More Competitive and Innovative European Financial Sector**", Brüksel, 8 Mart 2018, s.4.

⁵² *Inovasyon*, keşif yani yeni bir buluş ortaya çıkarma süreci ile karıştırılsa da aslında var olan bir ürün veya hizmetin geliştirilerek ve yenilenerek tekrardan piyasaya sürülmesidir.

⁵³ European Central Bank, **Guide to assessments of fintech credit institution licence applications**, Frankfurt, 2017, s.3.

oluşturabilecek ve dolayısıyla finansal yasalar üzerinde önemli maddi etki yaratacak teknoloji destekli inovasyon" olarak tanımlamaktadır. Dünya Ekonomik Forumu ise, FinTek terimini *"teknolojiyi finansal hizmet ve ürünleri tasarlamak ve sunmak için kullanma eylemi"* olarak açıklamaktadır⁵⁴.

FinTek kavramının hukuki statüsünü ortaya koyan ve doktrinde veya uzmanlarca yaygın olarak kabul gören tek veya genel bir tanım da bulunmamaktadır. FinTek şirketleri coğrafi sınırlamaları, iş kolları ve çalışma şekillerine bağlı olarak farklı yasal yükümlülüklerle tabi tutulmakta⁵⁵, bu da FinTek kavramını mevcut yasal sınırlar içinde tanımlamayı zorlaştırmaktadır⁵⁶. İşte bu veriler ışığında ve yukarıda sunulan unsurlardan hareketle FinTek'i *geleneksel olarak banka ve diğer kredi kurumları tarafından yürütülen faaliyetlerin dijital ve inovatif yöntemler kullanılarak ve hedef müşterileri kitlesini hizmetin odak noktasına almak suretiyle güncelleyen hizmetlerin tümü şeklinde tanımlamayı uygun görüyoruz.*

B. FinTek Şirketleri

1. FinTek Şirketi Kavramı

FinTek kavramı, hem piyasada tatbik edilen bu yeni (FinTek) faaliyet alanını, hem teknoloji odaklı bankacılık ürün ve hizmetlerini, hem de finansal

⁵⁴<https://www.weforum.org/agenda/2016/04/5-things-you-need-to-know-about-fintech/> (Son Erişim Tarihi: 11.09.2019)

⁵⁵ G. Dorfleitner, L. Hornuf, M. Schmitt, M. Weber, **FinTech in Germany**, Almanya, 2018, s. 6.

⁵⁶ Bu durum yasa koyucuları genelgeçer bir uluslararası yasal reforma yöneltmiş gibi görünmektedir. Mevcut regülasyonların revize çalışmalarına ek olarak bazı yasa koyucuların tampon niteliğinde, dinamik müesseseler icat etmek suretiyle yasal boşluklara derhal uygulanabilir çözümler bulma yoluna gitmeyi tercih ettiği gözlemlenmektedir. FinTek şirketlerin iş modellerini, teknik altyapılarını ve dahil oldukları yasal çerçeveyi test etmek amacıyla başlatılan *regulatory sandbox* yani *kontrollü test ortamları* bu tampon çözümlerin en bilinenlerindendir. Bu çözümlerden bir diğeri ise FinTek faaliyetinin yasal sınırları çizilene kadar veya tezkereyi tebliğ eden kurum FinTek faaliyetinin izne tabi olup olmadığı hakkında kesin kanaat bildirene kadar, faaliyetin gerekli yasal çerçeveyi sağladığını varsayan veya faaliyeti mevcut yasal yükümlülüklerden azleden ve Türkçe'ye *eylemsizlik tezkeresi* olarak çevirilebilecek *no action enforcement letter* uygulamasıdır. Şu hâlde, bu tarz kurumları benimsememiş bir hukuk sisteminde faaliyet gösteren ve tabi olduğu işbu hukuk sisteminde faaliyeti tanımlanmamış bir FinTek şirketin faaliyetleri, yasalarda mevcut mevduat, ödeme veya yatırım hizmetleri gibi faaliyetlere benzerliği çerçevesinde hukuken tanımlanacak, bu tanımlamaya dayanarak FinTek şirkete hak ve borç atfedilebilecektir. *Regulatory sandbox* ve sair tampon müesseselere dair detaylı bilgi çalışmanın ikinci bölümünde, FinTek Hukuku başlığı altında verilecektir.

teknoloji alanında faaliyet gösteren yeni nesil şirketleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak piyasaya finansal sektörü teknoloji aracılığıyla geliştirip değiştiren hizmet ve ürünler sunan şirketlerin *FinTek şirketleri* olarak bir ayrıma tabi tutulduğu durumlara da rastlamak mümkündür.

FinTek şirketi tarafından geliştirilen hizmet ve ürün web veya mobil uygulama (aplikasyon)⁵⁷ temelli olabileceği gibi, donanım temelli bir şekilde de piyasaya sürülmüş olabilir. Yine FinTek şirketleri bahsi geçen ürün ve hizmetleri bağımsız bir şekilde, müşteriye doğrudan ulaştırabilecekleri gibi bankalar adına hareket ederek namına hareket ettikleri bankanın veya banka ağının⁵⁸ tekliflerini iyileştirme işlevini de üstlenebilir⁵⁹.

⁵⁷ Mobil uygulama (aplikasyon), akıllı telefon, bilgisayar ve tablet gibi mobil yani taşınabilir donanımlarda kullanılmak üzere geliştirilmiş yazılımlar içi kullanılan terimdir.

⁵⁸ Avrupa’da birçok banka ve finansal kurum, bireysel ürün ve hizmetler üretmek yerine, özellikle ödeme hizmetleri alanında, müşterilere doğrudan hizmet ulaştıran yerel ve uluslararası konsorsiyumların bir parçası olarak FinTek konseptli dijital servisler sağlamaktadır. Bu ağ veya konsorsiyumların bazıları belli sayıdaki finansal aktörün bir araya gelmesi ile oluşturulmasına rağmen (mesela Alman bankaları tarafından oluşturulan *PayDirekt* ya da Amerikan *Zelle* ödeme ağları), bazıları ise yerel yönetimler tarafından başlatılan inisiyatifler olup (mesela Fransız ödeme ağı *Lydia*, İspanyol bankaları tarafından kurulan *Bizum* ya da İtalyan *Jiffy* ödeme ağları), bu alanda hizmet vermek isteyen tüm bankaları kapsamaktadır. Amaç, aynı yöndeki hizmet ve ürünleri belirli bir hizmet çerçevesi içine sokarak genel geçer bir servis standardı sağlamak, piyasadaki oyuncuları kontrol altına almak, tüketicilere daha yaygın bir hizmet ağı sunmak ve teknik masrafları azaltmaktır. İş bu konsorsiyumların FinTek akımının yaygınlaşmasından sonra fazlalaşması, bankaların FinTek şirketlerinin piyasaya olan etkilerinden çekinmelerine de delil olarak gösterilebilir.

⁵⁹ Bu tarz inisiyatifler desteklenirken, piyasanın çoğunluğuna sahip kurumsal banka ağları tarafından kurularak işletilen FinTek şirketlerinin, diğer FinTek girişimlerinin piyasaya girmesini veya gelişmesini engellediği ve piyasada tekel oluşturma tehlikesi taşıdığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimizce bu durum, banka ağı oluşturarak piyasaya hizmet sunan bankaların piyasadaki hakimiyet durumu ve piyasanın girişim ekonomisini gerektğince destekleyip desteklemediği hususları birlikte değerlendirilmek suretiyle bir karara bağlanmalıdır. Ancak her halükârda rekabet hukukuna aykırılık kontrollerinin (kanuna aykırılık tespit edildiği haller haricinde), devletin serbest piyasaya müdahale etmesine imkân tanımamalıdır. Yerel hukuk açısından mevcut uygulamalara bakıldığında, bunun tersi bir yaklaşıma karşılaşıyoruz. Rekabet Kurulu’nun 30.5.2019 T. ve 19-20/291-126 Sa. kararı ile, (13 kamu ve özel bankası tarafından kurulmuş olan ve Garanti, ING, İş Bankası, Ziraat dahil, piyasada bilinirliğe ve hakimiyete sahip 10 bankanın pay sahibi olduğu) Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. tarafından 2012 yılından beri işletilen dijital cüzdan (ödeme aracı) BKM Ekspres hizmetinin, 4054 sayılı Kanun’un 5. Maddesi’nde yer alan koşulları sağlamaması nedeniyle söz konusu faaliyete muafiyet tanınmayacağına ve bu nedenle Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.’ye, Rekabet Kurulunun 23.09.2016 T. ve 16-31/525-236 Sa. kararı ile tanınan muafiyetin, 4054 sayılı Kanun’un 13. maddesi çerçevesinde geri alınmasına, Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.’nin, işbu kararın gerekçesinin tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde BKM Ekspres hizmeti sunmayı sonlandırmasına karar verildiği görülmüştür. Şüphesiz ki 2012 yılından beri piyasanın hizmetine sunulan ve 2016 yılında muafiyet tanınan BKM Ekspres hizmeti, dijital cüzdan hizmetinin öncülerinden PayPal’ın BDDK tarafından lisans verilmeyerek 2016 yılında piyasadan men edilmesi ile rakipsiz hale gelerek, piyasada tekel konumuna ulaşmıştır. Halihazırda ise, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer alan "a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında

Ödeme hizmetleri⁶⁰ gibi alanlarda, faaliyet gösteren çoğu şirket birbiriyle iş birliği yaparak FinTek ürün ve hizmetlerini geliştirmektedir⁶¹.

FinTek şirketleri, Alman finansal denetim kurumu BaFin tarafından „teknolojiyi temel alan sistemler kullanarak uzmanlık uzmanlaşmış ve özellikle tüketici merkezli finansal hizmetler sunan genç girişimler” şeklinde tanımlanmaktadır⁶². EBA ise FinTek şirketlerini *EBA’nın FinTek Müzakere Dökümanı’nın*⁶³ ekinde sıralanan finansal hizmetlerin tedarik edilmesi edilmesi için FinTek’i kullanan şirketler şeklinde tanımlamakta ve bu amaçla

yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.” koşullarının sağlanmaması sebebiyle hizmetin rekabet muafiyetinin geri alınmasının, piyasada mevcut alternatif ürün bulunmaması sebebiyle yerinde bir karar olmadığı kanaatindeyiz. Ürünün piyasada tekel haline gelmesine sebep olan durum ise PayPal’e faaliyet lisansı verilmemesi ile ilgili olduğuna göre, bu kararın yerinde olması için ancak, BKM Ekspres hizmetinin 6493 sa. Kanun uyarınca kurulacak girişimlerin önünü kapattığına inanmak için haklı nedenlerin olması gerekmektedir. Aksi halde gerçekleşen serbest piyasa müdehalesi, piyasada FinTek girişimlerine her an bir devlet müdehalesi olabilirmiş intibası yaratarak, ekosistemin gelişmesini engelleyecektir. Bahsi geçen kararın doğru olarak yorumlanabilmesi için, Rekabet Kurulu’nun gerekli kararını beklemekteyiz.

(Gerekçesiz) Karar Metni: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/SonKurulKarari/36540b6f-3394-e911-80fd-00505694b4c6?AspxAutoDetectCookieSupport=1> (Son Erişim Tarihi: 16.07.2019)

⁶⁰ Avrupa Hukuku açısından ödeme hizmetleri ile ilgili en önemli çerçeve düzenlemeler şu şekildedir; (EC) 924/2009 yani Sınır Ötesi Ödemelere Dair Tüzük; (EU) No 260/2012 yani SEPA Ödeme Alanına Dair Yönetmelik; 2000/46/EC- *Directive on taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions* yani; 2007/64/EC- *Payment Services Directive* (“PSD1”) yani Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi (mülga); 2015/2366 – *Payment Services Directive II* (“PSD2”) yani İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi. Bu düzenlemelerin Türk hukuku açısından muadilleri ise 6493 Sayılı, 20.06.2013 tarihli, *Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun* ve 27.06.2014 Tarihli, 29043 Sayılı, *Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Kuruluşları ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Yönetmelik* şeklinde sıralanabilir. Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. aşağı. Bölüm 2, I, C, 2 (s. 96 vd.).

⁶¹ Bankalar arasında veri paylaşımı amacıyla kurulan olan Kredi Kayıt Bürosu’nun kurulma amacı websitesinde “Finans sektörünün köklü kuruluşları arasında yer alan KKB, 2017 yıl sonu itibarıyla 44 banka, 61 faktoring, 23 leasing, 4 sigorta, 14 tüketici finansman, 7 varlık yönetim şirketi ve 3 diğer olmak üzere toplam 156 üyeye sahiptir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda öngörüldüğü üzere (md.73/4) en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişini sağlamak üzere kurulmuş bir şirket olan KKB’de üye statüsünde bulunan kuruluşlar, ilgili Kanun’un aynı maddesi uyarınca, müşterilerine ait kredi bilgilerini Nisan 1999’dan bu yana birbirleriyle paylaşmaktadır.” şekilde açıklanmaktadır. Türkiye’nin dokuz bilinen bankası tarafından kurulan KKB bünyesinde kurulan *Findeks* adlı FinTek yatırım hizmet platformu sayesinde, bankalar tarafından toplanan ve ortak havuzda birleştirilen verilerin, ticari amaçlarla işlenerek müşterilere yeni bir (yatırım odaklı) ürün olarak pazarlanması mümkün olmuştur.

⁶² https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/fintech_node.html;jsessionid=D0767ACEC5A2ECF02E606109653D3636.2_cid363 (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

⁶³ European Banking Authority, “Discussion Paper on the EBA’s Approach to Financial Technology (FinTech)”, EBA/DP/2017/02, 04.08.2017, Brüksel.

FinTek'i kullanan bankalar (kredi kurumları), ödeme kurumları, elektronik para kuruluşları ve diğer kuruluşları bu tanıma dahil etmektedir⁶⁴. Benzer şekilde Avrupa Parlamentosu da FinTek şirketlerin tanımının kapsamını geniş tutmaktadır. Buna göre, finansal sektördeki tedarik zincirinin artan bir şekilde start-up şirketlerinden teknoloji devlerine kadar uzanan alternatif aktörler içermesi ve bu sebeple FinTek teriminin birbirinden ciddi anlamda farklı olan, değişik riskler barındıran ve ayrıca yasal tanımlaması değişken, geniş çaplı hizmet ve şirket türlerini kapsaması sebebiyle finansal sektördeki her aktörün ne tür bir tüzel kişiliğe haiz olduğunun önemi olmaksızın FinTek (şirketi) olabileceği kurum tarafından vurgulanmaktadır⁶⁵.

Pratikte, FinTek şirketleri ile konvansiyonel kredi kurumları arasında keskin bir ayırım yapılması mümkün olmamaktadır⁶⁶.

FinTek şirketleri, özel hukuka tabi ticari işletmeler şeklinde kurulabilecekleri gibi, kamu hukukuna tabi kurumlar tarafından kurularak işletilmeleri de mümkündür. Merkez bankaları tarafından yerel bir para birimi ihraç etmek amacıyla kurulan kripto para girişimlerinin, ikinci gruba örnek gösterilmesi mümkündür.

Kronolojik açıdan tarihte ilk FinTek şirketini tespit etmek mümkün olmasa da bankacılıkta interneti ilk kullanan ve hatta internetin doğumundan çok daha önce, finansal kurumlarda kâğıda dayalı sistemleri, teknik bir sistemle değiştiren⁶⁷ şirketleri bu açıdan öncü olarak nitelendirmek mümkündür. İnternetin gündelik hayatın her alanını kaplaması ile eş zamanlı olarak, o zamanlar FinTek olarak adlandırılmasa bile, kurumsal organizasyonun yasalara uyum (*compliance*) kalitesini artıran, paranın piyasadaki dolaşımını

⁶⁴ European Banking Authority, "The EBA's FinTech Roadmap Conclusions from The Consultation on the EBA's Approach to Financial Technology (FinTech)", 15.03.2018, Brüksel, s. 3, D. 4.

⁶⁵ European Parliament, Committee on Economic and Monetary Affairs, **Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector (2016/2243(INI))**, 28.04.2017, Brüksel, s. 4.

⁶⁶ Kunschke / Schaffelhuber, s. 18.

⁶⁷ Mesela kâğıda dayalı muhasebe sistemini bilgisayara bağlı bir sistemle değiştiren bir şirket buna örnek gösterilebilir.

hızlandıran, bankanın işlem hızını; müşteri hizmetini ve ilişkilerini teknoloji kullanarak değiştiren ve geliştiren her şirket aslında bir nevi FinTek Şirketi sayılır. Bu açıdan Visa, Mastercard, Amex, PayPal, SWIFT gibi global finansal oyuncular ve hatta Microsoft, IBM gibi teknoloji devlerini bilinen ilk FinTek şirketleri arasında saymak doğru olacaktır. Ancak 2008 krizi sonrası gelişen ve start-up yapısına sahip FinTek girişimlerin çalışma prensipleri sayılan şirketlere kıyasla daha farklıdır.

FinTek müessesesi çerçevesinde faaliyet göstermelerine rağmen İngilizce Teknoloji (*Technology*) ve Finans (*Finance*) kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulan *TechFin*⁶⁸ kavramı ile tanımlanan şirketlerle FinTek şirketler arasındaki temeldeki fark çok belirsiz olsa da bu iki kavram arasındaki farkın açıklanması çalışmanın bütünlüğü açısından yerinde olacaktır. TechFin şirketleri de ana iş kollarına ek olarak, (FinTek şirketleri gibi) banka ve finans piyasalarında faaliyet göstermekteyse de bu iki grup arasındaki fark iş modeli ve girişim büyüklüğü ile özetlenebilir. TechFin şirketlerinin ana iktisadi faaliyetleri finansal olmamakla beraber bu şirketlerin elektronik ticaret, ulaşım, sosyal medya gibi herhangi bir sektör kapsamındaki iş modelinin odağı genelde tüketicilere ait kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve hatta bu verilerin üçüncü kişi ve kurumlara satılmasıdır. TechFin şirketler finansal sektör dışında kalan ana işletme konusu vesilesiyle topladıkları kişisel verileri finansal hizmet sektöründe kaldıraç olarak kullanmaları ile ayırt edilebilmektedir⁶⁹. Kısaca TechFin şirketleri, diğer sektörlerdeki ekonomik, teknolojik veya yasal çaptaki piyasa avantajlarını

⁶⁸ Literatürde yaygın olarak kullanılan ancak halihazırda kanun koyucular tarafından kabul edilen bir tanımı olmayan *TechFin* kavramı finansal teknoloji gelişmeleri çerçevesinde ilerleyen ancak finans hizmetlerinin teknoloji yerine daha spesifik olarak veri kullanımı ile harmanlanmasını kapsayan, daha sınırlı bir akımı ve iş modelini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kavramın FinTek kavramından mutlak şekilde ayrılması zor olsa da çalışmanın bütünlüğü açısından kavramdan kısaca bahsetmeyi uygun gördük. Öğretide bir görüş, “*TechFin ile FinTek arasındaki ayırmadan bahseden FinTek’in hukuki kesinlik ile tanımlanmasının zor olduğunu kabul ediyoruz. Aynı husus TechFin’ler için de geçerlidir. İşte bu sebeple TechFin teriminin bir konseptin resmi tanımından çok, farklı bir perspektifin açıklanması olarak anlaşılmasını tercih etmekteyiz*” demek suretiyle terimler arasındaki hukuki ve teknik ayrımın tanımlanmasının zorluklarını ortaya başarılı bir şekilde koymuştur (Dirk A. Zetzsche, Ross P. Buckley, Douglas W. Arner, Janos Nathan Barberis, "From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance", **New York University Journal of Law and Business ve European Banking Institute Working Paper Series 2017 - No. 6**, Frankfurt, 28.04.2017, s.6, dn. 16).

⁶⁹ Zetzsche /Buckley /Arner / Barberis, s. 1.

kullanarak FinTek sektörüne giriş yapan ve bu sayede bankacılık ve finans piyasalarında hızla ilerleyen şirketlerdir. Bu şirketlerin en bilinen örnekleri arasında Uber, Facebook, Alibaba, Google gösterilmektedir.

Bu verilerden hareketle, FinTek şirketi, işletme konusu finansal teknolojiler üretmek olan bir şirkettir. Şirketler Hukuku anlamında FinTek şirketinin bunun dışında tipolojik bir özelliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, FinTek Şirketi'nin özel bir ortaklık tipi oluşturmadığını kaydetmek gerekir. Kişisel görüşümüzce bu konuda bir noktayı ele almak gerekmektedir: bu şirketlerin finansman gerektiren yüksek teknolojiler üretmesi, bu şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetilmesini önemli kılmaktadır. Bu anlamda, tip zorunluluğu bulunmamakla birlikte, Türkiye'de faaliyet gösterecek FinTek Şirketi'nin bir sermaye ortaklığı olarak kurulması, hatta kurumsal yönetim anlayışının yerleştirilmesi için mümkünse anonim ortaklık tipinin tercih edilmesi isabetli olur. Ancak bunun zorunlu kılınmadığını bir kez daha kaydetmekle yetiniyoruz⁷⁰.

FinTek şirketlerinin hukuki konumunun henüz yasada düzenlenmediği, diğer bir ifadeyle bu şirketlerin regülasyona tabi olmadığı ve ayrı bir ruhsata dayanarak faaliyet göstermediği, sadece yürüttükleri faaliyetler yönünden regülasyona tabi kılındıkları yukarıda açıklanmıştı⁷¹. Bu noktada mesela bir bankanın lisansından faydalananarak (Servis Sağlayıcı Sözleşmesi⁷² kapsamında) lisansa tabi bir faaliyet kapsamında tüketicilere hizmet sunan bir FinTek şirkete hangi hükümlerin uygulanacağı hususunun faaliyet ve durum bazında incelenmesi gerekecektir. Ruhsat ve izin gerektiren faaliyetler kapsamında etkinlik gösteren ancak ruhsat veya izin sahibi olmayan bu tarz şirketlerin, söz

⁷⁰ Bu noktada Almanya'da kurulan FinTek şirketlerin genelde Türk hukukundaki Limited Şirket türü ile benzerlikler arzeden GmbH (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) şeklinde kurulduğunu belirtmek isteriz. Kurumsal Alman bankaları Anonim Şirkete denk gelen AG (*Aktiengesellschaft*) şeklinde kurulduğu gözlenirken, bir mobil banka olarak faaliyet gösteren ve faaliyete başladıktan üç sene sonra banka lisansı başvurusu yapan FinTek şirketi N26 Bank'ın GmbH türünde kurulmuş olması ilginçtir. Servis bankası kapsamında FinTek hizmetleri sunan Solarisbank ise AG tipinde kurulmuştur.

⁷¹ FinTek şirketleri ve faaliyetlerini ilgilendiren iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenlemeleri 2. Bölüm (I ve II), FinTek şirket ve bankaların ortaklıklarına ilişkin sözleşmesel yapıyı açıklayan hukuki düzenlemeleri ise 3. Bölüm (I ve II) altında incelenecektir.

⁷² Bkz. a.ş. Bölüm 3.

konusu faaliyetlerden doğan sorumluluk kapsamında ruhsat ve izni haiz şirketlerle aynı hükümlere tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Mesela mevduat⁷³ toplamak için kurulduğu ülke hukukuna göre lisans sahibi bir bankanın lisansından yararlanan veya bir bankanın kredi ürünlerinin pazarlanması amacıyla tüketici ile banka arasında sözleşme kurulmasına aracılık eden bir FinTek şirketinin, tüketici ile akdettiği ve uygulanacak hukuk bakımından Türk hukukunu esas alan sözleşmelerinde, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Madde 115 kapsamındaki borca aykırı davranışından doğan sorumluluğunun kısmen veya tamamen kaldırılabilmesine yani sorumsuzluğa dair bir sözleşme hükmü olması halinde, işbu sorumsuzluk anlaşması (veya



⁷³ Mevduat, Bankacılık Kanunu Madde 3'te "Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para" şeklinde tanımlanmaktadır. Mevduat sözleşmeleri, en temel bankacılık sözleşmelerindendir. Mevduat sözleşmelerinde kişiler, saklamak veya faiz elde etmek amacıyla bir miktar parayı bankaya tevdi ederler. Tevdi edilen paraların mülkiyetinin bankaya geçmesi sonucunda, banka yatırılan paralardan faydalanma imkânına sahip olur. Ancak, banka yatırılan miktarda parayı, mevduat sahiplerine iade etmekle yükümlü olur (Aliye Akgün, **Mevduat Sözleşmeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018, s. iii).

sözleşme hükmü),⁷⁴ TBK md. 115/3 uyarınca geçersiz sayılmalıdır⁷⁵. Bankaların hükümetten alınan bir izinle çalışıyor olmaları ve güven kurumları olmaları ağırlaştırılmış özen borcu altında olmalarına sebep olmaktadır⁷⁶. Kanun koyucu ilgili maddede "*uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*" demek suretiyle sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması için borçlunun yürütmek için yetkili makamlar tarafından izin aranan hizmetlerden birini iştigal ediyor olmasını yeterli bulmuş, borçlunun uzmanlık iznine veya ruhsata sahip bir kurum (mesela lisans sahibi bir banka) olması koşulunu aramamıştır. Şu hâlde TBK

⁷⁴ Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlu, sözleşmeye, borca aykırı davranışlarından sorumlu olmayacağına ilişkin koşullar koymak isteyebilir (Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, 2012, s. 637). Tarafların borçlunun sorumluluğunun daraltılması için yapacakları anlaşmaya "sorumluluk anlaşması" denilmektedir (Oğuzman / Öz, s. 409). Sorumsuzluk anlaşmaları, günlük hayatta gerek anlaşma olarak gerekse sözleşme hükmü (klozu) olarak ve genellikle sözleşmesel sorumluluk halinde karşımıza çıkan, esas olarak borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğacak zararın sınırlandırılması veya kaldırılması amacı güden anlaşmalardır. Sorumsuzluk anlaşmalarının gerek sözleşmesel gerekse sözleşme dışı sorumluluklar için düzenlenebileceği öngörülmüştür (Ömer Oğuzhan Meral, "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1139-1206, s. 1139). Sorumsuzluk anlaşmaları, açık veya örtülü şekilde yapılabilmektedir. TBK md. 115/1, borçlunun hafif kusuru halinde borçtan aykırılıktan sorumlu olmayacağı yolunda sözleşmeye kayıt konulabileceğini kabul etmektedir (Oğuzman / Öz, s. 409). Ancak sorumsuzluk anlaşmalarının borca aykırılık sebebiyle tam bir sorumsuzluk öngören sözleşmeler/klozlar barındırması ilişkiyi bir borç ilişkisi olmaktan çıkarır. Sorumsuzluk anlaşmalarının sınırı, TBK md. 115'te düzenlenmektedir. Ayrıca, taşıma işletmeleri tarafından akdedilen sözleşmeler ve satım sözleşmeleri (BK md. 221) gibi bazı özel sözleşme türleri için kanunda (TTK md. 853) ayrı düzenlemeler yer almaktadır (Kılıçoğlu, s. 638 vd.). Genel hükümler itibarıyla, Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar; borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma ve uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bu kapsamda, uzmanlık gerektiren doktorluk, mimarlık gibi faaliyetlerin, resmi bir izinle yürütülmesi halinde, hafif kusura dair sorumsuzluk klozları da geçersizdir. eBK, bu tür faaliyetlerde hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasını hakimin takdirine bırakmış iken, TBK hakimin takdir hakkını kaldırarak, bu tür anlaşmaları kesin hükümsüz saymıştır (Oğuzman / Öz, s. 413). Bu sebeple, sözleşmenin, lisansa tabi faaliyetle meşgul borçlunun hafif veya ağır kusurunu kısmen veya tamamen sınırlandırması ya da ortadan kaldırması halinde sorumsuzluğa dair bu anlaşma TBK md. 115/3 uyarınca kesin olarak hükümsüzdür.

⁷⁵ TBK md. 115 (eBK md. 99) uyarınca bankaların koydukları sorumsuzluk kayıtları geçersizdir. Mesela Banka, büyük bir zarar verme tehlikesine açık internet bankacılığı hizmetini sunarken, özen sorumluluğuna uygun olarak her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen banka, ancak meydana gelen zararlar kurduğu sistemin arasında bir nedensellik bağı olmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (bkz. Hamdi Yasaman, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, Cilt II, İstanbul, 2013, s. 128).

⁷⁶ Yasaman, a.g.e.

md. 115/3'ün, faaliyetleri için bankaların lisansını kullanan ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Madde 4'te sayılan *mevduat kabûlû, saklama hizmetleri, ödeme vasıtası olarak kullanılan kartların ihracı, kredi verme* gibi veya diğer kanunlarda izne tabi tutulmuş faaliyetleri gerçekleştiren FinTek şirketleri için de uygulanabilir olduğunu kabul etmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Yine aynı açıklamalar çerçevesinde, bankanın lisansı kapsamında uzmanlığı gerektiren faaliyetler çerçevesinde hizmet sunan FinTek şirketinin, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma da TBK md. 116/3 dolayısıyla kesin hükümsüz olarak kabul edilmelidir⁷⁷.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir durum sorumsuzluk anlaşması veya hükmünün geçerli olması için sözleşmenin taraflarının karşılıklı irade beyanının mevcut olması gerektiğidir; FinTek şirketi ile tüketici arasındaki anlaşmanın genel işlem şartı şeklinde düzenlenen bir standart sözleşme olması halinde, FinTek şirketin sorumsuzluğuna dair sözleşme hükmü zaten kural olarak geçerli olmayacaktır. Zira, sorumsuzluk anlaşmaları tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sonucu kurulan hukuki işlemlerdir⁷⁸.

Yine bankalar namına hareket eden FinTek şirketlerinin bu kapsamda tüketicilerle kurdukları sözleşmeler, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3. Maddesi'nin 1 altbendi uyarınca⁷⁹ tüketici işlemi sayılacağından, bu sözleşmelerin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun tarafından öngörülen şekil şartlarına uyması ve öngörülen hukuki korumadan yararlanması gerektiği göz önüne alınmalıdır.

⁷⁷ TBK md. 116, bir borcun ifasına yardımcı olarak katılan kişilerin, borçlunun borcuna aykırı davranarak alacaklıya verdikleri zarardan da borçlunun sorumlu olacağını ifade etmektedir. Yardımcı kişi kavramının kapsamına, borcun ifasında borçluya yardım edenler girdiği gibi, borçlunun borcun ifasını tamamen kendilerine bıraktığı ve ikame edilen şahıs olarak adlandırılan kimseler de girer (Oğuzman / Öz, s. 416 vd.). Yardımcı kişinin verdiği zararda borçlunun bir kusuru bulunmasa dahi, borçlu bu zarardan sorumludur (Oğuzman / Öz, s. 425).

⁷⁸ Meral, s. 1145.

⁷⁹ *Tüketici işlemi* bahsi geçen maddede "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tanımlanmıştır.

FinTek şirketinin meşgul olduğu faaliyet *uzmanlığı gerektiren bir hizmet* değilse, Madde 115/3'ün bu şirketler açısından uygulanabilir olmadığını kabul etmek gerekecektir. Bu kapsamda uzmanlığı gerektirmeyen faaliyetler, FinTek şirketler tarafından tüketicilere veya kurumsal müşterilere bankacılık hizmeti sunulması özelliği taşımayan ve doğrudan bankalara yöneltilmiş (muhasabe yazılımı, dolandırıcılık hallerini tespit eden yazılımlar gibi) ürün ve hizmetler şeklinde ayırt edilebilir kanaatindeyiz. Özellikle banka ile FinTek şirket arasında, bankanın eser sahibi kapasitesiyle akdettiği eser sözleşmeleri bu şekilde, uzmanlığı gerektirmeyen hizmetler kapsamında değerlendirilmelidir. Bankanın iç yönetimini iyileştirmeyi amaçlayan veya banka tarafından kullanılmak üzere FinTek şirket tarafından geliştirilen (paket veya kişiselleştirilmiş) yazılımlar da bu tip sözleşmeler kapsamında taahhüt edilen edimlere örnek olarak verilebilir.

FinTek şirketinin, destek hizmeti kapsamında nitelendirilebilecek hizmetini piyasaya değil (bir eser veya vekâlet sözleşmesi dolayısıyla) bankaya sunuyor olması halinde, FinTek şirketinin hizmetinin yardımcı kişi kapsamında değerlendirilmesi gerekeceğinden, FinTek şirketinin hizmet esnasındaki borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklıya (banka müşterisine) zarar vermesi halinde, bankanın yardımcı kişinin fiillerinden kaynaklanan zarara ilişkin sorumluluk ileri süren sorumsuzluk anlaşmaları (ve klozları), TBK md. 116/3 kapsamında kesin hükümsüz olarak değerlendirilmelidir.

2. FinTek Şirketlerinin İşletme Konusu ve Amacı

Şirketler hukuku açısından herhangi bir özellik arzetmeyen FinTek şirketlerinin kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabileceğini kabul etmek gerekecektir.

FinTek şirketlerinin amacı genel olarak *bankacılık ve finans sektörü kapsamında sunulan ürünlerinin teknoloji ile harmanlanarak yenilenmesi ve dijitalleştirilmesi* (aracılığıyla ticari kazanç sağlanması) şeklinde özetlenebilir.

Bankacılık hizmetlerinin dijitalleşmesi bir nevi yeni bir iş kolunu doğurmuştur⁸⁰.

FinTek şirketlerin işletme konusu ise şirketin faaliyet gösterdiği ödeme hizmetleri, mevduat kabulü, finansman, yatırım, danışmanlık ya da teknik yazılım gibi faaliyet alanına ve FinTek şirketin kurulduğu şirket hukuku uyarınca bu alanda hizmet sunmak için gerekli faaliyet iznini haiz olup olmamasına göre farklılık gösterecektir.

FinTek şirketinin kurulduğu ülke hukuku uyarınca elektronik para ihracı, mevduat kabulü gibi finansal alanlarda yasal faaliyet iznine sahip olması halinde, şirketin işletme konusu kuruluş izninde (ve ana sözleşmede) belirtilen faaliyet alanları ile sınırlı olacaktır.

FinTek şirketinin faaliyet izni gerektiren alanlarda bir bankanın lisansını kullanarak (Servis Sözleşmesi Aracılığıyla⁸¹) faaliyet göstermesi halinde, şirketin faaliyet konusunun hizmetin içeriğine göre bankacılık hizmetleri ya da veri işleme (internet veya online platformlar üzerinden ve diğer teknoloji ve bilişim araçları vasıtasıyla bilgi ve veri toplama ve işleme, danışmanlık, yönlendirme, pazarlama, reklam ve aracılık hizmetleri vermek) kapsamında sürdürüldüğünün kabulü gerekecektir.

FinTek şirketinin, faaliyet izni gerektirmeyen yazılım, teknik destek kapsamında bir hizmet sunması halinde, işletme konusunun bilgisayar programlama faaliyetleri (bilgisayar yazılımlarının üretim, geliştirilmesi ve uygulanması, sunum, her türlü yazılım, program, tasarım, simülasyon gibi çoklu ortamların hazırlanması, alım satımı ve pazarlanması), muhasebe işleri ve sistemlerini kurmak ve geliştirmek ya da banka destek hizmetleri olduğu söylenebilir. FinTek şirketinin, faaliyet izni gerektirmeyen ve banka ürünlerini karşılaştıran ya da yeniden yorumlayan (karşılaştırma platformları gibi) bir hizmet sunması halinde faaliyet konusu veri işleme olarak belirlenmelidir. Zira

⁸⁰ EBF Discussion Paper, **The digital transformation of banks and the Digital Single Market**, **Brüksel**, 2015, s.3

⁸¹ bkz. aşağı. Bölüm 3, s. 163 vd.

FinTek şirketi bu faaliyetiyle müşterilere ait verileri toplamakta ve verilerin işlenmesi kapsamında müşteriyi yönlendirmektedir. Bu noktada, hizmetlerin doğrudan bankalara sunulması veya bankalarla iş birliği halinde piyasaya sunulması halinde, FinTek şirketlerinin sözleşme tarafı bankaya karşı bağımsız ifa yardımcısı⁸² (bağımsız ticari vekil) ya da eser sözleşmesi kapsamında yüklenici konumunda olacağı hususunun altını çizmek gereklidir⁸³.

3. Ana Hatlarıyla FinTek Şirketlerine İlişkin Regülasyonlar

Yasa koyucular, FinTek şirketinin yasal boşluklardan yararlanarak piyasaya çıkmış olması ve bazen de şirketin piyasaya sunduğu hizmet ve ürünün deneysel ve karmaşık teknik yapısı dolayısıyla bu yasal yükümlülükleri belirleyen sınırı çizmekte zaman zaman zorlanmaktadır. FinTek şirketlerinin daha önceden piyasada var olmayan hizmetler sunmaları, birden fazla ülkede faaliyet göstermeleri ve mevcut regülasyonlarda öngörülmeyen iş modellerine sahip olmaları sebebiyle, pratikte FinTek şirketlere uygulanacak hukuki rejimlerin belirlenmesi çok da kolay olmamaktadır.

FinTek şirketin kullandığı teknolojinin ve ana ürünün hukuki kapsamda tanımlanması da yine oldukça zordur. Mesela kripto paraların hangi mevcut hukuki tanım başlığı altında değerlendirileceği hususu doktrinde ve piyasalarda hala tartışılmaktadır ve bu konuda çoğu yasa koyucu veya düzenleyici kurumun daha pozitif düzenlemelere veya içtihatlarla konu olmamış farklı görüşleri bulunmaktadır⁸⁴. Farklı kavramları düzenleyen çok farklı kanunlar olması

⁸² İfa yardımcısı, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya ifa faaliyetlerine katılan kişiyi ifade eder. İfa yardımcısı, borçlu tarafından bir borcun ifası tamamen kendisine bırakılan kişi olabileceği gibi, ifa muamelelerinin yalnızca bir kısmına katılan kişi de olabilir (Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995, s. 104.).

⁸³ FinTek şirketleri ve bankalar arasındaki muhtemel hukuki ilişkiye ilişkin açıklamalar için bkz. aşa. Bölüm 3, II, B, 3 (s. 222 vd.).

⁸⁴ Şu ana kadar, kripto paraları para birimi kabul eden yasa koyucular ve kurumlar olduğu gibi; emtia, menkul kıymet ve hatta mülk olarak kabul eden yasalar, kurumlar ve içtihatlar da bulunmaktadır. Oysa, yasa koyucuların ve uluslararası kuruluşların birçoğu, bu dijital varlıklara kripto para olarak hitap etmelerine rağmen, bu varlıkları itibari para olarak kabul etmemektedir. Uluslararası Para Fonu (IMF), kripto paraları itibari para cinsinden sınıflandırılmayan bir para ve değer türü olarak tanımlamıştır (Dong He, Karl Habermeier, et al., "Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations", **IMF Staff Discussion Note**, SDN/16/03, 2016, s. 7.) Avrupa Merkez Bankası ise 2015 tarihli raporunda bitcoin gibi sanal para birimlerini, paranın unsurlarını

dolayısıyla da aynı işi yapan iki FinTek şirketi kullandıkları teknoloji, tüketiciye sundukları sözleşmesel çerçeve veya bulundukları coğrafya dolayısıyla çok farklı hukuki rejimlere tabi tutulabilmekte ve dolayısıyla ortaya farklı uygulamalar ve hukuki sonuçlar çıkabilmektedir. Yine bu konuda ortaya çıkan ilginç örneklerden biri de son dönemde çok popüler olan *crowdfunding* yani kitle fonlama platformları⁸⁵ ve kitle fonlama platformları aracılığıyla yatırım karşılığında şirket fonlarını halka sunan şirketlerin Almanya'daki hukuki statüsü ile ilgilidir. Alman yasa koyucusu bu platformlar aracılığıyla hisselerini öneren şirketlerin işlemlerini bazı durumlarda menkul kıymetlerle ilgili kanuna⁸⁶ tabi tutarken, aracı platformların yatırım kanununa⁸⁷ tabi olduğuna kanaat getirmiştir⁸⁸. Bu durum doğal olarak tüm farklı hak ve borçlara ek olarak, farklı vergi yükümlülükleri de doğurmakta ve dolayısıyla FinTek şirket tarafından sunulan hizmetin doğru hukuki çerçeve içine alınması hususu büyük bir önem kazanmaktadır.

taşınamaması dolayısıyla, ekonomi doktrinindeki anlamıyla ve hukuki perspektiften para veya para birimi olarak kabul etmediğini ve bu anlamda kripto paraların merkez bankaları, kredi veya elektronik para kurumları tarafından ihraç edilmeyen ve bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılacak bir dijital değer temsilcisi olduğunu belirtmiştir (European Central Bank, "**Virtual currency schemes – a further analysis**", 2015, Frankfurt, Almanya). Uzun ve tartışmalı bir sürecin sonunda, 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 5. Kara Para Aklama Yönergesi ile Avrupa Hukuku açısından kripto paralarla ilgili hukuken üzerinde uzlaşmış bir tanım oluşturulmuştur. Bu tanıma göre sanal para birimleri *merkez bankası veya kamu otoriteleri tarafından ihraç edilmemiş veya garanti edilemeyen, resmi olarak ihraç edilmiş para birimlerine bağlı olmayan ve para birimi veya para statüsü bulunmayan ancak gerçek veya tüzel kişiler tarafından bir takas aracı olarak kabul edilen ve elektronik olarak gönderilmesi, saklanması ve değiş tokuşu mümkün olan, dijital itibar temsilcileridir*. Bu düzenleme ile Avrupa hukuku açısından sanal paraların itibari para statüsünde olmadığı kesinleştirilse de şu anda üye devletlerin hepsinin sanal para birimlerine farklı bir noktadan yaklaşması sebebiyle üzerinde anlaşılan bir tanım mevcut değildir. Para birimi görüşü dışında, muhasebeleştirilmeleri açısından bitcoin özelinde kripto paraları döviz kategorisine koyan doktrin görüşleri de mevcuttur (Ahmet Selçuk Dizkırı, Ahmet Gökgöz, "Kripto Para Birimleri ve Türkiye'de Bitcoin Muhasebesi", **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies** 4/2 (2018), s. 92-105, s. 103). ABD'de ise CFTC, 1936 tarihli Emtia Değişim Kanunu kapsamında, bir kripto para platformu hakkındaki kararı dolayısıyla, kripto paraların istisnai birer emtia çeşidi olduklarını hüküm altına almış, bu sebeple spot piyasalarda faaliyet gösteren kripto para platformları hariç, kripto paraları birer yatırım aracına dönüştürmüş tüm platformların vadeli emtia işlemleri piyasasındaki şirketler kapsamındaki yükümlülüklerle sahip olacaklarını hüküm altına almıştır.

⁸⁵ Bu platformlara *Crowdcube*, *Kickstarter*, *Companisto*, *Seedmatch*, *Moneywell*, *Fundedbyme*, *Seeders*, *Fundersbeam* gibi birçok örnek verilebilir.

⁸⁶ Alman Kıymetli Evrak Kanunu: Gesetz über den Wertpapierhandel (*Wertpapierhandelsgesetz - WpHG*), BGBl. I S. 2708.

⁸⁷ Investmentgesetz (InvG), BGBl. I S. 3089.

⁸⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Dorfleitner, G., Hornuf, L., Schmitt, M., Weber, M., **FinTech in Germany**, Almanya, 2018, s.6 veya Tobias Polke, **Crowdlending oder Disintermediation in der Fremdkapitalvergabe: Eine Analyse der finanzmarktaufsichts- und gewerberechtlichen Regulierung in Deutschland**, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg Tez Çalışması, 2015

Bu yasal belirsizliklere rağmen, FinTek şirketlerinin daha hızlı bir şekilde yayılmasını engelleyen sebepler arasında aslında en önemlisi de karmaşık yasal düzenlemeler gösterilmektedir. *Bilgi Teknolojisi ve İnovasyon Vakfı* tarafından yayınlanan rapora⁸⁹ göre eski iş modelleri ve klasik bankacılık sistemlerini kapsayacak şekilde tasarlanmış yasalar, FinTek ve teknolojik gelişmelere hitap edememekte ve dolayısıyla FinTeklerin hukuki statüsü ve FinTeklere uygulanacak hukuki kuralların her bir Fintek ve iş modeli için ayrı ayrı ortaya konulması gerekmektedir.

Bunun dışında, FinTekler çoğu ülkede finansal piyasalarda yarattıkları dalgalanmalardan dolayı yasa koyucuların da dikkatini çekmiş ve Kıta Avrupası ülkeleri başta olmak üzere çoğu ülke yasal ve idari komisyonlar aracılığıyla bu yeni akımı yakın takibe almıştır. Avrupa Komisyonu'nun ve üye ülkelerin ayrı ayrı FinTek hizmet alanlarını kapsayan birçok idari komitesi ve çalışma grubu bulunmakta ve bu komiteler ilgili alanlarda faaliyet gösteren tüm menfaat sahiplerini birleştiren ve müşterek çalışabilir standartlara ulaştırmayı amaçlayan ürün ve hizmetleri destekleyen çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar belli sıklıklarla FinTek aksiyon planı ve yol haritasına dönüştürülmekte ve Avrupa Komisyonu, Avrupa Bankalar Birliği gibi kurumlar veya üye ülke hükümetleri tarafından yayınlanmaktadır. Türkiye'de de benzer amaçlarla kurulan *FinTek Daimî Alt Çalışma Grubu* (FTDAÇG) Aralık 2018'den beri TCMB liderliğinde çalışmalarına devam etmektedir⁹⁰.

4. FinTek Şirketleri Tarafından Sunulan Hizmetlerin Bankalar Tarafından Sunulan Hizmetlerle Karşılaştırılması

FinTek müessesesi sadece sunduğu ürün yelpazesi, kullandığı teknoloji veya araçlar açısından değil, ayrıca hizmet ve müşterilere hitap şekli ile de piyasadaki beklentileri ve gidişatı değiştirmiştir. FinTek'ten önce bankacılık

⁸⁹ Alan Mcquinn, Weining Guo, Daniel Castro, ITIF, **Policy Principles for Fintech**, 2016.

⁹⁰ İlgili Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği haberi için bkz. s. 27: <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/06/TSPB-TR-18.pdf> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

hizmetleri monoton, kapalı, mesafeli iken, FinTek şirketleri sayesinde belli müşteri gruplarının ihtiyaçlarını karşılayan ve sonuç odaklı⁹¹, esnek ve şeffaf bankacılık servisleri ortaya çıkmıştır.

FinTek kapsamında faaliyet gösteren her girişimin ve kurumun ayrı bir politikası olsa da FinTek olarak tanımlanan şirketlerin geleneksel finansal kuruluşlardan farklı olarak buluştukları şeffaf ve ulaşılabilirlik, dinamizm, dijitallik ve inovasyon gibi ortak paydalar bulunmaktadır diyebiliriz.

FinTek kapsamında sunulan ürün ve hizmetlerin ayırt edici ana unsurlarından biri, üretilen ürün ve hizmetlerin müşteri odaklı olması yani FinTek servislerinin müşteri memnuniyetine ve inovasyona öncelik vermesi ve buna ek olarak, bu ürün ve hizmetlerin bankalara kıyasla daha efektif ve daha hızlı karaktere sahip olmasıdır.

FinTek şirketleri gerek dinamik çalışma yapıları gerek teknolojik altyapıları dolayısıyla servislerini bankalara ve klasik kredi kurumlarına nazaran daha hızlı şekilde piyasaya sunmaktadır.

FinTek şirketleri ayrıca, piyasaya çeşitli ürün ve hizmetlerden oluşan bir portföy sunan bankalara nazaran müşterilere daha küçük ve odaklı (niş) alanlarda, daha spesifik hizmetler sunmakta ve bu alanda yoğun bir şekilde uzmanlaşmaktadır.

⁹¹ Warren Mead, "Banking and the E-book Moment", **The FinTech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries**, Londra, 2016, s. 8.

II. FİNTEK ŞİRKETLERİ ve BANKALAR ARASINDAKİ İŞ BİRLİĞİ MODELLERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. FinTek Şirketleri ve Bankalar Arasındaki İş Birliği Modelleri

1. Uygulamada FinTek Şirketleri ve Bankalar Arasında İş Birliği Yapılmasına Neden Olan Sebepler

Bankacılık regülasyonları dolayısıyla geleneksel olarak bankalara atfedilen kredi verme, mevduat toplama gibi faaliyetleri yürütmek için düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından kuruluş ve faaliyet izni⁹² alınması şartı koşulmaktadır⁹³. Ancak bu izin ve lisanslar⁹⁴, bahsi geçen faaliyetlerin yürütülmesi için girişimlerin kanunda öngörülen şirket türleri şeklinde kurulması, belirli bir ana sermayeye sahip olması, gibi şekil şartlarını yerine getirmesini öngörmektedir. Kanunda öngörülen tüm şekil şartları yerine getirilmiş olsa bile başvuru girişimlerin başvurularının incelenmesi ve bu şirketlerin izin veya lisans alabilmesi aylar hatta yıllar sürebilmektedir. Bu da bankacılık kanunlarında veya ilgili diğer mevzuatta düzenlenen faaliyetlerden sadece birini yürütmek isteyen ya da bu faaliyetler kapsamında bankalar ve piyasa arasında aracılık yapmak isteyen girişimlerin, tabi oldukları düzenlemeler kapsamında muafiyet anlaşmaları akdetme veya yerel kontrollü test ortamına başvurma imkanları yoksa, pazara girmelerini geciktirmekte ve zorlaştırmaktadır. İşte bu engelleri aşmak adına uygulamada yeni bir iş modeli icat edilmiştir. Bu model kapsamında FinTek şirketler gerçekleştirmek istedikleri faaliyet kapsamında izin ve lisans sahibi bankalar veya diğer kredi kurumları ile ortaklık kurmakta ve bu sayede bu kurumların izin ve lisansını kullanarak ve bu kurumların denetimi altında, kısa

⁹² Türkiye’de bir bankanın kurulması ve faaliyete geçmesi için yerine getirilmesi gereken koşullar 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun İkinci Kısımında (Madde 6 vd.) ele alınmaktadır.

⁹³ Bu tarz faaliyetlerin yürütülmesi için izin aranmayan istisnai durumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kontrollü (Yasal) Test Ortamları, s. 138 veya Muafiyet Anlaşmaları, s.142.

⁹⁴ En yaygın anlamıyla *lisans*, sınai ve ticari mülkiyete konu teşkil eden bir gayri maddi hakkın kullanılmasına yönelik bir hakkın veya fiili bir tekelin sözleşmeyle elde edilmesini ifade eder (Selvi Nazlı Güvenç Uluçlar, **Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 4.). Ancak burada *lisans* terimi, yabancı hukuk sistemlerinde banka faaliyet iznine karşılık olarak kullanılan anlamıyla kullanılmıştır.

sürede piyasaya girebilme imkanına sahip olabilmektedirler⁹⁵. Bu model ile piyasaya giren FinTek şirketler ayrıca iş modellerini yasal ve politik süreçler ile sınanmaksızın deneme imkanına sahip olmakta ve bankaların piyasa deneyiminden yararlanabilme fırsatını yakalamaktadırlar.

Ortaklığın diğer tarafındaki bankalar ve finansal kurumlar bu ortaklıklar sayesinde lisans veya izin karşılığında bir ücret talep etmeye hak kazandıkları gibi, FinTek şirketlerinin teknolojik altyapıları veya inovatif müşteri kazanma yöntemlerinden yararlanarak FinTek şirketleri aracılığıyla yeni nesil piyasa ihtiyaçlarına hitap etmek olanağına sahip olmaktadır.

Ekosistemde bazı FinTekler kendi başlarına sivrilmişse de çoğu FinTek şirketin uygulamada faaliyet için gerekli izin ve lisansları almak yerine (özellikle de sadece bu tip teknik bankacılık hizmetleri sunan) bankalar ile iş birliği kurarak faaliyete başlama yolunu seçtiği gözlenmektedir.

2. Uygulamada FinTek Şirket ve Banka İşbirliklerine Dair Yeni İş Modelleri

FinTek şirketleri ve bankaların beraber çalışması çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. En basit şekliyle bu iş birliği, FinTek şirketin bir teknoloji hizmet sağlayıcısı olarak banka faaliyetleri çerçevesinde kullanılan, *bulut bilişim, müşteri ilişkileri yönetimi, proje yönetimi, siber güvenlik* gibi ya da *ödeme dosyalarının talep edilen formata dönüştürülmesi* gibi konularda bankaya teknik destek sağlaması şeklinde olabilir. Tedarikçi konumundaki teknoloji veya FinTek şirketi, bankanın online veya mobil bankacılık sistemlerini ya da temel bankacılık

⁹⁵ 2016 yılında bankacılık faaliyet izni aldıktan sonra, işletme adını N26 Bank'a dönüştüren mobil bankacılık uygulaması Number 26, 2016 öncesinde işlettiği mobil bankacılık hizmetlerini, servis bankası Wirecard AG aracılığı ile gerçekleştiriyordu. Bu süreçte, bankacılık mobil uygulamasını işleten ve piyasada hizmetin bilinen yüzü olan Number26 uygulamasına gelen mevduat hesabı açma ve ödeme talepleri, aslında Wirecard AG tarafından gerçekleştiriliyordu ve aslında, tüketicinin sahip olduğu banka hesabı FinTek şirketi Number 26 değil, bir banka olan Wirecard AG bünyesinde yer alıyordu. Ancak bu dönemde, piyasada çoğu tüketicinin asıl banka hesap tedarikçisinin (asıl bankanın) Number 26 olduğunu zannettiği gözlenmiştir. İşte bu ilişki özelinde, FinTek şirketi Number 26 ile Wirecard AG arasında bir teknik iş görme sözleşmesi (Servis Sağlayıcı Sözleşmesi) bulunmaktaydı ve Number 26'nın piyasa faaliyetleri, Wirecard AG tarafından mümkün kılınmaktaydı.

sistemini geliştiriyor ya da yürütüyor olabilir. Bu kapsamda FinTek, sadece sözleşme kapsamındaki yazılım hizmetinden sorumlu olacak ve tüketicilere doğrudan ürün ve hizmet sunmayacaktır. FinTek şirket tarafından bu kapsamda taahhüt edilen edimlerin bir eser sözleşmesi⁹⁶ ya da lisans sözleşmesi⁹⁷ kapsamında gerçekleştiriliyor olması muhtemeldir.

Yaygın olarak karşılaşılan bir başka FinTek ve banka iş modeli kapsamında ise FinTek şirketler bankanın ilgili müşteri kitlesine doğrudan hizmet ve ürün sunmakta ve bu ürün ve hizmetlerin bedeli banka veya doğrudan müşteriler tarafından ödenmektedir. Her iki halde de kilit nokta, banka ve tüketici veya kurumsal müşteriler arasında da banka ve tüketici arasındaki sözleşmeye ek bir sözleşme imzalanmasının gerekli olmasıdır. Banka ve FinTek şirketin ortaklık derecesine göre tüketici (veya kurumsal müşteri) ile banka arasındaki sözleşmenin derecesi değişmektedir. Bu alışveriş, bankanın müşterilerine ürün ve hizmet sağlamak için değil de FinTek şirketlere bankacılık altyapısı kazandırmak için de yapılıyor olabilir. Sadece FinTek şirketlere bankacılık altyapısı sağlamak üzerine bir iş modeline sahip, solarisBank, Wirecard, FinTech Group AG gibi bankacılık hizmet platformları da bulunsa da⁹⁸ pratikte bu hizmetin klasik mevduat bankaları ve direkt bankalar tarafından da sunulduğu görülmektedir. Bu iş modeli kapsamında⁹⁹ bankalar ile FinTek şirketleri arasında Servis Sağlayıcı Sözleşmesi akdedilmektedir ve bu sözleşmenin hukuki yapısı ileriki bölümlerde detaylı olarak incelenecektir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında tüketici ile arka plandaki bankacılık hizmet platformu arasında sözleşmesel bir ilişki bulunup bulunmaması, platform ve FinTek arasındaki sözleşme ve FinTek tarafından piyasaya sunulan hizmetin niteliğine göre değişecektir.

⁹⁶ FinTek şirketinin banka için bir mobil bankacılık uygulaması geliştirmesi hali, bu duruma örnek verilebilir.

⁹⁷ Lisans sözleşmesi, bir sınai hakkın kullanımının devri amacıyla üçüncü kişilere verilen izni konu alan bir sözleşme türüdür.

⁹⁸ Bu yeni iş modellerini ifade etmek için piyasada *Banking as a Service (BaaS)* ve *Banking as a Platform (BaaP)* terimlerinin kullanıldığı gözlenmektedir. Bu kapsamda hizmet sunan bankalar *service bank* (servis bankası) şeklinde tanımlanmaktadır.

⁹⁹ Bu yeni iş modeline dair açıklamalar için bkz.: <https://fintechistanbul.org/2019/05/16/white-label-bankacilik-uygulamalari-ve-almanyadaki-ornekleri/> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

B. FinTek Şirketi ve Banka İş Birliğinin Avantajları

FinTek ve banka iş birlikleri bir çeşit simbiyoz çalışma şeklidir demek yanlış olmaz. Bu ortaklıklar sayesinde FinTek şirketleri pazara doğrudan girselerdi maruz kalacakları yüksek banka kuruluş ve lisans masraflarından, denetim yükümlülüklerinden ve yasal standartlardan arı olarak, iş birliği içinde oldukları bankaların müşteri havuzlarına doğrudan erişerek piyasaya hızla atılma fırsatını yakalamakta ve bankaların marka tanınırlığına sığınarak piyasada ilerleme imkânı bulmaktadırlar.

Bankaların ise bu tarz iş birliklerini özellikle 2008 Finansal Krizinden sonra taze, inovatif ve modern bir imaj çizmek, FinTek şirketlerin teknolojik altyapı ve piyasa rüzgarını kullanarak yeni nesil tüketicilere hitap edebilmek, yeni dijital trendleri yakalamak, bankacılık alt yapısını daha hızlı ve çağa uygun hale getirmek, kızışan rekabet ortamında geride kalmamak, masrafları azaltmak ve yeni gelir kanalları keşfetmek için tercih ettikleri görülmektedir.

C. İşbirliğinin Yapısından Kaynaklanan Yasal ve Operasyonel Sorunlar

FinTek şirketler ve banka ortaklıklarının doğasından kaynaklanan ve piyasalarda rastlanabilecek zorluklar azımsanamayacak büyüklüktedir.

Öncelikle, bankalar ve FinTek şirketler her ne kadar beraber çalışabildiklerini ispatlamış olsalar da bu taraflar arasında yadsınamayacak kültür farklılıkları bulunmaktadır. Bu kültür farklılıkları özellikle çalışma şekilleri ve hızı, tüketiciye yaklaşım, dijital eğilim alanlarında kendini göstermektedir.

Temel yasaları kanunlaştırma sürecinin zorluğuna bakılınca, eskiden süregelen sorunları mevcut yasalarla çözmek tabii ki tercih edilecektir¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ross Anderson, Ilia Shumailov, Mansoor Ahmed, **Making Bitcoin Legal**, Cambridge, 2018, s. 2.

Yasaların yeni teknolojik ve sosyal gelişmelerin gündelik ve finansal hayata kattığı her sorunu ve bu sorunların çözümünde kullanılan yöntemleri kapsayacak şekilde hazırlanması mümkün değildir. Ancak teknoloji ilerledikçe yasalar ve uygulama arasındaki fark git gide açılmaktadır. Halihazırda FinTek ve banka ortaklıklarından kaynaklanan en büyük sorun, kâin finansal mevzuatın mevcut uygulamalarla örtüşmemesidir. Bu FinTek uygulamalarına uygulanacak hukuk ve ilgili iç hukuk denetim mekanizması konusunda yasa koyucular arasında hararetli tartışmalar yaşandığı için bankalar da genelde ihtilaf halinde konuya taraf olmak yerine yasa koyuculardan gelecek tepkiyi beklemeyi seçmektedir. Aynı yasa koyucular gibi, çoğu bankanın da FinTek uygulamalarını teknik ve hukuki yönden irdelleyebilecek kapasiteye sahip olmadığı görülmektedir. Bu sebeple, ihtilafli bir hukuki konu mevcut olması halinde, teoride bir banka – FinTek anlaşması olmasına rağmen pratikte sorun düzenleyici ve denetleyici kurumlar ya da yasa koyucular tarafından çözülene kadar süreçler takılıp kalmaktadır. Tabii ki yasa koyucuların görüş belirtmediği konularda bankaların teamül oluşturacak davranışlardan kaçınarak, tebliğ edilecek görüşü beklemeleri işin doğasına uygundur.

FinTek ve bankalar arasında kurulan ortaklıklara dair bir başka sorun da bankaların uzun ve meşakkatli *due diligence* ve yasal uyum süreçleridir. Bankalar için standart bir prosedür olan yasal uyum ve due diligence süreçleri finansal teknoloji akımına nazaran çok yavaş ilerlemekte; bu süreçler esnasında FinTek şirketleri, zaman zaman piyasa ivmelerini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalmakta ve ciddi masraf kalemleri altına girmektedirler.

Bankalar tarafından halen ısrarla kullanan teberru temel bankacılık sistemleri ve modası geçmiş siber güvenlik önlemleri şüphesiz ki ortaklıkları teknik ve operasyonel açıdan yavaşlatmaktadır. Modern temel bankacılık sistemlerine geçiş yapmış bankaların bile zaman zaman FinTek şirketlerinin teknolojisinin entegrasyonu esnasında teknik sıkıntı çektikleri görülmektedir. Zaman zaman da FinTek şirketlerinin ürün ve hizmet planlamalarında banka süreçlerini gerektiğince hesaba katamadıkları için bankalara fazladan ve hatta bazen farazi teknik külfet getirdikleri örneklerle rastlanması mümkündür.

D. Ortaklık Kapsamında İmzalanacak Sözleşmeler Düzenlenirken Göz Önünde Bulundurulması Gereken Konular

Her ne kadar FinTek şirketleri ile bankalar arasındaki ticari ilişki kapsamında imzalanacak sözleşmeler düzenlenirken dikkat edilmesi gereken konular FinTek şirket ile banka arasındaki ticari ve hukuki ilişkinin niteliğine, uygulanacak hukuka ve FinTek şirketin faaliyet alanına göre değişiklik gösterecekse de bazı temel noktaların hemen her türlü hukuki ilişki kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede, FinTek şirket tarafından banka ya da elektronik para kuruluşu gibi faaliyet iznine tabi kuruluşlara (yasal uyum, raporlama ya da herhangi başka bir kapsamda) hizmet sunulması halinde, faaliyet iznine tabi kuruluşların yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından sorumlu tutulacağı vurgulanmalıdır.¹⁰¹

Bankaların FinTek şirketler tarafından sunulan hizmetlerden yararlanmak istemeleri halinde, FinTek şirket tarafından sağlanan hizmetin bankanın tabi olduğu hukuk tarafından dayatılan dış kaynak kullanımı (*outsourcing*) düzenlemeleri kapsamında mümkün olup olmadığının kontrolü, hizmet alımının dayanacağı hukuki temelin sağlanması açısından elzemdir. Ortaklığın mevcut normlar kapsamında mümkün olması halinde, bankaların FinTek şirketlerin iş modelini, izin ve lisans durumunu, ortaklık yapısını, dış kaynak kullanımını, finansal durumunu ve gelecek planlarını değerlendirdiği bir *due diligence* süreci yürütmesi ve ancak sürecin olumlu sonuçlanması halinde sözleşme sürecini başlatması yerinde olacaktır.

FinTek ile bankalar arasında akdedilen sözleşmelerde ortaklığın kapsamı ve yapısı, tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve borçları, uygulanacak hukuk gibi standart hükümlere ek olarak, sözleşme kapsamında iktisap edilen müşteri portföyünün hangi tarafa ait olduğu (*customer ownership*), müşterilere kimin hangi derecede hizmet ve hizmet kapsamında destek vereceği, müşteri iktisabı

¹⁰¹ European Banking Authority, "Discussion Paper on ... (FinTech)", s. 2.

hallerinde kullanılacak müşteri tanıma yöntemleri ve müşteriler tarafından tamamlanması gereken hukuki süreçler, hizmetin kapsamı ve süresi, hizmet kapsamındaki şikayetleri hangi tarafın çözmekle yükümlü olduğu, teknik süreçler kapsamındaki siber güvenlik önlemleri gibi konulara değinilmesi gerekmektedir. FinTek ile banka arasındaki sözleşme kapsamında bir eser meydana getirilmesinin ihtimaller dahilinde olması durumunda, ortaklık sözleşmesinde fikri mülkiyet hak sahipliği hususunun da irdelenmesi faydalı olacaktır.

Ortaklık açısından önemli bir başka husus FinTek ve banka arasındaki sözleşme kapsamında kişisel veri paylaşımı ve işlenmesi durumlarının söz konusu olması durumunda, veri paylaşan tarafın (banka veya FinTek şirketi) veri güvenliği kapsamında gerekli önlemleri alıp almadığının kontrol edilmesi gerekliliğidir. Sözleşme kapsamında veri paylaşan tarafın, verilerin saklandığı yer ve işleme amacının değerlendirilmesini takiben verilerin hukuka uygun şekilde kullanıldığından emin olmak adına tarafların ayrı bir veri işleme protokolü imzalaması yerinde olacaktır.

Bankaların FinTeklerin sözleşmede sayılan hizmetler kapsamında gerekli (teknik ve operasyonel) risk yönetimi önlemlerini alıp almadığını kontrol etme ve FinTek şirketlerinden ürün veya hizmet risk analizini içeren dair ek belge (*Product Risk Analysis*) talep etmesi yaygın uygulamalar arasındadır.

Bankalar ile FinTek şirketler arasındaki sözleşme kapsamında FinTek şirketlerinin tüketicilere (bir uygulama, websitesi vs aracılığıyla) doğrudan hizmet sağlaması halinde, hizmetin kesintisizliğini garantilemek adına yapılan yaygın uygulamalardan bir diğeri ise FinTek şirketlerin şirketin hizmet saatlerini, olası teknik kesinti hallerini ve beklenmeyen teknik kesintiler halinde atılacak adımları gösteren bir Hizmet Seviyesi Taahhüdü (*Service Level Agreement*) ve acil durumlar halinde, olası en kötü ihtimali değerlendirmek suretiyle gerekli düzeltme taahhüdü sağlayan bir Acil Durum Kılavuzu (*Emergency Guidelines*) sağlaması halidir.

FinTek şirketlerinin bankalar namına yürüttükleri kredi sözleşmeleri, ödemeler gibi hizmetler kapsamında yeni müşteri iktisap etmeleri (yani müşteri

iktisap sürecine dahil olmaları) durumunda, bahsi geçen iktisap sürecinde çalışan FinTek şirket çalışanlarının da banka çalışanlarının tamamlamakla yükümlü olduğu periyodik kara para aklama ve terörist finansmanı engellenmesine yönelik eğitimlerinden geçmesi ve gerekli sertifikaları edinmeleri gerekecektir.

III. FİNTEK AKIMININ OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ: FİNTEK MÜESSESESİNİN PİYASA AÇISINDAN ÖNEMİ, UYGULAMANIN ZAYIF VE TARTIŞMAYA AÇIK YÖNLERİ

A. FinTek ve Dijitalleşmenin Ekonomik ve Hukuki Önemi

Günümüzde, küresel bağlantı ile ürün ve hizmetlere daha geniş tabanlı erişimi kolaylaştıran teknoloji, finansal sistemin gelişmediği ülkelerde tabana yayılmanın artmasına, geleneksel kaynaklardan finansman sağlama imkânı bulamayan gerçek ve tüzel kişilerin yeni araçlardan kaynak edinme imkânına kavuşmasına ve hizmetlerin maliyetinin düşmesine hatta bazı durumlarda ortadan kalkmasına katkı sağlamaktadır¹⁰².

FinTek akımının önemi finans ve bankacılık piyasalarındaki dijitalleşmeye sınırlı değildir. Teknolojinin finansal piyasalarla bütünleşmesi ile piyasalarda sadece altyapısal değil, ekonomik, etik, hukuki ve mali kapsamda olumlu gelişmeler gözlenmeye başlamıştır. Bu olumlu gelişmeler birkaç ana başlık kapsamında özetlenebilir.

Öncelikle, gelişen teknoloji ile dijitalleşen finansal piyasalar ve ekonominin en önemli yönü şüphesiz ki altyapısal ve finansal imkansızlıkları göz ardı ederek hizmet ve ürünleri herkese eşit şekilde ulaştırabilmesidir. Teknoloji coğrafi sınırları ve uzaklıkları azaltmakta; farklı mekanlardaki, farklı kültürdeki bireylerle hizmet ve ürünleri eşit derecede ulaştırmaktadır. Aynı gelişme finansal

¹⁰² Burak Görmez, **Finansal Sektörde Yıkıcı Yenilik: Dağıtılmış Defter Teknolojisi ve Türkiye Sermaye Piyasalarının Durumu**, SPK Aracılık Faaliyetleri Dairesi, Yeterlilik Etüdü, Ankara, 2017, s.1.

dijitalleşme için de geçerlidir; FinTek sayesinde finansal servis sağlayıcıları dünyanın ücra köşelerindeki müşterilere finansal hizmet götürerek bu bireyleri finansal sektöre kazandırmış; bir nevi bu bireyleri kayıtlı ekonomiye katmıştır. Bu durum *finansal katılım* anlamına gelen *financial inclusion* (veya kısaca *finclusion*) olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde sadece bu alanda hizmetler sunan yani geleneksel finansal sektörün çözmediği sorunlara eğilen ve finansal sektördeki eşitsizlikleri hedef alan *fincluder* FinTek şirketlerinin sayısı azımsanamayacak derecede çoktur. FinTek sayesinde finansal piyasalara dahil olan bireyler sadece coğrafi sorunlar dolayısıyla piyasalara dahil edilen bireylerle sınırlı değildir; ayrıca yasal veya kültürel sorunlar, mesela katı İslam hukuku sebebiyle bankacılık işlemleri yapması mümkün olmayan birey grupları, özellikle de kadınlar, FinTek sayesinde finansal piyasalara dahil edilmektedir. Finansal katılımın başka bir ayağı da teoride finansal piyasalara katılabilecek durumda olsa da pratikte katılımları mümkün olmayan bireylerin *inclusive growth* yani *kapsayıcı büyüme* ile ekonomik imkanlarının artırılmasıdır. Bu sayede, özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki küçük esnaf, alternatif borçlanma yöntemleriyle işletmelerini büyütme imkânı kazanmaktadır.

Yine FinTek şirketlerinin teknoloji ve inovasyonlar sayesinde bankacılığı herkese ve her yere ulaştırması kapsamında finansal piyasalara sağladığı başka bir katkı ise, FinTek öncesi belirli bir sosyo-ekonomik sınırın altında kalması sebebiyle geleneksel kredi kurumları tarafından ihmal edilen tüketicileri yani sıradan vatandaşları yatırım piyasalarına dahil etmek suretiyle, finans piyasalarını tekellerden kurtarmaları ve bu sayede piyasaya yeni paydaşlar ekleyebilmeleri olmuştur.

FinTek teşebbüsleri dijital hizmetleri sayesinde müşterilere zaman kazandırarak, platformlar ve mobil uygulamalar üzerinden mekân kısıtlaması olmaksızın ve resmi (şube ve *call center*) çalışma saatlerine bağlı olmaksızın¹⁰³ işlem yapabilme özgürlüğü sağlamıştır.

¹⁰³ Her ne kadar müşterilerin yazılım ve donanımlar üzerinden bankacılık işlemleri yapmaları (işlem talimatı vermeleri) resmi çalışma saatleri ve günlerine bağlı (kısıtlı) olmasa da bankacılık işlemleri hala sistem çalışma saatleri içinde gerçekleşmektedir. Yani müşteri para transferini bir

FinTek akımının piyasaya olumlu katkılarından bir başkası da paylaşım ekonomisi kapsamında gelişmiştir. Doktrinde en yalın haliyle, kişilerin ürettikleri ürün, hizmet ve parayı birbirleri ile paylaştıkları ekonomik model olarak tanımlanan¹⁰⁴ paylaşım ekonomisi kanaatimizce *bir ürün veya hizmetin tüketiciye, başka bir tüketici tarafından aracısız şekilde sunulması* olarak açıklanabilir. Paylaşım ekonomisinde ayırt edici unsur, işlemin eşit statüdeki bireyler arasında paylaşılarak, adeta bir imece usulüyle gerçekleşiyor olmasıdır. Bu şekilde kaynaklar her yeni tüketimle azalmak yerine, bireyler arasında paylaştırılmakta, âtil kaynaklar tekrar piyasaya sokulmakta; kaynakların ömrü uzatılmaktadır. Paylaşım ekonomisinin bankacılıkta yansımalarına özellikle kitle fonlama¹⁰⁵ ve kredi, yatırım ve ödemeler alanında yaygın uygulamaları olan *P2P Banking* (Eşitler Arası Bankacılık)¹⁰⁶ alanlarında rastlanılmaktadır.

FinTek akımı kapsamında, bankacılık hukuku ve regülasyonları alanlarında da gelişmeler yaşanmıştır. Her ne kadar banka ve finans regülasyonları yerel hukuk sistemlerine göre değişiklik gösteriyorsa da global olarak bankaların sıkı denetime tabi oldukları bilinen bir gerçektir¹⁰⁷. Türkiye dahil çoğu ülkede de bu

resmî tatilde gerçekleştirmek için talimat verse de işlemin gerçekleşmesi için resmî tatilden sonraki çalışma gününün beklenmesi gerekecektir.

¹⁰⁴ Stephen R. Miller, "First Principles for Regulating the Sharing Economy", **Harvard Journal on Legislation**, Sa. 53, 2016, s. 147-200, s. 150.

¹⁰⁵ Alternatif finansman sektöründe çığır açan ve kitle fonlama, kitle borçlanma ve kitle yatırım platformlarından oluşan kitle finansmanında, birbirleri ile ilişkisi olmayan müşteriler FinTek şirketleri tarafından bir araya getirilerek, tasarruflar yatırım portföyü oluşturacak havuzlarda toplamakta ve bu yatırımların şirketlere sermaye sağlamasına aracı olunmaktadır.

¹⁰⁶ Bu tarz iş modelleri için kullanılan P2P kısaltmasının iki yönlü anlamı bulunmaktadır: hem *Person-to-Person* yani bireyler arasındaki aracısız alışverişler, hem de *Peer-to-Peer* yani eşit araçlar arası iletişim. Eşitler iletişim bireyler ve eş yazılım ve donanımlar arası aracısız alışverişin daha özel bir halidir; zira bu şekilde bireyler alışveriş yani veri değiş tokuşu için *eşitler arası* istemcileri kullanmaktadır. P2P ortamı merkezi değildir ve ortamdaki her kullanıcı, bir diğer kullanıcıdaki veriye sınırsızca ulaşabilmektedir.

¹⁰⁷ Bankacılık faaliyeti ile uğraşmak isteyen kuruluşların kuruldukları yer mevzuatı uyarınca gerekli kuruluş ve faaliyet izni koşullarını gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Mevcut pozitif düzenlemeler açısından, Türkiye’de kurularak hizmet vermek isteyen bankalardan, anonim şirket şeklinde kurulmaları, kurucularının belirli şartları taşıması, otuz milyon YTL tutarında azami sermayesinin bulunması gibi ağır şartlar aranmaktadır. KWG § 33, (1), (d) uyarınca Almanya’da faaliyet göstermek isteyen bankalardan 5 milyon Euro tutarında esas sermayeye sahip olmaları arandığı halde, bankanın kuruluş şekli için bir şekil türü aranmamaktadır (kanun yalnızca *Einzelkaufmann* yani tek kişilik ticari işletmelere bankacılık lisansı yolunu kapatmıştır; bkz. KWG § 2b, (1); BGBI. I S. 2776). Bankacılık Kanunu Madde 65 uyarınca, faaliyet süreleri boyunca BDDK’nın denetim ve gözetimine tabi olan bankaların finansal tablolarının (ve dolayısıyla faaliyetlerinin) mevzuattaki ölçülere uygunluğu, iç ve dış denetimler aracılığı ile kontrol edilmektedir. Denetimler sayesinde banka faaliyetleri ve faaliyetlere ilişkin kayıtların mevzuata

sıkı hukuki rejimlere ek olarak bankalar iç yönetmelikle müşteri politikalarını düzenlemekte, ucu açık kanuni düzenlemeleri en sıkı şekilde¹⁰⁸ ya da kurum avantajına yönelik şekilde¹⁰⁹ yorumlayarak yasa koyucuya ve düzenleyici kuruluşlara karşı olan konumlarını sağlamlaştırmaktadırlar.

FinTek şirketlerinin 2008 krizi sonrası, bankalara ve bankacılığa şüphe duyulan bir ortamda kolayca yayılabilmelerinin sebeplerinden biri de her yerel hukuk düzenlemesinde yer alan, yoruma açık hükümler ve yasa boşluklarıdır. Yoruma açık hükümleri dar olarak yorumlayan bankaların aksine bir yöntem benimseyen FinTek şirketlerin uygulamaları yasa koyucular için yeni kanuni düzenlemeler yapma yükümlülüğü doğmuştur.

FinTek şirketlerinin bankacılık mevzuatını yorumlama şekilleri ve bankacılığa kazandırdıkları yeni teknolojik altyapı ve terimler dolayısıyla 2010 sonrasında Avrupa ülkeleri ve ABD başta olmak üzere çoğu ülkede yasal boşlukların farkına varılmış, yeni ihtiyaçları karşılayan bankacılık ve FinTek yasa

uygun olup olmadığı tespit edilebilmektedir. Bankaların denetimi ile ilgili kaynak olarak Bankacılık Kanunu, Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik, Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik, İSEDES Raporuna İlişkin Rehber gibi temel mevzuatlara ek olarak, Basel Komitesinin Bankacılıkta Etkin Gözetim ve Denetime İlişkin Temel Prensipleri (*The core principles for effective banking supervision*) ve Basel Komite'nin bankaların etkin denetimine ilişkin tavsiye kararları ve oluşturduğu standartları kapsayan rapor (*Compendium of documents produced by the Basel Committee on Banking Supervision*) gibi düzenlemeler de yol gösterici olmaktadır.

¹⁰⁸ Ne olur ne olmaz mantığıyla kapsamlı hükümler içerecek şekilde hazırlanan, özellikli ürün sözleşmesine ek olarak imzalanması talep edilen ve toplamda 10-15 sayfa bulan temel bankacılık hizmet sözleşmeleri bu durumun en bariz örneklerindendir.

¹⁰⁹ Konuya dair örnek KVKK ile yürürlüğe giren kişisel veri toplama ve işleme çerçeve kuralları üzerinden verilebilir. KVKK Madde 10 uyarınca, kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veri sahibine kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği ve işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı konusunda bilgi vermekle yükümlüdür. Ancak kanunun lafzı, GDPR Madde 6/1/3'te olduğu gibi, kişisel verilerin işlenmesi öncesinde veri sahibinin açıkça verilerin paylaşıldığı üçüncü kişilerin kimlikleri ve veri işleme amacı kapsamında bilgilendirilmesi şartını aramayı zorunlu kılan hükmüne kıyasla yoruma açıktır. Buna dayanarak, bankaların websitesi gizlilik politikalarında ucu açık ifadeler kullanarak, veri paylaşımı yapılan üçüncü kişiler ve veri işleme konuları açısından tüketicileri yeterince aydınlatmadığını saptadık. Garanti Bankasının gizlilik politikasında verilere erişme hakkı olan kamu kuruluşları ve bağlı kuruluşlar sayıldıktan sonra eklendiği görülen "*bankacılık faaliyetlerimizi yürütmek için hizmet aldığımız veya iş birliği yaptığımız program ortağı kuruluşlar ve yurt içi- yurt dışı bankaları*" kısmı, kanunun nasıl kurum yararına olacak şekilde geniş yorumlanabileceğinin bariz bir göstergesidir. İlgili metin: <https://www.garanti.com.tr/tr/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu.page> (Son Erişim: 11.07.2019). Yine benzer şekilde, Odeabank gizlilik politikasında da veri işleme politikasına dair detaylı açıklamalara rastlanılamamıştır:

https://www.odeabank.com.tr/tr-TR/Sayfalar/odea_bank_as_gizlilik_politikamiz.aspx (Son Erişim: 11.07.2019)

tasarıları hazırlanmaya başlanmıştır¹¹⁰. Dolayısıyla FinTek akımı ile piyasalarda yaşanan değişim, bankacılık regülasyonlarında (hem pozitif hem negatif şekilde algılanabilecek) revizyon çalışmalarını tetiklemiştir.

FinTek uygulamalarının yaygınlaşmasından sonra piyasada yaşanan diğer olumlu gelişmeler *artan bankacılık hizmet hızı ve kalitesi, bankacılık masraflarında meydana gelen azalma¹¹¹, tüketici ihtiyaçlarının kredi kurumlarının ihtiyaçlarına nazaran öncelik kazanması, finans piyasalarındaki rekabet ve bu vesileyle bankalar arasındaki korelasyon ve etkileşim artışı, (müşteri tanıma ve işlem onayı gibi süreçleri uzaktan yürütme imkanı sağlayan sistemlere geçiş yapılması sonrası) banka işlemleri için aranan bürokrasi ve kırtasiyecilik gerekliliklerindeki azalma, bankacılık işlemlerinin daha çevre dostu hale gelmesi¹¹², (yeni ve etkili yazılımlar sayesinde) kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliği hususunda kat edilen olumlu gelişmeler, aracı kurumların azaltılması¹¹³, piyasanın müşterek bir bankacılık standardı oluşturma amacına daha yaklaşmış olması¹¹⁴, bankacılık ürün ve hizmetlerindeki dijitalleşme ve gelişme, zamana ve mekana bağlı olmaksızın bankacılık hizmetlerinden*

¹¹⁰ Avrupa mevzuatındaki FinTek kaynaklı değişimler, 2. Bölüm'de incelenecektir (bkz. s. 64 vd.).

¹¹¹ Bankacılık hizmetlerinde aracı kurumları ortadan kaldıran ve kâğıt ve dosya masrafları gibi finansal bürokrasi gerekliliklerini azaltan FinTek teşebbüsleri; aracı kurumların veya bankaların sağladıkları servisleri bireylere doğrudan ve ayrıca dijital bir şekilde sağlayarak, piyasaya geleneksel finansal kurumları ve hizmet sağlayıcılarına nazaran daha ekonomik hizmetler sunabilmektedirler. Teknolojiyi ustaca kullanarak tüketiciye basit bankacılık deneyimi sunan FinTek şirketleri, aracıları, abartılı bankacılık prosedürlerini ve dolayısıyla masrafları azaltmakla beraber, hizmet hızında da iyileşmeye sebep olmuşlardır.

¹¹² Teknolojinin yazılı sistemlere bağımlılığı azaltmasından dolayı yani dijitalleşme sebebiyle bankacılık işlemlerinin daha çevreci hale gelmesi mümkün olmuştur.

¹¹³ FinTek şirketleri değişik iş modelleri ve teknolojinin etkili kullanımı sayesinde birbirini tanımayan bireyleri ve kurumları bir araya getirmekte, tarafları ortak bir ekonomik amaç çerçevesinde eşleştirerek katılımcıların ihtiyaçlarını karşılıklı olarak, doğrudan karşılamalarına imkân sağlamakta ve böylece bankacılık faaliyetleri için gerekli olan aracı kurumları azaltmaktadır.

¹¹⁴ 2008 krizi öncesinde bankalar tarafından pek de müşteri odaklı olmayan kulis çalışmaları tarafından şekillendirilen mevzuat ve piyasalar, kriz sonrasında yasa koyucuların tüketiciyi korumaya yönelik çalışmalara ağırlık kazandırması ile farklı bir boyuta ulaşmıştır. Ulusal ve uluslararası banka federasyonları ve birlikleri aracılığıyla gerçekleştirilen lobi faaliyetlerine FinTek şirketlerinin katılması ve dolayısıyla banka ve FinTek şirketlerinin ortak paydada buluşmaya başlamaları sayesinde mevzuat çok yönlü bir bakış açısı kazanmıştır demek, yanlış olmaz.

yararlanmanın mümkün olması¹¹⁵ ve tüketicilere sunulan çok kanallı (omni-channel) bankacılık¹¹⁶ şeklinde kısaca özetlenebilir.

B. FinTek Müessesesinin Zayıf ve Tartışmaya Açık Yönleri

Her ne kadar FinTek uygulamalarının bankacılık piyasaları ve dijital ekonomiye birçok katkısı olmuşsa da FinTek müessesesinin zayıf ve tartışmaya açık yönleri de bulunmaktadır. Bu hususların hukuki ve pratik zorluklar şeklinde ikiye ayrılması mümkündür.

Daha önce de belirtildiği üzere ilk nesil FinTek şirketlerin ortaya çıkma sebebi piyasadaki uygulamaların tüketici ihtiyacına yönelik olmaması; bu şirketlerin piyasaya çıkabilmelerinin mümkün olmasının sebebi de çoğu örnekte görüldüğü üzere, yasa koyucuların bu alanlarda yoruma açık boşluklar bırakmış olması veya uygulamaya dair konuları hiç ele almamış olmasıdır. Bu durum, FinTek faaliyetlerinin pozitif düzenlemelerce (kasten veya kanun koyucunun konuya önem vermemiş olması dolayısıyla) ele alınmaması ya da daha önceden piyasada benzer faaliyetler mevcut olmaması durumlarından kaynaklanıyor olabilir. Her halükârda FinTek şirketler, kurumsal finans şirketleri ve bankaların tabii olduğu yasal zorunluluklara ve denetlemeye tabii olmaksızın faaliyete geçebilmiş; faaliyete mahal veren yasal boşluk yeni bir düzenleme ile doldurulana dek veya aktiviteler denetleyici ve düzenleyici kuruluşlar tarafından inceleme ya da denetim kapsamına alınana kadar faaliyette kalabilme imkanına sahip olmuşlardır. Resmi denetim ile kuruluş aşamasında geçen bu süre, şüphesiz ki piyasa ve tüketiciler için risk oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu durumun iki ana sebebi bulunmaktadır. Öncelikle, FinTek şirketlerin (yasalarda kuruluş şartı aranan faaliyetlerle uğraşanlar hariç olmak üzere) kuruluşuna dair şekli kurallar bulunmamakta; bu

¹¹⁵ Kısa zaman öncesine kadar şube bölgeleri ve çalışma saatleri ile sınırlı olan bankacılık hizmetlerinden, işlemlerin yazılımlar (ve dolayısıyla akıllı cihazlar) üzerinden yürütülmesine başlanmasıyla beraber, zaman ve mekân kısıtlaması olmaksızın yararlanma imkânı doğmuştur.

¹¹⁶ FinTek akımı sayesinde kendilerine dayatılan standart ürün ve hizmetler yerine daha şahsi bir ürün portföyüne erişen ve dolayısıyla gerçek anlamda bir tercih yapma hakkına kavuşan tüketiciler, teknoloji ve özellikle FinTek platformlarının sağladığı karşılaştırma imkanları sayesinde artık kişiselleştirilmiş bir ürün portföyü oluşturabilme imkanına sahiptirler.

şirketlerden bankalardan beklenen denetim kuruluşlarından izin veya lisans alma ve belli başlı sürelerce piyasa deneyimi olan kuruculara sahip olma¹¹⁷ koşullarının yerine getirilmesi şartının aranmaması sonucunu doğurmaktadır. Şirketlerin kuruluş, yönetim ve hizmetleri hakkında oturmuş, standart teamüller bulunmadığı için; aynı bölgede hizmet veren, aynı kanuna tabii, aynı iş modeli ile faaliyet gösteren ve aynı alanda aktif iki FinTek şirketin birbirine hiç benzerlik göstermeyecek şekilde faaliyette bulunduğu ve farklı yasal uygulamalara maruz kaldığı örneklerle rastlanabilmektedir. Yine benzer hizmetler sunan FinTek şirket ile kurumsal kredi kurumları farklı regülasyonlara tabi tutulabilmektedir. İkinci olarak, FinTek şirketler sundukları ürünü geleneksel olarak tüketici ile buluşturan banka ve kredi kurumlarına nazaran çok daha az yasal sermaye¹¹⁸ ile kurulmakta; iş modelleri dolayısıyla uzun yıllar başa baş noktasına veya kar eşiğine ulaşamadıkları¹¹⁹ için sundukları ürün ve hizmetler tüketici ve yatırımcılar için kısmen risk oluşturmaktadır. Bu risk, sunulan finansal ürün veya hizmetin karmaşıklığına ve ödenen hizmet bedeline göre değişmektedir. İşte FinTek şirket kuruluşuna dair bir standart bulunmayan hukuk sistemlerinde farklı yasal uygulamalar oluşmakta, genel olarak düzenleyici kurumların tüketici ve yatırımcıları koruma görevlerini yerine getirmelerini zorlaştırmaktadır.

FinTek uygulamaları kapsamında ele alınması gereken hukuki tartışmalardan biri de siber güvenlik kapsamındadır. Finansal teknolojiadaki gelişmeler bir yandan bilgi güvenliğinin önemine dikkat çekerken, bir yandan da FinTek uygulamalarının bilgi güvenliğini zayıflattığı düşünülmektedir.

Yine FinTek alanında faaliyet gösteren çoğu kurumun (yerel veya küresel olarak) doktrinsel anlamda tanımının yapılmaması FinTek uygulamaları

¹¹⁷ BDDK Bankacılık Kanunu'nun 8. Maddesi uyarınca banka kuruluş ortaklarının "işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması" gibi daha genel geçer bir kritere sahip olsa da Alman Bankacılık Kanunu kurucular arasında kanunda yazılı finansal işlemleri yapmak üzere yetkilendirilmiş, benzer büyüklükteki bir kredi kurumunda en az 3 yıl yöneticilik yapmış bir yönetici olması şartını aramaktadır (KWG 25c (1)).

¹¹⁸ Kıta Avrupası'nda bankaların anonim şirket olarak kurulma zorunluluğu varken, FinTek şirketleri için bu tarz bir şekli kurulum şartı bulunmamaktadır. Pratikte çoğu FinTek şirketi, limited şirket tarzında kurulmaktadır.

