

6. OTURUM

TEBLİĞLER

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA GÜVENDEN DOĞAN
SORUMLULUK**

Prof. Dr. Ahmet BATTAL

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KARŞILIKLI İŞTİRAK**

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN
UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN HÂKİM TEŞEBBÜS KAVRAMI**

Yrd. Doç. Dr. Kağan SUSUZ

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DENKLEŞTİRME**

Yrd. Doç. Dr. Aşlı E. GÜRBÜZ USLUEL

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUK

Prof. Dr. Ahmet BATTAL*

ÖZET

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun 203. maddesi yeni bir sorumluluk davası kaynağı içermektedir. Buna göre, şirketler topluluğunda, bağlı şirketin, kendi iktisadi faaliyetlerinde hakim şirkete duyulan güvenden faydalanması halinde, bu faaliyetin sonuçlarından hakim şirket de sorumlu tutulabilecektir. Güven sorumluluğu denilen bu sorumluluk, hukukun genel prensiplerinden biri olarak MK 2’de yer alan iyiniyet prensibi ya da dürüstlük kuralının şirketler hukuku alanına somut bir yansımasıdır.

Makalede bu sorumluluğun şartları ve sınırları ele alınmıştır. Özetle,

Hükmün kaynağı MK. 2’deki güven sorumluluğudur. Bu iki sorumluluk da doğrudan kanundan doğan bir sorumluluk türüdür.

TTK. 203’teki özel hükmün uygulanamayacağı hallerde MK. 2’deki güven kuralı bir sorumluluk kaynağı olarak devam eder. Diğer ifadeyle TTK. 203 hükmü sorumluluk davasında davanın “hukuki sebebi”ni “çoğaltan” bir etki yapar.

Hükmün uygulanabilmesi için TTK. 195. maddede düzenlenen mânâda bir şirketler topluluğu bulunmalıdır. Ancak şirketler topluluğunun hakiminin mutlaka bir şirket olması gerekmez. Gerçek kişilere ait iktisadi teşebbüsler de bir topluluğa hakim olabilir ve bu kapsamda sorumlu tutulabilir.

Hakimiyet dışındaki işbirliği hallerinde güven sorumluluğu söz konusu olmaz.

Bu maddedeki sorumluluk davasının muhatabı hakim şirket ya da işletmecidir. Asıl sorumlu durumundaki bağlı şirket ile birlikte sorumlu tutulacaktır. Diğer deyişle bu özel hüküm davalı sayısını artırmaktadır. Bu sebeple bu sorumluluk davası ile ilgili kurallar asıl davanın kuralları ile aynıdır.

Hakim sorumluluk davasının kararında hakim şirket ile bağlı şirket arasındaki rücu ilişkilerini de çözüme kavuşturmak zorundadır.

Hakim şirketin itibarı, aslında, hakim şirketin işletme adı, ticaret unvanı ve markasının itibarı ile ilişkilidir. Dolayısıyla, bilhassa itibarın tesbitinde, marka hukukunun bazı ilkelerinden faydalanılabilir.

Hakim şirketin sorumluluğunun başlaması için topluluğun itibarının bağlı şirketin iktisadi faaliyeti sırasında topluma güven verecek seviyeye yükselmiş olması gerekir. Seviyenin tesbitinde “tanınmış marka” ve “iyi bilinen marka” ölçeklerinden faydalanılabilir.

Güvenin ölçüsü sübjektif olacaktır. Her bir somut olayda hakim şirkete güvenen ve güveni korunmaya değer olan kişi için dava hakkı vardır.

Güven sorumluluğu kuralından, topluluğun itibarına duyduğu haklı güven hukuken korunmaya değer seviyeye çıkmış bulunan herkes faydalanabilir. Ancak, banka

* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
abattal@turgutozal.edu.tr, drbattal@yahoo.com

ve benzeri imtiyazlı kuruluşlar için, görünüşe güvenmiş olmak gibi durumlar bir hak kaynağı olamaz.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, güven sorumluluğu, güvenden doğan sorumluluk, hakim şirket, bağlı şirket, şirketler hukukunda hakimiyet ilişkisi, şirketler hukukunda bağlılık ilişkisi, Medeni Kanununun 2. maddesi, ticari itibarın aktarılması.

ABSTRACT

Section 203 of the New Turkish Commercial Code 6102 (the new TCC) contains a new source for liability case. According to the section, if an affiliated company while carrying out its own activities takes advantages of the trust of the dominant company, the dominant company may be regarded responsible for the results of the affiliated company's activities. The liability which is called trust responsibility is basically an application of the general principles of the law as laid down in s. 2 of the Turkish Civil Code (the CC) to the company law.

This article deals with the conditions and limits of the responsibility. The source of s. 203 of the new TCC is trust responsibility of s. 2 of the CC. The two liabilities are directly inserted in the Acts.

Where special provision of s. 203 of the new TCC cannot be applied, the trust rule of s. 2 of the CC shall be applied as a source of liability. In other words, in a liability case, s. 203 of the new TCC shall have a multiplier effect with regard to "legal reasoning".

In order to apply s. 203 of the new TCC, there has to be a group of companies as defined in s. 195 of the TCC. But, there is no need for the dominant company to be a commercial company. Business enterprises of sole traders may be the dominant firm. Therefore, such a firm may be liable.

In other cooperation where there is not a dominant company, there cannot be trust liability. The defendant of this type of liability cases is the dominant enterprise, either a company or an unincorporated firm. The company will be liable as the affiliated main liable company. In other words, this special provision increases the number of defendants. Therefore, rules that governing the main liability cases are the same.

The judge has to solve the recourse disputes between the dominant company and its affiliated company. The reputation of the dominant company, in fact, depends upon the reputation of the business title, the business name and the trademarks of the dominant company. Therefore, in order to determine the value of the reputation, some principles of trademark law should be taken into account. In order to make the dominant company liable, the reputation of each member of the group of companies as a whole should be reached a point where the society feels that the members of the groups as a whole is a sound and trustworthy. The rules in determining "well-known trade mark" and "famous trade mark" may be applied in determining reputation of the group of companies.

Trustworthiness of the group of companies shall be subjective. Every person who trust in the dominant company and his trust worth for protection has right to sue the dominant company. But, for the banks and other privileged firms, rules for "apparently confident" shall not apply. In other words, in such a situation, such firms may have no right to sue.

Keywords: *Group of companies, trust responsibility, responsibility arising out of trust, dominant enterprise, affiliated company, dominant relationship in company law, commitment to relationship in company law, section 2 of the Turkish Civil Code, transfer of good commercial reputation.*

A. GİRİŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu şirketler topluluğunu ayrıntılı olarak düzenlemiş, topluluk içi ilişkileri netleştirmiş ve bu bağlamda “güvenden doğan sorumluluk” başlıklı 209. maddede topluluk içi ilişkilerin dışı yansımalarının bir sonucuna yer vermiştir.

Bir şirketler topluluğu bünyesindeki bir şirkete duyulan haklı ve meşru güven hakim şirkete veya genel olarak topluluğa duyulan güvenin bir parçası ya da bir yansıması durumunda ise, bu bu güvenilirlik hali, güvenilen için güvenene karşı bir sorumluluk sebebi olacaktır.

Bir sorumluluk kaynağı durumundaki bu düzenleme kanun koyucular için yenidir. Ancak somut olayda özel hükmün adaleti tesis etmeye yeterli olmadığı hallerde devreye girmek üzere tasarlanmış yedek hüküm durumunda olan MK. 2 hükmü de “çelişkili davranış yasağı” koymak suretiyle bir tür güven sorumluluğu öngördüğüne göre, TTK. 209’daki özel hüküm MK. 2’nin bir özel uygulaması sayılmalıdır.

Madde gerekçesi hükmün niteliği ve amacı hakkında bazı ipuçları vermektedir. Ancak sınırları doktrin çalışması ve içtihatlarla çizilecek ve hükmün isabetli olup olmadığı da ileride bu çalışmalar ve gelişmeler ışığında değerlendirilecektir¹.

Aşağıda bu hükümle ilgili muhtemel sorular sorulacak ve muhtemel cevaplar ele alınacaktır. Belirtelim ki konu doğrudan Marka Hukuku ile ilgili olmamakla birlikte hakim şirketin ve topluluğun itibarı ticari itibar niteliğindedir ve dolayısıyla bulunacak çözümler, bilhassa hakim şirketin marka ve benzeri ticari isimlerinin değeri, tanınırlığı ve itibarı ile ilgilidir. Bu sebeple aşağıda yeri geldikçe Marka Hukuku kavramlarına atf yapılacaktır.

B. HÜKMÜN NİTELİĞİ VE GEREKÇESİ

Yeni Türk Ticaret Kanununun “Güvenden doğan sorumluluk” başlıklı 209. maddesi şu şekildedir:

“Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.”

Madde gerekçesi ise şu şekildedir:

“Türkiye bu hükmü ile, Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesinin Wibrul/Swissair kararı (BGÉ 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern’in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülkedir. Sorunun özel ve dar bir şekilde görünüşü ‘patronaj açıklaması’dır. Hükmün amacı bir şirketler topluluğu bağlamında hâkim şirketin toplumda veya daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır.

“Bağlı şirketler çoğu kez üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklamlarda zikretmekte bu yolla kendilerine müşteri

¹ Konu hakkında ülkemizde yapılmış ilk monografik çalışma Y. Doç. Dr. Asuman Yılmaz’ın TTK. henüz tasarı halinde iken 2010 yılında yayınlanmış olan “Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk” adlı ayrıntılı ve mukayeseli eseridir.

