Danıştay 13. Daire E.2019/141 K.2024/2408 (28.05.2024)

Karar metni, resmî kaynakta yayımlanmış hâliyle aynen aktarılmıştır; taraf adları kaynakta anonimdir.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2019/141 E. , 2024/2408 K. "İçtihat Metni"

T.C. D A N I Ş T A Y ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No:2019/141 Karar No:2024/2408

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : ... Menkul Değerler A.Ş. VEKİLİ : Av. ...

KARŞI TARAF (DAVALI) : ... Piyasası Kurulu VEKİLLERİ : Av. ..., Av. ...

İSTEMİN KONUSU : ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ: Dava konusu istem: Davacı şirket tarafından, III-45.1 sayılı Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ'in 26. maddesinin birinci fıkrasına aykırı davranıldığından bahisle 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca 325.617,00-TL idari para cezası verilmesine ilişkin kısmı yönünden ... tarih ve... sayılı Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: ...İdare Mahkemesi'nce verilen ... tarih ve E:..., K:...ayılı kararda; aracı kurum olan davacı şirketin müşterisi (yatırımcı) tarafından davalı idareye verilen şikayet dilekçesinde, 29/04/2016 tarihinde 15.22 ile 15.42 saatleri arasında davacı şirketin kaldıraçlı alım-satım işlemlerinde yaşanan teknik aksaklık nedeniyle fiyat akışının sağlanamadığı ve aracı kuruma verdiği talimatın donma nedeniyle zamanaşımına uğraması sebebiyle zarara uğradığının belirtildiği, şikayet dilekçesi ekinde ise yatırımcı ile davacı şirketin müşteri temsilcileri arasında WhatsApp uygulaması üzerinden yapılan yazışmaların bulunduğu görüldüğünden, davalı idare tarafından söz konusu yazışmaların yapıldığı telefon hatlarının kime ait olduğu hususunun telekomünikasyon şirketlerine sorulduğu ve cevap yazılarından numaralardan birinin davacı şirkete ait olduğunun anlaşıldığı, davalı idarece davacı şirketten konuyla ilgili tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenilmesi üzerine davacı tarafından sunulan belgeler arasında söz konusu WhatsApp yazışmalarına ilişkin kayıtların bulunmadığı, anılan yazışmaların içeriğinin özel yazışma kapsamında olmadığı, yatırımcının aracı kurum üzerinden gerçekleştirdiği faaliyetlerine yönelik yazışmaların WhatsApp üzerinden yapıldığı, yazışma içeriklerinin anılan Tebliğ'in 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca saklanması zorunlu belgelerden olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, davacının WhatsApp yazışmalarının özel nitelikte olduğu ve anılan Tebliğ'deki düzenlemelerden muaf olduğu iddiasına, yazışma içeriklerinin aracı kurum faaliyetlerine yönelik olması ve WhatsApp yazışmalarının anılan Tebliğ'deki düzenlemelerden muaf olduğunun kabulünün mevzuatın amacı olan şeffaflık ve denetim kolaylığını bertaraf edeceğinden itibar edilmediği belirtilmiştir. Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: ... Bölge İdare Mahkemesi... İdari Dava Dairesi'nce; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, konuyla ilgili olarak savunmalarının alınmadığı, herhangi bir savunma istenilmeden verilen cezanın hukuka aykırı olduğu, ihlal edildiği belirtilen Tebliğ maddesine WhatsApp uygulamasının dahil edilmesinin mümkün