¹¹⁹ Halihazırda kara geçtiği bilinen FinTek şirketlerinin bazıları şu şekildedir: *PayPal, Revolut Adayen, Klarna, WeChat, Alipay, Cabbage, Coinbase, Stripe, Zopa, Robinhood* ve sair.

arasında farklılık olması ve FinTek metotları arasında hala bir standart sağlanamaması sonucunu doğurmuştur. Bunun bir başka sebebi de bankaların ve geleneksel kurumların kuruluş ve faaliyetlerini düzenleyen birçok yasa bulunmasına rağmen, bankacılığın çoğunlukla iç mevzuatla düzenleniyor ve finansal piyasalara göre şekilleniyor olmasıdır. Örnek vermek gerekirse, bankaların tüketicilere sundukları ürün ve hizmetlerin koşulları birbirinden çok farklıdır; her ne kadar faiz politikaları merkez bankalarının açıklamaları doğrultusunda ilerlese de bu faiz etrafında oluşturulacak ürün konusunda bankaların, yasal zorunluluklar çerçevesinde, takdir yetkisi bulunmaktadır. Bankacılık uygulamaları ve risk politikaları genelde banka iç karar mekanizmaları tarafından, serbest piyasa kuralları çerçevesinde belirlenmektedir. Dolayısıyla bankaların ürün ve hizmetleri arasında bu kadar fark varken henüz pozitif düzenlemelerin kapsamına alınmamış FinTek şirketlerinin uygulamaları arasında fark bulunması da kaçınılmazdır. Anlaşılabileceği üzere, sıkı regülasyonlara tabi bir piyasada, piyasanın diğer oyuncularından farklı olarak, lisans ve izin süreçlerinden geçmeksizin tüketicilere doğrudan ulaşma imkanına sahip FinTek şirketlerinin¹²⁰ faaliyetlerinin yeterince denetlenmemesi tüketiciler için risk teşkil etmektedir. Ancak girişim şirketi şeklinde kurulan FinTek şirketlerinden bankaların tabi olduğu kuruluş ve izin şartlarının aranması halinde de yasa koyucular teknolojik gelişmeleri yavaşlatmakla kalmayıp aynı zamanda piyasadaki rekabet ortamını da engellemiş olacaklardır. Şu hâlde FinTek şirketlerin ne bankalar kadar sıkı bir denetim mekanizması içine dahil edilmeleri ne de kontrol dışı bırakılmaları sorunu çözmektedir. Kanaatimizce, FinTek şirketlerinin faaliyetleri kapsamında azami pozitif düzenleme ve denetleme çerçevesi oluşturulması piyasanın dengelenmesi için elzemdir. Bu kapsamda öncelikle, mevzuatlarda FinTek şirketlerin tanımı yapılmalı ve piyasaya girmek isteyen FinTek şirketlere özel bir sicile kaydedilme zorunluluğu getirilerek girişimlerin denetleyici ve düzenleyici kurumlarla sürekli iletişimde

¹²⁰ Bu duruma, hem Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında bankadan hizmet tedarik eden ancak bankanın lisansını kullandığı ve bu sebeple bizzat lisans edinme yükümlülüğü bulunmadığı için, düzenleyici ve denetleyici kurumların denetim ve izin sürecinden geçmeyen FinTek şirketlerinin faaliyetleri hem de faaliyetleri piyasaya giriş anında yasalarca düzenlenmeyen (kitle fonlama şirketleri gibi) FinTek şirketlerinin faaliyetleri örnek olarak verilebilecektir.

olması sağlanmalıdır. Daha sonra, kanunda faaliyet iznine tabi (mevduat toplama, varlık yatırımı gibi) faaliyetlere dair hizmetler sunan ya da (robot danışmanlar¹²¹, kripto paralar gibi) piyasaya daha önceden mevcut olmayan yeni bir hizmet kategorisi tanıtmak isteyen girişimlerin kontrollü/yasal test ortamı¹²² müessesesi aracılığıyla iş modellerini test ederek teknolojilerini geliştirmelerine müsaade edilmelidir. Bu süreç sonrasında, girişimlere faaliyet izni muafiyet belgesi¹²³ veya kanunlarda tanımlanan özel FinTek lisansı¹²⁴ verilerek FinTekler ayrı bir denetim kategorisine sokulursa, "kontrollü serbesti" olarak adlandırabileceğimiz bu yaklaşım sayesinde, FinTek şirketlerinin denetimi altında yeni teknolojiler ve hizmetler geliştirilmesine izin verirken, tüketicilerin piyasadaki belirsiz finansal ürün ve hizmetler dolayısıyla riske maruz bırakılmaları önlenecek ve ayrıca FinTek şirketlerinin uygulamaları arasında pozitif düzenlemelere paralel bir standartlaşma sağlanacaktır kanaatindeyiz.

Her gün değişen teknolojik ve bilimsel gelişmeler ışığında, yasa koyucuların FinTek kapsamındaki mevcut tüm iş modellerini düzenleyen ve her türlü FinTek şirketi denetim altına sokan pozitif düzenlemeler ihraç etmesi ve gelecekte ortaya çıkabilecek ihtilafları önleyecek tüketici koruma mekanizmaları kurması pratik açıdan mümkün görülmemektedir. İşte bu durum FinTek şirketler tarafından kullanılan teknolojik altyapı ve karmaşık finansal modeller göz önüne alındığında, tüketiciler için risk teşkil etmektedir. Denetleyici ve düzenleyici finans kuruluşları bile bu tarz karmaşık finansal ürünler ile ilgili yeterli bilgi sahibi değilken, sade vatandaşların kolayca ulaşma imkanına sahip olduğu mesela kripto para kullanan finansal ürünler veya diğer yatırım imkanları, ortalama tüketiciler için büyük risk oluşturmaktadır. Bu riskin büyüklüğünü göz önüne seren olaylardan biri 2018 başlarında sadece Türkiye'de değil, küresel açıdan geniş yankılanmalara sebep olan “Çiftlik Bank” vakasıdır. Çiftlik Bank yazılımı, her ne kadar piyasada tüketiciler tarafından bir oyun olarak algılanmış olsa da teknoloji altyapılı bir finansal

¹²¹ bkz. dn. 160, s. 60.

¹²² Daha fazla bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 2, II, B, 1 (s. 138 vd.).

¹²³ Daha fazla bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 2, II, B, 2 (s. 142 vd.).

¹²⁴ Daha fazla bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 2, II, B, 3 (s. 143 vd.).

yatırım aracı¹²⁵ olmasından dolayı aslında bir FinTek niteliği taşıdığını düşünmekteyiz. Bu tarz bir yatırım platformunun gereken denetleme süreçlerinden geçmeden faaliyetlerine başlaması, platformu kullanan yatırımcıların gerektiği şekilde bilgilendirilmemesi ve yasal boşluklardan ve/ya düzenleyici, denetleyici kuruluşların ihmaliinden dolayı platformun geleneksel yatırım platformlarından beklenen standartlara uymamasından dolayı karşılaşılan sonuç çok da şaşırtıcı değildir diye düşünmekteyiz. Her ne kadar yasa koyucunun ancak teknoloji ve inovasyonun finansal piyasalarda kolayca yayılmasına imkân verecek yasal düzenlemeler yapması gerekse de bu esneklik denetimsizlik anlamına gelmemeli ve tüketicilere ulaşan ve dolayısıyla en ufak risk teşkil eden her türlü FinTek hizmet ve ürünü yasa koyucular ve denetleyici kuruluşlar tarafından sıkıca takip edilmelidir.

IV. FİNTEK EKOSİSTEMİ ve TRENDLERİ

A. FinTek Ekosistemi

1. Genel Olarak FinTek Ekosistemi

FinTek ekosisteminin gelişmesi ile bankacılık hizmetleri, bankalar ve kurumsal finans şirketlerinin kontrolünde olan bir tekel piyasası konumundan çıkmış; tüketicilerin tercihlerine göre şekillenen bir arz ve talep piyasası şeklini almıştır. FinTek'in global anlamda hala üzerinde anlaşılmış akademik veya hukuki bir tanımı olmasa da bu sektörün önemi ve ekonomik gücü tüketiciler ve bankalara ek olarak yasa koyucular ve düzenleyici kuruluşlar tarafından da kabul edilmiştir. FinTek sektörü ve bu sektör aracılığı ile finans piyasalarında kullanılan

¹²⁵ Çiftlik Bank, *gamification* yani oyunlaştırma denilen bir yöntem kullandığı için tüketiciler tarafından basit bir oyun sanılmış olsa da aslında üyelerinin sanal para ile ziraat ve hayvancılık sektöründe yatırım yapmasına imkân sağlayan; bu yatırımlar karşılığında da üyelerine itibari para ödemesi yapan bir yatırım platformu olması dolayısıyla bir FinTek hizmeti olarak kabul edilmelidir. Görüldüğü kadarıyla platformun ufak yatırımlar karşılığında vadettiği büyük geri dönüşlerin orantısızlığı deneyimli yatırımcılar için gayet ayan beyan olsa da ortalama tüketiciler platformun oyunlaştırma sisteminden, kişisel ağ etkisi ile hızlıca yayılmasından ve bilinen medyatik yüzlerin ve hatta politikacıların adlarının şirket ile anılmasından dolayı platforma kolayca güven duymuş ve gerekli ayrımı yapamamışlardır. Platformun Türkiye'de hizmet veriyor olmasına rağmen, Kıbrıs kanunları uyarınca kurulmuş bir şirket üzerinden yürütülmesi de şirket uygulamalarının düzenleyici kuruluşların gözünden kaçma ihtimalini artırmıştır.

teknolojilerin bazıları çoğu yasa koyucu ve politik gruplar tarafından yasal düzenlemeler kapsamına alınmıştır.

FinTek bankalar, yatırım şirketleri, borsalar gibi geleneksel finansal aktörlerinin gündelik operasyonlarını değiştiren ve iyileştiren uygulamalar geliştirmekle kalmamış, ayrıca finansal piyasaya yeni oyuncular kazandırmıştır. Bunların en başında gelen bağımsız şekilde ya da banka destekli olarak kurulan FinTek şirketleri olsa da liste bununla sınırlı değildir. FinTek şirketleri tarafından başlatılan finansal devrim sonrası telekomünikasyon şirketleri ve elektronik ticaret şirketleri ve hatta ilk bakışta finans sektörü ile bağlantısı kurulamayan diğer teknoloji şirketleri de finansal hizmet kervanına katılmıştır.

2. FinTek Ekosistemi Çerçevesinde Faaliyet Gösteren Taraflar

Tüketiciler ve kurumsal müşteriler, ister bankalar ya da FinTekler tarafından, ister banka ve FinTek ortaklıkları aracılığıyla sunulan finansal ve teknolojik hizmetlerin nihai alıcısı oldukları için hem hukuki hem ekonomik açıdan FinTek ekosisteminin tam merkezinde yer almaktadır.

Yine bankacılık sektörünün en baştan beri var olan, en klasik temsilcisi olan bankalar ve ayrıca borsalar, sigorta şirketleri, acenteler, komisyoncular, kredi kooperatifleri ve yatırım şirketleri gibi diğer geleneksel kredi kurumları da halen finans piyasasının ve dolayısıyla FinTek ekosisteminin bir parçasıdır. FinTek akımı sonrasında bu gruba FinTek (ve ayrıca *BigTech*, *TechFin*¹²⁶) şirketleri, FinTek şirket kurulumu ile uğraşan birçok FinTek Merkezi (*FinTech Hub*) ve piyasaya FinTek hizmetleri sunan telekomünikasyon şirketleri (Telco) eklenmiştir¹²⁷. Özellikle bankacılık hizmetlerinin gelişmediği ancak mobil

¹²⁶ bkz. dn.68, s. 24..

¹²⁷ Telcolar, cep telefonları üzerinden kaydedilen elektronik paraları, yani mobil paraları kullanarak bankacılık işlemlerini gerçekleştirmektedirler. İşbu *mobil para teknolojisi* geleneksel şekilde, fiziksel şubelerden faaliyetlerini yürüten bankaların (*brick and mortar bank*) ulaşamadığı yerlere ve kişilere sigorta, kredi ve birikim dahil bankacılık ve ödeme imkanları sağlamaktadır. Banka hesabı olmayan bireyler, ödemelerini mobil operatörler üzerinden gerçekleştirmekte; daha sonra bu ödemeler faturalardan mahsup edilmektedir. Bu tarz faaliyetler ile uğraşan FinTek şirketlerinin en bilinen ve en başarılı örneği şüphesiz ki Kenya menşeli Vodafone m-pesa Limited'dir. m-Pesa, banka hesabı olmayan binlerce Kenyalı bireyin, bölgedeki yaygın telekomünikasyon altyapısını kullanarak kısa mesaj aracılığıyla birbirine para yollayabilmesini mümkün kılmıştır

operatörlerin yaygın şekilde kullanıldığı Afrika Kıtasında FinTek gelişmeleri telekomünikasyon şirketleri tarafından yönlendirilmiştir¹²⁸.

Denetleyici ve düzenleyici kurumlar, bankacılık sektörünün olduğu kadar, FinTek ekosisteminin de tarafıdır. Piyasadaki FinTek uygulamalar ile pozitif düzenlemelerin arası açıldıkça, boşluklar düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır. ABD Vadeli Emtia Komisyonu'nun bitcoin konulu kararları¹²⁹ veya New York Eyaleti Finansal Hizmetler Dairesi'nin Temmuz 2018 tarihli, kredi alanında hizmet veren FinTekler ile ilgili raporu¹³⁰; denetleyici ve düzenleyici kurumların piyasadaki FinTek uygulamalarını yakinen takip ettiklerinin ve gerekli gördükleri yerlerde müdehalede bulunarak, yasal boşlukları kapatmaya çalıştıklarının bariz bir göstergesidir¹³¹

Finansal inovasyonu teşvik etme insiyatifi olan hükümetlerin, yürütme kademesinde FinTek sektörü için ayrı bölümler yaratmak ya da yürütme ile piyasalar arasında aracı görevi gören kurum ve kuruluşlar kurmak suretiyle sektörü takip etme yolunu seçtiği görülmektedir. Avusturalya'da oluşturulan FinTek Bakanlığı¹³², Alman Ekonomi Bakanlığı BMF bünyesinde kurulan FinTek Konseyi¹³³ (*FinTech Council*, *FinTechrat*) gibi örnekler, yürütme organlarının da FinTek ekosisteminin bir parçası haline geldiğinin bir belirtisidir. Yine, dönemin İngiltere Başbakanı Theresa May'in Afrika ülkeleriyle ekonomik ilişkileri

¹²⁸ Douglas W. Arner, Janos Nathan Barberis, Ross P. Buckley, "FinTech and RegTech in a Nutshell, and the Future in a Sandbox (July 1, 2017)", **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2017/040**, 2017, Hong Kong, s. 8.

¹²⁹ Bkz. dn. 19, s. 11.

¹³⁰ Bu rapor ile bahsi geçen daire, New York eyaletinde kredi veren FinTek şirketleri dahil, tüm finansal kuruluşların faaliyetlerini irdemiş; rapor sonunda bazı çevirim içi kredi yani FinTek şirketlerinin tüketiciye sundukları kredilerin bankalarla ortaklık kurmak suretiyle yasal faiz sınırlarına riayet etmemesinden dolayı, FinTek ve banka işbirliklerinde faiz oranlarında söz sahibi olan ana kredi kurumunun bankalar değil, FinTek şirketleri olduğundan bahisle bu şekilde çalışan platformların faiz oranlarına üst sınır uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Rapor metni: <http://src.bna.com/Ag6> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

¹³¹ Bu yöntemin piyasadaki tüm paydaş grupları tarafından pozitif olarak algılandığı söylenemeyecektir.

¹³² İlgili haber: <https://www.innovationaus.com/2019/05/Meet-Australias-new-FinTech-minister> (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

Senatör Jan Hume'nin görev alanı ile ilgili daha fazla bilgi için bkz: https://www.aph.gov.au/Senators_and_Members/Parliamentarian?MPID=266499 (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

¹³³ *FinTech Council* ve *FinTechRat* isimleriyle bilinen konsey ilk toplantısının 22 Mart 2017'de gerçekleştirmiştir. Konseyle ilgili daha fazla bilgi için bkz: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/03/2017-03-22-pm-fintech.html> (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

sağlamlaştırmak için planladığı 2018 gezi heyetine bir de FinTek şirketini eklemesi¹³⁴, FinTek'e dair gelişmelerin, yürütme kademesi için önemine delalettir.

FinTek şirketlerinin iş konseptleri çoğunlukla bankacılık mevzuatı açısından, yasal olarak kesin çerçevelerle belirlenmemiş, gri alanlarda ilerlemektedir. 2008 yılı öncesi dönemde hazırlanmış bankacılık ve finans mevzuatları teknolojinin finansal sektördeki etkisini göz önünde bulundurmadığından, FinTek akımı sonrası çoğu bankacılık mevzuatı geride kalmış ve güncellenmeleri gerekmiştir. Geleneksel finans piyasalarının önemli bir tarafı olan yasa koyucuların çoğunlukla teknolojiyi takip edecek teknik bilgi ve kapasitesinin olmaması, bazı yasa koyucuları ortaya doğrudan FinTek gelişmelerini takip eden, kamu hizmeti gören, yeni tüzel kişilikler çıkarmaya yöneltmiştir. Bu tüzel kişiliklerin bazıları FinTek şirketlerin lisans taleplerine karar vermekte; bazıları da sadece sektörel gelişmeleri takip etmekte, yerel veya uluslararası boyuttaki FinTek şirketlerle irtibata geçerek yasa koyucu için bilgi toplamaktadır. Mesela Fransız Merkez Bankası ACPR'nin bu görevleri yürüten bir FinTek ve İnovasyon Ünitesi¹³⁵ bulunmaktadır. Avusturalya'da ASIC¹³⁶ ve Alman hükümeti¹³⁷ tarafından faaliyete geçirilmiş FinTek inovasyon merkezleri, ilgili bölgelerde teknik ve yasal finansal inovasyon çalışmaları yürütmektedir. Abu Dabi'de 2016 yılında açılan *FinTek RegLab*¹³⁸ yani Yasal FinTek Laboratuvarı ise, Orta Doğu ve Afrika'da hizmet veren FinTek şirketlere kontrollü şekilde yeni teknolojileri geliştirme ve test etme imkânı tanımaktadır.

Piyasa oyuncularının inisiyatifi ile kurulmuş ve bazen genel bazen de uzmanlık gerektiren alanlarda yasal ve teknik çalışmalar yürüten dernek ve teşekküller de tavsiye niteliği taşıyan piyasa kuralları¹³⁹ ve lobicilik

¹³⁴ http://www.fstech.co.uk/fst/UK_FinTech_Africa_Delegation_Theresa_May.php (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

¹³⁵ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ("ACPR"), Le pôle FinTech et Innovation.

¹³⁶ <https://asic.gov.au/for-business/innovation-hub/> (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

¹³⁷ <https://frankfurt-main-finance.com/en/german-government-appoints-financial-centre-frankfurt-digital-hub-for-fintech/> (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

¹³⁸ İlgili duyuru için bkz. <https://www.adgm.com/media/125942/adgm-fintech-reglab-brochure.pdf> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

¹³⁹ *The Association of Indonesian Financial Technology (Aftech)* tarafından Ağustos 2018'de hazırlanan ve 43 piyasa oyuncusu tarafından imzalanan P2P kredi davranış ve protokol kuralları (*code of conduct*), piyasanın yeni katılımcıları için yol gösterici niteliği haizdir. <http://ehoganlovells.com/cv/8f991a451a9cfde9356ec98d7924c53bb88be386> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

çalışmaları ile kanunlaştırma çalışmalarına destek olmakta, piyasa oyuncularına örgütlenme imkânı tanımaktadırlar. Bu uygulamalara en çok (faaliyetlerin doğasından dolayı) kripto para ve blokzincir uygulama alanlarında rastlansa da farklı faaliyet alanlarında uzmanlaşan çokça FinTek dernek ve kuruluşu, halihazırda aktif şekilde çalışmalarına devam etmektedir. ABD’de kripto işlemler piyasasında faaliyet gösteren Winkelvoss kardeşler, sanal para birimlerine dair yasal çerçevenin, *Virtual Commodity Association* isimli bağımsız bir kuruluş tarafından, münhasır olarak düzenlenmesi gerektiğine (*Self-Regulatory Organisation*) dair bir teklif vermiştir ve kuruluş her ne kadar özerk statüye ulaşmasa da çalışmalara başlamıştır¹⁴⁰. Benzer bir yaklaşım, halihazırda Blokzincir Hukuk Cemiyeti kurarak, yasa koyucuların tartışmalarına ek olarak, yeni teknoloji altyapıları için uygulanacak hukuki çerçeve çalışmaları yapan Güney Kore’de denetlenmektedir¹⁴¹.

Buna ek olarak, ABD’de¹⁴² ve Avrupa Birliği’nde topluluk ve üye ülke bazında FinTek lobiciliği ile uğraşan çeşitli kurumlar¹⁴³ da hem FinTek sektörünün gelişmesine hem ekosistemdeki tarafların birbirinden haberdar

¹⁴⁰ <https://www.coindesk.com/gemini-partners-with-3-crypto-exchanges-in-push-for-self-regulatory-org> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

¹⁴¹ İlgili haber için bkz: <https://www.ccn.com/new-blockchain-law-society-will-examine-legal-frameworks-in-south-korea/> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

¹⁴² Mesela ABD’de CFTC kapsamında faaliyet gösteren LabCFTC’nin doğrudan kanun koyucu yetkileri bulunmasa da kanun koyucuları finansal teknoloji hususlarında yönlendirmek ve tavsiyeler vermek suretiyle, gelişme katkıda bulunmaktadır. Bu kurumun çalışmalarına dayanarak, Kongre’de, CFTC’deki finansal teknoloji ArGe çalışmalarının modernize edilmesini amaçlayan H.R.6121 sayılı kanun tasarısı görüşülmeye başlanmıştır.

¹⁴³ Alman Bankalar Birliği Bankenverband’ın 2018 itibarıyla faaliyete geçirdiği FinTek ünitesinde, bankalar ve FinTek şirketleri tarafından beraberce hazırlanan ve bankalarda dış kaynak kullanımı, müşteri tanımlama, kişisel verilerin kullanımı ve korunması ve sair konularda öneriler sunan çeşitli görüş dokümanları bulunmaktadır. Avrupa Komisyonu’nun 2018 tarihli FinTek Aksiyon Planı (European Commission, Communication From The Commission, **FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector**, 08.03.2018, Brüksel) uyarınca kurulan ve 20 Temmuz 2018’de ilk toplantısının gerçekleştiren AB FinTek Laboratuvarı (*EU FinTech Lab*) da yasal ve denetime yönelik çalışmalar yaparak, yasa koyucunun teknik bilgisini ve bağlantılı olarak da konuya ilişkin hukuki anlayışını zenginleştirmeyi amaçlamaktadır. İngiltere’de teknoloji ve inovasyon konularında uzmanlaşan fon *Nesta* ise özellikle alternatif finansman konusunda çalışmalar yapmaktadır. Bunun gibi topluluk bazında FinTek lobicilik faaliyetinde bulunan kurumlar arasında Avrupa Bankalar Birliği ve Avrupa Ödeme Komisyonu’nun alt kolları gösterilebilir. Yine Avrupa Komisyonu bünyesinde kurulmuş, "*Regulatory Obstacles to Financial Innovation Expert Group*", "*Horizon 2020 Advisory Group 'Access to Risk Finance' Expert Group*" ve "*European Crowdfunding Stakeholders Forum*" benzeri uzman grupları, Avrupa çapında özel ve kamu sektöründeki uzmanları bir çatı altında toplayarak, finansal teknoloji alanında önemli çalışmalar yapmakta ve topluluk hukuku açısından önemli gelişmelere katkıda bulunmaktadır.

olmasına; bu sayede de lobiciler tarafından üzerinde çalışılan kanun önerilerinin her tarafın menfaatini içerecek şekilde hazırlanabilmesine imkân tanımaktadır.

Doğrudan bir ekosistem tarafı olmasa da finansal teknolojiye uygulanacak hukuk kuralları kesin sınırlarla belirlenene kadar, yargı kademesinin de kaynaklar kapasitesinde ekosistem tarafı olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz kanaatindeyiz. Özellikle ABD gibi çok katmanlı hukuki yapıya¹⁴⁴ sahip iç hukuk sistemlerinde, finansal teknoloji ürünleri ve bu ürünlere uygulanacak hukuki rejim tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kanunlaştırılana kadar, içtihatlar ihtilaflar için yol gösterici vasfı taşıyacaktır¹⁴⁵.

FinTek ekosisteminin en önemli taraflarından biri de doğrudan hizmet sektörünün içinde olmasa da bu sektörü etkileyecek derecede güce sahip olan bireysel yatırımcılar ile FinTek sermaye ve yatırım şirketleridir¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Çok katmanlı hukuki yapıdan kasıt, özellikle banka ve finans hukuku açısından aynı faaliyeti düzenleyen birden fazla federal ve federe kurum olmasından dolayı, denetleyici kurumların görev ve yetki sınırlarının kesin sınırlarıyla belirlenememesi ve bu sebeple ihtilaflı konularda FinTek girişimlerin yetkili makamı bulmasının zorlaşmasıdır. ABD’de bankacılık faaliyetlerinde bulunmak isteyen bir işletmenin Hazine (*Treasury*) bünyesinde görev yapan *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) nezdinde lisans başvurusu yapması (ulusal lisanslı bankalar ya da *national chartered banks*), ya da tek tek her eyaletin kendi devlet bankasında (*state bank*) başvuru yaparak eyalet lisansı (*state chartered bank*) iktisap etmesi gerekmektedir. Pratikte eyalet bankaları ile ulusal bankaların yetkileri arasında bir fark bulunmamaktadır. OCC ve eyalet devlet bankalarına ek olarak farklı konularda bankaları denetleme yetkisi bulunan merkez bankası (*Federal Reserve*), FinCen ve SEC de eklendiğinde, girişimlerin hizmetlerini sunarken tüm denetleyici kuruluşları göz önüne alan bir yapı kurmaları zorlaşmaktadır. ABD bankacılık hukuku kapsamında daha fazla bilgi için bkz. Stefano Cappiello, "Supervision and Class Action Against Conflicts of Interest in 'Universal Banking': US Experience vis-a-vis Recent Italian Initiatives", **NYU Global Law Working Paper No. 03/2007**, 2006, New York, s. 5 vd. ve Anthony Saunders, "Regulatory Experience in the US and It's Lessons for European Banking Union", 2013, New York, s. 2 vd. <https://ssrn.com/abstract=2353545> (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

¹⁴⁵ Nitekim son zamanlardaki gelişmelere bakıldığında, düzenleyici kurumlar konuyla ilgili çalışmalarını sürdürürken, ABD federal yargı kademesinin bitcoin konulu kararları ile kripto paralarla ilgili tartışmalara yön verdiği görülmektedir. Örnek kararlar için bkz. bitcoinin para birimi ve yasal ödeme aracı olmadığına dair kararlar (*SEC v. Trendon Shavers* ve *State of Florida v. Espinoza*), bitcoinin para birimi olduğuna dair kararlar (*US v. Faiella* ve *US v. Ross William Ulbricht*); ödeme lisansı almadan kripto para transferi faaliyetleri ile uğraşan sanığın mahkumiyetine dair karar (*US v. Jacob Burrell Campos*); bitcoinin kefalet ödemeleri için kullanılabilmesi ve bu sebeple ödeme aracı olduğuna dair karar (*US v. Marsich*).

¹⁴⁶ Teknoloji ve veri altyapısına dayanan FinTek şirketleri kurmak, şirketin start-up şeklinde kurulup kurulmadığına bağlı olmaksızın çok masraflı olduğu için, şirket kurulumu için gerekli finansmana ait söz hakkına sahip olan sermaye şirketleri veya bireysel yatırımcılar FinTek şirketleri ve bu şirketlerin hizmet ve iş modellerini, şirket daha piyasaya girmeden önce mercek altına almakta; bu açıdan bir nevi ön filtreleme görevi görmektedirler. Burada bahsi geçen yatırım şirketleri, SPK’nın Madde 3/v’de tanımlanan yatırım kuruluşlarının (aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankalar) risk (girişim) sermayesi yatırımında uzmanlaşmış bir

Başkaca, halen gelişmekte olan finansal teknoloji sektörüne ArGe açısından destek veren üniversiteler¹⁴⁷ ve akademisyenler de sektörün gelişmesine katkı sağlamakta ve bu sebeple ekosistemin oyuncuları arasında yer almaktadırlar, diye düşünmekteyiz.

FinTek faaliyetleri pozitif düzenlemelere konu oldukça, FinTek faaliyetleri ile ilgili şikayetleri kabul eden ve faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgilenen, uzmanlaşmış tüketici hakem heyetlerinin¹⁴⁸ de yaygınlaşacağı kanaatindeyiz. Nitekim Hindistan¹⁴⁹, İngiltere¹⁵⁰ gibi ülkelerde halihazırda bu tarz uygulamalara rastlanmaktadır¹⁵¹. Şu hâlde bahsi geçen hakem heyetlerinin de FinTek ekosisteminde faaliyet gösteren taraflar arasında sayılması gerekecektir.

türü olan ve SPKn Madde 48’de tanımlanan girişim sermayesi yatırım ortaklıklarıdır (GSYO). Girişim sermayesi yatırımlarında diğer uygulamalar ile birlikte özellikle; yeni ve hızlı büyüme potansiyeli olan şirketlerden pay senedi alınarak, yeni ürün ve hizmet geliştirmelerine yardımcı olunarak ve aktif şekilde şirket yönetimine katılım yoluyla yatırım yapılmaktadır (Salih Tayfun İnce, **Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 10). Bu tür yatırım şirketleri piyasada *Venture Capital Firm* (risk sermayesi şirketi) olarak anılmaktadır. Bunun dışında bireysel fonları ile girişim sermayesine yatırım yapan melek yatırımcıları (*angel investors*) da FinTek ekosistemine etkileri açısından bu gruba dahil etmek gerekmektedir. Gerek melek yatırımcılar gerek de risk sermayesi şirketleri, girişimlere yatırım yaparak piyasaya girişimlerle ilgili olumlu sinyal vermekte ve girişimlerin fon ihtiyacını karşılayarak, piyasa ömürlerini uzatmaktadırlar. Aynı mantıkla yatırımcılardan destek alamayan girişimler ise bir nevi iş modellerini tasdik ettirememiş konumuna düşmektedir.

¹⁴⁷ Son yıllarda üniversiteler tarafından finansal teknoloji odaklı lisans (The University of Hong Kong, Bachelor of Arts and Sciences in Financial Technology; Frankfurt School of Finance&Management, BA in Digital Innovation and FinTech vs), yüksek lisans (Imperial College Business School, MSc Financial Technology; University of Edinburgh, Masters in Finance, Technology, Policy; Università di Bologna, Master in Finance and FinTech vs) ve sertifika (Oxford FinTech Programme; Harvard Business School Leveraging Fintech Innovation to Grow and Compete; Duke FinTech Law and Policy vs) programlarının takdim edilmesi, adeta akademik camianın konuyu ne kadar ciddiye aldığına göstergesidir.

¹⁴⁸ Tüketici hakem heyetleri, tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan ve 6502 sayılı Tüketici’nin Korunması Hakkında Kanun’un 68. vd. maddelerindeki koşulları sağlayan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla görevli heyetlerdir

¹⁴⁹ Hindistan’daki dijital ödemeler ombudsmanı ile ilgili haber için bkz. <https://economictimes.indiatimes.com/small-biz/policy-trends/ombudsman-for-digital-payments-is-now-live/articleshow/67783254.cms> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2019)

¹⁵⁰ İngiltere’deki finansal hizmetler ombudsmanı, FinTek şirketlerinin faaliyetlerine ilişkin şikayetlerle de ilgilenmektedir.

¹⁵¹ Bazı hukuk sistemlerinde özel hukuk uyuşmazlıkları ile ilgilenen tüketici hakem heyetlerini ifade etmek için *ombudsman* teriminin kullanıldığı görülmektedir. Türk hukukunda ise ombudsman terimi sadece kamu hukuku uyarınca faaliyet gösteren ve idari işlemleri denetleyen bir müesseseyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Türk hukuku’nda ombudsman yani kamu baş denetçiliği kurumu yetkilerini Anayasa’nın 74. Maddesinden almaktayken yabancı hukuk sistemlerinde ombudsmanların özel hukuk kanunlarıncı da kurulmakta olduğu görülmektedir. İngiltere Finansal Yürütme Kurumu FCA’nın ombudsman uygulamaları için bkz: <https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps19-8-increasing-award-limit-financial-ombudsman-service> (Son Erişim Tarihi: 09.05.2019)

3. FinTek Alanında Kullanılan Teknolojiler ve FinTek Alt Kolları

a. FinTek ile Şekillenen Geleneksel Bireysel Bankacılık Alt Kolları

FinTek akımı ile *Mevduat ve Birikim Bankacılığı, Ödemeler, Bireysel Yatırım, Kredi ve Borçlanma Ürünleri, Sigortalar* gibi geleneksel bireysel bankacılık altkollarına ek olarak *İslami Bankacılık* gibi daha sınırlı bir kitleye hitap eden bankacılık uygulamaları yenilenmiş ve dijitalleşmiş ve ayrıca bu geleneksel altkollara bağlı yeni iş kolları, yeni ürün ve hizmetler ortaya çıkmıştır.

FinTek ve bankacılıkta dijitalleşme akımından kurumsal bankacılık da nasibini almıştır. Ayrıca, FinTek ile bankacılıkta meydana gelen değişim Müşteri Tanıma Sistemleri, Uzaktan Hesap Yönetimi, Bankacılık Yazılımları (*Core Banking System*) gibi temel bankacılık sistemlerine yapılan altyapısal değişiklikleri de kapsamaktadır.

b. FinTek Kaynaklı Yeni Bankacılık Disiplinleri ve Bankacılıkta Kullanılan Teknolojiler

Robotik bankacılık¹⁵², kripto paralar gibi yeni nesil bankacılık disiplinleri ve sistemleri, 2008 krizi sonrası bankacılık ve finans sektöründe denenmeye başlayan yüksek teknolojik altyapılar dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Bu uygulamaların çoğu klasik bankacılık uygulamalarının teknoloji ışığında yeniden yorumlanmasının bir sonucu olarak gelişen dijital ve modern bankacılık ürün ve hizmetleri olsa da bazı uygulamaların ileride, başlı başına yeni bankacılık disiplinleri oluşturması beklenmektedir. Halihazırda kullanılan teknolojiler ve meydana çıkan FinTek ürün ve hizmetleri arasında keskin bir ayrım bulunduğu söylenemez; uygulamaların üzerinde anlaşılmış yasal ve

¹⁵² Kısaca bireysel yatırımların dijitalleştirilmesi olarak da açıklanabilecek finansal piyasalardaki otomasyon faaliyetleri, robotik bankacılık kapsamındadır ve robotik bankacılık disiplini sadece robo danışmanlık faaliyetleri sınırlı değildir.

akademik tanımları bulunmamaktadır. Bazı ürün ve hizmetler içinse birden fazla sistem ve altyapı birlikte kullanılması ve teknolojik sistemlerin mevcut ürünlere harmanlanması dolayısıyla ürün ve hizmetlere uygulanacak kuralların kesin sınırlarla belirlenmesi mümkün olmamaktadır. Mesela robotik bankacılık uygulamalarında yapay zekâ, özdevimli öğrenme, derin öğrenme sistemleri birbirine geçmiş şekilde kullanılıyor olabilir. Ya da bir İslami FinTek platformu, kripto paralara yatırım yapma imkânı sunuyor olabilir. Bu tarz karmaşık bankacılık ve finans uygulamalarında şüphesiz ki en önemli husus, faaliyet esnasında ve ihtilaf halinde hangi hukuki kuralların uygulanacağıdır. Mevcut bankacılık hukuku kuralları, çoğu iç hukuk sistemi açısından, teknolojik gelişmelerin hızına nazaran geride kalmaktadır. Özellikle tüketicinin korunması açısından bariz bir şekilde ortada olan ve FinTek uygulamaları ile günden güne büyüyen bu hukuki boşluk giderilene kadar mevcut mevzuatların sistematik şekilde yorumlanması elzemdir. Şu hâlde, ilgili disipline dair spesifik hukuk kuralları yaratılana kadar, durum olay bazında incelenerek, sistemde mevzu bahis ürün ve hizmete en yakın hukuki normların uygulanması uygun olacaktır.

Bahsi geçen yeni nesil dijital bankacılık uygulamaları arasında karşılaştırma platformları¹⁵³; Eşitler Arası Fonlama (*P2P Investing*)¹⁵⁴, Kitle Fonlama (*Crowdfunding*)¹⁵⁵ gibi yeni nesil yatırım ürünlerine ek olarak kripto

¹⁵³ Dijital bankacılık alanındaki ilk atılımlar olan karşılaştırma platformları belirli finans ürünlerini bir çatı altında (platform) toplamak suretiyle tüketicilere piyasa hakkında kuşbakışı görüş sağlamaktadırlar. Bu iş modelinin örnekleri arasında İngiltere menşeli *moneysupermarket.com*; Almanya menşeli *Check24*, *Finanzcheck* ve *Verivox*; İsviçre menşeli *moneyland.ch* ve *bonus.ch*; Amerikan *Nerdwallet*, Türk hesapkurdu.com ve kredya.com bulunmaktadır.

¹⁵⁴ Eşitler arası finansmanın (*P2P Financing*) bir türü olan *P2P Investing* uygulamasında, tüketiciler eşitler arası finansman sağlayan FinTek platformlar aracılığıyla, ihtiyaç sahibi diğer tüketicilere veya şirketlere aracısız borç finansmanı sağlamakta; ihtiyaç sahibi tüketiciler veya tüzel kişiler ise bir nevi aracısız kredi başvurusunda bulunmaktadır.

¹⁵⁵ Alternatif finansman sektöründe çığır açan ve kitle fonlama, kitle borçlanma ve kitle yatırım platformlarından oluşan kitle finansmanında ise, birbirleri ile ilişkisi olmayan tüketiciler FinTek şirketleri tarafından bir araya getirilerek, tasarruflar yatırım portföyü oluşturacak havuzlarda toplamakta ve bu yatırımların şirketlere sermaye sağlamasına aracı olunmaktadır. Bu şekilde, tek başına çok bir maddi değer ifade etmeyen tasarruflar birleşerek, özellikle küçük ve orta ölçekli şirketlerin sermaye ihtiyaçlarını karşılayacak portföyler haline dönüştürülmekte ve FinTek şirketleri tarafından bir nevi, kitle tedarik yapısı oluşturulmaktadır.

paralar¹⁵⁶; sosyal ticaret¹⁵⁷ (*social trading*) gibi müesseseler sayılabilir. Bu kapsamda FinTek şirketler ve bankaların bulut bilişim¹⁵⁸ ve büyük veri¹⁵⁹ (*big data*); robo danışmanlık¹⁶⁰; robotik bankacılık¹⁶¹; yapay zekâ¹⁶²; blokzincir¹⁶³

¹⁵⁶ Kripto paralar, merkezi finansal kurumlar tarafından tutulan finansal kayıtlar üzerinden hareket eden sistemlerin aksine, herhangi bir merkezi sistem ile bağlantısı olmaksızın sistem kullanıcıları tarafından yönetilen node yani düğümler üzerinden, üzerinden eşitler arası veri transferi ve doğrulaması yaparak kayıt tutulan blockchain yani blokzincir alt yapısı üzerinden işlemektedirler. Bu tarz merkezi olmayan kayıt tutma yöntemine *Distributed Ledger Technology* (DLT) denmektedir çünkü sistem üzerinden gerçekleşen işlemlerin her biri, sistem kullanıcıları tarafından doğrulanmaktadır.

¹⁵⁷ Basit anlatımla, bir yatırım ağı olan sosyal ticaret platformları, üyelerin birbirlerini takip ederek yatırımlarını birbirleri ile paylaşmaları, bu sayede ciddi yatırım sektörünü biraz daha çağa uygun ve eğlenceli hale getirmeyi ve ayrıca, üyelerin birbirleri ile etkileşime girerek birbirlerinden yatırım zanaatının inceliklerini öğrenmesini amaçlayan bir disiplindir. Sosyal ticaret platformlarında yatırımcılar yatırımları değil, takip edip kopyalayacakları yatırımcıları seçmektedirler.

¹⁵⁸ Bulut bilişim, internet tabanlı olarak, mevcut yazılım ve donanımlara uzaktan erişim sağlayan bir sistemdir.

¹⁵⁹ Verilerin sistematik olarak toplanarak işlenmesi teknolojinin gelişmesi ile ateşlenen dijital çağa özel bir durum değildir. Ancak dijital çağ ile, toplanabilen ve işlenebilen veri sayısı artmış, kâğıt esaslı ve manuel yöntemleri ortadan kaldıran; karmaşık verileri bir çırpıda işleyen, analiz eden ve kullanıma hazır hale getiren teknolojik alt yapılar keşfedilmiştir. İşte *big data* yani *büyük veri* kavramı da bütün bu verilerin toplanması ve işlenerek, farklı alanlarda kullanabilmesini ifade etmektedir.

¹⁶⁰ Robotik bankacılığın en bilinen alt kollarından biri olan *robo advisory* yani *robo danışmanlık* ile, geleneksel olarak bireysel ve özel bankacılık portföy yöneticileri tarafından gerçekleştirilen finansal planlama, yatırım ve yatırım danışmanlık hizmetleri bireysel yatırım danışmanlarının tekelden çıkarmakta ve algoritmalar tarafından yürütülmektedir. EBA, EIOPA ve ESMA'dan oluşan *Joint Committee of the European Supervisory Authorities* (ESA) tarafından, *finansal danışmanlıkta otomasyon* olarak adlandırılan bu süreç, tüketicilere finansal danışmanlığın bilgisayar temelli algoritmalar ve/ya karar şemaları tarafından çok az insan müdahaleli veya tamamen insan müdahalesinden uzak şekilde yerine getirilmesi, olarak tanımlanmaktadır (Joint Committee of the European Supervisory Authorities, **Discussion Paper on Automation in Financial Advice**, JC 2015 080, 04.12.2015, s. 4). En bilinen robo danışmanlık şirketleri arasında piyasaya öncüsü *Betterment*, *Schwab Intelligent Portfolios*, *IG*, *Money Farm*, *Netwealth*, *Nutmeg*, *Novofina*, *Vanguard*, *SigFig*, *Personal Capital*, *Scalable Capital*, *Bambu*, *Wealthify* ve *Wealthfront* gibi örnekler yer almaktadır. Robo danışmanlık hizmeti sunan bankalar arasında en göze çarpanları ise HSBC, BBVA, Bank of America, Deutsche Bank, M.M. Warburg, JP Morgan Royal Bank of Scotland sayılabilir.

¹⁶¹ Robotik bankacılık kısaca bankacılık ve finans hizmet sistemleri çerçevesinde önceden belirlenmiş kurallar üzerinden çevrimiçi hizmet veren bir yazılım olarak açıklanabilir. Robotik bankacılık, bankacılık hizmetlerinin insan müdahalesinden arı, tamamen dijital, otomatik ve daha erişilebilir hale getirmektedir. Robo danışmanlara ek olarak, yine banka şubelerinde doğrudan müşteri hizmeti gören ve hem fiziksel hem zihinsel faaliyet gösteren robotlar da robotik bankacılık kapsamında değerlendirilmelidir.

¹⁶² Yapay zekâ insanların sinir sistemlerini ve bedenlerini algılama, öğrenme, akıl yürütme ve eyleme geçirme yöntemlerinden ilham alan bir bilim ve bir dizi hesaplama teknolojisi olarak tanımlanmaktadır (Stanford Üniversitesi, One Hundred Year Study on Artificial Intelligence, "Artificial Intelligence and Life in 2030", **Report of The 2015 Study Panel**, 2016, s. 4). Bankacılıkta yapay zekadan bahsedince akla ilk robo-danışmanlar, finansal algoritmalar ve yazılımlar gelse de yapay zekanın bankacılıkta siber güvenlikten biyometrik müşteri tanıma sistemlerine, müşteri hizmetleri ve dijital asistanlardan yatırım danışmanlarına ve borsacılar, birçok farklı alanda uygulaması bulunmaktadır. Wells Fargo, Swedbank, Citibank, Nordnet gibi birçok banka, müşteri hizmeti servisini, yapay zekâ destekli asistanlara teslim etmiştir.

¹⁶³ Kripto paralar, merkezi finansal kurumlar tarafından tutulan finansal kayıtlar üzerinden hareket eden sistemlerin aksine, herhangi bir merkezi sistem ile bağlantısı olmaksızın sistem kullanıcıları

(*dağıtık defter-i kebir*); sanal gerçeklik¹⁶⁴ gibi sistemler kullandıkları gözlenmektedir. Teknolojinin gelişmesine paralel olarak dijital bankacılık uygulamalarına dair örneklerin kapsamı da genişlemektedir.

B. Uygulamada FinTek Piyasası ve Trendleri

1. Rakamlarla FinTek

FinTek akımının piyasa açısından önemini ifade etmek için göz önüne alınabilecek en büyük değerlerden biri, sektöre yapılan mali yatırımların tutarı ve bu yatırımların yıllar içindeki değişimi olacaktır. FinTek şirketlerine yapılan toplam yatırım miktarı 2018 yılı ilk yarısı itibariyle 57.9 Milyar Dolara¹⁶⁵ ulaşmıştır. FinTek yatırımlarının atağa kalkmaya başladığı dönem yani 2014 yılı için toplamda 19.9 Milyar Dolar olan bu rakam, 2017 yılı içinse 39.4 Milyar Dolar olarak hesaplanmıştır.¹⁶⁶ Şu hâlde rakamlara bakarak FinTek şirketlerinin yatırımsal öneminin gün be gün arttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Günün sonunda piyasanın nabzını yatırım şirketlerinin finansman kararları tutmaktadır.

FinTek açısından önemli başka bir rakamsal ayrıntı yasama ve denetleme kurumlarının FinTek için ayırdıkları bütçelerdir. 2018 itibariyle çeşitli

tarafından yönetilen *node* yani *düğüm*ler üzerinden, üzerinden eşitler arası veri transferi ve doğrulaması yaparak kayıt tutulan *blokchain* (*blozincir* ya da *dağıtık defter-i kebir*) alt yapısı üzerinden işlemektedirler. Bu tarz merkezi olmayan kayıt tutma yöntemine *Distributed Ledger Technology* (DLT) denmektedir çünkü sistem üzerinden gerçekleşen işlemlerin her biri, sistem kullanıcıları tarafından doğrulanmaktadır.

¹⁶⁴ Sanal gerçeklik ile kullanıcı için tamamen bir simülasyon ortamı oluşturulmaktadır. Daha çok eğlence, eğitim ve sağlık sektörlerinde tercih edilen sanal ve artırılmış gerçeklik altyapıları, finansal inovasyonu takiben, yeni müşteri deneyimleri yaratabilmek adına, finansal piyasalarda da kullanılmaya edilmeye başlanmıştır. Bu entegrasyon, çeşitli bankalar tarafından değişik lokasyonlarda kurulu sanal ve artırılmış gerçeklik istasyonları aracılığıyla tüketicilere verilmeye çalışan farklı bankacılık deneyimlerine ek olarak; sanal gerçeklik ile çalışan mobil bankacılık uygulamaları (BNP Paribas), artırılmış gerçeklik ile yakındaki ATMleri gösteren mobil bankacılık uygulamaları (CaixaBank, National Bank of Oman), sanal müşteri temsilcileri, banka içi sanal teknik destek (Credit Suisse), banka çalışanları için sanal çalışma terminali (CitiBank), sanal banka memurları (Wells Fargo) ve sanal yatırım yönetimi (Comarch) gibi ilginç uygulamaları mümkün kılmıştır.

¹⁶⁵ Bu miktar 2018 yılı ilk yarısında akdedilen 875 sözleşme üzerinden hesaplanmıştır (KPMG, **The Pulse of Fintech 2018**, Biannual global analysis of investment in fintech, 31.07.2018).

¹⁶⁶ <http://fintech.global/2018-is-already-a-record-year-for-global-fintech-investment/> (Son Erişim Tarihi: 11.09.2019)

kurumlar tarafından FinTek harcamaları için kenara ayrıldığı kamuya ilan edilen bütçe miktarları, FinTek akımının sadece piyasaya dair gelip geçici bir akım olmadığını ve değişimin başlangıcı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu kapsamda Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Kurumu ESMA, 2019'da kurum kapsamında yapılacak FinTek ve kripto para araştırmaları için 1,107,360 Euro tutarında bir bütçe ayırdığını kamuya açıklamıştır¹⁶⁷. Başkaca, Avrupa Komisyonu da İspanyol KOBİ'lerin finansa erişimini destekleyecek blokzincir projeleri için 360 Milyon Euro tutarında bir bütçe ayırdığını kamuya duyurmuştur¹⁶⁸. Avusturalya'daki FinTek organizasyonu *FinTech Australia Inc.* için 2018 ve sonrasındaki dört yılı kapsamak üzere FinTek, blokzincir ve yapay zeka araştırmaları ve ayrıca halkla ilişkiler çalışmaları için ayrılan toplam bütçe ise 76 milyar dolar civarındadır¹⁶⁹.

2. RegTek ve LegalTek

Çalışmanın önceki bölümlerinde bahsedildiği üzere, 2000'li yılların başlarında FinTek terimi finansal piyasaları değiştiren tüm teknoloji hizmetlerini kapsayacak şekilde kullanılsa da zamanla bu kavram daralmıştır. FinTek ile bazı benzer alanlar arasındaki sınırı belirleyen yasalar veya piyasa standartları bulunmadığı için uygulamada bu alanlar arasındaki çizginin flu olduğu ve aslında FinTek uygulamalarının özellikle RegTek ve LegalTek alanları ile sıkı iletişim ve etkileşim içinde olduğu gözlemlenmektedir. Bu sebeple çalışmanın bu kısmında kısaca RegTek ve LegalTek üzerinde de durulacaktır.

¹⁶⁷ European Securities and Markets Authority, **2019 Annual Work Programme**, ESMA20-95-933, 26.09.2018, s. 17.

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma20-95-933_2019_annual_work_programme.pdf (Son Erişim: 14.07.2019)

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma20-95-933_2019_annual_work_programme.pdf (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

¹⁶⁸https://ec.europa.eu/commission/news/investment-plan-europe-eib-group-and-bbva-will-provide-eur-360-million-finance-smes-and-midcaps-investments-projects-2018-dec-20_en (Son Erişim Tarihi: 11.07.2019)

¹⁶⁹ <https://fintechaustralia.org.au/2018-19-budget-steady-for-australian-fintech-but-the-big-news-is-yet-to-come/> (Son erişim Tarihi: 10.12.2018)

Regülasyon ve Teknoloji kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulan RegTek terimi, mevzuata dair tatbikatları teknoloji ile harmanlayan uygulamaları ifade etmek için kullanılmaktadır. RegTek uygulamaları¹⁷⁰ teknolojinin, özellikle de bilgi teknolojisinin yasal denetim, raporlama ve uyum çerçevesinde kullanımını kapsamaktadır¹⁷¹. RegTek uygulamalarının daha başarılı ve etkili yasal uyum süreçlerini mümkün kılması, yasal yükümlülükleri daha düşük maliyetli ve güvenli bir şekilde yerine getirmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁷².

RegTek uygulama alanına kıyasla LegalTek ile FinTek arasındaki ayrım daha belirginse de bu iki alan pratikte sıkı bir etkileşim içindedir. Hukuk ve Teknoloji kelimelerinin birleştirilmesi ile oluşturulan LegalTek akımı daha dar bir uygulama alanı ihtiva etmekte ve hukuk ile teknolojinin kesiştiği noktayı kapsamaktadır. Her türlü kurum ve kuruluşça kullanılması mümkün LegalTek yazılımları belge ve fatura yönetimi, muhasebe otomasyonu gibi uygulamalara ek olarak yasal hizmetler kapsamında hukuki danışmanlık, sözleşme tasarısı ve yönetimi, uyuşmazlık yönetimi gibi alanları da kapsamaktadır. Bu açıdan mesela UYAP bir LegalTek yazılımıdır demek mümkünse de banka muhasebe işlemlerini dijitalleştiren bir yazılımın LegalTek mi yoksa FinTek kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği sorusunun kanaatimizce kesin bir cevabı yoktur.

¹⁷⁰ Özdevinimli öğrenme ile, elektronik ticarete veya bankacılıkta dolandırıcılık unsuru taşıyan işlemleri tanıyan ve işletmeyi uyaran veya bir şirkete uygulanacak tüm regülasyonları meydana çıkaran yazılımlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹⁷¹ Douglas W. Arner, János Barberis, Ross P. Buckley, "The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm?", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, no. 4 (2016): 1271–1319.

¹⁷² Institute of International Finance, **RegTech in Financial Services: Technology Solutions for Compliance and Reporting**, Washington, DC: Institute of International Finance, 2016, s. 5–8.

BÖLÜM 2- AVRUPA BİRLİĞİ ve TÜRK HUKUKU'NDA BANKACILIK ve FİNTEK İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE POZİTİF HUKUKU'NDA BANKACILIK ve FİNTEK

Bu bölümde AB bankacılık hukukunun tarihçesi, tarihçenin mevcut pozitif düzenlemelere olan etkisi çerçevesinde kısaca incelenecektir. Kanaatimizce, FinTek akımının AB bankacılık hukukuna etkilerini ve FinTek hukukunu anlayabilmek için, incelemeye AB bankacılık hukukunun tarihçesinden başlamak yerinde olacaktır.

Paranın fonksiyonları arttıkça gelişme gösteren bankacılık sektörü¹⁷³, Avrupa'da özellikle Sanayi Devrimi ile hız kazanmıştır. Terminolojik kökeni İtalyanca'ya dayanan banka (*Banca*)¹⁷⁴ kurumunun 14. yüzyılda İtalya'da doğduğu tahmin edilmektedir. Bu zaman diliminden önce bankacılık ve kredi faaliyetlerine Babil¹⁷⁵, Yunanistan, Çin ve Hindistan'da rastlanmasına rağmen, şu anki anlamıyla kurumsal bankacılık faaliyeti gösteren Medici Bank, Banca Monte dei Paschi di Siena, Amsterdamsche Bank, Stockholm Bankası, İngiltere Bankası gibi¹⁷⁶ türünün ilk örneği modern bankaların Batı Avrupa'da yer alması, Avrupa'nın bankacılık açısından tarihi önemini apaçık ortaya koymaktadır. Batı Avrupa'da yer alan ülkelerin zamanla yakaladıkları olumlu ekonomik konjonktürün günümüzde de devam ettirilebilmesi ve 20. yüzyılda

¹⁷³ Takan / Acar, s.1.

¹⁷⁴ Takan / Acar, s.3.

¹⁷⁵ Bankacılık işlemlerinin M.Ö. 2000'de Babil'de başladığı söylenmektedir; bkz. Tekinalp, s. 33).

¹⁷⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Kemal Çevik, **Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku**, Ankara, 2009, s. 1-3.

Avrupa Birliği tarafından sağlanan süspansiyon, şüphesiz ki Batı Avrupa'ya bankacılık piyasalarının gelişmesi açısından coğrafi bir elverişlilik sağlamıştır.

Üye ülkelere avantajlı bir piyasa ortamı sağlayan Avrupa Birliği'nin günümüzde gelmiş olduğu nokta, uzun yıllar boyu Avrupa'da devam edegelen bütünleşme sürecinin bir sonucudur¹⁷⁷. 1992 Maastricht Anlaşması ile temeli atılan ve 2007 Lizbon Anlaşması ile tüzel kişilik kazanan siyasi, hukuki ve ekonomik ortaklık sağlayan bu *sui generis* topluluk, zamanla Birlik üyesi ülkeler tarafından ortak kurallar etrafında yönetilen birçok farklı *ad hoc* piyasa meydana getirmiştir. Bu *ad hoc* piyasalar içinde ekonomik ve parasal birliğin temelinde yer alan bankacılık ve finans piyasalarına ya da *banka birliğine*¹⁷⁸ ait kuralların dayanağını Avrupa Birliği hukuk düzeni ve *Ortak Pazar* anlayışından almaktadır. Her ne kadar banka ve finans hukuki çerçevesi tüm üye ülkeler için homojen olmasa da özellikle halihazırda sistemin bir parçası haline gelen¹⁷⁹ topluluk hukuku ikincil mevzuatı, hem üye ülkelerin yasa koyucularına yol göstermesi hem de çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak inceleneceği üzere¹⁸⁰, piyasa oyuncuları için yasal destek ortamı sağlaması sebebiyle diğer uluslararası piyasalara nazaran Avrupa'ya bankacılık kapsamında avantajlı bir konu kazandırmaktadır. Bu avantaja dayanarak üye ülke sülhleri yani bankalar, sınırlar arası (*cross border*) piyasa denemeleri yapabilmekte ve bu denemeler diğer piyasalardaki yasa koyuculara ve piyasa oyuncularına yol göstermektedir. İşte bu sebeple Avrupa hukuku, bankacılık ve FinTek hukuku yönünden uluslararası bir öneme sahiptir.

Avrupa banka hukuku tarihsel olarak incelendiğinde, tüketici korumasını artıran, banka kuruluş standartlarını yükselten ve kredi kurumlarının denetimini artıran düzenlemelerin 2008 yani global kriz sonrası döneme

¹⁷⁷ Enver Bozkurt, Mehmet Özcan, Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, 2001, s.1.

¹⁷⁸ bkz. s. 82 vd.

¹⁷⁹ Avrupa Adalet Divanı'nın 15.07.1964 tarihli *Flaminio Costa v E.N.E.L. (Case 6-64)* kararı ile AT anlaşmalarının üye ülkelerin hukuki sistemlerinin ayrılmaz bir parçası haline gelen, kendine özgü bir hukuk düzeni kurduğu içtihatla altı çizilmiştir: “*By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the treaty, became an integral part of the legal systems of the member states and which their courts are bound to apply.*” (EUR-Lex Document 61964CJ0006).

¹⁸⁰ bkz. s. 75 vd.

rastlaması bir tesadüf değildir. 2008 finansal krizini takiben bankacılık sektöründe finansal sistemin direncini artmayı amaçlayan bir yasal reform meydana gelmiştir¹⁸¹. Bu açıdan Avrupa Bankacılık mevzuatını 2008 Finansal Krizi öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayırarak sınıflandırmak mümkündür. Hukuki açıdan 2008 öncesi dönemde (istisnalar hariç olarak) Birincil Mevzuat kapsamında, iç pazarın ve ortak piyasaların temelini oluşturacak kemik gelişmeler yaşanmış, 2008 sonrası dönemde ise İkincil Mevzuat aracılığıyla piyasa kurallarının geliştirilmesi ve güncellenmesine¹⁸² ve ayrıca tüketicilerin korunmasına olanak sağlayan mekanizmaların oluşturulmasına odaklanılmıştır. Finansal teknoloji uygulamaları ile ilgili kural ve mekanizmaların mevzuata dahil edilmeye başlanması da 2008 ve takip eden dönemlere rastlamaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde, üye devlet yerel hukuk sistemlerinin detayına inilmeksizin, sigorta hukuku hariç olarak Avrupa bankacılık ve dolayısıyla FinTek hukukuna temel teşkil eden mevzuat incelenecek, regülasyonların FinTek hukuku açısından önemi üstünde durulacaktır. Bankacılık ve finans hukukundan veya FinTek hukukundan bahsedildiğinde, kredi kurumlarının¹⁸³ kuruluş ve faaliyetlerini düzenleyen geleneksel mevzuata ek olarak, sermaye piyasası mevzuatı, kara para aklama mevzuatı, mevduat sigortası mevzuatı, bilgi güvenliği ve kişisel verilerin korunması mevzuatı, tüketici mevzuatı, elektronik paralar ve ödemeler ile ilgili düzenlemeler ve siber güvenlik

¹⁸¹ Andrea Sironi, "The evolution of banking regulation since the financial crisis: a critical assessment", **Working Paper N. 103, Bocconi University**, Centre for Applied Research on International Markets, Banking, Finance and Regulation, Bocconi, 2018, s. 2.

¹⁸² Ekonomik, siyasi ve teknolojik gereklilikler doğrultusunda.

¹⁸³ Avrupa Birliği'nin hukuksal düzenlemelerinde *banka* ya da *bankacılık* sözcükleriyle zaman zaman karşılaşılsa da *kredi kurumu* (*credit institution*) deyiminin genellikle yeğlendiği görülmektedir. Bunun başlıca nedeni, banka deyimine verilen anlamın bir Üye Devletten ötekine fark göstermesidir. Üye Devletlerin bazılarında yalnız belirli işlemleri yapma yetkisine sahip olan kuruluşlara banka adı verilmiş, bazılarında ise bu deyim tanımlama yoluna gidilmemiştir. Bazı Üye Devletlerde bankalarınkine benzer işlemler yapmakla birlikte banka olmayan kurumlar, bazı Üye Devletlerde bankacılık işlemleri yapan fakat banka adını taşımayan kurumlar faaliyet göstermektedir. Oysa, kredi kurumlarına ilişkin ilk önemli düzenleme olan 77/780/AET sayılı *Birinci Bankacılık Yönergesi*'nin önsözünde belirtildiği gibi, tasarrufları koruyabilmek ve rekabet eşitliğini sağlayabilmek için, taşıdıkları ünvan ne olursa olsun, aynı işlemleri yapan kurumların tümünü aynı düzenlemenin kapsamı içine almak gerekir. Bu amaca yönelik olarak, Avrupa Birliği'nin mali kesime ilişkin düzenlemelerinde *kredi kurumu* gibi olabildiğince geniş kapsamlı bir deyim kullanılması yoluna gidilmiştir (Gürgân Çelebican, "Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi", **AÜHFD**, Yıl 2007, s. 53-81, s. 54 vd.).

mevzuatı gibi farklı disiplinlerin de göz önünde bulundurulması gerekeceği için çalışmanın bu kısmında bahsi geçen açılar üzerinde de durulması planlanmaktadır.

A. Avrupa Bankacılık Hukukunun Temelini Oluşturan Yasal Düzenlemeler

1. Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – Birincil Mevzuat¹⁸⁴

a. Roma Antlaşması

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun anayasası olarak kabul edilen, 1957 tarihli Roma Antlaşması, Avrupa'da ekonomik bir birlik kurulması anlamında en temel mevzuat olarak kabul edilmelidir. Roma Antlaşması'ndan evvel imzalanan Paris Antlaşması ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Antlaşması aracılığıyla kurulan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu da ortak pazarı hedeflemesine rağmen, bu iki antlaşma ile kurulması tasarlanan kurumlar ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasındaki ana fark, ilk iki kurum daha sektörel odaklı olmasına rağmen, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun daha genel amaçlı bir topluluk sistemi oluşturmastır¹⁸⁵. Bu genel amaçlı topluluk, şimdiki haliyle Avrupa Birliği'ne ait ilk denemedir demek de mümkündür. Daha sonradan yürürlüğe konulan ve ortak pazarı güçlendiren Birinci ve İkincil Mevzuatlar ve bu mevzuatlara dayanarak Avrupa'da gelişen her türlü *ekonomik ağ*, Roma Antlaşması'nın kurduğu temel üzerine inşa edilmiştir.

Roma Antlaşması'nda banka ve finans piyasalarına dair açık ve detaylı hükümler bulunmasa da mevcut bankacılık sistemi bu Antlaşma'nın kurduğu altapı üzerine inşa edilmiştir. Antlaşma'da yer alan ve banka birliğine esas teşkil eden prensipler kısaca *ekonomik birlik (Madde 6)*; *ortak pazar (Madde 8)*; *hizmetlerin serbest dolaşımı (Madde 59)*; *sermayenin serbest dolaşımı (Madde*

¹⁸⁴Birincil mevzuat terimi Avrupa Birliği'nin anayasası olarak kabul eden anlaşmaları kapsamaktadır.

¹⁸⁵ Bozkurt / Özcan / Köktaş, s.16.

63); serbest pazarda sınırların kaldırılması, iç pazarın kurulması ve işlemesi için yerel hukuk sistemlerinin uyumlulaştırılması (Madde 114) başlıkları olarak sıralanabilir. Bankacılık ve sigorta hizmetlerinin sermayenin serbest dolaşımı kapsamına alınması, Madde 61 kapsamında ayrıca düzenlenmiştir. Bir başka önemli gelişme bu Antlaşma ile ayrıca Ekonomik ve Sosyal Komite ve Avrupa Yatırım Bankası'nın kurulmasıdır¹⁸⁶.

Roma Anlaşması'nın amacı, fazlaca katmanlı yerel (finansal) piyasaların tek bir ortak pazara dönüştürülmesidir ve bu amaca iş kurma hakkının (*right of establishment*) tanınması ve mevzuatın gerek duyuldukça koordine edilmesi aracılığıyla ulaşılmıştır¹⁸⁷.

Serbest dolaşım ve gümrük birliğine ilişkin hükümleri hayata geçirmesi ile Roma Antlaşması ortak bankacılık ve finans piyasalarının oluşması için temel bir yapı oluşturmuştur. Roma Antlaşması'nda öngörülen hükümler, SEPA¹⁸⁸ para transferi protokolü, ortak para birimi gibi müesseselerin önünü açmıştır¹⁸⁹. Ek olarak, Roma Antlaşması'nda öngörülen (ve daha sonra Roma Antlaşması'nı revize eden mevzuat ile genişletilen) sınırların kaldırılması ve mal, hizmet ve sermayenin özgür dolaşımı prensibi, bankalar, kredi kurumları ve FinTek şirketlerin Avrupa içerisinde hukuki engellere takılmaksızın, adeta ulusal piyasa kuralları çerçevesinde, sınır ötesi şekilde hizmetlerini yaygınlaştırmalarına hizmet ederek, Avrupa FinTek ekosisteminin benzersiz bir piyasa avantajına sahip olmasına yol açmıştır.

¹⁸⁶ Bozkurt / Özcan / Köktaş, s.19.

¹⁸⁷ Jean Dermine, "European Banking: Past, Present and Future", The Transformation of the European Financial System, Conference Paper, INSEAD, Fontainebleau, Ekim 2002, s. 3.

¹⁸⁸ *Single Euro Payments Area*

¹⁸⁹ Yukarıda bahsedildiği üzere, Roma Anlaşması'nda yer alan ekonomik birlik, ortak pazar ve serbest pazarda sınırların kaldırılmasına dair hükümlerin daha sonradan takip eden düzenlemelerle desteklenmesi suretiyle, ortak politikalar günümüzdeki şekline kavuşturulmuştur. Bu kapsamda, ortak para biriminin oluşturulması ve mal, hizmet ve sermayenin özgür dolaşımı prensibi gibi sınır ötesi faaliyetlerin önünü açan politikaların hemen hemen hepsinin, Roma Atlaşması'nda yer alan ve iç pazarı kuran bu temel ilkelere dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

b. Tek Senet

Roma Antlaşması'nın mütemmim cüz'ü kabul edilebilecek ve bu antlaşmanın kurduğu temel üzerinde ilerleyerek iç pazarın oluşturulması yönünde önemli ilerlemeler kaydeden, 1986 tarihli *Single European Act* yani Avrupa Tek Senedi topluluk hukuku açısından tarihi öneme sahip bir belgedir. Bu belgenin banka ve finans sektörü açısından en önemli özelliği ise belgenin ortak Pazar hedefini yeniden tanımlaması ve ortak para politikasını hayata geçirmesi olmuştur.

Tek Senet'e göre, sermaye hareketlerinin yasaklamalardan ve sınırlandırmalardan arındırılması, Avrupa Tek Pazarının oluşmasını sağlayacak, tek pazarın oluşumuyla da ülkeler arasındaki uyum sağlanacaktır¹⁹⁰. Bu uyumun kapsamına alınan ve sonraki tarihli düzenlemelerle detaylandırılan *bankacılıkta tek lisans* prensibi şu an *passporting of financial services* olarak adlandırılan, Avrupa bankaları ve FinTek şirketlerinin herhangi bir üye devlette sahip oldukları bankacılık lisansına dayanarak, diğer ülkelerde ayrı bir bankacılık lisansına başvurmaksızın hizmet sunabilmeleri sisteminin¹⁹¹ temelini atmıştır.

c. Maastricht Antlaşması

Avrupa ortak pazarını oluşturan Birincil Mevzuatın mihenk taşı şüphesiz ki 1992 tarihli Maastricht Antlaşması'dır. Topluluk açısından tarihi öneminden¹⁹² ari olarak, Maastricht Antlaşması ile halihazırda işleyen ortak parasal ve ekonomik birliğin temelleri atılmış ve Avrupa Merkez Bankaları Sistemi kabul edilerek Avrupa banka ve finans piyasaları, bir nevi hukuken birbirine kenetlenmiştir.

¹⁹⁰ Melek Korkmaz Akpınar, **Avrupa Birliği Bankacılık Mevzuatı ve Türk Bankacılık Sistemi'nin Uyumuna**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 11.

¹⁹¹ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. aşağı. Bölüm 2, I, B, 3 (s.84 vd.).

¹⁹² Maastricht Antlaşması, Birincil Mevzuat ile öngörülen çok yönlü yapıyı tek bir çatı yani Avrupa Birliği kurumu altında birleştirmesi sebebi ile ortaklık açısından önemli bir dönüm noktası olarak görülmektedir.

Bu antlaşma ile üye devletler para ihraç etme imtiyazlarını tüzel kişiliği olmayan bir sisteme devretmişlerdir¹⁹³. Sistem, üye ülkelerin ulusal merkez bankaları ve Avrupa Merkez Bankası'ndan oluşmaktadır. Bu sistemin ayrıca para politikasını saptamak ve yürütmek ve ödeme sistemlerinin düzenli işleyişini sağlamak¹⁹⁴ gibi sonradan FinTek uygulamaları açısından baz alınacak altyapıları kurma çerçevesinde görevleri bulunmaktadır.

d. Lizbon Antlaşması

Roma ve Maastricht Antlaşmalarını bir nevi tadil eden ve değiştiren 2007 tarihli Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu arasındaki farkı ortadan kaldırarak Avrupa Birliği'nin kurumsal çerçevesini yenilemek ve topluluğun güçlerini açıklığa kavuşturmak suretiyle, bugünkü Avrupa Birliği'ni oluşturan antlaşmadır. Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'ne hukuki kişilik kazandırmıştır¹⁹⁵ ve Lizbon Antlaşması aracılığıyla birliğin daha demokratik ve şeffaf bir yapıya kavuşması için gerekli adımlar atılmıştır.

Lizbon Antlaşması ayrıca *Lamfalussy Raporu*'nda¹⁹⁶ öngörülen ve finansal yasalaştırma süreçlerini kökten değiştiren sistemi yürürlüğe geçirmek suretiyle, Avrupa banka ve finans hukuku kapsamında yeni bir rejim yaratmıştır. Lizbon Antlaşması ile süregelen katmanlı ve meşakkatli yasama süreçleri basitleştirilmiştir.

Lizbon Antlaşması ile getirilen ekonomik birlik anlayışı, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 119. Maddesinde genel olarak *“tek para birimi Avronun yanı sıra, temel amacı, fiyat istikrarının sağlanması ve bu amaca hanel gelmeksizin, Birlik içinde genel ekonomi politikalarının serbest rekabete dayalı açık pazar ekonomisi ilkesine uygun olarak desteklenmesi olan tek bir para*

¹⁹³ Çevik, s. 124.

¹⁹⁴ Çevik, s. 127.

¹⁹⁵ Roberta Panizza, “The Treaty of Lisbon”, *European Parliament Fact Sheets on the European Union*, 2018, s. 2.

¹⁹⁶ “Final Report of the Committee of Wise Men on The Regulation of European Securities Markets”, Brüksel, 15.02.2001.

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf

(Son Erişim Tarihi: 09.06.2019)

politikasının ve kur politikasının belirlenmesini ve uygulanması” şeklinde, özetlenmiştir.

Lizbon Antlaşması ile, Birlik’in genel finansal yapısı Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’ya¹⁹⁷ Madde 310 vd. olarak eklenmiştir.

e. Diğer Mevzuat

Her ne kadar kanunlar hiyerarşisinde birincil mevzuat statüsünde olmasa da bu kısımda birincil mevzuata ön ayak olan diğer birkaç önemli mevzuattan da bahsetmek yerinde olacaktır. Öncelikle, 2001 tarihli *Lamfalussy Raporu*¹⁹⁸, finansal düzenlemelerle ilgili süreçlere olan katkısından dolayı, Avrupa Birliği finansal mevzuatı içinde tarihi bir öneme sahiptir. *Lamfalussy Raporu*, finansal düzenlemelerin hızlı ve etkili bir şekilde mevzuata dönüştürülebilmelerini amaçlayan ve daha sonradan Lizbon Antlaşması ile mevzuata dahil edilen bir sistem¹⁹⁹ önermek suretiyle Birlik sermaye piyasası yasama faaliyetlerinin kökten revize edilmesine yol açmıştır²⁰⁰.

¹⁹⁷ Antlaşmanın orijinal ismi; “*Treaty on the Functioning of the European Union*”.

¹⁹⁸ ECOFIN’in talimatı üzerine dönemin uzmanları tarafından hazırlanana Rapor, komite başkanı Alexandre Lamfalussy’nin katkılarından dolayı doktrinde *Lamfalussy Raporu* olarak anılmaktadır. Rapor, Avrupa sermaye piyasalarının yeknesaklaşması için öneri ve teklifler getirmektedir.

¹⁹⁹ *Lamfalussy Raporu*, Avrupa sermaye piyasalarının bütünleşmesi için mevcut yasal sistemin gerekli esneklik, önceliklendirme ve hızı sahip olmadığından bahisle, AB hedeflerine ulaşabilmek için yasal bir revizyonun gerekliliğinden bahsetmektedir (*Lamfalussy Raporu*, s. 18). Buna göre, piyasaların bütünleşmesi için dört kademeli bir yaklaşım (*four level approach*) belirlenmelidir. Birinci kademede, çerçeve mevzuatın olağan AB yasal süreçleri doğrultusunda AB organları tarafından belirlenmesi; ikinci kademede Rapor’un tavsiyeleri doğrultusunda kurulan AB Menkul Kıymetler Komitesi ve AB Menkul Kıymet Düzenleyicileri Komitesi’nin, çerçeve mevzuatın uygulanması için destek olması; üçüncü kademede tüm ilgili yasa koyucuların, düzenlemenin tutarlı ve yeknesak aktarımı için iş birliği yoluna gitmesi; dördüncü ve son kademede ise Avrupa Komisyonu tarafından ortaya konulan ve özel sektör, üye ülkeler ve yasa koyucular tarafından desteklenen etkin bir yürürlüğe konma sürecinin oluşturulması süreci öngörülmüştür (*Lamfalussy Raporu*, s. 19). Bu yaklaşım, finansal piyasalar için sahih çerçeve normlar yaratılması ve bu çerçeveye uyum içinde olan detaylı teknik tedbirlerin ortaya konulması şeklinde iki ayrı mevzuat kademesi öngörmektedir (*Lamfalussy Raporu*, s. 19).

²⁰⁰ Rapor’da açıklanan sistem, 2002 sonrasında düzenlenmeye başlanan tüm sermaye piyasası mevzuatına uygulanmışsa da raporun bankacılık, yatırım ve sigorta piyasalarına etkisi 2004’ten itibaren görülmeye başlanmıştır. (Duncan Alford, “The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step On The Road To Pan-European Regulation?”, *Boston University Annual Review of Banking & Financial Law*, Vol. 25:1, 2006, s. 389-435, s. 406).

Bu kapsamda hatırlanması gereken bir başka önemli doküman da 1999 tarihli, *Finansal Hizmetler Aksiyon Planı Raporu*'dur²⁰¹. Bu rapor, bütünleşmiş ve rekabetçi bir bankacılık sektörünün oluşturulması, üye ülkelerin denetim otoritelerinin benzer hususlarda benzer çözümler getirmeleri ve sınır ötesi faaliyetlerde bulunan bankaların denetiminden sorumlu otoriteler arasında koordinasyonun sağlanması konularında hedefler belirlemesi²⁰² dolayısıyla konu açısından önemli bir yere sahiptir.

2. Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – Uluslararası Anlaşmalar

a. Çek, Bono ve Poliçe Hukukunu Yeknesaklaştıran Birleşmiş Milletler Konvansiyonları

1930 tarihli Poliçe ve Bono Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler, Milletler Cemiyeti²⁰³ konvansiyonlarının onuncusu; 1931 tarihli Çek Konvansiyonu ise Birleşmiş Milletler, Milletler Cemiyeti konvansiyonlarının onbirincisi olup, her iki konvansiyon da Cenevre'de imzalanmıştır. Her ne kadar bu uluslararası antlaşmaların taraflarından biri Avrupa Birliği olmadığı için bu konvansiyon geleneksel Avrupa Birliği uluslararası mevzuatı kapsamına alınamayacak olsa da mevcut üye ülkelerin çoğunluğunun katılımından dolayı, Topluluk uluslararası bankacılık hukuku kapsamında zikredilmeleri yerinde olur kanaatindeyiz.

Yine, Çek Hukukundan Kaynaklanan Belirli Uyuşmazlıkların Uzlaşılması ile İlgili Konvansiyon 1931 tarihinde, dokuzuncu konvansiyon olarak; Bono ve Poliçe Hukukundan Kaynaklanan Belirli Uyuşmazlıkların Uzlaşılması ile İlgili Konvansiyon 1930 tarihinde sekizinci konvansiyon olarak; Bono ve Poliçelerden Kaynaklanan Harç Hukuku ile İlgili Konvansiyon 1930 tarihinde onikinci konvansiyon olarak; Çeklerden Kaynaklanan Harç

²⁰¹ *Financial Services Action Plan (FSAP)*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124210>

(Son Erişim

Tarihi: 09.06.2019)

²⁰² Korkmaz Akpınar, s. 21.

²⁰³ United Nations, *League of Nations Treaties*

Hukuku ile İlgili Konvansiyon 1931 tarihinde onüçüncü konvansiyon olarak, üye devletleri de kapsayan taraflarca imzalanmıştır.

b. BASEL Kuralları

Bankalara ilişkin uluslararası dayanışmanın amaçlarından ilki, uluslararası krizleri önlemek için ciddi denetim gerçekleştirilmesi ve denetim yollarının müessiriyeti yolunda tedbirler alınması, ikincisi ise kara paranın aklanmasına karşı mücadele edilmesidir²⁰⁴. İşte birinci perspektifi yerine getirmek üzere, Federal Almanya’da Herstatt ve ABD’de New York Milli Franklin bankalarının batmasını takriben, 1974 yılında “*Onlar*” olarak da adlandırılan, on ülkenin Merkez Banka guvernörleri tarafından Basel Komitesi olarak tanımlanan kredi kurumları gözetim komitesi kurulmuştur²⁰⁵.

Bu gözetim komitesinin önemi giderek artmıştır. Nitekim, Avrupa finansal entegrasyonunun özerk gelişiminden bağımsız olarak, Avrupa banka hukukunun temelini oluşturan mevzuata özgü maddelerin önemli birçoğu özellikle Basel Komitesi çalışmaları başta olmak üzere, uluslararası kamu hukuku çerçevesinde şekillendirilmiştir²⁰⁶.

Basel Komitesi çalışmaları ışığında oluşturulan Basel Standartları bir çatı kavramdır²⁰⁷. Anılan standartlar hem bankacılığa dair temel ilkeleri hem sermaye ölçümüne ve sermaye standartlarına dair uzlaşmayı hemde denetlemede Avrupa Birliği’nin İkinci Banka Hukuku’na İlişkin Yönergesi’ne benzer bir şekilde, ulusal hukukların hukuki ve idari hükümlerinin uyumlaştırılması hakkındaki kuralları içermektedir²⁰⁸.

Basel Komitesi’nin ilk ürünü 1975 Uzlaşısı’dır ve bir bankaya ev sahipliği yapan ülke ile konuk ülkenin yetkili kuruluşları arasında, konuk

²⁰⁴ Çevik, s. 123.

²⁰⁵ Kemal Çevik, a.g.e.

²⁰⁶ Christos V. Gortsos, “**The Evolution of European Banking Law: From the Principle of National Treatment to the European Banking Union**”, Atina Üniversitesi, 22.09.2015, s. 3.

²⁰⁷ Tekinalp, s. 52.

²⁰⁸ Tekinalp, a.g.e.

bankaya ilişkin bilgilerin paylaşımına ilişkindir²⁰⁹. 1983 sözleşmesi ise konsolide denetime ve sermaye yeterliliğine özgülenmiştir²¹⁰.

Basel Komitesi çalışmalarının en önemlisi şüphesiz ki Basel serilerinden oluşmaktadır. Kredi, likidite, operasyon ve market riskleri kapsamında genel geçer kriterler belirleyen uluslararası standartlara dair çalışmalar olarak özetlenebilecek ve ilki 1998 yılında yayınlanan Basel Kriterleri, aradaki ufak eklemeler haricinde, 2004, 2010 ve 2017 yılları olmak üzere toplam üç kere güncellenmiştir²¹¹.

Banka sermaye mevzuatının uluslararası çapta birbirine yaklaşması ilk olarak sermayenin ölçülmesi ve kredi riski için sermaye standartlarının tanımlanmasına odaklanan 1988 Basel Sermaye Uzlaşısı ile başlamıştır²¹². Uluslararası ekonomik ve piyasa değişiklikleri ve bu değişiklikler kapsamında saptanan riskler çerçevesinde güncellenen kriterlerler, konu kapsamında yapılan ilk uluslararası çalışma olması ve kapasitesini sürekli genişletmesi sebebiyle ciddi bir yasal öneme sahiptir.

Basel Komitesi 13 Mart 2019 tarihinde kripto paralarla ilgili bir uyarı metni²¹³ yayınlamak suretiyle bir nevi Komite'nin temel bankacılık esaslarına ek olarak dijital ekonomi ve FinTek kapsamında çalışmalar yaptığını da kamuoyunun bilgisine sunmuştur.

c. Diğer Uluslararası Kaynaklar

Dünya Bankası'nın *ROSC Raporu (The Reports on Observance of Standards and Codes)* kapsamında ülkelerin uluslararası standartları ve

²⁰⁹ Tekinalp, s. 53.

²¹⁰ Tekinalp, s. 53.

²¹¹ Piyasada ve doktrinde Basel serileri Basel I (1988), Basel II (2004), Basel III (2010) ve Basel IV (2017) olarak da anılmaktadır.

²¹² João A C Santos, "Bank capital regulation in contemporary banking theory: A review of the literature", **Financial Markets, Institutions & Instruments** vol. 10(2) pp. 41-84, Bank for International Settlements, Basel, 2001, s. 3.

²¹³ İlgili uyarı metni için bkz. https://www.bis.org/publ/bcbs_n121.htm (Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

kuralları uygulayıp uygulamadığı veya nasıl uyguladığına ilişkin değerlendirme programları da uluslararası banka hukuku bağlamında anılmalıdır²¹⁴.

Yine 1998 tarihli UNIDROIT²¹⁵ Ottawa Konvansiyonu (*UNIDROIT Convention on International Factoring*), faktoring ve leasingle ilgili olarak daha önceden varolmayan uluslararası, genel bir çerçeve çizmiş olması dolayısıyla Topluluk banka hukukunu uluslararası kaynakları arasında sayılmalıdır.

3. Temel Avrupa Bankacılık Mevzuatı – İkincil Mevzuat²¹⁶

a. Genel Açıklamalar

Avrupa mevzuatı kapsamında, bankaların kurulmaları, faaliyetleri, denetlenmeleri, özkaynak ve rapor yükümlülükleri gibi temel konulardaki politikaların çoğu ikincil mevzuatla (*secondary legislation*) düzenlemektedir. Bu düzenlemelerden bankalar birliği oluşturulması ve sınır ötesi faaliyetlerin yaygınlaştırılması açısından temel mevzuat kabul edilebilecek ve dolayısıyla FinTek ekosistemi için de önemli olanları bu başlık altında incelenecektir. Bankacılık hukuku açısından kayda değer diğer ikincil mevzuatın²¹⁷ FinTek

²¹⁴ Tekinalp, s. 55.

²¹⁵ *International Institute for the Unification of Private Law* yani Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü

²¹⁶ Doktrinde İkincil Mevzuat terimi Avrupa Birliği piyasa kurallarını oluşturan tüzük (*regulation*), yönerge veya direktif (*directive*), karar, tavsiye ve görüşlerden oluşan hukuki kaynakların tamamını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

²¹⁷ Kredi kurumlarının kurulmaları ve faaliyetleri kapsamında uymaları gereken kurallar açısından bahsedilmesi gereken diğer bazı detay mevzuat şu şekilde sıralanabilir; Kredi Kurumlarının Konsolide Esaslara Göre Gözetim ve Denetimi Hakkında Konsey Yönergesi (83/349/AET); Bankalar ve Diğer Mali Kurumların Yıllık Hesapları ve Konsolide Hesapları Hakkında Konsey Yönergesi (86/635/AET); Özkaynak Yönergesi (89/299/AET); Ödeme Rasyosu Yönergesi (89/647/AET); Yıllık Muhasebe Belgelerinin Yayınlanması İle İlgili Konsey Yönergesi (89/117/AET); Kredi Kurumlarının Özkaynaklarıyla İlgili Konsey Yönergesi (89/299/AET); Kredi Kurumlarının Borç Ödeme Gücü Rasyosu Hakkında Konsey Yönergesi (89/647/AET); Sınır Ötesi Mali İşlemlerle İlgili Bankacılık Faaliyetlerinin Şeffaflığı Hakkında Komisyon Önerisi (90/109/AET); Konsolide Esasa Göre Kredi Kurumlarının Denetimi Hakkında Konsey Yönergesi (92/30/AET); Kredi Kurumlarının Büyük Risklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi İle İlgili Konsey Yönergesi (92/121/AET); Sınır Ötesi Kredi Transferlerine İlişkin Konsey Yönergesi (97/5/EC); Kredi Kurumlarının Faaliyetlerinin Yürütülmesi ve Takibine İlişkin Konsey Yönergesi (2000/12/EC); Kredi Kurumlarının Yeniden Yapılandırılması ve Tasfiyesine İlişkin Konsey

uygulamaları açısından önemli kısımlarına dair açıklamaların ise Çalışma'nın ilerleyen bölümlerinde yer alması planlanmaktadır.

b. Bankalar ve Diğer Mali Kurumların Bağımsız Faaliyetleri Bakımından Yerleşme Serbestisi ve Hizmet Sunma Serbestisi Üzerindeki Kısıtlamaların Kaldırılması Hakkında Konsey Yönergesi

Avrupa bankacılık birliğinin önündeki engelleri kaldıran ilk ikincil mevzuat olan, *Bankalar ve Diğer Mali Kurumların Bağımsız Faaliyetleri Bakımından Yerleşme Serbestisi ve Hizmet Sunma Serbestisi Üzerindeki Kısıtlamaların Kaldırılması Hakkında Konsey Yönergesi*²¹⁸, bankaların kuruluşuna ve faaliyetlerine yönelik engellerin, özellikle yabancı kredi kurumlarının diğer ülke üye pazarlarında faaliyet göstermeleri halinde karşılaşılabilecekleri zorlukların önüne geçen bir sistem yaratılması suretiyle²¹⁹ önüne geçmiş ve sınır ötesi bankacılık alanındaki gelişmelere önayak olmuştur.

Bu Yönerge, finansal bütünleşme doğrultusunda atılan ilk adım olmanın yanı sıra, kredi kurumlarının teşebbüs kurma ve hizmet sunma serbestilerine engel teşkil eden kısıtlamaların kaldırılmasına ilişkin olarak getirilen ilk düzenleme olarak bilinmektedir²²⁰.

Yönerge, bir ülkede faaliyet gösteren firmaların ulusal işlem kuralı (*national treatment principle*) uyarınca, eşit yasal ve denetimsel muameleye tabi tutulmasını garantilemektedir²²¹ ve kuruluş ülkeleri dışında faaliyet

Yönergesi (2001/24/EC); Bir Büyük Mali Ortaklığa Bağlı Olan Kredi kurumları, Sigorta Şirketleri ve Yatırım Şirketlerinin Ek Denetimi Hakkında Konsey Yönergesi (2002/87/EC); Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi Hakkında Konsey Yönergesi (2006/48/EC); Yatırım Firmaları ve Kredi kurumlarının Sermaye Yeterliliği Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (2006/49/EC); Kredi Kurumlarının Fonları Hakkında Konsey Yönergesi (89/229/AET); Kredi Kurumlarının Solvabilite Oranları Hakkında Konsey Yönergesi (89/647/AET); Kredi Kurumlarının Konsolide Şekide Denetlenmesi Hakkında Konsey Yönergesi (83/350/AET); Üye Devletlerin Tüketici Kredilerine İlişkin Konsey Yönergesi (87/102/AET); 93/6/AET; 93/22/AET.

²¹⁸ 73/183/AET

²¹⁹ Lenka Červenková, "The Legal Framework of The Banking Industry in The European Union", **Masaryk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çekya, s. 2.

²²⁰ Korkmaz Akpınar, s. 18.

²²¹ Dermine, s. 3.

gösteren firmaların ayrımcılığa uğramalarına yol açabilecek (vatandaşlık gibi şartları barındıran) pozitif düzenlemelerin, üye devletlerce yürürlükten kaldırılması gerektiğine hükmetmektedir (Madde 3 vd.).

Yönerge'nin yürürlüğe girdiği dönem itibariyle mevcut uygulamalarda yabancı firmaları ayrımcılığa uğratacak bir karakter saptanamamasına rağmen, piyasanın Roma Anlaşması ile başlatılan Ortak Pazar hedefine halen yaklaşmamış olduğu ve sınır ötesi faaliyetler kapsamındaki uluslararası rekabetin, sermaye akışına dair pozitif düzenlemeler tarafından engellendiği fark edilmiştir²²². Ayrıca, bankacılık gözetim ve denetim süreçlerini merkezi olarak koordine eden bir sistemin mevcut olmamasının farklı ülkelerde faaliyet gösteren bankaların farklı kurallara tabi olması sonucuna yol açtığı, bu durumun da uluslararası (finansal) operasyonların mali külfetini artırdığı gözlenmiştir²²³. Bu mali külfet ve yasal yükümlülüklerin sınırötesi faaliyetleri desteklemek yerine kısıtladığı açıktır. İşte bu durum, bankacılık mevzuatının uyumlaştırılması için yeni bir düzenleme (Birinci Bankacılık Mevzuatı) için zemin hazırlamıştır.

73/183/AET sayılı Yönerge, 2000/12/EC sayılı Yönerge'nin kapsamına dahil edilmek suretiyle yürürlükten kaldırılmıştır²²⁴.

c. Birinci Bankacılık Yönergesi

Avrupa bankacılık hukuku açısından Birinci Bankacılık Yönergesi²²⁵ ve İkinci Bankacılık Yönergesi²²⁶ tarihi ve stratejik bir öneme sahiptir.

²²² Dermine, s. 3.

²²³ Dermine, a.g.e.

²²⁴ Kredi Kurumlarının Kurulmalarına ve Faaliyette Bulunmalarına İlişkin 2000/12/EC sayılı ve 20.03.2000 tarihli Yönerge, kredi kurumlarının tanımlanması (Madde 1/1), kredi kurumlarının kuruluş sermaye yükümlülüklerine açıklık getirmesi ve bu yükümlülükleri uyumlaştırması (Madde 5) ve bütünleştirilmiş denetim mekanizması (Madde 52) hükümleri ile ilga mevzuattan ayrılmaktadır. Düzenleme, Birlik çapında faaliyet gösteren kredi kurumlarının kuruluş süreçlerinin uyumlaştırılması açısından önemli bir temel oluşturmaktadır ve 73/183/AET sayılı Yönerge ile karşılaştırıldığında, uyumlaştırılmış kuruluş ve sermaye yükümlülüklerinin ve ortak denetim mekanizmasının takdimi ile kredi kurumlarının sınırötesi faaliyetlerinin yaygınlaştırılması anlamında olumlu bir aşama kaydedilmiştir.

²²⁵ 77/780/AET

²²⁶ 89/646/AET

Roma Antlaşması'ndan sonra, bankacılık hukuku ile ilgili ilerlemelere ivme kazandıran ilk pratik gelişme, Birinci Bankacılık Yönergesi olarak da adlandırılan, *Kredi Kurumlarının Kurulmalarına ve Faaliyetlerine İlişkin Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerin Eşgüdümü Hakkında Birinci Konsey Yönergesi*'nin yürürlüğe girmesi olmuştur. Bu Yönerge, bankaların sanki diğer üye ülkelerde de yerel hukuk kurallarına uygun olarak kurulmuşçasına, *kurulması, lisanslandırılması ve faaliyet göstermesi* kapsamında yasaların uyumlaştırılması ile ilgili genel çerçeveyi açıklığa kavuşturmuştur²²⁷. Bu düzenleme, ulusal bankaların sınır ötesi şubeleri aracılığıyla Avrupa bütünleşmesini hedefleyen bir program yönerge niteliği taşımaktadır²²⁸.