Yazar eserine isim olarak “Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk”u seçmiştir. Bu cümle “Şirketler Topluluğuna Güvenmekten Doğan Sorumluluk” yani “şirketler topluluğunun güvenden doğan sorumluluğu” olarak anlaşılmaya uygundur. Oysa kanundaki düzenleme “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk” yani “şirketler topluluğu uygulamasında, bağlı şirketle kurulan hukuki ilişkide hakim şirkete duyulan güvenden dolayı hakim şirketin sorumluluğu” şeklinde anlaşılmaya daha uygundur.

bağlamakta, ticarî menfaat sağlamaktadır. Adı anılan şirketler topluluğunun toplumda yüksek itibarı haiz olduğu durumlarda bu kazanç yüksek olmaktadır.

“Kullanılan topluluk adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükseltilmesinin temelinde, o topluluğun üyesi olan şirketin, düriüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni vardır. İtibarın kullanılması ise, somut olaya göre belirlenir. Kullanılma için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir. Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır. Bu sebeple sorumluluğun merkez şartı, ‘itibarın kullanılması’dır. Kullanma yoksa, sadece topluluğa ‘mensubiyet’, sorumluluğu doğurmaz.

“Her şirketler topluluğu hükmün kapsamında değildir. Bir topluluğun kapsama girebilmesi için itibarının topluma veya tüketicie güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Bu da, somut olaya göre belirlenir.”

Görüldüğü üzere, gerekçe, bu madde hükmü hakkında akla gelebilecek birçok sorunun cevabını kısa da olsa vermektedir.

C. HÜKMÜN YORUMLANMASINA YARDIMCI SORULAR VE CEVAPLAR

1. TTK. 209’da tarif edilen biçimiyle güvenden doğan sorumluluğun ön şartı nedir?

Ön şart, TTK. 195. maddede düzenlenen mânâda bir şirketler topluluğunun bulunmasıdır. 195/5’te de belirtildiği üzere şirketler topluluğunun hakiminin bir şirket değil de bir “teşebbüs” olduğu hallerde de yine bu madde kapsamında bir topluluk hali vardır. Dolayısıyla bağlı şirketin kullandığı güven hakim teşebbüsün itibarı ise 203. madde hükümleri bu halde de geçerli olacaktır. Öte yandan, topluluk ilişkisinin herhangi bir sebeple ve herhangi bir şekilde bitmesinden sonra da, güvenin intikali devam ediyorsa sorumluluk gündeme gelebilmelidir.

Bilhassa ilişkinin sona erdiğinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olması veya hakim ya da bağlı şirketin web sayfasında yayınlanmış olması gibi durumlar, tek başına, güven sorumluluğunu sona erdiren haller olarak kabul edilmemelidir. Zira güven sorumluluğu kendisi zaten şekli hukukun yetersizliğine karşı getirilmiş bir çözümdür ve diğer bir şekli hukuk kuralı yardımıyla bertaraf edilmesi amaca uygun olmasa gerektir.

O halde özet olarak, kanunda şirketler topluluğu olarak tarif edilip netleştirilmiş olan haller dışındaki birleşmelerde ve işbirliği hallerinde bu maddeden doğan bir sorumluluk söz konusu edilemez.

Bu konuyu netleştirebilmek üzere, 203. madde kapsamına girmeyecek bazı işbirliği örneklerini saymakta fayda vardır:

1.1. İşbirliği anlaşmaları, yatay birleşmeler ve benzeri hallerde bu madde hükümleri uygulanamaz.

1.2. Uygulamada “... şirketinin çözüm ortağı” gibi isimler altında kendisini tanıtan ve bir başka işletmenin acentesi, komisyoncusu, bayii ya da reklam ve pazarlama departmanı gibi faaliyet gösteren işletmeler ile ana işletme arasında 195. madde mânâsında bir hakimiyet ve yine kanunun tarif ettiği bir “topluluk ilişkisi” yoksa 203’ün uygulanması da söz konusu değildir.

1.3. Yan faaliyet konularında ya da yardımcı faaliyet alanlarında dışarıdan hizmet tedarik ederek (outsourcing usulü ile) faaliyet gösteren banka ve benzeri şirketler ile tedarikçisi arasındaki ilişki de -tedarikçinin müşteri çevresi yönünden bir itimada sebep olsa dahi- şirketler hukuku mânâsında bir “topluluk ilişkisi” değilse bu madde anlamında bir güven sorumluluğu doğurmaz.

1.4. Bir markanın fiilen birden çok işletme tarafından kullanılması ya da akdî olarak ortak marka oluşturulmak suretiyle kullanılması gibi hallerde marka hakkı sahibinin ya da diğer ortakların markaya duyulan güven sebebiyle sorumlu olması gerektiğinden söz edilemez.

Ancak bilhassa ortak marka örneğinde de olduğu üzere, MK 2'den yola çıkılarak güven sorumluluğuna ulaşılmışın söz konusu olabileceği bazı somut hallerde, kanun koyucunun TTK. 209 ile ortaya koyduğu irade ve çözüm tarzı uygulamada bir emsal hüküm olarak işe yarayabilir.

2. Güvenden doğan sorumluluğun tek yolu TTK. 209 kuralı mıdır?

TTK. 209 hükmü MK. 2'nin şirketler hukukunda ve şirketler topluluğu alanında uygulanmasından ibarettir.

O halde genel hükümlerden yola çıkılarak da güvenden doğan bir sorumluluğa ulaşılabilecek haller bulunabilir. Diğer deyişle bu hüküm bir tür genel hüküm olmakla birlikte bir yünden de şirketler topluluğunun ilişkilerine uygulanacak özel hüküm niteliğinde olduğundan hukukun genel ilkelerinden yola çıkılarak elde edilen “güven sorumluluğu kuralları”nı bertaraf etmemektedir.

Nitekim bu kanundan önce de, yargı kararlarında, MK. 2'den yola çıkılarak, bir güven sorumluluğu söz konusu edilebilmekte idi². Kanaatimizce bundan sonra da şirketler topluluğunda cari olan güven dışındaki korunmaya değer güven hallerinde yine güven sorumluluğu söz konusu olmaya devam edecektir. Sadece, bu madde mânâsında güvenden doğan sorumluluk için bu maddenin öngördüğü kurallar geçerli olacaktır.

3. Şirketler topluluğunda hakim şirketin bağlı şirketin müşterisine karşı sorumluluğu için mutlaka bu maddede yazılı kuralı mı geçerli olacaktır?

Diğer deyişle bu madde kapsamına giremeyen bazı hallerde de, yine genel hükümlerden yani MK. 2'den yola çıkılarak, hakim şirketin sorumluluğuna hükmedilebilmeli midir?

Kanaatimizce evet. Zira kanun koyucu şirketler topluluğunda güven sorumluluğu açısından MK. 2'yi bertaraf etmek isteseydi TTK. 209 hükmünü daha farklı bir biçimde yazmalı idi. Böyle olmadığına göre MK 2'nin hükmü ve etkisi şirketler topluluğu için de sürmektedir.

Ancak kabul edilmelidir ki şirketler topluluğunda güven sorumluluğu açısından MK. 2'nin uygulama alanı TTK. 209'la netleştirilmiş olmakla aslında önemli ölçüde daraltılmış da olmaktadır.

Özetle TTK. 209 hükmü sorumluluk davasında davanın “hukuki sebebi”ni “çoğaltan” bir etki yapacaktır.

4. Güvenden doğan sorumlulukta “sorumlu” kimdir?

Sorumluluğun muhatabı, madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, şirketler topluluğunun sahip olduğu itibarı kendi bünyesinde merkezileştiren hakim şirkettir.

TTK. 195/5'te ifade edildiği üzere hakim şirketin bir şirket değil de tüzel kişiliği bulunmayan bir teşebbüs olması halinde teşebbüs (yani onu işleten gerçek kişi ya da kişiler) tacir sayılacak ve davaya da bu teşebbüs (yani teşebbüsü işleten gerçek kişi ya da kişiler) muhatap olacaktır.

İç içe hakimiyet hallerinde (ana şirket, yavru şirket ve torun şirket hallerinde) itibarından faydalanılmış olan şirket hangisi ise sorumluluk da o şirket üzerindedir.

² Örnek için bkz. Battal, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Doğentlik Tezi, Ankara-2001, vweb erişimi: http://www.turgutozal.edu.tr/abattal/contents/abattal/files/Bankalar_Hukuk_Sorumluluğu.pdf

İlgili kişiler bu madde kapsamındaki hak talebini hakim şirkete yönelteceklerdir. Ancak bu talep ilgili kişilerin asıl sorumlu bağlı şirketi dava etmelerine elbette engel olmayacaktır.

Diğer deyişle 209 hükmü şu şekilde de okunabilir:

“Topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden hâkim şirket de sorumludur.”

O halde TTK. 209 hükmü, güvenden doğan sorumluluk hallerinde sorumlu kişiyi değiştiren bir hüküm değil, sorumlu sayısını artıran bir düzenleme durumundadır.

Bununla birlikte bilhassa hakim şirketin tek ortak durumunda olduğu bağlı şirketlerde bağlı şirketin tüzel kişiliği hakim şirket tarafından sadece kendisinin kararı ve irade beyanı ile bertaraf edilebildiğinden bu hallerde önemli olan hakim şirketin sorumluluğu olup hakim şirketle birlikte bağlı şirketin de sorumlu olması oldukça sınırlı bir anlam ifade etmektedir.