olmadığı, şirket personelinin kendi adına kayıtlı WhatsApp vb. diğer elektronik uygulamaların kayıtlarının tutulmasının kişisel hakların ihlali anlamına geleceği, taraflarının bilgisinde olan ve belgelendirilebilen tüm kayıtların düzenli olarak saklandığı, gerçeğe aykırı gerekçelerle üst sınırdan verilen idari para cezasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu işlem ile temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararının hukuka uygun olduğu belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİNİN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek gereği görüşüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME : Bölge idare mahkemesi kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür. Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU : Açıklanan nedenlerle; 1. Davacının temyiz isteminin reddine, 2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddi yolundaki ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'nin ... tarih ve E:..., K:... sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, anılan kararın ONANMASINA, 3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine, 5. 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca, bu kararın taraflara tebliğini ve bir örneğinin de ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesini teminen dosyanın ...İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 28/05/2024 tarihinde kesin olarak oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY : Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ'in (III-45.1) 5. maddesinde; yatırım kuruluşlarının müşterileriyle işlem yapmaya başlamadan önce, sunulacak faaliyet ve hizmete ilişkin III-39.1 sayılı Tebliğ uyarınca bir "sözleşme" yapmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Aynı maddede yatırım kuruluşlarının 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 31/01/2015 tarih ve 29253 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak "çerçeve sözleşme" akdedebileceği düzenlenmiştir. Anılan III-45.1 sayılı Tebliğ'in "Müşteri emirleri" başlıklı 8. maddesinde, "(1) Yatırım kuruluşları müşterilerden yazılı ya da sözlü olarak emir kabul edebilir. (2) Müşterilerden seanstan önce veya seans sırasında telefon, faks, otomatik para çekme makinesi (ATM) kullanılmak suretiyle, elektronik ortamda ya da benzeri şekillerde imza alınmaksızın emir alınabilir. Bu emirler genel hükümler açısından sözlü emir niteliğindedir. Yatırım kuruluşlarınca telefon ile alınan müşteri emirlerine ilişkin ses kayıtlarının, faks yoluyla alınan emirlere ilişkin talimatın ve gün içinde faks ile iletilen tüm emirlerin yatırım kuruluşuna ulaştığı tarih ve zaman bilgilerini içeren toplu dökümün, internet üzerinden alınan emirler de dahil her ne türlü olursa olsun elektronik ortamda diğer şekillerde alınan emirlerde tarih, zaman ve müşteri bazında olmak üzere emri ileten müşterilere ilişkin IP (Internet Protokol) numaraları kayıtlarının, emri veren kaynağı gösterecek şekilde gerekli elektronik log kayıtlarının, emri alan yatırım kuruluşlarınca tutulması ve elektronik ortamda tutulan verilerin gerektiğinde

yazılı hale dönüştürülebilecek şekilde hem emir iletimine aracılığa yetkili yatırım kuruluşu, hem de lehine faaliyet gösterilen yetkili yatırım kuruluşu tarafından tutulması zorunludur. (3)Sözlü alım satım emirlerine dayanılarak yapılan işlemlerde, sözlü emrin varlığını ispat yükü yatırım kuruluşuna aittir. (4) Alım veya satım emri vermesine rağmen herhangi bir işlem gerçekleştirilmediğini iddia eden müşteri, emri verdiğini ispatla yükümlüdür." düzenlemesi yer almıştır. Yatırım kuruluşlarının müşterileriyle imzalayacakları sözleşmelerde, müşteri emirlerinin sözlü ya da yazılı olarak nasıl iletileceği hususunda III-45.1 sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin belirlediği sınırlar içinde kalmak suretiyle gerekli düzenlemelerin yapılması ve uzaktan iletişim araçlarının belirlenmesi zorunlu bulunmaktadır. Sözleşmede, uzaktan iletişim araçları arasında belirlenecek olan telefon numaraları üzerinden müşterilerin verdiği sözlü emirlerin ses kaydının tutulması ise yatırım kuruluşunun sorumluluğundadır. Müşterilerin, sözleşmede belirlenen telefon numaraları üzerinden özel bir mesaj uygulaması olan WhatsApp isimli mesajlaşma programı aracılığıyla emir verip veremeyeceği hususunun sözleşmelerde hiçbir tereddüte yol açmayacak şekilde açıkça belirlenmiş olması gerekir. Çünkü WhatsApp mesajlaşma programı aracılığıyla verilecek olan müşteri emirlerinin, bu mesajların her zaman kolayca silinebilme özelliği nedeniyle sağlıklı ve güvenilir olup olmadığı tartışmalıdır. Dolayısıyla bu mesajlaşma programı aracılığıyla verilen emirler nedeniyle ortaya çıkması kuvvetle muhtemel sorunları önlemek için, tarafların imzaladığı sözleşmelerde, WhatsApp isimli mesajlaşma programı aracılığıyla emir verip verilemeyeceği hususunun mutlaka açıklığa kavuşturulup düzenlenmiş olması gerekir. Sözleşmelerde bu konuda bir düzenleme yapılmadığı sürece, bu mesajlaşma programının müşteriler tarafından kullanılması ve yatırım kuruluşlarının bu mesajları kaydederek işlem yapması hukuki tartışmaları da beraberinde getirecektir. Başka bir ifade ile, yatırım kuruluşu ile müşterileri arasında imzalanan sözleşmelerde açık bir kural olmadığı sürece, WhatsApp mesajlaşma programı aracılığıyla verilen müşteri emirleri, sözleşme ilişkisi dışında verilen emir niteliğindedir. Müşteriler tarafından sözleşme ilişkisi dışında verilen bu şekildeki emirlerin yerine getirilip getirilmeyeceği, yerine getirilirse müşteri temsilcilerinin ve yatırım kuruluşunun hukuki sorumluluğunun doğup doğmayacağı yeni hukuki tartışmalara neden olacaktır. Bu itibarla, yatırım kuruluşlarının müşterileri ile imzaladıkları sözleşmelerde, WhatsApp isimli mesajlaşma programı aracılığıyla emir vermelerine imkân tanıyan bir düzenleme olmamasına rağmen, sermaye piyasasında düzenleyici ve denetleyici otorite olan Kurul'un, güvenilirliği tartışmalı olan bu müşteri emirlerinin yatırım kuruluşu tarafından kaydedilerek işleme konulmasını zorunlu kabul etmesi sözleşme hukuku ile bağdaşmamaktadır. Zira sözleşmede açık bir kural olmadığı sürece müşteri temsilcilerinin, WhatsApp mesajlaşma programı aracılığıyla müşterilerden gelecek emirleri yerine getirip getirmeme noktasında tereddüt yaşaması kaçınılmazdır. Dolayısıyla Kurul'un, davacı yatırım kuruluşunu, müşterisiyle olan ilişkisinde sözleşme dışına çıkmaya zorlaması ve sözleşmede belirlenmeyen iletişim yöntemleri üzerinden verilen müşteri emirlerini kayıt etmekle yükümlü görmesi hukuken kabul edilemez. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, WhatsApp mesajlaşma programı kullanılarak yapılan yazışmaların işveren tarafından denetlenmesi kapsamındaki uyuşmazlıklarda, derece mahkemeleri tarafından devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında çıkarların dengelenmesi ve müdahalenin ölçülülüğünün irdelenmesi kapsamında gözetilmesi gereken genel ilkeleri belirlediği B.No:2018/34548, 28/12/2021 tarihli kararında; somut olayın koşullarına göre iş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği, tarafların bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, çalışanların temel haklarına yönelik müdahalede bulunulmasına neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı, sözleşmenin feshinin çalışanların eylem ya da eylemsizlikleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığı hususlarının uyuşmazlığın çözümünde gözetilmesi gerektiğini tespit etmiş bulunmaktadır. Anılan kararda; "Öncelikle işyerinde kullanıma tahsis edilen bilgisayar üzerinden yapılan iletişimin denetlenebileceğine ve iletişim