Düzenleme, halihazırda Avrupa bankacılık hukuku kapsamında kullanılan Kredi Kurumu (*Credit Institution*) kavramını terminolojisine kazandırması açısından da önem teşkil etmektedir. Kredi Kurumu terimi, Madde 1 kapsamında, “*faaliyeti, kamudan mevduat veya geri ödenmek üzere başka türden fonlar toplamak ve kendi hesabına kredi vermek olan teşebbüs*” olarak tanımlanmıştır. İşte Birinci Bankacılık Yönergesi'nin getirdiği ve son olarak 2000/12/EC sayılı Yönergenin de benimsediği kredi kurumu tanımında 2000/28/EC sayılı Yönerge ile bir değişiklik yapılmış ve nitelikleri 2000/46/EC sayılı yönergede gösterilen elektronik para kurumları da tanım kapsamına alınmıştır²²⁹.

d. İkinci Bankacılık Yönergesi

1989 tarihli İkinci Bankacılık Yönergesi, Avrupa bankacılık hukukunun başlıca kaynağı sayılabilecek Birinci Bankacılık Yönergesi'ni yürürlükten kaldırmıştır. Yönerge, bankalara ilişkin hukuki ve idari nitelikteki düzenlemelerin uyumlaştırılmasını kendisine konu almıştır²³⁰. Birinci

²²⁷ Gortsos, “The Evolution of European Banking Law”, s. 4.

²²⁸ Ünal Tekinalp, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul, 2009, s. 56.

²²⁹ Çelebican, s. 59.

²³⁰ Tekinalp, s. 56.

Bankacılık Yönergesi bütün Avrupa Topluluğu için yerleşim yeri kuralını öngörürken, İkinci Bankacılık Yönergesi, hizmetin dolaşımını, şube faaliyetlerini, bankanın finansal gücü ve solvabilitesini ve denetimini köken ülkenin ilgili kurumlarına bırakmıştır²³¹.

İkinci Bankacılık Yönergesi'nin kazandırdığı en önemli kavram, “Avrupa Tek Lisansı”dır (*Single European Banking License*)²³². Avrupa Tek Lisansı ile birlikte, bankalara, Avrupa Topluluğu sınırları içinde şube açma ve hizmet sunma serbestisi getirilmiş olmakta ve sayılan faaliyetler için ev sahibi ülke iznini gereksiz kılınmaktadır²³³.

2000/12/EC sayılı mevzuat, İkinci Bankacılık Yönergesi'ni yürürlükten kaldırmıştır.

4. Avrupa Bankacılık Hukuku İçin Önemli Diğer Yasal Kaynaklar

a. Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Mali Çalışma Grubu Tavsiyeleri

1989 yılında bir G-7 Zirvesi esnasında karara bağlanarak, kara paranın aklanması ve terörist finansmanının önlenmesi²³⁴ alanında uluslararası çapta çalışmalar yapmak için OECD Mali Eylem Görev Grubu bünyesinde kurulan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Mali Çalışma Grubu (“FATF”) tarafından oluşturulan tavsiyeler, kara para aklanmasının önlenmesi konusunda günümüzde uluslararası hukukun önemli yol göstericilerindendir. Almanya, Fransa, Lüksemburg gibi katılımcı üye devletlerden biri olarak Avrupa Komisyonu da FATF'ın 38 üyesinden biridir.

İlki 1990 yılında yayınlanan FATF Tavsiyeleri, 1996, 2001, 2003 ve 2012 yıllarında revize edilmiştir. FATF Tavsiyeleri ülkelerin özgün

²³¹ Tekinalp, s. 56.

²³² Korkmaz Akpınar, s. 33.

²³³ Korkmaz Akpınar, a.g.e.

²³⁴ FATF ancak 2001 yılında görev alanını terörist finansmanını önleyecek aktiviteleri kapsayacak şekilde genişletmiştir.

durumlarına uyarlanmış tedbirler vasıtasıyla uygulamaları gereken bir uluslararası standart oluşturmaktadır²³⁵. Bu tavsiye metnlerinin her ne kadar Birlik mevzuatı açısından doğrudan bağlayıcılığı olmasa da üzerinde anlaşılan ilkeler Birlik mevzuatının oluşturulmasında yol gösterici olduğu için hukuki açıdan gayet büyük bir öneme sahiptir.

FATF, kara para aklama ve terörist finansmanının önlenmesi konusundaki önemli çalışmalarına ek olarak, 2014 yılından itibaren FinTek ve RegTek alanlarına odaklanan inisiyatifler başlatmış ve konuyla ilgili ayrı bir platform kurmuştur²³⁶. Bu kapsamda, finansal katılım ve sanal para birimleri çerçevesinde kara paranın aklanması ve terörist finansmanının önlenmesi konuları ile ilgili ayrı raporlar^{237 238} hazırlayan FATF, finansal teknoloji ile ilgili esaslı çalışmalar yürütmekte ve özellikle sanal para birimleri gibi hakkında çok kaynak bulunmayan, yeni disiplinlerle ilgili olarak üye ülke yasa koyucularına ön ayak olmaktadır.

b. G-20 Zirvesi Kararları ve Finansal İstikrar Kurulu Çalışmaları

Uluslararası finansal istikrarı koruma politikalarını tartışmak amacıyla 1999 yılında kurulan *Group of 20* yani G-20, uluslararası hükümet başkanları ve merkez bankası yöneticilerinin bir araya gelmesinden oluşan bir uluslararası kurumdur. Zamanla sosyo-ekonomik birçok konuyu yetkisi kapsamına alan bu topluluk, belirli bir dönem için önem arzeden ve banka ve finans piyasalarını ilgilendiren konuları gündemine alarak uluslararası çapta incelemeler gerçekleştirmekte, bu kapsamda bir nevi uluslararası teamüle katkıda bulunmaktadır. 2009’da FSF’nin halefi olması hedeflenerek G-20 çatısı altında kurulan Finansal İstikrar Kurulu FSB ise, global finansal istikrara ulaşılmasını

²³⁵ FATF, The FATF Recommendations, “**International Standards On Combating Money Laundering and the Financing Of Terrorism & Proliferation**”, 2012 Tavsiyeleri (2018 Ekim ayında güncellendiği üzere), s. 6.

²³⁶ Platform erişim:

[https://www.fatf-gafi.org/fintech-regtech/delegations-initiatives/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/fintech-regtech/delegations-initiatives/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)) (Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

²³⁷ FATF, “**Virtual Currencies: Guidance for a Risk-Based Approach**”, 2015, Paris.

²³⁸ FATF, FATF Guidance, ‘**Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion with a Supplement on Customer Due Diligence**’, 2017.

hedeflemekte, bu sebeple de uluslararası finansal regülasyon ve denetimlerin reforma tabi tutulması esasına dayanan çalışmalar yapmaktadır²³⁹ ve ortaya konulan G20 tavsiyelerine ilişkin ilerlemeyi söz konusu faaliyet planı çerçevesinde takip etmekle görevlendirilmiştir²⁴⁰.

Son senelerde G-20 tarafından finansal teknoloji ve sanal para birimleri²⁴¹ ile ilgili konuların tartışılmaya başlanması, finansal teknolojinin önemini ulusal, uluslararası ve uluslararası pozitif düzenlemeler ve kurallar açısından bir kez daha vurgulamaktadır kanaatindeyiz. FinTek uygulamalarını yol haritasına alan FSB, FinTek²⁴² alanında diğer uluslararası organizasyonlarla iş birlikleri kurarak, FinTek faaliyetlerini anlamayı ve faaliyetlerin finansal istikrar üzerindeki etkisini gözetim altında tutmayı amaçlamakta, bu sebeple krediler, kripto paralar, DLT, yapay zekâ ve özdevimli öğrenme gibi alanlarda çalışmalar yapmaktadır²⁴³.

FSB çatısı altında kurulan *FSB FinTech Issues Group*, FinTek uygulamaları sebebiyle ortaya çıkan yasal sorunları ve uygulamaların finansal istikrar üzerindeki etkileri çerçevesindeki değerlendirmelerini²⁴⁴ Haziran 2017'de G20 katılımcıları için yayımlamıştır. Rapor kapsamında FinTek kaynaklı on adet yasal sorun tespit edilmiştir ve bu konuların üçünün²⁴⁵ öncelik teşkil etmesi sebebiyle FSB'nin çalışma alanına dahil edileceği hususu vurgulanmaktadır.

²³⁹ <https://www.fsb.org/about/> (Son Erişim Tarihi: 09.06.2019)

²⁴⁰ TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 13, Ankara, 2011, s. 75.

²⁴¹ bkz. dn. 19 s. 11.

²⁴² Daha önce de bahsedildiği üzere (bkz. s. 15 vd.), FSB, FinTek'i "*finansal piyasalara, kuruluşlara ve finansal hizmetlerin sunulmasına önemli derecede etki ederek yeni iş modelleri, uygulamaları, süreçleri veya ürünleri ortaya çıkaran teknolojiye dayalı finansal yenilikler*" olarak tanımlamaktadır ve bu tanım TCMB tarafından, Mayıs 2019 tarihli Finansal İstikrar Raporu kapsamında da benimsenmiştir.

²⁴³ <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/additional-policy-areas/monitoring-of-fintech/> (Son Erişim Tarihi: 09.06.2019)

²⁴⁴ Remarks by Svein Andresen, Secretary General, Financial Stability Board, Cambridge Centre for Alternative Finance conference on Navigating the Contours of Alternative Finance, "**Regulatory and Supervisory Issues from FinTech**", 29.06.2017.

<https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Cambridge-Centre-for-Alternative-Finance-Regulatory-and-Supervisory-Issues-from-FinTech.pdf> (Son Erişim Tarihi: 09.06.2019)

²⁴⁵ Bu üç konu, üçüncü şahıs hizmet sağlayıcılarının aracılık faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan operasyonel risklerin yönetimi, siber güvenlik hususundaki risklerin azaltılması ve makro-finansal risklerin azaltılması şeklinde özetlenebilir (Remarks by Svein Andresen, s. 6 vd).

B. Avrupa Finans Piyasaları ve Bankacılık Hukuku Kapsamındaki Temel Kurum ve Mekanizmalar

Bu kısımda Avrupa Bankacılık Hukuku kapsamında ilgili regülasyonlardan bağımsız olarak öne çıkan ve FinTek uygulamalarının gelişmesi ve pazara hızla yayılması açısından önemli olan birkaç genel kavram ve kurum genel olarak açıklanacaktır. Bu kavram ve kurumlar arasında, Bankalar Birliği, Tek Denetim Mekanizması, Ortak Pazar, Sermayenin Serbest Dolaşımı, Tek Bankacılık Lisansı, Sınır Ötesi Bankacılık, Ortak Para Birimi, SEPA Protokolü ve TARGET sistemi sayılabilir.

1. Bankalar Birliği ve Tek Denetim Mekanizması

Avrupa Komisyonu dönem başkanı tarafından yapılan çağrı²⁴⁶ ile tomurcukları atılmaya başlanan ve Avrupa finansal istikrarı açısından kurumsal bir devrim niteliği taşıyan²⁴⁷ *Avrupa Bankalar Birliği*²⁴⁸ projesi, ekonomik ve finansal krize tepki olarak geliştirilen Ekonomik ve Parasal Birlik kapsamında, finansal kurumların daha istikrarlı, rekabete uygun ve dayanıklı hale getirilmesi yolunda takip edilmekte olan *Avrupa Birliği yasal reformunun* başlı başına finansal istikrarı tehdit eden faktörleri durdurmak için yeterli olmadığına anlaşılmaması üzerine harekete geçirilen bir projedir²⁴⁹. İlgili yol haritasında üye devletlerin denetleyici kuruluşları arasındaki koordinasyonun yeterli olmamasından dolayı, bankaların Avrupa çapında denetlenmesinin ve ortak bir karar alma mekanizmasının gerekliliğine dikkat çekilmiştir²⁵⁰. İşte Bankalar Birliği, finansal sistemin güçlendirilmesi, sistemdeki zayıflıkların tespit edilmesi

²⁴⁶ Dönem başkanı Barroso, 2012 tarihli bir konuşmasında Ekonomik ve Parasal Birliği derinleştirmenin ilk ayağı olarak bir bankalar birliği önerisinde bulunmuştur.

http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/president/news/archives/2012/06/20120626_speeches_2_en.htm (Son Erişim Tarihi: 01.04.2019)

²⁴⁷ Christos V. Gortsos, *The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF): Legal Aspects of the Second Main Pillar of the European Banking Union*, Güncellenmiş 4. Basım, Atina Üniversitesi, 03.07.2018, s. 27.

²⁴⁸ *Banking Union*

²⁴⁹ European Council, Communication from The Commission to The European Parliament and the Council, *A Roadmap towards a Banking Union*, COM (2012) 510 final, Brüksel, 12.09.2012, s. 3.

²⁵⁰ European Council, a.g.e.

ve önceden önlem alınması için tasarlanan merkezi denetim mekanizması *Single Supervisory Mechanism* yani *Tek Denetim Mekanizması*'nın temelleri üzerine oturtulmuştur. Tek Denetim Mekanizmasında öngörülen görevlerin Avrupa Merkez Bankası ve yerel denetim kuruluşları tarafından kollektif şekilde yerine getirilmesi öngörülmüştür. Tek Denetim Mekanizması'na ilişkin mevzuat²⁵¹ 15 Ekim 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Tek Denetim Mekanizması'na ek olarak Tek Tasfiye Mekanizması²⁵² ve mevduat garantisi²⁵³ kurumları, Bankalar Birliği'nin temelini oluşturmaktadır.

Bankalar Birliği ve Tek Denetim Mekanizması Avrupa'daki bankalara ait denetimlerin tek elden yapılması, tasarruf mevduat fonu ve banka tasfiye ve yeniden yapılandırmaları gibi çerçeve mevzuatlardaki yeknesaklık açısından önem teşkil etmektedir. Sonuçları bakımından değerlendirildiğinde, Bankacılık Birliği'nin Avrupa Birliği ve Avro Bölgesindeki finansal denetim ve gözetim bakımından eksik olan eşgüdüm ve yeterli güvenlik ağının oluşturulmasına yönelik doğrudan bir çözüm oluşturduğunu söylemek mümkündür²⁵⁴. Finansal teknoloji uygulamaları açısından da Avrupa Birliği çatısı altında faaliyet gösteren bankaların benzer denetim mekanizmasına tabi olması ve tüketicilerin eş değer tasarruf mevduat fonu korumasına haiz olması sınır ötesi bankacılık hizmetleri sunan FinTek şirketlerin işini kolaylaştırmakta, bankacılık hizmetleri açısından sınırları kaldıran FinTek iş modellerinin önünü açmaktadır.

²⁵¹ "Council Regulation (EU) No 1024/2013 of conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions"

²⁵² Banka tasfiyelerinin yeknesaklaştırılması yani *Single Resolution Mechanism* Avrupa Banka Birliği projesinin temel taşlarından bir diğeri olarak kabul edilmektedir. Bir tasfiye halinde, özellikle sınır ötesi durumlarda alınması gereken zorlu kararların Bankacılık Birliğindeki üye ülkelerin tamamını bağlayacak şekilde çabuk bir şekilde alınabilmesini sağlamaktadır. Bu kapsamda kurulmuş bir fon da bulunmaktadır (Tek Tasfiye Fonu / *Single Resolution Mechanism*). Daha fazla bilgi için bkz. Ferhat Çamlıca, "Avrupa Finansal Denetim Sistemi ve Bankacılık Birliği", **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, 2016, s. 16).

²⁵³ Avrupa mevduat garantisi ile ilgili açıklamalar için bkz. s. 93 vd.

²⁵⁴ Çamlıca, s. 5.

2. Ortak Pazar ve Sermayenin Serbest Dolaşımı

Ulusal sınırların, gümrüklerin ve her türlü eş etkili resim ve harçların kaldırıldığı, ortak ticaret politikalarına sahip bir ekonomik ve siyasal birliğe ulaşmak için gerekli temel unsurların başında malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin bu birliği oluşturan coğrafi alanda serbest olarak dolaşması gelir²⁵⁵. Para, sermaye ve iş gücünün serbest olarak dolaşımını engelleyen (gümrük dahil) tüm unsurların ortadan kaldırılmasına imkân sağlayan ve Maastricht Antlaşması ile temelleri atılan *Ortak Pazar* anlayışı, diğer birçok sektör gibi bankacılık sektörünün de Avrupa çapında etkileşime geçmesine ve gelişmesine vesile olmuştur.

Bankalar, finansal kuruluşlar ve hatta sigorta şirketlerini de kapsayan finansal sektör, ortak pazar açısından belirli bir öneme sahiptir²⁵⁶. 1977 yılında kabul edilen Birinci Bankacılık Yönergesi, ev sahibi ülke (*host country*) kuralı çerçevesinde sınır ötesi şubeleşmeye imkân tanımış, fakat ulusal farklılıkların giderilmesinde etkili olamamıştır²⁵⁷. Takiben, 1989 yılında yayınlanan İkinci Bankacılık Yönergesi uyumlaşma (*harmonization*), karşılıklı tanıma (*mutual recognition*) ve menşe ülke denetimini (*home country control*) esas almaktadır²⁵⁸. Ayrıca, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin farklı bankacılık sistemlerini birbiriyle uyumlaştırmak için 1986 yılından itibaren banka denetimi, sermaye yeterliliği, ödeme gücüne ilişkin standartlar, kara para aklama, tüketici kredileri ve bilançoların konsolide edilmesine yönelik çok sayıda yönerge yayınlanmıştır²⁵⁹.

1998 yılında Sermaye Hareketlerinin Serbestleştirilmesine Dair Konsey Yönergesi'nin kabulü, 1999 yılında Euro'nun tedavüle girmesi ve Mali Hizmetler Eylem Planı'nın (*Financial Services Action Plan*, kısaca *FSAP*) kabulü, Avrupa bankacılık sektörünün önündeki yasal engellerin kaldırılmasına yönelik diğer

²⁵⁵ Bozkurt / Özcan / Köktaş, s.143.

²⁵⁶ P.S.R.F. Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, 7. Basım, Londra, 1999, s. 244.

²⁵⁷ Pelin Ataman Erdönmez, Avrupa Birliği Finansal Entegrasyon Sürecinde Bankacılık Sektörü, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 50, 2004, s. 68-83, s. 68.

²⁵⁸ Ataman Erdönmez, a.g.e.

²⁵⁹ Ataman Erdönmez, a.g.e.

düzenlemeler arasında sayılabilir²⁶⁰. Bankacılık ve sermaye piyasalarında tam bütünleşme için gerekli adımları içeren FSAP, sınırötesi faaliyetlerin önündeki pratik engellerin kaldırılması ve tüketici korumasının güçlendirilmesi sonuçlarına yoğunlaşan bir planın müteakip mevzuata dahil edilmesi suretiyle, (FinTek şirketler de dahil) finansal piyasaların güçlendirilmesine ve uyumlaştırılmasına katkıda bulunmuştur.

Bahsi geçen düzenlemelerin hepsi, Roma Anlaşması ile temelleri atılan Ortak Pazar hedefine ulaşılması için gerekli dönüm noktalarından birini temsil etmektedir. Ortak Pazar müessesesi, sınır ötesi faaliyetlerin önünün açılmasının ve piyasalarda faaliyet gösteren kuruluşların mali ve yasal engellerle karşılaşmadan Avrupa çapında hizmet verebilmesinin önünü açmıştır. Bu kapsayıcı altyapının varlığı, kısıtlı kapasiteyle azami sayıda müşteriye finansal ürün ve hizmet ulaştırmaya çalışan FinTek girişimlerinin faaliyet ve iş modellerinin kapsamının belirlenmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır.

3. Tek Bankacılık Lisansı ve Sınır Ötesi Bankacılık

a. Genel Çerçeve

Avrupa hukuku uyarınca, bankalar, faaliyete başlayabilmek için kuruldukları Üye Devletteki²⁶¹ yetkili mercilerden izin²⁶² almak zorundadırlar²⁶³. Faaliyet izni, yetkili mercilerce düzenlenen ve bankaya işlem yapma hakkı veren bir ruhsattır banka bu izne dayanarak Topluluğun her yerinde ve ayrı bir izin almaksızın şube açabilir; sınır ötesi hizmet sunabilir²⁶⁴. İşte tüm Üye Devletlerde geçerli olduğu için bu izne *Tek Bankacılık Lisansı* denmektedir²⁶⁵.

²⁶⁰ Ataman Erdönmez, a.g.e.

²⁶¹ *Menşe ülke*

²⁶² *Bankacılık Lisansı*

²⁶³ Çelebican, s. 53.

²⁶⁴ Çelebican, s. 54.

²⁶⁵ Çelebican, a.g.e.

Birinci Bankacılık Yönergesi ile takdim edilen *Tek Bankacılık Lisansı* ve *Sınır Ötesi Bankacılık* müesseseleri, İkinci Bankacılık Yönergesi ile bugünkü şeklini almıştır.

İletişim alanında modern teknoloji gelişmeleri sayesinde finansal ürünlerin sınırsız şekilde piyasada dolaşması mümkün hale gelmiştir ve bu hizmetler sermaye ve ödemelerin dolaşımındaki serbesti ile paralel olarak bağımsızlaştırılmıştır²⁶⁶. Şu hâlde, Ortak Pazar ve Serbest Dolaşım ilkeleri kapsamında, ilgili yasal çerçevelere uyum sağlamak koşulu ile finansal ürün ve hizmetlerin Avrupa sınırları içerisinde serbest dolaşımı mümkün hale gelmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu üyesi ülkelerden herhangi birinde bankacılık faaliyetlerinde bulunmak için lisansı bulunan bankaların, diğer üye ülkelerde de aynı faaliyetleri yürütme izni bulunduğu varsayılmaktadır. Bu sınır ötesi bankacılık faaliyeti (*cross border banking*), ev sahibi ülkede (*host country*)²⁶⁷ yerleşme serbestisi²⁶⁸ kapsamında bir şube açılması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, ev sahibi ülkede fiziksel bir varlık göstermeksizin, hizmetlerin serbest dolaşımı²⁶⁹ kapsamında sadece belli başlı faaliyetlerin yürütülmesi şeklinde de gerçekleştiriliyor olabilir.

Bankalar, ayrı bir izin almaksızın şube açabildikleri ya da hizmet sunabildikleri ülkelerde, kendi ülkelerinde yapabilecekleri fakat öteki üye devletlerde izin verilmeyen işlemleri yapamazlar; örneğin, bankaların taşınmaz mal ticareti ile uğraşan gerçek ve tüzel kişilere kredi vermelerini yasaklayan bir üye devlette, kendi ülkelerinde izin verilen bu tür işlemleri, şube açarak veya sınır ötesi hizmet sunarak yapamazlar²⁷⁰. Bu sebeple, belirli bir FinTek şirketinin kurulduğu ülke dışında sınırötesi faaliyet göstermek istemesi halinde, ev sahibi ülke kanunları uyarınca faaliyetlerine izin verilip verilmediğinin veya bu

²⁶⁶ Mathijsen, s. 245.

²⁶⁷ Ev sahibi ülke, bankanın genel merkezinin bulunduğu ve faaliyetlerini yürütmek için izin aldığı menşe ülke dışında kalan ve bankanın yetkili olduğu hizmetlerin bir kısmı veya tamamının bulunduğu ülke(ler)dir.

²⁶⁸ *Freedom of establishment*

²⁶⁹ *Free movement of services*

²⁷⁰ Çelebican, s. 71.

faaliyetlerin belirli koşulların yerine getirilmesi şartına tabi olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üye ülkelerde kurulmuş şirketler, finansal hizmetler kapsamındaki tek pazara tek pasaport hakkı üzerinden erişim imkanına sahiptir²⁷¹. Sınır ötesi bankacılık faaliyetlerinde bulunmak isteyen finansal kurumların 2013/36/EU No.lu Yönerge'nin 33 ve 40. Maddeleri, 1151/2014 No.lu Yönerge ve ayrıca ilgili Yönetmelik²⁷² kapsamında açıklanan ve doktrinde *European Passporting* olarak adlandırılan bildirim²⁷³ sürecinden geçmeleri, faaliyete başlamaları için yeterlidir. Bu bildirim sürecinde, finansal kurumların menşe ülke denetleyici makamları aracılığıyla, 1151/2014 No.lu Yönerge ve menşe ülke kanunlarında öngörülen şekil şartları çerçevesinde ev sahibi ülke makamlarına bildirimde bulunması gerekmektedir. Kanuni bekleme süreleri içerisinde menşe ülke denetleyici kurumu tarafından bir itirazda bulunulmaması halinde finansal kurum, menşe ülke kanunlarına uygun olarak faaliyetlerine başlayabilecektir.

21. yüzyılın başlarında Avrupa Birliği'nde sınır ötesi işlemler özellikle tüketicilerle yapılan kredi ve mevduat işlemleri ile yabancı şube ve iştirakler açısından, müşterilerin bankalarına yakın olmayı tercih etmeleri sebebiyle oldukça düşük düzeyde kalmıştır²⁷⁴. FinTek akımı sonrasında ise ürün ve hizmetlerin dijitalleşmesi, şube bankacılığı anlayışında yaşanan değişim ve FinTek şirketlerin *European Passporting* aracılığıyla banka ürün ve hizmetlerini pazarda yaygınlaştırması sonucunda pazarda daha fazla sınır ötesi bankacılık hizmetine rastlanması sonucunda tüketicilerin sınır ötesi bankacılığa bakış açısı da değişmiştir.

²⁷¹ Marcin Szczepeński, **Understanding equivalence and the single passport in financial services: Third-country access to the single market**, European Parliament, Members' Research Service, Briefing, BRI (2017)599267, 2017, s. 1.

²⁷² Implementing Regulation (EU) 926/2014

²⁷³ Bu işlemin bir izin değil, bilgilendirme işlemi olduğu vurgulanması gerekse de bu durum ev sahibi ülkenin sınır ötesi bankacılık faaliyetleriyle uğraşan finansal kurum üzerinde yetkisi bulunmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Ev sahibi denetleyici kurumlar, her daim finansal kurumu denetleme ve kanuna aykırılık tespit edilmesi halinde finansal kurumu (ev sahibi coğrafyada) faaliyetten men etme yetkisine haizdir.

²⁷⁴ Ataman Erdönmez, s. 72.

b. Brexit Sonrası Beklenen Gelişmeler

Avrupa finans ve FinTek endüstrilerinin merkezi olarak bilinen İngiltere'nin 2016 tarihli referandum sonrasında almış olduğu Avrupa Birliği'nden çıkma kararı²⁷⁵ sonrasında yaşanan belirsizlik finansal piyasaları ciddi derecede etkilemektedir. Ancak *Brexit* sonrası finansal piyasalar için asıl sorun, *Brexit* sonrası İngiltere'nin tek pazardan ayrılması durumunda, finansal kurumların sadece ekonomik değil ayrıca yasal açıdan da büyük değişimlerle karşı karşıya olmasıdır.

İngiltere'de halihazırda 6000'e yakın sayıda, *passporting* haklarını kullanmak suretiyle Avrupa genelinde sınır ötesi bankacılık faaliyetleriyle uğraşan İngiliz kredi kurumu bulunmaktadır ve İngiltere'nin tek pazardan ayrılması sonrasında bu kredi kurumları *passporting* hakkına dayanan sınır ötesi bankacılık haklarını kaybedeceklerdir. Bu rakama faal FinTek şirketleri de dahildir. Bu kurumların, ev sahibi makam nezdinde yeni bir lisans başvurusu yapması gerekecektir. Ek olarak, İngiltere'de sınır ötesi bankacılık faaliyetleri gösteren (ve İngiltere dışında bir menşe ülke yetkili makamları tarafından düzenlenen bir lisansa sahip) finansal kurumların, İngiltere'deki faaliyetleri de İngiltere'nin ortak pazardan çıkması durumunda dayandığı hukuki dayanağı kaybedecektir. Şu hâlde, her ne kadar konu ile ilgili açıklık mevcut değilse de şu ana kadar *passporting* prosedürü aracılığıyla faaliyette bulunan yabancı kurumların, *Brexit* sonrasında İngiltere pazarındaki faaliyetlerini durdurulmaları gerekecektir.

Kıta Avrupası'nda bankacılık faaliyetlerini sürdürme niyeti olan İngiliz kredi kurumlarına dair yeni bir hukuki çerçeve oluşturulmadıkça, bu kuruluşların Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üye olmayan ülkelerde merkezi bulunan kredi kurumlarına dair sınır ötesi bankacılık mevzuatına tabi olması yerinde olur, kanaatindeyiz. Ancak *Brexit* müzakereleri halen devam ederken bu konuyla ilgili bir kestirimde bulunmak mümkün değildir.

²⁷⁵ Bu karar İngilizce *Britain* (Britanya) ve *Exit* (Çıkış) kelimelerinin birleştirilmesinden oluşan *Brexit* terimi ile lügata geçmiştir.

Özellikle Londra başta olmak üzere, İngiltere'nin FinTek piyasası açısından önemi göz önüne bulundurulduğunda, *Brexit*'in etkileri daha da önem kazanmaktadır. Finansal dijitalleşme konusunda başı çeken Londra, İngiliz FCA'nın finansal inovasyonu destekleyen düzenlemeleri ve uygulamaları²⁷⁶ sonucunda son yıllarda FinTek şirketleri için cazip bir merkez haline gelmiştir. Temassız ödemeler, kitle fonlama gibi birçok farklı dijital hizmetin başlangıç noktası olan Londra, halihazırda *unicorn*²⁷⁷ statüsüne erişmiş 29 FinTek şirketin 9'una ev sahipliği yapmaktadır²⁷⁸. Avrupa'da girişim sermayesi ile yatırım alan en fazla FinTek şirketin İngiltere'de bulunması²⁷⁹ da İngiltere'nin finansal teknoloji açısından önemini kanıtlamaktadır.

Kanaatimizce, FinTek hukuku açısından çığır açan uygulamaları ile Avrupa hukukuna önyak olan İngiltere'nin *Brexit* sonrasındaki kanunlaştırma çalışmalarına katılamayacak olması sebebiyle, Birlik kapsamında FinTek hukukunda planlanan ilerlemenin kat edilememesi muhtemeldir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, *Brexit* sonrası İngiltere menşeli FinTek şirketleri, Avrupa'da faaliyet gösterebilmek için ayrı bir lisans alması gerekecek; Kıta Avrupa menşeli FinTek şirketlerin ise Tek Lisans kapsamında İngiltere'de hizmet vermesi mümkün olmayacaktır. Aynı durum, faaliyetleri için lisans alma zorunluluğu bulunmayan ve sermayenin serbest dolaşımı (*free movement of capital*) ve hizmetlerin serbest dolaşımı (*free movement of services*) kapsamında İngiltere'de hizmet sunan FinTek şirketleri için de geçerlidir. Ek olarak, Avrupa'lı FinTek uzmanlarının işgücünün serbest dolaşımı (*free movement of labor*) kapsamında çalışması mümkün olmayacaktır. Sonuçta, *Brexit* dolayısıyla katlanılması gereken bürokratik ve yasal süreçlerin FinTech girişimlere yüklediği mali güçlükler sebebiyle, finansal teknoloji ekosistemi, Avrupa çapında bir duraklama sürecine doğru sürüklenmektedir.

²⁷⁶ bkz. s. 138 vd.

²⁷⁷ Bir milyar dolar miktarında değerlemeye ulaşan girişimler, *unicorn* girişim (*unicorn start-up*) olarak adlandırılmaktadır.

²⁷⁸ <https://www.cityam.com/london-startups-take-fintech-unicorn-crown-san-francisco/> (Son Erişim Tarihi: 18.06.2019)

²⁷⁹ <https://www.uktech.news/news/uk-fintech-investment-reaches-record-levels-20190212> (Son Erişim Tarihi: 18.06.2019)

Brexit yürürlüğe geçtikten sonra, geçiş dönemi esnasında²⁸⁰ belirsizlikte kalmak istemeyen İngiliz menşeli kredi kurumları ve FinTek şirketlerinin Lüksemburg, Estonya, Almanya gibi ülkelerde ekstra lisans başvurusu yapmak veya merkezlerini Kıta Avrupası'na taşımak gibi aksiyonlar alarak faaliyetlerinin kesintiye uğrama riskini bertaraf ettikleri gözlenmekteyse de her halükârda bu siyasi gelişmelerin Avrupa finansal pazarına büyük boyutta külfet yüklediği aşîkardır²⁸¹.

4. Ortak Para Birimi

Şüphesiz ki Avrupa vatandaşları için Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği'nin (*Economic and Monetary Union*) en somut tarafı Euro olarak adlandırılan ortak para biriminin takdimidir²⁸². Üç aşamalı²⁸³ Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği'nin oluşturulması planının son ayağında, katılımcı ülkeler kendi merkez bankalarının parasal egemenlik haklarını Avrupa Merkez Bankası Sistemi'ne devretmiş ve böylece Avrupa Para Birimi yani Euro geri dönülemez bir şekilde ve kenetlenmiş olarak belirlenmiş kambiyo kurları üzerinden, ulusal paraların yerini almıştır²⁸⁴. Sistemin tüzel kişiliği yoktur ancak Avrupa Merkez Bankası'na tüzel kişilik tanınmıştır²⁸⁵.

²⁸⁰ İngiltere'nin Avrupa Birliği'nden ayrılmasından itibaren uygulanacak 21 aylık bir geçiş dönemi öngörülmektedir.

²⁸¹ Brexit kapsamında piyasalarda beklenen bir başka değişim de İngiltere'de mukim bankacılık kurum ve kuruluşlarının, merkez ve şubelerini Kıta Avrupası'na taşınmasının beklenmesidir. Nitekim 30.05.2019'da EBA'nın Canary Wharf'taki ofisini Paris'e taşıması da Brexit kapsamında bu kapsamda yaşanan değişimlerin başlangıcı olarak görülmektedir. İlgili haber için bkz: <https://www.forbes.com/sites/francescoppola/2019/05/31/the-european-banking-authority-leaves-london/#73f5e9601715> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

²⁸² Mathijsen, s. 369.

²⁸³ Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren Birinci Aşama kapsamındaki hedef Avrupa Birliği içindeki ulusal ekonomi ve para politikalarının parasal istikrar ve bütçe disiplini gereklerine yakın bir çizgiye oturtmaktır. Ocak 1994'te başlayan İkinci Aşama ile Ekonomik ve Parasal Birliği'ne geçişi kolaylaştırmak için referans değerler oluşturulmuş, üye ülke merkez bankaları, hükümetlerinden bağımsız bir hale getirilmiş ve parasal birliğin teknik ve prosedürü ile ilgilenmek üzere Avrupa Para Enstitüsü (EMI) kurulmuştur. Planın son aşaması olan ve 1999 yılında başlayan Üçüncü Aşama ise, İkinci Aşama'yı başarıyla tamamlayan ülkelerin parasal birliğe geçişini ifade eden dönemi ifade etmektedir (Kasım Eren, *Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Bankacılık*, İstanbul, 1996, s. XII-XV).

²⁸⁴ Eren, s. XV.

²⁸⁵ Çevik, s. 125.

Avrupa Merkez Bankası Sistemi çerçevesinde banknot basma yetkisi münhasıran Avrupa Merkez Bankası'na aittir ve dolayısıyla kâğıt para basımı konusunda karar alma yetkisi Avrupa Merkez Bankası Sistemi bünyesindeki devletler adına tümüyle Avrupa Merkez Bankası tarafından kullanılır²⁸⁶.

1 Ocak 1999 tarihi itibarıyla piyasalar ve bankalar Euro kullanımına geçmiştir ve halihazırda Euro, Eurosistemi'ne (*Eurozone*) dahil ülkeler açısından münhasır para birimi olarak kullanılmaktadır.

Euro en önemli rolü ödemeler sistemi ve takas mekanizması üzerinde oynamıştır²⁸⁷. Gerçek Zamanlı Toptan Mutabakat esasına (*Real Time Gross Settlement*, kısaca *RTGS*) dayalı olarak kuruluşlar arasındaki büyük fon akışları Avrupa Merkez Bankası kapsamında gerçekleştirilirken ödemeler sistemi ulusal merkez bankaları düzeyinde organize edilmiştir²⁸⁸. Tek paraya geçiş özellikle toptancı bankacılığın entegrasyonuna katkıda bulunmuştur²⁸⁹.

Ortak para birimi, ödemelerin ve ödeme işlemlerinde talep edilen ücretlerin standartlaşmasında büyük rol oynamaktadır. Bu da Avrupa içinde sınırötesi ödeme hizmeti sunan FinTek şirketlerinin operasyonel ve mali engellere takılmaksızın inovatif ürünler tasarlayabilmeleri için gerekli altyapıyı oluşturmaktadır. Buna ek olarak, ortak para birimi kullanımının sağladığı enflasyonun önlenmesi, kredi riskinin azaltılması ve sermaye piyasalarında yatırımcıların (farklı para birimlerinden kaynaklanan kur farkı riskine maruz kalmaksızın) farklı hisse senedi ve tahvil alternatiflerine yatırım yaparak risklerini dağıtma imkanına sahip olmaları²⁹⁰ gibi piyasa avantajları şüphesiz ki FinTek şirketler için de geçerlidir.

²⁸⁶ Çevik, s. 127.

²⁸⁷ Volkan Sevinç, **Türk Bankacılık Sistemi'nin Avrupa Birliği Bankacılık Sistemi'ne Entegrasyon Süreci ve Karşılaştırmalı Analizi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Finans Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 98.

²⁸⁸ Sevinç, a.g.e.

²⁸⁹ Sevinç, a.g.e.

²⁹⁰ Dermine, s. 8 vd.

5. SEPA Protokolü ve TARGET Sistemi

a. SEPA Protokolü

Avrupa içerisindeki ulusal ve sınır ötesi tüm elektronik ödemeleri için tek bir para transfer protokolü oluşturma gayesiyle oluşturulan *Avrupa Tek Ödeme Alanı* (*Single European Payments Area* veya *SEPA*) sistemi, 34 katılımcı ülkeyi kapsamaktadır. SEPA sistemi tüketiciler, özel ve kamu kuruluşlarının domestik ve sınır ötesi ödeme işlemlerinin yeknesak bir prosedür içerisinde gerçekleştirilmesini ve böylece sınır ötesi bankacılık işlemlerinin kolaylaştırılmasını amaçlamaktadır. SEPA para protokolü havaleler (*Credit Transfer*), doğrudan tahsilat (*Direct Debit*)²⁹¹ ve kredi kartı işlemlerini kapsamaktadır ve sisteme katılan ülkeler için yerel ödeme sistemlerine ikame bir sistem olarak planlanmıştır. SEPA sisteminin temelleri (EU) 924/2009 sayılı Tüzük ile atılmıştır²⁹².

Tüzük, elektronik işlemlerle ilgili olarak ulusal ve sınır ötesi ödemelerin maliyetini eşitlemiş; elektronik ödemeyi mümkün kılan IBAN, BIC gibi gerekli bilgilerin sağlanması konusunda gerekli adımların atılmasına ve ayrıca mali kuruluşları bu tip ödemeler için hazır hale getirilmesine öncü olmuştur²⁹³.

SEPA sistemi kullanan bankalar ödemeler için IBAN²⁹⁴ olarak adlandırılan, uluslararası standartlara sahip bir *benzersiz tanımlayıcı (unique identifier)* kullanmaktadır. Bu sistem, ilk olarak 924/2009 sayılı Tüzük'ü değiştiren, (EU) No 260/2012 no.lu, ve doktrinde SEPA Tüzüğü olarak da anılan *Euro Para Birimi ile Yapılan Havale ve Doğrudan Tahsilatlar İçin Teknik ve Ticari Standartlar Tesisine Dair Tüzük* ile beraber uygulanmaya başlanmıştır²⁹⁵.

²⁹¹ SDD olarak da bilinen *doğrudan tahsilat sisteminde*, özel kurumlar ve kamu kuruluşları tüketicinin para transferi öncesinde verdiği talimata dayanarak ödemeleri tahsil etmektedirler. Bu sistem özellikle fatura ödemeleri ya da abonelik ücretleri gibi tekrarlanan ödemeler için ideal olsa da zamanla sisteme dair başka kullanım alanları da keşfedilmiştir.

²⁹² Mart 2012 ayında bu Tüzükte, (EU) 260/2012 sayılı Tüzük ile değişiklik yapılmıştır.

²⁹³ Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku*, Ankara, Ekim 2011, s. 140.

²⁹⁴ *International Bank Account Number*

²⁹⁵ Türkiye'de IBAN sisteminin alt yapı çalışmalarına TCMB ve özel sektör tarafından 2003 yılında başlanmışsa da sistem Türk hukukuna RG. 10.10.2008, 27020, Uluslararası Banka Hesap Numarası Hakkında Tebliğ (Sayı: 2008/6) ile takdim edilmiştir.

SEPA ile gerçekleştirilen transferlerin aynı sistem üzerinden gerçekleştirilmesi dolayısıyla yerel ve sınır ötesi para transferlerinde sürat farkı olmaması ve ayrıca sistemin yerel ve sınır ötesi elektronik işlemleri aynı ücret politikasına tabi tutarak, Avrupa içerisinde elektronik transferleri tüketiciler için ücretsiz hale getirmesi sistemin en önemli avantajlarından. Bu da SEPA sistemini kullanan ve sınır ötesi ödeme faaliyetleri sunan FinTek şirketler arasında rekabet eşitsizlikleri olmaması anlamına geldiği için, SEPA alanının ödemeler alanında finansal inovasyonu teşvik ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kanaatimizce, uygulamada SEPA altyapısına dayanan birçok FinTek ödeme sistemine rastlanmasının sebebi budur.

b. TARGET Sistemi

Euro alanındaki para transferlerinden bahsedilince akla gelen bir başka terim olan *TARGET*²⁹⁶ terimi ise, Avrupa Merkez Bankası üzerinden yürütülen, üye ülkeler arasındaki mal ve hizmet ticaretindeki ödeme ve mahsuplaşma mekanizmasını ifade etmektedir. Birlik içi ve Euro cinsinden alacak transferleri, genellikle hem bankalar hem de müşteriler arasında herhangi bir üst sınır olmaksızın *Eurosystem* tarafından işletilen TARGET üzerinden gerçekleştirilmektedir²⁹⁷. TARGET sistemi 1999 yılında, sınır ötesi Euro ödemelerinde etkinliği artırmak ve ödeme pazarındaki sistemik riskleri azaltmak amacıyla kurulmuştur ve 2007 yılında yenilenerek şu anda kullanılmakta olan haline (TARGET2) haline ulaştırılmıştır.

TARGET2 tek bir ortak platform (*Single Shared Platform* ya da *SSP*) temelinde tasarlandığından, tüm ödeme emirlerinin bu ortak platform üzerinden aynı teknik standartta verilmesini, yürütülmesini ve alınmasını sağlamaktadır.²⁹⁸ TARGET2 sisteminde ödemeler, her bir doğrudan katılımcının bir merkez

²⁹⁶ "Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer"

²⁹⁷ Burcu Yüksel, *Uluslararası Elektronik Fon Transferlerine Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2018, s. 15.

²⁹⁸ Yüksel, s. 16.

bankası nezdinde tuttuğu ödeme modülü hesabı (*payment module account*) üzerinden gerçekleştirilmektedir²⁹⁹.

Sistemin katılımcıları, Avrupa Birliği üyesi devletlerin ulusal merkez bankaları ve Avrupa Merkez Bankası'dır³⁰⁰. Euro alanı ödeme sistemi TARGET2, Avrupa Ekonomik Topluluğu içinde yer alan merkez bankaları, bankalar ve diğer kredi kurumlarının Euro alanı içinde olmaması halinde dahi sisteme katılabilmesine izin vermektedir³⁰¹. Diğer Euro alanı katılımcısı olmayan ülkelerde olduğu gibi, İngiliz Merkez Bankası da bu sayede sisteme katılmadığı halde; diğer İngiliz bankaları ve kredi kurumları sistemin doğrudan katılımcısıdır. Ancak doktrinde İngiltere'nin Avrupa Birliği'nden ayrılması halinde artık İngiliz bankaları ve kredi kurumlarının TARGET2'nin doğrudan katılımcısı olamayacağı hususu tartışılmaktadır³⁰². Şu hâlde İngiltere menşeli bankaların sisteme katılmak için Kıta Avrupası menşeli aracı kurumlarla anlaşmaları veya Kıta Avrupası'nda yer alan şubeleri aracılığıyla sisteme katılmaları gerekecektir.

TARGET sistemi, Avrupa'da mukim bankalara oluşturduğu altyapı dolayısıyla, ödeme alanında faaliyet gösteren FinTek şirketleri tarafından da doğrudan veya (Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında FinTek şirketi için ödeme işlemlerini gerçekleştiren bankalar tarafından) dolaylı şekilde kullanılmaktadır.

C. Avrupa Bankalar Birliği ve FinTek Ekosisteminin Temelini Oluşturan Yasal Düzenlemeler ve Düzenlemelerin FinTek Piyasası İçin Önemi

1. Mevduat Güvencesi Kapsamındaki Düzenlemeler

a. Genel Çerçeve

²⁹⁹ Yüksel, a.g.e.

³⁰⁰ Yüksel, s. 15.

³⁰¹ Dirk Schoenmaker, "The UK Financial Sector and EU Integration after Brexit: The Issue of Passporting", **The Economics of UK-EU Relations: From the Treaty of Rome to the Vote for Brexit**, Palgrave McMillan, Londra, 2017, s. 119-138.

³⁰² Schoenmaker, a.g.e.

Genel anlamda, yatırımcıların parasal birikimlerini temsil eden mevduat, bu faaliyetleri ve işlevleri yürüten bankaların en önemli finans girdilerini oluşturmakta; mevduat hareketlerindeki istikrar ve öngörülebilirlik ise, bankaların finansal sistem içindeki işlevlerini sağlıklı olarak yerine getirmelerindeki en kritik etkenlerden birini oluşturmaktadır³⁰³. Özellikle, piyasa belirsizliklerinin yoğunlaştığı ekonomik kriz dönemleri veya bir banka özelindeki kaydedilecek olan gelişmeler mali piyasalarda istikrarsızlıklara zemin hazırlamakta; bu istikrarsızlıklar bir aşamadan sonra bankacılık sektörünün de ötesinde ekonominin genelini etkileyecek nitelikteki panik hareketlere dönüşebilmektedir³⁰⁴. “Mevduat Güvencesi Mekanizması,” piyasalardaki işte bu tür paniksel tepkilerin denetlenmesi, yönetilmesi amacıyla kurulan ve bu olumsuzlukların ortaya çıktığı dönemlerde, sektördeki oyuncuların asgari zararları normal faaliyetlerine geri dönmeleri amacı ile en yaygın olarak uygulanan bir koruma sistemi şeklinde değerlendirilmektedir³⁰⁵.

Avrupa özelinde, üye devletler açısından mevduat güvencesi sistemini en uzun zamandır uygulayan ülke Almanya’dır (1966)³⁰⁶. Mevduat güvencesi mekanizması diğer ülkelerde ancak 1980’lerin sonuna denk gelen dönemde yaygınlaşmaya başlamıştır ve bu durumla beraber bu sistemin Avrupa çapında uyumlaştırılmasına gerek duyulmuştur.

Topluluk çapında mevduat güvencesi mekanizması (*deposit guarantee scheme*) oluşturulmasına dair ilk teşebbüs Avrupa Komisyonu’nun Toplulukta Mevduat Garanti Sistemin Kurulmasına ilişkin 22.12.1986 tarihli ve 87/63/AET sayılı Tavsiye Kararı ile yapıldıysa da ihtiyaçlara cevap veren, yeknesak mekanizma 94/19/EC sayılı Yönerge aracılığıyla kurulmuştur. 1995 yılına kadar üye ülkelerde mevduat garantisi mekanizması kurulmasını zorunlu kılan bu Yönerge, üye ülkelerin her birinde bir koruma mekanizması inşa edilmesi hususunda başarılı olsa da Yönerge’de koruma mekanizmasına dair düzenlemeler

³⁰³ Tefik Altınok, Nebil İlseven, **Mevduat Güvencesi ve Türkiye**, Maliye Finans Yazıları, Sayı:86, Yıl:24, 2010, s. 11- 41, s. 12.

³⁰⁴ Altınok / İlseven, a.g.e.

³⁰⁵ Altınok / İlseven, s. 12.

³⁰⁶ Müge Ayzit, **Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları**, TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2004, s. 35.

yer almadığından, yerel hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması açısından ciddi bir ilerleme kaydedilememiştir³⁰⁷. Nitekim, Yönerge ile kurulan sistem, 2008 krizi esnasında finansal istikrar ve iç pazar açısından yıkıcı bir etki yaratmıştır³⁰⁸ ve bu sebeple, halen yürürlükte olan 2014/49/EU sayılı Yönerge hazırlanmıştır.

b. İlgili Mevzuat

2014/49/EU sayılı Yönerge, Avrupa çapında mevduat güvencesi mekanizmaları için ortak bir standart oluşturmaktadır. Buna göre, üye ülkelerin her biri yerel ya da sınır ötesi bir mevduat güvencesi mekanizmasını desteklemek zorundadır ve bu ülkelerde mevduat toplayan tüm kredi kurumlarının Topluluk mevduat güvencesi mekanizmasına dahil olması zorunludur. Topluluk mevduat güvencesi mekanizmasını oluşturan fonlar, vergi mükellefleri yerine katılımcı bankalar tarafından oluşturulmaktadır.

Mevduat güvencesi kapsamında koruma altına alınmayan mevduat türleri, Yönerge Madde 5’te sayılmıştır. Bankaların kendi namlarına açtıkları mevduatlar, yatırım şirketleri, kamu otoriteleri veya emeklilik fonlarına ait mevduatlar koruma altında sayılmayan mevduatlara örnek olarak sayılabilir.

Mevduat güvencesi kapsamında taahhüt edilen mevduat taban miktarı 100.000 Eurodur ve bu taahhüt mevduat hesabı başı olarak değil, kişi başına hesaplanmaktadır. Aynı bankada birden fazla mevduat hesabı olan bir tüketicinin kredi kurumu başına talep edebileceği maksimum miktar 100.000 Euro’ya tekabül etmektedir.

Mevduat toplayan veya mevduat toplanmasına aracı olan FinTek şirketlerin piyasaya sundukları ürünlerin mevduat garantisi standartlarını taşıması ve ilgili tüketici bilgilendirme yükümlülüklerini³⁰⁹ yerine getirmesi gerekmektedir.

³⁰⁷ 2009/14 sayılı Yönerge aracılığıyla 94/19/EC sayılı Yönerge’de değişikliklere gidilmiştir.

³⁰⁸ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/managing-risks-banks-and-financial-institutions/deposit-guarantee-schemes_en (Son Erişim Tarihi: 03.04.19)

³⁰⁹ 2014/49/EU Madde 16, 17.

Uygulamada, oluşturulan özel mevduat koruma fonları ile bankaların tüketiciler için taban miktarını aşan ek koruma mekanizmalar oluşturmaları sık rastlanan bir durumdur³¹⁰.

Avrupa sınırları içinde mevduat toplayan FinTek şirketleri de aynı bankalar gibi, kanuni mevduat garantisi düzenlemeleri kapsamına dahildir. Doğrudan mevduat toplamayan ancak mevduat toplanması faaliyetlerine aracılık eden Raisin GmbH³¹¹, Deposit Solutions GmbH gibi FinTek şirketleri tarafından piyasaya sunulan vadeli mevduat ürünleri de aynı düzenlemeler uyarınca, kanuni mevduat garantisi korumasından yararlanmaktadır ve bu sebeple bahsi geçen şirketlerin de gerekli kanuni bilgilendirme yükümlülüklerini³¹² yerine getirmesi gerekmektedir.

2. Ödeme Hizmetleri ile İlgili Düzenlemeler

Ödeme hizmetleri ile ilgili Avrupa hukuku düzenlemeleri, düzenlemelerin farklı doğasından ötürü ayrı alt başlıklar altında incelenecektir.

a. Ödeme Hizmetleri ile İlgili Genel Kapsamlı Düzenlemeler

Ödeme hizmetlerini düzenleyen çeşitli sayıda düzenleme mevcut olsa da Avrupa çapında ödeme piyasalarını, ödeme işleminin taraflarına ait hak ve borçları, ödeme aracı kurumlarının yükümlülüklerini ve ödeme hizmetlerine ait koşulları genel çapta düzenleyen ana mevzuat şüphesiz ki Ödeme Hizmetleri Yönergeleridir³¹³. 2007 yılında yayımlanan Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi ve 2015 yılında takip eden İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi, bu mevzuattan beklenen ödeme sistemlerini uyumlaştırarak piyasalara yeni standartlar getirme

³¹⁰ Alman iradi mevduat koruma fonu ile ilgili bilgi için bkz.: <https://einlagensicherung.de/einlagensicherung/freiwillige-sicherung/> (Son Erişim Tarihi: 31.05.2019)

³¹¹ <https://www.raisin.com/deposit-guarantee/> (Son Erişim Tarihi: 18.06.2019)

³¹² 2014/49/EU sayılı Yönerge'nin 14. Maddesi, kredi kurumlarının mevduat sahiplerini, mevduat korumasının kapsamı ve kapsama dahil olmayan durumları da içerecek şekilde sözleşme öncesinde bilgilendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir.

³¹³ Bu yönergeleler Payment Services Directive 1 (PSD) ve Payment Services Directive 2 (PSD2) olarak anılmaktadır.

beklentilerini aşmış ve ayrıca, ileride detaylıca açıklanacağı üzere, yeni iş modellerine ve FinTek girişimlerine ilham kaynağı olmuştur.

Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin temel amaçları arasında ödemelere ait ortak pazar için gerekli hukuki altyapıyı oluşturmak, daha güvenli ve yenilikçi bir ödeme hizmetleri ağı kurmak, sınır ötesi ödemeleri ülke içi ödemeler kadar kolay, etkili ve güvenli hale getirmek sayılmaktadır³¹⁴. Yasa koyucular tarafından, bu mevzuatın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Avrupa ekonomisine yeni oyuncuların piyasaya girmelerini kolaylaştırma, rekabet ortamı oluşturma dolayısıyla tüketicilere tercih yapabilme imkânı sağlama, ölçek ekonomisinin oluşumuna taban sağlama ve SEPA sistemini yaygınlaştırma gibi katkıları olduğu ileri sürülmektedir³¹⁵. Bu Yönerge, ödeme faaliyetleri kapsamındaki tüm faaliyetlere dair ortak bir alan ve standartlar bütünü oluşturma dolayısıyla, dönemi itibariyle, teorik *tek/ortak ödeme alanı* projesini hayata geçirmeye en çok yaklaşan yasal düzenleme niteliği taşıdığı için Avrupa ödeme hizmetleri anlamında önemli bir dönüm noktasıdır.

Ocak 2016 itibariyle yürürlüğe giren İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi³¹⁶ her ne kadar teknik olarak Avrupa hukukunda kural olduğu üzere, mevcut mevzuatın (Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin) yürürlüğe girmesinden itibaren beş sene sonra gözden geçirilmiş hali olsa da pratikte iki mevzuat arasında ciddi farklar bulunması, geçen sürede mevcut mevzuatın revize edilmesini gerektiren piyasa değişikliklerinin oluştuğunun göstergesidir. İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'ndeki değişikliklere gerek duyulmasının sebebi, öncelikle Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin üye ülkelerce yerel hukuka farklı şekillerde entegre edilmesinden kaynaklanan yasal farklılıkları uyumlaştırmak ve ödeme hizmetleri alanında Avrupa çapında bir standarda kavuşmak olsa da mevzuatın asıl yoğunlaştığı noktaların piyasada bankacılık hizmetlerindeki

³¹⁴ Avrupa Komisyonu, Bilgi Formu, **Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi: Sık Sorulan Sorular**, Brüksel, 12.01.2018.

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_en.htm (Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

³¹⁵ Avrupa Komisyonu, **Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi**.

³¹⁶ Halihazırda İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi yürürlükte olduğundan ve mevzuatın daha önce mevcut olmayan hukuki müesseseleri içermesinden dolayı Çalışma'nın bu kısmı yoğunlukla İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'ne odaklanmaktadır.

dijitalleşme ve FinTek kaynaklı değişikliklerden dolayı oluşan yasal boşlukları doldurmak olduğu gözlenmektedir. Kanun koyucu, İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nde daha önceden mevcut olmayan ve FinTek hizmetleri sunan yeni piyasa oyuncularına dair tanımlar yaparak açıkça piyasalarda rekabeti teşvik etmiş ve böylece FinTek şirketlere piyasada yer açılması için gerekli altyapının temellerini atmıştır. Kanunlaştırma çalışmaları sırasında (FinTek uygulamaları da kapsayan) ödeme sistemleri ve hizmetleri anlamındaki son gelişmeleri göz önüne alarak düzenlenen İkinci bir Ödeme Hizmetleri Yönergesi, şüphesiz ki tüketicinin korunması anlamında da yol kat eden bir mevzuat olmuştur.

İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin Gerekçe kısmında *birçok yenilikçi ödeme ürünleri veya hizmetleri tamamen veya büyük bölümde Yönerge 2007/64/EC'nin kapsamı içerisinde değildir. Dahası, piyasadaki gelişmeler dikkate alınınca, Yönerge 2007/64/EC'nin kapsamı ve özellikle belirli ödemeyle alakalı etkinlikler gibi bu kapsamdan hariç tutulan unsurların bazı durumlarda çok belirsiz, aşırı genel olduğu veya tek kelimeyle, güncel olmadığı görülmüştür. Bu da belirli alanlarda yasal belirsizliğe, ödeme zincirinde potansiyel güvenlik risklerine ve tüketici korunmasının yokluğuna yol açmıştır* denmek suretiyle yeni ödeme sistemleri açısından Yönerge 2007/64/EC'nin piyasanın gerisinde kaldığını vurgulanmıştır.

İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin ana amaçları kısaca genel olarak entegrasyonu artırma ve daha efektif bir AB ödeme pazarını desteklemeye ek olarak FinTek girişim şirketleri gibi yeni oyuncuların olduğu ve yeni nesil ödeme ürün ve hizmetlerinin ortaya çıktığı bir ortamda rekabeti teşvik etmek olarak özetlenebilir³¹⁷. Yasa koyucular İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi'nin sektördeki inovasyonu artırmak suretiyle daha yüksek seviyede şeffaflık, güvenlik, hizmet seviyesi sağlayacağını ve ayrıca kullanıcı fiyatlarını olumlu yönde etkileyeceğini beklemektedirler³¹⁸. Bu düzenleme ile temelde elektronik

³¹⁷ Markos Zachariadis, Pınar Özcan, **The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking**, Swift Institute Working Paper No. 2016-001, Warwick, 15.06.2017, s. 4.

³¹⁸ Zachariadis / Özcan, a.g.e.

ödemelerin daha ucuz, daha güvenli ve daha külfetsiz olması gayesi güdülmektedir.

İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi, ödeme hizmet sağlayıcılarına ait ayrıma dair kuralları belirlemeye ek olarak, ödeme hizmetlerine ait koşulların şeffaflığı ve bilgi yükümlülüklerini ve ödeme hizmeti kullanıcı ve hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir³¹⁹. Yönerge’de ödeme hizmetlerine dair çerçeve sözleşmelerin içerikleri ve fesih edilmesi, tüketicilerin bilgi alma hakkı, ücretlendirme politikaları, hizmet koşulları, kimlik doğrulama, ödeme hizmeti sağlayıcısı olabilmek için gerekli koşullar ve başvuru şartları gibi genel kapsamlı hükümler yer almaktadır. Yönerge, bir ayağı Avrupa Ekonomik Topluluğu’nda olan tüm ödeme işlemlerini, ödeme para biriminin Avrupa Ekonomik Topluluğu para birimlerinden olup olmadığı önemli olmaksızın, kapsamı içine almıştır.

İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi’nde dikkat çeken değişikliklerden biri, Hesap Bilgileri Hizmeti (*Account Information Service*), Ödeme Başlatma Hizmeti (*Payment Initiation Service*), Hesap Bilgileri Hizmet Sağlayıcıları (*Account Information Service Providers* ya da *AISPs*) ve Ödeme Başlatma Hizmet Sağlayıcıları (*Payment Initiation Service Providers* ya da *PISPs*) gibi yeni (ve FinTek hizmetleri kapsamında kabul edilen) müesseselerin takdimi olmuştur. Genel anlamda bu yeni hizmet faaliyetlerinin kapsamı müşteriler ile kredi kurumları arasında veri transferinin naklinden ibarettir ve mevzuat, bu üçüncü kişi hizmet sağlayıcılarına (*third party service providers* ya da *TPPs*) standart bir erişim hakkı bahşetmiştir. Buna göre, Hesap Bilgisi Hizmeti (Madde 4/16), *ödeme hizmeti kullanıcısı tarafından ya başka bir ödeme hizmeti sağlayıcısı ya da birden fazla ödeme hizmeti sağlayıcısı tarafından tutulan bir ya da daha fazla ödeme hesabıyla ilgili konsolide bilgi sağlayan çevrimiçi bir hizmet*; hesap hizmeti ödeme hizmeti sağlayıcısı (Madde 4/17) ise *ödeme yapan kişi için bir ödeme hesabı sağlayan ve bu hizmeti veren bir ödeme hizmeti sağlayıcısı* olarak tanımlanmış; Hesap bilgi hizmet sağlayıcısı (Madde 4/19), *Ek I’in (8). Maddesinde atıfta bulunulan ticari faaliyetleri takip eden bir ödeme hizmeti*

³¹⁹ Madde 1.

sağlayıcısı şeklinde açıklanmıştır. Ödeme başlatma hizmeti (Madde 4/15) ise; *başka bir ödeme hizmeti sağlayıcısında tutulan bir ödeme hesabıyla ilgili olarak ödeme hizmeti kullanıcısının isteği üzerine bir ödeme emri başlatma hizmeti*; ödeme başlatma hizmeti sağlayıcısı (Madde 4/18) ise *Ek I'in (7) numaralı maddesinde atıfta bulunulan ticari faaliyetleri takip eden bir ödeme hizmeti sağlayıcısı* olarak tanımlanmaktadır.

Bu kapsamda Hesap Bilgileri Servis Sağlayıcıları, kullanıcının hesabına veya hesap hareketlerine ilişkin verileri doğrulamak (hesap numarası ile hesap sahibinin adı uyuşuyor mu, hesap hareketlerinde doğrudan ödeme reddine ilişkin bir kayıt var mı, hesap bakiyesi yeterli mi), hesap bilgilerini analiz etmek veya müşterinin farklı kredi kurumları nezdindeki tüm hesaplarına aynı anda erişmesini sağlamak gibi amaçlarla kullanıcının banka hesabına erişim sağlamaktadır. Örnek olarak bu veriler kişisel yatırım danışmanlık hizmetleri veya müşterinin kredi talebinin risk değerlendirmesi kapsamında kullanılabilir. Bu hizmet kapsamında üçüncü kişilere erişim sağlandığı ifadesinden, faaliyet kapsamında erişilen verilerin doğrudan üçüncü kişilere transfer edildiği anlamı çıkarılmamalıdır. Bu noktada Hesap Bilgileri Servis Sağlayıcıları, eldeki verileri analiz ederek sözleşme tarafı kişilere sadece (belirtilen IBANa sahip hesabın X kişisine ait olduğu bilgisi) doğrulama yollamakta, (hesap bilgilerinin tamamı veya hesaba erişim bilgileri gibi) verinin tamamının transfer edilmesi söz konusu olmamaktadır.

Ödeme Başlatma Hizmet Sağlayıcıları ise, müşteri namına ödeme hizmeti gerçekleştirmekte ve çevrimiçi hizmet sunan tacirlere ödeme tasdiki sağlayarak alım-satım işlemlerinde düzenli akışı garantilemektedirler. Bu hizmet kapsamında, elektronik ticaret alanında yeni ödeme sistemlerinin keşfedilmesi beklenmektedir.

Her iki hizmet hudutları içerisinde hizmet sağlayıcıların verilere erişiminin uygulama arayüzleri³²⁰ (API) aracılığıyla yapılması öngörülmüştür. Bu sistemin

³²⁰ API yani *Uygulama Programlama Arayüzü* farklı yazılım sistem veya parçalarının birbiri ile efektif olarak iletişim kurmasını sağlayan sanal gereçlerin tümüne verilen bir isimdir (Rachel Nienaber, **"Banks Need to Think Collaboration Rather Than Competition"**, The FinTech

ilginç kısmı, bu veri erişim faaliyetlerinin gerçekleşebilmesi için müşterilerin onayı aranırken, müşterinin hesabının bulunduğu kredi kurumlarının izninin aranmamasıdır. İşte mevzuatın üçüncü kişilere bankalar tarafından hesap erişim izni verilmesini zorunlu kılan bu kısmı, mevzuatın çok eleştirilen yeniliklerinden olmuştur. Bankalar bu mevzuat uyarınca müşteri verilerini ve uygulama arayüzlerini (mevzuat kapsamında faaliyet gösteren) üçüncü kişilere açarak, tüketicilerin izin verdiği oranda bu üçüncü kişilerin piyasaya yeni ürün ve hizmet sunmalarına imkân sağlamaktadır. Bu kapsamda, İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi tüketicilere istedikleri hizmeti ve hizmet sağlayıcısını seçme hakkı vermekte ve ayrıca kurumlar arası veri akışını zorunlu ve olağan hale getirerek hizmet akışının sürekliliğini garantilemektedir. Piyasa rekabetini teşvik eden bu düzenleme bankaların nüfuzunu ve ellerindeki ticari kozları zayıflatırsa da rekabeti güçlendiren yönü ile bankacılık hukuku açısından çığır açmıştır. İşte kanun koyucu bu düzenleme ile *Open Banking*³²¹ akımının önünü açmış ve FinTek ödeme şirketlerinin yeni iş modelleri geliştirirken bankalarla pazarlığa oturma ve sözleşme akdetme zorunluluğunu ortadan kaldırmış; bir nevi ödeme hizmetleri kapsamında faaliyet gösteren FinTek şirketlerinin pazara girişini standart hale getirmiştir³²².

Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries, Londra, 2016, s. 20). Uygulama Programlama Arayüzleri, doktrinde yaygın olarak kabul edilen tarif ile, bilgisayar uygulamalarının, birbirleri ile, aralarındaki ortak dili kullanan ağlar üzerinden iletişim kurması olarak tanımlanmaktadır (Daniel Jacobson, Greg Brail, Dan Woods, **APIs: A Strategy Guide Creating Channels with Application Programming Interfaces**, Kaliforniya, 2011). Bu altyapı sayesinde tek bir ağ üzerinden farklı bilgisayar yazılımlarının iletişime geçmesi ve farklı uygulamaların birbirlerine ait fonksiyonları, kendi uygulamaları kapsamında kullanabilmeleri mümkün olmaktadır. Bankalar, Uygulama Programlama Arayüzleri sayesinde temel bankacılık sistemini tamamen açmadan FinTeklere ihtiyaçları kadarınca bankacılık altyapısına ulaşma imkânı sağlayabilmektedir.

³²¹ Avrupa bankaları ödeme hizmetlerini uygulama programlama arayüzleri yoluyla üçüncü kişilere açma yükümlülüğünde olduğu için bir nevi yasa koyucu tarafından FinTek ekosistemine zorla dahil edilmektedir. Bu uygulama, erişilmesi yasal anlamda problem yaratmayacak, hassas olmayan kullanıcı verilerini üçüncü kişilere açmayı hedefleyen ve bu sayede teknolojiyi bankacılık sisteminin doğal bir parçası haline getiren ve de daha geleneksel ve kapalı bankaları bile zorla FinTek ekosistemindeki değiş tokuşa dahil etmeyi amaçlayan ve Türkçe 'ye erişilebilir bankacılık' olarak çevrilmesi mümkün *open banking* projesi kapsamında geliştirilmiştir. Erişilebilir bankacılık, tüketicilerin banka hesap erişim bilgilerini üçüncü kişilerle paylaşmadan (ve dolayısıyla *screen scraping* metoduna kıyasla banka hizmet sözleşmelerini ihlal etmek zorunda kalmaksızın), tüm hesap bilgilerine aynı anda ulaşabilmelerine imkân sağlamaktadır. Bu sayede, tüketicilerin farklı finansal kurumlar arasında dağıtılmış varlıklarını, münferit platform ve uygulamalar üzerinden, tek onay ile yönetmeleri mümkün olurken; bu platform ve uygulamaları yöneten FinTek şirketlerinin, tüketicinin müşterisi olduğu her platformla tek tek iş birliğine girme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.

³²² Açık bankacılık faaliyetlerinin siber risklere karşı kırılğan olması ise finansal istikrara yönelik riskler arasındadır. Diğer taraftan, merkezileşmenin azalması ve ürün farklılaşması ile finansal

Mevzuatta banka hesabına ve hesap kapsamındaki verilerin erişimin bir hizmet olarak sunulması ve ödeme ve hesap hizmetlerinden yararlanmanın kullanıcılar için Madde 66 ve 67 kapsamında bir hak olarak tanımlanıyor olması sayesinde, tüketicilerin üçüncü kişi hizmet sağlayıcıları aracılığıyla, banka hesaplarını (hesabın bulunduğu bankanın onayını alma gereği olmaksızın) diğer kredi kurumlarına taşıma hizmetinden yararlanması mümkün hale gelmiştir³²³.

*hizmetlere erişimin kolaylaşması, finansal istikrara katkı sağlamaktadır. Bu çerçevede, FinTek firmalarının, ödeme hizmetleri ve kredi aracılık faaliyeti alanlarında rekabeti artırarak bankaların kârlılığını azaltması ve risk iştahının artmasına yol açması görülmektedir. Açık bankacılık faaliyetlerinin siber risklere karşı kırılgan olması ise finansal istikrara yönelik riskler arasındadır. Diğer taraftan, merkezileşmenin azalması ve ürün farklılaşması ile finansal hizmetlere erişimin kolaylaşması, finansal istikrara katkı sağlamaktadır (TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı: 28, Ankara, 2019, s. 16).*

323 Müşteri, bankaya mevduat olarak belirli bir miktar para yatırdığı veya bankaca kendisinin talebi üzerine bir kredi tahsis edildiği zaman, müşteri adına ya bir "mevduat hesabı" veya bir "kredi hesabı" açılır. Hesaplar gerçekte sahipleri bakımından alacak ve borç olarak tasnif edilmiş bulunan her türlü para hareketlerini toplu olarak gösteren ve belirli muhasebe kurallarna uygun olarak tutulan muhasebe kayıtlarıdır, yani banka ticari defterlerinin bir tamamlayıcı belgesidir (İbrahim Kaplan, **"Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininde Uygulanacak Kurallar"**, AÜSBFD, 1994, C: 49, s. 273-289, s. 273). Hesabın açılması ve işlenmesi TBK'da düzenlenmemiş olan hesap açma sözleşmesi veya kısaca hesap sözleşmesi bağlamında gerçekleşir. Hesap açma sözleşmesini banka yönünden en önemli edimi paranın saklanması ve sahibinin istemine göre üzerinde tasarrufa bankaca izin verilmesidir (Tekinalp, s. 442). Kural olarak banka hesabı üzerinde hesabın hakiki sahibinin veya onun kanuni veya iradi temsilcisinin hesap açma, hesaptan (çek, hesap cüzdanı veya kart vasıtasıyla) para çekme, hesabı kapatma, hesabı temlik etme, hesabı rehneme, para havalesi gibi tasarrufi işlemler yapma yetkisi bulunmaktadır. Bir kimsenin bankadaki hesap üzerinde tasarruf yetkisine haiz olması bazen de yürüttüğü makamdan veya görevden kaynaklanır (Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, s. 189 vd). Şu hâlde Türk hukukunda hesap üzerinde tasarruf yetkisi aslen bankaya değil, hesap sahibine aittir ve bankanın hesap üzerindeki tasarruf yetkisi sözleşmeye, hesap sahibinin veya temsilcinin talimatına ya da kanunun verdiği yetkiye dayanmaktadır. Kanunen bankalara hesap üzerinde verilen tasarruf yetkisine, mevduatın zamanaşımına uğraması halinde TMSF'ye gelir olarak kaydedilmesi (Bankacılık Kanunu Madde 62) ve 01.11.2006 tarihli, 26333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Madde 8/3 uyarınca TMSF tarafından bildirilecek bankalara devredilmesi örnek gösterilebilir. Yine 26751 sayılı ve 09/01/2008 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'in 22. Madde'si uyarınca müşteri kimlik tespitinin doğrulanamaması dolayısıyla iş ilişkisine son verilmesi ve banka hesabının kapatılması da benzer şekilde bankaların hesap üzerindeki tasarruf yetkilerine ait bir örnektir. Nitekim bankaların GİŞ'lere hesapta bakiye olmaması ve sözleşmeye aykırılık gibi nedenlerle hesabı kapatma yetkileri bulunduğu dair hükümler eklemesi durumuna pratikte sık rastlanmaktadır (bkz. ING Bank A.Ş. Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi, Madde 22 ve 23; https://www.ing.com.tr/tr/ing/hakkimizda/engelsiz-bankacilik-sozlesmeleri/bankacilik_hizmetleri_sozlesmesi_2017).

(Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

Bu tasarruf yetkisine dair sınırlar ise Bankacılık Kanunu Madde 61'de "4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat veya katılma hesabı sahipleri ile kredi kuruluşları arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır" şeklinde düzenlenmektedir.

Madde 66 ve 67'nin son fıkraları, (ödeme ve hesap) erişim hizmetlerinden yararlanmak için bankalar ve hizmet sağlayıcılarının arasında bir sözleşmenin mevcut olmasına dair bir zorunluluk bulunmadığının altını çizmektedir. Yönerge'nin banka hesabı üzerinde üçüncü kişi hizmet sağlayıcıları aracılığıyla tasarruf yetkisini müşteriler için bir hak olarak tanımlaması, bir açıdan bankanın sunduğu hizmetlerle sınırlı kalmaksızın banka hesabına dair tasarrufta bulunma hakkına erişilmesine yol açmıştır³²⁴. Bu bağlamda 2014/92/EU sayılı, Ödeme Hesaplarına Dair Ücretlerin Karşılaştırılması, Hesap Transferi ve Temel Özelliklere Sahip Hesaplara Erişim Hakkında Yönerge'nin 10. Maddesi'nde kapsamlı olarak düzenlenen banka hesabını başka bir bankaya taşıma işlemi, hesap erişimi hizmetleri sayesinde, herhangi bir mobil GSM operatörü tarafından sunulan bir telefon hattının başka bir operatöre taşınmasına benzer bir işlem hale gelmiştir: şu haliyle banka hesabının taşınması halinde hesap numarası yenilenmeksizin³²⁵ ve banka hesabına bağlanmış otomatik ödeme talimatları³²⁶ ve hesap geçmişi sıfırlanmaksızın, aynen yeni hizmet sağlayıcısı bankaya transfer edilebilecektir.

Yönerge kapsamında getirilen bir başka yenilik de ödeme hizmet faaliyetleri kapsamında aranan özel güvenlik önlemleridir (güçlendirilmiş güvenlik ve

³²⁴ Daha önce literatürde yer almayan ve İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi kapsamında "ödeme hizmeti kullanıcısı tarafından ya başka bir ödeme hizmeti sağlayıcısı ya da birden fazla ödeme hizmeti sağlayıcısı tarafından tutulan bir ya da daha fazla ödeme hesabıyla ilgili konsolide bilgi sağlayan çevrimiçi bir hizmet" olarak tanımlanan Hesap Bilgisi Hizmeti (Madde 4/16), banka müşterilerinin hesap bilgilerine erişim sağlamaktadır. Hesap bilgisi hizmeti sağlayıcıları, müşterilerin talebi üzerine, açık bankacılık altyapısını kullanarak hesap bilgilerine erişerek bu verileri (Yönerge Madde 67'deki sınırlar dahilinde) ticari olarak kullanabilmektedir. Bu verilerin kullanım alanlarına tüm banka hesaplarını tek kanaldan yönetmeyi mümkün kılan mobil uygulamalar, birikim ve skorlama hizmetleri olduğu kadar, 2014/92/EU sayılı, Ödeme Hesaplarına Dair Ücretlerin Karşılaştırılması, Hesap Transferi ve Temel Özelliklere Sahip Hesaplara Erişim Hakkında Yönerge'de detaylı olarak tanımlanan hesap değiştirme (*account switch, account change*) hizmetleri de dahildir. Yönerge öncesinde de mümkün olan hesap erişim hizmetlerinin Yönerge ile zorunlu hale getirilmesi yani bankaların rızası olup olmadığına bakılmaksızın sağlanabiliyor olması, bankaların hizmet kapsamı ile sınırlı kalmaksızın farklı tedarikçilerin hizmetlerinden yararlanma imkânı sunmaktadır.

³²⁵ Hesap değişimi sonrası eski banka hesap numarasının kullanımına devam edilmesi, yeni hesap açımı yapan bankanın insiyatifindedir ancak IBAN ve banka tanımlama kodu olan BIC (*Bank Identifier Code*), bankaya özel belirteçler içerdiği için bu iki kodun da yenilenmesi gerekecektir. Uygulamada hesap değiştirme hizmetleri, hesabın transfer edildiği bankada yeni bir hesap açılması suretiyle gerçekleştirildiği için, müşteriye yeni bir hesap numarası verildiği ve hesaba ilişkin tüm belirteçlerin yenilendiği görülmektedir.

³²⁶ Otomatik ödeme talimatları, pratikte hesap bilgisi hizmet sağlayıcıları tarafından yeni hesap bilgilerinin (kira ödeme talimatı) abonelik sözleşmesi kapsamında ödeme yapılması gereken kuruma bildirilmesi suretiyle yenilenmektedir.

tanımlama kriterleri³²⁷). "*Bilgi olarak kategorize edilmiş iki veya daha fazla öğenin (yalnızca kullanıcının bildiği bir şey), sahip olduğu malın (kullanıcının sahip olduğu şey) ve bağımlı olan (kullanıcının yaptığı) bir şeyi içeren, birinin ihlali başkalarının güvenilirliğini tehlikeye atmamak ve kimlik doğrulama verisinin gizliliğini korumak üzere tasarlanmış kimlik doğrulaması*" olarak tanımlanan³²⁸ güçlü müşteri kimlik doğrulaması kapsamında, ödeme işlemlerinin geçerli olması için işlemin mevzuat tarafından tarif edilen unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. İşlemin *sadece kullanıcının bildiği bir şey* (mesela bir şifre), *kullanıcının zilliyedindeki bir şey* (mesela bir telefon veya bilgisayar) ve kullanıcının mütemmim cüz'ü olan, *kalıtsal bir şey* (mesela parmak izi veya başka herhangi bir biyometrik unsur) öğelerinden en az ikisini içermesi halinde işlemde kanunen öngörülen iki faktörlü kimlik doğrulama (*two-factor authentication*) kullanıldığı kabul edilmektedir ve bu yöntemin kanunen istisna tutulan işlemler haricindeki tüm ödeme işlemlerinde kullanılması öngörülmektedir. Bu öğelerin her birinin birbirinden bağımsız bir düzeneğe sahip olması gerekmektedir.

EBA, çeşitli teknik standart (*Regulatory Technical Standards*) şartnameleri yayınlarak mevzuat kapsamındaki güçlendirilmiş güvenlik ve tanımlama kriterleri³²⁹ gibi konuları açığa kavuşturmaya çalışmıştır.

İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi bir yandan kanunen belirlenmiş operasyonel standartlar ve ödeme servis sağlayıcılarına getirilmiş bildirim yükümlülükleri ve sorumluluk çerçevesi ile tüketicilerin maruz kaldıkları operasyonel riskler ve piyasa risklerini azaltmaya çalışırken; bir yandan da tüketicilerin her işlemde ayrı ayrı onay vermeksizin kullanabileceği konsolide hesap ve bu hesaba erişim sağlayan bir dijital kimlik konsepti yaratılmasına dair çalışmalara ön ayak olmuştur. Yönerge ayrıca sayılan değişiklikler kapsamında kredi kurumları ve ödeme hizmet sağlayıcılarının mevcut operasyonel süreçlerini

³²⁷ "Strong customer authentication"

³²⁸ İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi, Madde 4/30.

³²⁹ European Banking Authority, **Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)**, EBA/RTS/2017/02, 23.02.2017.

gözden geçirmesini gerekli kılarak bu kurumlara ciddi bir külfet yüklemiştir. Ancak Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gerekli tüm hukuki, teknik ve operasyonel değişiklikleri yapmak için uğraşan kredi kurumlarının çoğunun, adaptasyon süresinin sonu olan Ocak 2018 tarihinin üzerinden bir yıldan fazla süre geçmiş olmasına rağmen, halen tüm koşulları sağlayamadığı gözlenmektedir.

b. Sınır Ötesi Ödemeler ile İlgili Düzenlemeler

Sınır ötesi ödemeler, tüketici finansal hizmetlerinin ve Avrupa Birliği ekonomisinin entegrasyonu için elzem olduğu halde sınır ötesi ödemelerde sınırlamalar ve talep edilen fahiş ücretler Tek Pazar'ın tamamlanmasını önlemektedir³³⁰. Bu sebeple, toplam 50.000 Euro (veya eşdeğer İsveç Kronu) miktarını aşmayan sınır ötesi ödemelere dair hükümleri kapsayan (EC) 2560/2001 sayılı, Euro Kullanılan Sınır Ötesi İşlemlere Dair Tüzük, iç pazar ve Avrupa içi sınır ötesi pazarı uyumlaştırmayı ve ödeme hizmetleri arasında iç pazar ve sınır ötesi hizmetler arasındaki ücret farklarını eşitlemeyi amacıyla düzenlenmiştir. Ancak söz konusu mevzuatın Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi ile arasındaki, özellikle terim ve tanımlardan kaynaklanan uyumsuzluklardan dolayı bu mevzuatın güncellenmesi gereği doğmuştur³³¹.

Yürürlüğe girmesi ile (EC) 2560/2001 sayılı, Euro Kullanılan Sınır Ötesi İşlemlere Dair Tüzük'ü yürürlükten kaldıran (EC) 924/2009 sayılı, Topluluk İçerisindeki Sınır Ötesi İşlemlere Dair Tüzük'ün, Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi kapsamındaki, Topluluk içinde gerçekleşen işlemlere, işlemin para birimine bakılmaksızın uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hükmün sözel yapısından hareket edildiğinde mevzuatın isminden anlaşılabacağı üzere, Tüzük Avrupa içerisindeki sınır ötesi ödemeleri, ödeme işlemine dair para birimi fark etmeksizin kapsamaktadır. Bu mevzuat, bahsi geçen özellik dolayısıyla mülga mevzuattan daha geniş kapsamlı olarak algılanmalıdır.

³³⁰ European Commission, "Proposal for A Regulation of The European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 924/2009 as regards certain charges on cross-border payments in the Union and currency conversion charges", 2018/0076 (COD), 28.03.2018, Brüksel, s. 1.

³³¹ (EC) 924/2009 sayılı Tüzük, Gerekçe (4).

Tüzük, Topluluk içinde gerçekleştirilen ve 50.000 Euro (ya da muadili Topluluk para birimi) miktarı ile sınırlı işlemler için ödeme hizmet sağlayıcılarının talep edebilecekleri ücret miktarını standartlaştırmış olması dolayısı ile ödeme mevzuatı açısından önemli bir konuma sahiptir. Ancak Euro alanı içinde yer almayan Üye Ülkelerin hukuki konumu, mevzuatın kapsamına dahil olmasına rağmen bu mevzuattan gerektiği kadar fayda sağlayamamıştır ve bu sebeple bu ülkelerde sınır ötesi ödemeler için çok yüksek ücretler sarf edilmektedir³³². Bu tarz bir uygulama Birlik içerisinde istemsiz olarak iki farklı ödeme hizmeti kullanıcısı kategorisi yaratmaktadır³³³. İşte hem tüketicinin sınır ötesi ödemelerde hizmet, aracı kurum ve kur değişim ücretlerinden kaynaklanan mağduriyetini gidermek, hem ödeme hizmetlerine dair ücret politikalarının uyumlaştırılmasını sağlamak, hem de kur değişimi gerektiren işlemlere şeffaflık kazandırmak amacıyla, 2017 yılında³³⁴ Sınır Ötesi İşlemlere Dair Tüzük'ün ilgili hükümlerinin güncellenmesine dair kanunlaştırma çalışmalarına başlanılmış ve 28 Mart 2019'da Avrupa Komisyonu Tüzük'ü değiştiren Taslak³³⁵ metni teklif olarak sunulmuştur³³⁶. Avrupa Komisyonu'nun bu teklifi çerçevesinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu, Aralık 2018'de daha ekonomik sınır ötesi ödemeler ve daha adil kur değişimi prensipleri kapsamında politik bir anlaşmaya vararak, Birlik çapında gerçekleşecek değişimin ilk sinyallerini vermişlerdir³³⁷. Takiben, Şubat 2019'da AB Parlamentosu temsilcileri tarafından düzenlenen olağan toplantıda, Euro bölgesi içinde olan ve olmayan bankalar arasındaki sınır ötesi ödeme işlem ücretlerinin düşürülmesi ve kur değişim ücretleri ile ilgili

³³² European Commission, **Proposal for A Regulation of The European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 924/2009 as regards certain charges on cross-border payments in the Union and currency conversion charges**, 2018/0076 (COD), 28.03.2018, Brüksel, s. 1.

³³³ European Commission, a.g.e.

³³⁴ Çalışmalar 2017 tarihli *Consumer Financial Services Action Plan*'i takriben başlamıştır.

³³⁵ İlgili teklif metni için bkz: "Proposal for A Regulation of The European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 924/2009 as regards certain charges on cross-border payments in the Union and currency conversion charges", 2018/0076 (COD), 28.03.2018, Brüksel.

³³⁶ Daha fazla bilgi için bkz: Stefano Spinaci, **Cross-border euro transfers and currency conversions: A step forward in favour of the single market**, European Parliament Briefing, EU Legislation in Progress, Ekim 2018, s. 2 vd.

³³⁷ İlgili Avrupa Komisyonu Basın Açıklaması: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6856_en.htm (Son Erişim Tarihi: 11.04.2019)

tüketiciciye tam şeffaflık sağlanması yönünde karar çıkması³³⁸ sebebiyle bankaların sınır ötesi işlemlere dair ücretlendirme politikalarında derhal değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Oy çoğunluğu ile kabul edilen yeni kurallara göre, tüm bankaların, avro bölgesinde yer alıp almadıklarına bakılmaksızın, sınır ötesi ödeme işlem ücretlerini düşürmesi ve sene sonuna kadar, sınır ötesi ödeme işlem ücretleri ile yerel para birimi ile yapılan işlemlerin ücretlerini eşitlemesi ('*same charge*' yani *eşit ücret* kuralı) gerekecektir. Ayrıca, tüketicilerin her işlemde ödenecek tutardan ve ücretlerden hem ödeme gerçekleştirilen yerel para biriminde hem de hesabın para birimi kapsamında (SMS, e-mail, uygulama içi bilgilendirme gibi) ücretsiz elektronik bilgilendirme hizmetleri ile bilgilendirmeleri karara bağlanarak tüketicilerin satış veya para çekme işlemi anında öngöremedikleri gizli ücretlendirmelerden korunmaları ve bu sayede yıllık bir milyar Euro'ya tekabül eden bir ücret toplamından tasarruf edilmesi amaçlanmaktadır. Bankaların bu bildirim hizmetlerini ücretsiz olarak sunması ve ayrıca, havale işlemi tamamlanmadan önce banka para birimi dönüştürme işlem maliyetlerinin de tüketiciye ifşa edilmesi gerektiği de bu karar kapsamında öngörülen değişiklikler arasında yer almaktadır.

Bahsi geçen değişiklikler şüphesiz ki tüketicinin korunması anlamında önemli birer dönüm noktasıdır. Ancak son yıllarda bankalar tarafından talep edilen fahiş sınır ötesi para transfer ücretlerini ılımlı hale getirmek ve para transferlerini kolaylaştırmak suretiyle, sınır ötesi ödeme pazarını genişleten ve rekabeti artıran mobil para transfer hizmet sağlayıcılarının, bu kararın uygulanması sonrasında rekabet üstünlüğünü kaybedecekleri ve bu tarz FinTek iş modellerinin bir darbe alma ihtimalinin olduğu hususunun da bu karar kapsamında tartışılması yerinde olur kanaatindeyiz.

³³⁸ Avrupa Parlamentosu'nun konuyla ilgili haberi: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190207IPR25223/eu-cross-border-payments-outside-eurozone-meps-scrap-excessive-fees> (Son Erişim Tarihi: 11.04.2019)

c. Elektronik Para ile İlgili Düzenlemeler

Ticaretin gelişimi ile birlikte insanlar çeşitli ödeme araçları kullanmaya başlamıştır³³⁹ ve piyasada itibari para ve dolayısı ile nakit ödemelere alternatif ödeme yöntemlerine ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Ödeme sistemlerindeki dijitalleşmenin bir sonucu olarak piyasada yaygınlaşmaya başlayan elektronik ödeme yöntemleri, çeşitli yazılım ve donanım şekilleriyle günümüzde geniş bir kullanım alanına sahiptir. İşte elektronik para (*electronic money* ya da *e-money*) da bu kapsamda geliştirilen elektronik ödeme yöntemlerinden³⁴⁰ bir tanesidir ve paranın fiziksel konseptine ek olarak, simgesel konseptini de alaşağı ederek paraya sadece çevrimiçi varlık gösteren, soyut bir form kazandırmıştır³⁴¹.

Elektronik para, en basit tanımıyla, kullandığımız fiziki paranın elektronik temsili olarak ifade edilebilir³⁴². Temelinde bir ödeme vasıtası ve değer saklama aracı olan ve ayrıca, kullanım amacı ve fonksiyonu açısından itibari para ile arasında bir fark bulunmayan elektronik paranın hukuki açıdan itibari para ile arasında bazı bariz ayrımlar³⁴³ bulunmaktadır. Elektronik para kullanımının, gün boyunca yapılan işlemler sırasında gecikmiş veya hatalı ödemeler nedeniyle doğabilecek finansal riskleri azaltılması veya ortadan kaldırması ve ödemeleri yüz yüze yapılma zorunluluğunu ortadan kaldırma gibi faydaları³⁴⁴ olsa da elektronik paranın para politikasının etkililiği üzerindeki etkisi konusunda halen tartışmalar yaşanmaktadır³⁴⁵.

³³⁹ Hakan Bilir, Şerif Çay, "Elektronik Para ve Finansal Piyasalar Arasındaki İlişki", **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2016; 9(2), s. 21-31, s. 21.

³⁴⁰ Diğer önemli elektronik ödeme yöntemleri arasında kartlar (kredi, banka kartı; debit, pre-paid ve sanal kartlar), elektronik çekler, ATMLer ve elektronik transfer sistemleri (EFT, SWIFT, TARGET, Havale) sayılabilir.

³⁴¹ Nadia Piffaretti, "A Theoretical Approach to Electronic Money", **University of Fribourg, Faculty of Economic and Social Sciences Working Papers**, 1998, s. 3.

³⁴² Mehmet Sıddık Yurtçiçek, **Hukuki Açıdan Elektronik Para**, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 80.

³⁴³ Öncelikle, itibari para ihraç etme yetkisi devlet egemenliğine sıkı sıkıya bağlı ve kanunen merkez bankalarına tanınan bir yetki iken, elektronik para ihraç etme yetkisi, ilgili kanunlarca gereken şartları taşıyan ve gerekli izinleri edinmiş tüzel kişilerce kullanılabilen bir yetkidir. Başka bir fark açısından Avrupa ve Türk hukukundan örnek verilmesi gerekirse, itibari para kanunen tanımlanmadığı halde, elektronik para müessesesinin ilgili mevzuatlarca tanımlanmış olduğu görülmektedir.

³⁴⁴ Kıvanç Ülgen, **Elektronik Para: Türkiye ve Dünya Uygulaması**, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Lisansüstü Yüksek Lisans Tezi, Malatya, 2010, s. 54.

³⁴⁵ Ülgen, s. 57.