5. Güven sorumluluğu her şirketler topluluğunda ve her hakim şirket için kendiliğinden geçerli midir?

Gereğinin son paragrafında da bildirildiği üzere bu hüküm her şirketler topluluğu için kendiliğinden geçerli sayılamaz. Önemli olan, şirketler topluluğunun itibarının topluluğa dahil şirketin müşteri çevresini oluşturan topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olup olmadığıdır.

Bu aşamada güven ve itibar kavramları hakkında bazı bilgiler vermek gerekir:

Madde hükmünde yer alan güven kelimesi, günlük dilde, eski dildeki itibar ve itimat kelimelerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu ise itibar ve güven kelimelerini ayrı ayrı mânâlarda kullanmak suretiyle itibarı güvenden ayırmıştır. Böylece itimat yerine güvenin kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Bir güven ilişkisinde güvenilen tarafın sıfatı olan “itibar sahibi (muteber) olmak” güvenilir olmak demektir ve güvenin sebebidir. Güvenen tarafın davranışının adı ise itimat etmek yani güvenmektir.

Bu durumda hükmün uygulanabilmesi için hakim şirketin ve dolayısıyla topluluğun itibarının olağan (alelade) itibar seviyesini aşır “topluma veya tüketiciye güven veren” özel bir itibara dönüşmüş olması gerekir.

6. İtibarın tüketiciye güven veren bir seviyeye çıkmasının ölçüsü nedir?

Gereğede bu sorunun cevabına yardımcı olabilecek cümle şöyledir:

“Kullanılan topluluk adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükseltilmesinin temelinde, o topluluğun üyesi olan şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni vardır.”

Bu cümleden yola çıkarak itibarın varlığının tesbit edilebilmesi için şu unsurlar teklif edilebilir:

-Hakim şirketin kolay hatırda kalan bir adı ya da markası veya logosu olmalı ve bu işaret çağrışım yoluyla şirketler topluluğunu hatırlatıyor olmalıdır.

-Halk veya daha dar anlamda tüketici, bağlı şirkete, topluluğun adına da güvenerek yöneliyor olmalıdır.

-Bu yöneliş bağlı şirketin rekabet gücünü ve dolayısıyla pazar payını artırıyor olmalıdır. (Kârlılığın artıp artmadığı işletmecilik başarısı ve piyasa şartları ile ilgilidir ve ayrı bir husustur).

-Bu tercihte ve bağlı şirketin pazar payının böylece yükselmesinin temelinde şu unsurlar yatıyor olmalıdır: “Topluluğun üyesi olan şirketin dürüst hareket edeceği,

verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve her şeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni”.

Belirtelim ki aynen tanınmış markada olduğu gibi topluluk itibarında da zaman itibarıyla değişkenlik kaçınılmazdır. Dolayısıyla tanınmış marka kriterlerinde olduğu gibi topluluk itibarında da önceye veya sonraya yani başka bir zamandaki duruma değil, sorumluluk davasına dayanak yapılan güveni içeren içeren somut olayın gerçekleştiği tarih itibarıyla böyle bir itibarın var olup olmadığına bakılacaktır.

7. Bir topluluğun itibarının tüketiciye güven veren bir seviyeye çıktığı nasıl anlaşılabilir?

Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“İtibarın kullanılması ise, somut olaya göre belirlenir. Kullanılma için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir. Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır. Bu sebeple sorumluluğun merkez şartı, ‘itibarın kullanılması’dır. Kullanma yoksa, sadece topluluğa ‘mensubiyet’, sorumluluğu doğurmaz.”

Bağlı şirket, faaliyetlerinde topluluğun adını, markasını, logosunu ve imajını kullanıyorsa bundan bir fayda elde etmeyi istiyor ve umuyor demektir. Bu ise ancak bazı hallerde topluluğun imajının ve itibarının kullanılmasına değer ölçüde yüksek olduğunu gösterir.

Ayrıca topluluğun, Marka Hukukunda bilinen adıyla tanınmış marka türlerinden biri olan “iyi bilinen marka”ya sahip olması da bu itibarın varlığına işaret eder. Bu markanın alt markalarla desteklenen jenerik marka niteliğinde olması durumu ve sonucu değiştirmez. Yine bu markanın bir logo olarak kullanılması da mümkündür. Marka ya da logonun reklamlarda ve iş malzemelerinde kullanılması yeterlidir. Yeter ki bu kullanımlar itibarın kullanılması ya da itibardan faydalanılması amacıyla yapıyor olsun.

Bir şirketler topluluğunun bağlı şirketler ve işletmeler eliyle yürüttüğü faaliyetlerin bir ortak marka ya da jenerik marka altında yürütülüyor olması halinde işletmenin çevresindeki kişiler bağımsız bir işletme karşısında olduğunu değil bir çatı altında faaliyet gösteren birden çok işletmeden biriyle karşı karşıya olduğunu düşünür.

Bu zihni bütünleştirme faaliyeti, genellikle, bir ortak marka kullanılmasının bir sonucudur. (Bu ortak markanın 556 sayılı KHK.nin tarif ettiği biçimde ve teknik mânâsıyla yönergeye bağlanmış bir ortak marka olması gerekmez).

8. Güvenden doğan sorumluluk hükmü kimler lehinedir?

TTK. 209 hükmünden, topluluğun itibarına duyduğu haklı güven hukuken korunmaya değer seviyeye çıkmış bulunan herkes faydalanabilir.

Bu sebeple kanun koyucu “topluma veya tüketiciye güven veren” itibardan söz etmektedir. Diğer deyişle maddedeki “toplum” ve “tüketici”, sadece, itibarı algılayan iki grup anlamında olmak üzere değil, maddedeki haktan yararlanacak olanları tarif etmek üzere metne yerleştirilmiştir.

O halde toplumun tüm fertleri (gerçek ve tüzel kişiler) bu haktan faydalanabilir. Dolayısıyla gerekçede yer alan “halk veya daha dar anlamda tüketici” ifadesindeki “halk” sadece gerçek kişileri değil, yine gerekçede yer alan biçimiyle bütün müşterileri ihtiva eder. Yeter ki bu kişi hakim şirketin ve dolayısıyla topluluğun itibarına güvenmiş olsun ve bu güven haklı ve kabul edilebilir bir güven olsun.

Bu durumda tüketicilerin ayrıca sayılmasının sebebi nedir?

Kanaatimizce gerekçede yer alan “daha dar bir çevre olan tüketici” ifadesi bu sorunun cevabı için bir ipucu oluşturabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

kapsamında tarif edilen hukuki bir terim olan tüketici; sınırları ve nitelikleri belli bir mal ya da hizmet alıcısı grubunu ifade eder.

O halde tüketici niteliğine sahip kişiler ile bu niteliğe sahip olmayan gerçek ya da tüzel kişiler arasında, güvenin korunmaya değer haklı güven olması yönünden bir fark var sayılmalıdır. Tüketicilerin korunması ihtiyacı da zaten genellikle bu özel güven duygusunun suistimal edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Buna göre bu madde hükmünden en geniş mânâda faydalanacak olanlar sıradan tüketicilerdir. İkinci ve daha ağır şartlarla istifade edecek grup ise TTK. 18/2 gereğince basiretli davranış yükümlülüğüne tabi olan ve basiretsizliğinden bir mazeret olarak istifade edemeyecek olan tacirlerdir.

Buna karşılık, bankalar gibi özel itibar ve ihtisas müesseseleri için bu madde hükmünden faydalanmak, kanaatimizce, söz konusu edilemez. Zira bunlar, ticari ilişki içine girdikleri müşterilerinin grup içi ya da aile içi ilişkilerine kanunen dikkat etmesi ve kişileri birbirinden ayırt edebilmesi gereken müesseselerdir.

9. Güvenden doğan sorumluluğun kaynağı nedir?

Bu madde kapsamındaki güven sorumluluğu doğrudan kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Zira güvenen ve hak talep eden taraf ile kendisine güvenilen hakim şirket arasında akdî bir ilişki bulunmamaktadır.

Kurulmuş ya da kurulma hazırlıklarına başlanmış ve zarara sebep olmuş olan akdî ilişki, topluluk itibarına güvenen üçüncü kişi ile hukuken ilk ve aslî muhatabı durumundaki bağlı şirket arasındadır. Bu ilişkinin, taraflar arasında sözleşme içi veya sözleşme öncesi sorumluluk kuralları yardımıyla çözüme kavuşturulması, geniş anlamda sorumluluğun akitten doğması demektir.

TTK. 209 kapsamındaki davada ise akdî ilişkinin taraflarının dışında üçüncü bir kişi durumunda olan hakim şirketin “de” sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu sorumluluk, sorumluluk hukukuna ait çeşitli teoriler (mesela aslî edim yükümlülüğünden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisi) yardımıyla açıklanabilir. Ancak bu durum çözüm için TTK. 209’dan ve gerekirse MK. 2’den faydalanılması gerektiği yolundaki neticeyi değiştirmez.

10. Hakim şirket ve bağlı şirket arasındaki iç ilişki nasıl çözülecektir?

Hakim şirketin bağlı şirketin tüm paylarına sahip olmadığı durumlarda bu iki şirket hem hukuken hem de arka planındaki menfaat çevresi itibariyle farklı iki tüzel kişi demektir. Bu halde ise bu iki şirket arasındaki menfaat çatışmasının nasıl çözüleceği önem taşır.

Kanaatimizce TTK. 209 kapsamında hakim şirkete karşı açılmış bir sorumluluk davası ile bağlı şirkete karşı akitten doğan sorumluluk davasının birlikte açıldığı halde, mahkeme, bilhassa talep halinde ve bazı hallerde de re’sen, bu iki davalı arasındaki rücu ilişkisi hakkında da hüküm vermelidir.