araçlarının kullanım koşullarına ilişkin olarak önceden tam ve açık bir bilgilendirme yapılmadığı hâllerde temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de korunacağı yönündeki haklı beklentiyle çalışan kişinin işyeri bilgisayarı üzerinden kişisel yazışmalar yapabileceğinin işveren tarafından da öngörülebilecek bir durum olduğu vurgulanmalıdır. Buradan hareketle çalışana açık bir bilgilendirmenin yapılmadığı hâllerde hak ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda çalışanların makul bir beklenti içinde olacaklarının kabul edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerektiği söylenebilir (B.No: 2018/34548, 28/12/2021, §40)." değerlendirmesi yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen ilkeler somut olaya uygulandığında, davacı yatırım kuruluşunun çalıştırdığı müşteri temsilcisinin kullanımına verdiği cep telefonunda WhatsApp mesajlaşma programı kullanılarak yapılan yazışmaların işveren tarafından denetlenebilmesi için, yatırım kuruluşlarının müşterileri ile imzaladıkları sözleşmelerde, WhatsApp isimli mesajlaşma programı aracılığıyla emir vermelerine imkân tanıyan bir düzenlemenin mevcut olduğu, müşteri emirlerinin kaydedileceği ve gerektiğinde yazışmalarının denetleneceğine dair bilgilendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Müşteri temsilcisine sözleşme üzerinden ya da farklı bir yöntem ile böyle bir bilgilendirmenin yapılmadığı bir durumda, Sermaye Piyasası Kurulu'nun, yatırım kuruluşuna müşteri temsilcisinin kullanımına verdiği cep telefonundaki WhatsApp mesajlaşma programı kullanılarak yapılan yazışmaların denetlenmesini zorunlu kılması, müşteri temsilcisinin özel hayatının ve haberleşmesinin gizliliğinin korunması konusundaki makul beklentisine aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, davacı yatırım kuruluşunun, çalışanı müşteri temsilcisinin özel hayatının ve haberleşmesinin gizliliğinin korunması konusundaki makul beklentisine aykırı davranmaya ve bilgilendirme yapmadan müşteri temsilcisinin kullanımına verdiği cep telefonundaki WhatsApp mesajlaşma programını kullanılarak yaptığı yazışmaları denetlemeye zorlanamayacağı sonucuna ulaşıldığından, davalı idare tarafından, davacı yatırım kuruluşuna, müşteri temsilcisinin kullanımına verdiği cep telefonunda WhatsApp mesajlaşma programı kullanılarak yapılan yazışmaların kaydedilmediği ve bu yazışmaların istenildiği hâlde verilmediği gerekçesiyle idari para cezası uygulanmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine dair Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği oyu ile aksine verilen karara katılmıyorum.