Elektronik para, ödeme yöntemleri arasından sıyrılmaya başlayınca, konuyla ilgili münferit hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. 1994 yılında Avrupa Birliği üye ülkelerinin merkez bankalarının katılımı ile hazırlanan rapor³⁴⁶ ile elektronik cüzdan ve ön ödemeli kart sistemleri üzerinden ilk defa elektronik para kapsamında çalışmalar yapılmaya başlanmış ve merkez bankalarının bu gelişmeleri yakından izlediği belirtilmiştir³⁴⁷. Raporun en önemli çıkarımlarından biri, o zamanlar elektronik cüzdan olarak anılan elektronik paranın sadece kredi kurumları tarafından ihraç edilebileceğinin vurgulanması ve ayrıca, gelecekteki mevzuat çalışmalarına işaret etmesidir. Kanun koyucuların çalışmaları sürerken, Avrupa Para Enstitüsü tarafından 1998'de yayımlanan yıllık raporda³⁴⁸ elektronik para kurumuna ilişkin ilk düşüncelerin şekillendirildiği görülmüştür. Bu rapora göre, 1997 yılında Avrupa Komisyonu, 1994 tarihli raporun aksine, kredi kurumu olmayan işletmelerin de elektronik para ihraç edebilmelerine imkân sağlayan bir kanun tasarısı hazırlamaya başlamıştır³⁴⁹ ancak, Avrupa Para Enstitüsü bu rapor aracılığıyla mevzu bahis gelişmeye karşı çıkmakta ve elektronik para ihracı yetkisinin kredi kurumları ile sınırlandırılması gerektiği hususunu vurgulamaktadır³⁵⁰. Aynı dönemde Avrupa Merkez Bankası tarafından yayımlanan raporda da elektronik para ihracı yetkisi ile ilgili olarak, Avrupa Para Enstitüsü'nün görüşlerine paralel bir görüş beyan edilmiştir³⁵¹. Bu raporda elektronik para "*teknik bir aygıtta depo edilebilen ve ihraççı dışında kalan işletmelere, işlemde banka hesaplarının kullanımına gerek olmaksızın ödeme yapmak amacıyla, geniş kapsamda kullanılan parasal değe*"r olarak tanımlanmıştır³⁵² ve yazılım bazlı elektronik para sistemlerinin, kart bazlı sistemlerden ve diğer ödeme araçlarından farkı ortaya konmaya çalışılmıştır³⁵³.

³⁴⁶ Raporun hazırlandığı dönemde elektronik para kullanım alanları ön ödemeli kartlar (*prepaid cards*) ve elektronik cüzdan (*electronic purse*) kapsamında düşünüldüğü için rapor da ön ödemeli kartlar çerçevesinde hazırlanmıştır. Nitekim bu hususa Avrupa Merkez Bankası tarafından 1998 tarihinde hazırlanan raporda da dikkat çekilmiş ve 1994 tarihli rapordan sonra yazılım bazlı elektronik para ürünlerinin gelişiminde büyük bir artış olduğu hususu vurgulanmıştır (European Central Bank, **Report on Electronic Money**, Frankfurt, 1998, s. 1).

³⁴⁷ "Working Group on EU Payment Systems, Report to the Council of the European Monetary Institute on Prepaid Cards, 2014"

³⁴⁸ European Monetary Institute, **Annual Report 1997**, Frankfurt, 1998.

³⁴⁹ European Monetary Institute, a.g.e., s. 74.

³⁵⁰ European Monetary Institute, a.g.e., s. 75.

³⁵¹ European Central Bank, **Report on Electronic Money**, Frankfurt, 1998, s. 3.

³⁵² European Central Bank, **Report on Electronic Money**, s. 39.

³⁵³ European Central Bank, **Report on Electronic Money**, s. 7.

Avrupa Merkez Bankası, elektronik para tanımını zaman içinde "*parasal bir değerin elektronik para ihraçısı dışındaki müesseselere ödeme yapmak için geniş çapta kullanılan teknik bir alet vasıtasıyla elektronik olarak depolanması*" olarak güncellemiştir³⁵⁴.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, elektronik para kullanılan ödemelerde, banka hesabı kullanılması gerekli değildir.

Elektronik para kapsamındaki münhasır ilk düzenleme 2000/46/EC sayılı Yönerge'dir (Birinci Elektronik Para Yönergesi). Yönerge, 2009/110/EC sayılı İkinci Elektronik Para Yönergesi'nin yürürlüğe girmesi ile ilga olmuş ve mevzuat mevcut haline dönüşmüştür. İlk Yönerge'den itibaren, kanun koyucu elektronik ticaretteki gelişmelerin önünü açmak, yeni katılımcıların pazara girişini teşvik etmek, rekabeti ve elektronik para kapsamındaki inovasyonu desteklemek ve hukuki belirlilik tesis etmek için ileriye yönelik kapsamda düzenlemeler yapmayı ve seçtiği için³⁵⁵, bu düzenlemeler diğer kanun koyuculara yol gösterici olmuştur. Nitekim kanun koyucunun elektronik paraya ilişkin düzenlemeleri Ödeme Hizmetleri Yönergesi'ne dahil etmek yerine, konuyla ilgili ayrı bir mevzuat düzenlemesi, kanun koyucunun elektronik para sistemlerinde gördüğü potansiyelin bir göstergesidir.

Birinci Elektronik Para Yönergesi elektronik parayı *toplanan fonlar karşılığında çıkarılan tutarı parasal değerinden az olmayan ve piyasaya sunan dışındaki teşebbüsler tarafından ödeme şekli olarak kabul edilen, elektronik aletlerde saklanan parasal değerler* olarak tanımlamıştır³⁵⁶. Bu tanım, İkinci Elektronik Para Yönergesi'nde 2007/64/EC sayılı Yönerge'nin 4 (5). Maddesi'nde belirtilen ödeme işlemlerini yapmak amacıyla kabul edilen fonların karşılığında ihraç edilen ve ihraç eden dışındaki bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kabul edilen, ihraççıdan olan bir alacağı temsil eden, manyetik de dahil olmak üzere

³⁵⁴Avrupa Merkez Bankası Websitesi.

https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html
(Son Erişim Tarihi: 05.04.2019)

³⁵⁵ Malte Krueger, E-money Regulation in the EU, **Robert Pringle and Matthew Robinson (eds.), E-Money and Payment Systems Review**, London: Centralbanking (2002), 239-251.

³⁵⁶ 2000/46/EC, Madde 1/3/b.

elektronik ortamda saklanan parasal değer şeklinde güncellenmiştir³⁵⁷. Bu tanımdan ve mevzuattaki diğer geniş kapsamlı düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu genel olarak mevzuat kapsamındaki ödeme sistemlerini sınırlı şekilde saymak yerine yoruma açık şekilde düzenlemek şekliyle kanunda öngörülemeyen, potansiyel elektronik ödeme sistemlerini de kapsayacak bir düzenleme getirilmeye çalışmış ve düzenlemeye konu sistemlerin gelecekte gelişme ve değişme ihtimalini de hesaba katmıştır. Bu yönüyle ilgili mevzuatın dinamik bir yapıya sahip olduğu çıkarımında bulunmak yanlış olmayacaktır.

Yönerge'nin önemli özelliklerinden biri, mevzuatın tek pasaport ilkesi üzerinde geliştirilmiş olması dolayısıyla, karşılıklı tanıma esası üzerinden sınır ötesi faaliyetlere imkân sağlıyor olmasıdır³⁵⁸. Yönerge'nin bir başka özelliği de mevzuatın elektronik para kuruluşları arasında hak ve borçlar açısından bir fark gözetmemiş olmasıdır. Kısaca Yönerge, uzmanlaşmış kuruluşlar için özel bir hukuki yapı ortaya koymaktadır.

Yönerge uyarınca elektronik para ihraç yetkisi, elektronik para ihraççılarına, 2006/48/EC sayılı Yönerge uyarınca kurulmuş yetkili kredi kurumlarına, yerel hukuk kapsamında elektronik para ihraç etmeye yetkili ciro kuruluşu olarak faaliyet gösteren postahanelere³⁵⁹, Avrupa Merkez Bankası'na, üye devlet merkez bankalarına ve 2006/48/EC sayılı Yönerge'nin 2. Maddesi altında tek tek sayılan diğer kuruluşlara bırakılmıştır. Sınırlı sayıda elektronik para ihraç eden kurumların ise Yönerge'den istisna tutulacağı ve Yönerge kapsamında doğabilecek hak ve borçlardan mesul tutulmayacağı açıkça belirtilmiştir³⁶⁰. Mevzuatta *elektronik para ihraççıları* kavramının yukarıda sayılan yetkili kurumları kapsadığını belirtmekle yetinilmiş ve ayrı bir tanım yapılmamıştır. Elektronik para kuruluşları ise *Elektronik Para Yönergesi kapsamında elektronik para ihraç etmek için yetkilendirilen kurumlar* şeklinde tanımlanmıştır³⁶¹ ve Yönerge'nin ilerleyen kısımlarında elektronik para kuruluşlarının acenteler

³⁵⁷ 2009/110/EC, Madde 2/2.

³⁵⁸ Yurtçiçek, s. 164.

³⁵⁹ Yurtçiçek, s. 165.

³⁶⁰ Ancak bu kurumların yine de üye devletler tarafından elektronik para siciline kaydedilmeleri gerekmektedir.

³⁶¹ 2009/110/EC, Madde 2/1.

aracılığıyla elektronik para ihraç edemeyecekleri ve diğer kredi kurumlarının faaliyet yetkisi dahilinde olan mevduat kabulü, kredi tahsisi ve sayılan diğer faaliyetleri gerçekleştirmeyecekleri belirtilmiştir. Yine toplanan fonlara elektronik para hamilinin zilyetlik süresine bağlı olarak faiz işletilmesi de (veya başka tür menfaatler sağlanması) Madde 12 uyarınca kanunen yasaklanmıştır.

Elektronik Para Yönergesi, elektronik para kuruluşlarına asgari kuruluş sermayesi zorunluluğu getirmektedir (Madde 4) ve ayrıca mevzuatta elektronik para kuruluşlarına ait öz kaynakların mevzuatta belirtilen sınırların altına düşmemesi gerektiği öngörülmektedir³⁶².

Elektronik Para Yönergesi'nin, sınırlı kullanım alanı olan ön ödemeli parasal enstrümanlarını³⁶³ açık bir şekilde düzenleme dışında bıraktığı görülmektedir. Bu kapsamda düzenleme dışı bırakılan ödeme enstrümanları arasında mağaza kartları ve mağaza hediye kartları, toplu taşıma kartları, üyelik kartları, yemek ve sair (çocuk bakımı, kuru temizleme vs.) hizmet çekleri sayılmaktadır. Ancak sınırlı kullanım alanı olan parasal enstrümanın genel kullanım alanı olan bir ürüne dönüşmesi halinde, bu ürünün artık kanunun istisnası olarak sayılamayacağının da altı çizilmiştir³⁶⁴. Ek olarak, ödeme aracı olarak kullanılan dijital ürün ve hizmetin ödeme aracı kullanıcısı ile hizmet ve ürün sağlayıcısı arasında aracı görevi yerine getirmiyor olması halinde de söz konusu hizmetin mevzuat kapsamında değerlendirilmeyeceği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu, elektronik parayı Yönerge'nin 6. Maddesi ile açıkça mevduat kapsamından çıkardığı için, elektronik paralar mevduat güvencesi kapsamında korumayacaktır. Bunun dışında, elektronik para kuruluşlarına elektronik para hamillerinden topladıkları fonların derhal elektronik paraya çevrilmesi zorunluluğunun getirilmiştir.

³⁶² 2006/48/EC sayılı Yönerge'nin 57(a) ve (b) alt maddelerinde sayılan kalemlerden oluşan ve 350.000 Euro'dan az olmayacak şekilde.

³⁶³ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, (5).

³⁶⁴ Mesela *Starbucks Card* gibi, Starbucks markasına özel bir mağaza kartının diğer mağazalarda da ödeme aracı olarak kullanılabilir genel bir ödeme aracına dönüşmesi halinde.

Yönerge’de tüketicilerin bilgilendirme hakkına ve faaliyetlerdeki şeffaflığın gerekliliğine dair hükümler de mevcuttur.

Elektronik para mevzuatı, Avrupa’da yeni FinTek iş modellerine öncülük etmesi dolayısıyla finansal inovasyon açısından önemli bir hukuki kaynaktır. Yönerge’nin elektronik ödemeler alanında hizmet veren ve banka lisansına sahip olmayan (ve ödeme hizmetlerini Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında bir bankadan temin etmeyen) FinTek şirketlerinin hepsi için uygulanabilirliği bulunmaktadır. Bu şirketlerin elektronik ödeme faaliyetlerinde bulunabilmeleri için üye devletlerden birinin mevzuatı uyarınca alınmış bir elektronik para lisansına sahip olması gerekmektedir.

Düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu elektronik para kuruluşlarının kuruluş ve işletilmesine dair münferit bir mevzuat düzenlemek ve elektronik para faaliyetlerini kredi kurumlarının faaliyetlerinden keskin bir şekilde ayırmak³⁶⁵ suretiyle yeni oyuncuların piyasaya girmesine imkân tanımış, faaliyetler etrafındaki yasak ve yükümlülükleri etraflıca düzenlemek dolayısıyla da piyasa ve tüketici koruması hususunda gereken önlemleri almıştır³⁶⁶. Yine de bu düzenlemeyi elektronik para kuruluşlarına uygulanan kuralların gereğinden fazla katı ve ağır olduğu gerekçesiyle eleştiren yazarlar da mevcuttur³⁶⁷.

Her ne kadar elektronik para müessesesi, tartışılmaya başlandığı ilk yıllarda devlet egemenliğini zayıflatması ve para politikalarına olumsuz etkisi dolayısıyla eleştirilmiş olsa da İkinci Elektronik Para Yönergesi’nin Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra birçok farklı kurumun piyasaya hizmetler sunması ve sistemi ilerletmesi durumu, kanaatimizce mevzuatın piyasadaki olumlu etkisini ortaya koymaktadır. Nitekim, halihazırda bir kanunlaştırma sürecinden geçmeden piyasaya sürülmüş bulunan sanal ve kripto para birimlerinin piyasada yarattığı risk

³⁶⁵ Yukarıda açıklanan düzenlemelere ek olarak Yönerge’de elektronik para kuruluşlarının kredi kurumlarının tabi olduğu bankacılık mevzuatlarının belirli kısımlarından hariç tutulacağı hususunun açıkça belirtilmesi de bu ayrımın bir göstergesidir.

³⁶⁶ Nitekim İngiltere gibi bazı üye ülkeler de yerel hukuk düzenlemeleri açısından bu tarz, teşvik edici kanunlaştırma yaklaşımlarını benimsemiştir.

³⁶⁷ Yurtçiçek, s. 167.

ve panik ortamı göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun bu tarz öngörülü ve esnek yaklaşımının uzun vadede faydalı bir yaklaşım olduğu aşıkardır.

d. Karta Dayalı Ödeme İşlemleri Kapsamındaki Karşılıklı Değişim Ücretleri Hakkındaki Tüzük

(EU) 2015/715 sayılı bu düzenleme özellikle karta dayalı işlemler için değişim ücretlerinin alınması çerçevesindeki kuralları tanıtmakta ve karta dayalı ödemeler için bütünleşmiş, etkili bir pazarın gerçekleştirilmesini hızlandırmayı amaçlamaktadır³⁶⁸.

Yönerge kapsamında Birlik içerisinde gerçekleştirilen ve karta dayalı ödeme işlemleri dolayısıyla tahakkuk eden karşılıklı değişim ücretleri (*interchange fees*) kapsamında bir tavan yaratılmıştır. Böylece Birlik çapında bankalarca talep edilebilecek karşılıklı değişim ücretleri standartlaştırılmış ve bankaların kâr marjına kota konulmak suretiyle kart ödemeleri kapsamındaki tüketici koruma hükümleri sağlamlaştırılmıştır. Bu değişiklikler kart hizmetleri kapsamında bankalar ve FinTek şirketlerin kar marjlarını etkilediği için, düzenlemelerin kart hizmeti sunan FinTek şirketlerin iş modelleri açısından büyük önemi bulunmaktadır.

3. Tüketicinin Korunması ile İlgili Düzenlemeler

a. Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi

2005/29/EC sayılı, İç Pazardaki Tüketicilere Karşı Ticari İşletmeler Tarafından Yapılan Haksız Ticari Faaliyetlere Dair Yönerge, tüketicilere ulaştırılan ürün ve hizmetlerin tüketicileri yanlış yönlendirmesi ya da saldırgan pazarlama yöntemlerinin kullanılması gibi haksız ticari uygulamaların önüne geçmek amacıyla, ürün ve hizmetlerin pazarlanması çerçevesinde genel kapsamlı

³⁶⁸ İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi, Gereke (2).

ve üst düzey standartlar oluşturmaktadır. Yönerge'yle saldırgan ticari uygulamalar ilk kez Birlik seviyesinde düzenlenmiştir³⁶⁹. Düzenlemenin amacı Madde 1'de "*iç pazarın düzgün işlemesine katkıda bulunmak ve tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar veren haksız ticari faaliyetlere dair gerekli yasama çalışmalarını gerçekleştirmek suretiyle üstün seviyeli tüketici korumasına ulaşmak*" olarak ortaya konulmuştur.

Bu yönerge tüketicinin korunmasını amaçlayan diğer ikincil düzenlemelerden farklı olarak asgari değil, azami uyumlaştırmayı amaçlamaktadır³⁷⁰.

Yönerge, haksız ticari uygulamaları yasaklayan bir genel hüküm ve aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere iki temel haksız rekabet kategorisinden oluşmaktadır³⁷¹ ve bir ticari girişim tarafından tüketicilere herhangi bir hizmet kapsamında uygulanan ticari uygulamaların hepsini, hem ticari muameleden önce ve sonra hem de ticari muamele esnasında olmak üzere kapsamaktadır. Şu hâlde Yönerge'nin tüketicilere hizmet sunan FinTek şirketlerin faaliyetleri çerçevesinde de uygulanabilirliği bulunmaktadır.

b. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Hükümler Yönergesi

1993/13/AET sayılı, Tüketici Sözleşmeleri'ndeki Haksız Hükümlere Dair Yönerge, tüketicilerle tedarikçiler arasında akdedilen tüm sözleşmelerdeki haksız hükümlere dair düzenlemeler içermekte ve bu hükümlerin nasıl (tüketici lehine) yorumlanacağı hakkında hukuki bir çerçeve oluşturmaktadır.

Yönerge'nin 3. Maddesi'nde yer alan düzenlemeler, Yönerge'nin özellikle genel işlem şartları kapsamındaki haksız hükümlere odaklandığı göstermektedir. Nitekim maddede önce "*bireysel olarak müzakere edilmeyen ve sözleşme*

³⁶⁹ Mehmet Ali Aksoy, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri", **İÜHFİM**, C. LXXIII, S. 1, s. 279-318, 2015, s. 279.

³⁷⁰ Koray Güven, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springenheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme", **TBB Dergisi 2015 (120)**, s. 493-508, s. 501.

³⁷¹ Aksoy, s. 279.

kapsamındaki hak ve borçlar anlamında taraflardan biri için önemli bir dengesizlik yaratan sözleşme hükümleri haksız hüküm olarak kabul edilir" denmiş, sonra da *"bireysel olarak müzakere edilmeyen hükümler, önceden hazırlanan ve tüketicinin etkisinden ari standart sözleşmelerdir"* şeklinde bir açıklama yapılmıştır.

Madde 5, sözleşmedeki terim ve hükümlerin anlaşılabilir olması halinde bu hükümlerin tüketici lehine yorumlanacağını öngörmektedir.

Finansal hizmetler kapsamında tüketiciyle akdedilen sözleşmelerin çoğunun standart sözleşme olduğu göz önüne alındığında, bu Yönerge'nin (FinTek şirketler tarafından tüketicilere sunulan hizmetler de dahil olmak üzere) tüketici hizmetleri kapsamındaki tüm hukuki ilişkiler açısından uygulanabilirliği olduğu anlaşılmaktadır.

4. Kara Para Aklama ve Terörle Mücadele Kapsamındaki Düzenlemeler

a. Kara Para Aklama Yönergeleri

Kara para aklama ve terör finansmanın önlenmesi kapsamında, kredi kurumlarına müşterilerle iş ilişkisi kurmadan evvel *due diligence* süreçleri yürütme zorunluluğu getiren ilk Avrupa mevzuatı³⁷² 1991 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu *due diligence* prosedürleri; müşteri tanıma süreçlerinin takdimi, banka işlemlerinin gözetlenmesi, şüpheli işlemlerin raporlanması, banka çalışanlarının eğitimi gibi tedbirler aracılığıyla finansal sistemin kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlamaktaydı.

Halihazırda yürürlükte olan 4. Kara Para Aklama Yönergesi³⁷³, Birinci Kara Para Aklama Yönergesi'nin 2012 FATF Tavsiyeleri³⁷⁴ kapsamında güncellenmiş

³⁷² 91/308/AET sayılı Finansal Sistemin Kara Para Aklama Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Yönerge.

³⁷³ (EU) 2015/849 sayılı Finansal Sistemin Kara Para Aklama ve Terör Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Yönerge.

³⁷⁴ "2012 Recommendations of the Financial Action Task Force (FATF)".

halidir. Bu Yönerge'nin en başta artırılmış şeffaflık standartları başta olmak üzere, ulusal ve uluslararası risk değerlendirme kriterleri, kredi kurumları tarafından göze alınması gereken risk faktörleri, elektronik para transferleri için artırılmış *due diligence* yükümlülükleri, kumar faaliyetlerinde *due diligence* mükellefiyeti gibi konuları ele aldığı ve şirketlerin kara para aklama ve terörist finansmanı faaliyetleri ile bağlantılarının olması halinde mesul tutulmalarını amaçladığı görülmektedir. 4. Kara Para Aklama Yönergesi mülga mevzuattan farklı olarak kumarhaneler, kiralama faaliyetleri ile uğraşan emlakçılar ve 10.000 Euro'nun üzerinde tek işlem yapan gerçek ve tüzel kişileri de kredi kurumları ve finansal kuruluşlara ek olarak düzenlemenin kapsamına almaktadır (Madde 2). Mevzuatta, risk faktörleri arasında siyasi nüfuz sahibi kişilerin (*Politically Exposed Person* yani *PEP*) dışında, işin doğası gereği yüklü nakit sahibi işletmeler; inşaat, ilaç, silah, kamu ihalesi gibi riskli sektörler kapsamındaki faaliyetler; medya raporları, karmaşık ortaklık ve kontrol yapıları; tüzel kişi ortaklar, kaynağı saptanamayan varlıklar; yasağa tabi ülkelerle olan bağ ve ilişkiler ve yararlanma hakkına sahip kişilerin kimliğinde muallaklık olması halleri sayılmaktadır. Risk faktörlerini temel alan güçlendirilmiş *due diligence* (*enhanced due diligence*) yükümlülüklerinin şekli ve esasa dair kapsamı ve bu hallere aykırılık halinde kurumların sorumlulukları mevzuatta açıkça düzenlenmektedir. Ek olarak, elektronik kimlik tanımlama yöntemlerine mevzuatta yer verilmesi ile Üye Devletler arasındaki uygulama farklarının giderilmesi amaçlanmıştır.

Haziran 2018'de yürürlüğe giren 5. Kara Para Aklama Yönergesi³⁷⁵ ise 4. Kara Para Aklama Yönergesi'ni güncelleyen ve FinTek alanında gelişmeleri ciddi derecede yansıtan bir düzenlemedir. Özellikle 2016 tarihli Panama Belgeleri

³⁷⁵ (EU) 2018/843 sayılı Finansal Sistemin Kara Para Aklama ve Terör Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Yönerge.

skandalı³⁷⁶ sonrası gerekliliği anlaşılan³⁷⁷ bu düzenleme, *due diligence* yükümlülükleri için döneme dair teknolojik gelişmeler ve finansal uygulamalar kapsamında güncellemeler içermenin dışında; sanal para birimlerinin hukuksal olarak tanımlandığı Avrupa çapında ilk mevzuat olması açısından tarihi bir öneme de haizdir. Komisyon, bu düzenlemede lügata sanal para birimleri ve vasi cüzdan sağlayıcıları gibi tanımlar getirmek suretiyle sanal paralara erişimi kontrol etmeyi ve bu sayede şüpheli işlemleri denetleyebilmeyi; sanal para birimi uygulamaları kapsamındaki riskleri bertaraf etmeyi amaçlamaktadır.

³⁷⁶ Kısaca olay zamanında görev yürüten üst düzey kamu görevlilerine ve PEP'lere ait offshore hesaplar ve hesap hareketlerine dair verilerin kamuoyuna sızdırılmasından oluşan bir yolsuzluk skandalı olarak özetlenebilecek Panama Belgeleri, 2016 yılında Panama'da yerleşik bir hukuk firmasının Alman basınına yolsuzluğu kanıtlayan belgeleri sızdırması ile ortaya çıkmıştır. Panama Belgeleri ile ortaya çıkan kara para aklama vakaları göz önüne alındığında, mevcut mevzuat kapsamında köklü bankaların bile (bilerek veya bağlı şirketlerin faaliyetleri kapsamında, habersiz olarak) kara para aklama süreçlerine karıştığı anlaşılmıştır. Bu da kara para aklama mevzuatlarının özellikle gerçek lehdarın (*beneficial owner*) belirlenmesi kapsamında güncellenmesi ve güçlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler doğrultusunda ihtiyaç duyulan yeni hukuki altyapı Amerika'da "*customer due diligence (CDD) rule*" olarak adlandırılan müşteri tanıma kurallarına, Avrupa'da ise (EU) 2018/843 sayılı Yönerge'ye yansıtılmıştır. Şüphesiz ki bahsi geçen yeni hukuki çerçeve bankalar kadar FinTek şirketlerinin de faaliyetlerini kapsamaktadır. Ancak güçlendirilmiş kara para aklama yükümlülüklerinin FinTek piyasasına etkisi, bankacılığa olan etkisinden daha fazladır. Öncelikle, bahsi geçen yükümlülüklerin daha çok kişiye, en hızlı ve masrafsız şekilde finansal hizmet ulaştırmayı amaçlayan FinTek şirketleri için bir ihtilaf doğurduğunu düşünüyoruz. İşlem esnasında nihai lehdarı bulmak için çeşitli yasal prosedürleri yerine getirmesi gereken FinTek şirketlerinin bu artırılmış yükümlülükler doğrultusunda masrafları artmakta ve hizmet süreleri uzamaktadır. Ayrıca, FinTek şirketlerinin finansal katılım kapsamında hizmet dahiline aldığı, daha riskli ve şüpheli işlemler arasında görülen, yabancı uyruklulara veya finansal sistemde kaydı olmayan müşterilere dair veya sınır ötesi işlemlerin birçoğunu reddetmesi beklenecektir. Bu da FinTek hizmetlerini kapsayıcı, hızlı ve masraftan arı olmaktan çıkararak, uygulamada bankalara yaklaştıracaktır. Nitekim, Almanya'da geniş kitlelere hitap etmesi dolayısıyla yabancı uyrukluların tercih ettiği bankalar arasında sayılan N26 isimli mobil (FinTek) bankanın, BaFin tarafından bazı hesaplarda kara para aklama vakaları tespit edilmesi dolayısıyla uyarılması ve bankaya mevcut hesapların yeniden müşteri tanıma sürecinden geçirilmesi, bazı hesapların kapatılması ve teknik iyileştirmeler gibi talimatlar vermesi de kurumun FinTek banka güvenlik standartlarını kurumsal bankalarla eşleştirmeye çalıştığının göstergesidir. Tabii ki aynı faaliyetlerde bulunan iki müessesenin farklı yasal standartlara tabi olması düşünülemese de pratikte bu tarz uygulamaların küçük girişimleri yavaşlatacak ve hatta piyasadaki silecek gücü bulunmaktadır. (BNP Paribas, Société Générale, Deutsche Bank) gibi köklü bankaların bile kara para aklama vakalarından dolayı ceza aldığı göz önünde bulundurulduğunda, mevcut kara para aklama düzenlemelerinin pratikte yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Bu da kuralların güncellenmesi yerine baştan düzenlenmesi, *due diligence* süreçlerinde teknolojiye dayanarak yararlanmanın zorunlu tutulmasının gereğini göstermektedir. Kanaatimizce oluşturulacak yeni yasal çerçevelerde piyasadaki tüm kurumların aynı kurallara tabi tutulması yerine, FinTek faaliyetlerinde işlem özelliğine ve göre (mesela belirli ürünlerin ya da belirli miktarın altındaki ödemelerin hafifletilmiş *due diligence* yükümlülüklerine tabi olması) istisnalar getirilmesi, finansal inovasyonu destekleyici olacaktır.

İlgili BaFin talimatı:

https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2019/meldung_190522_N26_Bank_GmbH_Anordnung.html (Son Erişim: 11.07.2019)

³⁷⁷ https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-financing_en (Son Erişim: 11.07.2019)

Yönerge’de sanal para birimleri "*merkez bankası veya kamu otoriteleri tarafından ihraç edilmemiş veya garanti edilemeyen, resmi olarak ihraç edilmiş para birimlerine bağlı olmayan ve para birimi veya para statüsü bulunmayan ancak gerçek veya tüzel kişiler tarafından bir takas aracı olarak kabul edilen ve elektronik olarak gönderilmesi, saklanması ve değiş tokuşu mümkün olan, dijital itibar temsilcileri*" olarak tanımlanmıştır³⁷⁸. Bu tanım her ne kadar kripto, *Bitcoin*, *Ethereum*, *Ripple* gibi sanal para birimlerini, para birimlerinin (ödemeler, yatırım gibi) her türlü kullanım amacı itibarıyla kapsadığı görülmektedir. Mevzuat üye devletlerin kendi sınırları içerisindeki sanal para değiş tokuş faaliyetleriyle uğraşan gerçek ve tüzel kişiler ve vasi cüzdan sağlayıcılarının³⁷⁹ kayıtlı ve lisanslı olarak faaliyet göstermeleri gerektiğini düzenlemekte ve bu suretle kayıt dışı ve kara para aklama riski doğuracak işlemlerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Yönerge’nin sanal para birimleri hakkındaki düzenlemelere ek olarak elektronik para ihracına ve ön ödemeli kartlara dair kuralları sıkılaştırdığı görülmektedir. 5. Kara Para Aklama Yönergesi ile getirilen değişikliklerin kara para aklama uygulamaları açısından yerel kanun koyucular ve Avrupa Merkez Bankası arasındaki bilgi akışı ve ittifakı artırması; üçüncü ülkelerle yapılan işlemlerde risk değerlendirme kriterlerini genişletilmesi ve gerekli koruma kalkanının sağlanması; sanal cüzdanlar, ön ödemeli kartlar ve sanal para birimleri kullanılarak yapılan işlemlerde (işlemin doğasından kaynaklanan) anonimlik unsurunu sınırlandırması ve kurulan çeşitli kütükler aracılığıyla faal şirketler hakkında kamuoyuna daha fazla şeffaflık sağlanması beklenmektedir³⁸⁰.

³⁷⁸ Yönerge’nin 1. Maddesi kapsamında yapılan değişikliklerle bu tanım 4. Kara Para Aklama Yönergesi’nin 2. Maddesi’ne eklenmiştir.

³⁷⁹ İlk defa 5. Kara Para Aklama Yönergesi ile mevzuata aktarılan vasi cüzdan sağlayıcıları (*custodian wallet providers*), mevzuatta "*müşterileri adına, kripto paralara hamil olma, kripto paraları saklama ve havale etme ve özel kriptolu anahtarları muhafaza etme hizmetleri sağlayan bir teşebbüs*" olarak tanımlanmıştır.

³⁸⁰European Commission, Statement By First Vice-President Timmermans, Vice-President Dombrovskis and Commissioner Jourovà on the adoption by the European Parliament of the 5th Anti-Money Laundering Directive, Brüksel, 19.04.2018.

Yönerge'nin FinTek özelindeki önemine değinilmesi gerekirse, sanal para birimlerine dair düzenlemeler mevzuat kapsamında dikkat çeken ilk husustur. Sanal paraların ilk kez kanunen tanımlanması ve sanal para birimlerinin alışverişi kapsamında faaliyet gösteren vasi cüzdan sağlayıcılarının lisans yükümlülükleri kapsamına alınması kripto para faaliyetleri ile uğraşan FinTek şirketlerin konumunun netleştirmesi ve üye devlet mevzuatının uyumlaştırılması yönünde atılan önemli bir adımdır. Yine vasi cüzdan sağlayıcıları ve de sanal para değişim platformlarının (*virtual currency exchange platform*) da *due diligence* hükümleri kapsamına alınması yönündeki düzenlemeler, sanal para hizmeti sunan FinTek şirketlerinin kara para aklama mevzuatına tabi olup olmadığı hakkındaki tartışmaların son bulması ve kara para aklanmasının yükümlülükleri açısından piyasa standardı sağlanması açısından önemlidir.

b. Diğer Düzenlemeler

Kara para aklama ve terör finansmanının önlenmesi konusunda bahse değer bir başka düzenleme ise (EU) 2015/847 sayılı Para Transferlerinde Ödeme Yapana Dair Bilgi Kapsamındaki Tüzük'tür. Bu Tüzük bir yandan para transferleri kapsamındaki şekli yükümlülükleri uyumlu hale getirirken diğer yandan da kredi kurumlarına ve düzenleyici kurumlara şeffaflık sağlamak ve yasa dışı işlemlerin takibini kolaylaştırmaktadır.

Bunun dışında Komisyon, Finansal İstihbarat Üniteleri Arasında İşbirliği'nin Artırılması³⁸¹ ve Grup Şirket Bankaların Grup Seviyesinde Sınır Ötesi Uyum Standartları³⁸² kapsamında kanunlaştırma çalışmalarına devam etmektedir.

³⁸¹ Daha fazla bilgi için bkz: European Commission, **Commission Staff Working Document On Improving Cooperation Between EU Financial Intelligence Units**, SWD TY (2017) 275 final, Brüksel, 26.06.2017.

³⁸² Daha fazla bilgi için bkz: Council of European Union, **Commission Staff Working Document On on Anti-money Laundering Supervision Of And Reporting By Payment Institutions in Various Cross-Border Situations**, SEC (2011) 1178 final, Brüksel, 07.10.2011

5. Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Düzenlemeler

a. Veri Koruma Yönergesi

Nazi rejiminin farklı etnik ve toplumsal gruplara ilişkin oluşturduğu veriler, II. Dünya Savaşı sırasında korkunç katliamları kolaylaştırmıştır. Bu tarihsel temel, tutulan kişisel verilerin ayrımcılık ve diğer olumsuz niyetlerle kullanabileceğini göstererek, Avrupa’da bu verilerin bireyin kişilik hakları çerçevesinde kabul edilmesine ve korunmasına neden olmuştur³⁸³. Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin özel düzenlemelere konu edilmesinin ana nedeni, sadece bireylerin kişisel hakkının korunması değil, ayrıca bu koruma ile bilginin serbest dolaşımı arasındaki dengenin sağlanmasıdır³⁸⁴. Tüm bu sebeplerle, kişisel verilerin korunması hakkı, önce AİHS³⁸⁵ Madde 8’de düzenlenen konut ve haberleşme hakkına saygı gösterilmesi hakkı ve Avrupa Birliği’nin Yürürlüğüne Dair Sözleşme’nin (*Treaty on the Functioning of the European Union*) 16. Maddesi kapsamında sonra da 28.01.1981 tarihli, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (*Convention no. 108*) isimli uluslararası sözleşme kapsamında koruma altına alınmıştır.

Özel hayat ve kişisel verilere saygı hakkı konusunda, Üye Devletlerin veri koruma düzenlemeleri arasındaki farklılık ve çelişkileri gidererek uyumlu bir hukuksal düzen sağlamak üzerine çıkarılan, 95/46/EC sayılı, Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikğine İlişkin Yönerge (GDPD), bağlayıcılığı olan ilk metin olması sebebiyle³⁸⁶ pozitif düzenlemeler açısından önemli bir yere sahiptir. Bu düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin korunması kapsamındaki tüm meseleleri ele almaktadır³⁸⁷. Yönerge’nin kabulünden sonra AB’de kişisel verilerin korunması hakkına verilen önem daha da artmış ve söz konusu hak, temel bir insan hakkı olarak Avrupa

³⁸³ Bayram, s. 23.

³⁸⁴ Hüseyin Murat Develioğlu, **6698 sayılı Kişisel verilerin Korunma Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 1.

³⁸⁵ 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*European Convention on Human Rights*)

³⁸⁶ Bayram, s. 24.

³⁸⁷ 2002/58/EC, Gerekçe (10).

Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'da yerini bulmuřtur³⁸⁸. Ancak Yönerge'nin günümüzdeki veri akışının düzenlenmesi kapsamında yeterli olmamasından dolayı yeni bir mevzuata gerek duyulmuştur.

İşte bu yeni mevzuat, oluşturduğu sıkı hukuki çerçeve dolayısıyla Avrupa'da hararetili tartışmalara neden olan (EU) 2016/679 sayılı ve kısaca Genel Veri Koruma Tüzüğu (*General Data Protection Regulation* ya da *GDPR*) olarak anılan, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Kapsamında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Tüzük'tür.

Kişisel verilerin korunması hakkındaki yeni mevzuatın yönerge (*directive*) yerine doğrudan uygulanabilirliği olan tüzük (*regulation*) şeklinde düzenlenmesi üye devletlerin veri koruma sistemlerinin yeknesaklaştırılması açısından kritik bir gelişme olarak algılanmalıdır. 95/46/EC sayılı mülga Yönerge, her bir üye devlet tarafından iç hukuka farklı şekilde aktarılmış ve bu sebeple AB'de kişisel verilerin korunması hukuku alanında 28 farklı düzenleme paralel şekilde uygulanmıřtır³⁸⁹. Bu düzenlemeler 95/46/EC sayılı mülga Yönerge'de yaratılan temel prensiplere dayanıyor olsalar da aslında aralarında önemli farklılıklar mevcuttur³⁹⁰. şüphesiz ki AB'de yeknesak bir hukuki koruma inşa edilmesi dijital ortak pazar stratejisinin gerçekteştirilebilmesi açısından elzemdir³⁹¹.

Genel Veri Koruma Tüzüğu'nün, mülga Yönerge'ye kıyasla veri koruma hukuku açısından getirdiği ilk ve en önemli değişiklik, kanunun veri sahibi olarak şirket ve kurumlar yerine gerçek kişileri esas almış olmasıdır. Tüzük'ün birinci maddesinde kanunun amacının *kişisel verilerin işlenmesi ve verilerin serbest dolaşımına dair kurallar kapsamında gerçek kişilerin* korunması olduğu vurgulanmaktadır. Madde 2'de de mevzuat kapsamındaki verilerin otomasyon veya dosyalama faaliyeti kapsamında işleniyor olması veya verilerin bu kapsamda

³⁸⁸ Develioğu, s. 11.

³⁸⁹ Develioğu, s. 12.

³⁹⁰ Develioğu, a.g.e.

³⁹¹ Develioğu, a.g.e.

işlenmesi amacı güdülmesi hallerinde ilgili faaliyetin mevzuat kapsamında sayılacağı belirtilmektedir.

Kişisel veri (*personal data*) kavramı düzenlemede "tanımlanabilir veya tanımlanmış gerçek kişilere yani veri süjelerine (*data subject*) ait veriler" olarak tanımlanarak kişisel veri kavramının içeriği genişletilmiştir. Bu sebeple herhangi bir gerçek kişiyi ayırt etmek için kullanabilen her veri, mevzuatta sınırları belirlenen koruma kapsamına sokulmaktadır. Daha önceden ayrı ayrı tanımlanan veri toplama (*data collection*), saklama (*data storing*), *altering* (değiştirme), kayıt (*recording*), silinme veya yok etme, transfer yoluyla ifşa etme ve işleme (*data processing*) faaliyetleri, veri işleme (*data processing*) başlığı altında birleştirilmiştir ve bu faaliyetlerle uğraşan gerçek ve tüzel kişiler veri işleyen (*data processor*) terimi kapsamında tanımlanmaktadır.

Mevzuatta, verilerin işlenmesi ve saklanması kapsamında tamamen şeffaflık³⁹² sağlayan hükümlere rastlanmaktadır. Mevzuat, verilerin işlenmesi kapsamında toplanması gereken izinlerin şekil ve içeriklerine dair detaylı normlar içermektedir. Kanaatimizce bu hükümler sayesinde, kişisel veri toplama ve işleme faaliyetleri ile uğraşan tüzel kişilerin verilerinin veri süjesinin bilgisi dışında ticari amaçlarla kullanması ve verilerin veri sahibinin rızası olmaksızın üçüncü kişilere aktarılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Şüphesiz ki kanun koyucular bu tarz bir koruma ile *Facebook* ve *Google* gibi şirketlerin gündelik internet kullanımı ve veri değişimi esnasında tüketicilerden habersiz olarak topladıkları kişisel verileri ticari amaçlarla üçüncü kişilere transfer ettiği durumların tekrarının önlenmesi gayesi gütmektedir³⁹³. Bu kapsamda öncelikle veri işleyenlerin hangi

³⁹² Tüzüğün 5. Maddesi, kişisel verilerin hukuki, adil ve şeffaf şekilde; açık ve dayanağı olan amaçlarla, gerektiği kadar işlenmesi gerektiğinin altını çizmekte ve veri süjesinin kişisel veriye dair gelişmelerden adım adım haberdar edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

³⁹³ Bu skandallardan uluslararası boyutu dolayısıyla en ses getirenlerinden olan *Cambridge Analytica* Skandalı sonrasında anlaşıldığı üzere, *Facebook* üzerinden bir veri bilimcisi tarafından toplanarak *Cambridge Analytica Inc.* isimli şirkete satılan (ve kullanıcılara ek olarak kullanıcıların sosyal ağına dahil kişilere ait bilgileri de içeren) kişisel bilgiler analiz edilerek, veri sahibi kişilerin siyasi eğilimleri belirlenmiş; bu kişilere eğilimlerine uygun siyasi propaganda gösterilmek suretiyle, kişiler yerel ve genel seçimlerle ilgili yönlendirilmiştir. Her ne kadar *Facebook* ve *Cambridge Analytica* suçlamaları reddetse de *Cambridge Analytica* şirketi tarafından bahsi geçen verilerin ABD 2016 Başkan Seçimi gibi seçimlerin manipülasyonu için kullanıldığı iddia edilmektedir. Durumun ortaya çıkması ve kamuoyunun bilgilendirilmesinden sonra *Facebook*'tan talep edilebilen kişisel veri kayıtları incelendiğinde, bahsi geçen veri toplama sürecinin ne kadar

verileri ne amaçla topladıkları hususunda veri sahibinin tamamen aydınlatılması gerekmektedir. Nitekim Üye Devletler'de kurulu veri işleyenlerin bu mevzuatın uygulanma tarihi olan 25.05.2018 tarihinden itibaren, tüketicilerden talep ettikleri kişisel verileri, talebin teknik ve kanuni dayanaklarını da ifşa etmek suretiyle kalem kalem açıklamaları gerekmiştir.

Veri süjelerinin, her daim bilgi edinme hakkı (Madde 12, 13, 14), verilerine erişim hakkı (Madde 15) ve ek olarak verilerin silinmesini (Madde 17), verilerin işlenmesine dair sınırlamalar (Madde 18) veya üçüncü kişilere transfer edilmesini talep etme (Madde 20), verilerin kullanılmasına veya işlenmesine itiraz etme hakları (Madde 21) bulunmaktadır. Veri süjelerinin o ana kadar toplanan verilerine erişimini istemeleri halinde, veri işleyenlerin o ana kadar topladıkları tüm verilerin bir kopyasını temin etmeleri gerekmektedir. Bu kopyaların düzenli, yaygın kullanılan ve makine tarafından okunabilir şekilde tanzim edilmesi gerekmektedir³⁹⁴. Banka veya FinTek kurumların bu kapsamda bir taleple karşılaşmaları halinde, oluşturacakları dosyanın kullanıcıdan kayıt esnasında topladıkları (isim, adres, telefon ve e-mail numarası, kimlik veya pasaport kopyası gibi) kişisel verilere ek olarak, işlem geçmişi ve hesap özeti, verilerin paylaşıldığı (mesela otomatik e-mail gönderimi ile uğraşan *Mailchimp*, websitesi analitik servisleri gibi) kurumlar ve bu veri transferlerinin amacı, kullanım esnasında toplanan veriler (IP adresi ve sair), kullanıcıların (rehber, yer hizmeti³⁹⁵, fotoğraf galerisi gibi) üçüncü parti hizmetlere verdikleri erişim dahilinde toplanan veriler ve bu veriler dahilinde yapılan analiz, verilerin saklanma süreci ve hatta itiraz ve şikayet hakkı gibi kalemleri de ihtiva etmesi gerekecektir. Veri süjelerinin verilerin sakladığı serverların bulundukları yer ile ilgili olarak da bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda, Avrupa dışında serverlarda veri

kapsamlı ve hatta yasaları ihlal eder şekilde yapıldığı görülmüştür. Daha Mart 2018'de kamuoyunda duyulan ve 50 milyonun üstünde kullanıcının kişisel verilerini manipüle ettiği tahmin edilen Cambridge Analytica skandalının üzerinden çok geçmemişken, Facebook'a duyulan güven Eylül 2018'de tarafı belirlenemeyen bir siber saldırı sonucunda 50 milyon kadar Facebook kullanıcısının verilerinin sızdırılması ve Dark Web'de satılmasını kapsayan bir başka veri skandalı ile sınanmıştır. İlgili haber için bkz: <https://techcrunch.com/2018/09/28/everything-you-need-to-know-about-facebooks-data-breach-affecting-50m-users/>

³⁹⁴ Engin Bozdağ, **Data Portability under GDPR: Technical Challenges**, s. 1.

³⁹⁵ *geolocation*

saklayan veya Avrupa dışındaki üçüncü kişilere veri transferi yapan tüzel kişilerin, veri sükelerinden bu hususlarda ek bir izin alması gerekmektedir.

Verilere erişimi olan veya verileri transfer alan üçüncü kişiler ile veri işleyicileri arasında, sözleşmeye konu veriler ve verilerin transfer sebebi, verilerin işlenme amacı ve süresi, hak ve yükümlükleri gibi konuları açıklığa kavuşturan bir veri işleme sözleşmesi (*Data Processing Agreement* veya *Data Comission*) akdedilmesi gerekmektedir. Bu tarz üçüncü kişiler arasında veri işleyen faaliyetleri esnasında kullandığı *Slack*, *Skype* gibi iletişim hizmet sağlayıcıları, *Microsoft*, *Gmail* gibi bulut bilişim firmaları, *Google Analytics* gibi analitik ve istatistik şirketleri veya *Salesforce*, *Pipedrive*, *Jira*, *Confluence*, *Trello* gibi iş paylaşım yazılımı üreten şirketler gibi yazılım hizmet sağlayıcılarının bulunması muhtemeldir. Bu sebeple\ ürettikleri yazılımları uluslararası şekilde pazarlayan ve beraber çalıştıkları her şirketle ayrı bir veri işleme sözleşmesi akdetmek istemeyen büyük yazılım şirketlerinin pratikte Avrupa'daki kullanıcılar için standart veri işleme kılavuzları derledikleri gözlemlenmiştir³⁹⁶. Veri işleyen ve en az on adet çalışanına kişisel verilere sürekli erişim yetkisi veren tüzel kişilerin, kanun gereği bir veri güvenliği görevlisi (*data privacy officer*) ataması gerekmektedir.

Verilerin toplanması, saklanması ve işlenmesi hususundaki yükümlülükler işverenlerin iş ilişkisi kapsamında işçilerden topladıkları verileri de kapsamaktadır.

İş (hizmet) akdi kapsamında kullanıcılara ait kişisel verilere erişim imkânı olan işçilerin, kişisel verilerin korunması ve işlenmesi kapsamında birtakım yükümlülüklerle uyması ve bu kapsamda bilgilendirilmesi gerektiği öngörülmektedir. Bu yükümlülükler kapsamında alınacak önlemlere, kişisel verişime erişim sağlayan elektronik aletlerin parolayla kilitlenerek üçüncü kişilerin erişimine sınırlandırılması, kişisel verilerin elektronik formatta veya yazılı olarak bulundurulduğu (ofis ve sair) mekanlara yetkisiz kişilerin girişinin engellenmesi, verilerin güvensiz elektronik ortamlarda paylaşılması veya

³⁹⁶Örnek Salesforce (standart) sözleşmesi:

https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/documents/legal/Agreements/data-processing-addendum.pdf (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

gerekli güvenlik kriterlerini sağlamayan iletişim araçları kullanarak transfer edilmemesi gibi örnekler verilebilir.

Mevzuat, kanuna aykırılık halinde 20.000.000 Euro'ya kadar ulaşabilen (veya daha yüksek olması halinde ihlalcinin yıllık karının yüzde dördüne tekabül eden) bir miktarda idari para cezası öngörmektedir. Ayrıca, 84. Madde aracılığıyla, Üye Devletleri mevzuata aykırılık halinde uygulanabilecek başkaca cezai kurallar tertiplemeleri için yetkilendirmektedir.

Genel Veri Koruma Tüzüğü dolayısıyla, Avrupa ve ABD arasında gerçekleşen uluslararası veri işleme ve transferleri kapsamında uygulanacak hukuksal çerçeveyi sağlayan *Safe Harbor Agreement* gibi uluslararası sözleşmelerin de yenilenmesi gerekmektedir.

Doktrinde, Tüzük'ün ilgili kişilere kendi verileri üzerinde tanıdığı kontrol ile kişilere neredeyse bu veriler üzerinde bir mülkiyet hakkı tesis ettiği, bu açıdan Amerikan yaklaşımına yaklaştığı dahi ileri sürülmektedir³⁹⁷.

Her ne kadar bu mevzuat yarattığı (hukuki ve operasyonel) külfet açısından özellikle teknolojik firmalar başta olmak üzere özel sektör tarafından eleştirildiyse de uygulama tarihinden itibaren Avrupa'da gerçekleşen veri toplanması ve işlenmesi faaliyetlerinin adeta başa sarılmış olması ve bu düzenlemeyle, bireylerin kişisel verilerine dair daha önce sahip olmadığı bir tasarruf ve karar verme hakkına kavuşması sayesinde kişisel özgürlükler kapsamında mesafe kat edildiği kanaatindeyiz. Bahsi geçen hukuksal milattan itibaren veri işleyenlerin tüketicilerden izinsiz olarak veya zımni beyanın kabulüne dayanarak yürüttükleri veri toplama, işleme halleri; verilerin transferi ve pazarlama faaliyetlerine dair izinlerin tek tek yenilenmesi gerekmiş, bu sayede bireylerin kişisel verilerine ve uygulama trafiğine dair kontrolü geri almaları³⁹⁸ mümkün olmuştur.

³⁹⁷ Develioğlu, s. 13.

³⁹⁸ Nitekim Tüzük'ün gerekçesinde, bireylerin kendi verileri kapsamında daha fazla kontrole haiz olmaları ve gerçek kişilere gerekli yasal ve pratik güvencelerin sağlanmasının İç Pazar' da dijital ekonominin gelişmesine katkıda bulunacağı belirtilmiştir.

b. Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi

95/46/EC sayılı, Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikğine İlişkin Yönerge'nin tamamlayıcı mevzuat olarak düzenlenen 2002/58/EC numaralı, Elektronik İletişimde Verilerin İşlenmesine ve Mahremiyetin Korunmasına İlişkin Yönerge (Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi veya *PrivacyECommsD*), genel kapsamda usulsüz elektronik iletişimin önlenmesi gayesini gütmekte ve gerçek kişilerin özellikle mahremiyet hakkı dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerini ve ayrıca hukuki bir dayanağı olan çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır. 97/66/EC sayılı Yönerge'yi yürürlükten kaldıran bu Yönerge, elektronik trafiğe dair veriler, istenmeyen (*spam*) mesajlar ve çerezler (*cookies*) gibi konulara değinmektedir.

(EU) 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden sonra, Tüzük'ün halihazırda 2002/58/EC sayılı Yönerge'de düzenlenen konuları ele alması sebebiyle, Yönerge'nin revize edilmesi planlanmaktadır ³⁹⁹.

6. Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Düzenlemeler

Tarafların "yüz yüze gelmeden", sözleşmeyi kurucu irade beyanlarını bir uzaktan haberleşme aracı ile birbirlerine ilettikleri tip sözleşmeler, "mesafeli sözleşmeler" olarak adlandırılmaktadır⁴⁰⁰. Bu tip sözleşmeler herhangi bir satış veya hizmetin ifasına ilişkin olabilmektedir ve bankacılık ürün ve hizmetlerinin dijitalleşmesi sonucunda finansal hizmetlere dair sözleşmelerinin de mesafeli sözleşme olarak akdedilmesi mümkün hale gelmiştir. Soyut yapılarından dolayı, finansal hizmetler, mesafeli satım için bilhassa uygundur⁴⁰¹. Tüketicinin, sözleşme akdedilmeden önce sağlanan ürünü fiili olarak görmesinin veya hizmetin niteliğini araştırmasının imkânı bulunmamaktadır ve mesafeli sözleşmenin bu özelliği nedeniyle yaşanan tüketici mağduriyetini gidermek ve

³⁹⁹ (EU) 2016/679, Gerekçe (173).

⁴⁰⁰ Alev Erten, s. 1.

⁴⁰¹ 2002/65/EC Sayılı Yönerge, Gerekçe (5).

tüketicinin bu amaca yönelik cayma hakkının hüküm altına alınması için konuyla ilgili kanuni düzenlemelere gerek bulunmaktadır⁴⁰².

85/577/AET sayılı, Tüketicinin İşletme Mahalli Dışında Müzakere Edilen Sözleşmeler Kapsamında Korunması Hakkında Yönerge, mesafeli sözleşmeler çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde tüketicinin korunmasına dair bir hukuki çerçeveyi Avrupa hukuku açısından ele alan ilk hukuki düzenleme olmasına rağmen, bu düzenleme bugünkü anlamıyla mesafeli sözleşmeleri ele almamaktadır. Yönerge'nin *tüccarın işletme mahalli dışında organize ettiği bir gezide veya tüccarın, tüketicinin evi ya da işyerine ziyareti vesilesi ile neticelendirilen ve tüccarın tüketiciye bir mal veya hizmet sağlamayı vadettiği sözleşmeler*⁴⁰³ kapsamında uygulanabilirliği öngörülmüştür. Yönerge, sigorta sözleşmeleri ve menkul kıymet sözleşmelerini kapsamı dışarısında bırakmıştır⁴⁰⁴.

97/7/EC Sayılı ve 20.05.1997 Tarihli Tüketicinin Mesafeli Sözleşmelerde Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Yönergesi ise mesafeli sözleşmeleri Avrupa hukuku açısından bugünkü anlamı ile, sözleşmelerin teknolojik imkanlar çerçevesinde kurulma imkanına odaklanarak ele almaktadır. Tüketiciler için asgari düzeyde bir koruma sistemi⁴⁰⁵ kuran Yönerge'nin 2. Maddesi, mesafeli sözleşmeleri *"bir tüketici ile bir tedarikçi arasında, organize bir mesafeli işletme veya hizmet sistemi altında, söz konusu sözleşmenin kurulması anına kadarki süreçte dahil olmak üzere sadece uzaktan haberleşme araçları kullanılarak kurulan ve bir malın teslimine ya da bir hizmetin ifasına ilişkin sözleşmeler"* olarak tanımlamaktadır. Ancak Madde 3'ün Yönerge'nin finansal hizmetler kapsamında akdedilen ve Yönerge'nin ek kısmında sayılan *yatırım sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri, bankacılık hizmetlerine dair sözleşmeler ve vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri* gibi sözleşmeleri kapsam dışarısına çıkarması dolayısıyla bu Yönerge, finansal hizmet sözleşmeleri kapsamında uygulama alanı bulamamıştır.

⁴⁰² Ferman Kaya, **E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları**, Ankara, 2016, s. 89.

⁴⁰³ 85/577/AET sayılı Yönerge, Madde 1.

⁴⁰⁴ 85/577/AET sayılı Yönerge, Madde 3.

⁴⁰⁵ Yönerge'nin 14. Maddesi'nde üye devletlerin mesafeli sözleşmeler alanındaki iç hukuk düzenlemelerini yaparken Yönerge hükümlerini kendilerine temel almaları, ancak dilerlerse Yönerge hükümlerine nazaran tüketiciyi daha üst düzeyde korumayı amaçlayan kurallar öngörebilecekleri düzenlenmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Alev Erten, s. 30.

85/577/AET sayılı ve 97/7/EC Sayılı Yönergeler, 2011/83/EC sayılı, Tüketici Hakları Yönergesi ile mülga olana kadar beraber uygulanmıştır. Tüketici Hakları Yönergesi, Madde 3 uyarınca, sözleşmelerin uzaktan olup olmadığına bakılmaksızın tüketici ile tacir arasında akdedilen tüm sözleşmelere uygulanabilecek, genel kapsamlı bir mevzuat olarak tasarlanmış olsa da sağlık hizmetleri, sosyal ve finansal hizmetler gibi sözleşmeleri kapsamına almamaktadır.

Bahsi geçen genel kapsamlı mevzuatların finansal hizmetler kapsamında akdedilen sözleşmeleri kapsamı içine almamasından ve finansal hizmetler kapsamında düzenlenen sözleşmeler için özel hukuki düzenlemeye gerek görülmesinden dolayı⁴⁰⁶, konu özelinde yeni bir düzenlemeye gerek duyulmuştur. İşte 1996 tarihli Avrupa Komisyonu raporundaki⁴⁰⁷ çıkarımlara dayanarak, 2002 yılında yürürlüğe giren 2002/65/EC sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönergesi, bu kapsamda finansal hizmetlerin mesafeli olarak sunulması durumunda, bu şekilde sağlanan hizmetlere uygulanacak kuralları, kullanılan iletişim kanalına bakılmaksızın uyumlu hale getirmeyi amaçlamaktadır⁴⁰⁸. Yönerge'nin diğer bir amacı ise sınır aşırı işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmak, rekabeti artırmak ve tüketiciye ihtiyaçları için en uygun ürünü seçme imkanını vermektir⁴⁰⁹.

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönergesi'nin yürürlüğe girmesi, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan özellikle sözleşmeden dönme hakkının, konusu finansal hizmetler olan mesafeli sözleşmeler için de uygulama alanı bulabilmesi ve posta yoluyla kredi almak ya da internet aracılığıyla yatırım yapmak isteyen tüketicilerin o sözleşmenin kurulmasından önce yeterli ve ciddi bir şekilde bilgilendirilmesinin garanti altına alınması açısından önemli addedilmelidir⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ 2002/65/EC Sayılı Yönerge, Gerekçe (11).

⁴⁰⁷ European Commission, Green Paper, **Financial Services: Meeting Consumers' Expectations**, 1996.

⁴⁰⁸ Berna Avdan, **Bankacılıkta Dijitalleşmenin Hukuki Boyutu ve Mesafeli Sözleşmeler**, İstanbul, 2018, s. 51.

⁴⁰⁹ Avdan, a.g.e.

⁴¹⁰ Alev Erten, s. 112.

Yönerge kapsamında mesafeli sözleşmeler; "*finansal hizmetleri ilgilendiren ve tedarikçi ve tüketici arasında, sözleşmenin tamamlandığı tarihe kadar, sözleşmenin amacı çerçevesinde, mesafeli iletişim kanallarından bir veya birkaçından münhasır olarak istifade eden tedarikçi tarafından yönetilen bir organize mesafeli satış veya hizmet tertibi*" şeklinde; finansal hizmetler ise "*her banka hizmeti ve ayrıca, kredi, sigorta, emeklilik, para yatırımı ve ödeme ile ilgili her hizmet*" olarak tanımlanmaktadır. Gerekçe'de açıklandığı üzere⁴¹¹, Yönerge tüm finansal hizmetleri kapsamaktadır.

Yönerge'de, düzenleme kapsamındaki sözleşmelerin hazırlanması, şekli ve içeriği ile ilgili hususlara ek olarak tüketicilerin ön bilgilendirme hakkı, sözleşme kapsamındaki uyumsuzluklar ve ispat külfeti ile ilgili hükümlere de yer verilmiştir. 2002/65/EC sayılı Yönerge, 97/7/EC sayılı Yönerge'de düzenlenen geri alma hakkını (7 gün daha uzatmak suretiyle) finansal işlemlere de genişletmektedir⁴¹². Tüketicilerin sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmenin kuruluş tarihinden itibaren 14 takvim günü olarak belirtilmiştir. Ancak bu geri alma hakkı, finansal piyasada fiyatı inip çıkan ve geri alma hakkının kullanılması aracılığıyla spekülasyonlu hareketlerde bulunarak, tedarikçinin zarara uğratılabileceği döviz, kıymetli evraklar, şirket hisseleri gibi ürün ve hizmetleri kapsamamaktadır⁴¹³.

FinTek şirketlerinin faaliyetleri kapsamında sunulan ürün ve hizmetlerin dijital olması dolayısıyla, tüketiciyle akdedilen tüm sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak düzenlenmesi gerekeceğinden, bu Yönerge ve Yönerge'nin iç hukuktaki karşılığı olan düzenlemelerin tüketici odaklı (*Business to Consumer* ya da *B2C*) FinTek şirketler tarafından akdedilen tüm sözleşmeler için uygulanabilir olacağını kabul etmek gerekecektir.

Avrupa Komisyonu halihazırda Yönerge'nin hala ihtiyaçlara karşılık verip vermediğini değerlendirebilmek için mevzuatın tüm çıkar grupları kapsamında tartışmaya açıldığı bir araştırma yürütmektedir⁴¹⁴. 2019'un son çeyreğinde

⁴¹¹ 2002/65/EC Sayılı Yönerge, Gerekçe (14).

⁴¹² Süleyman Yılmaz, s. 80.

⁴¹³ Süleyman Yılmaz, a.g.e.

⁴¹⁴ Gelişmeler için bkz: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-6079786_en (Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

beklenen değerlendirmeye göre düzenlenmenin güncellenmesi söz konusu olacaktır.

7. Diğer nemli Mevzuat ve Taslaklar

a. Diğer İlgili Mevzuat

aa. Elektronik İmza Hakkındaki Yönerge

Elektronik sözleşmelerin etkili olarak kullanılabilmeleri için, içeriğe ilişkin şartlar dışında şekle ilişkin birtakım koşulları da tatmin etmeleri gerekmektedir⁴¹⁵. İşte bu noktada elektronik imza müessesesinin hukuki olarak ele alınması gereği doğmuştur.

Elektronik İmzalarla İlgili Ortak ereve Koşulları Düzenleyen, 13.12.1999 ve 99/93/EC Sayılı Avrupa Parlementosu ve Konseyi Yönergesi'nin amacı, elektronik imzaların kullanımını kolaylaştırmak ve hukuken tanınmalarına katkıda bulunmak olarak belirlenmiştir. Yönerge'de ayrıca, elektronik sözleşmelerin şekline ilişkin şartların düzenlenmesinin tamamen ye devletlerin yetkisine bırakıldığı ngrlmřtr⁴¹⁶. Buna göre, özellikle internet üzerinden yapılan bir elektronik sözleşmenin kurulması aşamasında rol oynayan taraf irade beyanları ile söz konusu sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkması muhtemel hukukî sorunların ispatına yönelik ye devletlerin Yönerge doğrultusundaki milli hukuk düzenlemeleri, tüketicinin elektronik ticarete olan güveninin artmasına neden olacaktır⁴¹⁷.

Bu Yönerge elektronik sözleşmenin geçerliliğinin kabulü ve bu bağlamda tüketiciyi koruma gayeleri⁴¹⁸ etrafında tasarlanmıştır. Bu Yönerge ile, elektronik imzaların yasal geçerliliği, yeterli ispat işlevini görmesi ve bunların davalarda delil olarak sunulabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁹. Böylelikle, internet üzerinden

⁴¹⁵ Mehmet Hanifi Bayram, **Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku**, Ankara, 2011, s. 127.

⁴¹⁶ Alev Erten, s. 110.

⁴¹⁷ Alev Erten, s. 110.

⁴¹⁸ Bayram, s. 106.

⁴¹⁹ Bayram, s. 128.

kurulan sözleşmenin tarafların irade beyanları ile söz konusu sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunların ispatı kolaylaşacaktır⁴²⁰. Ayrıca, Yönerge kapsamında kâğıt üzerindeki bir kanıt ile elektronik bir kanıtın yazılı ispat açısından aynı kabul edildiği söylenebilir⁴²¹.

Elektronik imza (e-imza), Madde 2’de *başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri* şeklinde tanımlanmaktadır. Düzenleme uyarınca e-imza, içerik ile imza arasında bağı sağladığı gibi, imzanın tasdikini de sağlamaktadır⁴²².

Bu Yönerge, elektronik sözleşme olarak hazırlanan FinTek ürün ve hizmetlerine dair sözleşmelerin tamamlanması ve sınır ötesi işlemlerin uygulaması açısından önemli bir yere sahiptir.

ab. Tele Satış Yönergesi

89/552/AET sayılı ve 97/36/EC ile güncellenen, Televizyon Yayın Aktivitelerinin Düzenlenmesine Dair Yönerge (Tele Satış Yönergesi), televizyon yayını aracılığıyla tüketiciye iletilen ürün ve hizmetlerin pazarlanmasına ilişkin hükümler içermesi sebebiyle, televizyon aracılığıyla pazarlama faaliyetlerinde bulunan bankalar ve FinTek şirketler için göz önünde bulundurulması gereken hükümleri içeren bir düzenlemedir.

ac. Diğer Düzenlemeler

FinTek şirketlerin bankacılık faaliyetleri sürdürmeleri halinde bu faaliyetler kapsamında önemli addedilebilecek diğer düzenlemeler (EU) No 575/2013 sayılı Kredi kurumları ve Yatırım Şirketlerinin Basiretli Denetimine Dair Yönerge ve 2006/48/EC sayılı Kredi Kurumlarının Kurulmasına ve Faaliyetlerinin Devamına Dair Yönerge’dir.

⁴²⁰ Bayram, a.g.e.

⁴²¹ Bayram, a.g.e.

⁴²² Bayram, s. 129.

Yine 18 Mart 2018 tarihli, Avrupa Bilgi Güvenliği Denetmeni EDPS tarafından hazırlanmış bulut bilişim kılavuz ilkeleri (*Guidelines On The Use Of Cloud Computing Services By The European Institutions And Bodies*) de bulut bilişim kullanan şirketler tarafından göz önünde bulundurulması gereken bir pozitif düzenlemedir.

b. Taslak Mevzuat

ba. Kitle Finansmanı ve Eşitler Arası Finansman ile İlgili Düzenlemeler

FinTek akımı ile lügata eklenen müesseselerden kitle finansmanı (*crowdfinancing*) ve eşitler arası finansman (*peer-to-peer finance*) uygulamalarının piyasada yaygınlaşması ile, bu uygulamalara doğrudan uygulanabilecek bir hukuki çerçevenin eksikliği anlaşılmıştır. Nitekim Avrupa Komisyonu, 2015 Sermaye Piyasası Birliği Aksiyon Planı çerçevesinde, Avrupa Sermaye Piyasası Birliği'nin tamamlanması için, finansman imkanlarına erişimi sınırlı KOBİ ve start-up şirketlerinin özellikle gelişme döneminde gerekli kitle finansmanı dahil çeşitli alternatif finansman yöntemlerine ulaşabilecekleri kaynakları güçlendirmenin elzem olduğunun altını çizmiştir⁴²³. Komisyon aynı Rapor'da, kitle finansmanını *bir proje veya girişim için çok miktarda kişiden para toplama faaliyeti*; kitle finansmanı platformlarını ise *para toplayanlar ve kitle (para hibe edenler) arasındaki etkileşimi sağlayan websiteleri* olarak tanımlamıştır. Ancak 2014'ten itibaren büyük bir ilerleme kaydeden alternatif finansman pazarında faal platformların istenilen büyüklüğe ulaşmadığı, uygulamaların yerel çap ile sınırlı olduğu ve sınır ötesi faaliyetlerin sayısının az olduğu bu durumun da alternatif finansman platformlarına dair güvenilirlik algısından kaynaklandığı saptanmıştır⁴²⁴. İşte hem kitle finansman faaliyetlerinin büyümesi ve bu kapsamda Ortak Pazar potansiyelinden daha fazla faydalanabilme hem de alternatif finansman platformlarına orantılı ve etkili bir risk yönetim yapısı

⁴²³ European Commission, Inception Impact Assessment, **Legislative proposal for an EU framework on crowd and peer to peer finance**, Ref. Ares (2017)5288649 - 30/10/2017, s. 1.

⁴²⁴ European Commission, Inception Impact Assessment, s. 2.

sağlama gayesi ile taslak bir düzenlemeye dair çalışmalara başlanmıştır ⁴²⁵ ve çalışmalar halen devam etmektedir.

bb. Siber Güvenlik Düzenlemeleri

İlk olarak Eylül 2017’de⁴²⁶ gündeme gelen ve siber saldırıları önlemeyi amaçlayan Siber Güvenlik Yasası’na (*Cyber Security Act*) ait taslağın Avrupa Parlamentosu tarafından Aralık 2018’de onaylanması⁴²⁷ sebebiyle, Avrupa’da özellikle çevrimiçi hizmetler ve tüketici araçları kapsamında siber güvenlik çerçevesini güçlendirecek bir hukuki düzenlemenin önü açılmıştır.

Ek olarak nakit dışı ödemelerdeki siber güvenlik zaaflarının düzeltilmesi, hile ve dolandırıcılık vakalarının önüne geçilmesi amacıyla tartışmaya açılan ayrı bir düzenleme olan Dolandırıcılıkla ve Nakit Dışı Ödeme Yöntemleri Kapsamındaki Sahtecilikle Mücadele’ye ilişkin taslağa⁴²⁸ dair görüşmeler halen devam etmektedir.

⁴²⁵ Komisyon’un kitle finansmanına dair ilk değerlendirmeleri için bkz: European Commission, **Crowdfunding: Mapping EU markets and events study**, 30.09.2015; Komisyon’un konuya dair yasal boşluklarla ilgili raporu için bkz: European Commission, **Identifying market and regulatory obstacles to cross-border development of crowdfunding in the EU**, Final report December 2017.

⁴²⁶ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2017 tarihli siber güvenlik konulu bildirgesi için bkz: European Commission, Joint Communication to the European Parliament and the Council, **Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU**, JOIN (2017) 450 final, Brüksel, 13.09.2017.

⁴²⁷ İlgili haber için bkz: https://ec.europa.eu/commission/news/cybersecurity-act-2018-dec-11_en (Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

⁴²⁸ Proposal for a Directive of The European Parliament and Of the Council on combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment and replacing Council Framework Decision 2001/413/JHA, COM (2017) 489 final, Brüksel, 13.09.2017.

bc. Diğer Taslak Düzenlemeler

FinTek alanında yukarıda sayılan taslak çalışmalara ek olarak, Avrupa Komisyonu FinTek Aksiyon Planı⁴²⁹ ve Araştırma ve Teknolojik Gelişim Programı⁴³⁰ kapsamında çeşitli mevzuat çalışmaları yapılması beklenmektedir.

II. FİNTEK HUKUKU

A. Genel Olarak: FinTek Hukuku Nedir ve Neleri Kapsamaktadır

FinTek, finansal pazarlardaki en büyük değişimlerden biri olmasına rağmen halen yasa koyuculardan gerekli yasal karşılığı alabilmiş değildir⁴³¹. Terimle ilgili genel bir anlayış olsa da FinTek kurumunun tam olarak ne olduğu nelerin FinTek tanımı içinde yer aldığı hususu halen belirsiz olduğu için bu durum çok da şaşırtıcı değildir⁴³². Halihazırda yasa koyucular ve tefsirciler FinTek şirketleri, şirketlerin iş modellerine dayanarak kategorize etmektedir⁴³³. FinTek kurumunu ve uygulamalarını yasalaştırmayı tercih eden yasa koyucuların ise genellikle bütüncül bir yasalaştırma yoluna gitmediği, uygulamaları ilgili yasalara yedirmek suretiyle gerekli değişiklikleri yaptığı gözlemlenmektedir. Şu hâlde, *FinTek hukuku* kavramının içeriği yasa koyucuların yerel hukuk kapsamında yaptıkları güncellemeler kapsamında doldurulacaktır.

FinTek hukuku kavramı banka ve finans hukuku ve FinTek sonrası ortaya çıkan düzenlemeleri ve hatta *sadece* FinTek uygulamaları kapsamında çıkan regülasyonları kapsayacak şekilde dar yorumlanabileceği gibi, FinTek uygulamalarını ilgilendiren kişisel veri hukuku, siber güvenlik hukuku, tüketici

⁴²⁹ Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Central Bank, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, **FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector**, COM/2018/0109 final, Brüksel, 08.03.2018.

⁴³⁰ European Commission's 7th Framework Programme for Research and Technological Development ("FP7").

⁴³¹ Philipp Maume, **Regulating Robo-Advisory**, Texas Journal of International Law, Volume 54 (2018/2019), Münih, 2018, s. 7.

⁴³² Maume, s. 7.

⁴³³ Maume, a.g.e.

hukuku, sözleşme hukuku ve hatta vergi hukuku gibi alanları kapsayacak şekilde geniş şekilde de yorumlanabilir kanaatindeyiz. Ancak özellikle ödemeler gibi çok disiplinli alanlarda keskin bir ayırım yapmak zor olacaktır. Nitekim, doktrinde her bir yazarın FinTek hukuku ve FinTek regülasyonlarının tanımı ve içeriği hususunda farklı bir pozisyon aldığı gözlemlenmektedir. FinTek regülasyonlarını sadece FinTek uygulamalarını ilgilendiren düzenlemelere indirgeyen MAUME FinTek regülasyonlarını dört ayrı katmana ayırmıştır⁴³⁴. Bu katmanlar; FinTek iş modeli veya altyapı teknolojisinin tamamen regülasyondan arı alanlarda ilerlemesi (Birinci Katman), FinTek iş modelinin mevcut kategoriler kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı halde yürürlükteki mevzuat kapsamına sokulabilmesi (İkinci Katman), yeni FinTek hizmeti ile yürürlükteki mevzuat arasında uyumsuzluk olmasına rağmen bu uyumsuzluğun İkinci Katman'dakine kıyasla daha küçük olması hali (Üçüncü Katman) ve yeni FinTek iş modelinin yasal sorular doğurmamasından dolayı yeni ayarlamalar gerektirmemesi hali (Dördüncü Katman) olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar bu katmanlı yapı uygulamadaki yasalaştırma sorunlarına dair durumu tamamen yansıtır olsa da yeni FinTek ürün ve uygulamalarının çoklu disiplinli yapısı göz önünde bulundurulduğunda FinTek hukuku kavramını FinTek uygulamaları sebebiyle etkilenen her alanı kapsayacak şekilde tanımlamak yerinde olacaktır.

Konunun geniş kapsamı dolayısıyla bu kısım altında sadece FinTek uygulamalarına özgü ve FinTek ürün ve hizmetleri kapsamında veya FinTek şirketleri için geliştirilmiş FinTek hukuku konseptleri ve uluslararası gelişmeler incelenecek, FinTek faaliyetlerini kısmen veya tamamen yasaklayan iç ve uluslararası hukuk faaliyetleri ise kapsam dışında bırakılacaktır.

⁴³⁴ Daha fazla bilgi için bkz. Maume, s. 9-10.

B. FinTek Hukuku Alanındaki Topluluk Bazlı ve Uluslararası Gelişmeler

1. Kontrollü (Yasal) Test Ortamları

FinTek kavramı ve uygulamalarının yarattığı yasal boşluk ortamı ve yeni iş modellerinden kaynaklanan sorular, yasa koyucuları geleneksel yasama yöntemlerinin ötesinde, yaratıcı metodlar üretmeye teşvik etmektedir. Bu metodlar FinTek şirketin faaliyete geçtiği veya FinTek ürün ve hizmetin piyasaya sürüldüğü andan itibaren cevaplanması gereken soruları hızlı ve efektif bir şekilde cevaplamayı amaçlamaktadır. İşte bu metodlardan en dikkat çeken yasa koyucuların FinTeklerin iş modellerini ve teknik altyapılarını test etmek amacıyla ihraç ettikleri *regulatory sandbox* yani *kontrollü test ortamları*dır.

Bu imkânı sağlayan yasa koyucular FinTek şirketlerin piyasaya çıkmadan önce bir nevi teknik ve yasal çerçevelerden kalite kontrolünü sağlamakta; FinTek şirketlerin ürün ve hizmetlerini piyasaya sunulmadan önce bu ürün ve hizmetleri yasa koyucu kontrolünden geçirerek tüketicileri koruma adına ilk adımı atmakta ve son olarak da bu test ortamı sayesinde yasa koyucu ve idari bilimler teknoloji ve inovasyon alanında kendilerini geliştirerek, FinTek şirketlerle birebir iletişim kurmaktadır. Bu sayede FinTek şirketleri, normalde derhal tabi olacakları yasal zorunlulukların gerekliliklerinden biraz uzaklaşarak birkaç ay ürün ve hizmetlerini test ortamı çerçevesinde geliştirebilme imkânı bulabilmektedir⁴³⁵. Her ne kadar bu yasal test alanı uygulamasını şirketlerin piyasaya denetimli arzından dolayı serbest piyasa ekonomisini bozduğu ve hatta FinTek şirketler adeta kapalı bir fanusa konularak piyasadan ve tüketici tepkilerinden uzak tutulduğu için, uygulama bazı yazarlarca⁴³⁶ zaman zaman eleştirilse de bu uygulama doğru kullanıldığında, uygulamanın hem yasa koyucu hem de FinTek şirketlerin yararlanabileceği inovatif bir gelişim ortamı sağlayacağı aşıkardır.

⁴³⁵ Dorfleitner / Hornuf / Schmitt / Weber, s. 15.

⁴³⁶ Dorfleitner / Hornuf / Schmitt / Weber, s. 16.

Yenilikçi fikirlerin piyasada kullanımının teşvik edilmesi, piyasa sürüm masraf ve sürelerinin azaltılması, rekabetin denetimli şekilde artırılması, finansal ürün ve hizmetlerin piyasada yaygınlaşmadan evvel deneme sürecinden geçirilmesi ve gerekli tüketici koruma mekanizmalarının kurulabilmesi amacıyla *regulatory sandbox* uygulamasına öncülük eden İngiltere, bu sistemi global kapsamda faaliyete geçirmiş olan ilk ülke olarak 2015'ten beri FinTeklere kontrollü test ortamı sağlamaktadır. Test ortamına kabul edilen FinTekler ya Yürütme Otoritesi FCA tarafından önceden belirlenmiş koşullar çerçevesinde denetime tabii tutulmakta ya da kurum tarafından belirli yasal yükümlülüklerden muaf tutulmaktadır.

FCA, yasal test ortamlarının *inovatif fikirlerin pazara girmesi için gereken zaman ve masrafları azaltma, finansal erişime aracı olma, daha fazla ürünün test edilmesi ve bu sayede piyasaya dahil edilebilmesi imkânı ve FCA'nın ürün ve hizmetler kapsamında yeterli seviyede tüketici koruması sağlandığından emin olmak için inovasyon üreten firmalarla çalışma fırsatları yaratma* potansiyeline sahip olduğu için, tüketiciler yararına daha etkili bir rekabet ortamı⁴³⁷ hazırladığını belirtmiştir.

Fikirlerini FCA karşısında savunan ilk (FinTek) şirketlerden Bud'un kurucusu Jamie Campbell medyada yaptığı açıklamalarda, *FCA karşısına çıkmadan önce şirketi ve ürünleri etkileyecek yasal düzenlemeleri çalıştığı ve test oturumu esnasında da FCA ile risk analizi yaptığı için; bu oturum sonrasında konuyla alakalı yasal gereklilikler konusunda çok daha fazla bilgi sahibi olduğunu* defalarca belirtmiştir. Yasa koyucu tarafından desteklenen yasal test oturumlarının, bu tarz bir deney ortamında yasa koyucuların sorularını cevaplama zorunluğuna tabi olmaksızın ve hatta yasa koyucu ile hiç muhatap olmadan doğrudan piyasaya giren FinTek şirketlere nazaran daha hazırlıklı bir şirket stratejisi yaratacağı; FinTek şirket yöneticilerine piyasayı, tüketicileri ve yasal çerçeveyi öğrenmek için imkan sağlayacağı ve dolayısıyla bu imkanlardan yararlanan şirketlerin tüketiciler için daha az risk taşıyan ürün ve hizmetler ortaya çıkaracağı aşıkardır. Zira FinTeklerin çoğu halihazırda

⁴³⁷ FCA, "**Regulatory Sandbox**", 2015, s. 2.

bulunan yasal boşluklardan yararlanmak suretiyle, çoğunlukla bir lisans başvurusu sürecinden geçmeksizin inovasyon yarattığı ve bu şirketleri düzenleyen kurallar hukuken kesin çizgilerle belirlenemediği için, çoğu finansal piyasada FinTek şirketlerin eylemleri ve piyasa hareketleri ile ilgili kesin cezai işlemler öngörülememektedir. Bu açıdan, test ortamları dolayısıyla yasa koyucu tarafından öngörülen ön-denetleme ve kontrol işlemlerinin tüketiciyi koruma açısından faydalı olduğu söylemi yanlış olmaz kanaatindeyiz. Bu test ortamları bir nevi yasal tampon ihtiyacını karşılamaktadır. Ancak her halükârda, verdikleri olumlu izlenime rağmen, an itibariyle yasal test ortamları ve bu ortamların finansal piyasalara ve de tüketici hukukuna etkilerine dair kesin bir kanıya varmamıza yetecek kadar bilgi birikimi bulunmamaktadır.

2017 yılının sonlarına doğru yasal test ortamlarının ilk yılki performansına dair bir raporu yayınlayan FCA, bu raporda yasal test ortamlarının inovatif fikirleri piyasaya sürmek için gerekli süre ve masrafları azaltmasından; yatırımcılara güvence vermesinden; finansa erişimin kolaylaşmasını sağlamasından; ürün ve hizmetlerin piyasaya takdim edilmeden önce test edilme fırsatı yaratmasından ve gerekli tüketici koruması mekanizmalarının kurulabilmesi için tarafların beraber çalışmasına imkan sağlamasından dolayı bu sürecin başarılı addedildiğini belirtmiştir⁴³⁸.

Genel olarak⁴³⁹ yasal test ortamları hem FinTeklere hem de geleneksel kredi kurumlarına açık olup; test ortamı sağlayıcı ülkenin yasal çerçevesi ve düzenleyici kurulun kuralları etrafında hareket etmektedir. Bazı yasa koyucular test ortamları başvuru ve kabulü için sıkı şartlar öngörürken, bazıları bu hususta daha esnek davranmaktadır. Ancak genel prensip olarak süreç, yerel piyasada faaliyet göstermek isteyen FinTek şirketin gerekli başvuru şartlarını yerine

⁴³⁸ FCA, **Regulatory sandbox lessons learned report**, 2017, s. 4-8.

⁴³⁹ İstisnalar mevcuttur. Mesela İngiltere yasal test ortamı denetçisi Mali Yürütme Otoritesi FCA başvuru sahiplerinin statüsü hakkında ayırım yapmazken, Hong Kong Para Politikası Kurumu HKMA başvuru sahiplerinin halihazırda HKMA tarafından düzenlenen kurumlar arasından olması gerekliliğini aramakta; bu da başvuru sahipleri tam bankacılık lisansına sahip bankalar, limitli bankacılık lisansına sahip bankalar ve mevduat toplama yetkisine sahip kurumlar şeklinde sınırlanmaktadır.

getirdikten sonra kontrollü test ortamına başvurması, başvurunun kabul edilmesi halinde ise FinTek şirketin piyasaya sunmak istediği ürün veya hizmetin deneme süresine dair genel çerçevenin belirlenmesi, yasa koyucu tarafından talep edilmesi halinde gerekli izin ve lisanslar için başvuru yapılması ve takriben deneme sürecinin başlatılması evrelerinden oluşmaktadır. Her halükârda, yasa koyucular denetimli test ortamına başvurmak için kullanılan fikirlerin yenilikçi ve piyasaya fayda sağlayan fikirler olması beklentisi içindedir.

İngiltere'den sonra FinTeklere kontrollü yasal test ortamı sağlayan Avrupa ülkelerinin başında İsviçre gelmektedir. Avrupa dışında ise Singapur, Hong Kong Avusturalya, Malezya, Meksika ve hatta Birleşik Arap Emirlikleri gibi birçok ülkede FinTekler için bu test ortamını geliştirilmektedir. ABD'deki kontrollü test ortamları ise, katılımcılara eyalette koşullu faaliyet izni sağlanması; sınırlı şekilde yeni ürünü lisans başvurusu gerekmeksizin test etme imkânı; test sürecindeki şirketin normalde uyması gereken mevzuat ve kurallardan ibra edilmesi ve düzenleyici ve denetleyici kurumlardan birebir rehberlik hizmetleri alınması⁴⁴⁰ gibi avantajlar sağlamaktadır. ABD'de kontrollü test ortamı sağlayan ilk eyalet Arizona olmuşsa da diğerlerinin de yakın zamanda bu akımı takip etmeleri⁴⁴¹ ve hatta yakın zamanda federal yasa koyucuların federal boyutta bir kontrollü test ortamı için harekete geçmesi beklenmektedir. Ancak ABD'deki federal yapıya ek olarak finansal sistemin merkezi olmaması ve konu başına birden çok denetleyici kurum düşmesi (ki bu denetleme sistemi bir nevi *patchwork* yani *kırkyama* şeklinde tarif edilebilir) sebebiyle bu tarz bir merkezi yapının kurulması diğer ülkelere nazaran çok daha zordur.

⁴⁴⁰ Lee Reiners, "North Carolina's Proposed Regulatory Sandbox Needs Work", The FinReg Blog, **Commentary by faculty and affiliates of the Duke Law Global Financial Markets Center**, 28.05.2019.

<https://sites.duke.edu/thefinregblog/2019/05/28/north-carolinas-proposed-regulatory-sandbox-needs-work/> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁴¹ Arizona, Wyoming ve Utah'nın ardından, Kuzey Karolina da eyalette kontrollü test ortamı kurulması için gerekli yasal çalışmalara başlamıştır.

Bahsi geçen ülkelerin hepsi yasal test ortamlarını yasa tasarıları⁴⁴² veya mevzuatları kapsamına almıştır. Bu yerel uygulamalara ek olarak, Avrupa Bankalar Federasyonu 2016 Kasım ayında Avrupa genelini kapsayan ve ülkeler arası hizmet veren finansal servisleri yaygınlaştıracak daha geniş bir yasal test ortamının inşasını öngören bir çalışma hazırlamıştır⁴⁴³. Yine İngiliz FCA, Ağustos 2018 itibarıyla Hong Kong, Singapur, Kanada, Abu Dhabi, Kuzey Amerika, İngiltere, Guernsey, Avusturalya, Fransa, Dubai ve Bahreyn yasa koyucuları tarafından desteklenen bir Uluslararası FinTek Ağı⁴⁴⁴ kurulacağını ve bu ağ bünyesinde global bir kontrollü test ortamı kurulması gerekliliğinden bahseden bir çalışma⁴⁴⁵ yayınlamıştır. Çalışmada, yasa koyucuların FinTek alanında uluslararası boyutta çalışmalar yaparak diğer yasa koyucularla karşılıklı olarak bu alana dair politikalarını tartışmalarının elzem olduğunun altı çizilmektedir.

Türkiye’de yazılım testleri için belirli kurumlar çerçevesinde imkân sağlanmasına rağmen, halihazırda FinTek sandbox yani FinTek test ortamı kurulması için gerekli akademik ve yasal çalışmalar mevcut değildir⁴⁴⁶.

2. Muafiyet Anlaşmaları

Yasa koyucuların FinTek hukuku kapsamındaki yasama çalışmaları devam ederken, FinTek şirket, ürün ve hizmetlere uygulanacak hukuki çerçevelerin belirlenmesi için icat ettiği kurumlardan biri de Türkçeye Eylemsizlik Tezkeresi olarak çevirilebilecek ve *no action enforcement letter* ve *no enforcement letter* olarak bilinen muafiyet belgeleridir. Bu anlaşmalar çift taraflı akdedilebileceği gibi, yetkili kurum tarafından başvuru sonrasında bildirim ya da tasfık niteliğinde düzenlenerek tebliğ ediliyor da olabilir. Her halükârda bu belgeyi alan FinTek

⁴⁴² Amerikan yasal test ortamları H.R.6118 sayılı „Financial Services Innovation Act of 2016” yasa tasarısı kapsamında tartışılmaya başlanmıştır.

⁴⁴³ European Banking Federation, „Vision for Banking in the Digital Single Market”, 2016, Brüksel, s. 28.

⁴⁴⁴ Global Financial Innovation Network (GFIN)

⁴⁴⁵ Financial Conduct Authority, **Global Financial Innovation Network (GFIN) Consultation Document**, 2018, İngiltere: <https://www.fca.org.uk/publication/consultation/gfin-consultation-document.pdf>

⁴⁴⁶ Konuyla ilgili yakın tarihli bir makale: <http://fintechistanbul.org/2018/02/22/sandbox-duzenlemeleri-asyada-fintechi-atesliyor/> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2019)

şirket faaliyetlerinin veya hakkında eylemsizlik tezkeresi ibraz edilen ürün veya hizmetin gerekli yasal çerçeveyi sağladığı varsayılmakta veya faaliyet diğer piyasa oyuncularının tabi olduğu yasal yükümlülüklerden azledilmektedir.

İngiltere’de, yasal test ortamlarına katılan şirketlerin, FCA tarafından belirli yasal düzenlemeler ve yükümlülüklerden muaf tutularak, deneme sürecinde ortaya çıkabilecek aksiliklerden dolayı mesul tutulmayacağına dair muafiyet belgesi (*No Enforcement Action Letter*) alması da yaygın uygulamalar arasındadır. Bu şirketler, test faaliyetleri dolayısıyla FCA tarafından alınacak negatif aksiyonlara yönelik olup, şirketlerin müşterilerine karşı olan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁴⁴⁷.

FCA’nın finansal inovasyonu desteklemek için kullandığı yöntemlerden bir başkası da normalde yasa ihlali olarak nitelendirilebilecek faaliyetlerin, ibraname (*waiver*) ile belirli süre için yasallaştırılmasıdır⁴⁴⁸.

Benzer uygulamaların ABD’de CFPB⁴⁴⁹ ve SEC⁴⁵⁰ tarafından kullanıldığı görülmektedir.

Her ne kadar muafiyet ve ibra uygulamaları yerel düzenleyici ve denetleyici kurumların insiyatifi ile mümkün olsaydı ve uygulamanın Avrupa çapında yasal bir karşılığı olmasa da Avrupa Parlamentosu⁴⁵¹ ve ESMA⁴⁵² tarafından bu uygulamaların finansal hizmetler kapsamında mevzuata eklenmesinin yasa koyucuların yol haritası içerisinde olduğu hususunun altı çizilmiştir.

⁴⁴⁷ FCA, "**Regulatory Sandbox**", s. 9.

⁴⁴⁸ FCA, "**Regulatory Sandbox**", s. 9.

⁴⁴⁹ CFPB’nin ilgili tasarı teklifi:

<https://buckleyfirm.com/sites/default/files/Buckley%20Sandler%20InfoBytes-%20CFPB%20NAL%20Policy%20Proposal%202018.12.10.pdf> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

⁴⁵⁰ <https://www.sec.gov/fast-answers/answersnoactionhtm.html> (Son Erişim Tarihi: 03.05.2019)

⁴⁵¹ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0013_EN.pdf

(Son Erişim Tarihi: 20.04.2019)

⁴⁵² ESMA, **Review of the European Supervisory Authorities: Opportunities to ensure a safe and sound financial system**, ALDE Seminar on the Review of the European Supervisory Authorities, Brüksel, 08.02.2017, s. 3.