Bu tür bir davada Borçlar Kanununun klasik müteselsil sorumluluk kuralları (Yeni TBK 61, 62) işlemeyeceği gibi farklı hukuki sebebe dayalı sorumlular arasındaki rücu kuralları da ancak bu hükmün amacına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Zira, MK. 2’den ve onun yansıması durumundaki bir özel hükümden doğmakla zaten davanın kendisi istisnaidir ve davalılar arasındaki dava arkadaşlığı ilişkisi de şirketler topluluğuna özgü bir tür “mecburi dava arkadaşlığı”dır. (Davanın bu yönünün Usul Hukuku uzmanlarınca ayrıca incelenmesi gerekir).

D. SONUÇ

Yeni TTK'nın 209. maddesi, MK. 2/2'de tarif edilmiş olan “çelişkili davranış yasağı”ndan yola çıkılarak da ulaşılabilecek olan güven sorumluluğunu somut ve özel bir kurala bağlamıştır.

Düzenlemenin gerekli ve isabetli olup olmadığını zaman gösterecektir.

Bilhassa sermaye şirketleri alanında son otuz yılda yaşanmış olan derbederlik ve dağınıklık nazara alındığında, yeni TTK ile getirilen diğer birçok düzenleme gibi bu düzenlemenin de doğru kullanılması halinde uygulama için faydalı olacağını düşünüyoruz.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KARŞILIKLI İŞTİRAK

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON*

ÖZET

Karşılıklı iştirak, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlemeye tabi tutulan bir kavramdır. Köpük sermaye yaratmak, şirket yönetiminde zafiyete yol açmak gibi sakıncaları olduğu düşünüldüğünden, karşılıklı iştirak bazı koşullarla yaptırıma bağlanmıştır. Birbirlerinin sermayesine iştirak etmiş olan şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin olup olmamasına göre, uygulanacak hukuki düzenleme değişiklik göstermektedir.

Anahtar kelimeler: Karşılıklı iştirak, şirketin kendi hisselerini iktisabı, hakimiyet, şirketler topluluğu

ABSTRACT

Cross shareholding is a concept regulated by the new Turkish Commercial Code. Since cross shareholding is believed to lead to undesired consequences such creating fictitious capital or causing a deficiency in company's management, it is sanctioned under certain conditions. The applicable legal rules vary according to whether or not there is a "dominance" relationship between the companies which have shares in each other's capital.

Keywords: *Cross shareholding, treasury shares, treasury stock, corporate groups, group of companies*

I. Kavram

Karşılıklı iştirak, genel olarak, iki şirketin, birbirinin sermayesine iştirak etmesi durumunu ifade etmektedir. Öncelikle, kolektif şirket haricindeki ticaret şirketlerinin ortakları tüzel kişi de olabileceğinden, bir şirket, başka bir şirketin sermayesine iştirak ederek onun ortağı olabilir. Ancak, kendisine iştirak edilen şirket, dönüp kendi ortağı konumunda olan şirkete iştirak ederse, o zaman her iki şirket birbirinin sermayesine iştirak etmiş olur ve genel anlamda karşılıklı iştirak durumu ortaya çıkar.

6762 sayılı Ticaret Kanunu (ETK), karşılıklı iştirak konusunda bir hüküm içermemekteydi. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ise, sermaye şirketlerinde karşılıklı iştirak durumunu ilgilendiren önemli bazı hükümler içermektedir. Bunlardan ilki, teknik bir terim olarak "karşılıklı iştirak"ı tanımlayan 197. madde, ikincisi ise anılan maddede tanımlanan "karşılıklı iştirak" durumuna sonuç bağlayan 201. maddedir. Bunların dışında, karşılıklı iştirakin yavru şirket - ana şirket arasındaki özel halini düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Bunlar, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ile, limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

Anılan düzenlemeler, özünde karşılıklı iştiraki caydırıcı bir yaklaşım içermekte ve karşılıklı iştirak durumunda, pahasıplığına bağlı bazı hakların donması gibi yaptı-

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

rımlar öngörmektedir. Bu yaklaşımın sebebi, karşılıklı iştirak durumunun, çeşitli yönlerden sakıncalı görülmesidir.

Bu çalışmada, önce karşılıklı iştirakin sakıncalarından bahsedilmiş, ardından da yeni TTK'nın karşılıklı iştirak konusundaki düzenlemeleri, ana hatlarıyla incelenmiştir¹.

II. Karşılıklı İştirakin Sakıncaları

Karşılıklı iştirak, biri sermayenin korunması, diğeri ortaklığın yönetimi ile ilgili iki temel noktadan sakıncalı görülmektedir.

A. Sermayenin Korunması İlkesi Açısından

Sermaye şirketlerinde geçerli olan sermayenin korunması ilkesinin temel kurallarından biri, sermayenin iadesi yasağıdır. Şirkete konulan sermayenin geri alınamayaacağı, anonim şirketler bakımından TTK m. 480 f.3, limited şirketler bakımından ise TTK m. 601'de ifade edilmiştir. Oysa karşılıklı iştirak durumunda, kendisine iştirak edilen şirket dönüp kendi ortağına sermaye koymayı taahhüt ederse, ortağının kendisine koyduğu sermayeyi ortağına geri vermiş olacağından, bu durum sermayenin iadesi yasağına aykırı görülmektedir.

Örneğin, A şirketi, B şirketinde 100 TL'lik sermaye sahibi olsa, B şirketi de bir sermaye artırımında dönüp ortağı konumundaki A'ya 100 TL'lik sermaye koysa, B, A'nın kendisine verdiği sermayeyi A'ya iade etmiş olacaktır.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler, iştirak ettikleri şirket kanalıyla kendi sermayelerine de iştirak etmiş olmaktadır. Örnekte, A'nın sermaye artırımında B'nin taahhüt ettiği 100 TL, aslında A'nın B'ye verdiği 100 TL olarak görüldüğünde, A kendi kendisine 100 TL iştirak etmiş sayılacaktır. Kağıt üzerinde A'nın sermayesi 100 TL artmış gözükse de, aslında şirketin malvarlığında gerçek bir büyüme olmamıştır. Bu durum, karşılıklı iştirakin varlığını bilmeyen üçüncü kişilere karşı, birinci şirketin sermayesinde artış olduğu, dışarıdan yeni sermaye geldiği şeklinde aldatıcı bir görüntü oluşmasına sebep olmakta ve şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin durumunu kötüleştirmektedir. Bu da gerçekte var olmayan, fiktif, köpük bir sermaye yaratmaktadır². Bu sebeplerle karşılıklı iştirak, sermayenin korunması ilkesine aykırı kabul edilmektedir³. TTK'nın, karşılıklı iştirak ile ilgili 197. maddesinin mehzazını oluşturan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (Aktiengesetz – AktG) 19. maddesinin gerekçesinde de, karşılıklı iştirakin, sermayenin şirkete getirilmesini, şirket bünyesinde korunmasını ve doğru şekilde kamuya açıklanmasını tehlikeye soktuğu belirtilmiştir⁴.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin ekonomik kriz zamanlarında birbirlerine destek olamayacakları, tam tersine, şirketlerden birinin zarara uğramasının, diğersinin değerini azaltacağı ve bunun da karşılıklı iştirak sebebiyle yine ilk

¹ Karşılıklı iştirak konusunun daha ayrıntılı incelemesi için bkz. **Okutan Nilsson, G.**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 161 vd.

² Bkz. TTK m. 197 Gerekçesi. Ayrıca, **Pulaşlı, H.** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, s. 1244.

³ **Emmerich/Habersack**, Konzernrecht, 9. Auf. München 2008 s. 76; **Schmidt, K.** Gesellschaftsrecht, 4. Auf. 2002 ("Schmidt, GesR") §31 II d, s. 946; **Windbichler, C.**, Aktiengesetz Grosskommentar, Bd. 1, §§15-22, 4. Auf. (Her. Hopt/Wiedemann), Berlin 1999, §19 N. 2; **Kropff, E.**, Aktiengesetz (Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs), Düsseldorf 1965 („AktG gerekçesi, Kropff“ olarak anılmıştır) AktG §19'un gerekçesi, Kropff, s. 34-35; **Koppensteiner**, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz B. 6, 3. Auf. (Her: Zöllner/Noack) Carl Heymanns Köln 2004, §19 N. 3.

⁴ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

şirkete ilave değer kaybı olarak geri döneceği, böylece iki şirketin birbirlerinde sahip oldukları sermayenin değerinin aşınması ile daha hızlı bir çöküşe sebep olacakları da bir sakınca olarak gösterilmektedir⁵. Aynı sakınca, şirketin kendi paylarını satın almasında da doğmaktadır⁶.

B. Şirket Yönetimi Açısından

Karşılıklı iştirakin ikinci sakıncası, yönetim kurullarının pay sahiplerine karşı bağımsızlaşmasında görülmektedir⁷. Zira şirketlerin birbirinde sahip olduğu paylar, bağımsız bir pay sahibi tarafından değil, her iki şirketin yönetim organı tarafından idare ve temsil edilecektir. Böylece yönetim organındaki kişiler, pay sahibi koltuğuna oturacaktır. Karşılıklı iştirak oranı arttıkça, yönetim organının da pay sahipleri karşısında gücü artar⁸. Bu durum, daha ziyade payları tabana yayılmış şirketler bakımından sakınca doğurur.