3. FinTek Lisansları

FinTek'i yasallaştırma kapsamında yasa koyucu yaklaşımlarından biri FinTek şirketleri mevcut lisanslama zorunluluklarından muaf tutmak olduğu gibi ayrıca, FinTekler ve teknoloji destekli spesifik finans hizmetleri için münhasır bankacılık lisansları düzenleyen yasa koyucular da bulunmaktadır. İsveç Bankacılık Kanunu'nda yapılan değişikliklerle⁴⁵³, kanun kapsamında küçük ölçekli sayılan ve kanunda sayılan alanlarda faaliyet gösteren FinTek şirketlerinin bankacılık lisanslarına nazaran kolaylaştırılmış FinTek lisanslarına başvurabilmeleri mümkün kılınmıştır. Hong Kong'da faaliyet gösteren ve dijital bankacılık alanında faaliyet gösteren FinTek şirketler ise, klasik bankacılık lisansı yerine *virtual banking license* olarak adlandırılan yeni nesil bankacılık lisansına başvurabilmektedir. ABD' nin New York Eyaleti'nde ise, kripto para faaliyetinde bulunan FinTek şirketler için, *BitLicense*⁴⁵⁴ olarak adlandırılan ve ödeme lisanslarından münhasır bir lisans yaratılmıştır.

Suudi Arabistan'da menkul kıymetlere dair inovatif FinTek ürünleri, hizmetler ve iş modelleri FinTek ürünü (*FinTech Product*) olarak tanımlanmakta olup, FinTek ürünlerini belirli kurallar dahilinde test etmek için

⁴⁵³ 15 Temmuz 2018'de İsveç Parlamentosu tarafından kabul edilen ve İsveç Bankacılık Kanunu'na değişiklikler getiren "Financial Institutions Act (FinIA)" aracılığı ile ilk kez Bankacılık Kanunu'nun 1b maddesi altında kanunen düzenlenen FinTek lisansları, küçük ölçekli finansal şirketlere, an itibariyle kanunda düzenlenen bankacılık faaliyet lisanslarına nazaran kolaylaştırılmış bir lisans imkânı sunarak finansal inovasyona destek vermektedir. Aynı tarihte yine finansal inovasyon alanında değişiklikler getiren "Financial Services Act (FinSA)" kanunu da Parlamento'da kabul edilmiştir. Ayrıca, Finansal Piyasa Düzenleyici Kurulu Finma da bahsi geçen tanım kapsamındaki şirketlerin hafifletilmiş kara para aklama kurallarından yararlanabilmesi için kara para aklama mevzuatını revize alanında çalışmalara başladığını ilan etmiştir. Bütün bu değişikliklerin 1 Ocak 2020'de yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

⁴⁵⁴ Birleşik Devletlerde finansal teknoloji ve kripto paralar alanında yetkiye haiz birçok federal kuruluş olduğu gibi, federe devletlerin farklı hukuki yapıları ve lisanslama yükümlülüklerinden dolayı, yoğun piyasa talebine rağmen karmaşık bir hukuki yapı vardır. Bazı federe yasa koyucular, kripto paraların da bu yasa kapsamında değerlendirileceğini düzenleyerek, bir nevi kripto paralara itibari para statüsü kazandırmıştır. Bu eyaletler içinde aktif veya pasif olarak faaliyet gösteren kripto para FinTekleri, itibari para kuruluşlarının uyması gereken yükümlülüklerle uymak zorunda kalacaktır. Farklı bir yaklaşımda bulunan New York eyaleti yasa koyucusu ise, kripto paralar alanında ticari faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin, ödeme aracı mevzuatı kapsamına girmediğinden bahisle, bu kişi grupları için özel statüde, yeni bir lisans icat etmiştir. Başvurular, NY DFS tarafından yürürlüğe konulan, 23 NYCRR 200 sayılı, BitLicense olarak da anılan sanal para mevzuatı kapsamında yapılmaktadır.

FinTech Lab adıyla anılan kontrollü test ortamına katılan şirketlere, *FinTech ExPermit* isminde, istisnai bir lisans tedarik edilmektedir⁴⁵⁵. Aynı şekilde Mısır da belirli FinTek faaliyetleri kapsamında, kısmi lisans öngören bir yasal düzenleme yolunu seçmiştir. Merkez Bankası tarafından hazırlanan taslak düzenleme, kripto paralarla ilgili işlem yapan veya kripto para ibraz eden kuruluşların lisans alması gerektiğini öngörmektedir⁴⁵⁶.

Avrupa Merkez Bankası'nın da FinTek şirketleri diğer bankalara oranla avantajlı veya dezavantajlı duruma sokmayan bir yasal çerçeve için çalışmalar yapmasından yola çıkarak, bu örneklerin hızla yaygınlaşması beklenmektedir.

4. FinTek Lobileri

Çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere, FinTek akımı kapsamında gerekli düzenlemelerin sürekli yenilenmesi ve güncellenmesine dair olan gerekliliğin farkında olan bazı yasa koyucular ve sivil toplum kuruluşları, yerel ve uluslararası FinTek Lobileri kurarak tüm ilgili çıkar gruplarını bir araya getirmekte, deneyimlerini paylaşmakta, gelişmeleri takip etmekte ve gelecekte gerekli yasal düzenlemelerle ilgili lobicilik çalışmaları yürütmektedir.

Bu çalışmalar, FinTek hukukunun bağlayıcı olmayan, öneri niteliğindeki kurallarını oluşturmakta ve kanunlaştırma çalışmaları yapan kanun koyucular için yol gösterici niteliği taşımaktadır.

AB'deki lobilerin Avrupa Bankalar Birliği, Avrupa Ödemeler Birliği ya da yerel banka düzenleyici kuruluşlar bünyesinde; bazı lobilerin ise bakanlıklar ve müsteşarlıklar kapsamında veya kamu kurumlarından bağımsız olarak, piyasa

⁴⁵⁵Saudi Arabia Capital Market Authority, "Financial Technology Experimental Permit Instructions", Issued by the Board of the Capital Market Authority Pursuant to its Resolution Number 1-4-2018 Dated 23/4/1439H Corresponding to 10/1/2018G Based on the Capital Market Law Issued by Royal Decree No M/30 dated 2/6/1424H, s. 1.

https://cma.org.sa/en/RulesRegulations/Regulations/Documents/FinTech_en.pdf (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁵⁶<https://www.crowdfundinsider.com/2019/05/147915-egyptian-central-bank-introduces-legislation-to-replace-ban-and-require-licensing-of-cryptocurrency-enterprises/> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

oyuncuları tarafından özerk şekilde kurulduğu ve bu birliklerin kripto paralar, ödemeler, KOBİler ve teknoloji gibi konuları ele alan çalışmalar yaptığından bahsedilmişti.

FinTek hukukuna katkısı açısından yerel ve bölgesel kapsamda çalışmalar yapan lobilere ek olarak, uluslararası kapsamda çalışmalar yapan lobilerin varlığını vurgulamak önemli olacaktır. ABD ve İngiltere'nin taraflarını oluşturduğu Finansal Düzenlemeler Çalışma Grubu'nun⁴⁵⁷ FinTek alanında çalışmalar yapan bir alt komite oluşturması⁴⁵⁸ gibi gelişmeler finansal inovasyonun uluslararası düzenlemelere konu edilmesine siyaseten atfedilen öneme delalettir.

5. Uluslararası Anlaşmalar

FinTek hukuku kapsamında göze çarpan gelişmelerden bir diğeri ise özel ve kamu kurumları ve hatta idareler ve devletler arasında akdedilen değişik yapıları yerel ve uluslararası anlaşmalardır. Bu anlaşmalar sözleşme tarafları arasında etkileşim ve bilgi paylaşımı taahhü sağlanırken aynı zamanda tarafların finansal teknoloji kapsamında beraber yol kat etmesi, ortak projelerde çalışması, birbirlerine FinTek şirket referansında bulunmaları ve birbirlerini desteklemeleri amacı güdülmektedir.

Niteliği sözleşmenin içeriğine göre değişen bu anlaşmaların uygulamada en sık rastlanan türleri FinTek Sözleşmeleri (*FinTech Agreement*), FinTek Mutabakat Anlaşmaları (*Memorandum of Understanding*) ve Ortaklık Taahhüdü (*Declaration of Cooperation*) şeklinde sıralanabilir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ US-UK Financial Regulatory Working Group

⁴⁵⁸ <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm697> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁵⁹ Ülkeler arasında FinTek iş birliği sebebiyle imzalanan mutabakat anlaşmalarının, esnek yapıları sebebiyle *Memorandum of Understanding* ("MoU") şeklinde tasarlanmaları tercih edilmektedirler. Halihazırda imzalanmış uluslararası FinTek mutabakat ikililerinden birkaçı şu şekilde sıralanabilir: Avusturalya & İngiltere; Lüksemburg & Abu Dabi; Lüksemburg & Çin; Lüksemburg & Dubai; Tayland & Singapur; Hindistan & İngiltere ve sair. An itibarıyla iki yüzden fazla ülkeler arası FinTek mutabakat anlaşması mevcuttur.

Bu anlaşmaların uygulamadaki örnekleri şu şekilde sıralanabilir: *Hong Kong Monetary Authority* ve *Bank of Thailand* arasındaki *Memorandum of Understanding*⁴⁶⁰; CFTC ve *Australian Securities and Investments Commission* (ASIC) arasındaki *Cooperation Agreement*⁴⁶¹; Bahreyn ve Maharashtra hükümetleri arasında imzalanan *Memorandum of Understanding*⁴⁶²; *FinMa* ve *ecurities and Exchange Commission of Brazil* arasındaki *Memorandum of Understanding*⁴⁶³; Türk Koophub ve Lüksemburg menşeli LHoFT arasında imzalanan *Memorandum of Understanding*⁴⁶⁴ vs.

III. TÜRK HUKUKUNDA YASAL DÜZENLEMELERLE BANKACILIK ve FİNTEK

A. TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT YASAL ÇERÇEVE

1. Türk Bankacılık Sistemini ve FinTek Ekosisteminin Temelini Oluşturan Belli Başlı Mevzuat

An itibariyle Türk hukukuna yerleşik bir FinTek kavramı veya müessesesi bulunmamaktadır⁴⁶⁵. Ayrıca hukukumuzda henüz FinTek şirketlerin kuruluşlarını, faaliyetleri kapsamındaki hak ve borçlarını düzenleyen ya da FinTek şirketler için ayrı lisans yükümlülükleri öngören hukuki düzenlemeler mevcut değildir. Bu sebeple bu Çalışma'nın bu bölümünde kısaca mevcut hukuki yapı açısından FinTek şirketlere uygulanacak özel hukuk düzenlemeleri ve global

⁴⁶⁰<https://www.hkma.gov.hk/eng/key-information/press-releases/2019/20190514-3.shtml>

(Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁶¹<https://www.finextra.com/pressarticle/75744/cftc-and-asic-ink-fintech-agreement>

(Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁶²https://www.business-standard.com/article/news-ani/bahrain-and-maharashtra-government-signs-mou-on-fintech-118120400563_1.html (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁶³https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=2ahUKEwi-vq3ClS7iAhXK_aQKHRrKDAgQFjAOegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.finma.ch%2Fen%2F~%2Fmedia%2Ffinma%2Fdokumente%2Fdokumentencenter%2Fmyfinma%2F1bewilligung%2Ffintech%2F20180710_fintech_mou_cvm_finma_final.pdf%3Ffla%3Den&usg=AOvVaw033u5Ixu2NmU2N7yUrrfq0 (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁶⁴<https://www.finextra.com/pressarticle/77986/koophub-and-the-lhoft-foundation-build-fintech-bridges-between-turkey-and-luxembourg> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

⁴⁶⁵ FinTek kavramının Türkiye'deki yasama ve yürütme faaliyetleri kapsamındaki kullanımı için bkz. s. 13 vd.

FinTek akımı sonrası hukukumuzda yerleşen *kitle fonlama*⁴⁶⁶ gibi kavramlar üzerinde durulacaktır.

a. Genel Bankacılık Hukuku Düzenlemeleri

Türkiye, geçmişî Tanzimat Fermanı'na kadar uzanan köklü bir bankacılık geleneğine sahiptir⁴⁶⁷. Türkiye'de Batı ülkelerindeki gibi banka dışı finansal araçların gelişmemiş olması ve sermaye piyasasının henüz gelişme aşamasında olması dolayısıyla bankalar; finansal sistemin temelini oluşturmakta, ekonominin işleyişi, kalkın tasarruflarının toplanması ve kullanım alanlarına dağıtılması açısından önemli rol oynamaktadırlar⁴⁶⁸.

1993 yılında kabul edilen ve üç yıl yürürlükte kalan 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu, ülkemizin ilk Bankalar Kanunu olarak nitelendirilebilir⁴⁶⁹. Bunu 1936 yılında kabul edilen ve 22 yıl yürürlükte kalan 2999 sayılı Bankalar Kanunu izlemiştir⁴⁷⁰. Bu Kanun ve bu kanunu takip eden ve güncelleyen diğer kanunlardan⁴⁷¹ beklenen verimliliğin sağlanamaması üzerine, çeşitli revizyon çalışmaları sonunda 2005 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na geçiş yapılmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. Maddesi uyarınca Kanun'un temel amacı finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkili bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir.

Bu Kanun, yerel bankacılık uygulamaları hakkındaki temel hukuki düzenlemedir ve Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların

⁴⁶⁶ bkz. dn.155, s.59.

⁴⁶⁷ Oğuz Yıldırım, **Türk Bankacılık Sistemi**, 2. Basım, Ankara, 2015, s. 19.

⁴⁶⁸ Oğuz Yıldırım, s. 80.

⁴⁶⁹ Yasaman, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler**, s. 34.

⁴⁷⁰ Yasaman, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler**, s. 34.

⁴⁷¹ Bu kanunlar sırasıyla 7129 sayılı Bankalar Kanunu, 3182 sayılı Bankalar Kanunu ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'dur. Daha fazla bilgi için bkz. Hamdi Yasaman, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, İstanbul, 2005, s. 34 vd.

Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir⁴⁷². Kanun'un 3. Maddesi'nde tanımlanan ve *kanun kapsamında yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan ve kredi kurumları (mevduat bankaları ve katılım bankaları) dışında kalan kuruluşlar* tarifi kapsamında, kredi kurumu olarak kurulmadığı halde Kanun'da sayılan faaliyetlerden en az birini yürüten FinTek şirketler, finansal kuruluş sayılacaktır. Zira *finansal kuruluş* birçok ticari işletmeyi içeren geniş bir kavramdır ve finansal kuruluşlar, kredi kurumu olmamakla birlikte bir cephesi ile para ile ilgili işlemler yapan bir işletmedir⁴⁷³.

Kanun kapsamında *mevduat kabulü, katılım fonu kabulü, nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri, nakdî ve kaydî ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dahil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri, çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri, saklama hizmetleri, kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri, efektif dahil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve döviz dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri, sermaye piyasası araçlarının alım ve satımı ile geri alım veya tekrar satım taahhüdü işlemleri, başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri, yatırım danışmanlığı işlemleri, portföy işletmeciliği ve yönetimi gibi faaliyetler bankaların faaliyet alanı içerisinde sayıldığı için, bu faaliyetler kapsamında hizmet sunmak isteyen FinTek şirketlerinin, Kanun'da öngörülen koşulları yerine getirmesi ve izinleri iktisap etmesi ya da ileride açıklanacağı şekilde bir Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında bankalardan destek alması gerekecektir.*

⁴⁷² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Madde 2.

⁴⁷³ Tekinalp, s. 122.

Sayılan faaliyetlerin FinTek şirketler tarafından bir acente sözleşmesi kapsamında bankalar namına yürütülmesi halinde ise, bu şirketlerin bankalarla aynı hukuki düzenlemelere tabi olup olmadığı hususu Kanun'da açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanaatimizce bu halde acente sıfatına haiz FinTek şirketlerinin de bankalarla aynı raporlama yükümlülüklerine tabi tutulmaları gerektiklerinin kabulü yerinde olacaktır.

Kanun (Madde 60 kapsamında mevduat ve katılım fonu kabulü gibi) bazı faaliyetler için münhasıran kredi kurumlarını yetkilendirmişse de bu faaliyetlerin piyasada banka namına yürütülmesi hali kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Şüphesiz ki bankalar ve tüketiciler (ya da kurumsal müşteriler) arasında bir acentelik veya simsar sözleşmesi kapsamında aracılık faaliyetleri yürüten yerel FinTek şirketleri için de Madde 7'de sayılan banka kuruluş şartlarının aranması durumunda, bu kapsamda faaliyet yürüten şirketlerin küçük girişimler şeklinde kurulmaları mümkün olmayacak, bu da teknoloji destekli finansal inovasyonun piyasada yayılmasına engel olacaktır.

b. Ödeme Hizmetleri ile İlgili Mevzuat

Ödeme sistemi kavramı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından; *"üç veya daha fazla katılımcı arasındaki transfer emirlerinden kaynaklanan fon veya menkul kıymet aktarımlarının gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla yapılan takas ya da mutabakat işlemleri için gerekli altyapıyı sunan ve ortak kuralları olan yapı"* olarak tanımlanmaktadır⁴⁷⁴.

6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun yürürlüğe girinceye kadar ülkemizde ödeme sistemlerini düzenleyen özel bir kanun olmamasına rağmen ödeme sistemleriyle ve sistemin kurucusu ve düzenleyicisi olan kuruluşlarla ilgili düzenlemeler içeren bazı kanunlar bulunmaktaydı⁴⁷⁵. Haziran

⁴⁷⁴ Bilir / Çay, s. 22.

⁴⁷⁵ Yurtçipek, s. 105

2013 tarihinde yürürlüğe giren Kanun, ödeme sistemleri, ödeme hizmetleri ve elektronik para faaliyetlerine dair mevcut yasal boşluğu doldurarak bu faaliyetleri düzenleme altına almıştır⁴⁷⁶. Kanun, ödeme hizmeti ve elektronik para ihracı faaliyetlerinin tanımını yapmakta, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşlarına dair faaliyet izni gibi süreçler de dahil olmak üzere, bu kuruluşlar tarafından sunulabilecek hizmetler, özkaynak yapısı, iç sistemlerine, gibi konularla ilgili yükümlülükler getirmektedir.

Kanunun gerekçesine bakıldığında genel olarak rekabetin artırılması, hizmet kalitesinin yükseltilmesi, tüketiciler açısından maliyetlerin düşürülmesi ve bankacılık hizmetlerinden yararlanamayan kesimlerin bu hizmetlere daha kolay ulaşması sağlanarak\ finansal erişimin artırılmasının amaçlandığı görülmektedir⁴⁷⁷. Buna göre, yapılan düzenlemeler ile ödeme işlemleri ve ödeme işlemleri dışındaki para transferlerinin kolay ve güvenli bir şekilde ve en az maliyetle gerçekleştirilebilmesi, bu hizmetlerin kalitesinin artırılması, ödeme ve elektronik para ihracı hizmetlerini sunan banka dışı kuruluşların belirli standartlara kavuşturulması amaçlanmıştır⁴⁷⁸. Bu noktada eklenmelidir ki kanunun maliyetleri düşürme, bankacılık hizmetlerini yaygınlaştırma kapsamındaki hedefleri finansal teknoloji akımı ile global çapta hedeflenen amaçlarla uyumludur. Gündelik hayatın her noktasında karşımıza çıkan ve teknoloji ile sürekli etkileşim halinde olan ödeme hizmetleri şüphesiz ki bankacılık hizmetlerinin yaygınlaştırılması finansal erişimin artırılması kapsamında önemli bir yere sahiptir ve kanun koyucunun piyasanın gelişmesi için hukuki düzenlemeler aracılığıyla gerekli desteği sağlaması ödeme hizmetlerinin bugün geldiği noktada önemli bir yere sahiptir.

c. Tüketicinin Korunması Hukuku Kapsamındaki Düzenlemeler

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amacı kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını

⁴⁷⁶ Yurtçiçek, s. 229.

⁴⁷⁷ Yurtçiçek, s. 230.

⁴⁷⁸ Yurtçiçek, s. 230.

koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketicuyu aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir (Madde 1). Kanun, Madde 3'te düzenlenen *tüketici işlemi* tanımı dolayısıyla mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsadığı için, tüketicinin taraf olduğu her türlü sözleşmeye uygulanabilirliği bulunmaktadır. Şu hâlde FinTek şirketlerin bankalarla akdettikleri Servis Sağlayıcı Sözleşmesi dolayısıyla ya da doğrudan bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla tüketicilere sundukları teklifler ve tüketiciler ile imzalanan sözleşmeler, bu kanuna aykırı hükümler ihtiva edemeyecektir.

d. Mesafeli Sözleşmeler ile İlgili Düzenlemeler

Sunulan hizmetin niteliği gereği e-ticarete satılmaya ve mesafeli sözleşmelere konu olmaya elverişli hizmetlerden bir tanesi de finansal hizmetlerdir⁴⁷⁹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 48'nci maddesinde düzenlenmiş olan mesafeli sözleşmelerde olduğu üzere, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de belirleyici özellik, tarafların fiziki olarak hiç karşılaşmamasıdır⁴⁸⁰.

İnternet bankacılığının yaygınlaşmasına paralel olarak, tüketicilerin internet üzerinden yaptıkları sözleşmelerin başında, finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler gelmektedir. Yaygın kullanımları ve tüketicinin (özellikle kredi işlemleri gibi) riskli sonuçlar içerebilen işlemler karşısında korunması ihtiyacı açısından finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, önceki kanundan farklı olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda ayrı bir hükümle

⁴⁷⁹ Ferman Kaya, s. 228.

⁴⁸⁰ Ferman Kaya, s. 228.

düzenlenmesi isabetli olmuştur⁴⁸¹. İşte bu düzenleme, 31.01.2015 tarihli ve 29253 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinden başkası değildir.

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin amacı finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin uygulama usul ve esaslarını düzenlemektir (Madde 1). Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı; her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetler olarak belirlenmiştir⁴⁸². Yönetmelik, tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma hakkı, edimin ifası ve sözleşmenin sona erdirilmesi gibi hususlara dair emredici hükümler içermektedir.

Şu hâlde sundukları hizmetler kapsamındaki sözleşmeleri dijital ortamda hazır eden FinTek şirketlerin sözleşmelerini mesafeli sözleşmelere dair mevzuata uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Yine teknoloji ve dijitalleşmenin sözleşme hukukuna etkilerinden bir diğeri de kanunlardaki sözleşmelerin şekline ve ispatına ilişkin hükümlerin, söz konusu işlemlerin elektronik yoldan yapılmasına imkân verecek, elektronik iletişimi kolaylaştıracak şekilde yeniden gözden geçirilmesi mecburiyetini doğurmasıdır⁴⁸³. İşte kanun koyucu meydana gelen bu ihtiyacı göz önünde bulundurarak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nu kabul etmiştir⁴⁸⁴.

Kanundaki düzenlemeler dolayısıyla elektronik imza ile el ile atılan imzanın hukuki sonuçları arasında bir fark bulunmamaktadır (Madde 5). Bu sebeple FinTek şirket tarafından sunulan hizmetler kapsamında akdedilen sözleşmelerde elektronik imza kullanılması halinde, bahsi geçen Kanun’un ilgili maddelerinin göz önünde bulundurulması gerekecektir.

⁴⁸¹ Özge Uzun Kazmacı, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **Cevdet Yavuz’a Armağan**, s. 2816.

<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/373445> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

⁴⁸² Kazmacı, a.g.e.

<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/373445> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

⁴⁸³ Süleyman Yılmaz, s. 118.

⁴⁸⁴ Süleyman Yılmaz, s. 118.

e. Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamındaki Düzenlemeler

2010 yılında yapılan değişiklik sonucunda Anayasanın 20'nci maddesine eklenen fıkra ile kişisel verilerin korunması Anayasal güvence altına alınmış ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır⁴⁸⁵. Bu kapsamda, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 07.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁸⁶. Kanunla, kişisel verilerin işlenmesi disiplin altına alınarak sınırsız biçimde ve gelişigüzel toplanması, yetkisiz kişilerin erişimine açılması, ifşası veya amaç dışı ya da kötüye kullanımı sonucu kişilik haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin denetim mekanizmaları oluşturularak, bu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin engellenmesi hedeflenmektedir⁴⁸⁷.

Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek olarak belirlenmiştir (Madde 1). Kanun kişisel veriyi *kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi* şeklinde tanımlamaktadır.

Bankalar kişisel verileri (raporlama yükümlülükleri kapsamında) ilgili kurumlarla paylaşmanın dışında temel olarak kendi faaliyetlerini daha işlevsel hale getirmek için kullanılmaktadırlar⁴⁸⁸. Bankacılık sektörü *müşterilerin verilerinin çok farklı finansal araçlarla ilintisinin olması, müşterilerin verilerine dair en ufak hatanın, müşteriler açısından, telafisi uzun yıllar gerçekleştirilemeyecek sonuçlar doğuracak olması, müşterilerin verilerine dair*

⁴⁸⁵ <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

⁴⁸⁶ AB'deki kişisel verilerin korunması hukuku alanındaki gelişmeleri yakalama gayesiyle kabul edilen Kanun, 95/46/EC sayılı mülga Yönerge'yi esas almakta ve yürürlükte bulunan Tüzük'te yer alan yenilikleri içermemektedir (Develioğlu, s. 16).

⁴⁸⁷ <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

⁴⁸⁸ Seda Aydın, **Bankacılık Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması Ve İşlenmesinin Bireyler Üzerinde Algısı Ve Etkileri**, İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi Ana Bilim Dalı Muhasebe ve Denetim Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 84.

en ufak hatanın, banka açısından, telafi edilmesi son derece zor olan finansal zararlara sebebiyet verecek olması, müşterilerin yaşayacağı her türlü mağduriyetin, banka açısından ulusal ve uluslararası anlamda bir prestij kaybına sebebiyet verebilecek olması, müşterilerin yaşayacağı her türlü mağduriyetin özellikle ulusal bankacılık sistemi, devlet yönetiminin bankacılık sektörü üzerindeki kontrol gücü açısından ciddi ölçekli bir kayba sebebiyet verebilecek olması nedenlerinden ötürü kişisel verilerin korunması hukuku açısından ayrı bir öneme haizdir⁴⁸⁹. Bu sebeple bankaların müşterilerin de gizliliklerini korumaları için uymaları gereken bir dizi tedbirlerin olması gerektiği yadsınamaz bir gerçektir⁴⁹⁰. Bu açıdan 6698 sayılı Kanun ile kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun verdiği ilk kararlardan biri⁴⁹¹ ile düzenlemeye tabi tutulan sektörlerden birinin bankacılık sektörü olması bir tesadüf değildir kanaatindeyiz.

Veri kullanımının amaçları ve riskler kapsamında yapılan bu açıklamalar şüphesiz ki FinTek şirketleri tarafından toplanan ve işlenen kişisel veriler açısından da geçerlidir. Bu sebeple FinTek şirketlerinin faaliyetleri kapsamında toplanan ve işlenen verilerin Kanun (ve ilgili Yönetmelikler) kapsamında denetlenmesi için de bankaların faaliyetlerine paralel derecede bir hassasiyet gösterilmelidir.

2. İlgili Diğer Düzenlemeler

Genel hükümlerden ayrı olarak, FinTek şirketlerin faaliyetleri esnasında göz önünde bulundurulması gereken diğer önemli mevzuat şu şekilde sıralanabilir; 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun,

⁴⁸⁹ Aydın, s. 33.

⁴⁹⁰ Aydın, s. 84

⁴⁹¹ 21/12/2017 tarihli, 2017/62 Karar ve 2017/25 Toplantı Sıra Sayılı ve *Banko, Gişe, Masa gibi Hizmet Alanlarında Kişisel Verilerin Korunması* Konulu Karar kapsamında, başta bankacılık ve sağlık sektörü ve sair sayılı sektör, kurum ve kuruluşların banko/gişe/masa gibi bölümlerde yetkisi olmayan kişilerin yer almasını önleyecek ve anı anda birbirine yakın konumda hizmet alanların birbirlerine ait kişisel verileri duymasını, görmesini, öğrenmesini veya ele geçirmesini engelleyecek nitelikte gerekli teknik ve idari tedbirleri alınmasına ve bu karara uymayanlar hakkında 6698 sayılı Kanun'un 18. Maddesi çerçevesinde işlem yapılmasına karar verilmiştir. Karar metni için bkz: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/4114/2017-62> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

4095 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 5941 sayılı Çek Kanunu, 6163 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu.

Ayrıca, bankaların faaliyetlerinin ifasında kullandıkları bilgi sistemlerinin yönetiminde esas alınacak asgari usul ve esasları düzenleyen⁴⁹² 14.06.2007 tarihli ve 26643 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, Bankalarda Bilgi Sistemlerinin Yönetiminde Esas Alınacak Bilgi Sistemleri Tebliği⁴⁹³ ve 05.11.2011 sayılı ve 28106 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik, FinTek şirket ve banka arasında akdedilen sözleşmelerin sınırlarının belirlenmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken düzenlemelerdendir. Bu düzenlemeler, destek hizmeti sözleşmesinin şekli ve içeriğine ilişkin koşullar içermekte, hizmetin kapsamına dair çerçeve kurallar bütünü oluşturmaktadır.

B. FİNTEK AKIMI İLE ORTAYA ÇIKAN YENİ KAVRAMLAR VE BEKLENEN POZİTİF DÜZENLEMELER

1. FinTek Akımı ile Ortaya Çıkan Yeni Kavramlar

FinTek akımının Türk bankacılık hukukuna gözle görülür tesirlerinden şüphesiz en önemlisi yeni hukuki müesseselerin takdimidir. İşte bu müesseselerden en yenisi *kitle fonlaması*dır. Günümüzde girişimcilerin gereksinim duydukları sermayeye ulaşmak için kullandıkları yeni finansal yöntemlerden biri olan Kitle Fonlaması⁴⁹⁴ Aralık 2017 ‘de gerçekleşen yasal reform ile hukuki bir temele oturtulmuştur. 30261 sayılı ve 05.12.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 107. Maddesi

⁴⁹² Avdan, s. 28.

⁴⁹³ 25.12.2018 tarihinde BDDK tarafından görüşe açılan *Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik Taslağı’nın* Bankalarda Bilgi Sistemlerinin Yönetiminde Esas Alınacak Bilgi Sistemleri Tebliği’nin yerini alacağı düşünülmektedir. Taslak metin için bkz: <https://www.bddk.org.tr/Duyurular/Bankalarin-Bilgi-Sistemleri-ve-Elektronik-Bankacilik-Hizmetleri-Hakkinda-Yonetmelik-Taslagi/672> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

⁴⁹⁴ Aslı Vural, *Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli “Kitle Fonlaması - Crowdfunding”*: Dünya Ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme Ve Model Önerisi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme Doktora Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. II.

ve devamında yer alan torba düzenlemelerle ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa yapılan eklemelerle hukukumuzda giren kitle fonlamasını, *bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Kurul tarafından belirlenen esaslar dâhilinde bu Kanunun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanması* şeklinde tanımlanmıştır. Kanun ilaveten kitle fonlama platformlarını⁴⁹⁵ tanımlamış, platformların kuruluşu ve faaliyete başlaması için gerekli izinler ve ayrıca, izinsiz faaliyet gösteren kuruluşlar için öngörülen yaptırımlar dahil, kitle fonlamayla ilgili bazı temel süreçleri vurgulamıştır⁴⁹⁶.

Her ne kadar kitle fonlamanın ayrı bir kanunda düzenlenmeyerek torba mevzuat içinde kısaca geçirilmesi piyasada hüsran yaratsa da uzun süreden beri beklenen bu müessesenin sonunda hukukileştirilmesi olumlu bir gelişme olarak algılanmalıdır, düşüncesindeyiz. Kitle fonlama şirketlerinin faaliyetlerini sürdürmesinin bu düzenleme ile SPK iznine tabi tutulmuş olması girişimleri operasyonel açıdan yavaşlatacak olsa da bu yeni denetim mekanizmasının tüketicilerin piyasa risklerinden korunması açısından faydalı olacağı aşikardır.

Üzerinde çalışmalar sürmekte olan Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği Taslağı'nın⁴⁹⁷ kesinleşmesini takriben kitle fonlamasına dair hukuki çerçevenin daha da belirginleşeceğini umut etmekteyiz.

Finansal teknoloji uygulamalarını teşvik etmek için yürürlüğe konulan mevzuatın bir başka ayağına ise ödeme hizmetleri alanında rastlanmaktadır.

⁴⁹⁵ Buna göre, kitle fonlama platformları, kitle fonlamasına aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kuruluşlardır.

⁴⁹⁶ Bu noktada, bahsedilen değişiklikler ile, halka açık anonim ortaklıklara ait tanımın da değiştiğinin vurgulanması gerekmektedir. 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 107. Md., (e) bendi uyarınca, halka açık ortaklıkların tanımı, "Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar" şeklinde güncellenerek, kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayan anonim ortaklıklar, SPK'n'da yer alan halka açık ortaklık tanımının dışında bırakılmıştır. Bu sayede, kitle fonlaması aracılığıyla para toplayan FinTek şirketleri, halka açık ortaklık için gerekli koşulları sağlasa bile, halka arz edilmiş şirket kategorisine sokulmayacak ve dolayısıyla, halka açık ortaklıkların faaliyetleri esnasında aranan yükümlülüklerden muaf tutulacaklardır. Kitle fonlaması ile finanse edilen FinTek şirketlerinin, girişim için külfet doğurabilecek yükümlülüklerden ari tutulması, kanaatimizce kanun koyucunun FinTek ekosisteminin gelişmesi ve girişimlerin desteklenmesi adına attığı önemli adımlardan biridir.

⁴⁹⁷ Taslak, Ocak 2019'da SPK tarafından kamuoyunun görüşüne açılmıştır. İlgili duyuru için bkz: <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20190103/0> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019)

30791 sayılı ve 01.06.2019 tarihli Resmî Gazete ile yürürlüğe giren Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 507), kare kodlu (QR Code) sistemlerinin ödeme ve faturalama uygulamalarında kullanılabildiğinin öñü açılmıştır. Güvenli Mobil Ödeme ve Elektronik Belge Yönetim Sistemi olarak adlandırılan sistem (Madde 3/d) ile; satış, ödeme, tahsilat ve ilgili mali belgelerin elektronik belge olarak oluşturulması, iletilmesi ve ibraz edilmesi mümkün hale gelmiştir. Elektronik belgelerin düzenlenmesi, iletilmesi ve saklanması hizmetlerini özel bir lisansa (özel entegratörlük izni) tabi tutan Tebliğ, alışveriş ve faturalama işlemlerinin aynı anda yani dijital şekilde yani daha ekonomik ve hızlı şekilde gerçekleşmesi için imkân sağlamakta, mükelleflerin fatura ödemeleri için manuel işlemler yapması gereğini ortadan kaldırmaktadır.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, elektronik fatura faaliyetleri ile uğraşan FinTek şirketleri diğer ödeme kuruluşları ve bankalardan ayrı tutarak, FinTek şirketlere bir nevi hafifletilmiş faaliyet izni/lisans imkânı tanımış, finansal inovasyonu teşvik etme yolunda büyük bir adım atmıştır. Nitekim, Tebliğ'in ilk maddesindeki *"Günümüzde bilgi-iletişim ve finansal teknoloji alanındaki hızlı gelişmeler ile elektronik belge uygulamalarında kat edilen önemli mesafeler, mükelleflerimizin iş süreçlerini, ödeme ve tahsilat süreçlerini, müşterilerine düzenlemekte oldukları belgelerin oluşturulması, iletilmesi ve muhafazasında sağlamakta olduğu verimlilik, maliyet avantajı, işlem kolaylığı ve etkin analiz ve denetim kolaylığı nedeniyle, yeni uygulamaların mükelleflerimizin kullanımına sunulmasının önemini artırmaktadır. Bu kapsamda, bankalar, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşlarınca sunulan yeni teknolojik gelişmelere uygun, kullanımı kolay ve mobilitesi yüksek ve fiziksel/klasik tahsilat araçları (fiziki POS cihazları) gerektirmeyen daha düşük maliyetli çözümler uygulamada ortaya çıkmaya başlamaktadır. Bu gelişime uygun olarak vergi mevzuatı çerçevesinde mal ve hizmetlerin satışına yönelik işlemlerle buna yönelik tahsilatların güvenliğinin ve belge düzeninin sağlanması hususu da son derece önem arz etmektedir. Bu Tebliğ ile yukarıda belirtilen yeni teknolojik gelişmelere uygun ve "Güvenli Mobil Ödeme ve Elektronik Belge Yönetim Sistemi" olarak tanımlanan sistem çerçevesinde, mal ve hizmet satışlarına ait bedellerin tahsilatı ile mali belgelerin elektronik ortamda oluşturulmasına ilişkin satış, tahsilat ve elektronik belge uygulamalarının Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilen kurum ve*

kuruluşlar tarafından mükelleflerin kullanımına sunumu ve mükellefler tarafından kullanımı sırasında uyulması gereken usul ve esaslara yer verilmiştir" ifadesi bu kanaatimizi doğrular niteliktedir.

2. FinTek Akımı Kapsamında Yaşanan Değişime Paralel Olarak Beklenen Pozitif Düzenlemeler

Çalışmanın Birinci Bölümü'nde detaylı olarak incelendiği üzere, FinTek finans ve bankacılığın süregelen adet ve teamüllerinden çok, piyasaların geleceğini ilgilendirmektedir. Bankaları ve bankacılığı sürekli bir değişime mecbur eden FinTek akımına paralel olarak, yasa koyucular statik regülasyonları kullanarak piyasadaki hızlı değişime ayak uydurabilecek bir esnekliğe yer açmak için çalışmaya başlamıştır. Bu kapsamda, Avrupa'da yaşanan ve yukarıda açıklanan yasal değişimlerin ivmesini yakalamaya çalışan Türk yasama ve yürütme kademesinin 2018'in sonu itibariyle konuya eğildiği görülmektedir.

Bu kapsamda, TCMB'nin Mayıs 2019 tarihli raporunda yer verilen *"Tüm bu gelişmeler ışığında, bu aşamada finansal teknolojiler alanındaki hızlı gelişimin finansal istikrara yönelik etkilerinin yakından takip edilmesi, olası risklerin belirlenmesi ve ihtiyaç halinde ilgili sektörlerde düzenlemelerin oluşturulması birer gereklilik olarak öne çıkmaktadır. Bu çerçevede, ülkemizdeki düzenleyici ve denetleyici otoriteler de FinTek alanında gerekli çalışmaları ve düzenlemeleri yapmaktadır"* açıklaması⁴⁹⁸ ve BDDK Başkanı Mehmet Ali Akben'in dijitalleşme ve finansal tabana yayılma projelerinin 11. Kalkınma Planı kapsamında öncelikli olduğuna dair Mayıs 2019 tarihli beyanı⁴⁹⁹ göz önünde bulundurulduğunda, FinTek alanındaki iç hukuk düzenlemelerinin yakın gelecekte artacağı anlaşılmaktadır.

⁴⁹⁸ TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 28, s. 17.

⁴⁹⁹ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/son-dakikabddk-baskani-akben-doviz-hareketlilik-konusunda-saldirilara-maruz-k,ITPDssNpTkiCp6NNMywfTw> (Son Erişim Tarihi: 03.06.2019)

Nitekim, Temmuz 2019'da Meclis'e sunulan 11. Kalkınma Planı⁵⁰⁰, FinTek alanına oldukça büyük bir yer vermekte ve piyasalarda sağlıklı bir FinTek ekosisteminin oluşturulabilmesi için gerekli yasal ve ekonomik desteğin yürütme kademesi tarafından sağlanacağını sinyallerini vermektedir. Plan'da açıklanan ve FinTek'i doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren inisiyatifler şu şekilde özetlenebilir;

- Uluslararası iyi uygulamalardan yararlanılarak firmalara fırsat eşitliği sağlayan, güvenli bir finansal teknoloji (fintek) ekosisteminin oluşumu desteklenmesi (md. 250). Fintek ekosisteminin ülkemizde gelişmesine yönelik yol haritası oluşturulmasını ve uygulamaya dair koordinasyon tek bir kamu kurumu tarafından sağlanmasını hedefleyen (md. 250.1) Plan, bu kapsamda Düzenleme Deney Alanı⁵⁰¹ ve Endüstri Deney Alanı oluşturulmasını (md. 250.2); Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Birliği kurulmasını (md. 250.3) ve İstanbul Finans ve Teknoloji Üssü kurulmasını (md. 250.4) öngörmektedir
- Yasal altyapının kuvvetlendirilmesi amacıyla çeşitli AB mevzuatına uyum sağlanması. Bu kapsamda yerel mevzuata dahil edilmesi planlanan regülasyonlar arasında, Açık Bankacılık hukuki altyapısını güçlendirmek amacıyla 2. Ödeme Hizmetleri Direktifi (md. 250.5); Kara Para Aklama (md. 479.1); AB Elektronik Kimlik Tespiti Tüzüğü (md. 477.2) ve AB Şebeke ve Bilgi Güvenliği Direktifi (md. 474.2) sayılmaktadır.
- Alternatif para ve ödeme sistemlerinin geliştirilmesi (md. 249). Komisyon'un geliştirilmesi planlanan para ve ödeme sistemleri konusunda açık olmamasının nedeninin, Kalkınma Planı'nın uygulanması beklenen 4 yıllık süre diliminde yaşanacak ve öngörülemeyen teknolojik (ve FinTek) gelişmelerini kapsayacak esnekliğe sahip olma gayesinden kaynaklandığını düşünüyoruz. Her ne kadar planlanan ödeme sistemleri konusunda açıklık olmasa da blokzincir tabanlı bir merkez parası ihracının (md. 249.5) ayrı bir

⁵⁰⁰ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)**, Temmuz 2019.

<http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>

(Son Erişim Tarihi: 14.07.2019)

⁵⁰¹ Plan'da Düzenleme Deney Alanı'na dair bir tanım yer almasa da Plan'ın Çalışmamızda Yasal Test Ortamı olarak Türkçe'ye çevirdiğimiz *Regulatory Sandbox* müessesine atıf yaptığımız düşüncesindeyiz.

madde olarak Plan'a dahil edilmesi, Cumhurbaşkanlığı'nın blokzincir altyapısı kullanarak yerel merkez parası para birimi ihraç etme denemesi yapan Tayland, Venezuela gibi ülkelerden geri kalmak istemediğinin göstergesidir.

- Fiziki belge ve ıslak imzanın azaltılması (248.7); elektronik çek ve bono sisteminin kurulması (md. 248.5). Bu tarz sistemler her ne kadar ticari sistemlerin dijitalleştirilmesi kapsamında önemli bir adım olsa da kanaatimizce çek sistemlerini blokzincire aktaran Çin, Dubai, Estonya, Dubai gibi ülkelerde yaşanan gelişime kıyasla geriden gelen ve çabuk demode olması muhtemel bir gelişmedir.
- Girişim sermayesi fonu oluşturulması (md. 302.1) ve teknoloji odaklı yatırımlar için girişim sermayesi sistemi geliştirilmesi (md. 302). Çalışma'nın ilk bölümünde aktarıldığı üzere, FinTek şirketleri genelde girişim sermayesi şirketi şeklinde kurulmaktadır. Dış yatırımcıların finansal baskısı ve yasal uyum süreçleri sebebiyle bilimsel gelişmelere yeterince odaklanamayan FinTek şirketlerinin finansal anlamda desteklenmesi, kanaatimizce şirketlerin ekonomik kaygıya kapılmaksızın inovasyona odaklanabilmesi imkânını sağlayacaktır.
- Finansal danışmanlık sisteminin kurulması (md. 251.2).
- Yapay zekâ, robotik gibi teknolojik alanlar için genel bir gelişim yol haritası (md. 355) ve yapay zekâ teknolojilerinin ekonominin genelinde kullanılmasına dair özel bir yol haritası (md. 473.1) hazırlanması.
- Yakın zamanda hukukumuza giriş yapan kitle fonlaması ve benzeri finansman modellerinin geliştirilmesi (md. 247.12).
- Finansal kuruluşların veriye erişiminin kolaylaştırılması (md. 248) ve kredi başvurusu için talep edilen bilgi ve belgelerin merkezi veritabanının geçirilmesi (md. 248.4). Bu tarz bir sistemin piyasadaki özel kredi veritabanı sistemlerinin⁵⁰² iş modellerinin devamlılığı açısından olumsuz bir gelişme olduğu şüphesizdir.
- Finansal piyasalara ilişkin düzenleyici ve denetleyici kuruluşların, düzenleme ve denetleme etkinliğini artırmak üzere Türkiye Finansal

⁵⁰² bkz. dn. 59.

Hizmetler Kurulu çatısı altında toplanması (md. 248.1). Bu tarz bir gelişmenin, yeni teknolojileri kullanan FinTek şirketlerinin, şirketin faaliyetlerini düzenlemeye yetkili kurumu bulması açısından yararlı olabilse de Plan hangi düzenleyici ve denetleyici kurumların, hangi kapsamda tek çatı altında toplanacağını belirtmediği için halihazırda uygulamaya dair öngörude bulunmak mümkün değildir. Finansal piyasalarda her kurumun sorumlu olduğu bir uzmanlık alanı bulunduğu göz önüne alındığında, özel faaliyetlerin özelleşmiş kurumlarca düzenlenmesi yerine tüm faaliyetlerin, genel bir kurum tarafından düzenlenmesi piyasada karışıklığa ve hizmetlerin aksamasına yol açabilir kanaatindeyiz.

- Plan'da tüketicinin finansal okur yazarlığını ve finansal erişimini artıracak, tüketicinin (finansal piyasalarda) korunması anlamında yol kat etme potansiyeli olan eylemlere de rastlanmaktadır. Bu eylemler arasında finansal ücret ve komisyonlara dair şeffaflık sağlanması (md. 251.8); finansal erişimin kolaylaştırılması (md. 251); finansal okur yazarlığın artırılması (md. 228) sayılmıştır. Yine, md. 251.2'de vurgulanan, "Finansal tüketicilerin ihtiyaçlarının doğru tespit edildiği, finansal kurumlar karşısında haklarının korunduğu ve her iki taraf arasında aracılık hizmetlerinin verildiği Finansal Danışmanlık Sistemi", yabancı hukuk sistemlerinde yer alan finansal ombudsmanlık sistemini⁵⁰³ andırmaktadır ve sistemin sağlam bir temel üzerine oturtulması halinde olumlu sonuç alınmaması, bir nevi imkansızdır.

Her ne kadar yukarıda bahsedilen gelişmelerin bu zamana kadar sarkması, küresel ekonomik gelişmeleri Avrupa, Amerika ve Asya'daki ülkelere nispeten geriden takip ettiğimizin bir göstergesi olsa da yürütme kademesinin FinTek akımının önemine dikkat çekerek, ekonomik kalkınma planı içinde FinTek piyasalarının destekleneceği taahhüdünü de almasını olumlu bir gelişme olarak yorumluyoruz. Şüphesiz ki plandaki ifadeler, banka ve finans hukukunda FinTek odaklı olarak gelişecek yasal reformun bir habercisidir.

⁵⁰³ bkz. dn. 148, 149, 150.

BÖLÜM 3- HUKUKİ AÇIDAN FİNTEK BANKA İŞ BİRLİKLERİ ve FİNTEK ŞİRKETİ İLE BANKA ARASINDAKİ SERVİS SAĞLAYICI SÖZLEŞMESİ'NİN HUKUKİ YAPISI

I. FİNTEK ŞİRKETİ VE BANKA ARASINDA KURULAN SÖZLEŞMENİN TANIMI VE UNSURLARI

A. FinTek Şirketi ile Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Uygulamadaki Yansımaları

FinTek şirketi, dijitallik ve teknoloji özellikleri taşıyan, inovatif ürün ve hizmetleri piyasaya sunmaktadır. Uygulamada FinTek şirketi, kurulduğu yer hukuku tarafından yasaklanmayan mevduat, kredi, yatırım gibi çeşitli alanlarda faaliyet göstermektedir. Bu faaliyet, daha önceden bankalar ya da kredi kurumları tarafından sunulan bir hizmeti dijitalleştirerek ve farklı teknolojik altyapıları kullanarak yeniden yorumluyor ve kolaylaştırıyor; daha önceden bankalar ya da kredi kurumları tarafından sunulmakta olan bir hizmeti güncelleştirerek farklı bir hizmet haline getiriyor veya piyasalara daha önceden mevcut olmayan ya da bilinmeyen bir hizmeti geliştiriyor ve pazarlıyor olabilir.

Global olarak, FinTek şirketlerinin yatırımdan ödemelere, islami bankacılıktan KOBİ hizmetlerine uzanan, birçok farklı alanda hizmet sundukları görülmektedir. Bu sebeple, FinTek şirket faaliyet alanlarını ya da FinTek hizmetlerini belirli bir uzmanlık alanıyla sınırlamak mümkün olmamaktadır. Pratikte, FinTek faaliyetlerinin bankacılık veya finans piyasalarını (teknoloji destekli olarak) iyileştiren, tüm hizmetleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması da mümkündür. FinTek şirketinin faaliyetleri kapsamında kitle-

fonlama faaliyetleri, kredi/vadeli mevduat karşılaştırma platformları, kullanıcılarını birikim ve yatırım konusunda yönlendiren mobil uygulamalar, kullanıcılar arasında para gönderme hizmeti sunan ödeme uygulamaları, kripto para yatırım platformları, elektronik ticaret ödeme platformları, kart hizmet sağlayıcıları sayılabilir. Kanunlarca tanımlanmayan FinTek faaliyetlerinin kapsamını, özellikle teknolojinin gelişmesine paralel olarak genişletmek mümkündür.

Bir hizmetin FinTek faaliyeti olarak sayılması açısından faaliyetin bankalar (veya bankaların iştirakleri konumundaki FinTek şirketleri), kredi kurumları veya FinTek şirketi tarafından yerine getirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. FinTek olarak nitelendirilebilecek hizmetler sunan FinTek şirketi, faaliyetlerini bir lisans ve ruhsat kapsamında yerine getiriyor olabileceği gibi; şirket destek hizmeti gibi lisansa tabi olmayan bir alanda aktif olabilir. Yine FinTek şirketi, bankayla bir adi ortaklık kurmak suretiyle ya da bankadan teknik hizmet almak suretiyle faaliyetlerini yürütüyor olabilir. FinTek şirketinin lisans almasını gerektiren bir faaliyeti banka aracılığıyla yürütüyor olması halinde, taraflar arasında akdedilmiş bir Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin varlığından söz edilecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere, bankanın FinTek şirketinin piyasaya girebilmesi için gerekli teknik ve yasal alt yapıyı sağladığı bir teknik destek sözleşmesidir⁵⁰⁴. Bu sözleşmenin en tipik halinde, FinTek şirketi piyasaya doğrudan hizmetler sunmakta, ancak FinTek şirketinin gerekli lisans ve ruhsatı haiz olmamasından dolayı, gerekli bankacılık işlemleri arka planda, banka tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, piyasaya ürün veya hizmeti pazarlayan FinTek şirketi olmasına ve müşteri iktisabının FinTek şirketinin markasının bilinirliği altında gerçekleştirilmesine rağmen, bankacılık işlemleri aslen arka planda hizmet gören banka tarafından yerine getirilmektedir. Bu hizmetler çerçevesinde, müşterilere, FinTek şirketinin

⁵⁰⁴ Bankaların FinTek şirketlere banka faaliyet izni kapsamında hizmetler sunduğu ve uygulamada *Cooperation Contract* veya *Service Contract* olarak anılan bu sözleşme, akdi sözleşme tipleri açısından kavram karmaşası yaratmamak adına "Servis Sağlayıcı Sözleşmesi" olarak adlandırılmıştır.

bir banka gibi hareket ettiği veya gerekli izin ve ruhsatlara sahip olduğu algısı yaratılmaktadır.

Bankalar, doğrudan hizmet talebinde bulunan müşterilere sundukları hizmete ek olarak, mevzu bahis sözleşmeler aracılığıyla lisans ve ruhsatlarını bağımsız FinTek şirketlerine kullandırmakta ve böylece bu firmaların da piyasada hizmet sunmalarına aracı olmaktadır. Dolayısıyla, sahip oldukları altyapıyı kullanıma açmak suretiyle bankalar, piyasa rekabetini bizzat şekillendirmektedir. Ancak piyasada, müşterilere bankacılık hizmeti sunmayan ve sadece lisans ve ruhsatlarını diğer girişimlere kullandırmak üzerine kurulu bir iş modeline sahip bankalar da bulunmaktadır⁵⁰⁵. Bu bankalar, mevduat bankaları ile aynı izin ve ruhsatlara sahip olmalarına rağmen, piyasadaki mevduat toplayamadıkları için, kurumsal bankalar gibi bir piyasa bilinirliğine sahip değildir. Bu tarz iş modeline sahip bankaların, bankadan çok bir teknik destek firması gibi faaliyetlerini yürüttüklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin en tipik görünümünden birini yansıtan ilişki, piyasada mobil bankacılık hizmetleri (mevduat hesabı açılması, para gönderme vs.) gerçekleştirdikleri halde, aslında bankacılık lisansına sahip olmayan ve bankacılık işlemlerini, arka plandaki bankalara gerçekleştiren (inşa, Number26 gibi) FinTek şirketleridir. Bu FinTek şirketleri, bankacılık hizmetleri sunan mobil uygulamaların geliştirilmesi, yönetilmesi ve müşteri iktisabı kapsamında faaliyet göstermekte, müşterilerden topladıkları (hesap açımı, havale gibi) işlem talimatlarını Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin tarafı bankaya göndermektedirler. Bankalar, arka planda bankacılık işlemlerini gerçekleştirirken, her iki taraf da müşteriler ile hukuki bir ilişki içine girmesine rağmen, piyasada bankacılık hizmetlerinin asıl tedarikçisinin FinTek şirketi olduğu gibi bir imaj çizilerek, FinTek şirketinin piyasa bilinirliği artırılmaya çalışılmaktadır. Bu hizmet karşılığında FinTek şirketi, bankaya belirli bir bedel (ücret) borçlanmaktadır.

⁵⁰⁵ Bkz. s. 36 vd.

Uygulamada, FinTek şirketi ile banka arasında kurulan ticari ilişkiye çeşitli örnekler vermek mümkündür. Kitle finansmanı hizmetleri sunan veya vadeli mevduat ürünlerini karşılaştıran bir FinTek şirketinin, piyasadaki hizmetlerini bireysel şekilde yürütmesi FinTek faaliyeti olmasına rağmen, faaliyetlerin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Vadeli mevduat ürünlerini karşılaştıran bir FinTek girişim, aynı zamanda, müşteriler adına bankalarda hesap açım işlemlerinin gerçekleştirilmesine de aracılık ediyorsa, girişimin bu faaliyet için gerek duyduğu (mevduat hesabı açılması) bankacılık işlemlerini bir lisans kapsamında, bizzat yerine getirmesi ya da arka planda bir bankayı kullanarak bu hizmetleri yerine getirmesi mümkündür. İkinci durumda bir Servis Sağlayıcı Sözleşmesi söz konusu olacaktır. Yatırım hizmetleri için robo-danışmanlık yazılımları üreten bir FinTek şirketi, bu yazılımları sadece geliştirip satıyorsa, banka ile FinTek şirketi arasında yazılımın tedarigine ilişkin olarak kurulan bu sözleşme, bir eser sözleşmesi ya da lisans sözleşmesinden kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, FinTek şirketinin yazılımı geliştirmeye ek olarak piyasada hizmet vermesi ve bu hizmetlerin bankacılık altyapısını bir banka ya da yatırım şirketinin kullanarak yerine getirilmesi halinde, sözleşmenin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Yine tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında sunulan hizmetlere; bir FinTek şirketinin piyasada mobil ödeme uygulaması sunması ancak ödemelerin arka planda banka tarafından gerçekleştirilmesi ya da bir FinTek şirketinin, dijital kredi platformu aracılığıyla bireysel kredi müşterileri iktisap etmesi, bankanın ise arka planda kredi taleplerini onaylayarak müşteriler için kredi tesis etmesi örnek gösterilebilir. Bütün örnekler için esas olan, bankanın lisansı kapsamında bazı hizmetler sunuyor olması olsa da bu sözleşmelerde yer alan bankanın tipik iş görme edimine ek olarak, her iki taraf için de atipik edimler öngörülmesi (FinTek şirketinin bankanın ürünlerinin reklamını yapması, girişimin müşteri hizmetleri kapsamında faaliyet göstermesi vs.) suretiyle, sözleşmenin kapsamının zenginleştirilmesi de mümkündür.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin taraflarından biri banka, bir diğeri de FinTek şirkettir. Sözleşme kapsamında banka, FinTek şirketinin hizmetlerinin bankacılık tarafını, arka planda destekleme borcu altına girmektedir. Yani bu sözleşme, temelinde bir iş görme sözleşmesidir. Banka, ayrıca, FinTek şirketine

bir sonuç taahhüt etmemektedir ve faaliyetlerini bağımsız olarak yerine getirmektedir. Bu sebeple, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin en tipik haliyle bir vekalet sözleşmesi olduğuna kanaat getirdik. Ancak unutulmamalıdır ki; bu sözleşme GİK ibaresi taşımamaktadır ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tacir tarafların ihtiyaçlarına uygun olarak, koşulların taraflarca, eşit koşullar altında müzakere edildiği bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin özel isteğe uyarlanmış bir yapıda şekillenmesi sebebiyle, sözleşme çok farklı şekilde, farklı edimler içerecek şekilde; karma ya da bileşik sözleşme şeklinde düzenlenebilmektedir. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne uygulanacak hükümlerin, sözleşmede kararlaştırılan edimler ve menfaat dengeleri uyarınca, vaka bazında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde her daim, bankanın bir ücret mukabilinde, lisans veya ruhsatının FinTek şirketine kullanılması kapsamında yürütmeyi taahhüt ettiği bir iş görme edimi bulunmalıdır. Aksi takdirde, sözleşmenin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Sözleşmede, bankanın iş görme edimine ek olarak, FinTek şirket için yan edimler öngörüldüğü haller de mümkün ve hatta yaygındır. Bu yan edimlerin, bankanın ana edimi ile bağlantılı olması hali ihtimaller dahilinde olduğu gibi, bankanın ediminden bağımsız olma imkânı da bulunmaktadır. Önemli olan, sözleşme kapsamında banka ve FinTek şirketinin bir simbiyoz halinde, piyasaya (ortak bir amaç ve plan doğrultusunda veya bireysel olarak) inovatif hizmetler sunmaları ve bu hizmet kapsamında marka bilinirliği, ücret, yeni müşteri iktisabı gibi ekonomik kazanımlar sağlamalarıdır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde taraflarca sunulan hizmetin, ortak bir ticari gaye ve plan çerçevesinde, piyasaya beraberce sunulması da mümkündür. Bu halde, bankanın lisansa dayanan uzmanlığının ve FinTek şirketin teknik veya pratik inovasyonun ortak bir gaye çerçevesinde yürütülmesi söz konusu olacaktır. FinTek şirketi tarafından geliştirilen ve yürütülen eşitler arası mobil ödeme uygulaması hizmetlerinin, münhasıran uygulamanın bankacılık kısmını yürüten (yani FinTek şirketi tarafından toplanan, müşteri ödeme talimatlarını gerçekleştiren) bankanın müşterilerinin hizmetinde olması halinde, FinTek

şirketinin ticari gayesi ile bankanınki arasında bir paralellik bulunuyorsa, sözleşmede vekalet ek olarak, eser sözleşmesi (mobil uygulamanın geliştirilmesi) ve adi ortaklık unsurları bulunduğundan da bahsedilebilecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde, bankanın iş görme edimine ek olarak, FinTek şirketi, (mobil uygulama ya da websitesi üzerinden) bankanın reklamını yapma, banka ürünleri kapsamında müşterilerle doğrudan sözleşme akdetme, çapraz ürün pazarlama gibi taahhütlerde bulunabilir. Bu noktada, FinTek şirketinin ediminin, acentelik, simsarlık, pazarlamacılık gibi kurumlardan hangisine daha yakın olduğu; edimin bağımsızlığı, borcun sonuç borcu olup olmadığı, edimin ani edimli olup olmadığı gibi özellikler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere, hem banka ve FinTek arasında kurulacak ticari ilişkinin hem de Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin uygulamada çok farklı görünümüleri bulunmakta, bu görünümelerin de farklı hukuki yansımaları bulunmaktadır⁵⁰⁶. Bundan hareketle, ilerleyen bölümlerde sadece Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin yapısına ve Türk Hukukuna yansımaları üzerine eğildik ve banka ve FinTek şirketi arasında, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecek diğer ticari işleri, bölümün kapsamı dışında bıraktık.

B. FinTek Şirketi ile Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Konusu ve Mevzuatın Konuya Getirdiği Sınırlamalar

1. Sözleşmenin Konusu ve Mevzuatın Konuya Getirdiği Sınırlamalar

FinTek şirketi ile banka arasında çeşitli hukuki, teknik ve ticari sebeplerle sözleşme ilişkisi kurulduğu yukarıda açıklanmıştı⁵⁰⁷. Bu sözleşme ilişkilerinden sözleşme hukuku ve bankacılık mevzuatı açısından en fazla yenilik barındıranı,

⁵⁰⁶ FinTek'in Türkiye'de müesseseseleşememesi ve ekosistemin daha yeni geliyor olması dolayısıyla, yabancı piyasalardaki uygulamalardan verilen bu örneklerin, Türk bankacılık mevzuatındaki (ve diğer özel kanunlardaki) kısıtlamalar dolayısıyla, yerel piyasalarda uygulanabilirliğinin olmama ihtimali bulunsun da sistemin anlaşılabilirliği için bu örneklerle çalışmada yer verilmesinin önemli olduğunu düşünüyoruz.

⁵⁰⁷ bkz. Bölüm 1, II, A (s. 35 vd.).

bankaların geleneksel ekonomik faaliyetleri açısından evvelden mevcut olmayan bir hizmet alanı oluşmasına aracı olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'dir.

Yeni bankacılık düzeninde yerleşik bankalar, hizmet tedarikçisinden çok ticarileştirilmiş hizmet sağlayıcısı konumundadır ve bankacılık lisanslarını FinTek ve teknoloji şirketlerine temel, ticari değere haiz bankacılık hizmetleri sağlamak için kullanmaktadır⁵⁰⁸. Bankaların FinTek şirketlerle aralarındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak bilanço riskini yükleniyor olaması da mümkündür⁵⁰⁹.

FinTek şirketin inovatif ürün ve hizmetlerini yasal engellere ve yükümlülöklere takılmaksızın, kurulduğu yer hukukunca faaliyet iznine sahip bankalar ve finansal kurumlar ile iş birliğı ile piyasaya sunabilmesi için yasal zemin hazırlayan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin konusu, (piyasaya hizmetin tamamen FinTek şirketi tarafından sunulduğu algısı yaratılarak) bankanın arka planda, sözleşme kapsamındaki bankacılık işlemlerini gerçekleştirmesidir. Yani sözleşmenin konusunu banka tarafından taahhüt edilen bir iş görme borcudur. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin konusu, sözleşme tarafı bankanın, kurulduğu yer hukuku uyarınca sürdürmeye yetkili olduğu faaliyetlerle sınırlıdır demek yerinde olacaktır.

Türk hukuku açısından banka faaliyet konuları, Bankacılık Kanunu'nun 4. Maddesi uyarınca, *"mevduat kabulü, katılım fonu kabulü, nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri, nakdî ve kaydî ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dahil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri, çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri, saklama hizmetleri, kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri, efektif dahil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve döviz dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla*

⁵⁰⁸ BIS, Basel Committee on Banking Supervision, **Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors**, 2018, s. 19.

⁵⁰⁹ BIS, s. 19.

türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri, sermaye piyasası araçlarının alım ve satımı ile geri alım veya tekrar satım taahhüdü işlemleri, başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri, yatırım danışmanlığı işlemleri, portföy işletmeciliği ve yönetimi" şeklinde sınırlandırılmıştır. Banka faaliyet konusuna dair bu yasal sınır, şüphesiz ki banka faaliyet izni kapsamında Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin konusuna dair olan sınır olarak da kabul edilmelidir. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi düzenlenirken, bankaların Bankacılık Kanunu'nun 4. Maddesi'nde (ve diğer mevzuatta) belirtilen faaliyet sınırlamalarının göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, FinTek şirketine iş görme edimi borcu altına giren tarafın, bir banka değil de ödeme kuruluşu⁵¹⁰ olması (ve sözleşme kapsamında münhasıran ödeme hizmetlerinin sürdürülüyor olması) halinde ise, sözleşmenin konusu Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'un 12. Maddesi'nde belirtilen faaliyetler ile sınırlı olacaktır. Bu faaliyetler, *ödeme hesabına para yatırılması ve ödeme hesabından para çekilmesine imkân veren hizmetler de dâhil olmak üzere ödeme hesabının işletilmesi için gerekli tüm işlemleri, ödeme hizmeti kullanıcısının ödeme hizmeti sağlayıcısı nezdinde bulunan ödeme hesabındaki fonun aktarımını içeren, bir defaya mahsus olanlar da dâhil doğrudan borçlandırma işlemi, ödeme kartı ya da benzer bir araçla yapılan ödeme işlemi ile düzenli ödeme emri dâhil para transferlerini, ödeme aracının ihraç veya kabulünü, para havalesini, gönderen tarafından ödeme işleminin yapılmasına ilişkin onayın bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı aracılığıyla verildiği ve ödemenin ödeme hizmeti kullanıcısı ile mal veya hizmet sağlayan arasında sadece aracı olarak faaliyet gösteren bir bilişim veya elektronik haberleşme işletmecisine yapıldığı ödeme işlemleri ve fatura ödemelerine aracılık edilmesine yönelik hizmetleri* kapsamaktadır⁵¹¹.

⁵¹⁰ Ödeme Kuruluşu, 6493 Sayılı Kanun'un 3. Maddesi'nde, "ödeme hizmeti sağlamak ve gerçekleştirmek için Kanun kapsamında yetkilendirilmiş tüzel kişi" şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵¹¹ Kanun'un 12/2/ğ Maddesi uyarınca, *teknik hizmet sağlayanların sunduğu, ödeme hizmetlerinde provizyon işlemlerinin yapılmasını destekleyen, verinin işlenmesi, saklanması, güvenliğinin sağlanması, gizliliğinin korunması ve doğrulanması ile bilgi teknolojisi, iletişim ağı ve ödeme hizmetleri için kullanılan araçların tedarik ve bakımını kapsayan, teknik hizmet sağlayanların*

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi düzenlenirken, sözleşmenin tarafı olan finans kuruluşu için özel kanunlarda yer alan, faaliyet izni ve yasaklamalara dair muayyen düzenlemelerin esas alınması gerekecektir⁵¹².

Banka faaliyet izninin, 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmeliğin 7. Maddesinin 3. bendi uyarınca, belirli faaliyet konularıyla sınırlı olması halinde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde banka için belirlenen yapma ediminin bu faaliyet izni sınırlamaları ile paralel şekilde düzenlenmesi gerekecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’nin tarafı olan banka tarafından taahhüt edilen edimin, 29057 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik kapsamında kurulan banka iç kontrol, iç denetim ve risk yönetim sistemlerine; banka iç yönergelerine aykırı olmaması gerekmektedir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’nin, ana iş görme edimine ek olarak, sözleşme tarafı FinTek şirketi tarafından bir yazılım üretilmesi veya işletilmesi gibi, banka açısından destek hizmeti alınması olarak kabul edilebilecek bir yan edim içermesi halinde, bu yan edimin tasarlanmasında 26643 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelere İlişkin Tebliğ’in (ve yürürlüğe girmesi halinde Bankaların Bilgi Sistemleri ve

işlemin herhangi bir anında transfer edilen fonun sahibi olmadığı hizmetler ödeme hizmeti sayılmamaktadır. Şu hâlde, faaliyet iznine haiz ödeme hizmet sağlayıcılarının (mesela bankaların ve ödeme kuruluşlarının) Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, piyasaya ödeme hizmetleri sunan bir mobil uygulamayı işleten FinTek şirketine ödeme altyapısı sunması halinde, FinTek şirketin ödeme için kullanılan fonlara erişimi olmadığı müddetçe, FinTek şirketin faaliyeti Kanun kapsamında bir ödeme hizmeti sayılmayacaktır.

⁵¹² FinTek şirketlerinin, piyasaya sunmayı planladıkları hizmeti lisans ve ruhsata tabi olarak sürdüren herhangi bir finans kuruluşu ile Servis Sağlayıcı Sözleşmesi düzenlemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu hizmetin, *servis bankacılığı* olarak adlandırılan yeni bir iş modeline yol açması (bkz. dn. 98,99) dolayısıyla uygulamada sadece bu tarz hizmetler vermek üzere kurulan bankaların yaygınlaşması sebebiyle, bu bölümdeki incelemelerimizi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’nde iş görme taahhüt eden tarafın banka olduğunu varsayarak sürdüreceğiz. Bölümde banka açısından yapılan açıklamalar, sözleşmenin tarafı olabilecek diğer finans kuruluşları için de geçerli kabul edilmelidir.

Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik Taslağı) dış hizmet alımı ile ilgili hükümleri ve 28106 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik de göz önünde bulundurulmalıdır⁵¹³. Özellikle 28106 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik’in 4. Maddesi uyarınca, bankaların FinTek şirketlerinden müşteri kredi taleplerinin değerlendirilmesi, banka işlemlerinin muhasebeleştirilmesi ve finansal raporların düzenlenmesi, mevduat kabulüne yönelik pazarlama faaliyetleri, kredi riskinin izlenmesi ve değerlendirilmesi gibi hizmetlerin destek hizmeti kapsamında talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu hizmetler için kullanılacak yazılım ve sistemlerin, bankanın kullanımı için (bir eser sözleşmesi kapsamında) üretilmesi halinde bu sınırlamaların mevzu bahis yazılım ve sistemler için geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Yönetmelik ayrıca, alınacak destek hizmetinin bankaların yasal yükümlülüklerini yerine getirmelerini, ilgili düzenlemelere uymalarını ve etkin biçimde denetlenmelerini engelleyici nitelikte olamayacağını; destek hizmetine konu edilen bir faaliyet konusunda ilgili mevzuatta banka için yükümlülükler getirilmesi halinde, bu yükümlülüklerin destek hizmeti kuruluşu tarafından yerine getirilmesinin sağlanacağını taraflar arasında imzalanacak sözleşme ile taahhüt edilmesinin zorunlu olduğunu ve her halde bu durumun, ilgili bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını öngörmektedir (Md. 5).

BDDK’nın Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmeliğin 4. Maddesi uyarınca, bankaların destek alabilecekleri konuları belirlemeye, sınırlamaya, yasaklamaya veya bu hizmetlerin alınmasını izin koşuluna bağlama yetkisi vardır. Şu hâlde bankanın, FinTek şirketinden destek hizmeti sayılacak dış destek almadan evvel BDDK’nın görüşünü almasında fayda vardır.

⁵¹³ Bankacılık Kanunu Madde 3 dolayısıyla, bankaların, mevduat veya katılım fonu kabulü, nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme ve bu Kanunun uygulamasında kredi olarak sayılan işlemler dışında kalan faaliyetlerini banka adına gerçekleştiren; ya da reklamının yapılması hariç olmak üzere mevduat veya katılım fonu kabulü dışındaki faaliyetlerinden herhangi birinin pazarlanması da dâhil gerçekleştirilmesinde bankaya yardımcı nitelikte hizmet veren kuruluşlar, destek hizmeti kuruluşu sayılmaktadır. Dolayısıyla, sayılan yasaklı işlemler dışında ve 28106 sayılı Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik dolayısıyla yemek, ulaşımı temizlik, tadilat, hukuki danışmanlık gibi hizmetler dışında kalan her türlü dış tedarik, destek hizmeti sayılacak ve bu hizmetlere ait sözleşmelerin ilgili mevzuat kapsamında düzenlenmesi gerekecektir. Şu hâlde FinTek şirketlerinin reklam hizmetleri hariç her türlü hizmetinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin konusu, kurulduğu ülke kanunları uyarınca faaliyet izni ve lisansa tabi bankacılık işlemleri ve finansal işlemlerin, FinTek şirketinin piyasaya sunmak istediği ürün ve hizmetler kapsamında, FinTek şirketi faaliyeti kapsamında, arka planda gerçekleştirilmesidir. Bu sebeple sözleşmenin konusu, edimi taahhüt eden ve özel yasalarla düzenlenen kurumun tabi olduğu faaliyet izni kıstasları ile sınırlıdır.

2. Emredici Kurallara Aykırılık ve Kusursuz İmkânsızlık

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verme serbestisini ifade eder ve bu özgürlük Anayasa md. 48/1⁵¹⁴ hükmü uyarınca da koruma altına alınmıştır⁵¹⁵. Şüphesiz ki TBK bu özgürlüğü mutlak ve sınırsız bir özgürlük olarak düzenlememiştir⁵¹⁶ ve eBK'dan farklı olarak, sözleşme özgürlüğünün sınırları kanununu emredici hükümleri, ahlak kuralları ve kamu düzeni, kişilik hakları ve konusu imkânsız olan sözleşmeler olarak belirlenmiştir⁵¹⁷.

Genel hükümler dolayısıyla, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden sözleşmeler (ve sözleşme hükümleri) kesin olarak hükümsüzdür. Her hukuka aykırılık değil, sadece emredici hukuk kurallarına aykırılık geçersizlik sebebi sayılmıştır ve bu kapsamda, sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırılık içerip içermediği, tüm hukuk sistemi gözönünde tutulmak suretiyle tayin edilecektir⁵¹⁸. Emredici kural, doğrudan doğruya bir sözleşmenin yapılmasını yasaklayabileceği gibi, bu yasağın konusu taraflarca güdülen ortak bir amaç da olabilir⁵¹⁹. Bu çerçevede, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin Bankacılık Kanunu'nun 4. Maddesi'nde yer alan faaliyetler dışında kalan veya yasaklanan bir faaliyet (sözleşme edimi) içermesi halinde, bu hüküm sözleşmenin kısmen veya

⁵¹⁴ "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."

⁵¹⁵ Kılıçoğlu, s. 73.

⁵¹⁶ Kılıçoğlu, s. 73.

⁵¹⁷ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, Cilt I, İstanbul, 2016, s. 376

⁵¹⁸ Kılıçoğlu, s. 91.

⁵¹⁹ Antalya, s. 380.

bütünüyle hükümsüz olmasına yol açar. Kanaatimizce, Bankacılık Kanunu Md. 4'te sayılan faaliyetlerin, kısıtlayıcı tabiatından ötürü emredici olarak nitelenmesi gerekmektedir. Yine, banka için emredici yazılı hukuk kuralları uyarınca öngörülen yükümlülükler ile çelişen benzer sözleşme hükümlerinin de hükümsüz olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Ancak TBK md. 27/2 uyarınca, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemediği için, bu hükümsüz hükümler, sözleşmenin kalanının geçersizliğini etkilemeyecektir; yeter ki bu hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacak olmasın⁵²⁰.

Kusursuz imkânsızlık da sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü doğuran hallerdendir. Bu noktada imkânsızlık başlangıçta, yani sözleşme kurulduğu sırada var olmalıdır;⁵²¹ geçici değil, kesin olmalıdır⁵²². İmkansızlığın hukuki veya fiili sebeplere dayanması⁵²³ da bu noktada sonuç açısından fark yaratmayacaktır. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde genel hükümlere uyarınca kusursuz imkânsızlık doğuran bir edimin olması halinde, bu edim TBK md. 27/2 dolayısıyla hükümsüz kabul edilmelidir. Bu durumda, sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmenin ifasının mümkün olmaması gerekecektir⁵²⁴.

⁵²⁰ Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşılması ve taraflardan birinin bu sözleşmeyi kurmayacağı yönünde farazi bir iradenin varlığı halinde, sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır.

⁵²¹ Antalya, s. 389.

⁵²² İmkansızlığın ortadan kalkacağı biliniyor ancak, ne zaman ortadan kalkacağı bilinmiyorsa, ortada kesin imkânsızlık vardır (Antalya, s. 389).

⁵²³ Kanaatimizce FinTek alanında, yasa koyucuların yeni teknolojileri üreten ve kullanan girişimlere nazaran hep bir adım geride olması sebebiyle; teknolojilerin genel olarak piyasada kullanım şartlarını düzenleyen çerçeve düzenlemeler yapılmadığı müddetçe, tüketicinin korunması için "uç" nitelikte önlemler alan ve teknolojinin finans ürünleri kapsamında kullanılmasını kısıtlayan veya yasaklayan pozitif düzenlemelerin yaygınlaşması öngörülebilir bir durumdur. Bu da bu tarz yeni ve tartışmaya açık teknolojileri, finansal hizmetlerde kullanan FinTek şirketlerinin, faaliyetlerinin kısıtlanması sebebinin doğuracaktır. Bu durumun önlenmesi adına, faaliyetlerini kanunlarca düzenlenmemiş ve piyasa için yeni kabul edilecek uygulamalardan oluşturan FinTek şirketlerinin, özellikle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin düzenlenmesi aşamasında yetkili düzenleyici ve denetleyici kurumları bilgilendirme yoluna gitmesi, durumun riskini azaltacak ve (kısmi imkansızlık sebebiyle sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü gibi) istenmeyen durumların önüne geçecektir.

⁵²⁴ Kılıçoğlu, s. 97.

C. Genel Anlamda FinTek Şirketi ve Banka Arasında Kurulan Sözleşmenin Özellikleri

Sözleşmeler karşılıklı iki tarafın bir hukuki sonucu (borç ilişkisini) yaratmak üzere birbiriyle uyuşan karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla oluşur⁵²⁵. FinTek şirketleri ile bankalar arasında kurulan sözleşmeler de aynı şekilde, iki tarafın çeşitli hak ve borçlar taahhüt etmesi suretiyle karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla oluşmaktadır.

FinTek şirketi ve banka arasında kurulan sözleşmeler, borç doğuran sözleşmelerdendir. Sözleşmenin iki taraf için de ticari niteliğe sahip olması, sözleşmeyi ivazlı hale getirmektedir ve bu sebeple sözleşme, iki tarafa da borç yükleyen sözleşme niteliğini haizdir.

Sözleşmenin en tipik hali, bankanın iş görme taahhüdüne karşılık FinTek şirketi bir ücret ödemesi halini düzenlemekteyse de uygulamada sözleşmenin iki tarafının da farklı mahiyette iş görme edimleri vaad ederek, bu iş görme edimleri için ayrı ücretler kararlaştırdıkları çeşitleri mevcut ve hatta, yaygındır⁵²⁶.

Yine bu sözleşmelerin teoride söz konusu edimi bir defada yerine getirmeyi taahhüt eden bir sözleşme yani *ani edimli sözleşme*⁵²⁷ şeklinde düzenlenmeleri mümkün olsa da, sözleşmeye konu asli edimin ifasını zamana yayan yani *sürekli borç doğuran sözleşme*⁵²⁸ şeklinde düzenlenmeleri esastır. Uygulamada, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin ani edimli olarak düzenlenmesi çok yaygın ve (işin doğası dolayısıyla) mümkün olmasa da sözleşmenin ani edimli olarak düzenlenmesini engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu iş görme ediminin sürekli olması esas olup, ani olması istisna olacaktır ve bu durumda, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin yeniden yorumlanması gerekecektir. Sözleşme kapsamında taahhüt edilen edimin iş görme unsuru

⁵²⁵ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, 2013, Ankara, s. 1.

⁵²⁶ Uygulamada, FinTek şirketinin eser veya acentelik sözleşmesi kapsamında yan veya ana edim ifa etmesini öngören sözleşmeler mevcuttur. Daha fazla bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 3, II, B.

⁵²⁷ Zevkliler / Gökyayla, s. 31.

⁵²⁸ Zevkliler / Gökyayla, a.g.e.

taşıması sebebiyle kural olarak bu sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekecektir⁵²⁹.

İşbu sözleşmenin tabi olduğu hukuki çerçeve, sözleşmenin amaç ve içereğine göre farklılık gösterecektir.

D. Sözleşmenin Tanımı

Mevzuatta banka ile FinTek şirketi arasında kurulacak Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne dair bir tanım mevcut değildir. Ancak bu sözleşmeler, sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriğinden yola çıkarak en basit haliyle "*Bankanın, kurulduğu yer hukuku uyarınca sahip olduğu (elektronik para, bankacılık gibi) izin ve lisanslar⁵³⁰ kapsamında yürütmeye yetkili olduğu faaliyetlerden biri veya birkaçını yürütmeyi taahhüt ettiği, FinTek şirketinin ise buna karşılık ücret ödemeyi vaadettiği sözleşmeler*" şeklinde tanımlanabilir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bu sözleşme dolayısıyla banka, bir nevi FinTek şirketinin, kurulduğu yer hukukunca haiz olduğu faaliyet izninden yararlanmasına izin vermekte ve yasalarca münhasıran bankalara atfedilen faaliyetleri yürütmektedirler. Şu hâlde, banka, bu sözleşme ile bir *edim borcu* taahhüt etmektedir. Bir bankanın (piyasada FinTek markası altında gösterilmek suretiyle), FinTek şirketinin müşterileri adına mevduat hesabı açması, müşterilere kredi vermesi, müşterilerin talimatı doğrultusunda ödeme işlemini gerçekleştirmesi gibi haller bu tarz sözleşmelerin uygulamada yaygın şekilde karşılaşılan örneklerindendir⁵³¹.

⁵²⁹ Ani edim, borçlanılan edimin bir defada, tek bir davranışla yerine getirilmesinin mümkün olduğu halleri kapsar. Doktrinde, ifanın ani ya da sürekli olduğu saptanırken borçlunun faaliyetleri değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin bir an içinde mi yoksa süreye mi yayıldığına dikkate alınacağı ağırlıklı olarak kabul görmektedir (Gülmelihat Doğan, "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, Ankara, 2014, s. 387-413, s. 390). Yani önemli olan, ifa hazırlıkları ne kadar uzun sürse de iş görme anına kadar yapılan faaliyetlerin ifa değeri taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir.

⁵³⁰ Lisans teriminin buradaki kullanımı hakkında daha fazla bilgi için bkz. dn. 97, s.37.

⁵³¹ Bu durumda FinTek şirketleri piyasaya sunulan ürün ve hizmetin ana tedarikçisi pozisyonundayken, bankalar FinTek şirketin piyasaya sunduğu ürün ve hizmetler için arka planda destek sağlayan, teknik (ikincil) tedarikçi konumuna düşmektedir.

FinTek şirketi ise bankanın edim borcuna karşılık, bir bedel ödeme borcu altına girmektedir.

Uygulamada tarafların yukarıda bahsi geçen edimlere ilave olarak, ek edimler de taahhüt ettikleri sözleşme çeşitlerine rastlanabilmektedir. Mesela FinTek şirketi, ücrete ek olarak banka namına müşteri iktisap etme ve pazarlama faaliyetlerinde bulunma borcu altına girmiş olabilir. Uygulamada, bankaların da müşteri tabanlarına FinTek şirketlerinin piyasaya sunmuş olduğu ürün veya hizmeti pazarlama taahhüdünde bulundukları sözleşmeler mevcuttur. FinTek şirketi tarafından sözleşmede üstlenilen hizmetlerin münhasıran sözleşmenin diğer tarafı olan banka için yerine getirilmesinin taahhüt edilmesi veya FinTek şirketinin başka bankalarla da benzer sözleşmeler akdetmesinin mümkün olması halleri, şüphesiz ki sözleşmenin niteliği ve sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında, sözleşme tipinin açığa çıkarılması açısından, göz önünde bulundurulması gereken durumlardandır.

E. Sözleşmenin Unsurları

1. Bankanın Bankacılık Faaliyet İzni Kapsamında Bir Hizmet Sunması (Hizmet Unsuru)

Edim borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır ve bu davranışın bir *yapma edimi*, *yapmama edimi* ya da *verme edimi* şeklinde kararlaştırılması mümkündür.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında banka, bir yapma edimi üstlenmektedir. Bu edim borcu ile banka, alacaklıya bir şeyi yapma konusunda borçlanmaktadır. İşte bu uzmanlık gerektiren ve izne bağlı yapma edimi, sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir.

Sözleşmenin konusunu oluşturan edim sözleşme kapsamında belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir olmalıdır. Banka tarafından taahhüt edilen edim, sözleşmenin esaslı ve ayırt edici unsurlarından olduğu için, edimin taraflarca

belirlenmiş ya da belirlenebilir olmaması halinde Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin varlığından söz edilemeyecektir. Bu noktada, edimin varlığına ilişkin eksikliğin (sözleşmede edimin konusuna dair ipuçları bulunmuyorsa) yorum yoluyla tamamlanamayacağı kanaatindeyiz⁵³².

Sözleşme kapsamında kararlaştırılan yapma borcunun, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat yani münhasıran bankacılık faaliyet izinleri dolayısıyla yerine getirilmesi mümkün bir borca yönelik olması gerekmektedir⁵³³. FinTek şirketi ve bankalar arasında akdedilen teknik tedarik sözleşmelerinin en tipik unsuru şüphesiz ki bankanın üstlediği edim borcunun, münhasıran bankanın kurulduğu yer hukukunca faaliyet izni veya lisansa tabi tutulan bir faaliyet kapsamında yerine getirilebilecek bir edim olmasıdır. FinTek şirketinin kanunda öngörülen faaliyet izni ve lisanslara haiz olmaması sebebiyle sözleşmeye konu faaliyetin, FinTek şirketi tarafından şahsen yerine getirilmesi mümkün olmamalı veya bu faaliyetin yerine getirilmesi, girişim için külfetli olmalıdır. Türkiye'de faaliyet iznine haiz bir FinTek girişiminin, Avrupa'da faaliyet göstermek için bu sözleşme kapsamında hizmet alması hali de uygulamada rastlanabilecek örneklerden biridir⁵³⁴.

2. Bedel

Banka tarafından taahhüt edilen teknik tedarik hizmetine karşılık olarak FinTek şirket tarafından bir bedel ödenmesi gerekmektedir. Taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla bedeli serbestçe tayin edebilirler.

Bedelin işlem başına ödenen bir bedel olması kararlaştırılabileceği gibi, taraflar, belirli periyotlarla ödenmesi taahhüt edilen sabit bir ücret hususunda da anlaşmaya varmış olabilirler.

⁵³² Ancak edimin kapsamına ilişkin bir eksikliğin, yorum yoluyla tamamlanaması mümkündür.

⁵³³ İşte bu sebeple, banka tarafından borçların ifa edilmemesi halinde alacaklı şirket, bankadan Borçlar Kanunu Madde 113 dolayısıyla, edimin kendisi tarafından ifasına izin verilmesini isteyemeyecektir.

⁵³⁴ Bir Albaraka Türk Katılım Bankası iştiraki olan, faizsiz mobil banka *insha*, Almanya pazarındaki faaliyetlerini solarisBank'in bankacılık lisansı kapsamında sürdürmektedir.

Sözleşmenin bedel unsuru, ilerleyen bölümlerde⁵³⁵ detaylı olarak açıklanacağı üzere, bankanın ücret hakkı ve FinTek şirketinin ücret borcu olarak sözleşmede yer bulmaktadır.

3. Hizmet ve Bedel Unsurlarının Değiş Tokuşu

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olduğu için, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bankanın hizmet borcu, FinTek şirketinin sözleşme kapsamındaki hakkını oluştururken; FinTek şirketin bedel borcu da bankanın hakkını teşkil etmektedir. Bu itibarla taraflar arasında bir edim değiş tokuşunun gerekliliği söz konusudur. Şu hâlde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin üçüncü ve son unsuru, bankanın bankacılık faaliyet izni kapsamında sunduğu hizmetin ve FinTek şirketin bu hizmet karşılığında ödemeyi taahhüt ettiği bedelin taraflar arasında değiş tokuş edilmesidir.

F. Sözleşmeye Dair Diğer Önemli Hususlar

1. Tarafların Sözleşmenin Esaslı Unsurları Üzerinde Anlaşmasının Gerekliliği

Banka ile FinTek şirketi arasında kurulacak sözleşmenin tamam olması için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleriyle edim ve bedelin varlığı konusunda anlaşmaları yani karşılıklı ve örtüşen irade açıklamalarında bulunmaları gerekmektedir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne, iş görme sözleşmeleri için yedek hüküm olarak kabul edilen vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul edilmesi halinde de geçerli bir şekilde vekâlet akdinin kurulabilmesi için, vekil tarafından

⁵³⁵ Bankanın ücret hakkı için bkz. aşağı. Bölüm 3, III, B, 1, a (s. 231); FinTek şirketinin ücret borcu için bkz. aşağı. Bölüm 3, III, C, 2, a (s. 245).

iş görme borcunun üstlenilmesi gerektiğinin⁵³⁶ göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵³⁷.

Tarafların sözleşme icabının kabulü üzerinde uyuşmazlık içerisinde olması halinde, TBK md. 502/2 dolayısıyla vekâlet hükümlerine bakıldığında; TBK md. 503 dolayısıyla kendisine bir işin görülmesi önerilen resmi sığata sahip (avukat, doktor gibi) kişinin öneriyi hemen kabul etmemesi halinde, vekâlet sözleşmesinin kurulmuş sayılması gerektiği görölmektedir. Ancak kanun koyucunun "hemen" ibaresi ile nasıl bir süre zarfını kastettiği açık değildir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun TBK md. 503 kapsamına aldığı kişiler, resmi sıfatları sebebiyle uygun icabı kabul olması aslolan kişilerdir. Bu kişilerin asli faaliyetleri, icap olunan faaliyetin yürütölmesi olduğu için kanun koyucu kişilerin icabı kabul etme niyetleri olduğunu varsaymaktadır. Oysa bankaların asli faaliyetleri bankacılık kanununda belirtilmiştir ve bu faaliyetler arasında (her ne kadar yasaklanmasa da), bankacılık teknik ve yasal destek hizmetleri bulunmamaktadır. Şu hâlde, klasik mevduat bankalarının FinTek şirketlerinin bu tarz taleplerini kabul etmemesinin asıl olduğunun varsayılması yerinde olacaktır. Ancak, bankanın iş modelinin (Avrupa'da faaliyet gösteren Solarisbank AG, Wirecard, FinTech Group Bank AG gibi) bankacılık teknik ve yasal destek hizmetlerinden ibaret olması yani bankanın bir servis bankası olması halinde, bankanın ana faaliyetinin FinTek şirketlerinin desteklenmesi olması sebebiyle, bu bankaya yapılacak sözleşme önerilerinin TBK md. 503 kapsamında değerlendirilebileceğini düşünöyoruz.

2. Edimin Sürekli Olması

Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız, yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde, sürekli edim söz konusudur⁵³⁸. Banka ile FinTek şirketi arasında kurulacak sözleşmelerde banka tarafından taahhüt edilen edimin

⁵³⁶ Türker Yalçınduran, **Vekâlet Sözleşmesinde Ücret**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 44.

⁵³⁷ Konuyla ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. aşıa. Bölüm 1, II, B, 2, a, ab (s. 194 vd.).

⁵³⁸ Oğuzman / Öz, s. 12.

sözleşme süresince yerine getirilmesi gerektiği için, FinTek şirketi ve bankalar arasında akdedilen sözleşmelerin esaslı unsurlarından bir diğeri devamlılıktır ve bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme olarak algılanmalıdır.

3. Edimin Koşula Bağlı Olması

Banka tarafından taahhüt edilen edimin yerine getirilmesi için sözleşme kapsamında belirlenen koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira banka tarafından taahhüt edilen edimler temelde birer bankacılık hizmeti olduğu için, edimin yerine getirilmesi için gerekli (yasal, teknik ve sair) ön koşulların yerine getirilmesi gerekecektir. Bu ön koşullara kara para aklamanın önlenmesi mevzuatına uyum çerçevesinde müşterilerden toplanması gereken bilgi ve belgeler, işlem öncesi müşterilerden iktisap edilmesi gereken izin ve onaylar, müşterilere tebliğ edilmesi gereken yasal bilgilendirme metinleri örnek olarak gösterilebilir. Öyle ki, bankanın kuruluş yeri dolayısıyla tabi olduğu hukuk ve banka iç yönergeleri dolayısıyla işlem özelinde aranan şekli ve esasa dair koşulların sağlanmaması halinde bankanın edimi yerine getirme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Kanaatimizce burada alacaklı FinTek şirket tarafından yerine getirilmesi gereken ön koşulların yerine getirilmesi, Borçlar Kanunu madde 106 kapsamında alacaklının ifa için yapması gereken hazırlık fiilleri kapsamında değerlendirilmelidir ve alacaklının bu hazırlık fiillerini yapmaması halinde, temerrüde düştüğünün kabulü yerinde olacaktır.

Uygulamada bahsi geçen ön koşullara dair muhtelif örnekler vermek mümkündür. Mesela banka tarafından tüketici hesapları arasında para transferi ediminin taahhüt edilmesi durumunda, para transferi talep eden tüketicilerin sözleşmenin tarafı banka nezdinde bir mevduat hesabı bulunması ve bu hesapta işlem için yeterli bakiyenin bulunması koşulları sağlanmalıdır. Banka tarafından tüketicilere mevduat hesabı açılması hizmetinin yerine getirilmesi durumunda ise (yasalarca ve) sözleşmenin tarafı banka tarafından hesap hizmetleri için öngörülen tüm bilgi ve belgelerin hesap açımı öncesinde toplanması ve gerekli koşulların sağlandığının kontrol edilmesi gerekecektir. Bu ön koşulların sağlanıp

sağlanmadığı hususunun sözleşme kapsamında denetlenmesi borcu sözleşmenin taraflarından sadece birine tevdi edilebileceği gibi, sözleşmenin her iki tarafının da bu kapsamda yetkilendirilmesi mümkündür.

4. Güven İlişkisi

Her sözleşmede olduğu gibi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde de taraflar arasında belirli derecede bir güven bulunmaktadır. Sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olması ve taraflardan birinin diğeri için bir iş görme taahhüt etmesi, bu güven ilişkisini, konusu mülkiyetin devrinden oluşan sözleşmelere nispeten güçlü kılmaktadır.

Tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu için taraflar arasında belirgin bir güven ilişkisinin var olduğunun varsayılması gerekecektir. Zira, vekâlet ilişkisinde taraflar arasındaki güven ilişkisi diğer sözleşmelere nazaran çok daha yoğundur⁵³⁹. Ancak kanaatimizce, bu yoğun güven ilişkisinin, sözleşmenin iki taraf için de ticari iş niteliğinde olması; iki tarafın da tacir olması (ve dolayısıyla tarafların basiretli iş adamı gibi davranmalarının beklenmesi); sözleşme konusunun tipik vekâlet sözleşmesindeki gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olmaması sebepleriyle, tipik vekâlet ilişkisine nazaran, daha zayıf şekilde yorumlanması gerekecektir. Estetik ameliyat olmak isteyen bir hasta ile doktoru arasındaki ve bir avukat ile müvekkili arasında (vekâlet sözleşmesi kapsamında) kurulan güven ilişkisi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne nazaran daha yoğun olacaktır. Ancak her halükârda, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde banka ile FinTek şirketi arasında Servis Sağlayıcı Sözleşmesi sebebiyle kurulan güven ilişkisinin, yatırım danışmanlığı sözleşmesi kapsamında banka ile FinTek şirketi arasında oluşan güven ilişkisine kıyasla daha zayıf olduğu iddiasının kabulü için, sözleşmede tarafların menfaat dengesi açısından bu güven zayıflamasını kanıtlayan emarelerin bulunması gerekecektir. Sonuçta, her iki iş de ticari iş⁵⁴⁰ niteliğindedir.

⁵³⁹ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 2, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 127.

⁵⁴⁰ TTK md. 3 uyarınca, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır ve taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır (TTK md. 19).

Bu noktada, vekâlet sözleşmesinde güven ilişkisini vekâlet sözleşmesinin emredici unsurlarından kabul eden görüşe göre, güven ilişkisinin mevcut olmadığı sözleşmenin, sui generis olarak nitelendirilmesi gerekecektir⁵⁴¹. Ancak, hizmet edimlerinin kanun koyucunun öngöremeyeceği şekilde ulaştığı çeşitlilik ve buna bağlı uzmanlaşmayla birlikte, birçok iş sözleşmesinde güven ilişkisi aranmamasına paralel olarak, vekâlet ilişkisinin varlığı için güven ilişkisinin aranmasına gerek olmadığı yönündeki görüşün de öğretide destek kazandığı görülmektedir⁵⁴². Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin uygulamada çok farklı edimleri içerecek şekilde düzenlenme ihtimali bulunduğundan, taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve bu ilişkinin (fesih, bizzat ifa gibi) hak ve yükümlülöklere olan etkisi, ancak sözleşme yapısının, sözleşme hükümlerinin ve tarafların menfaat dengelerinin incelenmesi suretiyle kesin surette tespit edilebilecektir.

5. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi Kapsamında FinTek Şirketine Karşı İleri Sürülecek Sorumsuzluk Kızunun Geçersiz Olması

Sorumluluk anlaşması, sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ve borçlu arasında, açık ve örtölü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına kısmen veya tamamen engel olan anlaşmadır⁵⁴³. Anlaşma, alacaklı ve borçlunun karşılıklı ve birbirlerine uygun beyanları ile meydana geldiği için sözleşme niteliğindedir ve bu anlaşma ile, borçlunun malvarlığından tazminatın çıkması, zararın doğmasından önce önlenmiş olmaktadır⁵⁴⁴.

Bir anlaşmanın hukuken geçerli olabilmesi için, ahlak kurallarına aykırı olmaması gerekir. Bir kimsenin yaptığı sözleşmeye koymuş olduğu ve kendini,

Bu kapsamda, bir tacirin, işletmesinde kullanmak üzere bir araç satın alması veya bir bankadan işletme kredisi çekmesi ticari iş niteliğinde kabul edilir (Mehmet Bahtiyar, Levent Biçer, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sa. 2, İstanbul, 2016, s. 395- 437, s. 416).

⁵⁴¹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 127 vd.

⁵⁴² Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 128.

⁵⁴³ Serozan, / Öz, **Genel Hükümler**, s. 915.

⁵⁴⁴ Serozan, / Öz, **Genel Hükümler**, s. 916.

ağır ihmalinden ve kastından doğan sorumluluktan kurtaran şart ahlak kurallarıyla bağdaşmaz⁵⁴⁵. Bir faaliyetin sadece kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi, kural olarak piyasada bu işi görenlerin sayısının az olmasına yol açmakta ve bu itibarla, bu işi görenler karşı tarafa nispetle ekonomik avantaj sağlarken, bu durum karşı tarafın rekabet gücünü zayıflatmaktadır⁵⁴⁶. Bu sebeple, işverenin veya imtiyazlı bir sanatla meşgul olanın karşı akidine, kendilerinin hafif kusurundan veya yardımcılarının ağır ihmal ve kusurları ile verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları kurtaran şartları, ekonomik yönden güçlü olmaları dolayısıyla bir bakıma zorla kabul ettirmiş olmaları da ahlak kurallarına aykırıdır. TBK uyarınca, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olabilmesi için işin yalnızca uzmanlık gerektirmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda faaliyetin resmi izinle yürütülüyor olması gerekmektedir. Bu çerçevede ruhsatname gerektiren faaliyetler gibi, bankalar ve sigorta şirketleri de bu hükmün kapsamına dahildir⁵⁴⁷.

Bazı mesleklerin kanun ya da yetkili makamların izni ile yürütülebiliyor olmaları, toplum içinde yoğun bir güven yaratmaktadır ve bu tür meslekleri icra eden uzmanların sözleşmeden doğan borçlarını mesleklerinin gerektirdiği uzmanlık doğrultusunda ifa edecekleri haklı bir beklentidir⁵⁴⁸. İşte bu sebeple TBK, bu tarz izne tabi faaliyetlerle uğraşan borçluların kendi davranışlarını konu alan sorumsuzluk anlaşmalarını hem ağır hem hafif ihmal açısından geçersiz saymaktadır. TBK 115/5 uyarınca, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Yürütülmesi idari bir izin ya da resmi bir ruhsat gerektiren faaliyetler denildiğinde, noterler, avukatlar, sigortacılık, bankacılık gibi faaliyetler anlaşılır⁵⁴⁹. İşte kuruluş ve faaliyet iznine tabi bankalar da toplumda yoğun bir

⁵⁴⁵ Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Ankara, 1977, s. 79.

⁵⁴⁶ Mine Yağcı, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK md. 116)**, İstanbul, 2018, s. 169.

⁵⁴⁷ Serozan, / Öz, Genel Hükümler, s. 922.

⁵⁴⁸ Nilgün Başalp, **Sorumluluk Anlaşmaları**, İstanbul, 2011, s. 189.

⁵⁴⁹ Başalp, s. 266.

güven yaratan meslek grupları arasında olmaları sebebiyle şüphesiz ki bu sınırlamaya dahildir.

Sözleşmenin taraflarından biri olan banka tarafından sürdürülen faaliyetler, *sadece kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilecek izinle yürütülen, uzmanlığı gerektiren hizmetler* kapsamında olduğu için, bankanın bu kapsamda Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş yükümlülüklerle FinTek şirketi ile akdedilen Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında da uyması gerekmektedir. Bu sebeple, bankaların Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamındaki iş görme esnasındaki hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair sözleşme hükümleri, Borçlar Kanunu Madde 115/3 uyarınca geçersiz olacaktır.

Bankanın akdettiği sözleşmenin karşı tarafının tüketici olması halinde, sorumsuzluğa dair sınırın çizilmesi nispeten kolaydır. Hesaptan müşteri dışında yetkili olmayan birisinin para çekmesi, sahte talimatla müşterinin hesabından başka bir hesaba havale yapılması gibi durumlarda bankanın zararını müşteriye yansıtan sözleşme klostarı ile cüzdanın kaybı halinde yapılacak hatalı ödemelerden bankanın sorumlu tutulamayacağı gibi sözleşme klostarı, uygulamada geçersiz kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Elektronik bankacılık sisteminin işletilmesinde de bankanın her türlü kusurundan Yargıtay bankayı sorumlu tutmaktadır⁵⁵¹. Ancak, iki tarafın da tacir olduğu ve bir ticar iş çerçevesinde akdedilen bir sözleşme olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamındaki kusurdan bankanın sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu bu kadar açık değildir. Bankanın FinTek hizmetleri dolayısıyla arka planda gerçekleştirdiği faaliyetler esnasında bir siber saldırıya uğraması ya da hatalı bir havale gerçekleştirmesi ihtimallerinde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamındaki hizmetten yararlanan müşterilerin zarara uğraması halinde, bankanın FinTek şirketine karşı ileri süreceği sorumsuzluk klostuna dayanan sorumsuzluk iddiasının TBK 115/3 uyarınca reddedilmesi gerekecektir. Bankanın müşterisine sunduğu çeşitli hizmetler sebebiyle vekâlet sözleşmesinin ön planda olması halinde de sonuç aynıdır⁵⁵².

⁵⁵⁰ Başalp, s. 278.

⁵⁵¹ Başalp, s. 279.

⁵⁵² Başalp, s. 283.

Kanun, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarına kural olarak imkân sağlamaktadır⁵⁵³. Ancak, TBK md. 115/1 uyarınca, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Yani borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair sözleşme kayıtları, borçlunun kişiliği önem taşımaksızın, her daim geçersizdir. Sorumsuzluk anlaşmalarını uzmanlık gerektiren ve lisansa tabi hizmet grupları için sınırlandıran TBK md. 115/3 sebebiyle de uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Şu hâlde, bankaların genel hükümler uyarınca sözleşmede sorumsuzluk kayıtları barındırmaları mümkün olmamaktadır. eBK'da md. 99/2 uyarınca hâkime hafif kusura dair sorumsuz kayıtlarını geçerli kılma yetkisi veren hükmün TBK'da kaldırılması ile, bir nevi bankaların uygulamada sorumsuzluk anlaşmasına başvurma yolu kapatılmıştır. Bu sebeple, bankaların hâkimin takdiri ile dahi, hafif kusurdan dahi sorumluluklarını bertaraf etmeleri mümkün değildir⁵⁵⁴.

Yine, bankanın sözleşme ifasına destek olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına dair anlaşma da TBK Madde 116/3 sebebiyle hükümsüz olacaktır⁵⁵⁵. Kanaatimizce bu durum, hem Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, bankanın ifanın yerine getirilmesi esnasında kullandığı yardımcı kişilerden dolayı FinTek şirketine karşı sorumsuzluk iddia edememesi hem de FinTek şirketinin bankanın (sözleşmedeki yan edim dolayısıyla) ifa yardımcısı sıfatı taşıması halinde⁵⁵⁶, bankanın müşterilere karşı FinTek şirketinin faaliyetlerinden dolayı sorumsuzluğunu iddia edemeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

⁵⁵³ Serozan, / Öz, Genel Hükümler, s. 919.

⁵⁵⁴ Başalp, s. 279.

⁵⁵⁵ Yardımcı kişi, genel olarak borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında borçlunun rızası ve onayı ile yardımından yararlanan kişi olarak tanımlanabilir (Serozan, / Öz, Genel Hükümler, s. 930). TBK md. 116/2 uyarınca, borçlunun yardımcının ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçerlidir. Ancak bu anlaşma, faaliyetin hem uzmanlık gerektirmesi hem de Kanunun ve/ya yetkili makamın resmi izniyle yürütülüyor olması halinde geçersiz olacaktır (Serozan, / Öz, Genel Hükümler, s. 940).

⁵⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. a.ş. Bölüm 3, II, B, 3, b (s. 224 vd).

6. Sözleşmenin Destek Hizmeti Sağlanmasına İlişkin Hükümler İçermesi Hali

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, bankanın iş görme edimine ek olarak, sözleşme tarafı FinTek şirketi tarafından bir yazılım üretilmesi veya işletilmesi gibi, banka açısından destek hizmeti⁵⁵⁷ alınması olarak kabul edilebilecek bir yan edim içermesi halinde, bu yan edimin tasarlanmasında 26643 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ'in (ve yürürlüğe girmesi halinde Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik Taslağı) dış hizmet alımı ile ilgili hükümleri ve 28106 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik de göz önünde bulundurulmalıdır. Banka tarafından alınabilecek destek hizmetinin sınırları, Yönetmelik'te düzenlenmektedir (Md. 4). Buna göre, alınacak destek hizmetinin, bankaların yasal yükümlülüklerini yerine getirmelerini, ilgili düzenlemelere uymalarını ve etkin biçimde denetlenmelerini engelleyici nitelikte olmaması gerekmektedir.

Sözleşmede, FinTek şirketi tarafından destek hizmeti sağlanmasına ilişkin hükümler bulunması halinde, sözleşmenin tarafı FinTek şirketinin, Yönetmelik Md. 6'da sıralanan şartları taşıması gerekmektedir. Zira alınan destek hizmetlerinin alt yüklenici FinTek şirketine devri, ancak alt yüklenici kuruluşların belirtilen niteliklere sahip olması ve bankanın izin vermesi halinde mümkündür. Bu halde, taraflar arasında imzalanacak sözleşmenin de 28106 sayılı Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmeliğin 7. Maddesinde sıralanan *destek hizmetinin konusu, kapsamı, süresi, ücret, tarafların sorumlulukları, bankanın ve dış denetçilerin hizmet kapsamında FinTek şirketi denetim yetkisi, FinTek şirketin banka sırrı ve kişisel verilerin gizliliği kapsamındaki özen yükümlülükleri,*

⁵⁵⁷ Bankalar tarafından destek hizmeti kapsamında alınamayacak hizmetler, 28106 sayılı Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelikte (Md. 4/1) sıralanmıştır. Bu kapsamda alınabilecek hizmetlere mobil ödeme uygulamasının üretilmesi ve yönetilmesi, kredi skorlama yazılımlarının üretilmesi ve yönetilmesi, robo-danışman sistemlerinin üretilmesi ve yönetilmesi gibi örnekler verilebilir.

sözleşmenin feshine dair özellikli hususular, alt yüklenicilere dair kısıtlamalar gibi sözleşme unsurlarını içermesi zorunludur. Yine bu kapsamda, BDDK'nın söz konusu hizmet kapsamında, 28106 sayılı Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmeliğin 9. Maddesi uyarınca FinTek şirketini denetleme yetkisi bulunmaktadır.

Yönetmelik ayrıca, destek hizmetine konu edilen bir faaliyet konusunda ilgili mevzuatta banka için yükümlülükler getirilmesi halinde, bu yükümlülüklerin destek hizmeti kuruluşu tarafından yerine getirilmesinin sağlanacağını taraflar arasında imzalanacak sözleşme ile taahhüt edilmesinin zorunlu olduğunu ve her halde bu durumun, ilgili bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını öngörmektedir (Md. 4/2).

Bankaların destek hizmeti almadan önce, alacakları destek hizmetinden doğabilecek riskler ile bunların yönetilmesine, beklenen fayda ve maliyetin değerlendirilmesine ilişkin, gerektiğinde BDDK'ya ibraz edilmek üzere, yazılı bir risk analizi raporu hazırlaması gerekmekte; destek hizmeti kuruluşlarıyla sözleşme imzalamadan önce ilgili kuruluş bünyesinde, destek hizmetini istenilen kalitede gerçekleştirebilecek düzeyde teknik donanım ve altyapı, mali güç, tecrübe, bilgi birikimi ve insan kaynağı bulunup bulunmadığı ile hizmet alınacak kuruluşun kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı hususlarını da dikkate alacak şekilde inceleme ve değerlendirme çalışması yapmaları beklenmektedir. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek şirketi tarafından destek hizmeti sağlanmasına ilişkin hükümler bulunması halinde, bankanın sözleşmenin imzalanmasından önce, Yönetmelik Md. 5'te sıralanan gerekli idari yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir.

II. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. İş Görme Sözleşmesi Olması

Taraflardan birinin iş görme borcu yüklendiği sözleşmelere iş görme sözleşmeleri denilmektedir⁵⁵⁸. Kanunda düzenlenmiş tipik iş sözleşmelerine İş Kanunu kapsamında hizmet sözleşmesi; Ticaret Kanunu kapsamında simsarlık sözleşmesi ve komisyonculuk sözleşmesi; Borçlar Kanunu kapsamında eser sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, yayım sözleşmesi, havale sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi örnek gösterilebilir. Bu çeşit sözleşmeler, insan emeği harcanarak belirli bir işin görülmesi amacı taşırlar⁵⁵⁹.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, içeriği gereği taraflardan biri olan bankanın iş görme borcu yüklendiği bir sözleşmedir. Banka, sözleşme kapsamında, arka planda sözleşmede belirlenmiş banka hizmetlerini yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Her ne kadar bu sözleşme kapsamında banka tarafından yüklenilen edimin tipik iş görme sözleşmelerindeki edimlerden farklı olduğu görülse de temelde bankanın taahhüt ettiği hizmetin bir iş görme hizmeti olduğu yadsınamaz.

Banka, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında taahhüt ettiği iş görme edimini bağımsız olarak yerine getirebilmesi dolayısıyla bağımsız iş gören niteliğindedir. Bağımlılık ilişkisi, işçinin işverenin direktifine uygun bir şekilde görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi anlamına gelir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Tandoğan, s. 47.

⁵⁵⁹ Zevkliler /Gökyayla, s. 26.

⁵⁶⁰ Zevkliler /Gökyayla s. 423.

2. İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Sözleşmeler, borç yükleme açısından iki gruba ayrılmaktadır. Bir grup sözleşmeler yalnız taraflardan birine borç yükler (*tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler*)⁵⁶¹. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından sadece birinin edim taahhüdü altına girdiği, bu sebeple sözleşmenin taraflarından sadece birinin borçlu, diğerinin de sadece alacaklı sıfatını taşıdığı sözleşmelerdir⁵⁶².

Bir kısım sözleşmelerde ise iki taraf da borç altına girer (iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler)⁵⁶³. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler *tam iki tarafa borç yükleyen* ve *eksik iki tarafa borç yükleyen*⁵⁶⁴ sözleşmeler şeklinde bir ayrıma tabidir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerinin edimini taahhüt etmesine dayanarak kendi edimini taahhüt etmekte, edimini diğerinin edimi ile değiştirmeyi amaçlamaktadır⁵⁶⁵. Edimlerin taahhüt edilişlerindeki karşılıklı bağıllık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağıllığın doğmasına yol açmakta, edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturmaktadır⁵⁶⁶. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her ikisi de borç altına girmektedir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde sözleşmenin her iki tarafı da asli edim borcu altına girmektedir. Taraflardan banka sözleşme kapsamındaki edimin ifasını taahhüt ederken, FinTek şirketi de bu edimin ifası için gerekli şartları oluşturmayı ve edim karşılığında ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Sözleşmenin iki tarafı da ticaret saikiyle hareket ettiğinden ve tacir niteliğine haiz olduğundan, sözleşmede

⁵⁶¹ Oğuzman / Öz, s. 45.

⁵⁶² Muxtar Satdarov, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 5.

⁵⁶³ Oğuzman / Öz, s. 45.

⁵⁶⁴ Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin her iki tarafı da borç altına girmektedir. Ancak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler karşılıklı olarak taahhüt edilmemekte, sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan sadece biri edim taahhüdü altına girmektedir. Diğer tarafın borç altına girmesi, sözleşme kurulurken borç altına giren tarafın edimi nedeniyle fakat ondan bağımsız olarak sözleşmenin ilerleyen safhalarında veya sona ermesi anında ortaya çıkmaktadır (Satdarov, s. 5.).

⁵⁶⁵ Satdarov, s. 4.

⁵⁶⁶ Satdarov, s. 4.

taahhüt ettikleri edimin kural olarak ivazlı olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. İşte taraflar sözleşme ile asli edimlerini karşılıklı olarak değiştirme borcu altına girdiğinden bu sözleşme ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin kural olarak ivazlı olması, bu sözleşmeyi iş görme sözleşmelerinin yorumlanmasında önemli bir yere sahip olan tipik vekâlet sözleşmesinden ayırt etmektedir. Tipik vekâlet sözleşmesi, kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir; ücret kararlaştırılmayan ve ücretin teamül gereği gerekli olmadığı sözleşmelerde müvekkilin ücret borcu bulunmamaktadır⁵⁶⁷. Ancak vekâlet sözleşmesinin ivazlı şekilde düzenlenmesinin önünde de bir engel yoktur. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ise, ticari iş karinesi ve bankaların teamülen faaliyetleri dolayısıyla ücret alması sebebiyle, kural olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, ivazlı (atipik) vekâlet sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir⁵⁶⁸.

3. Sonuca Yönelik Bir Sözleşme Olmaması

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde belirlenmiş edimin ifasında önemli olan bankanın işi yürütmesi ya da görmesidir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde de iş görme dolayısıyla bir sonucun doğması mümkünse de banka bu sonucu borçlanmamakta ve ayrıca garanti etmemektedir⁵⁶⁹. Bankanın edimlerinin sonucu doğurmaya yönelik olması yeterli olup, banka tarafından beklenen sonucun gerçekleşmesi, bankanın borcunu ifa etmiş sayılması için aranan bir kriter olmayacaktır. Bu durum her ne kadar sözleşmede taahhüt edilen edimin kapsamına göre, vaka bazında kesin olarak belirlenebilecekse de temelde (kredi açma⁵⁷⁰ veya ödeme işlemi gerçekleştirme gibi) bir bankacılık işleminin, FinTek

⁵⁶⁷ Şebnem Akipek, **Alt Vekâlet**, Ankara, 2003, s. 43.

⁵⁶⁸ Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin benzer ve farklı yönleri için bkz. aşağıda. Bölüm 3, II, 2, ab.

⁵⁶⁹ Bu yönüyle sözleşmede kararlaştırılan edimler vekâlet sözleşmesine benzerlik göstermektedir. Konunun vekâlet sözleşmesi açısından yansımaları için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 719.

⁵⁷⁰ Kredi açma sözleşmesi, kredi verenin (bankanın), kredi alana (müşteriye) belirli şartlarla belirli kredi limit dahilinde kredi vermeyi taahhüt etmesi, kredi alanın da bankaya karşı faiz ve komisyonlardan ibaret karşılığı ödemeyi taahhüt etmesi ile kurulan bir sözleşmedir. Kredi açma sözleşmesi sadece bir miktar kredi açılmasını değil, banka uygulamasına giren birçok başka kredi

şirketin müşterisinin talebi doğrultusunda gerçekleştirileceğinin vaat edilmesi halinde, müşterinin bankacılık işlemi için gerekli koşulları sağlamaması⁵⁷¹ halinde bu işlem tamamlanamayacaktır. Bu durumda bankanın vekâlet ilişkisinde vekilden beklenen gerekli özeni göstermiş olması yani işlem için gerekli süreci başlatmış ve sürdürmüş olması edimin ifası için yeterli olacaktır. Şu hâlde bankaların edim sonucundan değil, edim eyleminden sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Bu da Servis Sağlayıcı Sözleşmesini bu özelliği itibarıyla vekâlet sözleşmesi tipolojisine yaklaştırmaktadır.

4. Sürekli Edim Doğuran Bir Sözleşme Olması

Bir sözleşme ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiriyorsa sürekli sözleşme söz konusu olur⁵⁷². Bir borç ilişkisinin sürekli kabul edilebilmesi için, borç ilişkisine rengini veren, sözleşmeyi diğer bir sözleşmeden ayıran karakteristik edim yani asli edimin⁵⁷³ ifasının süreye yayılmış olması gerekmektedir. Borçlu açısından ifa hareketlerinin süreye yayılmış olması ve alacaklının menfaatinin bu süre boyunca devam etmesi bu şartı sağlamaktadır⁵⁷⁴.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne karakterini veren asli edim, bankanın faaliyet izni kapsamında yerine getirdiği hizmetlerdir. Bu hizmetlerin ifası sözleşme kapsamında belirli bir süreye yayılmaktadır ve alacaklı FinTek şirketinin menfaati sözleşme süresince devam etmektedir. Şu hâlde, özellikle borçlu bankanın edimleri olmak üzere, tarafların edimlerinin periyodik olması sebebiyle bu sözleşme bir sürekli sözleşmedir. Banka bu sözleşme çerçevesinde, FinTek şirkete bir bankacılık hizmetinin periyodik olarak yerine getirilmesini taahhüt etmektedir. Edim bir kere ifa etmekle sona ermemektedir. Sözleşmenin

kullandırma imkanını ve banka hizmetlerinin de banka tarafından yapılacağı vaadini ihtiva eder (Şener Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsan'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 76).

⁵⁷¹ Mesela müşterinin banka hesabında işlemi gerçekleştirmek için yeterli bakiyesi olmaması veya müşterinin siyasi nüfuz sahibi kişi (*Politically Exposed Person* yani *PEP*) olarak sınıflandırılması dolayısıyla işleme devam edilememe halleri, bu duruma örnek gösterilebilir.

⁵⁷² Oğuzman / Öz, s. 48.

⁵⁷³ Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, 2011, s. 8.

⁵⁷⁴ Altınok Ormancı, s. 9.

belirli bir süre (mesela dört yıllık bir süre) için akdedilmesinin, sözleşmenin süreli sözleşme olarak sınıflandırılması üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Bu anlamda önemli olan, sözleşmenin ana edimlerinin tek seferde ifa edilememesi ve edimlerin süreye yayılmış olmasıdır.

5. Şekil Şartına Bağlı Olmaması

Borçlar Kanunumuzda açıkça belirtildiği gibi, hukukumuzda sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir⁵⁷⁵. Ancak Kanun yer yer bu kurala istisna getirerek, sözleşmelerin bizzat kanun tarafından veya sözleşmenin taraflarınca özel bir şekle tabi tutulabileceğini öngörmüştür⁵⁷⁶. Şu hâlde, özel kanunlarca şekle tabi tutulmayan sözleşmelerde yazılı şekil geçerlilik şartı değildir. İşte Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kanunen belirli bir şekil şartına tabi tutulan sözleşmelerden olmadığı için, sözleşmede kural olarak şekil özgürlüğü bulunduğu kabul edilmesi gerekecektir. Sözleşme, tarafların iradelerinin uyduğu herhangi bir şekilde yapılabilecektir. Yine, rızai sözleşmelerden olan vekâlet sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmamasından⁵⁷⁷ dolayı da Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin de şekil şartına bağlı olmayan sözleşmelerden olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin geçerliliği için kanuni bir şekil şartı öngörülmemişse de bu sözleşmelerin yazılı şekilde akdedilmesi, genel ilkeler kapsamında gerekli kabul edilmelidir. Bankacılık Kanunu Madde 7/a uyarınca anonim ortaklık şeklinde kurulması öngörülen bankalar, anonim şirket olmaları sebebiyle iktisadi demokrasiye olanak yaratarak önemli sosyal roller üstlenmişlerdir⁵⁷⁸. Üstlendikleri rol sebebiyle, anonim ortaklıklar sadece hissedarları ilgilendiren kurumlar değildir ve bunlarla ilişkiye geçen yakın çevre ile gelecekteki potansiyel tasarruf sahipleri ve alacaklıları da ilgilendiren bir

⁵⁷⁵ Şebnem Akipek, Erkan Küçükgüngör, **Sözleşmeler Rehberi**, İkinci Baskı, Ankara, 2002, s. 33.

⁵⁷⁶ Akipek / Küçükgüngör, a.g.e.

⁵⁷⁷ Yalçınduran, s. 45.

⁵⁷⁸ Hamdi Yasaman, "Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Uyarınca Bankaların Yönetimi ve Kurumsal Yönetim", **Türk – İsviçre Banka Hukuku Haftası**, 16-17 Aralık 2004, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 136.

mefaat çevresi oluşmuştur⁵⁷⁹. Anonim şirketlerin bu çevre içerisinde özel bir şekilde yönetilmesi, *corporate governance* yani kurumsal yönetim ilkelerinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir⁵⁸⁰. Bilindiği üzere kurumsal yönetim uygulamalarının tümünde aranması gereken temel ilkeler adillik (*fairness*), şeffaflık (*transparency*), sorumluluk (*responsibility*) ve hesap verilebilirlik (*accountability*)tir⁵⁸¹. Şu hâlde, bankaların sözleşme kapsamında yasal ve teknik taahhütlerde bulunduğu ve banka veri tabanını ya da temel bankacılık sistemini üçüncü kişilere açarak bankayı potansiyel risklere maruz bıraktığı böyle bir sözleşme dolayısıyla özellikle şeffaflık ve hesap verilebilirlik kapsamındaki kurumsal yönetim gerekliliklerini yerine getirilebilmesi için Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin yazılı şekilde yapılması doğru olacaktır.

Yine Bankacılık Kanunu'nun 42. Maddesi'nde yer alan "*alınan yazılar ve faaliyetler ile ilgili belgelerin asılları veya bunun mümkün olmadığı hâllerde sıhhatlerinden şüpheye mahal vermeyecek kopyaları ve yazılan yazıların makine ile alınmış, tarih ve numara sırası verilerek düzenlenecek suretleri, usûlleri çerçevesinde ilgili banka nezdinde on yıl süreyle saklanır. Bu belgelerin mikrofilm, mikrofiş şeklinde veya elektronik, manyetik veya benzeri ortamlarda saklanmaları mümkündür*" hükmü dolayısıyla bankaların faaliyetleri kapsamında düzenlenecek belgelerin yazılı ya da elektronik şekilde düzenlenmesi gereği öngörülmektedir.

Sözleşmede FinTek şirketinin yan edim olarak bilgi sistemlerine ilişkin dış kaynak kullanımı hizmeti sunmasına dair hükümler olması halinde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve 14.06.2007 tarihli ve 26643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Bankalarda Bilgi Sistemlerinin Yönetiminde Esas Alınacak Bilgi Sistemleri Tebliği'nin 8. Maddesinde belirtilen asgari hususları⁵⁸² içermesi gerekecektir.

⁵⁷⁹ Yasaman, a.g.e.

⁵⁸⁰ Yasaman, a.g.e.

⁵⁸¹ F. Özlem Yılmaz, "Bankalarda Kurumsal Yönetim- Entelektüel Sermaye İlişkisi", **Selçuk Üniversitesi, Selçuk Üniversitesi MYO Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1-2 (2011), Konya, 2011, s. 4.

⁵⁸² Destek hizmeti alımına ilişkin koşul, kapsam ve her türlü diğer tanımlama, ilgili destek hizmeti kuruluşunca da imzalanmış olacak şekilde sözleşmeye bağlanır. Sözleşme, asgari olarak aşağıdaki hususları içerir; a) Hizmet seviyelerine ilişkin tanımlamalar, b) Hizmetin sonlanma koşulları, c)

Bankaların tüketicilerle akdedecekleri sözleşmelere ilişkin zorunlu şekil şartları mevcut iken⁵⁸³, bankaların diğer faaliyetleri kapsamında akdedecekleri sözleşmelerin şekil şartına ilişkin genel bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu durumun istisnalarından biri, 28106 sayılı Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik Md. 4/2 uyarınca öngörülen, destek hizmetine konu edilen bir faaliyet konusunda ilgili mevzuatta banka için yükümlülükler getirilmesi halidir. Yönetmelik, bu yükümlülüklerin destek hizmeti kuruluşu tarafından yerine getirilmesinin sağlanacağını, taraflar arasında imzalanacak sözleşme ile taahhüt edilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, mevzuatta banka için yükümlülükler getirilen bir faaliyet dolayısıyla destek hizmeti alınması kapsamında FinTek şirketi tarafından görülmesine dair hükümler içermesi halinde, sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekecektir.

Şu hâlde, en tipik haliyle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin geçerliliği için kanuni bir şekil şartı aranmasa da sözleşmenin, sözleşme taraflarının tabi oldukları diğer pozitif düzenlemelere aykırılık teşkil etmemesi için sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim, uygulamada da yazılı şekil tercih edildiği görülmektedir. Başkaca, sözleşme'nin yukarıda bahsedilen istisnai durumlardan birine uyması halinde, kanunda belirtilen şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin düzenlenmesi kapsamında göz önünde bulundurulması gereken bir başka husus da sözleşmenin yazılı ispat

Bankaya ait iş süreklilik planının sektöre uğramasını engelleyecek şekilde destek hizmeti kuruluşunun alması gereken önlemlere ilişkin hükümler, ç) Bankanın güvenlik politikası dâhilinde hassasiyet arz eden konulara ilişkin gereklilikler, d) Sözleşme kapsamında üretilecek olan ürünün sahipliğini, fikri mülkiyet haklarını da göz önünde bulundurarak düzenleyen hükümler, e) Sözleşmede destek hizmeti kuruluşları için yükümlülük teşkil eden hükümlerin, alt yüklenici kuruluşlar ile yapılacak olan sözleşmelerde de bağlayıcı maddeler olarak yer almasını sağlayacak hükümler, f) Destek hizmeti alımının, planlananın dışında sonlanmasından kaynaklanacak risklerin yönetilmesine ilişkin hükümler, g) Bankanın tabi olduğu mevzuat hükümlerinin alınan hizmet çerçevesinde destek hizmeti kuruluşları için de uygulanmasını sağlayacak hükümler.

⁵⁸³ Bankacılık Kanunu, Tüketici Kanunu ve Türkiye Bankalar Birliği'nin *Bankalar ile Bireysel Müşterileri Arasında İmzalanacak Sözleşmelerin Şekil ve İçeriğinde Yer Alması Gereken Asgari Hususlar ile Sözleşmelerin Uygulanacağı İşlemlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği*'i uyarınca.

zorunluluğudur. İspat şekli, hukuki işlemlerin geçerliliği ile ilgili olmayan ve özellikle medeni yargılamaya ilişkin yasalar tarafından bir hukuki işlem veya sözleşmenin kanıtlanması için öngörülmüş olan şekildir⁵⁸⁴. Birçok hukuki işlem Borçlar Hukuku yönünden bir şekle bağlanmamış olduğu halde, ispat şeklinin gerçekleştirilebilmesi için işlemin yazılı olarak yapılması gerekmektedir⁵⁸⁵. Şekle bağlı olmayan hukuki işlem veya sözleşme, HMK Madde 200⁵⁸⁶ hükmü uyarınca senetle veya diğer kesin delillerle kanıtlanamazsa dava, hukuki işlemin veya sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı değil, kanıtlanamamış olmasından dolayı reddedilir⁵⁸⁷. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin de sözleşmenin (yüksek teknik destek ve dolayısıyla masraf doğuran) doğası gereği kanuni sınırları aştığı varsayımına dayanarak, ispat şartına dair yasal yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi açısından, sözleşmelerin yazılı yapılması gerekecektir.

Uygulamada, yazılı olarak düzenlenen Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, (özellikle tarafların farklı ülkelerde faaliyet gösterdikleri durumlarda) elektronik şekilde düzenlendiği çeşitlere de rastlanmaktadır⁵⁸⁸.

6. Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

Sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre ayrıma tabi tutulur. Özel kanunlarca düzenlenmiş sözleşmeler, tipik sözleşmeler (isimli) olarak adlandırılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında ya da özel bir kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler ise kural olarak atipik (isimsiz) sözleşmelerdir. Bir sözleşmenin kanunda yalnızca ismen zikredilmiş olması onu isimli sözleşme haline getirmemektedir; ancak tüm unsurları hüküm ve

⁵⁸⁴ Yalçın Kavak, **Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil**, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 30.

⁵⁸⁵ Kavak, s. 31.

⁵⁸⁶ "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz."

⁵⁸⁷ Kavak, s. 32.

⁵⁸⁸ Avrupa'da bu amaçla yaygın olarak kullanılan yazılımlardan biri DocuSign'dır. <https://www.docusign.com> (Son Erişim Tarihi: 15.07.2019)

sonuçlarıyla birlikte kanunda düzenlenen sözleşmelerin isimli sözleşme oldukları kabul edilmektedir⁵⁸⁹.

Atipik sözleşmeler, sözleşmenin içeriği dolayısıyla tipleştirmeye elvermeyen bir özellik göstermeleri sebebiyle, bir ölçüte bağlı olarak sınıflandırılmamaktadır. Atipik sözleşmeler, kanunda düzenlenen tipik (isimli) sözleşmelere kısmen benzerlik gösterebilir ya da kanunda düzenlenen birkaç sözleşme tipine ait unsuru, kanunda öngörülmeven şekilde bir araya getirebilir.

Atipik sözleşmelerin yasada düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin ögeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermeyecek veya kendilerine özgü ögelerden oluşacak şekilde⁵⁹⁰ düzenlenmesi de mümkündür. Şu hâlde, kendisine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler söz konusudur. Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanır ve tanımlanır; mahiyetleri müsaade ettiği oranda, bunlara benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır; gerekirse Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine de bunlarla ilgili sorunları çözmek için başvurulur⁵⁹¹. Bu sözleşmelere ilişkin çözüm yolları özellikle mahkeme içtihatlarıyla tespit edilmiş adet hukukunda bulunur⁵⁹².

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü akit tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir⁵⁹³.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, kanunda ismen sayılan sözleşmelerden değildir. Kanun koyucunun bir sözleşmeyi adlandırmış olması değil, aksine düzenlemiş olması sözleşmeyi isimli sözleşmeler kategorisine sokmaktadır⁵⁹⁴. Bu bağlamda, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin en yalın haliyle bağımsız, sürekli, sonuca yönelik olmayan, ivazlı bir iş görme sözleşmesi olmasından yola çıkarak,

⁵⁸⁹ Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHF**, C. 55, Sa. 1-2, 1995-1996, s. 263-296, s. 264.

⁵⁹⁰ Zevkliler / Gökyayla, s. 11.

⁵⁹¹ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul, 2008, s. 13.

⁵⁹² Tandoğan, a.g.e.

⁵⁹³ Tandoğan, a.g.e.

⁵⁹⁴ Oktay, s. 264.

bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesinin bir çeşidi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁹⁵. Kanaatimizce, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, vekâlet sözleşmesine ait temel unsurları bünyesine barındırması ancak tipik vekâlet sözleşmesinin aksine ivazlı olması sebebiyle, atipik bir vekâlet sözleşmesidir. Bu sebeple, tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutulması gerekecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin temelde vekâlet sözleşmesi unsurları taşıyan bir iş görme sözleşmesi olması, uygulamada Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin isimsiz, karma veya bileşik şekilde düzenlenmesini engellememektedir. Nitekim, vekâlet sözleşmesinde, vekâlet verenin bir iş görme edimini borçlandığı hallerde de bir isimsiz sözleşme ile karşı karşıya kaldığı kabul olunmaktadır⁵⁹⁶. En tipik haliyle bir vekâlet sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek tarafının da iş görme taahhüdünde bulunması halinde, bu iş görme taahhüdünün TBK Özel Hükümler'de düzenleniyor olması halinde, sözleşme karma sözleşme niteliği taşıırken; iş görme taahhüdünün niteliğine göre, isimsiz bir sözleşmenin söz konusu olma ihtimali de bulunmaktadır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin karma şekilde düzenlenmesi halinde, akdin hukuki değerlendirmesinde, tipolojik uygulama doğrultusunda taraf iradelerine, dolayısıyla taraf menfaatlerine ve sözleşmenin amacına en uygun düşecek hükmün belirlenebilmesi için tek bir yönteme bağlı kalınmaması ve somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varılması gerekmektedir⁵⁹⁷. Karma sözleşme kapsamında, Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde doğrudan veya kıyasen uygulanacak bir hükmün olmaması halinde, ortaya çıkan boşluk ya yaratma görüşü doğrultusunda, TMK md. 1/2 uyarınca genel ve soyut yahut TMK md. 4'e benzer bir uygulama ile bireysel ve somut bir kural öngörülmesi çerçevesinde tamamlanacaktır⁵⁹⁸. Bu çözümlemenin yapılabilmesi, sözleşmedeki farklı

⁵⁹⁵ Konuyla ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. aşağıda Bölüm 1, II, B, 2, a, ab.

⁵⁹⁶ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 179.

⁵⁹⁷ Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013, s. 260.

⁵⁹⁸ Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, s. 261.

sözleşme unsurlarından herhangi birinin sözleşmenin ruhuna veya uyumsuzluğu çözmeye daha uygun olup olmadığının ve bu baskın unsurun hüküm çatışmasına yol açıp açmadığının tespit edilmesine bağlıdır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ni oluşturan unsurların, kanunun öngördüğü akit tiplerinde mevcut olmaması halinde, sözleşmenin benzediği kanuni akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır.

B. Sözleşmenin Türk Hukuku'nda Düzenlenen Sözleşme Türleri Kapsamında İncelenmesi

1. Genel Olarak

Çalışma'nın bu bölümünde Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne benzerlik gösteren kanuni akit tipleri sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriği kapsamında incelenecek ve FinTek şirketi ve bankalar arasında akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği, sözleşmenin içerdiği edimler ve bu edimlerin kanuni akit tiplerinde belirlenen edimlere benzerliği çerçevesinde ele alınacaktır.

2. Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin Kanuni Akit Tipleri Kapsamında İncelenmesi

a. Sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda Tanımlanan Akit Tipleri Kapsamında İncelenmesi

aa. Eser Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Eser sözleşmesi; iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve meydana getirilen bu eseri teslim etmeyi yüklenildiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁹⁹. Eser

⁵⁹⁹ Mehran Deilamikoukia, **Eser Sözleşmesinde Bedelin Götürü Usulle Belirlenmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 10.

sözleşmesi bir sonucun ortaya konulması (eserin vücuda getirilmesi) borcunu içerir⁶⁰⁰. Bu sözleşme ile yüklenici işsahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir⁶⁰¹ ve bu iş görme, ısmarlama iş kapsamında değerlendirilmelidir.

Yasada "eser" terimiyle belirlenen öge, sözleşmeyle yüklenicinin işsahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı üstlendiği sonuçtur⁶⁰². Bu sonuç, somut varlığa yönelen olan bir sonuç olabileceği gibi, soyut bir varlığa da sahip olabilir. İnsan emeği olup ekonomik değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, eser sayılır⁶⁰³. Bu sebeple, tarafların yürütülecek reklam ve kampanyalara⁶⁰⁴ ya da bir bilgisayar yazılımının ya da mobil uygulamanın vücuda getirilmesine dair anlaşmaları da eser sözleşmesi kapsamında incelenmelidir. Nitekim yazılımlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2. Maddesinde bilgisayar programı tanımı altında "eser" olarak düzenlenmektedir.

Niteliği icabı sonucun taahhüt edilemeyeceği işlerin eser sözleşmesi kapsamına dahil edilmemesi gerekir⁶⁰⁵. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi de eser sözleşmesi gibi bir iş görme sözleşmesi olduğu halde, yukarıda açıklandığı üzere, banka, sözleşme kapsamında sonuç taahhüt etmemektedir. Bu sebeple, FinTek şirketi ve banka arasındaki sözleşmelerde bankanın taahhüt ettiği edimler açısından, sözleşmeye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağının kabul edilmesi gerekecektir. Zira bankaların yerine getirmeyi taahhüt ettikleri edimlerin sonucunu taahhüt etmeleri mümkün olmayacaktır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin uygulamada tipikleşen içeriği, eser sözleşmesi tipolojisine ait unsurlar ihtiva etmemektedir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne eser sözleşmesine dair hükümlerin uygulanabilmesi için, sözleşmenin ayrıca bir eserin meydana gelmesi hususunda hüküm ihtiva etmesi gerekecektir. Sözleşmede, FinTek şirket tarafından bir yazılımın geliştirilmesi, taraflardan biri adına sözleşmede belirlenen kanallarda ve şekilde reklam

⁶⁰⁰ Tandoğan, Cilt I/1, s. 38.

⁶⁰¹ Zevkliler / Gökyayla, s. 453.

⁶⁰² Zevkliler / Gökyayla, s. 454.

⁶⁰³ Zevkliler / Gökyayla, s. 454.

⁶⁰⁴ Zevkliler / Gökyayla, s. 455.

⁶⁰⁵ Zevkliler / Gökyayla, s. 457.

yapılması gibi sözleşmeye eser sözleşmesi özelliği kazandıran hükümler (yan edimler) bulunması durumunda, uygun düştüğü ölçüde ilgili kısma eser ile ilgili edimlere ilgili özel hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır.

ab. Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Vekâlet öyle bir sözleşmedir ki, bu sözleşme gereğince vekil, vekâlet verenin (müvekkilin) çıkarına ve iradesine uygun olarak bir işgörme borcunu yüklenir⁶⁰⁶. Vekâlet sözleşmesi, Borçlar Kanununun 502. Maddesi'nde de *vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme* şeklinde tanımlanmaktadır. Vekâlet sözleşmesi ile vekil, bir başkasının çıkarına ve iradesine uygun olarak işgörme borcu altına girer⁶⁰⁷.

Doktrinde vekâlet sözleşmesi; vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosuna ona ait olmak üzere yükleyen sözleşme⁶⁰⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Yine başka bir tanım vekâlet sözleşmesini, vekilin vekâlet veren ile arasındaki güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlandığı sözleşme, şeklinde özetlemektedir⁶⁰⁹.

Vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş iş görme sözleşmelerinden biri olup bu sözleşme ile vekil, vekâlet verene ait bir işi, zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi riski vekâlet verene ait olmak üzere üstlenmektedir.⁶¹⁰ Günümüzdeki ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde kişilerin bazı işlerini bilhassa uzmanlık gerektiren işlerini bir başkası aracılığıyla görmesi neredeyse bir zorunluluk haline gelmiştir ve dolayısıyla

⁶⁰⁶ Zevkliler / Gökyayla, s. 590.

⁶⁰⁷ Zevkliler / Gökyayla, s. 590.

⁶⁰⁸ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, 3. Bası, Ankara, 1985, s. 356.

⁶⁰⁹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 122.

⁶¹⁰ H. Gülşah Ecir, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 1.

vekâlet sözleşmesinin uygulama alanının son derece geniş olduğu kolaylıkla söylenebilmektedir⁶¹¹.

Vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında, vekilin müvekkile karşı iş görme borcu altına girmesi; iş görmenin kanunla düzenlenen başka bir iş görme sözleşmesi çeşidinin konusunu oluşturmaması; iş görmenin başkası menfaati ve iradesine uygun olarak yapılmaması ve iş görmede zaman kaydına bağlı olunmaması; vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşınamaması ve tarafların anlaşması sayılmaktadır⁶¹². Vekâlet sözleşmesinin ihtiyari/değişken unsurları⁶¹³ arasında ise, ücretin vekâletin zorunlu unsuru olmaması ve vekilin müvekkile karşı bağımsız olması bulunmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin edimi, maddi edimlerden farklı olarak vekilin malvarlığından değil, bizzat vekilin bedensel ve fikri faaliyetinden kaynaklanmaktadır⁶¹⁴. Bu sözleşme ile vekil, edim fiilinin gereklerini yapmayı üstlenmekte; edim sonucuna dair herhangi bir taahhütte bulunmamakta, işin rizikosunu üstlenmemektedir⁶¹⁵.

Vekâlet sözleşmesi bir şemsiye ya da torba iş görme sözleşmesidir ve vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde isimsiz iş görme sözleşmelerine de uygulanırlar⁶¹⁶. Borçlar Kanunu'nda yer alan diğer sözleşme tipleriyle bağdaştırılamayan bütün iş sözleşmeleri, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Böylece mesela, hekimlik, mimarlık, hukuk danışmanlığı gibi serbest meslek faaliyetleri yanında bankaların gördükleri işler ilke olarak vekâlet sözleşmesi kapsamında yer alırlar⁶¹⁷.

Vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil genellikle belirli bir meslek sahibi, uzman kişidir⁶¹⁸. Vekâlet sözleşmesine konu edilen iş görmenin uzmanlığa

⁶¹¹ Ecir, a.g.e.

⁶¹² Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul, 2009, s. 609 vd.

⁶¹³ Yavuz, s. 619 vd.

⁶¹⁴ Gümüüş, a.g.e.

⁶¹⁵ Şebnem Akipek Öcal vd., **Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi**, İstanbul, 2017, s. 16.

⁶¹⁶ Fikret Eren, s. 706.

⁶¹⁷ Fikret Eren, a.g.e.

⁶¹⁸ Fikret Eren, s. 709.

dayanan bir iş görme olması, vekilin bağımsız niteliğini vurgulamaktadır. Vekil, gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Vekâletin konusu her zaman için bir yapma edimi niteliğindeki iş görme edimidir⁶¹⁹. Vekâlet sözleşmesinin unsurları kısaca; bir işin görülmesi veya hizmetin ifası, işin vekâlet veren yararına yapılması, işin vekil tarafından edim sonucundan sorumlu olmaksızın ve bağımsız olarak görülmesi, zaman kaydına bağlı olunmaması, tarafların her zaman vekâleti tek taraflı olarak sona erdirebilmesi, tarafların anlaşması ve ücrettir⁶²⁰.

Vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu; maddi fiiller, hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller oluşturur⁶²¹. Vekil edimin ifasında bağımsız bir işgören niteliğindedir ve vekil kural olarak bağımsız sayılabilir⁶²². Ancak bu, vekil ile müvekkil arasında bir iletişim bağı olmadığı ve vekilin, müvekkile iş görme kapsamında yükümlülükleri olmadığı; müvekkilin vekili yönlendirme imkânı olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Her halde, müvekkilin vekile sözleşme kapsamında talimat verme hakkı bulunmakta ve bu hak, vekilin bağımsızlığını etkilememektedir⁶²³.

Vekâlet ile temsil arasında yakın bir ilişki mevcuttur ve vekâlet genelde temsil yetkisini de içermektedir⁶²⁴. Vekâlet sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir ve vekil sonuçtan sorumlu değildir. Vekâlette süre ögesi bulunmadığı için vekilin bir işi görmesi, bir sonuca yönelmesi ve bunun için yoğun emek harcaması⁶²⁵ edimin ifası açısından yeterlidir. İşte bu özellikleri kapsamında vekâlet sözleşmesindeki edimler, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ndeki edimlere paralellik göstermektedir.

⁶¹⁹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 124.

⁶²⁰ Serhat Tay, **Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 5.

⁶²¹ Tay, s. 5.

⁶²² Zevkliler, / Gökyayla, s. 592.

⁶²³ Müvekkilin talimat hakkı için bkz. aşağı. Bölüm 3, III, C, 1, b; Vekilin talimatlara uyma borcu için bkz. Bölüm 3, III, B, 2, b.

⁶²⁴ Fikret Eren, s. 709.

⁶²⁵ Zevkliler / Gökyayla, s. 603.

Kanaatimizce, en temel haliyle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, bir sürekli iş görme sözleşmesi olması, iş görme ediminin bağımsız gerçekleştirilmesi ve taahhüt edilen borcun sonuca yönelik olmaması dolayısıyla, vekâlet sözleşmesi tipolojisine sahiptir. Ancak sözleşmenin atipik unsurlar içerecek şekilde, karma ya da isimsiz şekilde düzenlenmesi de mümkündür. Sözleşmenin karma şekilde düzenlenmesi halinde, akdin hukuki değerlendirmesinde, tipolojik uygulama doğrultusunda taraf iradelerine, dolayısıyla taraf menfaatlerine ve sözleşmenin amacına en uygun düşecek hükmün belirlenebilmesi için tek bir yönteme bağlı kalınmaması ve somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varılması gerekmektedir⁶²⁶. Karma sözleşme kapsamında, Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde doğrudan veya kıyasen uygulanacak bir hükmün olmaması halinde, ortaya çıkan boşluk ya yaratma görüşü doğrultusunda, TMK md. 1/2 uyarınca genel ve soyut yahut TMK md. 4'e benzer bir uygulama ile bireysel ve somut bir kural öngörülmesi çerçevesinde tamamlanacaktır⁶²⁷. Bu çözümlemenin yapılabilmesi, sözleşmedeki farklı sözleşme unsurlarından herhangi birinin sözleşmenin ruhuna veya uyumsuzluğu çözmeye daha uygun olup olmadığının ve bu baskın unsurun hüküm çatışmasına yol açıp açmadığının tespit edilmesine bağlıdır.

Doktrinde vekâlet sözleşmesi, diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere nazaran genel nitelikte bir iş görme borcu doğuran sözleşme olarak kabul edilmektedir⁶²⁸. Borçlar Kanunu'nun 502. Maddesi'nde vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin, kanunda düzenlenmemiş diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacağını düzenlemektedir⁶²⁹. Ancak bu noktada vurgulanmalıdır ki bu uyarlama yükümlülüğü nisbidir. Doktrinde de bu uyarlamanın isimsiz sözleşmelere ancak niteliklerine uygun düştüğü ölçüde yapılabileceği aksi halde

⁶²⁶ Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, s. 260.

⁶²⁷ Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, s. 261.

⁶²⁸ Akipek Öcal, s. 20.

⁶²⁹ Bir iş görme sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinin kanuni tiplerinden birisinin bütün unsurlarını taşımıyorsa, öncelikli olarak tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanmasını istedikleri bir düzenleme olup olmadığına bakılır. Bu düzen açıkça belirlenmemişse, güven ilkesine dayalı olarak yapılacak tamamlayıcı yorum ile uygulanacak kuralları belirlenecektir. Bu yolla da sonuca varılamazsa ancak o zaman ortaya çıkan sorunlar vekâlete ilişkin düzenlemenin uygulaması ile çözüme ulaştırılacaktır (Seçkin Topuz, **Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu**, Kırıkkale Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2001, s. 15).

işgörme edimi içeren her isimsiz sözleşmenin vekâlet hükümlerine tabi olacağı hususunun altı çizilmekteyse⁶³⁰ de vekâlet sözleşmesinin isimsiz iş görme sözleşmelerine birincil olarak uygulanması gerekliliğini savunan görüşler⁶³¹ de mevcuttur⁶³². Şu hâlde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin isimsiz sözleşme olarak düzenlenmesi halinde de TBK md. 502/2 uyarınca, sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kabul olunmalıdır. Hem tipikleşen içeriği dolayısıyla Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne en yakın sözleşme tipinin vekâlet sözleşme olması hem de sözleşmenin atipik ve (vekâlet tipolojisine uymaması sebebiyle) isimsiz şekilde düzenlendiği hallerde TBK md. 502/2 dolayısıyla, sözleşmenin ruhuna uygun düştüğü ölçüde sözleşmenin vekâlet hükümlerine tabi olmasından dolayı; bu sözleşme kapsamında çoğunlukla vekâlet sözleşmesine ait hükümlere müracaat edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne vekâlet hükümlerinin uygulanacağını kabul olunduğu hallerde, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde de bankanın işi yaparken belli oranda *gerekli özeni gösterme borcu*, *sadakat borcu*, *talimata uygun işgörme borcu*, *işi (kural olarak) bizzat görme borcu*, *hesap verme borcu*⁶³³ ve ayrıca, sözleşme kapsamında *olağanüstü*

⁶³⁰ Fikret Eren, s. 713-714.

⁶³¹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 132.

⁶³² İsviçre hukukunda, Borçlar Kanunu'nda yer alan diğer sözleşme tipleriyle tanımlanamayan bütün iş sözleşmeleri; *sui generis* sözleşmeleri İsviçre hukukunda tanınmadığı için, vekâlet sözleşmesidir. Türk borçlar hukukunda ise, hâkim tip özgürlüğü çerçevesinde, tarafların konusunu bir iş ediminin oluşturduğu karma veya isimsiz sözleşmeler akdetmesi mümkündür. Zira, iş görme sözleşmeleri için sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğünden ayrılmayı gerektirecek haklı bir sebep yoktur (Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001, s. 16 vd.). HATEMİ'ye göre, eBK mf. 386/2 (TBK md. 502/2), *numerus clausus* ilkesi getiren, emredici bir kural değil; sözleşmeye uygulanacak yasa kuralı, güven ilkesine göre gerçekleştirilecek sözleşme yorumu ile berirlenemiyorsa, tamamlayıcı olarak vekâlet kurallarının uygulanacağını belirten bir yorum kuralıdır. GÜMÜŞ ise, isimsiz sözleşme niteliğinde hizmet edimi sözleşmelerin akdedilmesinin kanunca sınırlamadığını ve eBK mf. 386/2 (TBK md. 502/2) hükmünün kanunca düzenlenmeyen ve *sui generis* sözleşme oluşturmayan hizmet edimli sözleşmeler için yedek konumda dahi uygulanmasının mümkün olmadığını vurgulamakta ve bu maddenin özel olarak kanunca düzenlenmiş hizmet edimli sözleşme tipleri dışında, hizmet edimi içeren tüm karma ve *sui generis* sözleşmeler için uygulama bulacağını belirtmektedir. (Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s. 19).

⁶³³ Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin bir iş görme edimi olmasından dolayı, genel olarak vekâlet sözleşmesinde vekilin borçları ile Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde bankanın borçları paralellik gösterecektir. Ancak bu noktada, vekilin talimata uygun iş görme borcu ile ilgili bir parantez açılması gerektiği kanaatindeyiz. Bankanın Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde taahhüt ettiği iş görme ediminin kanuni dayanağı bankanın faaliyet izni olduğu için, bankanın bu edimdeki sınırlarının müvekkilin talimatları yerine, mevzuat ve banka iç yönergeleri tarafından belirlenmesi gerekecek ve banka talimatlara ancak talimatların kanuni sınırlamalara aykırı olmaması veya banka iç kontrol ve denetim sistemleri açısından risk teşkil etmemesi durumunda talimatlara uymakla yükümlü

masrafları ve zararlarını talep etme hakkının olma ihtimalinin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu konuya dair açıklamalar, tarafların hak ve borçlarının incelendiği kısımda⁶³⁴ detaylı olarak yapılacaktır.

ac. Pazarlamacılık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı; işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁶³⁵ ve bu sözleşme ile pazarlamacı ile tacir arasında bir tacir yardımcılığı ilişkisi tesis edilmektedir⁶³⁶. Pazarlamacı, işletmenin faaliyet çevresini genişleten, faaliyet alanındaki iş hacmi şube açmaya uygun olmadığı için, faaliyetlerin işletme merkezi dışındaki yerlere de yayılmasını sağlayan⁶³⁷ tacir yardımcısıdır⁶³⁸. Bu açıklamadan hareketle pazarlamacılık sözleşmesi, *işçinin bağımlı ve devamlı olarak -yani tek ve açıkça belirlenmiş bir iş ile sınırlı olmamak üzere, çalışma saatlerinin yarısından fazlasında ve büyük ölçüde bir yerde sabit olmadan, bir ticari işletmenin faaliyet alanındaki işlemleri, o işletmeyi işleten tacir ad ve hesabına akdetmeyi veya bu işlemler için aracılıkta bulunmayı ücret karşılığında üstlendiği özel bir tür hizmet sözleşmesi* olarak tanımlanabilir⁶³⁹. Özellikle kozmetik, ilaç, gıda gibi işkollarında karşılaşılan pazarlamacılık sözleşmesi ile mal ya da hizmetin merkez dışındaki yerlerde bulunan müşterilere tanıtımı, pazarlanması ve satılması mümkün olmaktadır⁶⁴⁰.

olacaktır. Kanaatimizce, bankanın yasal veya organizasyonel sebeplerle talimata uymamasından dolayı (bankaya kusur atfedilebilecek haller hariç olmak üzere), öne sürülecek temerrüt iddiasının kabul edilmemesi gerekir.

⁶³⁴ bkz. aşı. Bölüm 3, III (s. 230 vd.).

⁶³⁵ Zevkliler / Gökyayla, s. 445.

⁶³⁶ Derviş Koç, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 2.

⁶³⁷ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Yirmi Dördüncü Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018, s. 200.

⁶³⁸ Her ne kadar pazarlamacılık, Borçlar Kanunu’da sayılan ticari temsilciler arasında olmasa da pazarlamacının yetkilerinin sınırlandırılması halinde, bu sınırlandırmanın iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülememesinden dolayı, pazarlamacıların (bağımlı) tacir yardımcısı sayılması gerektiğine dair görüş için bkz. Arkan, s. 182

⁶³⁹ İbrahim Çağrı Zengin, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 5.

⁶⁴⁰ Zevkliler / Gökyayla, s. 445.

Pazarlamacılar, sözleşme kapsamında kendilerine verilen talimatla bağlı yani bağımlıdır⁶⁴¹.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek şirketinin bankanın faaliyet alanındaki işlemleri, bankanın nam ve hesabına akdetmesi ya da bu işlemler için aracılıkta bulunmasına dair ve dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesine benzerlik gösteren yan edimlere yer verilmesi mümkündür. Ancak tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin pazarlamacılık sözleşmesine dair temel unsurları taşınamasından dolayı bu sözleşmeye dair hükümlerin kıyasla uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Öncelikle, pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesinin⁶⁴² bir alt türüdür⁶⁴³ ve dolayısıyla taraflar arasında bir bağımlılık⁶⁴⁴ unsurunun bulunması gerekmektedir. Doktrinde, pazarlamacı ile işveren arasındaki bağımlılığının, işçi ile işverenin arasındakine kıyasla farklı olması sebebiyle pazarlamacıya işçiye nazaran hareket serbestisi ve karar verme yetkisi tanınmamasının mümkün olduğu ancak bu esnekliğin pazarlamacının işverene bağımlı olmadığı anlamına gelmediği hususunun altı çizilmektedir⁶⁴⁵. Oysa Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde taraflar arasında bir bağımlılık unsuru bulunmamaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesinin ayırt edici unsurlarından bir diğeri, pazarlamacının ticari işletme dışında faaliyet göstermesi gerekliliğidir. Pazarlamacı, işverenin verdiği talimatlar çerçevesinde müşterileri ziyaret etmek

⁶⁴¹ Arkan, s. 201.

⁶⁴² Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir (TBK Madde 393).

⁶⁴³ Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK'da hizmet sözleşmesi kapsamında düzenlenmesi birtakım eleştirileri de beraberinde getirmiştir. TUNCAY'A göre, TBK'da pazarlamacılık ilişkisinin ancak hizmet sözleşmesi ile kurulabileceği görünümü yaratılmıştır ve bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, işveren ile çalışan arasında, işletme dışında aracılık faaliyetinin yürütülmesine ilişkin farklı bir hizmet akdiyle de bu ilişki kurulabilmelidir. TOPÇUOĞLU'NA göre kanun koyucunun, görev ve rol itibarıyla seyyar tüccar memurunu ikame eden pazarlamacıyı, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi boyutunu göz ardı ederek tacir yardımcısından ziyade bir işçi olarak ele alması isabetli bir düzenleme değildir (Koç, s. 4 vd). Ancak açıktır ki; bu düzenleme, pazarlamacı ile tacir arasındaki iç ilişkinin tipine ilişkin bir sınırlama getirmektedir. Dolayısıyla iç ilişkiye yönelik bu sınırlama, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak nitelendirilmesine veya taciri temsil etmesine mâni değildir (Koç, s. 6).

⁶⁴⁴ Bağımlılık unsuru, işçinin (pazarlamacının), işverenin yönetimi, denetimi ve gözetimi altında; onun emir ve talimatlarıyla iş görme edimini yerine getirmesini ifade etmektedir (Kaynak: Koç, s. 12). Bağımlılık unsuru, hizmet sözleşmesinin temel unsuru olmakla birlikte; işçinin işletme içindeki konumu, işçinin kişisel nitelikleri, işin niteliği ve iş görme ediminin yerine getiriliş tarzı bakımından, bağımlılığın kapsamı ve derecesi farklılık gösterebilir (Koç, s. 13).

⁶⁴⁵ Koç, s. 13 vd.

zorundadır⁶⁴⁶. Borçlar Kanunu Madde 450’de de pazarlamacının, kendine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmesi gerektiği belirtilmektedir. Doktrinde de pazarlamacının faaliyetlerini gezici olarak yürütmesi gerektiği ve sabit bir yerde bulunarak müşterileri ağırlamak veya onlarla telefon ya da internet gibi iletişim araçlarıyla irtibat kurmak, gezici nitelik arz etmediğinden faaliyetlerini bu şekilde yürüten pazarlamacının davranışının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir⁶⁴⁷. Oysa FinTek şirketle banka arasında kurulan sözleşmenin müşteri iktisabı kapsamında pazarlamacılık benzeri bir edim ihtiva etmesi durumunda bile, sözleşme kurulumu ve müşteri iletişimi dijital ortamda gerçekleşecektir. Bu da iki sözleşme türü arasındaki temel farklardan bir diğeridir.

Son olarak, doktrinde pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında pazarlamacılık edimi yüklenen tarafın (yani pazarlamacının) gerçek kişi olması⁶⁴⁸ gerektiği belirtilmektedir⁶⁴⁹. Ne var ki Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’nin taraflarından biri olan FinTek şirket tüzel kişidir. İşte tüm bu sebeplerle, pazarlamacılık sözleşmesine ait hükümlerin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi’ne kıyasla uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

ad. Simsarlık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Simsarlık sözleşmesi, Borçlar Kanunu Madde 520/1’e göre; *simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir*⁶⁵⁰. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere simsar, ücret karşılığında başkası adına ve hesabına sözleşme kurulması imkânını

⁶⁴⁶ Zevkliler / Gökyayla, s. 446.

⁶⁴⁷ Koç, s. 16.

⁶⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, pazarlamacılık sözleşmesini tanımlarken pazarlamacının bir işçi olduğunu açıkça ifade etmekte, ENGEL de kendi yaptığı tanımda işçinin (pazarlamacının) bir gerçek kişi olduğunu da vurgulamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz: Zengin, s. 5.

⁶⁴⁹ Pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesinin bir türü olduğundan, pazarlamacının mutlaka bir gerçek kişi olması gerekmektedir (Koç, s. 11).

⁶⁵⁰ Selcan Ünal Göker, **Acentelik Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 31.

hazırlar veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir ve simsar da acente gibi tacirin bağımsız yardımcısıdır⁶⁵¹.

Simsarlık sözleşmesine, Borçlar Kanunu'ndaki özel hükümler dışında kural olarak vekâlet hükümleri uygulanır⁶⁵².

Simsarın temel yükümlülüğü, sözleşme kurulması için imkanları araştırmak ve imkân bulunduğu takdirde durumu müvekkiline bildirmektir⁶⁵³.

Yukarıda açıklandığı üzere, Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin FinTek şirketin bankanın sözleşme kurmasına aracılık etmesine dair yan edimler içermesi mümkündür.

Simsarlık vekâlet ilişkisinin bir alt türünü oluşturur. Simsarın, simsarlık faaliyetini meslek olarak sürdürmesi gibi bu faaliyeti meslek faaliyetlerinden bağımsız olarak yerine getirmesi de mümkündür. Her halükârda simsar aracılık işini ücret karşılığında yerine getirmektedir. Simsarlık sözleşmesi, iş görme amacına yönelik vekâlet sözleşmesinin, kapsamı sınırlandırılmış ve karşılıklı borç yükleyen bir alt dalı olarak görülebilir⁶⁵⁴. Ancak simsar ile iş sahibi arasında sürekli bir hukukî bağlantı yoktur, simsar ile iş sahibi arasındaki ilişki geçici nitelikte olup, sürekli aracılık etmeyi borçlanmamıştır⁶⁵⁵. Kural olarak, simsar, belirli bir sözleşmenin yapılması için görevlendirilir ve bu sözleşmenin yapılması (ya da yapılamayacağının anlaşılması) üzerine simsarın tacirle arasındaki ilişki son bulur⁶⁵⁶. Sürekli olmama, simsarlık sözleşmesinin ayırt edici unsurlarındandır. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere devamlılık Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin temel unsurlarındandır. Şu hâlde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne simsarlık sözleşmesine dair hükümlerin uygulanmasının uygun olmayacağı açıktır.

⁶⁵¹ Ünal Göker, s. 31.

⁶⁵² Poroy / Yasaman, s. 314.

⁶⁵³ Arkan, s. 207.

⁶⁵⁴ Gökhan Bakar, **Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 38.

⁶⁵⁵ Bakar, s. 39.

⁶⁵⁶ Arkan, s. 206.

ae. Adi Ortaklık Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha fazla (gerçek veya tüzel) kişinin emeklerini veya mallarını ortak bir amaca ulaşmak üzere birleştirmeyi üstlendiği sözleşme tipidir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ortaklık tiplerinin ayırt edici unsurlarını taşımayan veya bu ortaklık tipleri kapsamında sınıflandırılmayan ortaklık tipleri, kural olarak adi ortaklık sayılmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 620 vd. Maddeleri ile düzenlenen adi ortaklıklar tüzel kişiliğe haiz değildir. Bir adi ortaklıktan bahsedebilmek için iki veya daha fazla kişinin iradelerini katılım payı taahhüdünde bulunan; müşterek amacın gerçekleşmesi konusunda ve *ortak amacı birlikte gerçekleştirme, amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma, diğer ortaklarla beraber işbirliği yaparak altlık üstlük ilişkisi olmadan birlikte çaba sarfetme niyet ve iradesi* hususunda bir anlaşma içeren bir sözleşme kapsamında birleştirmeleri gerekmektedir⁶⁵⁷.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, uygulamada tipikleşen içeriği ile, iş görme sözleşmeleri ile paralellik göstermektedir. Tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, taraflar arasında kurulan ilişki adi ortaklık kapsamında değerlendirilemeyecekse de tarafların sözleşmeye adi ortaklık kurulmasına dair hükümler eklemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Mesela banka ile paket mobil ödeme uygulamaları geliştiren FinTek şirketinin, bir mobil uygulama üreterek birlikte müşteri iktisabı yapmaları; bankanın da bu mobil ödeme uygulamasının ödeme işlemleri gerçekleştirilebilmesi için, FinTek şirketinin temel bankacılık altyapısına erişimine izin vermesi ihtimalinde, sözleşmeden tarafların ortak bir amaç için, müşterek bir plan çerçevesinde beraber çalıştıkları çıkarımı yapılyorsa; sözleşmenin adi ortaklık hükümleri ihtiva ettiği kabul edilmelidir. Her halükârda, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ile kurulan iş birliğinin nihai olarak müşterek kazanç elde etmek veya gelirleri artırmak ortak amacına hitap ettiğini kabul edersek, ortak amaca ulaşmak için ortak bir yol haritası ihtiva

⁶⁵⁷ Adi şirket sözleşmesi unsurları için daha fazla bilgi için bkz. Töre Günsay, **Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018, s. 4 vd.

eden tarzda düzenlenmiş Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, adi ortaklık hükümlerinin uygulanabilirliği kapsamında incelenmesi gerekecektir.

Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar arasındaki anlaşmanın ortaklık kurma iradesine yönelik olması gerekmektedir⁶⁵⁸. Nitekim adi ortaklığı oluşturan taraflar, tıpkı Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde olduğu gibi, nihai olarak kazanç elde etme amacına ulaşmayı hedeflemektedirler. Ancak, tarafların sözleşme dolayısıyla elde etmeyi umduğu kazanç ortak bir kazanç değilse ve bu kazanç farklı edimlere dayanan, taraflara özgü münferit bir kazançsa, bu sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesine benzerliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Başkaca, sözleşme kapsamında taraflar, amacın gerçekleştirilmesi için eşit temel üzerinde birleşerek çalışıyorsa ve bu amaç kapsamında belirli katılım taahhütleri mevcutsa, sözleşmeye adi sözleşmeye dair hükümler uygulanabilmesi mümkün olacaktır.

af. Komisyon Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Komisyoncu, ücret karşılığında kendi adına müvekkili hesabına hukuki işlem yapmayı üstlenen kişidir ve bu sebeple tacirin dolaylı temsil yetkisine sahip yardımcısıdır⁶⁵⁹. Komisyoncu ile müvekkil arasındaki ilişki kural olarak sürekli değildir⁶⁶⁰.

İş görme sözleşmelerinin bir başka türü olan alım veya satım komisyonculuğu, Borçlar Kanunu Madde 532'de *komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınurların alım veya satımını üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanmıştır. Komisyoncu, ücret mukabilinde, kendi namına ve müvekkil hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım satımını yüklenen kimsedir⁶⁶¹. Tanımdan da

⁶⁵⁸ Ahmet Ayar, **Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s. 14.

⁶⁵⁹ Arkan, s. 247.

⁶⁶⁰ Arkan, s. 248.

⁶⁶¹ Poroy / Yasaman, s. 306.

anlaşılacağı üzere, kanun koyucu (alım satım işleriyle uğraşan) komisyoncunun faaliyet alanını bir hayli dar yorumlamıştır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde belirlenen edimlerin (Bankacılık Kanunu Madde 57/2'de bankaların faaliyetleriyle ilgili belirlenmiş olan sınırlar dahilinde kalan) kıymetli evrak alım satımı (ve sözleşmenin diğer temel unsurlarını) ihtiva etmemesi halinde, komisyonculuk sözleşmesine dair hükümlerin bu sözleşmeye uygulanması mümkün olmayacaktır.

b. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin Diğer Kanunlarda Düzenlenen Akit Tipleri ve Hukuki İlişkiler Kapsamında İncelenmesi

ba. Acentelik Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Modern ticaret hayatı kapsamında işletme sahiplerinin, ticari ilişkilerinin kapsamını hızlı şekilde genişletmesi için yardımcı kişiler kullanma ihtiyacı⁶⁶² çerçevesinde gelişen acentelik müessesesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 102. Maddesi ve devamında düzenlenmektedir. Acente, tacirin bağımsız yardımcılarındandır. Kanuni tanım uyarınca, *ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse*, acente sıfatına haizdir. Şu hâlde, bağlı yardımcılar gibi tabi bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir bölge içinde, ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bu akitleri o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denmektedir⁶⁶³.

Acente, genellikle üretici veya sağlayıcı (tedarikçi) olan müvekkili ile arasında akdedilen ve sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşme uyarınca (acentelik sözleşmesi), belirli bir yer veya bölge içinde, daimî surette ticari işletmeyi

⁶⁶² Şaban Kayıhan, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, 2011, s. 26.

⁶⁶³ Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 266.

ilgilendiren sözleşmelerin müvekkili tacir ile üçüncü kişi (müşteri) arasında kurulmasında aracılık eder veya bu sözleşmeleri müvekkili nam ve hesabına (doğrudan temsil yoluyla) yapar⁶⁶⁴.

Acentelik, taciri satış pazarlama işlemleri için merkezin bulunduğu yerden başka bir yerde şube açmak veya bağımlı tacir yardımcısı görevlendirmek külfetlerinden kurtarmaktadır⁶⁶⁵. Acente, sözleşmelere aracılık ve sözleşmeleri aracılığı veren tacir (müvekkil) adına yapmak üzere iki tür faaliyette bulunabilir, ancak acentenin müvekkili adına sözleşme yapabilmesi özel ve yazılı bir muvafakat ile yetki almasına bağlıdır⁶⁶⁶. Bu belgenin tescil ve ilan edilmesi de zorunludur⁶⁶⁷. Acente gerçek veya tüzel kişi olabilir⁶⁶⁸ ve acentenin acentelik dışında başka bir faaliyette bulunmasını yasaklayan bir hüküm yoktur⁶⁶⁹.

Acentenin tanımında yer alan unsurlar birlikte değerlendirildiğinde acentenin, tacirden bağımsız “*self-employed*”, “*selbständig*” olması; acentelik ilişkisinin yazılı ya da sözlü, örtülü veya açık bir sözleşmeye dayanması; ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık veya bu sözleşmeleri tacir nam ve hesabına imza etmesi; bunu kendisine tanınmış bir yer veya bölge içinde yapması, faaliyetin süreklilik “*continuing*” arz etmesi ve bu faaliyetin meslek edinilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁰. Aksi ispatlanıncaya kadar boyutu ve büyüklüğü ne olursa olsun acente işletmesinin ticari işletme olduğu kabul edilmelidir⁶⁷¹. Acentenin bağımsız olması, ticari işletme bünyesinde, faaliyetlerin tacirden emir ve talimat alınmadan ve doğrudan müvekkil gözetim ve denetiminde olmaksızın sürdürülmesini yani acentenin kendi faaliyet düzenini ve çalışma zamanını ayarlayabilmesini ifade etmektedir⁶⁷². Acente bağımsız bir ticari işletme işletmektedir ve kural olarak tacir sıfatını haizdir⁶⁷³.

⁶⁶⁴ Arslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik**, İstanbul, 2013, s.4.

⁶⁶⁵ Arslan Kaya, s. 5.

⁶⁶⁶ Poroy, / Yasaman s. 273.

⁶⁶⁷ Poroy / Yasaman, a.g.e.

⁶⁶⁸ Arkan, s. 216.

⁶⁶⁹ Arkan, s. 219.

⁶⁷⁰ Ali Cengiz, "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", **Hacettepe Hukuk Fak. Derg.**, 1(2) 2011, 140–165, s. 146.

⁶⁷¹ Cengiz, s. 146.

⁶⁷² Arslan Kaya, s. 5-6.

⁶⁷³ Kayıhan, s. 37.

Müvekkilin, acenteye faaliyet ve çalışma düzenine ilişkin olarak idari nitelikli emir ve talimat vermesi mümkün değildir⁶⁷⁴ ancak bu bağımsızlık, acentenin bazı somut hususlarda müvekkiline bilgi ve haber verme ve hatta talimat alma yükümlülüğü⁶⁷⁵ altında olmadığı anlamına gelmemektedir.

Ticari işletme sahipleri pazar ekonomisinin ortaya çıkardığı yeni bir kişi olarak değer kazanan acente sayesinde ön masraf yapmaksızın ticari amaçlarını gerçekleştirme imkânı bulmuşlardır, zira, tacirler acenteye kural olarak sadece faaliyetin olumlu sonuç vermesi durumunda ücret ödemekle yükümlüdürler⁶⁷⁶. Bu da acentenin sözleşme kapsamındaki borcunun sonuç borcu karakterini ortaya koymaktadır.

Acentelik ilişkisine dair unsurlar tümüyle değerlendirildiğinde, acentelik ilişkisinin temelinde bir iş görme ilişkisi oluşturması; acentenin, tacirden bağımsız olması; acentelik ilişkisinin yazılı ya da sözlü bir sözleşmeye dayanması sebebiyle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ile kısmen paralellik gösterdiği görülmektedir. Ancak, bankanın bir bedel karşılığında bankacılık faaliyet iznine tabi hizmetleri yerine getirmeyi taahhüt ettiği tipik bir Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, acentelik sözleşmesinin yukarıda bahsi geçen ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerdeki yapma unsurunu ihtiva etmemektedir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin en tipik halinde, iş görme edimini üstlenen taraf olan bankanın, sözleşme yapma ve FinTek şirkete müşteri kazandırma borcu bulunmamaktadır. Ayrıca, bankanın sözleşme kapsamındaki iş görme borcu acentelik sözleşmesinin aksine bir sonuç borcu değildir. Bu sebeplerle bankanın sözleşme konusu hizmet taahhüdü sebebiyle tacir yardımcısı sıfatı taşıdığını söylemek de mümkün değildir. Şu hâlde, tipik haliyle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, acentelik sözleşmesine dair unsurlar taşımamaktadır.

Tabii ki Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin tipik halinin acentelik sözleşmesine paralellik göstermemesi, tarafların sözleşme özgürlüğü

⁶⁷⁴ Kayıhan, s. 38

⁶⁷⁵ Arslan Kaya, s. 6.

⁶⁷⁶ Kayıhan, s. 27.

çerçevesinde acentelik sözleşmesine benzer hükümler ihtiva eden bir çeşidini türetemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Sözleşmede taraflardan biri tarafından işletmeden bağımsız olarak, işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etme faaliyetinin yerine getirilmesi taahhüdünde bulunulması ve sözleşmenin ilgili kısmının acente sözleşmesi unsurlarını taşıması halinde, sözleşmenin ilgili kısımlarına acentelik sözleşmesine dair düzenlemelerin uygulanabileceği kabul edilebilir. Kanaatimizce Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek şirketin bankanın faaliyet alanındaki işlemleri, bankanın nam ve hesabına akdetme ya da bu işlemler için aracılıkta bulunmasına dair hükümler bulunması halinde, bu kısımlara pazarlamacılık sözleşmesine dair hükümlerden çok, sözleşmenin taraflarının bağımsız tacir nitelikleri sebebiyle acentelik sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır. Uygulamada Servis Sağlayıcı Sözleşmeleri'nde bankaların FinTek şirketin ürün ve hizmetlerini kendi müşteri kitlelerine pazarlayarak sözleşme akdetmeyi taahhüt ettikleri veya FinTek şirketinin banka namına hesap açım, vadeli mevduat hesabı, kredi açma gibi hizmetler için bankayı temsil ettiği sözleşme çeşitlerine rastlanabilmektedir⁶⁷⁷.

Sözleşmeye eklenen ve sözleşmenin taraflarından birinin nam ve hesabına sözleşme akdetme yetkisi veren acentelik klozu, sözleşme akdetme taahhüdünde bulunan tarafa tacir yardımcısı niteliği kazandırmaktadır. Sözleşmenin iki tarafının da bağımsız bir tacir olması, tarafların gündelik işlemler sebebiyle birbirlerinden talimat almaması, sözleşme akdetme işlemini profesyonel ve ticari bir saikle yerine getirmesi ve faaliyetin devamlılık arz etmesi sebebiyle, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin ilgili kısımlarının acentelik sözleşmesi unsurları taşıması anlamına gelmektedir. Şu hâlde, acentelik faaliyetleri yerine getirmeyi taahhüt eden tarafın iş görme edimine acentenin hak ve borçlarına ait hükümler

⁶⁷⁷ Bu hallere, bankanın Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında FinTek şirketinin kare kod yazılımını kullanarak, kendi müşterilerine doğrudan fatura ödeme hizmeti sunması ve bankanın bu hizmetin piyasaya sunulması kapsamında FinTek şirket nam ve hesabına sözleşme akdettiği bir durum örnek verilebilir. Arka plandaki bankacılık (fatura için para transferi) işlemleri ise, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin asli edimi kapsamında banka tarafından yerine getirilmektedir. FinTek şirketinin acentelik hizmetleri taahhüt ettiği durumlara ise, mobil bankacılık hizmetleri sunan (ancak bankacılık faaliyet izni bulunmayan) FinTek şirketinin yan bir edim olarak banka namına yeni mevduat hesabı açılması, kredi açılması için yeni sözleşme akdetmesi halleri gösterilebilir. Her iki durumda da acentelik faaliyetleri taahhüt eden tarafın borcu sonuç borcudur. Bu sonucun (mesela kaç müşteri ile yeni sözleşme yapıldığının) takibini kolaylaştırmak için uygulamada Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında kazanılan müşterileri ayırt eden ayrı varış sayfası (*landing page*) veya takip edilebilir *URL'lerin* kullanıldığı gözlemlenmektedir.

kıyasla uygulanabilecek, bu kapsamda acentelik faaliyetleri icra eden tarafın haber verme, önlem alma, olağanüstü masraflarının karşılanmasını isteme hakkı gibi borçları ve karşı tarafı temsil yetkisi olduğu iddia edilebilecektir. Yine acentelik taahhüdü altına giren taraf, tacir sıfatı ile, basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek TTK md. 111'de sayılan tedbirleri alarak, müvekkilinin çıkarlarını korumak durumunda kalacaktır⁶⁷⁸.

Sözleşmeye eklenen ve sözleşmenin taraflarından birinin nam ve hesabına sözleşme akdetme yetkisi veren acentelik klozu bulunması durumunda, tarafların kural olarak inhisar hakkı⁶⁷⁹ olup olmadığının da ayrıca tartışılması gerekecektir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde acentelik klozu olması ihtimalinde dikkat edilmesi gereken bir durum, acentenin rekabet etmeme borcudur. TTK md. 104'te acentenin sözleşme süresince rekabet etmeme borcunu düzenlemektedir. Buna göre acente, aynı yer veya bölge içerisinde, birbirleri ile rekabette bulunan birden fazla ticari işletmenin aracı ya da sözleşme yapma yetkisine sahip acenteliğini üstlenemez⁶⁸⁰. Maddede tekel kuralı düzenlenmektedir ve kanun kural olarak "tek acente-tek müvekkil" ilkesini benimsemiştir⁶⁸¹. Ancak 1. Bölüm'de açıklandığı üzere⁶⁸², FinTek şirketlerinin iş modelleri, azami sayıda banka ile iş birliği kurarak müşteri çevrelerini genişletmek prensibi üzerine kuruludur. Şüphesiz ki bu durumda Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında yan edim olarak acentelik taahhüdünde bulunan FinTek şirketi kendisini ticari açısından bir çıkar çatışması içinde bulacaktır. Kanaatimizce Servis Sağlayıcı Sözleşmesi Şu hâlde bu tarz bir ihtilafa yol açmamak adına sözleşmede FinTek şirketin, sözleşme tarafı bankaya acentelik hizmetini münhasır olarak vermediğinin açıkça kararlaştırılması gerekecektir. Asıl olan acentenin münhasır olarak faaliyetlerini yürütmesi olsa da

⁶⁷⁸ Kayıhan, s. 114.

⁶⁷⁹ Kural olarak, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz; ancak yazılı bir sözleşme ile taraflar bu kuralın aksini kararlaştırabilirler. Acentenin inhisar hakkı nedeni ile, müvekkil sözleşmeyle belirlenen yer veya bölge içerisinde aynı zamanda, aynı ticaret dalında birden fazla acente atayamaz. (Selcan Ünal Göker, **Acentelik Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 58 vd).

⁶⁸⁰ Kayıhan, s. 106.

⁶⁸¹ Arslan Kaya, s. 47.

⁶⁸² Bkz. Bölüm 1, II, A.

kanun bu durumun aksinin sözleşmede yazılı olarak kararlaştırılmasına imkan tanımıştır.

Yine Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde acentelik klozu olması ihtimalinde, acenteye müvekkili adına sözleşme yapma yetkisi veren belgelerin acente tarafından tescil ve ilan edilmesi⁶⁸³ gerekecektir.

Bu noktada Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin acentelik klozu içerdiği ihtimalde, sözleşmenin sona ermesi halinde, acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı sonuçlardan biri olan denkleştirme talebinin varlığının da tespit edilmesi gereklidir. Acentelik sözleşmesi kapsamında acente, süreklilik arz eden sözleşme ilişkisi kapsamında faaliyet yürütürken müvekkili için bir müşteri çevresi yaratır, müşterileri müvekkiline bağlar, var olan müşteri çevresi ile ilişkiyi güçlendirir ve derinleştirir⁶⁸⁴. Sözleşmenin sona ermesi durumunda ise, müvekkilin bu müşteri çevresi ile ilişkisi mevcut, yeni veya yenilenen sözleşmeler aracılığıyla devam eder ve dolayısıyla müvekkil acente tarafından oluşturulan müşteri portföyünden sözleşme sonrasında da menfaat sağlamaya devam etmektedir. Oysa sözleşmenin sona ermesinden sona acentenin bu müşteri portföyü üzerinden ücret talep etmesi mümkün olmamaktadır ve bu sebeple müşterinin yararlandığı bu süregiden menfaat için bir karşılık (portföy tazminatı ya da denkleştirme talebi) ödenmesi gerekecektir⁶⁸⁵.

Her ne kadar denkleştirme olarak adlandırılan tazminat talebi tipik acente-müvekkil ilişkisi için hakkaniyetli olsa da Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında denkleştirme talebi yapılabilmesi için kanaatimizce tarafların bunu açıkça kararlaştırması gerekmektedir. Zira, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek şirketinin acentelik edimlerini yerine getirmeyi taahhüt etmiş olması mümkün olsa da FinTek şirketi tarafından yerine getirilen faaliyetler tipik bir acentelik faaliyeti oluşturmamaktadır. Öncelikle FinTek şirketlerin bu faaliyeti münhasıran banka için yerine getirmesi kural değil istisnadır. Ayrıca FinTek şirketi, sözleşme kapsamında bankadan teknik ve yasal hizmetler elde etmekle

⁶⁸³ Arslan Kaya, s. 7.

⁶⁸⁴ Arslan Kaya, s. 227.

⁶⁸⁵ Arslan Kaya, s. 228.

kalmayıp, banka ile iş birliği kurmasından da bahisle piyasada bilinirliğini ve güvenilirliğini artırmaktadır. Şüphesiz ki kurumsal bir banka ile iş birliği halinde olması, girişim olarak kurulan FinTek şirketinin büyümesi için gerekli ve önemli bir faktördür. Gerekli marka bilinirliğine sahip olmayan finansal hizmet sağlayıcılarının piyasada yer edinmesi uzun ve masraflı bir süreci gerektirmektedir ve piyasada bilinen bankalarla iş birliği yolunun seçilmesi, bu süreci kısaltmakta ve süreç dolayısıyla üstlenilmesi gereken maddi külfeti azaltmaktadır. Dolayısıyla, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında yerine getirilen acentelik faaliyetlerinin sonuçlarından her iki tarafın da eşit şekilde yararlandığı varsayımı⁶⁸⁶ üzerinden giderek denklik talebinin sözleşmede açıkça kararlaştırılmaması halinde, reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sözleşme kapsamında bankanın acentelik faaliyetleri üstlenmiş olması halinde ise, FinTek şirketinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da sözleşmeden orantısız olarak faydalanyor olması sebebiyle, denkleştirme talebinin kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür.

bb. Know-How Sözleşmesi Kapsamında İncelenmesi

Know-How, sınai alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve bir patent ile korunmamış bulunan, teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübelerdir⁶⁸⁷. Know-how⁶⁸⁸, patent belgesi alınmayan ya da alınamayan teknik buluş sahiplerinin korunmaya değer menfaatlerini gösteren, uygulamanın ortaya çıkarmış olduğu bir kavramdır⁶⁸⁹ ve dolayısıyla bu kavram sınai haklarla

⁶⁸⁶ Şayet FinTek şirketi piyasada belirli bir bilinirliğe sahipse ve acentelik hizmetlerinden yararlanan banka sözleşmede FinTek şirketine nazaran daha orantısız bir fayda sağlamakta ve FinTek şirketin piyasa bilinirliğinden yararlanmakta ise, denklik talebinin varlığının kabulü mümkün olmalıdır.