C. TTK'nın Gerekçesi'nde Belirtilen Sakıncalar

Kanun'un gerekçesinde, karşılıklı iştirak konusundaki 197. ve 201. maddelerin, "sermayenin sulandırılması (köpük sermaye), bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması gibi sorunları önlemeyi" ve "temelde kökenleri aynı olan payların yönetime etkilerinin sınırlanması"ni amaçladığı açıklanmıştır⁹. Dolayısıyla, TTK'nın da, ilgili maddeleri düzenlerken, yukarıda açıklanan sakıncaları değerlendirdiği ve bunları gidermeyi hedeflediği anlaşılmaktadır.

III. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Karşılıklı İştirak Halleri

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda karşılıklı iştirak, ilgili şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi yoksa, 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulmaktadır. 197. madde kanuni düzenlemeye konu olan "karşılıklı iştirak" halini tanımlamakta, 201. maddenin birinci fıkrası ise buna sonuç bağlamaktadır.

Buna karşılık, eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi varsa, diğer bir deyişle, karşılıklı iştirak konumunda bulunan şirketlerden biri diğerine hakim ise, bu kez 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası yerine, yavru şirketin ana şirket hisselerini iktisap etmesine ilişkin hükümler devreye girmektedir. Bu hükümler, 201. maddenin ikinci fıkrası ile, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ve limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

⁵ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁶ Bu konuda bkz. **Tekinalp, Ü.** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukukuk ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2011, N. 9-20, 21.

⁷ **Emmerich/Habersack**, s. 76; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 2; AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁸ Başta da belirtildiği gibi, kolektif şirket sadece gerçek kişi ortaklara sahip olabileceğinden, kolektif şirket bakımından karşılıklı iştirak söz konusu olamaz. Komandit ortaklıklar bakımından ise komanditer ortak tüzel kişi olabileceğinden (TTK m. 304 f. 3), komanditer ortak kanalıyla bir karşılıklı pay iktisabı durumunun meydana gelmesi düşünülebilir. Ancak komanditer ortak şirketi yönetmek hakkını haiz olmayıp, sadece olağanüstü iş ve işlemlerde oy hakkını haizdir. Öte yandan komandit şirketlerde oy hakkı da sermayeye bağlı olmayıp her ortağın bir oyu olduğundan, karşılıklı iştirakin yönetimde sağlayabileceği etki olsa olsa bir oyla sınırlı olabilecektir (TTK m. 309). Dolayısıyla karşılıklı iştirakin yönetsel sakıncaları, sermaye şirketleri açısından daha önemlidir.

⁹ Gerekçe, m. 197 ve m 201.

İlgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi bulunmaması durumu “basit karşılıklı iştirak”, hakimiyet ilişkisi bulunması durumu ise “nitelikli karşılıklı iştirak” olarak adlandırılabilir¹⁰. Aşağıda, anılan iki hal ayrı incelenmiştir.

B. Basit Karşılıklı İştirak

Basit karşılıklı iştirak olarak adlandırdığımız hal, *birbirleri arasında TTK 195. madde anlamında hakimiyet ilişkisi bulunmayan* iki şirket arasındaki karşılıklı iştirak halidir. Bu tip karşılıklı iştirak durumlarında, kanun, iki şirketin birbirinin sermayesine iştirak etmesini, sadece karşılıklı sermayeye iştirak oranının en az %25 olması durumunda dikkate değer bulmakta, karşılıklı iştirak oranının %25’in altında kalması haline ise herhangi bir sonuç bağlamamaktadır¹¹. Zira TTK 197. maddeye göre “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır*”. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, TTK, 197. maddede genel olarak iki şirketin birbirlerinin sermayesine iştirak etmesi durumu düzenlenmemekte, yalnızca karşılıklı iştirak oranı her iki yöne doğru en az yüzde yirmibeş olduğunda, konu Kanun’un kapsamına girmektedir.

Karşılıklı iştirak durumuna girmek için, *her iki şirketin de* diğerinde en az %25 oranında sermayeye sahip olması gerekir. Örneğin A şirketi B şirketinin %40 oranında payına sahip iken B şirketi de A şirketinin %10 oranında payını iktisap ederse TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak durumu yaratılmış olmaz. Her iki şirketin de birbirinde karşılıklı olarak en az %25 oranında pay iktisap etmiş olması aranır. Dolayısıyla, aralarında hakimiyet ilişkisi bulunmamak kaydıyla, iki şirketten her birinin sermayesinde %25’in altında olmak üzere pay iktisap etmeleri tamamen serbesttir.

Bir hakimiyet ilişkisinin doğması ise, karşılıklı iştirak ilişkisini nitelikli hale getirir ve burada farklı hükümler uygulama alanı bulur. Bu durum aşağıda açıklanmıştır.

Karşılıklı iştirak hali, iki şirketin birbirinde sahip olduğu *sermaye oranına* bakılarak tespit edilir. Sahip olunan iştirakin yüzdesi TTK 196. maddede gösterilen usule göre belirlenir.

¹⁰ Alman hukukundan mülhem bu nitelermeler için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 170-171.

¹¹ TTK Tasarısının ilk şeklinde, herhangi bir orana bağlı olmaksızın, “bağlı şirketin hakim şirketin paylarına sahip olması” durumu için, yani *hakim ve bağlı şirketler arasında olması kaydıyla*, %25’in gerek altında gerek üzerinde olabilecek her türlü katılım için ayrı bir düzenleme kabul edilmişti (m.201). Ancak Tasarı’nın Adalet Komisyonunda kabul edilen son metninde, 201. maddede öngörülen oy hakkının ve diğer hakların donması, *hakimiyete değil, karşılıklı katılmaya* bağlanan bir sonuç olarak düzenlenmiştir. Zira aksi durumda, örneğin birbirine %45 oranında iştirak etmiş bulunan ve oy haklarının çoğunluğunu elinde tutmamak sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple birbirinin hakimi durumunda bulunmayan iki şirket, 201. madde uygulamasına girmeyecekti. 201. maddenin amacı, karşılıklı katılım durumlarını caydırmak olduğundan, maddenin uygulamasının hakimiyet kriterine bağlanması bu amacın yerine getirilmesi için uygun bir yol olmamaktadır. Dolayısıyla hüküm değiştirilerek, oy haklarının ve diğer hakların kısıtlanması, karşılıklı katılım şartına bağlanmış, ancak karşılıklı katılımın en az %25 olması aranmıştır. Dikkat edilmesi gereken husus, karşılıklı iştirak konumundaki şirketler arasında hakimiyet bulunması durumunda, anılan %25’lik alt sınırın uygulanmadığıdır. Eğer karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerden biri diğerine hakim ise, karşılıklı iştirak oranı isterse %25’in altında olsun, Kanun, 389 ve 612. maddelerde bu duruma sonuç bağlamaktadır.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak

Karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında bir hakimiyet ilişkisi varsa, “nitelikli karşılıklı iştirak” durumundan bahsedilir. “Hakimiyet” ilişkisinin var olup olmadığı, Kanun’un 195. maddesinde sayılan hakimiyet kriterleri ışığında incelenmelidir¹². Buna göre hakimiyet, bir şirketin diğerinin oylarının çoğunluğuna sahip olması, şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkının elde edilmesi, şirketler arasında hakimiyet sözleşmesinin akdedilmesi veya 195. maddede sayılan diğer yöntemlerle ortaya çıkabilir¹³.

195. maddenin 2. fıkrasına göre, payların çoğunluğuna sahip bulunmak, hakimiyetin varlığına karine oluşturur. Dolayısıyla şirketlerden birinin, diğerindeki payı %50’yi aştığında, sermaye çoğunluğuna bağlı karine nedeniyle - ve aksini ortaya koyan bir durum yoksa¹⁴ - hakimiyet durumu başlayacaktır. Bu karine dikkate alındığında, basit karşılıklı iştirak durumu, iki şirketin birbirlerinin sermayesinde karşılıklı olarak %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paya sahip olmaları ve hakimiyet oluşturuca başka bir unsurun mevcut bulunmadığı durum mevcut olacaktır.

Şirketlerin karşılıklı katılımı %25 ilâ %50 arasında kalmakla birlikte 195. maddeye göre hakimiyetin varlığına neden olan diğer bir hal mevcut ise, yine basit karşılıklı iştirak durumundan çıkılır ve nitelikli karşılıklı iştirak durumuna girilir.

Karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden yalnızca biri diğerine hakimse “tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak”, her ikisi de birbirine hakimse “çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak” durumu mevcut olur¹⁵. Kanuna göre, anılan hallerden ilkinde, hakimiyeti kurmuş olan şirket hakim, diğer bağlı şirket konumundadır (TTK 197 c.2). Çift taraflı nitelikli karşılıklı katılma halinde ise, şirketlerin her ikisi de hem hakim, hem bağlı şirket konumunda bulunur (m. 197 c.3).

Nitelikli karşılıklı iştirakin özelliği şudur: Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, birbirlerinin sermayesine katılmış olan şirketlerden biri hakim, diğeri bağlı şirket konumunda olduğundan, yavru şirketin, ana şirket paylarını satın alması durumu söz konusu olmaktadır. TTK m. 379 f. 5 ve 612 f. 6 hükümleri gereği, yavru şirketin ana şirket paylarını satın alması, şirketin kendi paylarını satın almasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle, karşılıklı katılım durumundaki şirketler ana şirket – yavru şirket konumunda ise, TTK m. 201 f.1’de düzenlenmiş olan yaptırım uygulanmaz¹⁶ ve bunun yerine, şirketin kendi hisselerini devralmasına ilişkin kurallar ile, özellikle yavru şirketin ana şirket paylarını devralmasına ilişkin olarak öngörülmiş özel yaptırımlar uygu-

¹² Alman hukukunda da durum aynıdır. bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §19 N. 9; **Windbichler**, GrossKomm, §19 N. 22.