⁶⁸⁷ Deniz Ilgaz, "Know-How ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları)", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C:8, S:1-2, 2000, s. 155-182, s. 155.

⁶⁸⁸ Türkçe'ye *teknik bilgi, bir alanda sahip olunan uzmanlık, teknik uzmanlık* şeklinde çevrilebilecek *know-how* kavramı Türkçe'ye doğrudan aktarılmamışsa da terimin bu şekilde kullanımı doktrinde yaygın şekilde kabul gördüğü için Çalışma'da bu şekilde kullanılacaktır. Nitekim aynı görüşte olan Turfan Ögüz, bu durumu know-how kavramının tercüme edilmesi ve tam karşılığının bulunmasından kaynaklandığını savunmaktadır (Tufan Ögüz, **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul, 2001, s. 5).

⁶⁸⁹ Mustafa Baş, **Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi**, Ankara, 2000, s. 23.

korunmayan teknik ve ticari bilgileri kapsamaktadır. Genellikle sır niteliği taşıyan know-how, herkesin kolayca elde etmesi mümkün olmayan bilgilerden oluşur ve gerektiğinde işletmenin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bölümü de kapsayacaktır⁶⁹⁰.

Ülkemizde know-how teriminin mevzuat anlamındaki tanımı, 14.07.2002 tarih ve 24815 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan ve Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe sokulan 2002/2 nolu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde *"Sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki; "gizli" kavramı, know-how'ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak bir araya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını, "esaslı" kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini, "belirlenmiş" kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekil- de tanımlanmış olmasını ifade eder"* şeklinde yer almaktadır⁶⁹¹.

Know-how sözleşmesi, sır teşkil etsin veya etmesin ekonomik değeri haiz, emek ve sermaye sarf etmeden elde edilemeyen bilgi, tecrübe ve teknoloji transferini konu edinen bir sözleşmedir⁶⁹². Sözleşme konusu bilgi, tecrübe ve teknoloji çoğu zaman uzun, yorucu ve maliyeti yüksen bir çalışma sonucunda elde edilir ve bu bilgi, bilgi sahibinin gücü ve etkinliğinin ifadesi olarak görülmektedir⁶⁹³. Bu sözleşme, taraflardan birisine (know-how veren tarafa) know-how'ın verildiği diğer tarafa (know-how alan taraf) belirli bir know-how'ı açıklama ve know-how'ın kullanımına izin verme buna karşılık olarak da know-how alana belirli bir bedel (know-how bedeli) ödeme borcu yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁶⁹⁴. Sözleşmenin bir tarafında, gerçekleştirmek istediği

⁶⁹⁰ Ilgaz, s. 155.

⁶⁹¹ Muaz Mücahit Yıldırım, "Know-How Sözleşmeleri", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 3, Sayı 2018/1, 2018, s. 207-256, s. 213.

⁶⁹² İsmail Erbay, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara, 2002, s. 7.

⁶⁹³ Erbay, s. 7.

⁶⁹⁴ Muaz Mücahit Yıldırım, s. 218.

Üretim için gerekli teknik bilgiye veya ürettiği malların sürümünü sağlama hususunda ihtiyaç duyduğu pazar araştırmalarına harcayacağı masraftan kaçınmak isteyen teşebbüsler bulunmakta; diğer tarafta ise bilgi ve deneyimlere sahip olan teşebbüsler bunları devretmek suretiyle kazanç sağlamak istemektedir⁶⁹⁵.

Lisans anlaşması yoluyla know-how ya da ticari sır, üçüncü kişilere devredilebilir⁶⁹⁶. İşletmenin rakiplerinden ayrılmasını ve piyasada ne çıkmasını sağlayan her türlü bilgi ve uygulamayı kapsayabilecek şekilde geniş yorumlanabilecek know-how'ın sözleşme ile devredilebilmesi için, değerinin madden ölçülebilmesi gerekecektir. Know-how'ın pratikteki devri ise soyut (sözlü) veya somut (kâğıt veya elektronik formata aktarılmış) biçimde gerçekleşebilir.

Devredilebilecek know-how kavramının somutlaştırılması için verilebilecek örnekler arasında üretim raporları, patent alınmamış buluşlar⁶⁹⁷, mimari çizimler ve teknik spesifikasyonlara ek olarak, Coca Cola'nın formülü ya da Lizbon'daki Belem pastanesi tarafından üretilen *pasteis de nata* tatlılarının tarifi sayılabilir kanaatindeyiz.

Know-how sözleşmesinin temel unsurları; know-how'ın teknik ve ticari (ekonomik) alandaki ve herkesin kolaylıkla oluşturması mümkün olmayan bilgilerden oluşması, know-how'ı oluşturan bilgilerin patent alınarak korunmamış olması, know-how niteliğindeki bilgilerin sözleşmenin tarafı olmayan kişilere de aktarılabilir nitelikte olması ve know-how'ın sına alana ilişkin bilgi ve deneyimlerden oluřmasıdır⁶⁹⁸.

Know-how sözleşmesinin konusunu oluşturan know-how, mutlak hak konusu olmadığından, devir sözleşmesi sadece borçlandırıcı işlem olarak işlev grecektir⁶⁹⁹. Know-how sözleşmesinde know-how alan, know-how verene karşı

⁶⁹⁵ Ğz, s. 1.

⁶⁹⁶ Ilgaz, s. 158.

⁶⁹⁷ Ğz, s. 30.

⁶⁹⁸ Muaz Mücahit Yıldırım, s. 219.

⁶⁹⁹ Muaz Mücahit Yıldırım, s. 224.

sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin kendisine devredilmesine ve açıklanmasına dair bir alacak hakkı elde eder ancak know-how alana, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek bir hak devredilmesi söz konusu olmaz⁷⁰⁰.

Know-how sözleşmesinde bilgi ve deneyimlerin know-how alana devri ve açıklanması, özellikle know-how alanın bunları kullanmasının ve yararlanmasının sağlanması know-how verenin işgörme faaliyetinde bulunmasını da gerektirebilir⁷⁰¹. Kural olarak, know-how sözleşmesinde bu nitelikteki bir işgörme edimi, sözleşme ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan, ona karakterini veren bir unsur değildir⁷⁰². Fakat bazı know-how sözleşmelerinde, know-how verenin işgörme edimi, sözleşmenin asli unsuru niteliği taşıyabilir. Know-how verenin işgörme ediminin sözleşmenin yegâne, asli unsurunu oluşturduğu ve know-how kapsamındaki bilgi ve deneyimlerden yararlanmanın know-how verenin sürekli yönetimi altında, onun aracılığı ile gerçekleştiği hallerde sözleşmeye vekâlet hükümleri uygulanması mümkün olacaktır⁷⁰³.

Görüldüğü üzere, know-how sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi değildir ve bu sebeple en tipik haliyle bir iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne know-how sözleşmesine dair hükümlerin uygulanmasının imkânı bulunmamaktadır. Ancak, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, know-how sözleşmesine vekâlet hükümleri uygulanmasını gerektiren, know-how odaklı bir iş görme ediminin sözleşmede mevcut olması veya know-how verenin iş görme faaliyetinde bulunmayı vadediyor olması halinde, bu sorunun cevabı bu kadar net olmayabilir. Şu hâlde, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, know-how'ın devri kapsamında, bir iş görülmesini (vekâlet) de öngören bir bileşik sözleşme⁷⁰⁴ tipi ile benzerlik taşıyıp taşımadığının tartışılabilmesi için, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde banka tarafından taahhüt edilen yapma ediminin, teknik ve sınai

⁷⁰⁰ Muaz Mücahit Yıldırım, s. 224.

⁷⁰¹ Ögüz, s. 38.

⁷⁰² Ögüz, s. 38.

⁷⁰³ Ögüz, s. 58.

⁷⁰⁴ İki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların anlaşmalarıyla bu niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde varlık ve geçerlilikleri birbirine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmeye, bileşik sözleşme denir (Fikret Eren, s. 951).

karakteri açısından know-how niteliği taşıyıp taşımadığının ortaya çıkarılması gerekecektir.

Banka tarafından sözleşmede taahhüt edilen yapma borcunun bir havalenin gerçekleştirilmesi, kredinin tahsisi, hesaplar arası para transferi gibi klasik bankacılık işlemlerinden biri olması halinde, bu işlemleri oluşturan uygulama ve teknik bilgiler ticari işletmeye özgü olmadığı ve faaliyet iznine sahip her banka tarafından yerine getirilebilir nitelikte olduğundan, bu işlemlerin know-how sayılamayacağı aşıkardır. Ancak yapma borcunu oluşturan edimin, know-how sayılabilecek, (mesela banka tarafından geliştirilen bir kripto para birimi kapsamında ödemelerin gerçekleştirilmesi gibi) bankanın kendi geliştirdiği ve bankaya özgü bir teknolojinin veya yöntemin kullanılarak yerine getirilmesi halinde, bu bilginin gizli teknik bilgi olduğundan bahisle, bahsi geçen sözleşmenin vekâlet ve know-how sözleşmesi unsurları taşıdığını kabul etmek gerekecektir kanaatindeyiz.

3. FinTek Şirket ve Banka Arasındaki Hukuki İlişki

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında FinTek şirketi ve banka arasındaki hukuki ilişkinin iç hukuk açısından sözleşme kapsamında kararlaştırılan ana edim ve yan edimler açısından farklı görünümüleri olduğu gözlenmektedir.

a. Alman Uygulamasında "Sorumluluk Şemsiyesi" (*Haftungsdach*)

Alman uygulamasında, FinTek şirket tarafından faaliyet için KWG, ZAG⁷⁰⁵ ya da diğer mevzuatlarda belirtilen koşulların sağlanamaması (ya da sağlanmasının FinTek şirket için külfet getirmesi durumunda), bu koşulların yerine getirilmesi için bir kredi kurumu ile iş birliği⁷⁰⁶ yoluna gidilmesi yolu seçilebilmektedir. Kanuni koşulların yerine getirilmesi faaliyetin tamamını veya

⁷⁰⁵ BGBI. I S. 2446

⁷⁰⁶ Mönslein / Omlor, s. 48.

bir kısmını oluşturmaları mümkündür. Banka bu çerçevede know-how, altyapı ve gerekli, tipik bankacılık süreçlerini hizmet olarak sunmaktadır⁷⁰⁷.

Sadece belirli alanlarda (örn. yatırım sektörü) faaliyet gösteren FinTek şirketinin (banka işlemlerini Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ile bir bankaya tedarik ettirmesine rağmen) müşterilerle doğrudan ilişki kurması, hizmet süreçlerini ve müşteri iletişimini yönetmesi halinde, FinTek şirketinin Alman hukuku dolayısıyla bir sorumluluk şemsiyesi (Almanca *Haftungsdach*, İngilizce *Liability Umbrella*) altında faaliyet gösterdiği kabul olmaktadır. Sorumluluk şemsiyesi müessesesi, denetime tabi olmayan (*nicht regulierten Unternehmen*) bir şirketin, denetime tabi (*regulierten Unternehmen*) bir kuruluşun sorumluluğu altında ve hesabına faaliyet göstermesini mümkün kılmaktadır⁷⁰⁸. Bu kapsamda, lisanslarını kullandırma hizmetinin karşılığında bir bedel talep eden ve FinTek şirketin faaliyetleri dolayısıyla tüm özel hukuk ve denetim hukuku sorumluluğunu üstlenen finansal kuruluşlar (*Haftungsdarsteller*), aynı zamanda gündelik işlerle ilgili söz haklarını da saklı tutmaktadırlar⁷⁰⁹.

Bazı hizmetler kapsamında Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin Alman hukukunda temelini dayandırdığı sorumluluk şemsiyesi müessesesi, kanuni dayanağını KWG §2 (10), 6'dan almaktadır. Bu hizmetleri sunan şirketlerin BaFin tarafından tutulan özel bir sicile⁷¹⁰ kaydedilmesi gerekliliği öngörülmektedir. Sorumluluk şemsiyesine konu edilebilecek ve edilemeyecek hizmetler kanunda sayılmaktadır. Kendileri KWG anlamında kredi kurumu olarak kabul edilmeyen ve bu sebeple faaliyet izni aranmayan FinTek şirketleri yatırım danışmanlığı, broker⁷¹¹ faaliyetleri gibi aracılık hizmetlerini sunabilmektedir. Sorumluluk şemsiyesi sistemi ile banka ile yatırım (kitlefinansman, robo-danışmanlık veya diğer yatırım hizmetlerinde uzmanlaşan) FinTek şirket arasında Türk hukukundaki acentelik ilişkisine benzer bağımlı bir ilişki kurmak mümkündür.

⁷⁰⁷ Möslin / Omlor, s. 49.

⁷⁰⁸ Kunschke, Schaffelhuber, s. 97.

⁷⁰⁹ Kunschke / Schaffelhuber, a.g.e.

⁷¹⁰ https://www.bafin.de/DE/Publikationen/Daten/Datenbanken/Vermittler/vermittler_node.html (Son Erişim: 11.07.2019)

⁷¹¹ KWG §1 uyarınca aracılık hizmetleri (*Abschlussvermittlung*), finansal araçların alım ve satım faaliyetleri olarak ifade edilmektedir.

Şirketlerin, sorumluluk şemsiyesi müessesesi kapsamında finansal portföy yönetimi hizmetleri sunulması mümkün değildir ve bu sebeple yatırımcılar adına bizzat karar vermek üzerine kurulu bir iş modeline sahip FinTek şirketlerinin bu sistemden yararlanması mümkün değildir⁷¹². Bu tarz ve başkaca faaliyetlerde bulunmak isteyen şirketler, denetime tabi kuruluşların lisanslarından yararlanmak (*Lizenzleihe*) suretiyle, dış kaynak kullanımı⁷¹³ (*Auslagerung*) şeklinde bir ilişki kurarak⁷¹⁴ piyasada faaliyet gösterebilirler. Bu durumda banka, ifa yardımcısı (*Erfüllungsgelhilfe*) ya da (vekâlet sözleşmesindeki) vekil konumunda olabilir.

b. Türk Uygulamasında FinTek Şirketi ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki

Yukarıda⁷¹⁵ açıklandığı üzere, FinTek şirketi ile banka arasında Servis Sağlayıcı Sözleşmesi dolayısıyla kurulan hukuki ilişkinin farklı boyutları olması muhtemeldir. Tarafların ortak bir amaç gayesinde sermayelerini birleştirmeleri halinde adı şirket görünümüne kavuşabilecek bu ilişki, bankanın FinTek şirketine (bankacılık hizmet) sözleşmesi yapması için temsil yetkisi vermesi ile acentelik unsurları da barındırabilir. Ancak tipik haliyle vekâlet sözleşmesine daha yakın olduğunu tespit ettiğimiz sözleşmede taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi ve bu ilişkinin müşteriler açısından yansımalarını, vekâlet hükümleri açısından değerlendirdik.

Vekâlet sözleşmesi hükümleri ışığında, FinTek şirketin piyasaya sunduğu hizmetin sürekliliği için gerekli bankacılık hizmetlerini sunan banka, taahhüt ettiği iş görme edimi ile genel olarak vekil, FinTek şirket ise müvekkil konumundadır. Bir iş görmenin vekâlete konu olması için vekilin gördüğü işin başkasına ait olması ve işi başkasının menfaatine yapması gerekmektedir⁷¹⁶. İşte Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde de banka FinTek şirketin yararına hizmet

⁷¹² Kunschke / Schaffelhuber, s. 97.

⁷¹³ KWG §25b ve ilgili diğer mevzuat uyarınca

⁷¹⁴ Kunschke / Schaffelhuber, s. 98.

⁷¹⁵ Bkz. Bölüm 1, II, A, 1.

⁷¹⁶ Topuz, s. 21.

sunmaktadır. Ancak bilindiği üzere vekâlet, sadece vekil ile vekâlet veren arasındaki iç ilişkiyi ifade etmektedir⁷¹⁷. Bu ilişkinin üçüncü kişiler açısından yansımaları⁷¹⁸ ise temsildir⁷¹⁹. Yani taraflardan birinin sözleşme kapsamında üçüncü kişilere karşı diğer tarafın mümessili sıfatıyla hareket edebilmesi için, bu vekâlet yetkisinden ari bir de temsil yetkisine haiz olması gerekecektir.

FinTek şirketi ile banka arasında akdedilen sözleşmenin bir piyasa yansımaları da bulunmaktadır. Piyasaya istediği hizmeti sunmak için gerekli lisans ve ruhsata sahip olmayan FinTek şirketi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında bankanın lisans ve ruhsatından yararlanarak (bireysel veya kurumsal müşterilere) piyasaya bir ürün veya hizmet sunmaktadır. Bu ürün veya hizmet dolayısıyla Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin taraflarından biri; asıl tedarikçi olarak piyasada ürünün pazarlamasını ve müşteri iletişimini üstlense de iki taraf da müşterilerle farklı kapsamlarda sözleşmesel ilişki içine girmektedir. Bu sebeple, FinTek şirketi ile banka arasındaki hukuki ilişki ve bu ilişkinin müşteriler üzerine yansımaları, farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Finansal hizmet kapsamında, müşteri ile yapılan sözleşmedeki ana tedarikçi taraf banka ise, yani hizmet piyasaya temel olarak banka tarafından sunuluyorsa ve FinTek şirketi tarafından destekleniyorsa, müşteri ile akdedilen bankacılık hizmetleri sözleşmesi açısından asıl vekil banka olduğu için, FinTek şirket alt vekil⁷²⁰ görevini üstlenmektedir. Kaynağını TBK md. 506/1'den alan⁷²¹ alt vekâlet müessesesi, özünde bir alt sözleşme ilişkisine⁷²² dayanmaktadır. Alt vekâlet

⁷¹⁷ Fikret Eren, s. 710.

⁷¹⁸ Fikret Eren, s. 710.

⁷¹⁹ Temsil, bir kişinin bir hukuki işlemi başkasının adı ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının temsil edilen üzerinde doğmasıdır. Temsilcinin mutlaka temyiz yetkisine sahip olması gerekir (Topuz, s. 17).

⁷²⁰ Alt vekâlet, vekilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin ifasını, "kendi adına" yaptığı bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakması olarak tanımlanabilir (Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 113). Alt vekâlet sözleşmesinin tarafları vekil ile ifa kendisine bırakılan alt vekildir.

⁷²¹ Vekâlet sözleşmesinde vekil, iş görme borcunu bizzat yerine getirme borcu altına girmektedir ancak TBK md. 506/1'in sınırları içerisinde, yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde işi başkasına yaptırabilir.

⁷²² Alt sözleşme, birbirinden bağımsız ancak aralarında ilişki olan iki sözleşmenin mevcudiyeti halinde bu sözleşmelerin birbirine karşı mevcut durumlarını belirlemek için kullanılan kavramdır (Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 83). Alt sözleşmeyi, asıl sözleşmenin taraflarından birinin, asıl sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçları ve asıl sözleşmenin kısmen de olsa karakteristik ediimini konu alan yeni bir sözleşmeyi üçüncü bir kişi ile akdetmesi halinde ortaya çıkan ve üçüncü akidin, ikinci akidin en azından bazı borçların birinci akide karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir

sözleşmesinde, vekil ile alt vekil arasında, müvekkil ile vekil arasında kurulan vekâlet ilişkisinden bağımsız bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır⁷²³. Bu kurulan yeni vekâlet ilişkisi ile vekil, iş görme borcunu kısmen veya tamamen devralmaktadır. Vekilin, alt vekâlet sözleşmesinin müvekkili sıfatıyla alt vekilden talep edeceği iş, kendi müvekkilinin işidir; vekil müvekkilinin iradesini alt vekile aktarmaktadır ve edinilecek esas menfaat de, ilk müvekkile ait olacaktır⁷²⁴. Alt vekâlet sözleşmesinin hukuki niteliği, vekâlet sözleşmesine paraleldir. Bu sözleşmenin geçerli olması için, esas sözleşmedeki müvekkilin onayı aranmamaktadır⁷²⁵.

Alt vekâlet ilişkisinde, alt vekil kendi adına ve hesabına hareket etmektedir. Vekâlet sözleşmesi kapsamındaki iş görme edimini devralan taraf, kendi adına ve hesabına hareket etmiyorsa, alt vekâlet değil, ikame vekâlet söz konusu olacaktır⁷²⁶. İkame kişiye başvurma yetkisi, vekile işin görülmesini bir ikame kişiye bırakma yetkisi tanır⁷²⁷. Bu durumda vekil ile ikame vekil arasında bir vekâlet ilişkisi (ve dolayısıyla sözleşmesi) kurulmamakta; vekil ile müvekkil arasında bir vekâlet ilişkisi kurulmaktadır⁷²⁸. İkame vekâlette, hukuki ilişki ikame vekil ile müvekkil arasında olduğundan, ikame vekil müvekkile karşı doğrudan talep imkânına sahip olacaktır⁷²⁹.

Vekâlet sözleşmesinin ifasını kısmen veya tamamen devralan veya ifaya yardım eden ikame kişi, yardımcı kişi ve alt vekil arasındaki ayrımı kolaylaştıracak dogmatik kriterler mevcut değildir. Ancak doktrinde, vekilin borçlandığı edimin tamamını veya bir kısmını, ekonomik ve hukuksal bağımsızlığa sahip birine bırakarak söz konusu edimin ifasını kendi ifa programından çıkarması halinde bir ikame kişinin varlığından söz edileceği; bu kişinin vekilin organizasyonuna bağlı çalışması halinde de TBK md. 116 anlamında bir yardımcı kişinin söz konusu olacağı belirtilmektedir⁷³⁰. Alt vekili

sözleşme olarak tanımlamak mümkündür. Alt sözleşmeler sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir (Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 85 vd.).

⁷²³ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 115.

⁷²⁴ Akipek, a.g.e.

⁷²⁵ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 120.

⁷²⁶ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 121.

⁷²⁷ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 148.

⁷²⁸ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 123.

⁷²⁹ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 129.

⁷³⁰ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 149 vd.

ise vekilin nitelikli yardımcılardan kabul eden görüşler mevcuttur⁷³¹. Somut olayda, atanan kişinin ikame kişi ya da alt vekil olup olmadığının belirlenememesi halinde, doktrinde, alt vekâletin varlığının fiili bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷³²

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde kararlaştırılan bankacılık hizmeti kapsamında müşteri ile yapılan sözleşmedeki asıl tedarikçi tarafın FinTek olması durumunda, vekâlet sözleşmesine dayanan bankacılık ilişkisinde FinTek şirketi, banka ve müvekkil arasında üçlü bir hukuki ilişki mevcuttur. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında bankanın, bankacılık mobil uygulamasını işleten FinTek şirketinin hizmetlerine bankacılık altyapısı sağladığını ve (piyasada hesabın FinTek şirketi tarafından açıldığı ve yönetildiği algısı yaratılmak suretiyle) tüketicilere mevduat hesabı açtığını varsayalım. Bu noktada, banka ile FinTek şirketi arasındaki Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde banka vekil, FinTek şirketi ise müvekkil konumunda olacaktır. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin devamı olarak, tüketicilerle mevduat hesabı açılması için akdedilen mevduat sözleşmesi çerçevesinde ise, (müvekkil) tüketiciye karşı asıl vekil mobil uygulamayı işleten FinTek şirketi vekil iken; banka alt vekil⁷³³ ve dolayısıyla nitelikli ifa yardımcısı konumunda değerlendirilmelidir. Oysa aynı kurguda, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi açısından (asıl) vekil bankadır⁷³⁴. Bu durumda tüketiciye karşı, borçlar hukuku açısından FinTek şirket sorumlu iken, bankacılık hukukuna dair yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından bankanın sorumlu tutulması gerekecektir. Bankanın yükümlülüklerini yeterince ya da tamamen yerine getirilmemesi sebebiyle

⁷³¹ Parlak / Börü, s. 25.

⁷³² Parlak / Börü, s. 29.

⁷³³ Vekilin vekâletten doğan borçlarının ifasını "kendi adına" yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesi halinde alt vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilir. Alt vekâlet sözleşmesini vekil kendi adına yaptığından, bu sözleşmenin tarafları doğal olarak asıl vekil ile alt vekildir; müvekkilin bu sözleşmeye taraf olması söz konusu değildir. Asıl vekil bu sözleşme ile vekillik sıfatını devretmemektedir, vekâletten doğan borçların ifasının kısmen veya tamamen devredilmesi söz konusudur. Ortada tara arı farklı olan iki vekâlet sözleşmesi vardır. Sözleşmelerden biri müvekkil ile vekil arasındaki vekâlet ilişkisine (asıl vekâlet sözleşmesi), diğeri ise ilk müvekkilin vekilinin kendi adına yaptığı bir sözleşmeyle alt vekili tevkil ettiği vekâlet ilişkisine (alt vekâlet sözleşmesi) ilişkindir (Şafak Parlak, Levent Börü, "Alt Vekâlet", **TBB Dergisi**, Sayı: 96, 2011, s. 17-48, s. 20).

⁷³⁴ Tüketicinin hem FinTek şirketi hem de banka ile farklı kapsamda, ayrı ayrı sözleşmeler akdetmesi, kanaatimizce bahsi geçen dengeleri değiştirmeyecektir.

tüketicinin zarara uğraması halinde, bankanın genel hükümler ve alt vekilin sorumluluğuna dair hükümler kapsamında tazminat sorumluluğu bulunacaktır⁷³⁵.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, FinTek şirketinin sözleşme kapsamında sağladığı bir yan edim sebebiyle, FinTek şirketi ile banka arasındaki ilişkinin bir borçlu- ifa yardımcısı ilişkisine dayandırılması da mümkündür. Bu durumda, FinTek şirketinin bankanın müşteri ile akdettiği sözleşme kapsamında müşteriye (alacaklı) taahhüt edilen edimin ifasına, ifa yardımcısı⁷³⁶ kapsamında yardım ettiği ve bankaya destek hizmeti verdiği kabul olunmalıdır.

Kural olarak her türlü borcun, borçlu tarafından başkasına gördürülebilmesi mümkündür, özellikle maddi edimlerin ifasında bu durum geçerlidir⁷³⁷. Maddi edimlerin ifasında şahsen ifa yükümlülüğünün olduğuna dair bir karineden bahsedilemez ve maddi edimin şahsen ifa edilmesini iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gereklidir⁷³⁸. Borçlunun şahsî yeteneklerinin ön plana çıkmadığı borçlar bakımından da ifanın kim tarafından yerine getirildiği hususunda alacaklının özel bir menfaati bulunmamaktadır ve kanun koyucu borçlunun borcunu şahsen ifa etmesini bir kural değil, istisna olarak düzenlemiştir (ifanın gayri şahsiliği ilkesi)⁷³⁹. Borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden veya borçlu ile birlikte ifa faaliyetine katılan bu kişiye ifa yardımcısı denilmektedir⁷⁴⁰. Yapma borçlarında borçlunun borcu bizzat ifa zorunluluğu bulunmakla birlikte, borçlunun kendi yönetim ve denetimi altında yardımcı kişi kullanmasının bir sakıncası yoktur⁷⁴¹. İşte bankaların tüketicilerle akdettikleri sözleşmelerde taahhüt ettikleri borçlarını şahsen ifa etmelerinde tüketicinin bir özel yararı yoksa, FinTek şirketin bankanın borçlarını, kanunun müsaade ettiği derecede ifa yardımcısı kapsamında (destek hizmetleri kapsamında)

⁷³⁵ Daha önce de açıklandığı üzere, bankanın sözleşmeye ekleyeceği sorumsuzluk klozları TBK md. 115/3 uyarınca geçersizdir.

⁷³⁶ İfa yardımcısı hakkında açıklamalar için bkz. aşa. dn. 725.

⁷³⁷ Tay, s. 39.

⁷³⁸ Tay, s. 40.

⁷³⁹ Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 170.

⁷⁴⁰ Şenocak, s. 104.

⁷⁴¹ İpek, s. 171.

desteklemesinin sakıncası olmayacaktır. Bankalarla akdedilen sözleşmelerde, bankaların işin niteliği gereğince destek hizmeti alması zaten teamüldendir.

TBK md.116/1 uyarınca borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Daha önce de belirtildiği üzere, bankanın TBK md. 116/3 uyarınca müşteriye karşı bu sorumluluğu ifa yardımcıları lehine sınırlaması da mümkün olmayacaktır.

eBK'da (md. 100/3) yer alan ve uzmanlık veya izne tabi hizmet sunan borçluların, ifa yardımcılarının hafif kusurundan dolayı sorumluluğu sınırlayabileceği ya da ortadan kaldırılabileceğine dair hükme⁷⁴², TBK'da yer verilmemiş olması sebebiyle, banka gibi uzmanlık veya izne tabi hizmet sunan borçluların, ifa yardımcılarının işi yürüttükleri sırada verdikleri zararı bir sorumluluk anlaşması ile sınırlamaları veya ortadan kaldırmaları imkanının önü kapatılmıştır.

Bu noktada, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi özelinde bir yan borç olarak FinTek şirketinin bankaya destek hizmeti sunması yani bankanın müşterilerine hizmet vermesi ihtimalinde, borçlunun (bankanın) alacaklıya (müşteriye) olan borcunu bir yardımcı kullanarak ifa etmesi söz konusu olacağından, FinTek şirketin bankanın ifa yardımcısı konumunda olduğunun ve bu sebeple bankanın ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilirliği olduğunun kabulü gerekecektir. İfa yardımcısı konumundaki FinTek şirkete sözleşme ile temsil yetkisi verilmesi de mümkündür.

Başkaca, Servis Sağlayıcı Sözleşmesinde FinTek şirket için kararlaştırılmış ve acentelik, komisyonculuk sözleşmeleri ile benzerlik taşıyan yan edimlerin varlığı halinde, bu edimler kapsamında FinTek şirketin bağımsız tacir yardımcısı konumunda olabileceği ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bağımsız tacir yardımcılarının genel olarak çalışma yöntem ve

⁷⁴² Şenocak, s. 246.

zamanını serbestçe belirleme yetkisine sahip; yardımcı oldukları tacirin ticari işletmesinden ayrı ve kendi adlarına işlettikleri bir ticari işletmenin sahibi oldukları kabul görmektedir⁷⁴³. Bu unsur dolayısıyla bağımsız tacir yardımcılığı müessesesi FinTek şirketlerin bankalara sundukları hizmetlerin ruhuna (bağımlı tacir yardımcılara nazaran) daha fazla benzerlik göstermektedir.

III. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Genel Olarak

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, sürekli, iki tarafa borç yükleyen, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi bir iş görme sözleşmesidir. Sözleşmenin en tipik hali vekâlet sözleşmesine benzerlik taşısa da sözleşmenin uygulamadaki tüm çeşitleri, vekâlet tipolojisine uymamaktadır. Uygulamaya yeni kazandırılan bu sözleşme tipi, Türk hukukunda yer edinmemiştir ve sözleşmeye uygulanacak hükümler, vekâlet hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.

Sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olması sebebiyle, taraflardan biri için öngörülmüş haklar sözleşmenin diğer tarafı için borç anlamı taşıyacaktır.

Sözleşmenin, tipik hali ile düzenlenmiş olması halinde, sözleşmenin vekâlet sözleşmesinin bir çeşidi olması sebebiyle sözleşmeye vekâlet hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmenin karma şekilde (mesela eser veya acente sözleşmesi unsurlarını da içerecek şekilde) düzenlenmesi halinde ise, sözleşmedeki ağırlıklı hükümler; sözleşmenin içeriği ve yapısı, sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Sözleşmenin isimsiz sözleşme şeklinde düzenlenmesi ve sözleşme kapsamındaki hak ve borçlara dair taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde ise, kanaatimizce tarafların TBK md. 502/2 uyarınca, yine vekâlet sözleşmesi hükümlerine başvurması yerinde olacaktır. Zira, eBK dönemindeki görüş, isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin

⁷⁴³ Arkan, s. 181.

öncelikle vekâlet sözleşmesi dışında aranmasını ve sonrasında vekâlet sözleşmesi hükümlerinin yedek hüküm olarak uygulanmasını öngörürken; TBK öncelikle isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak olan hükümlerin (kıyas uygulaması ile de olsa) vekâlet sözleşmesi içinde aranması ve bulunan nitelikleri bakımından uygun düşen hükümlerin uygulanması zorunluluğunu öngörmektedir⁷⁴⁴. Dolayısıyla sürekli iş görme sözleşmeleri bakımından vekâlet hükümlerinin birinciliği kabul edilmiştir⁷⁴⁵.

Bir sonraki bölümde, tarafların hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriğinden esinlenerek inceledik. Sözleşmenin isimsiz sözleşme şeklinde düzenlenmesi halinde dahi, (uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku seçen) bir Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde tarafların sözleşmeye uygulanacak hükümler açısından uyumsuzluğa düşmesi halinde, (sözleşmeye uygulanabilir olduğu ölçüde) vekâlet hükümlerine müracaat edilecek olmasından bahisle⁷⁴⁶, bölümde tarafların hak ve borçlarına dair incelemeyi vekâlet sözleşmesine kıyasen yürüttük⁷⁴⁷.

B. Bankanın Sözleşme Kapsamındaki Hak ve Borçları

1. Bankanın Hakları

a. Bedel İsteme Hakkı

Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir⁷⁴⁸. Vekil ancak sözleşmede öngörülmüşse veya teamül varsa ücrete hak kazanacaktır⁷⁴⁹. TBK

⁷⁴⁴ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 132.

⁷⁴⁵ Gümüş, a.g.e.

⁷⁴⁶ Vekâlet sözleşmesinde müracaat edilecek uygun hükümlerin bulunmaması halinde, diğer iş görme sözleşmeleri için öngörüldüğü üzere, hâkimin tamamlayıcı yorumuna başvurulması; uygulanacak hüküm olmaması halinde de hâkimin doktrindeki iki baskın görüşten biri uyarınca, ya tarafların farazi iradesi ya da kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye o şekilde (Gümüş, a.g.e.) mevcut boşluğu doldurması uygun olacaktır.

⁷⁴⁷ Ancak vekâlet sözleşmesi hükümlerinin birebir tekrar edilmemesi adına, bölümde özellikle Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin vekâlet sözleşmesi tipolojisinden uzaklaşan uygulamaları üzerinde yoğunlaştık.

⁷⁴⁸ Yalçınduran, s. 45.

⁷⁴⁹ Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, 2004, s. 22.

hükmü her ne kadar vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması karinesini getirirse de, günümüzün iktisadi hayatında bu karine tersine dönmüştür ve vekil bir ücret karşılığında müvekkil için bir faaliyet yürütmektedir⁷⁵⁰.

Ücret, belirli bir miktar para şeklinde (götürü olarak), görülen işin değerinin belirli bir yüzdesi olarak (orantısal ücret); harcanan zamanın beher birimi için muayyen bir tutar olarak (zamana göre ücret); özel mesleki hükümlerle sınırlanmadığı ölçüde, sonuca iştirak (başarı ücreti) şeklinde ve hatta maddi edim kapsamında dahi belirlenebilir⁷⁵¹.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Her ne kadar Servis Sağlayıcı Sözleşmesine vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul edilmesi halinde, vekâlet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz bir iş görme sözleşmesi olmasından dolayı Servis Sağlayıcı Sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olması hususu tartışmaya açık hale geliyor da ticari iş karinesi⁷⁵² ve teamül⁷⁵³ dolayısıyla bankanın ücret isteme hakkının kabul edilmesi gerekecektir. Banka, sözleşmede kararlaştırılan ve bankacılık faaliyet izni kapsamında sürdürülen iş görme edimini ticari faaliyet kapsamında taahhüt etmektedir. Bu sebeple sözleşmenin kural olarak ivazlı bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir ve banka, sözleşmede belirlenen iş görme faaliyetleri kapsamında, sözleşmede belirlenen ücrete hak kazanacaktır.

Bankanın iş görme edimi karşılığında hak ettiği ücretin miktarının sözleşmenin kurulması esnasında kararlaştırılması esastır. Ancak ücrete ilişkin anlaşmanın sözleşmenin kurulmasından sonra ve hatta işin görülmesini takiben de yapılması mümkündür⁷⁵⁴. Uygulamada, bankaların aylık sabit bir (asgari) teknik

⁷⁵⁰ Sarı, s. 23.

⁷⁵¹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 179.

⁷⁵² Türk Ticaret Kanunu Madde 19/2: "Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır"; Türk Ticaret Kanunu Madde 20: "Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir".

⁷⁵³ Vekil ancak sözleşmede hüküm bulunması veya teamülün mevcut olması halinde ücrete hak kazanır. Hekimin, bankanın, özel öğretmen, mimarın gördüğü iş karşılığında ücret alacağı, teamüle dayanan ücrete örnek gösterilebilir (Fikret Eren, s. 717). Şüphesiz ki bankaların işlerinin ticari olması da teamüldendir.

⁷⁵⁴ Akipek Öcal, s. 21.

ücrete ek olarak işlem başına ücret talep ettikleri görülmekteyse de aylık sabit tutar üzerinden ücretlendirme klozu içeren sözleşmeler de azımsanamayacak sayıdadır. Zaman zaman, FinTek şirketinin hizmetleri karşılığında hak kazandığı ücretten komisyon aldıkları modellere de rastlanılmaktadır. Vekâlet sözleşmelerine uygulanacak hükümler kapsamında, İsviçre ve Türk TBK'da bu yönde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, özellikle Federal Mahkeme'nin görüşleri doğrultusunda, ücret miktarının mevcut teamüllere ve adetlere göre belirleneceği kabul edilmektedir⁷⁵⁵. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde sözleşmede ücretin miktarının belirtilmediği durumlarda ise, miktarın uyuşmazlığa konu olması halinde, mahkeme tarafından belirlenmesi gerekecektir.

Bankanın taahhüt ettiği edim bir sonuca yönelik olmadığı için, istenen sonucun müşteriden kaynaklanan ekonomik veya yasal sebeplerle gerçekleşmemesi ya da gerçekleştikten sonra işlemin iptali⁷⁵⁶ halinde, banka yine de sözleşmede belirlenen ücrete hak kazanacaktır.

b. Bankanın Bağımsız Olması

Vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil, hizmet sözleşmesinde işçinin konumundan farklı olarak nispeten bağımsız bir konuma sahiptir. Bu durum, vekilin vekâletle amaçlanan sonuca ulaşmak için belirli sınırlar içerisinde karar verme mecburiyetinden kaynaklanmaktadır⁷⁵⁷. Özel uzmanlığı gerektiren konularda vekilin bağımsızlığı daha da geniştir⁷⁵⁸.

Tıpkı vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, banka, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde taahhüt edilen iş görme edimini yerine getirirken, faaliyetlerini yer, zaman, iş görme şartları ve koşulları açısından serbestçe düzenleyebilir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde bankanın özel uzmanlığı gerektiren bankacılık

⁷⁵⁵ Akipek, *Alt Vekâlet*, s. 41.

⁷⁵⁶ Alman hukuku uyarınca verilen SDD ödeme talimatları (*Direct Debit, Lastschrift*) için BGB § 675p uyarınca iade hakkı (*Widerrufsrecht*) kullanılması mümkündür. Bu kural kaynağını SEPA kurallarından (*SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook*) almaktadır.

⁷⁵⁷ Yalçınduran, s. 46.

⁷⁵⁸ Yalçınduran, s. 46.

faaliyetlerini, aldığı özel izin ve lisanslar kapsamında yerine getirmesi ise bankanın bağımsızlığını daha da ileri bir seviyeye taşımaktadır.

Banka, bankacılık faaliyet izni kapsamındaki hizmeti yerine getirirken her ne kadar sözleşme ve (tıpkı vekâlet sözleşmesinde bankanın müvekkilin talimatıyla bağlı olması gibi) FinTek şirketinin talimatları ile sınırlı olsa da, bankanın faaliyetlerinin asıl sınırı bankacılık faaliyet izni ve lisansını düzenleyen mevzuat ve faaliyete dair sınırları belirleyen regülasyonlar çerçevesinde belirlenecektir. Bu kapsamda müvekkilin yani FinTek şirketinin talimatının mevzuata aykırılık teşkil etmesi (mesela FinTek şirketi tarafından talep edilen para havalesi işleminin *smurfing*⁷⁵⁹ emareleri taşıması veya FinTek şirketi aracılığıyla bankadan kredi açımı talep eden kurumsal müşterinin gerekli kredi skorunu tutturamaması) halinde, bankanın talimata aykırı hareket etmesi, sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

2. Bankanın Borçları

a. Haber Verme Yükümlülüğü

Vekâlet sözleşmesinde vekil, kendisine verilen talimatları dikkatlice incelemeli ve bunların amaca uygun olmadığını veya faydasız olduğunu görürse, sadakat yükümlülüğü gereğince bu hususa müvekkilin dikkatini çekmeli ve onu uyarmalıdır⁷⁶⁰. Zira, işinin uzmanı olan vekilin, işi kendi bilgi ve becerisiyle, var olan durum ve koşullara göre vekâlet verenin menfaatine sadakat ve özenle görmesi esastır⁷⁶¹.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında banka ile FinTek şirketi arasında vekâlet ilişkisine benzer bir ilişki olduğu varsayılırsa, bankanın müvekkilin menfaatlerini koruma yükümlülüğü kapsamında müvekkilini ilgilendiren

⁷⁵⁹ *Smurfing*, belli tutarın üzerindeki nakit işlemlerinin ilgili bildirim yükümlülüklerinden kaçmak için çok sayıda bankaya, çok sayıda kişi tarafından parça parça nakledilmesi yoluyla sağlanan kara para aklama yöntemine verilen isimdir (bkz. a. s. 18 vd).

https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/235_aralik2003.pdf (Son Erişim: 12.07.2019)

⁷⁶⁰ Akipek Öcal, s. 56.

⁷⁶¹ Akipek Öcal, a.g.e.

hususları zamanında bildirme yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Bankacılık faaliyetlerinin teknik ve yasal açıdan uzmanı bankadır ve işin aksayacağı hallerde, vekilin sadakat yükümlülüğüne benzer bir şekilde FinTek şirketine bildirim ve ihbarda bulunması gerekmektedir. Şu hâlde bankanın teknik aksamalar, işlemin başarıyla tamamlanıp tamamlanmadığı, işlemin tamamlanmasına dair yasal engeller, gecikmeler gibi her türlü teknik, operasyonel ve yasal değişikliği, değişiklikten haberdar olduğu anda bildirmesi gerekecektir. Bu bildirimin sözleşmenin diğer tarafı olan FinTek şirketi ve sözleşme kapsamındaki edimi ilgilendirmesi gerekmektedir.

Genel olarak müşteri ile akdedilen sözleşmeler kapsamında, bankanın müşteriye gerçekleri söylemek ve esaslı olaylardan müşteriye haberdar etmek yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁶². Bankanın, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında müşteri ile doğrudan temasta olması halinde haber verme borcunun hem müşteriye hem de FinTek şirketi kapsadığı kabul edilmelidir. Banka, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında sunulan hizmet veya ürünler ile ilgili olarak müşteri ile doğrudan temas halinde değilse, bankanın haber verme yükümlülüğü müşteriye değil, doğrudan FinTek şirketine yöneltilmelidir. Ancak bu durum, hizmetin niteliği gereğince bankanın özel kanunlar uyarınca bizzat yerine getirmesi gereken yükümlülüklerine halel getirmeyecektir.

b. Talimata Uyuma Yükümlülüğü

Vekâlet sözleşmesi uyarınca vekil emredici talimattan ayrılamaz.⁷⁶³ Bu tür talimatta, vekil, talimattan ayrılmanın vekâlet verenin yararına olacağı kanaatinde olsa bile, yine de talimata uygun hareket etmelidir. Talimata uymak istemeyen vekil ancak istifa ederek bu tür talimatı yerine getirmekten kurtulacaktır⁷⁶⁴.

Bankaların sözleşme kapsamında, FinTek şirketlerin talimatına uygun hareket etmesi gerekir. Ancak uygulamada Servis Sağlayıcı Sözleşmesi

⁷⁶² Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s. 236.

⁷⁶³ Akipek Öcal, s. 60.

⁷⁶⁴ Akipek Öcal, s. 61.

kapsamında verilen talimata uyma yükümlülüğünün, vekâlet sözleşmesindeki kadar sıkı olmadığı durumlara da rastlanabileceği kanaatindeyiz. Bu durumun varlığı, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ni tipik vekâlet sözleşmesinden ayıracaktır.

Kanaatimizce, sözleşmede banka ve FinTek şirketi arasındaki ilişkinin; müvekkilin iş sahibi konumunda olduğu vekâlet sözleşmesindeki⁷⁶⁵ ilişkiye nazaran daha zayıf şekilde düzenlenmesi mümkündür.

Kuruluşu ve faaliyeti izne bağlı bir ticari işletme olduğu için, bankadan faaliyetleri esnasında yasa kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi ve faaliyetlerini sürdürmek için gerekli adımları gözetmesi beklenecektir. Piyasadan izne bağlı olarak mevduat toplayan bankanın sözleşmesel sorumluluklarını yerine getirmesi gerekse de yasalardan kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluklarını göz ardı etmemesi gerekmektedir. Bu da bankaların kar elde etme amacı olan ticari işletmelerden daha fazlası olmaları; yerel ve hatta uluslararası ekonomiyi etkileyecek derecede güce ve öneme sahip olan kurumlar olmalarından kaynaklanmaktadır. İşte bu sebeple, faaliyete temel olan yetkilerini özel hukuktan alan işletmelerden farklı olarak, kamu hukukuna dayanan bankaya sözleşme kapsamında verilen talimatların, bankanın kuruluş hukukunca belirlenmiş yükümlülüklerine aykırı düşmemesi ve bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir.

Vekâlet sözleşmesinde gerçekleştirilen iş görme vekâlet verenin iradesine ve menfaatine bağlı⁷⁶⁶ iken; Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ndeki iş görme, düzenlemelerin emredici niteliği dolayısıyla, bankacılık faaliyet izni ile sınırlıdır. Bu sebeple, bankanın mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri ile çelişen veya banka için hukuki veya cezai sorumluluk doğurma imkânı bulunan talimatlara uyulmamasının, talimata uyma borcuna ve dolayısıyla sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Serozan / Öz, Özel Borç İlişkileri, s. 2201.

⁷⁶⁶ Serozan / Öz, a.g.e.

⁷⁶⁷ Bu noktada bankanın, faaliyet izni ve bankacılık hukuku ile çelişen iş görme edimlerine sözleşmede yer vermemesi ve bankacılık hukukuna aykırı düşen talimatlar hususunda FinTek şirketini derhal uyarması, bankanın özen borcunun bir gereğidir. Kanaatimizce, bankanın sözleşmede faaliyet izni kapsamında yer almayan bir faaliyeti yerine getirmeyi taahhüt etmesi veya

c. Bizzat İfa Yükümlülüğü

Doktrinde iş görme borçlarının kural olarak borçlunun şahsına bağlı olduğu kabul edilse de bu durum her iş görme borcu açısından geçerli değildir⁷⁶⁸. Nitekim, TBK md. 83 uyarınca borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığını vurgulamaktadır (*ifanın gayrişahsiliği ilkesi*). Ancak borçlunun kişisel yetenek ve uzmanlığının önem taşıdığı iş görme sözleşmeleri, bu ilkenin istisnasını oluşturmaktadır⁷⁶⁹.

Vekâlet sözleşmesinde, vekile duyulan güvenin bir işareti olarak vekilin sözleşme konusu iş görme edimini bizzat kendisi yerine getirmesi gerekmektedir⁷⁷⁰. Zira vekâlet sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir ve borçlu konumundaki vekilin kişiliği, bilgi, beceri ve uzmanlığı sözleşmenin en önemli özelliklerinden biridir⁷⁷¹. Vekâlet sözleşmesinden doğan borcun prensip olarak borçlu tarafından ifa edileceği kabul edilse de vekâlet sözleşmesinin günümüzde borçlunun şahsına bağlı olmayan edimlerin en önemli alanlarından birisini oluşturması,⁷⁷² vekâlet sözleşmesi kapsamında kararlaştırılan edimlerin mutlaka şahsen ifası gerekmediğini göstermektedir. Özel hükümler uyarınca, yetki verildiği, durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı durumlarda vekilin işi bir başkasına yaptırması mümkündür⁷⁷³.

bankacılık kanununa aykırı düşen talimatlar hususunda FinTek şirketini uyarmaması, vekâlet sözleşmesine benzer şekilde, özen borcuna aykırılık teşkil eder ve bankanın tazminat sorumluluğuna yol açabilir.

⁷⁶⁸ Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 12.

⁷⁶⁹ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 109.

⁷⁷⁰ Akipek Öcal, s. 69.

⁷⁷¹ Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 109.

⁷⁷² Aydınçık, s. 13.

⁷⁷³ Akipek Öcal, s. 69.

Tıpkı bankacılık uygulamasında, akreditif işlemlerinde muhabir bankaya başvurma konusunda var olan adet gibi, vekilin, teamül gereği olarak iş görme edimini başkasına devretmesinin zorunlu olduğu haller mevcut olabilir⁷⁷⁴.

Doktrinde, bir borcun şahsiliğinin tespitinin, konunun değişken doğasından dolayı, taraflar arasındaki menfaat dengesinin, özellikle alacaklı açısından yansımaları kapsamında tespiti ile belirlenebileceği vurgulanmaktadır⁷⁷⁵.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde kararlaştırılan iş görme ediminin şahsi olup olmadığının ve dolayısıyla bankaya bizzat ifa yükümlülüğü yükleyip yüklemediğinin tespiti için, alacaklı FinTek şirketinin bu borca özel bir değer atfedip atfetmediğinin tespiti gerekmektedir. Kanaatimizce, kural olarak bankanın borcu bizzat yerine getirme yükümlülüğü olsa da vekâlet sözleşmesine benzer şekilde, gereken şartların oluşması ile, borcu bizzat yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Özünde teknik bir hizmet sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin bu teknik tabiatı, kanaatimizce borcun şahsiliğini azaltmaktadır. Anca her ne kadar bankanın sözleşme kapsamındaki iş görme yükümlülüğü eser sözleşmesindeki gibi işin bizzat yerine getirilmesini zorunlu kılmamaktaysa da bankanın piyasadaki bilinirliği ve uzmanlığının, FinTek şirketinin bu sözleşme kurulumundaki taraf tercihini yaparken göz önünde bulundurduğu esaslı bir unsur olduğu açıktır. Bu noktada vurgulanması gereken, işin hukuki niteliğinden dolayı bankanın ana edimi bizzat yerine getirmesinin bekleneceği durumların olma ihtimali olduğudur. Bu sebeple, iş görme taahhüdünün banka ile (doktor-hasta ilişkisindeki kadar sıkı sıkıya olmasa da) belirli bir oranda ilişki içinde olduğundan bahisle, bankanın kısmi bir bizzat ifa yükümlülüğünün olduğunun iddia edilmesi yanlış olmayacaktır. Bu sebeple bankanın, vekâlet sözleşmesine benzer şekilde, ancak kendisine yetki verildiği veya zorunlu hallerde ya da teamülün mümkün olduğu hallerde işin bir kısmını üçüncü kişiler aracılığıyla tamamlayabilmesi ya da ifa yardımcıları kullanması mümkün olacaktır.

⁷⁷⁴ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 148.

⁷⁷⁵ Aydınçık, s. 13-14.

Bankanın hizmetin bazı teknik kısımlarını dış kaynak kullanımı kapsamında üçüncü kişilere yaptırtması teamülden olduğu için, işin bir kısmının bu şekilde üçüncü kişilere (teknik firmalara ya da muhabir bankalara) yaptırılmasının bizzat ifa yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediğinin kabulü gerekir. Ancak bu noktada, edimin borçlu tarafından yerine getirilmemesinin alacaklı açısından ekonomik bir öneminin bulunup bulunmadığının ve edim borcunun özünde bir kayba uğrayıp uğramadığının tespit edilmesi⁷⁷⁶ elzemdir. Örnek olarak, bankanın Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında mobil bankacılık hizmetleri sunan bir FinTek şirketinin müşterilerine mevduat hesabı açılması hizmeti vermesi verilirse; kanaatimizce bankanın mevduat hesabı açma işlemini bir başka bankaya yaptırtması bizzat ifa yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir, zira hem müşteri hem de sözleşmenin tarafı FinTek şirketi için hesabın bulunduğu bankanın sözleşmenin devamı açısından önemi bulunmaktadır. Ancak, hesap açma işlemine ait teknik dış kaynak hizmetlerinden yararlanılması ya da üçüncü kişiler tarafından sunulan müşteri tanıma yazılım hizmetlerinden yararlanılması halinde ise, yukarıda açıklamalarımız çerçevesinde, bizzat ifa kuralına aykırılık oluşmadığı düşüncesindeyiz.

Banka, ifa yardımcısı kullandığı durumlarda, yardımcı kişinin fiilinden de sorumlu olacaktır. TBK md. 116/1 uyarınca, borçlu, borcun ifasını yanında çalışanlar gibi yardımcılarını kanuna uygun olarak bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı maddenin son fıkrası, "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" ifadesi ile, uzmanlığı gerektiren hizmet ile meşgul olan ticari işletmelerin, faaliyetleri esnasında ifa yardımcılarının hafif kusuruna dair sorumluluktan kurtulması yolu bile kapatılmıştır⁷⁷⁷. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin taraflarından banka, uzmanlığı gerektiren ve kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet yürüttüğü için, bu

⁷⁷⁶ Aydınçık, s. 14.

⁷⁷⁷ İlhan Helvacı, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, İstanbul, 2011, s. 263.

kapsamda yardımcı kişilerin⁷⁷⁸ fiillerinden sorumlu olmayacağına dair akdettiği sorumsuzluk anlaşması (ya da Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne eklenen sorumsuzluk klozu) kesin olarak hükümsüz kabul edilmelidir.

Bankanın edimin ifası için TBK md. 507 uyarınca alt vekil⁷⁷⁹ tevkil etmesi halinde ise, aynı vekâlet sözleşmesinde olduğu üzere, alt vekili seçmekte ve talimat vermekte gerekli özeni göstererek, kusuru bulunmadığını kusuru bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması⁷⁸⁰ mümkün olacaktır. Vekili, alt vekili seçme ve ona talimat verme konusunda sorumlu tutulamayacağına ilişkin şart ve kayıtlar ise, vekâlet sözleşmesinin (ve Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin) niteliği ile bağdaşamayacağı⁷⁸¹ için geçerli olarak kabul edilmemesi gerekecektir.

Vekâlet sözleşmesine konu işin görülmesi, kişinin belirli bir ruhsat sahibi olmasını gerektiriyorsa, örf gereği olsa bile, o iş ancak ruhsat sahibi bir üçüncü kişiye yaptırılabilir⁷⁸². Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin konusunu bankacılık faaliyet iznine dayanan bir iş görme oluşturduğu için, alt vekâlet için şartların oluşması halinde, bu iş görmenin gerekli faaliyet iznine sahip olması gerekmektedir. Kanaatimizce bu noktada, alt vekilin faaliyet izninin, vekilin faaliyet izni/lisansı ile aynı olmaması şartı aranmamalı; alt vekilin iş görme için gerekli lisanslara sahip olması⁷⁸³ borcun ifası için yeterli kabul edilmelidir (yeter

⁷⁷⁸ Bu açıklamalar ışığında, yardımcı kişi kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kişinin, borçlunun fiili otoritesi altında olması ve onunla arasında sürekli bir ilişki bulunması zorunlu değildir. Borçlunun bir defalık bile olsa borcunun ifasını kendisine terkettiği kimse dahi, bu kapsamda çalışmış sayılır. Borçlunun bilgisi altında ve onun rızası ile bir işte borçlu namına hareket eden bütün kişiler, yardımcı kişi sayılırlar. Borçların yerine getirilmesinde kendisine başvuru bağımsız iş adamları ve sanat erbabı da bu bakımdan borçlunun yardımcısıdır ve yardımcı kişilerin bu işi karşılıklı veya karşılıksız yapmaları önemli değildir (Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, s. 216 vd.).

⁷⁷⁹ Vekilin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi kural olsa da kanunda belirtilen istisnai durumlarda vekilin işi bir başkasına gördürmesi mümkündür. Alt vekâlet, vekilin iş görme edimini başkasına gördürme türlerindendir (Parlak / Börü, s.17). Vekilin vekâletten doğan borçlarının ifasını kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesi halinde alt vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilir. Alt vekâlet sözleşmesinin en önemli özelliği, vekilin sözleşmeyi kendi adına yapmasıdır ve dolayısıyla, bu sözleşmenin taraflarının vekil ile alt vekil oluşturmaktadır (Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 113).

⁷⁸⁰ Akipek Öcal, s. 85.

⁷⁸¹ Akipek Öcal, s. 85.

⁷⁸² Akipek, **Alt Vekâlet**, s. 112.

⁷⁸³ Konusu ödemelere dair iş görmeden oluşan bir Servis Sağlayıcı sözleşmesinde, mevduat bankası vekilin, mevduat bankası faaliyet izni olmalı halde, 6493 sa. Kanun'un 13. maddesinde sayılan ödeme hizmeti sağlayıcılarından birini alt vekil olarak seçmesi halinde, bankanın alt vekili

ki alt vekilin, vekil ile aynı lisansa sahip olmasında FinTek şirketinin bir çıkarı olmasın).

d. Özen Yükümlülüğü

Türk özel hukuk sisteminde özen borcu, iş görme niteliğindeki sözleşmelerde sözleşmeye bağlı bir yükümlülüktür ve taraflar arasında sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi bulunmaktadır⁷⁸⁴. Mesela, vekâlet sözleşmesinde de önemli olan, vekilin belirli bir sonuca yönelik edim fiilini özenle yerine getirmesidir⁷⁸⁵.

Öğretideki bir görüşe göre, özen yükümü bir genel yüküm olan sadakat yükümünün somutlaşmasıdır⁷⁸⁶. Özen yükümlülüğünün sınırları pozitif düzenlemelerde kesin çizgilerle yer almadığı için yükümlülüğün kapsamının sözleşmenin türüne ve konusuna göre belirlenmesi uygun olacaktır. Özen yükümlülüğü, işin büyüklüğü ya da vekâlet veren bakımından sahip olunan öneme bağlı olarak değişiklik göstermektedir⁷⁸⁷. Vekâlet sözleşmesinin konusu, vekilin vekâletin amacına yönelik olarak belirli bir faaliyeti özenli olarak yerine getirmesinden ibarettir⁷⁸⁸. Vekâlet sözleşmesinde özen yükümlülüğü ise, vekilin iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması şeklinde tarif edilebilmektedir⁷⁸⁹.

Eşitler arasında akdedilen bir özel hukuk sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde, iki tarafın da tacir olmasından kaynaklı olarak, tarafların TTK

seçmekte gerekli özeni gösterdiği kabul edilmelidir. Ancak sözleşmenin konusunun mevduat toplamak faaliyetleri ile ilgili olması halinde, şüphesiz bankanın bu hareketi özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Kanaatimizce alt vekili seçmekte gerekli özen kriteri, alt vekil olarak seçilen (ödeme) hizmet sağlayıcısının sadece gerekli lisanslara değil, ayrıca iş görmeye uygun teknik altyapıya da sahip olup olmadığının kontrol edilmesini de içerecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Sonuçta vekilin yerine iş görme borcunu yerine getirecek alt vekilin, sözleşme uyarınca ifaya (yasal, teknik ve ekonomik açıdan) hazır olması gerekmektedir.

⁷⁸⁴ Topuz, s. 30.

⁷⁸⁵ Akipek Öcal, s.74.

⁷⁸⁶ Gümüüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s. 159.

⁷⁸⁷ Akipek Öcal, s.75.

⁷⁸⁸ Gümüüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s. 150.

⁷⁸⁹ Topuz, s. 31.

md. 18/2 uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etmesi beklenmektedir⁷⁹⁰. Buna ek olarak, kamu nezdinde güven oluşturan kurumlar olan bankaların, işlemlerinde sıradan bir tacirden daha özenli olmaları beklenmektedir. Bu beklenti, bankaların devlet denetimi altında, bir ruhsata tabi olarak faaliyet göstermelerinden kaynaklanmaktadır⁷⁹¹. Şu hâlde bankaların her tür faaliyetleri gibi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamındaki faaliyetleri de ağırlaştırılmış özen sorumluluğuna tabidir.

Bankanın, genel faaliyetleri kapsamında, müşteriye verdiği hizmete göre değişen bir özen sorumluluğu bulunmaktadır. Yönetici banka, özenli bir idareci olarak ürünlerin (örn. yatırım araçları) mekanizması ve risklerine ilişkin yeterli derecede bilgi sahibi olması, blok risklerden kaçınmalı; yönetim stratejilerini müşterilerinin menfaat ve tercihlerine göre yapılandırmalıdır⁷⁹². Banka, menfaat çatışmalarından kaçınmalıdır⁷⁹³. Kanaatimizce, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi çerçevesinde hizmetin doğrudan ya da dolaylı olarak banka tarafından müşterilere sunulması, bankayı benzer bir özen yükümlülüğünden azletmemektedir. Bankanın, faaliyetler kapsamında müşterilere olan özen borcu devam etmektedir.

Bankanın, sürekli, sonuç odaklı olmayan ve vekâlete benzer edim taahhüdü dolayısıyla FinTek şirketine karşı da belirli oranda bir özen yükümlülüğünün varlığını da kabul etmek gerekir kanaatindeyiz. Şu hâlde, bankanın iş görme edimini FinTek şirketinin lehine sonuç doğuracak şekilde görmesi ve şirketi zarara uğratabilecek işlerden mümkün olduğunca kaçınması gerekecektir. Bu sebeple, öngörülemeyen yasal, teknik veya operasyonel sebeplerden dolayı edimlerin gerektiğinde ya da yerine getirilemeyecek olma ihtimalinin var olması halinde

⁷⁹⁰ Bankaların, amaçlarına uygun olarak, emin bir şekilde faaliyetlerini yerine getiriyor olması beklenmektedir. Bu noktada, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürme durumu, bankanın negatif bir seyir olduğuna dair bir kriter olarak kullanılmaktadır ve bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokan eylemler, Bankacılık Kanunu Md. 67/b uyarınca, önlem alınması gereken hallerden biri olarak tanımlanmaktadır. Nitekim, BDDK'ya Bankacılık Kanunu Md. 93/2 uyarınca, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önleme konusunda geniş bir yükümlülük ve yetki verilmesi, kanun koyucunun bankanın emin olarak çalışmasına atfettiği önemin bir göstergesidir.

⁷⁹¹ <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guven-kurumlari-olarak-bankalarin-hukuki-sorumlulugu/> (Son Erişim Tarihi: 15.07.2019)

⁷⁹² Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, s. 246.

⁷⁹³ Gümüş, a.g.e.

bankanın bu ve benzeri durumları derhal FinTek şirketine bildirmesi yerinde olacaktır.

C. FinTek Şirketin Sözleşme Kapsamındaki Hak ve Borçları

1. FinTek Şirketlerin Hakları

a. İfaı Talep Hakkı

İfa, borçlannan edimin yerine getirilmesidir⁷⁹⁴. Geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin borçlu bakımından doğurduğu en önemli sonuç, borcun borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmesidir⁷⁹⁵. Bu borcun alacaklı açısında yansıması ise, ifanın talep hakkıdır.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi en tipik haliyle bir sürekli iş görme sözleşmesidir ve borçlu banka bu sözleşme kapsamında bir iş görme taahhüdünde bulunmaktadır. FinTek şirketinin sözleşme kapsamında bankadan sözleşme kapsamındaki yükümlölüklerin ifa edilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. FinTek şirketinin ifa talep hakkının banka açısından yansıması, bankanın sözleşme kapsamında kararlaştırılmış bankacılık faaliyetlerini yürütme (iş görme) borcudur.

b. Talimat Hakkı

Vekâlet sözleşmesi ile ulaşılacak istenen amaç belirli olmakla birlikte, sonuca ulaşmak için takip edilmesi gereken faaliyetin içeriği sözleşmenin kurulduğu sırada tam olarak belirlenebilir nitelikte değildir, zira, çözölmesi gereken sorunun gelişimi önceden bilinmemektedir⁷⁹⁶. Bu durumdan dolayı kanun müvekkile, değişen koşullara göre vekil tarafından yerine getirilecek,

⁷⁹⁴ Oğuzman / Öz, s. 215.

⁷⁹⁵ Kılıçoğlu, s. 522.

⁷⁹⁶ Sarı, 29.

kendisinin menfaatleri açısından uygun davranış şeklini belirleyebilmesi için talimat hakkı tanımıştır⁷⁹⁷.

Talimat; vekâlet verenin, vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra, vekile kendisine bırakılan işi nasıl göreceğinin belirten, yöneltmesi gerekli, tek taraflı varmakla hüküm ve sonuç doğuracak bir irade açıklamasıdır⁷⁹⁸. Sözleşme kurulurken geniş ve soyut biçimde kararlaştırılan iş görme borcu, vekâlet verenin talimatlarıyla somutlaşır ve vekâletin ve iş görmenin kapsamı sınırlandırılır⁷⁹⁹. Talimat hakkı, yüklenilen işin görülmesi ile sınırlı olup, işverenin talimat hakkına benzer şekilde görülecek işin tür, kapsam ve organizasyonunu da içerecek şekilde geniş yorumlanamaz⁸⁰⁰.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde de vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme kapsamında yürütülen iş görmenin içeriğini işin niteliğinden dolayı keskin hatlarla belirlemek mümkün değildir. Bu sebeple, gelişen koşullara uyum sağlamak adına, FinTek şirketinin bankaya talimat verme hakkı olduğunun kabulü gerekecektir.

Vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil, kural olarak vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür⁸⁰¹. Ancak Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde durum biraz daha farklıdır. FinTek şirketin talimat verme yetkisi, bankanın faaliyet izni kapsamındaki yetki ve borçları ile çelişmemeli; bankanın uyması gereken mevzuatlara aykırılık teşkil etmemelidir. Bu tarz talimatlara aykırı hareket etmek, banka için bir sözleşme ihlali durumu oluşturmayacaktır ve bu tarz bir ihlal bankanın istifası olarak algılanmamalıdır. Bu halde banka, FinTek şirketini uyarmalı ve talimata uymamasının nedenlerini FinTek şirkete bildirmelidir.

⁷⁹⁷ Sarı, 29.

⁷⁹⁸ Akipek Öcal, s. 55.

⁷⁹⁹ Akipek Öcal, s. 55.

⁸⁰⁰ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 126.

⁸⁰¹ Akipek Öcal, s. 56.

Uygulamada, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında gündelik banka işlemlerine dair talimatların özel teknik dosyalar, yazılımlar ve e-mail üzerinden bankalara iletildiği gözlemlenmektedir.

2. FinTek Şirketlerin Borçları

a. Ücret Borcu

Vekâlet sözleşmesi benzeri bir nitelik taşıyan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ticari iş karinesi dolayısıyla Servis Sağlayıcı Sözleşmesi aracılığıyla sunduğu hizmetlerin de ticari olduğu kabul edilmesi gereken banka, şüphesiz ki bu hizmetler karşılığında belirli bir ücrete hak kazanmaktadır. Bankanın bankacılık faaliyet izni kapsamında yerine getirmeyi taahhüt ettiği iş görme edimine karşılık, FinTek şirketi sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeme borcu bulunmaktadır. Dolayısıyla FinTek şirketinin, sözleşme kapsamındaki ana borcu bankanın sözleşme kapsamında istemeye hak kazandığı ücretin ödenmesidir.

FinTek şirketinin ücret borcu, bankanın iş görme taahhüdü karşılığında hak kazandığı ücret hakkının yansımasıdır.

b. Yasal Zorunluluklar Kapsamında Toplanması Gereken Bilgi ve Belgelere Ait Yükümlülükler ve Banka Sırrı

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında, bankacılık faaliyet izni çerçevesinde hizmetlerini sunan bankanın bu faaliyetler esnasında bankacılık mevzuatından muaf tutulması mümkün değildir. Şu hâlde, FinTek şirketinin (banka tarafından desteklenen) faaliyetleri de bankanın yasal uyum süreçleri ile paralel ilerlemeli, sözleşme kapsamındaki hizmetler için de bankanın aynı hizmetler için uyması gereken tüm hukuki süreçler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yükümlülükler, bankacılık mevzuatı veya benzer yönetmelik ve yönergelerden kaynaklanıyor olabilir. FinTek şirketi, piyasadaki operasyonlarını bankanın kara para aklama, siber güvenlik, destek hizmeti dahil uyması gereken regülasyonlara

paralel şekilde şekillendirmeli; hizmet sebebiyle müşteriler ile doğrudan iletişimde olması halinde, bankanın yasal uyum süreçleri için toplaması gereken bilgi ve belgeleri toplayabilmesi için gerekli efor ve özeni göstermelidir. Bu bilgi ve belgeler arasında, mevduat hesabı açılması için gerekli kimlik kopyaları ve iletişim belgeleri; kredi açma sözleşmesi için gerekli gelir dökümanları ve her halükârda (yazılı ve dijital) işlem talimat kopyaları sayılabilir.

FinTek şirketin bankanın ifa borcunu yerine getirmesi için gerekli yasal yükümlülükleri zamanında ve usulünce yerine getirmesi gerekmektedir. Gerekli bilgi ve belgeleri topladıktan sonra, kopyaları yasalara uygun koşullarda ve belirtilen sürelerde saklamalı; bu yükümlülükleri banka ve müşteri sırrı mevzuatına uygun şekilde yerine getirmelidir.

c. Reklam Yapma Borcu

Taraflarca sözleşmede kararlaştırılması durumunda, FinTek şirketinin banka namına, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ve içerikte reklam yapması gerektiği öngörülebilir. Reklam yapma borcu Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nden kaynaklanan asli bir borç olmasa da taraflarca kararlaştırılması halinde sözleşmeye eklenmesi öngörülebilir.

Uygulamada, piyasada kendi markası ile bankacılık hizmetleri sunmayan, ancak piyasadaki diğer banka ve kredi kurumlarının ürün ve hizmetlerini piyasaya sunan veya karşılaştıran FinTek şirketleri ile iş modelini tüketiciye sunulan reklamlar üzerine kurmuş FinTek şirketlerinin sözleşmeye bu tarz yan borçlar eklediği görülmektedir. Piyasadaki vadeli mevduat ürünlerini karşılaştırarak, tüketicinin seçtiği belirli ürünün sözleşmesine aracılık eden karşılaştırma platformu FinTek şirketlerinin, tüketicilere belirli ürünlerin pazarlanması (yapma borcu) veya belirli grup bir tüketicinin, rakip bankaların ürünlerinden mahrum bırakılması (yapmama borcu) gibi bir yan borç altına girmesi, bu tip yan borçlara örnek gösterilebilir.

IV. SÖZLEŞMENİN UYGULAMADA TİPİKLEŞEN İÇERİĞİ

A. Genel Olarak

Borçlar hukukumuzda, eşya hukukunda ve Roma borçlar hukukunda olduğu gibi *numerus clausus* yoktur; yani tarafların yapabilecekleri akitler kanunen önceden tesbit edilmiş tiplere hasredilmiş değildir; onlar sözleşme özgürlüğü gereğince kanun ve adaba aykırı olmamak şartıyla diledikleri tipte ve içerikte akit yapabilirler⁸⁰². İşte sözleşme özgürlüğünce sözleşmenin taraflarına tanınan haklardan biri de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. Her ne kadar banka ile FinTek şirketi arasında kurulacak Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin zorunlu unsurlarının vekâlet sözleşmesinin kanuni unsurlarına paralellik gösterse de pratikte içerik sözleşmeden sözleşmeye değişiyor olduğu için, bu bölümde uygulamada sözleşmenin tipikleşen öğelerini inceledik.

B. Sözleşmenin Uygulamada Tipikleşen İçeriği

1. Genel Hükümler

a. Sözleşmenin Genel Kapsamı

Yazılı akdedilen karşılıklı her sözleşmede olduğu gibi, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde de sözleşmenin tarafları ve sözleşmenin amacı ve kapsamı belirtilmelidir. Sözleşmenin tarafları tasnif edilirken, tarafların hangi izin ve lisanslar kapsamında bu faaliyeti gerçekleştirdiği belirtilmelidir. Bu hüküm çerçevesinde, sözleşme kapsamında sunulacak hizmete dair yasal dayanaklar vurgulanmaktadır.

<(Taraflar) Banka, Türk Bankacılık Kanunu anlamında bir mevduat bankasıdır ve hizmetlerini sürdürmek için gerekli tüm yasal ve bankacılık yükümlülüklerini sağlamaktadır.>

⁸⁰² Tandoğan, Cilt I/1, s. 9.

<(Taraş) FinTek Platformu, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunu kapsamında yetkilendirilmiş bir elektronik para kuruluşudur.>

<(Taraş) FinTek Platformu, ödeme hizmetlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde ilgili kanunlar dolayısıyla yasal izne tabi faaliyetler dışında kalan teknik hizmetleri tedarik eden bir teknik hizmet sağlayıcısıdır.>

Sözleşme'nin Amacı ve Kapsamı'na yazılacak hükümlere de şu şekilde örnek verilebilir:

<Sözleşme Kapsamında taraşlar (belirlenen) bireysel kredi ürününün, (taraş) FinTek Platformu aracılığıyla ve (taraş) FinTek Platformu'nun hizmetleri kapsamında (belirlenen) müşteri kitlesine sunmak üzerinde anlaşılmaktadırlar. İşbu Sözleşme, (taraş) Banka ve (taraş) FinTek Platformu'nun arasında belirlenen hizmetler kapsamındaki ilişkisini ve bu hizmetlerin kapsamını ve hizmetlere ait hüküm ve koşulları düzenlemektedir.>

<Sözleşmenin konusu, (taraş) FinTek Platformu tarafından sunulan ödeme hizmetlerinin (taraş) Banka tarafından yürütülmesidir.>

b. FinTek Şirketin İş Modeli

Sözleşmede taraşların edimlerinin açıklığa kavuşturulması açısından, FinTek şirketinin iş modelinin de açıklanarak yasal olarak sürdürebileceğı faaliyetlere dair bir çerçeve çizilmesi, yaygın uygulamalar arasındadır.

<(Taraş) FinTek tarafından işletilen platform, tüketicilere çeşitli vadeli mevduat ürünleri arasında seçim yapma imkânı sağlayan ve bu hizmet karşılığında tüketicilerden ilgili mevduat ürünü için öngörölmüş net

mevduat faizi üzerinden hesaplanacak %1 komisyon ücretini hizmet ücreti olarak talep eden bir internet sitesidir.>

c. Sözleşme Kapsamında Kapsanılması Hedeflenen Pazarın ve Hizmet Sunulacak Müşterilerin Tanımlanması

Sözleşme kapsamında hizmet sunulacak müşteri kitlesi ve pazarın, bankanın yasal faaliyet izni kapsamında açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, müşterilerin gerçek kişi ya da tüzel kişi olduğu, müşterilerin uyrukları ve ikamet etmeleri gereken bölgeye dair sınırlamalar gibi unsurların sözleşmede açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, sözleşme kapsamında sunulacak hizmetin gereklilikleri uyarınca veya vergi hukuku, bankacılık hukuku vs. yasal kısıtlamalar uyarınca, taraflarca, müşterilerin risk profili, finansal geçmişleri ve dahil oldukları gelir grubu gibi detaylı kriterlerin belirlenmesi ve sözleşmede sıralanması da gerekebilir.

2. Tarafların Borçlarına Dair Hükümler

Kanunda ismen zikredilmeyen bir iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde tarafların borçlarının anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi sözleşmenin ifası açısından önemlidir. Bu kapsamda, her iki tarafın borçlarının teknik, yasal ve operasyonel şekilde detaylandırılması; hizmetin kapsamı ve süresi, hizmetten beklenen sonuçlar, hizmetin ifası esnasında üçüncü kişilerden yararlanıp yararlanamayacağı gibi hususların açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Uygulamada tarafların sunacakları hizmetlerin aşağıda belirtilen şekilde belirlendiği gözlemlenmektedir.

a. Banka Tarafından Yerine Getirilmesi Öngörülebilecek Hizmetler

Teknik Hizmetler (sözleşme kapsamında belirlenen tüketiciler namına hesap açma, belirlenen hesaplar arasında mevduatın transferi, ödeme hizmetleri gibi), Yasalara Uyum (FinTek şirketinin faaliyetinin yasalara uyum çerçevesinde desteklenmesi, müşterilerin ilgili kara para aklama ve terörizmin mevzuatı

çerçevesinde değerlendirilmesi gibi gerekli yasalara uyum süreçlerinin FinTek şirketi hizmetleri kapsamında yürütülmesi), Açık Bankacılık (bankanın FinTek şirketin Uygulama Program Arayüzüne erişimine imkan vererek FinTek şirketinin yeni hizmetler geliştirmesini mümkün kılması) ve sair hizmetler.

b. FinTek Tarafından Yerine Getirilmesi Öngörülebilecek Hizmetler

Teknik Hizmetler (Sözleşme’de öngörülen hizmet çerçevesinde gerekli teknik hizmetlerin yürütülmesi), Reklam ve Halkla İlişkiler (Banka veya belirlenen ürün hizmet kapsamında reklam ve halkla ilişkiler faaliyetlerinin yürütülmesi), Müşteri İktisabı, Eser Mevcudiyeti (bir yazılım, websitesi veya mobil uygulamanın üretimi veya mevcut bir yazılım, websitesi veya mobil uygulamanın Banka’nın talepleri doğrultusunda kişiselleştirilmesi) ve sair hizmetler.

3. Tarafların Haklarına Dair Hükümler

Sözleşme kapsamında öngörülen edimlere karşılık olarak belirlenen ücret, komisyon ve sair ivaz kalemlerinin ve tarafların ücrete ne zaman hak kazanacağını sözleşmede belirlenmesi gerekmektedir.

4. Tarafların Yasal Yükümlülükleri

Tarafların kuruldukları yer hukuku dolayısıyla uymaları gereken yasal düzenlemelere ek olarak, uymaları gereken *bankacılık sırrı, tüketici hukuku, kişisel veri hukuku, siber güvenlik standartları* gibi faaliyet sınırlarının da sözleşme ile çizilmesi gerekmektedir. *Due diligence* yükümlülükleri uyarınca taraflarca yerine getirilmesi gereken şartların sözleşmede detaylandırılması da yerinde olacaktır.

5. Dış Kaynak Kullanımı

Tarafların sözleşme kapsamındaki edimlerinin yerine getirilmesi esnasında dış kaynak kullanımına başvurusu durumunda, tedarikçilerin ve dış kaynak kullanımının kapsamının sözleşmede belirtilmesine uygulamada yaygınlıkla rastlanmalıdır. Dış kaynak kullanımı kapsamındaki veri paylaşımının taraflarca bilinmesi, Türk ve Avrupa kişisel veri koruma hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesini de kolaylaştıracaktır.

6. Sözleşmenin Sona Ermesi

Sözleşmede, sözleşmenin süresi, sona erme için gerekli ihbar süresi ve şekil şartları dahil olmak üzere sözleşmeyi sona erdiren haller, sona ermeye bağlanan sonuçlar ve sözleşmenin sona ermesi halinde tarafların hak ve borçlarına yer verilmesi, piyasaya sunulan hizmetlerin kesintisizliğinin sağlanması açısından yerinde olacaktır. Ayrıca, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında üçüncü kişiler (mesela tüketiciler) ile sözleşme yapılıyor ise, sözleşmenin sona ermesi halinde hizmet gören üçüncü kişilerin haklarına dair düzenlemelere yer verilmesi de gerekmektedir.

V. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri

1. Genel Olarak

Sürekli iş görme sözleşmelerinden Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin sona ermesi halinde tarafların hak ve borçları, vekâlet sözleşmesinin sona ermesine dair hükümlere ve her halükârda genel hükümlere tabidir. Sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak düzenlenmiş olması ve sözleşmenin sona ermesi hallerine ve sona ermenin sonuçlarına dair bir uyuşmazlık olması halinde de sözleşmeye uygun düştükleri ölçüde, vekâlet sözleşmesine uygun hükümlerin TBK md. 502/2 uyarınca uygulanması yerinde olacaktır.

2. Belirli Süreli Sözleşmelerde Sürenin Sona Ermesi

Banka ile FinTek şirketi arasında kurulacak Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde, sözleşmenin sona ereceği tarih taraflarca alenen belirlenmişse veya sona erme olgusu objektif bir nedene bağlanmış ise, işbu sözleşme belirli süreli bir sözleşmedir. İfa süresinin bitme anı kararlaştırılmış olan sürekli borç ilişkileri, sürenin dolmasıyla kendiliğinden son bulur⁸⁰³. Kural olarak belirli süreli sözleşmeler fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, süre bitiminde kendiliğinden sona erer. Kararlaştırılan sürenin dolmasıyla borç ilişkisinin sona ermesi, edimin ifa edilip edilmemesinden bağımsızdır⁸⁰⁴. Ancak sözleşmede, sözleşmeye dair sürenin sona ermesinden belirli bir süre önce sözleşmenin taraflarca uzatılması imkânı öngörülmüşse ve bu uzatma hakkı taraflarca sözleşmede öngörülen süre içinde kullanılırsa, sözleşmenin süre bitiminde kendiliğinden sona ermeyeceği kabul edilmelidir.

Uygulamada, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin hem belirli süreli hem de süresiz şekilde akdedildiği görülmektedir. Sözleşmenin belirli süreli olarak akdedilmesi halinde, sürenin bitmesi ile sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

3. İş Görme Fiilinin Gerçekleşmesi

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kural olarak sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olsa da çok nadiren, sözleşmenin konusu ani edimli olarak kararlaştırılabilme ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda, bankanın iş görmeyi gerçekleştirdiği ifa sonunda, iş görme fiilinin gerçekleşmesi dolayısıyla, sözleşmenin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekecektir.

4. Fesih

Genel olarak, sözleşmede sözleşmenin sona ereceği tarih açıkça belirlenmediyse veya sözleşmenin belirsiz süreli olarak düzenlendiği hususu

⁸⁰³ Altınok Ormancı, s. 84.

⁸⁰⁴ Altınok Ormancı, s. 84-85.

belirtilmişse, sözleşme belirsiz süreli bir sözleşmedir ve belirsiz süreli sözleşmeler tarafların anlaşması (ikale) yoluyla veya fesih beyanı ile sona erdirilebilirler.

Fesih, sözleşme ilişkisinin taraflarına, sürekli borç ilişkisini, tek taraflı yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile ileriye etkili olarak sona erdirmeye imkânı tanıyan bozucu yenilik doğuran bir haktır⁸⁰⁵. Genel olarak taraflardan her biri sözleşmedeki ihbar süresi ve şekli koşullarına uymak suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

Sürekli borç ilişkilerinde fesih olağan ve olağanüstü fesih şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Olağan fesih, belirsiz süreli borç ilişkilerinde, tarafların herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirebileceklerini ifade ederken; olağanüstü fesih hem belirli hem de belirsiz süreli borç ilişkilerinde ortaya çıkan bir imkandır ve önceden öngörülemeyen bazı sebeplerden kaynaklı olarak borç ilişkisinin çökmesine bağlı olarak, taraflardan birinin sözleşmeyi ileriye etkili şekilde sona erdirmesi anlamına gelir⁸⁰⁶.

Sürekli iş sözleşmelerinden vekâlet sözleşmesi, güven (itimat) temeline⁸⁰⁷ dayanan bir sözleşme olduğu için yasa, taraflardan her birine sözleşmeyi istediği zaman tek yanlı olarak sona erdirebilme yetkisini vermiştir⁸⁰⁸. Taraflar, güvenin herhangi bir sebeple ortadan kalktığı veya zedelendiği durumlarda borçlar ifa edilene dek, herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın, önel verilmesine ihtiyaç duyulmaksızın, tek taraflı olarak her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler⁸⁰⁹. Özellikle vekilin becerilerine, mesleki ehliyetine karşı güveni sarsılan kişi vekili azletme hakkını, vekil de gördüğü işin kendi ahlakına, meslek etiğine yahut

⁸⁰⁵ Özge İşitmen, **Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih İşlemi ve Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 4.

⁸⁰⁶ Altınok Ormancı, s. 267.

⁸⁰⁷ Vekâlet sözleşmesine ilişkin Kara Avrupası Hukuku düzenlemelerine kaynak olan Roma Hukukunda vekâlet, daha çok dostluğa dayanan, sosyal ilişkilerin gereği olarak yerine getirilen bir sözleşme niteliği taşımaktaydı. Hem ücretsiz hem de karşılıklı güvene dayanan bir sözleşme olması, vekâlete kolayca sona erdirilebilir bir borç niteliği vermiştir (Altınok Ormancı, s. 65 vd.).

⁸⁰⁸ Zevkliler / Gökyayla, s. 662.

⁸⁰⁹ Akipek Öcal, s. 148.

vicdani değerlerine aykırı olduğu ya da iş için yeterli olmadığı kanaatine eriştiğinde her zaman istifa etme hakkını kullanabilmelidir⁸¹⁰.

Akdi ilişkiyi sona erdirebilme hakkının varlığı, baskın görüş tarafından vekâletin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir⁸¹¹. Azil yoluyla vekâlet sözleşmesi her zaman ve herhangi bir sebebe dayanmaksızın tek taraflı sona erdirilebilecektir⁸¹².

Sözleşmeyi sona erdirmek için sona erdirmeye yönelik irade beyanının açığa vurulması yeterlidir ve taraflara tanınan bu hak, onların temerrüde düşmesini de engellemektedir⁸¹³. Bu hak, vekâlet sözleşmesinde taraflar arasındaki özel güven ilişkisinden kaynaklanıyor olup, bir nevi tarafların olağanüstü fesih haklarını olağanlaştırmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinde tek taraflı fesih hakkında önceden feragat edilemez, aksini kararlaştıran hükümler kesin hükümsüzdür⁸¹⁴. Doktrinde, güven ilişkisinin bir sonucu olan ve haklı bir sebep göstermeksizin kullanılabilen fesih hakkının, vekâlet sözleşmesinin emredici nitelikte bir yapısal unsurunu oluşturduğu kanaati yaygındır. Hatta tarafların fesih hakkını ortadan kaldırıcı veya sınırlayıcı nitelikte (mesela fesih hakkının kullanılması durumunda ceza koşulu yaptırımını öngören veya hakkın belirli bir süre için kullanımını yasaklayan, bildirimle bağlayan) anlaşmalar yapamayacağı ve sözleşmeye bu yönde klozlar koyamayacakları belirtilmektedir⁸¹⁵. Ancak bu hak, kanunda istisnai olarak vekâlet sözleşmesinin taraflarına tanınmıştır. Hizmet ve ortaklık sözleşmelerinde de benzer bir güven ilişkisi bulunmasına rağmen, tarafların bu tarz bir tek taraflı sona erdirme hakkı bulunmamaktadır⁸¹⁶.

Öğretide ağırlıklı bir görüş, tek taraflı fesih hakkının emrediciliğini reddederek; vekâletin şahsa sıkı sıkıya bağlı olması halinde vekâletin tipik olması

⁸¹⁰ Ecir, s. 59.

⁸¹¹ Yalçınduran, s. 46.

⁸¹² Yalçınduran, s. 46.

⁸¹³ Serozan / Öz, Özel Borç İlişkileri, s. 2192.

⁸¹⁴ Akipek Öcal, s. 151.

⁸¹⁵ Gümü, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 129; Serozan / Öz, Özel Borç İlişkileri, s. 2201.

⁸¹⁶ Ed. Rona Serozan, Turgut Öz vd., **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul, 2018, s. 2193.

dolayısıyla tek taraflı fesih hakkının emredici olduğunu, güven unsurunun mevcut olmaması halinde ise sözleşmenin atipik olduğunu ve fesih hakkının emredici olmadığını savunmaktadır⁸¹⁷. GÜMÜŞ ise, teknik anlamda bir vekâlet sözleşmesi olarak sunulan, ancak güven ilişkisi ve tek taraflı fesih hakkı sözleşmenin bünyesiyle uyuşmadığı için atipik olduğu ileri sürülen vekâlet hallerinin, vekâlet sözleşmesi yerine, *sui generis* bir sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Doktrinde, TBK md. 512 uyarınca vekâlet sözleşmesi tarafları için öngörülen tek taraflı sona erdirmeye hakkının, kanunda düzenlenmemiş isimsiz iş görme sözleşmeleri ve kısmi iş görme edimi içeren karma nitelikteki sözleşmeler açısından emredici olmadığına dair görüşler bulunmaktadır⁸¹⁸. Kanunun lafzına bakıldığında, vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin isimsiz sözleşmelere niteliklerine uygun düştükleri ölçüde uygulama bulacaktır (TBK md. 502/2).

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin isimsiz şekilde düzenlenmesi ve bu sebeple TBK md. 502/2 uyarınca vekâlet hükümlerine başvurulması halinde, tarafların her daim tek taraflı fesih hakkı bulunup bulunmadığının anlaşılması için öncelikle taraflar arasında vekâlete benzer bir güven ilişkisi olup olmadığının tespiti gerekecektir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olduğu için her halde taraflar arasında bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce bu güven ilişkisi, her zaman bir doktor-hasta veya avukat-müvekkil arasındaki kadar sıkı şekilde kurulmamaktadır. İki tarafın da tacir olmasından dolayı eşitler arasında akdedilen bu sözleşmede tarafların basiretli iş adamı gibi davranmaları beklenmektedir.

Her ne kadar vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümlere tabi olsa da Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin uygulamada tipikleşen içeriğine bakıldığında, tarafların

⁸¹⁷ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 129.

⁸¹⁸ Serozan / Öz, *Özel Borç İlişkileri*, s. 2213. Bu noktada belirtilmelidir ki, SEÇER (Serozan / Öz, *Özel Borç İlişkileri*) isimsiz sözleşmelerin sona ermesi hususunda bir ihtilaf olması halinde, öncelikle TBK genel hükümlere başvurulması gerektiğini savunurken; GÜMÜŞ (Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 132), isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin öncelikle vekâlet sözleşmesi içerisinde aranması gerektiğini ve nitelikleri bakımından uygun düşen hükümlerin uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

her daim tek taraflı fesih hakkı olduğuna dair bir genellemenin sözleşmenin teknik yapısıyla bir çelişki doğuracağı görülmektedir. Kanaatimizce, tek taraflı fesih hakkının varlığı, sözleşmenin amacı ve sözleşmede taraflar arasındaki menfaat dengesinin incelenmesi yöntemiyle tespit edilebilecektir. Öncelikle, tüm vekâlet ilişkilerinde taraflar arasında özel bir güven ilişkisi olduğunu söylemek mümkün değilse de⁸¹⁹ ağırlıklı görüş, vekil ile müvekkil arasında diğer sözleşmelere nazaran yoğun bir güven ilişkisi bulunduğu şeklindedir⁸²⁰. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi hakkında ise ilk bakışta bu kadar keskin bir ayrım ve genelgeçer bir çıkarım yapmak mümkün olmamaktadır. Bu noktada tarafların uzmanlık alanları önemli bir yol gösterici olmaktadır. Sözleşmenin iki tarafı kendi alanlarında uzman olsa da taraflar arasında uzmanlık alanı örtüşmüyorsa, sözleşmedeki güven unsurunun güçleneceğinin; uzmanlık alanları paralel ise, sözleşmedeki güven unsurunun zayıfladığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında, sözleşmenin tipik halinden uzaklaşıldığında, FinTek şirketinin sözleşmede yüklendiği (acenteliğe benzer) bir iş görme edimi, banka için şubenin iş yükünü azalttığından, FinTek şirketinin uzmanlığının, bankanın uzmanlığı ile örtüştüğünden bahisle, güven unsurunun zayıflamaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun tek taraflı fesih hakkı ile korumak istediği menfaat sağlanmadığı için, bu hakkın uygulanabilirliği bulunmayacaktır. Oysa, FinTek şirketinin sadece yazılım işletmesi sebebiyle bankayla aynı uzmanlık seviyesine sahip olmadığı bir ihtimalde, taraflara tek taraflı fesih imkânı tanınarak korunmak istenen menfaat dengesinin var olması sebebiyle, bu hakkın var olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, tek taraflı fesih hakkının tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'ne uygulanmasının her durumda mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Kanaatimizce, tarafların sözleşmede bu yönde bir iradesi olduğuna dair bir kanaat sahibi olunması halinde TBK md. 512 uygulanabilecektir, ancak aksi takdirde, TBK md. 512'nin sadece klasik vekâlet sözleşmeleri için emredici

⁸¹⁹ Ed. Serozan / Öz, Özel Borç İlişkileri, s. 2193.