¹³ Alman hukukunda da, nitelikli karşılıklı katılmanın varlığı için sermaye çoğunluğuna sahip olmak şart olmayıp, diğer yollardan hakimiyeti elde bulundurmamak yeterlidir. (AktG §19 II, III).

¹⁴ Karinenin tersinin ispatlanması ve payların çoğunluğuna sahip bulunulmasına rağmen başka sebeplerden ötürü hakimiyetin elde tutulmadığının ortaya koyulması da mümkündür. Örneğin oy imtiyazı veya yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı nedeniyle, hakimiyet, sermaye çoğunluğunu elinde bulundurmayan ortakların eline geçmiş olabilir.

¹⁵ **Emmerich/Habersack**, s. 77-78; **Bayer**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 1, §§15-22, 3. Auf. (Her. Goette/Habersack) Beck München 2008, §19 N. 29, 33, 35; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 29.

¹⁶ Bu yaptırımın uygulanmayacağı TTK 201 f.2’de açıkça belirtilmiştir. Ancak bu yaptırımın uygulanmaması, nitelikli iştirakin yaptırımsız kaldığı anlamına gelmemekte, bu halde, 201. maddenin 1. fıkrasında saklı tutulan TTK 389 ve 612. maddeler devreye girmektedir. Alman hukukunda da durum aynıdır (AktG §19 IV).

lama alanı bulur¹⁷. Ayrıca, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler arasında ister tek taraflı ister çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması halinde, hakim konumdaki şirketler, hakimiyete bağlanan sorumluluklara da tabi olurlar. Bu husus da, Kanun'un gerekçesinde açıkça belirtilmiştir¹⁸. Alman hukukunda da durum budur¹⁹.

Bu bakımdan, hakimiyetin mevcut olması durumunda, yavru şirketin ana şirkette sahip olduğu pay oranının %25'in altında kalmasının da bir önemi yoktur. Önemli olan, bir tarafın hakim olmasıdır. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket payının oranı ne olursa olsun, ilgili yaptırımlar uygulanacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketindeki payların %80'ine sahip ve dolayısıyla onun hakimi iken, B şirketi A şirketindeki payların %5'ini alursa, TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak mevcut olmamasına rağmen, TTK 379 f. 5 ve 612 f. 6 anlamında, yavru şirketin ana şirket paylarını iktisap etmesi söz konusu olduğu için, bu durumu düzenleyen hükümler uygulama alanı bulacaktır.

IV. Karşılıklı İştirake Bağlanan Sonuçlar

A. Genel Olarak

Kanun'un "Hakların donması" kenar başlıklı 201. maddesine göre,

"(1) Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bile-rek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612. madde saklıdır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hakim olması halinde uygulanmaz."

201. maddenin birinci fıkrası, basit karşılıklı iştirak durumunda doğan sonuçları düzenlemektedir. Bu sonuçlar, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmamasıdır.

İkinci fıkra ise, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, yani şirketler arasında gerek tek taraflı gerek çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması durumunda, birinci fıkrada düzenlenen sonuçların uygulanmayacağını bildirmektedir. Diğer bir deyişle, yukarıda anılan, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmaması şeklindeki sınırlama uygulanmayacaktır. Buna karşılık, hakimiyet durumunda, birinci fıkrada saklı tutulmuş bulunan 389 ve 612. maddeler devreye girecektir. Bu hükümler, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı katılım oranı ne olursa olsun, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda uygulanacak hükümlerdir.

Öyleyse, 201. madde sadece basit karşılıklı iştirak durumuna hukuki sonuç bağlamış olmakta, hakimiyeti içeren nitelikli karşılıklı iştirak durumları ise, 389 ve 612. maddeler çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulmaktadır.

¹⁷ Özellikle bkz. anonim şirketler için TTK m. 379 f.5 ile m. 389 ve limited şirketler için m. 612 f. 6 ve f.4. Bu hükümler aşağıda "Karşılıklı iştirake bağlanan sonuçlar" başlığında açıklanmıştır.

¹⁸ Gereğe, m. 197.

¹⁹ AktG § 19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

B. Basit Karşılıklı İştirak Halinde

Yukarıda da açıklandığı üzere, basit karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirlerinin en az %25 oranında payını iktisap etmiş olması ve aynı iki şirket arasında m. 195 anlamında hâkimiyeti tesis edici herhangi bir hal bulunmaması durumunda söz konusu olur. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, anılan durumda pahasahipliği haklarında bir kısıtlama olmaktadır. Kısıtlamaya tabi olmanın koşulu, “bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek girmek”tir.

1. Kısıtlamaya tabi olan şirket

Kısıtlamanın içeriğine geçmeden önce dikkat çekilmesi gereken husus, kural olarak şirketlerin her ikisinin birden değil, yalnızca birinin anılan kısıtlamaya tabi olacağıdır. Kısıtlamaya tabi olacak olan şirket, bir karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen, halî hazırda kendisine iştirak etmiş bulunan bir şirketin paylarını iktisap eden şirkettir. Örneğin, A şirketi, B şirketinin %25 oranında payına sahip olup, B şirketi de bu durumu biliyor iken A şirketinin en az %25 oranında payını iktisap ederse, o takdirde B şirketi, bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratmış olur. İşte bu örnekte kanun, her iki şirketi birden değil, yalnızca karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren B şirketini yaptırıma tabi tutmaktadır. Yalnızca B'nin yaptırıma tabi tutulması, bir yandan duruma B'nin yol açmış olması sebebine dayanır. Diğer yandan A şirketi karşılıklı iştirak durumunun doğmasını engellemek imkânına sahip dahi olmayabilir. Zira kural olarak B'ye payı devreden, A'nın kendisi değil, pahasahipleri olacaktır²⁰. Bu nedenle, hukuk güvenliği ve adalet gereği, her iki şirketin birden değil, karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen buna yol açan şirketin yaptırıma bağlanması uygun olur. Nitekim Alman hukukunda da hukuk güvenliği sebebiyle, karşılıklı iştirak durumundaki her iki şirket de kendiliğinden yaptırıma tabi tutulmuş, ya karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bile bile diğer şirketin hisselerini iktisap eden şirket, ya da gereken bildirimleri yapmayarak diğer şirketin bilmeden karşılıklı iştirak durumu yaratmasına sebep olan şirket, pahasahipliği haklarının sınırlandırılması yaptırımına tabi tutulmuştur²¹. Amaç, bir yandan karşılıklı iştirak durumunun sakıncalarını gidermek, diğer yandan da karşılıklı iştirak durumu yaratılmasını caydırmaktır. Bilerek bu durumu yaratan şirketin pahasahipliği haklarının kısıtlanması, iki amaca birden hizmet etmektedir.

Acaba bir şirket, bir başka şirketin kendisine iştirak etmiş olduğunu nasıl bilebilir? Burada özellikle Kanun'un 198. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğü önem kazanmaktadır. TTK m. 198'e göre, bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin doğru-
dan ya da dolaylı olarak, belli yüzdelerdeki paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde, durumu ilgili şirkete bildirmek ve hatta ticaret siciline tescil ve ilan etmek durumundadır. Bildirilmesi gereken yüzdeler arasında, karşılıklı iştirak oranları açısından kritik oran olan %25 ile, hakimiyet açısından kritik oran olan %50 de bulunmaktadır. İşte 201. maddenin uygulanması bakımından anılan bildirim yükümlülüğü son derece önemlidir. Anılan bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getiren şirket, 201. maddenin yaptırımlarından kurtulmuş olur²². Diğer şirket sonradan onun paylarını iktisap etse bile, artık zamanında bildirimde bulunmuş olan şirket 201. maddenin yaptırımına tabi olmaz²³. Bildirim yükümlülüğü yerine getirildiğinde, kendisine bildirimde bulunulan şirket de kiritik %25 eşliğini aşan ortaklarının kimler olduğunu bileceğinden, bile bile bu şirketlerden en az %25 pay alması durumunda, “*karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren*” taraf durumuna düşer.

²⁰ Ancak payı devreden bizzat A'nın kendisi ise, o takdirde A da karşılıklı iştirak durumu yaratılması fiiline katılmış olur ve A'nın elindeki B payları da 201. maddedeki kısıtlamaya tabi olmalıdır. Alman hukukunda da, iki şirketin anlaşarak veya her ikisinin de durumu bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratması halinde, her iki şirketin birden yaptırıma tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir. **Emmerich/Habersack**, s. 82.

²¹ AktG §328'in gerekçesi, **Kropff**, s. 433-434.

²² Aynı durum Alman hukukunda da mevcuttur. AktG §328 II; **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

²³ **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

Bildirim yükümü yerine getirilmediği takdirde ise, öncelikle, 198. maddenin ikinci fıkrasındaki kural gereği, bildirim tabi paylardan doğan haklar donar. Diğer bir deyişle, bir sermaye şirketinin payını iktisap edip, 198. maddedeki oranları aştığı için bildirimde bulunması gerek şirket bu bildirim yapmazsa, elindeki bildirim konusu paylardan doğan haklar bildirim yapılana kadar bütünüyle donar. Öte yandan, kendisine iştirak edilmiş bulunan sermaye şirketi, eğer başka bir yoldan bu pay iktisabını öğrenmediyse, iyiniyetli durumda olur. Bu şirket, iyiniyetli şekilde ilk şirketin paylarını iktisap ederse, o takdirde bu şirket bilmeden karşılıklı iştirak yaratmış olacağından, 201. maddenin birinci fıkrasındaki koşul kendisi açısından yerine gelmemiş olacak ve anılan şirket herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır. Diğer bir deyişle, iyiniyetle karşılıklı iştirak durumunu yaratmış olan şirket, kendi elindeki karşılıklı iştirak konusu paylarından doğan tüm haklarını kullanabilecektir²⁴. Burada iyiniyet, iktisabı bilebilecek durumda olmak değil, *bilmek* olarak anlaşılmalıdır, zira 201. madde açıkça “bile-rek” iktisabı düzenlemektedir²⁵. Son olarak, hatırlanması gereken bir husus, anılan iyiniyetli şirketin de, Kanun’un 198. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğidir. Zira aksi takdirde bu kez 198. madde sebebiyle bildirim tabi paylardan doğan oy hakları donacaktır.

Dolayısıyla, her şirket, bir diğer sermaye şirketinin %25 oranında payını iktisap ettiği takdirde bunu ilgili sermaye şirketine bildirmelidir. Aksi takdirde 198. maddedeki bildirim yapılması sebebiyle, 198. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, bildirim konusu paylara ait oy hakkı dahil diğer haklar donacaktır. 198. maddedeki bildirim yapılmasıyla, oy hakları ve diğer haklar kullanılabilir durumda olur. Bu bildirim yapıldıktan sonra, kendisine bildirimde bulunulan şirket, dönüp kendisine iştirak etmiş olan (bildirimde bulunan) şirketin %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paylarını iktisap ederse, o takdirde ikinci şirket bilerek karşılıklı katılım yaratmış olur ve 201. maddenin birinci fıkrasındaki kısıtlamaya tabi olur.

Öte yandan, bildirim yapılmaması halinde dahi, ikinci şirket herhangi başka bir yoldan, ilk şirketin kendisine iktisap ettiğini öğrenmiş ise, artık iyiniyetli olmadığından, ilk şirketin payını iktisap etmesi durumunda yaptırıma tabi olacaktır. Bu durumda, bildirim yapılmamış olduğu için ilk şirket 198. madde sebebiyle paysahipliği haklarından mahrum olurken, ikinci şirket de kötüniyetle karşılıklı iştirak yarattığı için 201. maddenin ilk fıkrası sebebiyle paysahipliği haklarının ancak dörtte birini kullanabilecektir.

2. Kısıtlamanın kapsamı ve sonuçları

Kısıtlamaya tabi olan şirketin elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan haklar, dörtte birine indirgenmektedir. Diğer bir deyişle, ilgili şirket, elindeki karşılıklı iştirak konusu payların sadece %25’inden doğan haklarını kullanabilecek; sahip olduğu karşılıklı iştirak konusu payların dörtte üçüne adeta sahip değilmiş gibi bir durum söz konusu olacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketine %25 oranında iştirak etmiş ve bunu B’ye bildirmiş iken, B de dönüp A şirketinin %40 oranında payını iktisap ederse, o takdirde bilerek karşılıklı iştirak konumuna giren B, sahip olduğu %40 oranında payın ancak dörtte birinden, yani ancak %10’undan doğan hakları kullanılabilir. %30 oranında paydan doğan tüm paysahipliği hakları donar.

²⁴ Emmerich/Habersack, s. 71.

²⁵ Alman hukukunda da durum aynıdır, Emmerich/Habersack, s. 81.

Donan paysahipliği hakları arasında oy hakkının yanı sıra, kar payı hakkı, tasfiye payı hakkı gibi haklar da bulunur²⁶. Kanun'da, Alman hukukunda olduğu gibi, yalnızca bedelsiz payları edinme hakkının işlemeye devam edeceği düzenlenmiştir.

Paysahipliği haklarının donması, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirakin oluştuğu, diğer bir deyişle bilerek karşılıklı iştirak durumunu yaratan hisselerin geçerli olarak iktisap edildiği andan itibaren başlar. Bu andan itibaren, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirak hali sona erene kadar, sahip olunan iştirakin ancak dörtte birinden doğan haklar kullanılabilir.

Oy hakkının kısıtlandığı süre içerisinde yapılmış olan genel kurulda oy kullanılması mümkün değildir²⁷. Eğer kullanılmış ise, bu oylara dayanılarak alınmış olan kararlar, diğer bir deyişle donan oylar kullanılsa idi alınmayacak olan kararlar iptal edilebilir²⁸. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, paysahipliği haklarının donduğu paylar, toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinde

Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden biri diğeri üzerinde veya her ikisi birbiri üzerinde hakimiyeti haizdir. Bu durumda, Kanun'un 201. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkradaki sınırlama uygulanmayacaktır. Uygulanmayacak olan sınırlama, karşılıklı iştirak konusu payların sadece dörtte birinden doğan hakların kullanılması, kalan paylardan doğan hakların donması hakkındaki sınırlamadır.

Ancak, bu sınırlamanın uygulanmaması, nitelikli karşılıklı iştirak halinin herhangi bir yaptırımı tâbi olması anlamına gelmemektedir. Tersine, bu durumda hakimiyete bağlanan sonuçlar uygulanacaktır. Hakim durumda bulunan şirket veya şirketler hakim şirketlerin tabi olduğu kurallara, bağlı durumda bulunan şirket veya şirketler ise, bağlı şirketlerin tabi olduğu kurallara tabi olacaktır.

Hakimiyete bağlanan sonuçlardan 389 ve 612. maddelerde düzenlenenler, 201. maddenin birinci fıkrasında özellikle saklı tutulmuştur²⁹. Nitelikli iştirak halinde evleviyetle uygulanacak hükümler bunlardır. Ayrıca, şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı ile ilgili hükümler de nitelikli karşılıklı iştirak halinde uygulanacaktır. Ayrıca, hakimiyetten doğan sorumluluğu düzenleyen 202 ve devamı maddeler ile bilgi almaya, raporlamaya ve denetime ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır.

²⁶ Mali hakların donmasının nasıl yorumlanabileceği konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 203 vd.

²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası İstanbul 2010, N. 988; **Teoman, Ö.**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s. 165, 166; **Çeker, M.** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 198, 209.

²⁸ Aynı durum, 198. maddede öngörülen bildirim yapılmaması halinde de geçerlidir. Donan oyların genel kurul karar nisabını etkilemesi durumunda, karar iptal edilebilir duruma düşer. Bkz. Gerekçe, m. 198 f.2. Alman hukukunda da aynı çözüm benimsenmektedir. Bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §328 N. 13.

²⁹ İkinci maddede yer alan, "birinci fıkradaki sınırlamalar uygulanmaz" ifadesi, saklı tutulan 389 ve 612. maddeleri kapsamamaktadır. Aksi durumda, hakimiyet halinde karşılıklı iştirak yaptırımı kalmış ve 389 ve 612. maddeler fiilen yürürlükten kalkmış olurdu.

1. Şirketin kendi payımı taahhüt yasağının uygulanması

Şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı açısından bakıldığında, anonim şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, veya daha geniş bir kavramla, şirketin kendi paylarını “asli iktisap”³⁰ yoluyla edinmesi, yasaktır (TTK m. 388). Örneğin sermaye artırımında şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması mümkün değildir. Şirketin zaten kendisine ait olan malvarlığını yine kendi malvarlığına sermaye olarak koyması aynı sermayenin iki kere kullanılması anlamına gelir ve sermayenin korunması hükümlerine aykırı düşer. Eğer sermayeyi aşan net varlıktan sermaye konuluyorsa, bu da şirketin iç kaynaklarından sermaye artırımı yapılması anlamına gelir ve bu yolla doğan payların sahibi, şirket değil paysahipleri olmalıdır. Dolayısıyla şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması yasaklanmıştır.

Bu yasağın, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisabı konusu ile ilgisi, bağlı şirketlerin de yasak kapsamına alınmış olmasıdır. Şöyle ki, bir bağlı (yavru) şirketin, hakim (ana) şirketin paylarını taahhüt etmesi, 388. maddenin 4. fıkrası ile yasaklanmıştır³¹. Anılan hükmün gerekçesine göre, hükme aykırılığın sonucu, kanuna aykırılık sebebiyle şirket yönünden geçersizliktir³².

2. Şirketin kendi paylarını iktisabı ile ilgili hükümlerin uygulanması

Kanun’un 379. maddesine göre, bir anonim şirket kendi paylarını, en çok esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birine kadar ve aynı maddede sıralanan koşulların varlığında iktisap edebilir. Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre, anılan sınırlama ve koşullar, “*ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı halinde de uygulanır*”³³. Bu hüküm, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabını, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutmaktadır. Zira başta, karşılıklı iştirakin sakıncaları bahsinde de belirtildiği gibi, şirket, yavru şirketi kanalıyla kendi hisselerini iktisap edince, o oranda kendi sermayesine iştirak etmiş olmaktadır.

Şirketin kendi paylarını ivazlı olarak iktisabı, ancak 379. maddede sayılan koşulların yerine gelmesi halinde hukuka uygun kabul edilir. Bu koşullara aykırı olarak pay iktisap edilmesi halinde ise, payların altı ay içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 385 ve 386).

379. maddede yazılı koşullar, ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına da uygulanacağından, öncelikle %10’luk iktisap sınırının aşılıp aşılmadığı hesaplanırken, bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da, hakim şirketin kendi elindeki payları ile birlikte hesaba katılacaktır. Ayrıca, 379. maddedeki koşullara aykırı olarak bağlı şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket paylarının da elden çıkarılması gerekecektir.