⁸²⁰ Kanun koyucuların öngöremedikleri uzmanlaşmaya bağlı olarak, vekâlet ilişkisinin varlığı için güven unsurunun aranmasına gerek olmadığı yönündeki görüşün öğretide ağırlık kazandığı da tartışılmaktadır (bkz. Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 128).

olduğunun kabul edilmesi gerekecek ve bu sebeple de bu hüküm, her Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında uygulama bulamayacaktır.

Tek taraflı fesih hakkı veren düzenlemenin temelinde yatan düşüncelere bakıldığında, düzenlemenin, bu hak taraflar arasında özel bir güven ilişkisi bulunması, kişiliğin korunması⁸²¹, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olabilmesi müvekkilin iş sahibi konumunda bulunması ve vekâletin kısa süreli bir borç ilişkisi olması varsayımlarına dayandığı düşünülmektedir⁸²². Bu dayanak üzerinden, vekâlet sözleşmesine kıyasen gidildiğinde, tipik Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin sayılan özelliklere her durumda paralellik göstermemesinden de bahisle tarafların tek taraflı fesih hakkının bulunmadığı tartışılabilecektir. Bir iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin finansal piyasalarda faaliyet gösteren taraflarının, profesyonel olarak hizmet veren tüzel kişiler olması ve her halükârda tarafların faaliyetlerinde basiretli tacir gibi davranma yükümlülüklerinin olması; özellikle tarafların uzmanlıklarının birbirlerine yaklaştıkları hallerde, vekâlet sözleşmesinin güven ve kişisel unsurlarını zayıflatmaktadır. Bu noktada, piyasaya bankacılık hizmetleri sunan bir FinTek şirketinin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi çerçevesinde bankadan alacağı ile bir tüketicinin bankaya emanet ettiği bireysel birikimlerinin aynı derecede güven barındırdığı şeklinde bir genellemenin, sözleşme özelinde uygulanacak hükümler açısından hatalı bir çıkarıma yol açması mümkündür. Bunun sebebi, iki tarafı da tacir olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde tarafların uzmanlıklarının birbirine yakın seviyede olması halinde, sözleşmenin tipik bir vekâlet sözleşmesine kıyasen daha "eşitler arasında" bir nitelik kazanmasıdır.

Uygulamada bankalar, sözleşmenin FinTek şirketi tarafından tek taraflı olarak belirli sürelerce (genellikle azami 1-3 yıl arasında değişen bir süre boyunca) tek taraflı feshedilemeyeceğini ve tek taraflı fesih halinde cezai şart ödenmesi gerekliliğini öngören klozlar talep etmektedir. Azami fesih süresi

⁸²¹ Vekâlet sözleşmesi çerçevesinde yerine getirilen iş görmenin sağlık, vücut bütünlüğü, kişisel özgürlük gibi kişilik hakkını oluşturan unsurlar üzerinde gerçekleşiyor olması sebebiyle, kişinin kişilik hakları üzerinde doğrudan etkisi olarak faaliyetlere son verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır (Sarı, s. 72).

⁸²² Sarı, s. 69-77.

sonrasında fesih hakkının kullanılabilmesi için de 3 ya da 6 aylık ihbar süreleri öngörüldüğüne rastlanmaktadır. Bu hem bankanın sözleşme tarafı FinTek şirketinin faaliyetine özel olarak, teknik bankacılık faaliyetini sürdürmek için tahsis ettiği kaynakların amorti edilmesi hem de (dolaylı olarak tüketiciye sunulan bankacılık hizmetleri sebebiyle) yasal uyum süreçleri için gerekli bildirim ve bilgilendirme şartlarının yerine getirilebilmesi için gereklidir. Şu hâlde, uygulamada tek taraflı fesih hakkı, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin tipik vekâlet sözleşmesinden ayrıldığına sık rastlanan noktalardan biri haline gelebilmektedir.

Yine de teknik bir iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde FinTek şirketi ile banka arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasındaki kadar olmasa da belirli bir güven unsuru taşıdığını vurgulamamız gerekir. Şöyle ki, piyasada bilinirliği kısıtlı, bankacılık faaliyet iznine sahip olmayan ve girişim şeklinde kurulmuş yani kısıtlı kaynaklara sahip FinTek şirketi hem piyasada hizmet verebilmek hem de müşterilerle bir güven ilişkisi kurabilmek için bir banka ile iş birliği kurmakta, hizmetlerini bankanın piyasadaki bilinirliğine dayandırmaktadır. Özellikle piyasada yeni hizmet vermeye başlayan FinTek şirketlerinin piyasadaki muhtemel başarısı, bankanın piyasadaki yerinin sağlamlığı ve müşterilerin bankaya olan güveni ile doğru orantıdır. Bu noktada FinTek şirketin servis hizmeti sağlayacak banka tercihi yaparken, kısıtlı seçenekler arasından bilinçli bir tercih yaptığı ve belirli bir uzmanlığa veya piyasa güvenine sahip bir bankaya sözleşme için icapta bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Şu hâlde, bankanın bu güveni ihlal etmesi durumunda, sözleşmenin borç ilişkisinin temelini çökmüş veya artık devamının taraflardan beklenmeyecek ölçüde değişikliğe uğramış olması sebebiyle, FinTek şirketi tarafından sona erdirilebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu fesih, yukarıdaki açıklamalar ışığında, olağanüstü bir fesih olarak değerlendirilmelidir. Diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde iş görme borcu altında olan bankanın isminin bir kara para aklama skandalına karışması hali, bir vekâlet sözleşmesinde temsil yetkisini haiz vekilin müvekkilinin piyasada bilinirliğini etkilemesinden çok daha ağır sonuçlara yol açmakta, FinTek şirketin ticari faaliyetlerini ve ticari amacına ulaşması ihtimalini doğrudan etkilemektedir. Nitekim, uygulamada bu tarz sebeplerin sözleşmenin olağanüstü fesih klozları altında yer aldığı görülmektedir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde iş görme edimini yüklenen taraf bankadır. Profesyonel faaliyetlerini yürüten diğer meslek grupları gibi, bankalar da belirli meslek kurallarına tabidir. Ancak, kamu hukuku denetimine tabi bir tüzel kişi tacir olan bankanın müvekkiline olan güven sorumluluğunun sınırları sözleşme hükümleri yerine, kamu hukuku kuralları tarafından çizilmektedir. Bu sebeple, bankanın faaliyetlerindeki özen ve güven borcu, bankanın mevzuat kapsamındaki faaliyet izni ve bu iznin kapsadığı çerçeve ile sınırlıdır. Kanaatimizce bankanın, bankacılık mevzuatına aykırılık sebebi ile yerine getirmedeği talimat, sınırları bankacılık faaliyet izni etrafında çizilmiş Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde belirlenen iş görme borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir⁸²³.

Taraflar sözleşmenin fesih bildirimi ile sona ereceği öngörülmüşse, sözleşme ancak sözleşmeye uygun fesih bildirimi ile feshedilebilecektir ancak ilgili fesih bildirimi sözleşmede belirlenen süreler içinde gerçekleştirilmezse, sözleşmenin belirsiz süreli hale geldiğini kabul etmek gerekecektir.

5. Tarafların Anlaşması

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi de bütün sözleşmeler gibi sözleşme yapma özgürlüğü ilkesi kapsamında, tarafların anlaşması yani ikale ile son bulabilir. Sözleşmeyi sona erdirmeye yönündeki taraf iradeleri, aksine bir düzenleme öngörülmemişse, herhangi bir şekil şartına bağlı olmayacaktır.

Vekâlet sözleşmesinde tarafların her birinin, dilediği zaman tek taraflı olarak vekâlet sözleşmesini sona erdirebilmesi karşısında; bu sözleşme açısından ikalenin dikkate alınabilecek bir ihtimal olmadığı fikri ileri sürülmektedir⁸²⁴.

⁸²³ Nitekim, doktrinde TBK md. 26-27'ye kıyasen, hukuka aykırı ve imkânsız talimatların vekil için batıl olduğu ve vekilin bu talimatlara uymak zorunda olmadığı hususu vurgulanmaktadır (Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 157). Kanaatimizce, FinTek şirketinin bankacılık hukukuna aykırı talimatları da bu kapsamda değerlendirilmeli; bu sebeple bankacılık hukukuna aykırı talimatlara uymayan bankanın sözleşme ihlalinde bulunmadığı ve bu sebeple FinTek şirketinin zararını tazmin etmesi gerekmediğinin kabul edilmesi gerekecektir. Sözleşmede bu tarz, bankacılık kanununun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden hükümlerin bulunması (ve bu hükümlerin geçersiz olması) hali ise, TBK md. 27/2 uyarınca, sözleşmedeki diğer hükümlerin geçersizliğini etkilemeyecektir.

⁸²⁴ Sarı, s. 57.

Ancak bu hakkın uygun olmayan zamanda kullanılması, ilgili tarafın meydana gelen zararı karşılama yükümlülüğüne sebep olduğu için, muhtemel tartışmaların önlenmesi amacıyla sözleşmenin ikale konusunda anlaşma ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır⁸²⁵. Dolayısıyla, ikale hem teorik hem pratik açıdan, vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi muhtemel durumlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde tarafların kural olarak her zaman kullanılması mümkün, tek taraflı fesih hakkı bulunmadığı durumlara da rastlanmaktadır. Bu durumlarda ve her halde Servis Sağlayıcı Sözleşmesi dolayısıyla piyasaya sunulan finansal hizmet sebebiyle, taraflardan biri veya her ikisi için sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ortaya çıkması halinde, tarafların bir ikale sözleşmesi hazırlamaları uygun olacaktır. Bu şekilde, tarafların sona erme dolayısıyla sadece birbirlerine karşı olan değil; sözleşme akdedilirken öngörülemeyen ve müşterilere/piyasaya karşı olan hak ve borçlarının da tartışmaya yer vermeyecek şekilde kararlaştırılması mümkün olacaktır. Bu yaklaşım, piyasaya karşı yüklenilen yükümlülüklerin aksamaması açısından yerinde olacaktır. Kanaatimizce, uyuşmazlıklarda mümkün oldukça uzlaşma yolunu seçerek, hizmetin aksamaması riskini bertaraf etmeye yönelik bir yaklaşım, finansal piyasalarda hizmet sağlamalarından dolayı faaliyetlerinde tipik tacirlerden daha fazla özen göstermeleri beklenen banka ve FinTek şirketinin hizmetlerinin bir uzantısıdır.

6. Bankanın Faaliyet İznini Kaybetmesi, İznin İptali veya İznin Sınırlandırılması

Vekâlet sözleşmesinde, gerek iş görmenin imkânsız hale gelmesi, gerekse vekilin bu iş görmeyi artık gerçekleştiremeyecek olması durumlarında, iş görme borcunun ifasının imkânsız hale geleceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁸²⁶. Doktrinde⁸²⁷, alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği

⁸²⁵ Sarı, s. 58.

⁸²⁶ Sarı, s. 54

⁸²⁷ Sarı, s. 55

bütün durumlar, imkânsızlık kapsamında değerlendirilmektedir. Vekâlet sözleşmesinde tarafların her zaman kullanabilecekleri fesih hakkı bulunması, imkânsızlık hallerinin önemini vekâlet sözleşmesi yönünden azaltsa da bu hakkın kullanılmasının geçerli olarak sınırlandırılmasının mümkün olduğu durumlarda, konu yine önem kazanacaktır⁸²⁸. Alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği bir diğer sürekli iş görme sözleşmesi olan Servis Sağlayıcısı Sözleşmesi açısından da ifa imkansızlığı olarak kabul edilmelidir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin ana unsurlarından biri, sözleşmenin taraflarından biri olan bankanın, FinTek şirketin faaliyet göstermek istediği bölgede, ilgili etkinlik kapsamında gerekli faaliyet izni ve lisanslara sahip olmasıdır. Bankanın kuruluş yeri gereğince aranan faaliyet izni ve lisanslara sahip olmaması durumunda, sözleşme kapsamındaki bankacılık faaliyetlerini FinTek şirketinin hizmeti kapsamında (arka planda) yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Zira bankanın sözleşme kapsamındaki ifa yetisi, faaliyet iznine sıkı sıkıya bağlıdır. Şu hâlde, sözleşme devam ederken sözleşmenin taraflarından biri olan bankanın ilgili faaliyet izni veya ruhsatını kaybetmesi veya izninin sınırlandırılması halinde, sözleşmenin ana unsurlarından birinin eksik olmasından dolayı, sözleşmenin devamı mümkün olmayacaktır. Bu durumda, geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmede doğan borç bankanın sözleşmenin yapılmasından sonra faaliyet iznin kaybetmesi dolayısıyla ifa edilemez hale gelmektedir. Bu noktada, bankanın faaliyet izninin kaybedilmesinin, Borçlar Kanunu Madde 136 ve devamı kapsamında ifa imkansızlığı⁸²⁹ sayılıp sayılamayacağının netleştirilmesi gerekmektedir.

İfa imkansızlığı borçlunun yani bankanın kusuru ile meydana gelmişse edimin yerini tazminat borcu alacaktır⁸³⁰. Borçlu, alacaklının hakkını elde edememesinden doğan zararı ödemekle yükümlü olacaktır. Doktrinde,

⁸²⁸ Sarı, s. 56.

⁸²⁹ İfa imkansızlığı, borcun borçlu tarafından ifa edilmesine engel olan, bertaraf edilemeyecek bir engelin ortaya çıkması anlamına gelmektedir (Aydıncık, s. 22). Borcu sona erdiren ifa imkansızlığı, borç ilişkisinin geçerli şekilde doğmasına engel oluşturmayıp, sona erme sebebi olan imkansızlıktır (Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1071). Doktrinde baskın olan görüşe göre, TBK md. 136'nın kapsamına giren bir imkânsızlık gerçekleşmişse; alacaklının herhangi bir beyanına gerek olmaksızın, borç o anda ve kendiliğinden sona erer (Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1077).

⁸³⁰ Safa Reisoğlu, s. 353.

imkânsızlık hallerinin borçlunun kusurlu hareketlerinden ileri gelmesi halinde, borcun sona ermediği; edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü aldığı vurgulanmaktadır⁸³¹. Oysa ÖZ, borçlunun kusuru olsun olmasın, her türlü imkânsızlığın borcu sona erdirdiğini; borcun sona ermesinde borçlunun kusurunu olmasının ise borçluya bir tazmin yükümlülüğü yüklediğini vurgulamaktadır⁸³².

Bankanın faaliyet izninin iptal edilmesi halinde, taraflar sözleşmeyi temelden sarsan ve borcun ifa edilmesine kesin şekilde engel olan bir durumla karşılaşmaktadırlar. Yani, borcun ifası faaliyet izninin iptal edilmesi sebebiyle imkânsız hale gelmektedir. Faaliyet izninin iptal edilmesi; ekonomik, politik veya hukuki sebeplere dayanabilmektedir ve bankanın kusurlu olduğunun tespiti için durum özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İfa imkânsızlığı, bankanın kusuru dışında, borçluya yüklenemeyen sebeplerle meydana gelmişse banka borcundan kurtulur⁸³³. Nadiren, bankanın faaliyet iznini kaybetmesine bağlı ifa imkânsızlığı, bankanın kusuru dışında kalan, öngörülemez (*force majeure*) sebeplerle de gerçekleşebilir.

Şu hâlde, (vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kapsamında) doktrindeki yaygın görüşe göre, imkânsızlık bankanın kusurundan kaynaklanırsa; bankanın borcu tazminat borcuna dönüşecektir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, imkânsızlığın oluşması halinde, iş görme borcu bankanın faaliyet izni iptali sebebiyle imkânsızlaştığı halde, bankanın kusuru olup olmadığına bakılmaksızın, borç sona erecektir. Kanaatimizce bu görüşün kabulü, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde taahhüt edilen borcun, bankanın faaliyet izni ile sıkı sıkıya bağlantılı olması sebebiyle, borcun tabiatına daha uygundur.

Bankaların uygulamada kuruluş iznini kaybetmesine yol açan durumlar⁸³⁴ Bankacılık Kanunu Madde 11'de açıklanmıştır. Bankaların faaliyet izinlerini

⁸³¹ Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1078.

⁸³² Serozan, / Öz, Genel Hükümler, s. 1078.

⁸³³ Safa Reisoğlu, s. 353.

⁸³⁴ Bu durumlar ilgili maddede *izin gerçeğe aykırı beyanlarla alınmış olması; kuruluş izninin verildiği tarihten itibaren dokuz ay içerisinde faaliyet izni için başvurulmaması; kuruluş izninden vazgeçildiğinin beyan edilmesi; izin verilmesinde aranan şartların, faaliyete geçilinceye kadar*

kaybetmelerine yol açan durumlar ise Bankacılık Kanunu Madde 12’de düzenlenmektedir. Buna göre, *bir bankanın, faaliyet izninin gerçeğe aykırı beyanlarla alınmış olması veya faaliyet izninin alınmasından itibaren altı ay içinde faaliyete geçilmemesi ya da bir yıl içinde kesintisiz altı ay süre ile faaliyette bulunulmamış olması hâlinde faaliyet izni iptal edilir. Faaliyet izninin alındığı tarihten itibaren bir ay içerisinde ilgili kuruluş birliğine üye olunmaması veya sisteme giriş payının kalan taksitlerinin Fon⁸³⁵ hesabına yatırılmamış olması ve bu yükümlülüklerin Kurum tarafından yapılan uyarıya rağmen yerine getirilmemesi durumunda, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri dışında kalan faaliyet konuları Kurulca⁸³⁶ tek tek sınırlanabilir.* Kanunun lafzından anlaşılabacağı üzere, bu iptal ve sınırlamalar, bir şekilde kuruluş veya faaliyet izni almış ancak daha sonra kanunda düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen ya da gerçeğe aykırı beyanlarla (faaliyet ya da kuruluş) izni iktisap eden bankalar hakkında öngörülmektedir. Bu sebeple, doktrindeki baskın görüş uyarınca, Bankacılık Kanunu Madde 11 ve 12 kapsamında kuruluş veya faaliyet iznini kaybeden bankaların, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında TBK md. 136 uyarınca kusursuz ifa imkansızlığı iddiasında bulunamayacaktır.

İfa imkansızlığı sebebiyle sona erme sonucunu kusursuz imkânsızlık halleri ile bağdaştıran görüş uyarınca, banka faaliyet izninin, ancak Bankacılık Kanunu

kaybedilmesi; faaliyet izni alınamamış olması; iradi olarak Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen faaliyetlerin tümünden vazgeçilmesi ve iradi tasfiyenin tamamlanması; devrolunan bankanın birleşme veya bölünme işlemlerinin tamamlanması; tasfiye veya iflas takibatının tamamlanması olarak sıralanmaktadır.

⁸³⁵ İlgili kanun maddesinde "Fon" ibaresi ile kastedilen, TMSF'dir.

⁸³⁶ İlgili kanun maddesinde "Kurul" ibaresi ile kastedilen, BDDK'dır.

Md. 71⁸³⁷ müsebbibiyle kaldırılması ve bankanın TMSF'ye devri⁸³⁸ halinde, bankanın mali kötüleşmesinin bankanın kusurlu davranışlarına atfedilemeyeceği (mesela genel ekonomik kriz gibi) sebeplerin var olması halinde, bankanın kusursuz ifa imkansızlığı hükümlerinden yararlanması mümkün olabilecektir.

Genel olarak, bankanın kamu hukukundan kaynağını alan bir izinle faaliyet göstermesinden dolayı, faaliyetleri esnasında normal ticari işletme işleten tacire nazaran daha ağır bir özen göstermesi beklenmektedir. Bu sebeple, bankanın faaliyet izninin iptaline yol açan sebebi, bankanın çoğunlukla öngörmesi beklenmektedir. Nitekim, yukarıda yer verilen, Bankacılık Kanunu'nda faaliyet izninin iptaline yol açan sebepler, kanun koyucunun da bankanın faaliyet izninin iptalini, genellikle bankanın kusuruna dayandırdığı intibas uyandırmaktadır. Kanun'da düzenleyici ve denetleyici kurumların ihtiyari sebeplerle faaliyet izninin iptaline yol açabileceği durumlar öngörülmemiştir. Bu da bir *force majeure*'un iznin iptaline yol açtığı haller dışında, çoğunlukla faaliyet izninin iptalinin, bankanın kusuruna atfedilebileceğini göstermektedir. Ancak kanaatimizce, bankanın kusuruna dayansın ya da dayanmasın, faaliyet izninin iptali, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde borca borç niteliği kazandıran en temel unsuru sakatlamaktadır. Bu imkânsızlık durumunda, borcun her halükârda sona erdiğinin kabulünün uygun olacağı görüşündeyiz.

⁸³⁷ "Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak; a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi, b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması, c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi, d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması, Hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir."

⁸³⁸ Bankanın faaliyet izninin kaldırılması hâlinde, yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal etmektedir.

7. Öngörülemeyen Yasal Sebepler

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde kararlaştırılan edimin veya edimlerden birisinin, sözleşmenin kurulmasından sonra hukuki veya fiili bir sebeple imkânsız hale gelmesi halinde de TBK md. 136 uyarınca sözleşme sona erecektir. İmkansızlığın gerçekleşmesi için, sözleşmenin kurulduğu sırada konusu itibariyle imkânsız olmayan sözleşme konusunun, sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmesi gerekmektedir⁸³⁹. İmkansızlıktan söz edebilmek için, borcun ifasının borçlu açısından hiçbir suretle mümkün olmaması gerekir⁸⁴⁰.

Faaliyetleri esnasında basiretli bir iş adamından beklenen özenden daha fazla özen göstermesi beklenen bankanın, sözleşme esnasında meydana gelecek ve sözleşmenin ifasını zorlaştıran ve imkansızlaştıran ekonomik sebepleri çoğunlukla öngörmesi beklenecektir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve ifayı imkansızlaştıran sebeplerin, yasal bir sebebe dayanması muhtemeldir. Örneğin, sözleşmenin akdedilmesinden sonra BDDK'nın ülkede blokzincir üzerinden yapılan işlemleri veya belirli kripto para birimlerinin (örn. *Ripple*) alışverişini yasaklaması; blokzincir üzerinden para havale edimini içeren bir sözleşme hükümleri açısından, imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin sona ermesi sonucu doğuracaktır.

Sözleşmede birden fazla borç altına giren tarafın üstlendiği borçlardan sadece biri veya bazıları imkansızlaşmış olabilir⁸⁴¹. İmkansızlaşan iş görme edimlerinin, ifanın sadece bir kısmını oluşturuyor olması halinde, TBK md. 137 uyarınca, sadece ilgili iş görme borcu imkansızlaştığı için (kısmi ifa imkansızlığı), banka borcun imkansızlaşan kısmından kurtulacaktır.

Yine yapay zekâ altyapısı üzerinden robo-danışmanlık hizmeti sunan bir yazılım geliştiren bir FinTek şirketinin bankayla akdettiği Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin, yapay zekâ kullanan finans ürünlerini pazarlayan ticari işletmelerin belirli kuruluş şartlarını haiz olmasını (örn. kuruculardan tümünün

⁸³⁹ Kılıçoğlu, s. 97.

⁸⁴⁰ Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1072.

⁸⁴¹ Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1073.

Türk vatandaşı olması; şirketin Bankacılık Kanunu md. 7'deki kuruluş şartlarını yerine getirmesi vs.)⁸⁴² öngören bir torba yasa sebebiyle sona erdirilmesi de mümkündür⁸⁴³. Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, uygulamada TBK md. 136 dolayısıyla sözleşmeyi imkansızlaştıran sebeplerin genellikle doğrudan borçluyu ilgilendiren sebeplere dayandırılmasına rağmen; Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde edimin izin ve lisansa bağlı tabiatından dolayı, yukarıda verilen örnekler gibi, FinTek şirketinden kaynaklanabilecek bir sebeple meydana gelmesi de mümkündür.

İmkânsızlık geçici ise, kural olarak borcu sona erdirmez⁸⁴⁴. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından verilen faaliyet sınırlama kararlarının geçici olduğu ve sınırlamanın sona erme tarihinin belirli olduğu hallerde, borcun imkansızlığına dayanarak borcun sona erdiği iddasında bulunulamayacaktır.

8. Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi

TMK md. 47 uyarınca, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanana tüzel kişiler; yine kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca sona ermektedirler. Şirket sözleşmesinde yer alan sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi, birleşme ve bölünme tüzel kişiliği sona erdiren genel sebeplerden sadece birkaçıdır.

Taraflardan birisinin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişiliğin sona ermesi, TBK md. 513/2 uyarınca, vekâlet sözleşmesini sona erdiren sebepler arasında sayılmıştır. İlgili maddede yer alan "Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça..." ifadesi, tarafların sözleşmede bu durumun aksini kararlaştırabileceği intibası yaratmaktadır. Yine de doktrinde, vekilin veya vekâlet

⁸⁴²Kanaatimizce, verilen örnekler kapsamında fiili/maddi ifa imkansızlığı olmasa da denize düşen yüzüğün su altı araştırma teknolojisi aracılığıyla çıkarılması örneğine kıyasen (Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1072) ifa için gereken masraf ve çabanın dürüstlük kuralı ve mantığa aykırı olması dolayısıyla, durumun ifanın aşırı güçleşmesi (TBK md. 138) yerine, ifa imkansızlığı (TBK md. 136) çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁸⁴³Yine, sözleşme sonrasında sözleşme konusundaki faaliyetin devamı için FinTek şirketinden ek izin ve ruhsat talep edilmesi ve bu ruhsat talebinin reddedilmesi de bu kategoride değerlendirilmelidir.

⁸⁴⁴Serozan / Öz, Genel Hükümler, s. 1076.

verenin tüzel kişiliğinin sona ermesinden sonra da vekâlet sözleşmesinin devam edeceğine yönelik anlaşmaların, sona ermeye bağlı bir külli halefiyet durumunun mevcut olmaması sebebiyle batıl olduğu kabul görmektedir⁸⁴⁵. Şu hâlde, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde sözleşmenin devam etmesi için, tarafların sözleşmenin devrini gerçekleştirmiş olmaları gerekecektir. Bu sebeple, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi taraflardan birinin tüzel kişiliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, kendiliğinden sona erecektir.

9. Taraflardan Birinin İflası

Maddi fiil vekâletinde, vekâlet sözleşmesi iflas ile sona ermez ve işin mahiyeti icabı devam eder⁸⁴⁶. Hukuki işlem vekâleti bakımından ise vekâlet, iflasın açılmasıyla kendiliğinden son bulur⁸⁴⁷. TBK md. 513, taraflardan birinin iflasını da vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin sebepleri arasında düzenlemiştir. Bu halde, iflasın açılmasıyla güven ilişkisi sona erdiğinden, sözleşmenin sona ermesi kanundan dolayı ve kendiliğinden olmaktadır⁸⁴⁸.

Ancak TBK md. 513/1 uyarınca, işin niteliği, vekâlet sözleşmesinin, iflas halinde devamını gerekli kılabilir. Maddi işlem vekâletinde iflas hali doğrudan sona erme sonucuna yol açmazken; hukuki işlem vekâleti bakımından, ticari işler ve bankacılık faaliyetleri bakımından veya dava vekâletinde, vekâlet sözleşmesinin devam edeceği kabul edilebilecektir⁸⁴⁹.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde taahhüt edilen işgörmenin niteliği sebebiyle, taraflardan birinin iflas etmesi halinde, iflasın açılmasıyla sözleşmenin sona ereceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar hukuki ve maddi işlem unsurları taşıyan bu işgörme, maddi işlem vekâletine daha yakın ise ve iflas hali iş görme ediminin ifasını engellemese de hizmetin ekonomik yönü nedeniyle hizmetin devamı, devamı tarafların malvarlığı üzerinde tasarruf niteliği de

⁸⁴⁵ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 202

⁸⁴⁶ Akipek Öcal, s. 174.

⁸⁴⁷ Akipek Öcal, s. 174.

⁸⁴⁸ Serozan / Öz, **Özel Borç İlişkileri**, s. 2230.

⁸⁴⁹ Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 203.

taşıyacaktır ve bu sebeple bankanın iflası halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinin kabulü gerekecektir.

Bankaların iflası talep edilmeden önce, faaliyet izinlerinin iptal edilerek TMSF'ye devredilmeleri söz konusu olduğundan; adım adım iflasa yönelen bir bankanın önceden akdetmiş olduğu Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin daha bankanın faaliyet izninin iptal edilmesi aşamasında kendiliğinden sona ereceği için, pratikte bankanın iflası geçerli (uygulanabilir) bir sona erme sebebi olmayacaktır.

Vekâlet sözleşmesinde bir sona erme sebebi sayılmayan, müvekkilin iflası ise; Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin taraflarından FinTek şirketinin iflası halinde de bir sona erme sebebi olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde, FinTek şirketi bankanın hizmetleri dolayısıyla bankaya borçlanmaya devam edecektir ki bu durum şirketin malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf niteliği taşıdığı için faaliyetin devamı, iflas hukukunun genel prensiplerine aykırılık teşkil edecektir⁸⁵⁰.

Her halükârda, taraflardan birinin iflas etmesi halinde işin niteliği gereğince Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin sona ereceği kanaatindeyiz. Yine Borçlar Kanunu Madde 502/2 uyarınca vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin kıyasla uygulanması halinde de iflasın sözleşmeyi sona erdiren sebeplerden biri olduğunu kabul etmek gerekecektir. Zira doğrudan temsil yetkisi içeren bir vekâlet sözleşmesinde vekilin iflas etmesi halinde hem temsil yetkisi hem de vekâlet sözleşmesi sona erecektir⁸⁵¹.

Konkordato, iflasın ertelenmesi veya ödeme güçlüğü gibi haller ise taraflara haklı sebeple fesih hakkı sağlayacaktır.

⁸⁵⁰ Bu noktada, bankanın FinTek şirketinin iflasından önce aldığı veya uygulamaya koyduğu talimatlar (mesela muhabir bankaya gönderilen bir uluslararası havale talimatı) açısından faaliyetini devam ettirmesinin, bankanın özen yükümlülüğü kapsamında beklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, bankanın sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlere, TBK md. 514'ün kıyasen uygulanması gerekecektir.

⁸⁵¹ Ecir, s. 112.

B. Sona Ermenin Tabi Olduğu Hükümler

Kanunda ve sözleşmede özel hüküm bulunmadığı hallerde, sözleşmenin sona ermesi özel bir şekle bağlı değildir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde sözleşmenin taraflarının tacir olması sebebiyle, TTK md. 18/3 uyarınca öngörülen şekle ilişkin kurallara uyulması gerekmektedir. Buna göre, taraflar (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 yapılması gerekecektir.

C. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları

1. Ücretlerin Ödenmesi

Sözleşmenin sona ermesi halinde, banka tarafından sözleşme kapsamında hak edilen ücretin sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekecektir.

Ancak borçlunun kusursuz imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulması halinde, alacaklıdan karşı edimin yani ücretin ifasını isteyemeyecektir⁸⁵².

Bankaya işgörme kapsamında alınacak hizmetlere ya da yapılacak masraflara ilişkin peşin ödeme yapılmışsa, bu masraf ve ödemelerin iadesi gerekecektir.

2. Tazminat Hakkı

Tarafların sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra genel hükümler kapsamında tazminat hakkı bulunmaktadır. Sözleşmenin sona ermesine taraflardan birinin kusurlu davranışı fesihe neden oldu ise, diğer taraf, Borçlar Kanunu Md. 112

⁸⁵² Safa Reisoğlu, s. 354.

uyarınca fesih nedeniyle doğan zararlarını talep edebilir; ancak kusursuzluğun ispatlanması ile tazminattan kurtulabilir. Haklı nedenle fesih tarafların kusurundan kaynaklanmıyorsa, tazminat ödenmesi gerekmeyecektir.

3. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Vekâlet, vekille vekâlet veren arasındaki iç ilişkiyi, temsil yetkisi ise vekilin, vekâlet veren adına işlem yaptığı üçüncü kişi ile kendi arasındaki dış ilişkiyi ifade eder⁸⁵³. Temsil yetkisi ile vekâletin aynı sözleşme içinde birlikte bulunmaları mümkün olsa da ve hatta uygulamada genel olarak bu şekilde görülse de bu asla teknik anlamda bir zorunluluk değildir⁸⁵⁴.

TBK md. 504/2 uyarınca, vekâlet, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsamaktadır. Hukuki işlemlere ilişkin vekâlet sözleşmelerinde vekilin hukuki işlemleri yapabilmesi için, temsil yetkisine sahip olması gerekir⁸⁵⁵. Bu kapsamda TBK md. 504/3, özel temsil yetkisi gerektiren halleri tek tek saymaktadır.

Doktrinde, vekâlet sözleşmesi dolayısıyla vekile verilen temsil yetkisinin, sözleşmenin vekâlet veren tarafından sona erdirilmesi halinde, sona ereceği kabul görmektedir. Ancak, sözleşmeyi vekiinin sona erdimesi halinde, vekile verilen temsil yetkisi sona ermemektedir⁸⁵⁶.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi dolayısıyla bankaya temsil yetkisi verilmiş olması halinde, temsil yetkisinin de vekâletin sona ermesine hükümlere paralel şekilde sona ereceği kabul edilmelidir. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi dolayısıyla FinTek şirketine temsil yetkisi verilmiş olması halinde ise, sözleşme karma bir hukuki niteliğe sahip olacağından, temsil yetkisinin de sözleşmenin temsile ilişkin kısmına uygulanabilir hükümler uyarınca sona ereceği kabul edilmelidir.

⁸⁵³ Akipek Öcal, s. 157.

⁸⁵⁴ Ecir, s. 11.

⁸⁵⁵ Akipek Öcal, s. 42 vd.

⁸⁵⁶ Akipek Öcal, s. 157.

4. Ceza Koşulu

Ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde, borçluyu alacaklıya karşı ceza ya da tazminat olarak belirli bir edimde bulunmaya zorlayan anlaşmadır⁸⁵⁷. Ceza koşulu miktarı, zarardan bağımsızdır ve taraflar kural olarak miktarı istedikleri gibi belirleyebilirler⁸⁵⁸.

Doktrinde, vekâlet sözleşmesinde tarafların fesih hakkını ortadan kaldırıcı veya sınırlayıcı nitelikte (mesela fesih hakkının kullanılması durumunda ceza koşulu yaptırımını öngören veya hakkın belirli bir süre için kullanımını yasaklayan, bildirimle bağlayan) anlaşmalar yapamayacağı ve sözleşmeye bu yönde klozlar koyamayacakları belirtilmektedir⁸⁵⁹. Ancak, taraflara tek taraflı fesih hakkı öngörülme suretiyle korunmak istenen menfaat sağlanamıyorsa, vekâlet sözleşmesinde tek taraflı fesih hakkının sınırlandırılması mümkün olacaktır. Bu sebeple, sözleşmedeki ceza koşulunun geçerliliği, taraflar arasındaki güven ilişkisinin kapsamına ve tarafların menfaat dengesine göre belirlenmelidir.

Uygulamada, Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesine karşın (götürü usul) ceza koşulu kararlaştırıldığı durumlara sık rastlanmaktadır. Bu uygulama, TBK md. 179/1 ve 180/1 uyarınca genel hükümlere de uygundur. Ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde, zarar oluşmamış olsa bile ceza koşulu istenebilecektir.

Sözleşmede bir ceza koşulu kararlaştırılmış olması halinde, üstleneceği yükümlülüklerinin kapsam ve sonuçlarını tartarak işlem yapmak zorunda olan tacirin, aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteme imkânı TTK md. 22 uyarınca kısıtlanmıştır⁸⁶⁰. Bu sebeple, bankanın Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun indirilmesini istemesi de mümkün olmayacaktır.

⁸⁵⁷ Köksal Kocağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Bası, Ankara, 2018, s. 25.

⁸⁵⁸ Kocağa, s. 97.

⁸⁵⁹ Gümü, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 129; Serozan / Öz, **Özel Borç İlişkileri**, s. 2201.

⁸⁶⁰ Kocağa, s. 337.

5. Denkleştirme Talebi

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde tarafların yan edim olarak müşteri kazanımı borcu altına girmesi olasıdır. Bu durumda banka, alacaklı konumundaki FinTek şirketine teknik servis hizmeti sağlarken, FinTek şirketi, bankanın piyasa bilirliliğinden ve piyasada kazanmış olduğu güvenden yararlanarak kendine bir müşteri portföyü oluşturmaktadır. Bu kapsamda, alacaklının kazanımları, acente sözleşmesinde acentenin müvekkil sayesinde sağlamış olduğu kazanımlara benzetilebilir. Özellikle sözleşmenin tarafı banka tarafından FinTek şirkete müşteri referansı yapılan hallerde, FinTek şirket sözleşme süresince kazandığı müşteri çevresi ile Servis Sağlayıcı Sözleşmesi sona erdirdikten sonra da ticari ilişkisini devam ettirecek ve dolayısıyla bu ilişkiden sözleşmenin sona ermesinden sonra dahi ekonomik yarar elde edecektir. Piyasada FinTek şirket tarafından sağlanan hizmetin ana sağlayıcılarından bir diğeri de sözleşmenin tarafı olan banka olduğu halde, sözleşme sonra erdiği anda banka, FinTek şirketin müşteri çevresinin genişlemesinden ekonomik yarar sağlayamayacaktır. Şu hâlde, FinTek şirketin müşteri çevresinin genişlemesine yaptığı katkının karşılığı olarak bankanın tazminat talep etmesi halinde, acente sözleşmesi hükümlerinden yola çıkarak talep edilecek tazminat talebinin incelenmesi gerekecektir.

Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nde yer verilen edimlere acente sözleşmesine dair hükümlerin kısmen uygulanabileceğinin kabul edilmesi halinde, kıyasen bankanın hakkaniyet gereğince denkleştirme talebinde bulunabileceği de kabul edilmelidir. Ticaret Kanunu Madde 122/1' de düzenlemeye göre acente, müvekkil acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa ya da acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa denkleştirme isteminde bulunabilecektir⁸⁶¹.

⁸⁶¹ Ünal Göker, s. 83.

Sözleşme kapsamında acentelik faaliyetleri taahhüt eden tarafın FinTek şirketi olması halinde ise, denkleştirme talebinin ancak sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması halinde istenebileceği kanaatindeyiz⁸⁶².



⁸⁶² bkz. Bölüm 3, II, B, 2, ba (s. 212 vd).

SONUÇ

Geleneksel finans kuruluşlarının müşteriler yerine kurum ihtiyaçlarına odaklandığı uzun bir dönemin sonunda piyasadaki ürün ve hizmetlerin müşteri ihtiyaçlarını karşılamadığının anlaşılması ile beraber yeni (FinTek) girişimler piyasaya girmeye cesaret kazanmış, teknolojik gelişmelerden avantaj sağlamak suretiyle piyasada yer edinmiş, bu da geleneksel anlayışla faaliyet gösteren kuruluşları kendilerini yenilemeleri ve değiştirmeleri gerektiren bir süreç zorlamıştır. İşte FinTek bu eğilimin bir tezahürüdür ve piyasaları baştan sona değiştirmiştir. FinTek eğiliminin banka ve finans piyasalarında meydana getirdiği değişim sadece teknolojik ve ekonomik değil, ayrıca hukuki nitelik de taşımaktadır. Bu veriler ışığında FinTek ile piyasalarda yaşanan değişimi *banka ve finans piyasalarındaki inovasyon temeline dayanan ve müşteri (tüketici) odaklı, teknolojik, ekonomik, hukuki ve felsefi gelişimin tamamı* şeklinde özetlemeyi uygun görüyoruz.

Kısaca *finansal piyasaların teknoloji ile harmanlanması* olarak özetlenebilecek FinTek müessesesi, halihazırda hem finansal piyasaların teknoloji ile harmanlanması *akımını* hem de bu akım sonucunda meydana gelen *ürün ve hizmetleri* ifade etmek için kullanılmaktadır. Finansal sektörü teknoloji aracılığıyla geliştirip değiştiren hizmet ve ürünler sunan şirketler ise *FinTek şirketleri* olarak anılmaktadır.

Çalışmada vurgulandığı üzere, FinTek akımı bankacılığı hukuki ve pratik açıdan tamamen değiştirmişse de FinTek akımı ile bankacılığa giriş yapan hukuki müesseseler, terimler ve kurumlar (hem yerel hem uluslararası açıdan) halen üzerinde uzlaşmış, standart bir şekle ulaşamamıştır. Teknolojinin sürekli değişip gelişmesi ve FinTek şirketlerinin bireysel iş modelleri dolayısıyla bu şirketlerin ekonomik açıdan geri dönüş alabilmesi çok uzun sürmektedir. FinTeklerin daha sadece çok azı kendini ekonomik açıdan ispat edebilmiş olduğu için de bu

şirketlerin piyasalara ekonomik açıdan olumlu veya olumsuz etkilerini kesin şekilde belirtmek için bir süre daha beklemek gerekecektir. Bu yüzden çalışmada finansal piyasalarda FinTek şirketlerinin piyasadaki faaliyetleri ile ilgili hem olumlu hem olumsuz düşünceler aynı anda tartışılmış, bu şirketlerin piyasadaki varlığı objektif şekli ile ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Finansal teknolojilerin yaygın kullanımı, ürün çeşitliliğini artırarak daha yüksek hızla ve düşük maliyetle finansal piyasalara ve hizmetlere erişimi mümkün kılmaktadır. Kredi aracılık faaliyetleri, ödeme sistemleri, sigortacılık ve menkul kıymet alım satımı gibi alanlar başta olmak üzere, finansal hizmetlerde rekabet ve çeşitliliğin artması, daha etkin işleyen ve dayanıklı bir finansal sistemin oluşmasına katkı sunabilmektedir. Diğer taraftan, finansal teknolojilerdeki yenilikler, sistemik riske dönüşme potansiyeli olan operasyonel ve siber riskler gibi birtakım riskleri de beraberinde getirebilmektedir.

FinTek kavramının hukuken değerlendirilmesinde belirleyici olan olgu, FinTek kavramının ortaya çıkmasından beri finansal odaklı gelişmelerin artık bankacılar ve bankalar tarafından değil, teknoloji uzmanları ve finansal teknoloji firmaları tarafından biçimlendirilmesidir.

Yeni bankacılık düzeninde yerleşik bankaların hizmet tedarikçisinden çok ticarileştirilmiş Servis Sağlayıcı konumunda olmalarından yola çıkarak, gelecekte müşteri ilişkisi kurma ve yönetme faaliyetlerini giderek FinTek ve teknoloji firmalarına bırakmaları ve arka planda faaliyet göstermeleri beklenmektedir.

FinTek şirketlerin hukuki statüsü ve bu şirketlerin faaliyetlerine uygulanacak hukuki kurallar hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu alanda ortaya çıkan hukuki sorunları, klasik hukuk kurumları ışığında ele almak güçlük arz etmektedir.

Teknolojinin bankacılık hizmetleriyle harmananması ve FinTek uygulamalarının müşterilere doğrudan bankacılık hizmeti sağlamasının akabinde, regülasyonlarca öngörülemeyen piyasa risklerine karşı, tüketici ve yatırımcıların korunmasına dair mevcut düzenlemelerin yayıfladığı görülmektedir. Yeni bankacılık kurum ve uygulamalarının kanunda henüz tanımlanmamış olması

dolayısıyla yer yer hukuki boşluklar meydana geldiği tespit edilmiştir. Bu durum, bankacılık mevzuatlarının ABD ve Avrupa başta olmak üzere global olarak revizyona girmesi gereğini doğurmuş ve çalışmada değinilen pozitif düzenlemelerin doğumuna yol açmıştır.

2008'den beri piyasaları etkisi altına alan finansal inovasyon akımının makro boyuttaki ekonomik ve yasal etkilerini öngörmek için daha erken olduğunu düşünüyoruz. Çalışmada da vurgulandığı üzere, finans piyasalarına FinTek şirketin de katılarak piyasaların bir nebze çeşitlenmesi ile piyasa rekabeti olumlu olarak etkilenmiş ve bu sayede bankalar azami kâr anlayışından uzaklaşarak müşterilerin ihtiyacını karşılamaya yönelik bir piyasa stratejisi geliştirmeye başlamıştır. Yine bankaların hizmetlerini son teknoloji ile harmanlaması dolayısıyla bankacılıkta zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın işlem yapabilme fırsatı doğmuş; FinTek şirketlerin pazara girmesiyle yeni iş alanları ve olanakları sağlanmış ve en önemlisi, yasal ya da siyasi sebeplerle finansal sistem dışında kalan bireylerin finansal sisteme erişmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak yine de FinTek şirketlerin piyasa faaliyetleri külfetten arı değildir. FinTek şirketlerinin kuruluşları ve faaliyetlerine dair açık pozitif düzenlemeler mevcut olmadığı, yeni teknolojiler ve yöntemler kullanan FinTek faaliyetleri ise mevcut yasal çerçevelere oturtulamadığı için, yürürlükteki düzenlemelerin artık ihtiyaçlara karşılık vermediği görülmektedir. Regüle edilmeyen FinTek şirketlerinin piyasaya girmeleri ve derhal faaliyete başlamaları için teorik ve pratik bir engel bulunmamakta, faaliyetlerin hangi düzenleyici ve denetletleyici kurumun faaliyet alanına dahil olduğu kesinleştirilene dek, FinTek faaliyetleri müşteriler ve piyasa için (yasal açıdan) potansiyel risk teşkil etmektedir.

Piyasa denetiminden arı veya bankalara nazaran kısıtlı denetime tabi FinTek şirketlerin bankacılık hizmetleri sunmaya başlaması, güncel teknolojik gelişmeleri yakalamayı amaçlayan kanunlaştırma çalışmalarına ön ayak olmuştur. FinTek uygulamaları ve FinTek iş modellerinin yorumlanması açısından karşılaşılan bir başka zorluk da FinTek akımını öngörerek çerçeve kanunlar yapan yasa koyucuların çalışmalarının, teknolojinin günden güne değişmesi sonucunda sürekli piyasanın geride kalma ihtimali ile karşı karşıya olmasıdır. İstisnalar hariç, çoğu denetleyici kuruluş ve yasa koyucunun teknoloji ve dijitalleşmeyi sürekli

olarak takip edecek kapasitesi bulunmadığı barizdir. FinTek şirketler tarafından kullanılacak her türlü altyapı, teknoloji ve iş modelini öngörecek şekilde yasama çalışmaları sürdürmek mümkün olmadığından dolayı kazuistik kanunlarla bu işi düzenlemek mümkün olmamakta; çerçeve kanunlar da yoruma açık yapılarından dolayı teknolojik gelişmeler karşısında ihtiyacı karşılamamaktadır. Kanun koyucunun FinTek ve bankacılıkta dijitalleşme akımını görmezden gelerek piyasayı kendi haline bırakması halinde müşterilerin (ve özellikle tüketicilerin) büyük oranda riske maruz kalacağı açıktır. Blokzincir ya da yapay zekâ gibi dinamik teknolojiler ve bu teknolojilerin kullanım alanlarının detaylı olarak mevzuata dahil edilmesi halinde de teknolojik gelişmeler yasa koyucu eliyle yavaşlatılmış olacak bu da yabancı piyasalarla yerel piyasa arasında bir rekabet sorunu yaratacaktır. Mesele her durumu ayrı ayrı inceleyen ayrıntılı kanun yapmakla da çözülmediğine göre en ideal durum çerçeve kanun ile genel olarak teknolojinin uygulama alanları ve bu uygulama alanlarının yöneldiği sonuç kapsamında *oyunun kurallarının* genel hatları ile belirlenmesi, işleyişin uygulamada düzenleyici ve denetleyici kurumlara bırakılması ve periyodik denetimler aracılığıyla FinTek şirketlerin teknoloji kullanımının yasal ve etik sınırlar içinde kalıp kalmadığının kontrol edilmesi ile elde edilebilir diye düşünmekteyiz. Şüphesiz ki denetleyici ve düzenleyici kurumların denetleme yetkilerini FinTek şirketlere araştırma ve geliştirme fırsatı tanıyacak ve şirketlere deneme yanılma yöntemiyle denemeler yapma imkânı sağlayacak şekilde kullanılması gereklidir. Yine şirketlerin piyasaya sunduğu ürün ve hizmetlerin, bu kapsamdaki tüketici riskinin ve bu ürün ve hizmetlerin piyasa üzerindeki etkilerinin daha iyi anlaşılması açısından, halen geleneksel yöntemlerle çalışan denetleyici kurumların en kısa zamanda yeni nesil iş modelleri, dijitalleşme ve teknoloji alanlarında uzmanlaşmış danışmanları bünyesine alması ve piyasada aktif her FinTek şirket ile tek tek iletişim kurarak uzun vadeli bir etkileşim sürecini başlatması bu süreci hızlandıracaktır.

Finansal inovasyon konseptinin iç hukukta özümzenmesi açısından AB uygulamaları ele alınırsa; üye ülkelerin yasa koyucularının AB mevzuatını iç hukuka aktarıırkenki tutumlarının piyasaların şekillenmesinde büyük rol oynadığı görülecektir. İspanya'daki, Baltık ve İskandinav ülkelerindeki yasa koyucular FinTek uygulamaları açısından denetimli serbestlik çerçevesinde oluşturulan bir

yasal yapıya imkân sağladıkları için finansal piyasalardaki ürünler yüksel seviyede inovatif ve dijitaldir. Bu yaklaşımın günlük hayata yansımaları ödeme sistemleri, dijital müşteri tanıma sistemleri gibi ürünlerde ve mevduat hesabı açmaya dair süreçlerde piyasadaki çeşitlilik dolayısı ile kendini göstermektedir. Tezat şekilde, daha düzenleyici ve yasa koyucuya bağımlı bir denetim sistemi geliştiren Avusturya ve Almanya gibi Kara Avrupası ülkelerinin ise diğer AB ülkelerine nazaran daha yavaş gelişen ve daha statik bir FinTek piyasasına hakim olduğu görülmektedir. An itibariyle AB içinde en yenilikçi ve deneysel uygulamalar yapan ülke ise FinTek şirketlere ilk olarak kontrollü test ortamı sağlayan İngiltere'dir. Bu coğrafyada finansal inovasyonu destekleyen yasa koyucuların FinTek şirketlerle yakinen ilgilendiği görülmektedir. Lüksemburg da FinTek şirketlere yasal ve finansal yönden teşvik veren birçok yasal ve siyasi açımda bulunmuşsa da ülke beşerî hudutlardan dolayı İngiltere ile boy ölçüşebilecek bir piyasa kapasitene ulaşamamıştır. Şüphesiz ki Brexit sonrasında bu dengelerin tamamen değişecektir. Her halükârda, en gelişmiş finansal piyasalar bile sürekli gelişen ve değişen teknolojiye ve bu değişikliklerin piyasa ve yasal sistem üzerindeki yansımalarına yetişemediği için, an itibariyle çoğu Avrupalı yasa koyucunun uluslararası ortaklıklar kurmak suretiyle yerel FinTek teşebbüslerine destek olduğu, bu şekilde sektörü desteklerken, uluslararası piyasalar ile de etkileşim halinde kalmayı amaçladığı gözlenmektedir.

FinTek sonrası hukuk bilimi açısından yaşanan bir başka gelişme ise Finans piyasalarında FinTek uygulamalarının FinTek hukuku olarak adlandırılacak yeni bir hukuk disiplinine meydan vermesidir. Bankacılık hukukunun mütemmim cüzü olarak gördüğümüz bu disiplin, FinTek uygulamalarının yasa koyucuları piyasa faaliyetlerini kısa yoldan ve çağın gelişmelerinin gerektirdiği şekilde düzenlemeye ve denetlemeye yönelik yeni müesseseler geliştirmeye itmesi sonucunda ortaya çıkmıştır ve yasal kontrollü test ortamları, muafiyet anlaşmaları, FinTek lisansları gibi uygulamaların doğumuna meydan vermiştir.

ABD'de federal düzeydeki FinTek kanun çalışmaları ve ilgili tartışmalar devam ederken, federe ve eyalet bazında yetkili çeşitli denetleyici ve düzenleyici kurumlar uygulamada bulunan ve yasa boşluklarından kaynaklanan veya kaynaklanması beklenen sorunlara kısa vadeli çözümler bulduğu gözlenmektedir.

Mesela ABD Vadeli Emtia Komisyonu'nun bitcoin konulu kararları veya New York Eyaleti Finansal Hizmetler Dairesi'nin Temmuz 2018 tarihli, kredi alanında hizmet veren FinTekler ile ilgili raporu; denetleyici ve düzenleyici kurumların piyasadaki FinTek uygulamalarını yakinen takip ettiğinin bariz bir göstergesidir. Her ne kadar bahsi geçen raporda yasa koyucunun çalışmadaki amacı *tüketicinin korunması ve aynı coğrafi alanda, benzer hizmetlerden yararlanan tüketicilerin aynı yasal korumadan faydalanması* olarak belirtilmişse de sektördeki tartışmalara bakılırsa, bu yaklaşım kısmen piyasalara müdahale olarak algılanmış gibi durmaktadır.

Singapur, Endonezya, Kanada, Avusturalya, Dubai, Birleşik Arap Emirlikleri, Malezya ve Meksika yine FinTek yasal çerçevesi konusunda başı çeken, öncü ülkeler arasında sayılabilir. Bu ülkelerin hepsinde bir yasal test ortamı bulunmakta ve özellikle yasal olarak düzenlenmeyen alanlarda çalışmalar yapılmaktadır. Bahsi geçen ülkelerin çoğunda FinTek uygulamaları genel geçer mevzuatın içine yedirilmiş ve bazı ülkeler bu yasal düzenlemeler ile FinTek şirketlerine yasal muafiyet ve istisnalar tanımıştır.

Görüldüğü üzere, regülasyonların bu yeni ve dinamik piyasa üzerinde rekabete dair dengeleri değiştirme imkânı bulunmaktadır ve bu sebeple yasa koyucuların ve denetleyici kuruluşların piyasaya müdahale etmeksizin, piyasanın uyumlaştırılmasına yönelik kanunlaştırma çalışmaları yapmaları ve sektördeki gelişmeleri takipte kalmaları gerekmektedir.

Münferit örnekler bir kenara bırakıldığında, bütüne bakıldığında çoğu bankacılık mevzuatında FinTek faaliyet alanları ve kuruluş şartları ile ilgili eksiklikler saptanmaktadır. Yasal revizyonlar teknolojik gelişmeler ile paralel hızla seyretmediği için teknoloji hızla geliştikçe, mevzuat geri kalmakta; yüksek teknoloji altyapılı ürünler açısından uygulama boşlukları doğmakta, bu da denetim eksikliğine yol açmaktadır.

Genellikle yasalarda düzenleyici kuruluşlarının denetimi kapsamında olan kurum ve kuruluşlar tek tek düzenlendiği (ve çoğunlukla FinTek şirketler bu düzenlemeler kapsamında sayılmadığı) için, denetleyici kuruluşlar ilgili FinTek

şirketin iş modelini ve şirketin yasal denetleme kapsamına girip girmediğini inceleyene kadar, piyasada faaliyet göstermesine rağmen çoğu kanuni yükümlülükten muaf ve hatta müşteriler (tüketiciler) için risk teşkil edebilecek finansal ürün ve hizmetler kapsamında faaliyet gösteren FinTek şirketlerin piyasada yerlerini aldığı görülmektedir. Yine uygulamada, bir faaliyet izni ya da yasal test ortamı sürecinden geçmeden faaliyete başlayan FinTek şirketlerin bankacılık sistemi ve yasal sınırlar konusunda gereken uzmanlığa sahip olmayabileceği gözlenmektedir. Yasa koyucuların FinTek kapsamındaki mevcut tüm iş modellerini düzenleyen ve her türlü FinTek şirketi denetim altına sokan pozitif düzenlemeler ihraç etmesi ve gelecekte ortaya çıkabilecek ihtilafları önleyecek tüketici koruma mekanizmaları kurması pratik açıdan mümkün görülmemektedir. İşte bu durum FinTek şirketler tarafından kullanılan teknolojik altyapı ve karmaşık finansal modeller göz önüne alındığında, müşteriler (ve özellikle tüketiciler) için risk teşkil etmektedir. Denetleyici ve düzenleyici finans kuruluşları bile bu tarz karmaşık finansal ürünler ile ilgili yeterli bilgi sahibi değilken, sade vatandaşların kolayca ulaşma imkanına sahip olduğu mesela kripto para kullanan finansal ürünler veya diğer yatırım imkanları, ortalama tüketiciler için büyük risk oluşturmaktadır. Bu riskin büyüklüğünü göz önüne seren olaylardan biri 2018 başlarında sadece Türkiye değil, küresel açıdan geniş yankılanmalara sebep olan “Çiftlik Bank” vakasıdır. Çiftlik Bank yazılımı, her ne kadar piyasada tüketiciler tarafından bir oyun olarak algılanmış olsa da teknoloji altyapılı bir finansal yatırım aracı olmasından dolayı aslında bir FinTek niteliği taşıdığını düşünmekteyiz. Bu tarz bir yatırım platformunun gereken denetleme süreçlerinden geçmeden faaliyetlerine başlaması, platformu kullanan yatırımcıların gerektiği şekilde bilgilendirilmemesi ve yasal boşluklardan ve/ya düzenleyici, denetleyici kuruluşların ihmalinden dolayı platformun geleneksel yatırım platformlarından beklenen standartlara uymamasından dolayı karşılaşılan sonuç çok da şaşırtıcı değildir diye düşünmekteyiz. Her ne kadar yasa koyucunun ancak teknoloji ve inovasyonun finansal piyasalarda kolayca yayılmasına imkân verecek yasal düzenlemeler yapması gerekse de bu esneklik denetimsizlik anlamına gelmemeli ve müşterilere (tüketicilere) ulaşan ve dolayısıyla en ufak risk teşkil eden her türlü FinTek hizmet ve ürünü yasa koyucular ve denetleyici kuruluşlar tarafından sıkıca takip edilmelidir. Aksi halde Çiftlik Bank sistemini kuran kişiler ya da son zamanlarda çok duyulan kripto para dolandırıcıları gibi

kötü niyetli grupların finansal teknolojiye duyulan güveni sömürerek; finansal piyasalardaki gelişmeleri yavaşlatması işten bile değildir.

Kanaatimizce, konu bu şekilde bütün açılarından incelendiğinde her yasa koyucunun mevzu bahis yasal yetki çevresi için genel bir faaliyet çizmesi ve çalışmada ana hatlarıyla ortaya konulan kontrollü test ortamı müessesini piyasaya takdimi gereklidir. Yasal boşluklardan kaynaklanan sorunlar ancak FinTek şirketlerin rahatça araştırma-geliştirme yaparak deneme yanılma yoluyla finansal sektörde kullanılabilecek yeni teknolojiler belirlemesi; bu yeni platformların da piyasaya sunulmadan önce bazı asgari standartlara uyması; FinTek şirketin ancak bu kontrollü test ortamında sınılandıktan sonra faaliyetlerine başlaması ve faaliyete başlama sonrası da periyodik denetimlere tabii tutulması ile aşılabilecektir. FinTek şirketinin bankacılık hizmetleri sunması halinde, bu FinTek şirketin faaliyet izni için belirli bir süre bankacılık veya finans tecrübesi kazanmış yöneticilerinden oluşan bir denetleme kurulu ihdas etmesi; şirketlerin denetleyici kuruluşlara belirli aralıklarla rapor vermesi; şirketlerin tüketicileri belirli şekil ve içerik şartlarına uyarak bilgilendirmesi ve şirketlerin denetleyici kuruluşlar nezdinde tutulan ayrı bir sicile kaydı zorunluluğu gibi basit şartlar aranması, kısa zamanda piyasada belirli bir standart sağlanmasını mümkün kılacaktır kanaatindeyiz. Bu sayede FinTek uygulamaları için yeterli esnek sağlanırken, denetimli büyüme politikaları sayesinde hem FinTek şirketler hem de yasa koyucular sürekli iletişimde olacak; iki taraf için de süregelen ve birbirini destekleyen bir öğrenme eğrisi ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce denetleyici ve düzenleyici kuruluşların FinTek şirketlerden ve inovatif FinTek faaliyetlerden haberdar olarak faaliyetleri yakinen takip edebilmesi için, FinTek şirketlerin özel sicillere kaydedilmesi yükümlülüğünün getirilmesi yerinde olacaktır. Ek olarak, muafiyet belgesi, ibraname gibi müesseselerin iç hukuka takdim edilmesi de ayrı faaliyet izni gerektiren faaliyetlere dair kanunlaştırma çalışmaları devam ederken, inovasyonun süregelmeye imkân sağlayacak ve kanun koyucuların iş yükünü azaltacaktır.

Çalışma kapsamında tartışılan bir başka bir FinTek müessesesi ise Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'dir. FinTek şirketlerin inovatif ürün ve hizmetlerini yasal engellere ve yükümlülöklere takılmaksızın, kuruldukları yer hukukunca faaliyet iznine sahip bankalar ve finansal kurumlar ile iş birliğı ile piyasaya sunabilmesi için yasal zemin hazırlayan bu sözleşmeler, sözleşmenin unsurları kapsamında bir iş görme sözleşmesinden başka bir şey değildir. Özellikle Avrupa ve Amerika'da çok yaygın olarak kullanılan bu yeni hizmet tedarik zincirinin Türk finansal pazarına yansımaları hakkında elimizde yeterli bilgi olmamakla beraber, bu konseptin yayılmasıyla beraber Türk hukukunda da ilgili yasal zeminin hazırlanması gerekecektir.

Bu sözleşmenin temelde bir iş görme sözleşmesi olması sebebiyle, sözleşme ile ilgili ihtilaflara vekâlet sözleşmesi hükümleri ve sözleşmede kararlaştırılmış diğör edimlerle paralellik gösterdiği oranda diğör benzer sözleşmelere dair özel hükümlerin kıyasla uygulanması gerektiğı kanaatinde ulaştık. Ancak bu çıkarım sözleşmenin hukuki boyutunun sadece bir kısmını oluşturmaktadır. Servis Sağlayıcı Sözleşmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken bir başka hukuki açı ise düzenleyici ve denetleyici kurumların emredici hukuk kuralları çerçevesinde akdedilmiş bu sözleşmeler kapsamında sürdürölen faaliyetler üzerinde denetleme yetkisi olup olmadığı ve bir denetleme yetkisi bulunduğı kabul edilirse, bu yetkinin dayanağı ve kapsamıdır. Ancak şüphesiz ki bu soru FinTek akımı dolayısıyla piyasalarda meydana gelen değışikliklerin mevzuata yansıtılması kapsamında, tündengelim yöntemiyle cevaplanmalıdır.

Bu kapsamda, Çalışma'nın İkinci Bölümü'nde açıklanan pozitif düzenlemelerin Servis Sağlayıcı Sözleşmesi'nin temelini oluşturduğu FinTek iş modellerinin de bir sonucu olduğı ve Servis Sağlayıcı Sözleşmesi kapsamında uygulanabilir olduğı vurgulanmalıdır.

Dijitalleşme ve teknolojinin finansal piyasaları ele geçirmesi; piyasaları dönüşü olmayacak şekilde değıştirmesi kaçınılmazdır. Bankaların ılımlı müşteri politikaları üretmelerine vesile olan FinTek akımının ciddiye alınarak yasama ve yürütme yol haritalarına dahil edilmesi; hem inovasyonun desteklenmesi ve rekabetin güçlendirilmesi için hem de FinTek şirketlerin faaliyet risklerinin

azaltılması ve dolayısıyla piyasaların dengelenip, uyumlaştırılması ve denetim altında tutulması için çok önemlidir. Son yıllarda FinTek şirketlerin bankaları zaman içinde yok edeceği savı ciddi sayıda destekçi kazanmıştır. Her ne kadar böyle bir sonuç kısa vadede beklenmese de finansal inovasyonun piyasalarda yarattığı değişikliğin kabul edilmesi önemlidir; şayet bankaların yerine geçeceği söylenen bu kurumları inceleyerek denetlemek, kanaatimizce yasa koyucuların, yürütme ve yerel denetleyici kuruluşlarının en önemli görevlerinden biridir. Dönemin İngiltere Başbakanı Theresa May'in Afrika ülkeleriyle ekonomik ilişkileri sağlamlaştırmak için planladığı 2018 gezi heyetine bir de FinTek şirketler grubunu eklemesi, FinTek ekosisteminin sadece finansal değil, sosyal ve politik öneminin de vurgulayan bir göstergedir ve diğer yasama ve yürütme organlarına da örnek olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akalın, Şükrü Haluk, "Innovation, Inovasyon: Yenileşim", **Türk Dili Dil ve Edebiyat Dergisi**, Türk Dil Kurumu Yayını, Cilt XCIII, Sayı 666, s. 483-486.
http://turkoloji.cu.edu.tr/DIL%20SORUNLARI/sukru_haluk_akalin_inovasyon_yenilesim.pdf (Son Erişim Tarihi: 10.05.2019)

Akgün, Aliye, **Mevduat Sözleşmeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018.

Akipek, Şebnem, **Alt Vekâlet**, Ankara, 2003.

Akipek, Şebnem / Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, İkinci Baskı, Ankara, 2002.

Akipek Öcal, Şebnem / vd., Ed: Hakan Topbaş, **Vekâlet Sözleşmeleri Kısa Şerhi**, İstanbul, 2017.

Akpınar, Melek Korkmaz, **Avrupa Birliği Bankacılık Mevzuatı ve Türk Bankacılık Sistemi'nin Uyum**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

Aksoy, Mehmet Ali, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri", **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 1, s. 279-318, 2015.

Akyol, Şener, **Banka Sözleşmeleri**, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul, 2001.

Alford, Duncan, "The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step On The Road To Pan-European Regulation?", **Boston University Annual Review of Banking & Financial Law**, Vol. 25:1, 2006, s. 389-435.

Altınok, Tefvik / İlseven, Nebil, "**Mevduat Güvencesi ve Türkiye**", Maliye Finans Yazıları, Sayı:86, Yıl:24, 2010, s. 11- 41.

Antalya, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Cilt I, İstanbul, 2016.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Yirmi Dördüncü Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018.

Arner, Douglas W. / Barberis, Janos Nathan / Buckley, Ross P., "FinTech and RegTech in a Nutshell, and the Future in a Sandbox (July 1, 2017)", **University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2017/040, 2017, Hong Kong.**

Arner, Douglas W. / Barberis, János / Buckley, Ross P., "The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm?", **Georgetown Journal of International Law**, vol. 47, no. 4 (2016): 1271–1319.

Atamer, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Şubat 2001, İstanbul.

Atamer, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M.6 ve TTK M. 55, F.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, BTHAE, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 9-73.

Avdan, Berna, **Bankacılıkta Dijitalleşmenin Hukuki Boyutu ve Mesafeli Sözleşmeler**, İstanbul, Nisan 2018.

Avrupa Komisyonu, Bilgi Formu, **Birinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi: Sık Sorulan Sorular**, Brüksel, 12.01.2018.
http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_en.htm

Ayar, Ahmet, **Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015.

Aydın, Seda, **Bankacılık Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması Ve İşlenmesinin Bireyler Üzerinde Algısı Ve Etkileri**, İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi Ana Bilim Dalı Muhasebe ve Denetim Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Aydıncık, Şirin, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

Ayzit, Müge, **Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları**, TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, Mayıs 2004.

Bahtiyar, Mehmet / Biçer, Levent, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı Ve Bu Ayrımın Önemi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sa. 2, İstanbul, 2016, s. 395 - 437.

Bakar, Gökhan **Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ağustos 2014.

Balkin, Jack M., “The Path of Robotics Law”, **California Law Review Circuit**, Vol. 6, Haziran 2015.

Baş, Mustafa, **Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi**, Ankara, 2000.

Başalp, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul, 2011.

Baur, Dirk G. / Hong, KiHoon / Lee, Adrian D., "Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?", Eylül 2017, <https://ssrn.com/abstract=2561183>

Bayram, Mehmet Hanifi, **Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku**, Ankara, Ekim 2011.

BDDK, ABD Mortgage Krizi, **BDDK Çalışma Tebliği**, Ankara: Sayı 3, Ağustos 2008.

BIS, Basel Committee on Banking Supervision, **Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors**, Şubat 2018.

Bilir, Hakan / Çay, Şerif, “Elektronik Para ve Finansal Piyasalar Arasındaki İlişki”, **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Nisan 2016; 9(2), s. 21-31.

Bozkurt, Enver / Özcan, Mehmet / Köktaş, Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara Mart 2001.

Bozdog, Engin, **Data Portability under GDPR: Technical Challenges (DRAFT version, currently under review)**, Amsterdam, Ocak 2018.
<https://ssrn.com/abstract=3111866>

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, “**Robot Hukuku**”, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), İzmir.

Cappiello, Stefano, "Supervision and Class Action Against Conflicts of Interest in 'Universal Banking': US Experience vis-a-vis Recent Italian Initiatives", **NYU Global Law Working Paper No. 03/2007**, Aralık 2006, New York.

Cengiz, Ali, "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", **Hacettepe Hukuk Fak. Derg.**, 1(2) 2011, 140–165.

Červenková, Lenka, “The Legal Framework of The Banking Industry in The European Union”, **Masaryk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çekya.

Chari, V.V. / Christiano, Lawrence / Kehoe, Patrick J., “**Facts and Myths about the Financial Crisis of 2008**”, Federal Reserve Bank of Minneapolis Research Department, Minneapolis: Working Paper 666, Ekim 2008.

Çamlıca, Ferhat, “Avrupa Finansal Denetim Sistemi ve Bankacılık Birliği”, **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, 2016.

Çelebican, Gürgân, "Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi", **AÜHFD**, Yıl 2007, s. 53-81.

Çevik, Kemal, **Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Kasım 2009.

Deilamikoukia, Mehran, **Eser Sözleşmesinde Bedelin Götürü Usulle Belirlenmesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

Dermine, Jean, "European Banking: Past, Present and Future", The Transformation of the European Financial System, **Conference Paper, INSEAD**, Fontainebleau, Ekim 2002.

Develioğlu, Hüseyin Murat, **6698 sayılı Kişisel verilerin Korunma Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2017.

Dizkırıncı, Ahmet Selçuk / Gökgöz, Ahmet, "Kripto Para Birimleri ve Türkiye'de Bitcoin Muhasebesi", **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies** 4/2 (2018), s. 92-105.

Doğan, Gülmelahat, "Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, Ankara, 2014, s. 387-413.

Dorfleitner, G. / Hornuf, L. / Schmitt, M. / Weber, M., **FinTech in Germany**, Almany, 2018.

EBF, EBF Discussion Paper, **The digital transformation of banks and the Digital Single Market**, Brüksel, Haziran 2015, s.3

Ecir, H. Gülşah, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Erbay, İsmail, **Know-How Sözleşmesi**, Ankara, 2002.

European Banking Authority, **"Discussion Paper on the EBA's Approach to Financial Technology (FinTech)"**, EBA/DP/2017/02, 04.08.2017, Brüksel.

European Banking Authority, **"The EBA's FinTech Roadmap Conclusions from The Consultation on the EBA's Approach to Financial Technology (FinTech)"**, 15.03.2018, Brüksel.

European Central Bank, **Report on Electronic Money**, Frankfurt, Ağustos 1998.

European Central Bank, **"Virtual currency schemes – a further analysis"**, Şubat 2015, Frankfurt, Almany.

European Central Bank, **Guide to assessments of fintech credit institution licence applications**, Frankfurt, Eylül 2017.

European Commission, **Commission Staff Working Document On Improving Cooperation Between EU Financial Intelligence Units**, SWD TY(2017) 275 final, Brüksel, 26.06.2017.

European Commission, **Commission Staff Working Document On on Anti-money Laundering Supervision Of And Reporting By Payment Institutions in Various Cross-Border Situations**, SEC (2011) 1178 final, Brüksel

European Commission, **Completing the Internal Market**, White Paper From the Commission to the European Council, COM(85) 310 Final, Brüksel, 14.06.1985.

European Commission, **Crowdfunding: Mapping EU markets and events study**, 30.09.2015.

European Commission, **FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector**, COM/2018/0109, 08.03.2018, Brüksel.

European Commission, Green Paper, **Financial Services: Meeting Consumers' Expectations**, Mayıs 1996.

European Commission, Joint Communication to the European Parliament and the Council, **Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU**, JOIN (2017) 450 final, Brüksel, 13.09.2017.

European Commission, Inception Impact Assessment, **Legislative proposal for an EU framework on crowd and peer to peer finance**, Ref. Ares (2017) 5288649 - 30/10/2017.

European Commission, **Identifying market and regulatory obstacles to cross-border development of crowdfunding in the EU**, Final report December 2017.

European Commission, EC Consultation Document, Directorate General Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, **“Fintech: A More Competitive and Innovative European Financial Sector”**, Brüksel, 8 Mart 2018.

European Council, Communication from The Commission to The European Parliament and the Council, **A Roadmap towards a Banking Union**, COM (2012) 510 final, Brüksel, 12.09.2012.

European Monetary Institute, **Annual Report 1997**, Frankfurt, Mayıs 1998.

European Parliament, Committee on Economic and Monetary Affairs, **Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector (2016/2243(INI))**, 28.04.2017, Brüksel.

European Securities and Markets Authority, **2019 Annual Work Programme**, ESMA20-95-933, 26.09.2018.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, 2018.

Eren, Kasım, **Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Bankacılık**, İstanbul, Şubat 1996.

Erdönmez, Pelin Ataman, "Avrupa Birliği Finansal Entegrasyon Sürecinde Bankacılık Sektörü", **Bankacılar Dergisi**, Sayı 50, 2004, s. 68-83.

Erten, Ali, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Ankara, 1977.

Erten, Alev, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi İle Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ocak 2007, Ankara.

FATF, The FATF Recommendations, "**International Standards On Combating Money Laundering and the Financing Of Terrorism & Proliferation**", 2012 Tavsiyeleri (2018 Ekim ayında güncellendiği üzere),

FATF, "**Virtual Currencies: Guidance for a Risk-Based Approach**", Haziran 2015.

FATF, FATF Guidance, "**Anti-Money Laundering and Terrorist Financing Measures and Financial Inclusion with a Supplement on Customer Due Diligence**", Kasım 2017.

FCA, "**Regulatory Sandbox**", Kasım 2015.

FCA, "**Regulatory sandbox lessons learned report**", Ekim 2017.

Financial Action Task Force, "**Guidance for a Risk Based Approach: Virtual Currencies**", Haziran 2015, Paris.

Joseph M. Green, **Legaltech and the Future of Startup Lawyering**, 15.03.2019. <https://ssrn.com/abstract=3360174>

Gortsos, Christos V., "**The Evolution of European Banking Law: From the Principle of National Treatment to the European Banking Union**", Atina Üniversitesi, 22.09. 2015.

Gortsos, Christos V., "**The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF): Legal Aspects of the Second Main Pillar of the European Banking Union**", Güncellenmiş 4. Basım, Atina Üniversitesi, 03.07.2018.

Görmez, Burak, **Finansal Sektörde Yıkıcı Yenilik: Dağıtılmış Defter Teknolojisi ve Türkiye Sermaye Piyasalarının Durumu**, SPK Aracılık Faaliyetleri Dairesi, Yeterlilik Etüdü, Ankara, Temmuz 2017.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, 3. Bası, İstanbul, 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001.

Günsay, Töre, **Adi Ortaklık Sözleşmesinde Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkisi ve Temsil**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018.

Güven, Koray, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springenheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme", **TBB Dergisi 2015 (120)**, s. 493-508.

Havutçu, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2003.

He, Dong / Habermeier, Karl et al., "Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations", **IMF Staff Discussion Note**, SDN/16/03, Ocak 2016.

Helvacı, İlhan, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, İstanbul, 2011.

Ilgaz, Deniz, "Know-How ve Ticari Sırlar (Teknoloji Transferi ve Fikri Haklarla İlgili Lisans Anlaşmaları)", **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C:8, S:1-2, 2000, s. 155-182.

IMF, Fintech Roundtable, **Fintech — Building Trust Through Regulation**, 09.04.2018.

<https://www.imf.org/en/News/Articles/2018/04/11/sp40918-fintech-building-trust-through-regulation>

Institute of International Finance, **RegTech in Financial Services: Technology Solutions for Compliance and Reporting**, Washington, DC: Institute of International Finance, Mart 2016.

İnce, Salih Tayfun, **Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2018.

İşitmen, Özge, **Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih İşlemi ve Sonuçları**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2018.

İpek, Eyüp, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Jacobson, Daniel / Brail, Greg / Woods, Dan, **APIs: A Strategy Guide Creating Channels with Application Programming Interfaces**, Kaliforniya, Aralık 2011.

Joint Committee of the European Supervisory Authorities, **Discussion Paper on Automation in Financial Advice**, JC 2015 080, 04.12.2015.

Kavak, Yalçın, **Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil**, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2015.

Kaya, Arslan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik**, İstanbul, 2013.

Kaya, Ferman, **E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları**, Ankara, Eylül 2016.

Kaya, Mine "Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu", **AÜHFD**, C. 64, S. 3, Ankara, 2015, s. 739-774.

Kayihan, Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, Ankara, 2011.

Kaplan, İbrahim, "**Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininde Uygulanacak Kurallar**", **AÜSBFD**, 1994, C: 49, s. 273-289.

Kaplan, İbrahim, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, Cilt I, Ankara, 1996.

Kazmacı, Özge Uzun, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **Cevdet Yavuz'a Armağan**.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/373445>

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, 2012.

Kocaağa, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Bası, Ankara, 2018.

Koç, Derviş **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Eylül 2014.

KPMG, **The Pulse of Fintech 2018**, Biannual global analysis of investment in fintech, 31.07.2018.

Krueger, Malte, "E-money Regulation in the EU", **Robert Pringle and Matthew Robinson (eds.), E-Money and Payment Systems Review**, London: Centralbanking (2002), s. 239-251.

Kunschke, Dennis / Schaffelhuber, Kai A., **FinTech Grundlagen – Regulierung – Finanzierung – Case Studies**, Frankfurt, Şubat 2018.

Kuntalp, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Bildiriler Tartışmalar, BTHAE, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 81-102.

Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013.

Maume, Philipp, "Regulating Robo-Advisory", **Texas Journal of International Law**, Volume 54 (2018/2019), Münih, Nisan 2018.

Mathijsen, P.S.R.F., **A Guide to European Union Law**, 7. Basım, Londra, 1999.

Mcquinn, Alan / Guo, Weining / Castro, Daniel, ITIF, **Policy Principles for Fintech**, Kasım 2016.

Mead, Warren, Ed. Susanne Chishti ve Janos Barberis, "Banking and the E-book Moment", **The FinTech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries**, Londra, Mart 2016.

Meral, Ömer Oğuzhan, "Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1139-1206.

Miglionico, Andrea, "The impact of FinTech on securities and secured transactions: what is new in the financial industry?", **Journal of International Banking Law and Regulation (J.I.B.L.R.)**, 2016, 31(12), 653-660.

Miller, Stephen R., "First Principles for Regulating the Sharing Economy", **Harvard Journal on Legislation**, Sa. 53, Şubat 2016, s. 147-200.

Möslein, Florian / Omlor, Sebastian, **FinTech-Handbuch Digitalisierung, Recht, Finanzen**, Münih, 2019.

Nienaber, Rachel, Ed. Susanne Chishti ve Janos Barberis, "Banks Need to Think Collaboration Rather Than Competition", **The FinTech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries**, Londra, Mart 2016, Londra, Mart 2016.

Oğuzman, Kemal M. / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt – 1, İstanbul, 2018.

Oğuzman, Kemal M. / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt – 2, İstanbul, 2018

Oktay, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", **İÜHFİM**, C. 55, Sa. 1-2, İstanbul, 1996, s. 263-296.

Ormancı, Pınar Altınok, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, 2011.

Öğüz, Tufan, **Know-How Sözleşmesi**, İstanbul, 2001.

Özbakır, Ali Fuat, **İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

Panizza, Roberta, "The Treaty of Lisbon", **European Parliament Fact Sheets on the European Union**, Ekim 2018.

Parasız, M. İlker, **Para Teorisi ve Politikası**, İkinci Baskı, İstanbul, 2009.

Parlak, Şafak / Börü, Levent, "Alt Vekâlet", **TBB Dergisi**, Sayı:96, Ankara, Eylül 2011, s. 17-48.

Payment Systems Magazine, "FinTek ekosistemini geliştirmek için tarihi bir adım", Sayı 94, Şubat 2019.

<http://www.psmmag.com/uploads/documents/psm-subat-Fj2j.pdf>

Piffaretti, Nadia, "A Theoretical Approach to Electronic Money, University of Fribourg, Faculty of Economic and Social Sciences Working Papers", Şubat 1998.

Polke, Tobias, **Crowdlending oder Disintermediation in der Fremdkapitalvergabe: Eine Analyse der finanzmarktaufsichts- und gewerberechtlichen Regulierung in Deutschland**, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg Tez Çalışması, Freiburg, 2015.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Bası, İstanbul, 2018.

Reiners, Lee, "North Carolina's Proposed Regulatory Sandbox Needs Work", The FinReg Blog, **Commentary by faculty and affiliates of the Duke Law Global Financial Markets Center**, 28.05.2019.

<https://sites.duke.edu/thefinregblog/2019/05/28/north-carolinas-proposed-regulatory-sandbox-needs-work/>

Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Mart 2005, İstanbul.

Reisoğlu, Seza, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", **Bankacılar Dergisi**, S. 77, Yıl: 2011.

Santos, João A C, "Bank capital regulation in contemporary banking theory: A review of the literature", **Financial Markets, Institutions & Instruments vol. 10(2) pp. 41-84**, Bank for International Settlements, Basel, 2001.

Sarı, Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, 2004.

Satdarov, Muxtar, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2013.

Saudi Arabia Capital Market Authority, "**Financial Technology Experimental Permit Instructions**", Issued by the Board of the Capital Market Authority Pursuant to its Resolution Number 1-4-2018 Dated 23/4/1439H Corresponding to 10/1/2018G Based on the Capital Market Law Issued by Royal Decree No M/30 dated 2/6/1424H.

https://cma.org.sa/en/RulesRegulations/Regulations/Documents/FinTech_en.pdf

Saunders, Anthony, "**Regulatory Experience in the US and It's Lessons for European Banking Union**", New York, Kasım 2013.

<https://ssrn.com/abstract=2353545>

Schindler, John, "FinTech and Financial Innovation: Drivers and Depth," **Finance and Economics Discussion Series 2017-081**, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, Washington, Eylül 2016.

<https://doi.org/10.17016/FEDS.2017.081>

Schoenmaker, Dirk, "The UK Financial Sector and EU Integration after Brexit: The Issue of Passporting", **The Economics of UK-EU Relations: From the Treaty of Rome to the Vote for Brexit**, Palgrave MacMillan, Londra, 2017, s. 119-138.

Schueffel, Patrick, "Taming the Beast: A Scientific Definition of FinTech", **Journal of Innovation Management**", 03.09.2017, s. 32–54.

Ed. Serozan, Rona / Öz, Turgut vd., **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2018.

Ed. Serozan, Rona / Öz, Turgut vd., **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul, 2018.

Sevinç, Volkan, **Türk Bankacılık Sistemi'nin Avrupa Birliği Bankacılık Sistemi'ne Entegrasyon Süreci ve Karşılaştırmalı Analizi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Finans Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 98.

Sironi, Andrea, "The evolution of banking regulation since the financial crisis: a critical assessment", **Working Paper N. 103, Bocconi University**, Centre for Applied Research on International Markets, Banking, Finance and Regulation, Bocconi, Kasım 2018.

Spinaci, Stefano, **Cross-border euro transfers and currency conversions: A step forward in favour of the single market**, European Parliament Briefing, EU Legislation in Progress, Ekim 2018.

Stanford Üniversitesi, "Artificial Intelligence and Life in 2030", One Hundred Year Study on Artificial Intelligence, **Report of The 2015 Study Panel**, Eylül 2016.

Szczepański, Marcin, "Understanding equivalence and the single passport in financial services: Third-country access to the single market", **European Parliament, Members' Research Service, Briefing**, BRI (2017)599267, Şubat 2017.

Şenocak, Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995.

Takan, Mehmet Takan / Acar, Melek, **Bankacılık: Teori, Uygulama ve Yöntem**, Konya, Şubat 2018.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul 2008.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, 3. Bası, Ankara, 1985,

Tay, Serhat, **Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 13, Ankara, Kasım 2011.

TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı 23, Ankara, Kasım 2016.

TCMB, **Finansal İstikrar Raporu**, Sayı: 28, Ankara, Mayıs 2019.

Tekinalp, Ünal, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Topuz, Seçkin, **Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu**, Kırıkkale Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2001.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)**, Temmuz 2019.

<http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf>

Uluçlar, Güvenç / Nazlı, Selvi, **Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

Ülgen, Kıvanç, **Elektronik Para: Türkiye ve Dünya Uygulaması**, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Lisansüstü Yüksek Lisans Tezi, Malatya, 2010.

Ünal Göker, Selcan, **Acentelik Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2015.

Veil, Rüdiger, **European Capital Markets Law**, Hart Publishing, 2012.

Vural, Aslı, **Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli “Kitle Fonlaması - Crowdfunding”: Dünya Ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme Ve Model Önerisi**, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İşletme Doktora Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019.

Yağcı, Mine, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK md. 116)**, İstanbul, 2018.

Yalçınduran, Türker, **Vekâlet Sözleşmesinde Ücret**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2007.

Yasaman, Hamdi, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, Cilt I, İstanbul, Eylül 2005.

Yasaman, Hamdi, **Banka Hukuku ile ilgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, Cilt II, İstanbul, Eylül 2013.

Yasaman, Hamdi, "Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Uyarınca Bankaların Yönetimi ve Kurumsal Yönetim", **Türk – İsviçre Banka Hukuku Haftası**, 16-17 Aralık 2004, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Nisan 2005.

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Muaz Mücahit, "Know-How Sözleşmeleri", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 3, Sayı 2018/1, Şubat 2018, s. 207-256.

Yıldırım, Oğuz, **Türk Bankacılık Sistemi**, 2. Basım. Ankara, 2015.

Yılmaz, F. Özlem, "Bankalarda Kurumsal Yönetim- Entelektüel Sermaye İlişkisi", **Selçuk Üniversitesi MYO Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1-2 (2011), Konya, 2011.

Yılmaz, Süleyman, **Hukuki Açidan İnternet Bankacılığı**, Ankara, 2010.

Yurtçiçek, Mehmet Sıddık, **Hukuki Açidan Elektronik Para**, 2. Baskı, Ankara, Mayıs 2015.

Yüksel, Burcu, **Uluslararası Elektronik Fon Transferlerine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, Mart 2018.

Zachariadis, Markos / Özcan, Pınar, "The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking", **Swift Institute Working Paper No. 2016-001**, Warwick, 15.06.2017.

Zelermeyer, William, **Legal Reasoning- The Evolutionary Process of Law**, İkinci Baskı, Şubat 1961, New York.

Zengin, İbrahim Çağrı, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

Zetzsche, Dirk A. / Buckley, Ross P. / Arner, Douglas W. / Barberis, Janos Nathan, "From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance", **New York University Journal of Law and Business ve European Banking Institute Working Paper Series 2017- No. 6**, Frankfurt, 28.04.2017.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Ankara, Mart 2013.

ÖZGEÇMİŞ

1988 yılında Ankara’da doğan Şebnem Elif Kocaoğlu Ulbrich, ortaokul ve lise eğitimini ODTÜ Geliştirme Vakfı Özel Lisesi’nde tamamlamıştır. 16 yaşında girmeye hak kazandığı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimini tamamladıktan sonra, 2011 Bahar döneminde Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü’nde yüksek lisans eğitimine başlamıştır.

Galatasaray Üniversitesi’ndeki Yüksek Lisans eğitimi devam ederken *Joachim Herz Stiftung* Bursu ile yurt dışında yüksek lisans yapmaya hak kazanan Kocaoğlu, *Bucerius Hukuk Fakültesi* ve *WHU – Otto Beisheim School of Management* tarafından ortak sunulan çift dereceli *Master of Law and Business* yüksek lisans programından 2014 yılında mezun olmuştur. Yüksek lisans tez çalışmasını Prof dr Dr H.c. Mult. Karsten Schmidt gözetiminde, grup şirketler üzerine yapan Kocaoğlu, ayrıca bir *Jean Monnet* Bursiyeridir.

FINTECH Circle ve *Wiley* iş birliğiyle 2020’de yayımlanması beklenen *The PAYTECH Book*, *The AI Book* ve *The LegalTech Book* kitaplarında eş yazar olan Şebnem Elif Kocaoğlu, 2018 yılında Duke Üniversitesi tarafından sunulan FinTek hukuku sertifika eğitimini (*FinTech Law and Policy*) tamamlamıştır. Kendisi halen Berlin’de ikamet etmekte ve özel sektörde finansal teknoloji üzerine çalışmalarını sürdürmektedir.

Şebnem Elif Kocaoğlu Ulbrich akıcı seviyede İngilizce ve ileri seviyede Almanca bilmektedir.

YAYINLAR

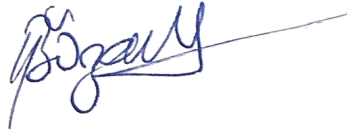
- "Creating Supervised Independence for FinTech Companies via Regulatory Sandboxes", *The LegalTech Book*, Wiley, Londra, 2020.
- "Sure, AI Can Answer Our Questions- but Who Will Answer Our Questions About AI?", *The AI Book*, Wiley, Londra, 2020.
- "Revolutionizing the Retail Industry via Integrated Payment Systems", *The Paytech Book*, Wiley, Londra, 2020.
- "Tools for Protecting the Daughter Company, Shareholders and Creditors in the Group of Companies from German, Turkish and European Law Perspectives", *Bucerius Law School*, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Hamburg, 2014.
- "Laws and Regulations Applicable to Foreigners in Turkey: A Practical Overview of The Legal Requirements for Visa, Residence, And Work Permit", *Ankara Bar Review* 2012-2, Hakemli Makale, Ankara, 2012.

TEZ ONAY SAYFASI

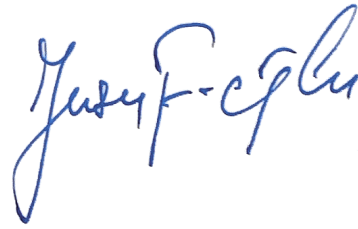
Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
 Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
 Hazırlayanın Adı Soyadı : ŞEBNEM ELİF KOCAOĞLU ULBRICH
 Tez Başlığı : AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK BANKA HUKUKU YÖNÜNDEN
 FİNTEK
 Savunma Tarihi : 31 / 07 / 2019
 Danışmanı : DOÇ. DR. S. ANLAM ALTAY

JÜRİ ÜYELERİ**Unvanı, Adı Soyadı****İmza**

Dr. Öğr. Üyesi F. Beril ÖZCANLI



Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN



Doç. Dr. S. Anlam ALTAY



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