Öte yandan 382. maddede sayılan bazı istisnai durumlarda³⁴, anılan koşulların yerine getirilmesi aranmaksızın şirketin kendi paylarını iktisabına izin verilmiştir. Ay-

³⁰ Kanun’un 388. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesine göre, şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, asli iktisap yollarından sadece biridir. Kurulda veya esas sermaye artırımında taahhüt gibi geleneksel asli iktisap yollarının yanı sıra, “şartlı esas sermaye artırımında değiştirme ve alım hakkının kullanılması” gibi yeni asli iktisap yollarının da madde hükmüne girdiği belirtilmiştir.

³¹ 388. maddedeki ana ve yavru şirket terimlerinin seçilmesi bilinçlidir. Bu husus, “Yavru şirket 195. maddeye göre tanımlanır” denilerek 388. maddenin gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır.

³² Gerekçe, m. 388 f.1, f.3.

³³ TTK m. 379 f.5’te “ana şirket” ve “yavru şirket” terimleri kullanılmıştır. Ancak 195. maddenin 4. fıkrası gereği, “ana şirket” ile “hakim şirket”, “bağlı şirket” ile de “yavru şirket” aynı anlama gelmektedir.

³⁴ Bunlar, payların sermayenin azaltılması sebebiyle veya külli halefiyet gereği veya kanuni bir satın alma yükümü dolayısıyla veya payların bedellerinin ödenmiş olması kaydıyla cebri icradan bir şirket alacağının tahsili amacıyla veya şirketin işgal konusu gereği iktisap edilmesi halleridir (m. 382).

rica, iktisabın ivazsız olması halinde de, şirketin kendi paylarını herhangi bir sınıra tabi olmaksızın iktisap etmesi serbest bırakılmıştır (TTK m. 383). Aynı serbesti, yavru şirketin ivazsız iktisap edeceği ana şirket payları için de geçerlidir (TTK m. 383 f.2). Bununla birlikte, gerek 382. gerek 383. maddeye göre gerçekleşen iktisaplarda da, iktisap edilen payların hakim şirketin sermayesinin %10'unu aşmaması kuraldır. %10'u aşan kısmın en geç üç yıl içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 384 ve 386)³⁵. Anılan kural, yine bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da hesaba katılacak şekilde uygulanır.

3. İktisap edilen paylardan doğan oy hakları ile buna bağlı hakların donması

TTK m. 389 son cümleye göre ise, "Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar." Yavru şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket payları, şirketin iktisap ettiği kendi payları gibi mütalaa edildiğinden, yavru şirket elindeki ana şirket paylarına da benzer bir yaptırım uygulanmıştır³⁶. Eğer oy hakları donmasa idi, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları, hakim şirketin genel kurulunda, yavru şirketin yönetim kurulu tarafından temsil edilecekti. Diğer bir deyişle, hakim şirket tarafından seçilen bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, bizzat hakim şirketin genel kuruluna girip paysahibi gibi oy kullanır duruma geçeceklerdi. İşte bu durumun engellenmesi için, yavru şirketin elindeki hakim şirket paylarından doğan oy haklarının donması kuralı getirilmiştir. Yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz (TTK m. 389 c.1).

Limited şirketler açısından da durum aynıdır. Kanun'un, limited şirketin kendi hisselerini iktisabını düzenleyen 612. maddesi hükmü, şirketin kendi iktisap ettiği paylardan doğan oy haklarının, paylar şirketin elinde bulunduğu süre donacağını, ve bu kural dahil, şirketin kendi paylarını iktisap etmesine dair sınırlamaların şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce³⁷ iktisap edilen ana şirket paylarına da uygulanacağını öngörmektedir. Maddenin gerekçesinde, limited şirketin kendi hisselerini iktisabının anonim şirkete paralel olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, her iki şirket bakımından da sistem aynı temel ilkeler üzerine oturmaktadır.

201. maddenin ikinci fıkrasına göre, birinci maddedeki sınırlamalar uygulanmayacağından, 201. maddenin birinci fıkrası hakimiyet ilişkisinin mevcut bulunduğu nitelikli karşılıklı iştirak hallerinde dikkate alınmayacaktır. Bunun yerine, yukarıda açıklandığı şekilde ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına uygulanan kurallar uygulanacak, özellikle şirketin kendi hisselerini devralma sınırı olan %10'luk sınıra, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları da dahil edilecek ve ayrıca, yavru şirket elindeki bulunan hakim şirket paylarından doğan oy hakları ile buna bağlı haklar donacaktır.

³⁵ Sermayenin azaltılması hali hariçtir (TTK m. 384).

³⁶ Ancak, şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, bedelsiz payların iktisabı hariç, paya bağlı tüm haklar donmasına rağmen, yavru şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, sadece oy hakkı ve buna bağlı hakların donacağı düzenlenmiştir (TTK m. 389).

³⁷ "Yavru şirket" zaten 195. maddede limited şirketler bakımından da geçerli olacak şekilde tanımlandığına göre, maddede ayrıca "şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce" şeklinde bir ilaveye gerek yoktur. Anılan ibare, sadece bazı tip yavru şirketlerin hükmün kapsamına girmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak böyle bir sonucun özellikle amaçlanmış olup olmadığı Gerekçe'de ifade edilmemiştir. Tersine, Gerekçe'de hükmün anonim şirketlere paralel bir düzenleme içerdiği ifade edildiğine göre, anonim şirketler bakımından getirilen düzenlemeye kıyasla geniş yorum yapılarak, yalnızca sermaye çoğunluğu yoluyla değil, 195. maddede düzenlenen hakimiyet araçlarının varlığı sebebiyle "yavru şirket" konumunda bulunan şirketlerin madde kapsamına gireceği söylenebilir.

D. Basit Karşılıklı İştirak İle Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinin Karşılaştırılması

Basit karşılıklı iştirak ile nitelikli karşılıklı iştirak düzenlemeleri karşılaştırıldığında, şu hususlar göze çarpmaktadır:

Öncelikle basit karşılıklı iştirak, ilgili şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Ayrıca TTK m. 197 anlamında karşılıklı iştirakin varlığı için, iki şirketin birbirine en az %25 oranında iştirak etmesi şarttır. Taraflardan herhangi birinin veya ikisinin iştirak oranı %25'in altına düşerse TTK 197'de aranan koşullar yerine gelmeyeceğinden, teknik anlamda "karşılıklı iştirak" var olmayacak ve 201. madde uygulanamayacaktır. Buna karşılık taraflardan birinin diğerine iştiraki %50'yi aşarsa, bu durumda m. 195 f.2'deki karine gereği hakimiyet var olacağından, nitelikli karşılıklı iştirak hali doğacaktır. Bu nedenle, basit karşılıklı iştirak – hakimiyeti doğuran başkaca bir halin var olmaması koşuluyla – %25 ilâ %50 aralığında kalan karşılıklı iştirakler bakımından söz konusu olacaktır.

Karşılıklı katılım halindeki şirketler arasında hakimiyet ilişkisi olması durumunda, yani birinin ana şirket, diğerinin yavru şirket olması durumunda ise, yavru şirketin elindeki ana şirket pay oranı ne olursa olsun, ilgili hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, bu durumda, yavru şirketin elindeki ana şirket payının oranının %25'in altında olması³⁸, ilgili yaptırımların uygulanmasını engellemektedir.

Basit karşılıklı iştirak durumunda "bilerek" karşılıklı iştiraki yaratan şirket, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise "yavru şirket" konumunda olan şirket yaptırıma uğramaktadır.

Basit karşılıklı iştirak durumunda, yaptırıma uğrayan tarafın elindeki paylardan doğan tüm haklar (bedelsiz payları iktisap hakkı hariç) $\frac{3}{4}$ oranında donmakta, hakların sadece $\frac{1}{4}$ 'ü kullanılır durumda olmaktadır. Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise, yavru şirketin elindeki paylardan doğan tüm haklar değil, sadece *oy hakları* donmakta, buna karşılık donma, oy haklarının $\frac{3}{4}$ 'ü bakımından değil, tümü bakımından gerçekleşmektedir.

V. Sonuç

İki şirketin birbirinin sermayesine karşılıklı olarak iştirak etmesi hali, 6102 sayılı TTK'da iki farklı şekilde düzenlenmiştir: İlgili şirketler arasında hakimiyetin bulunmadığı "basit" karşılıklı iştirak hali ile, ilgili şirketlerden birinin diğerine veya ikisinin birbirine hakim olduğu "nitelikli" karşılıklı iştirak hali.

TTK 197. maddeye göre, karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirinin sermayesine en az %25 oranında iştirak etmesi halidir. Eğer bu hal varsa ve ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi de yoksa, TTK m. 201 f.1'deki yaptırım uygulanacaktır. Buna göre, karşılıklı iştirak durumunu *bilerek* yaratan tarafın elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan tüm hakların (bedelsiz payları edinme hakkı hariç) sadece dörtte biri kullanılabilir, kalan haklar donacaktır. Donan kısım, toplantı ve karar nisabının hesabında da dikkate alınmayacaktır.

Basit karşılıklı iştirak durumu, daha ziyade iki şirketin birbirine %25 ilâ %50 oranında iştirak etmiş olması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira şirketlerden birinin diğerine %50'yi aşan oranda iştirak etmiş olması halinde, TTK m. 195 f.2'de yer alan karine gereği, hakimiyet var kabul edilecektir.

³⁸ Ana şirket eğer sermaye çoğunluğu yoluyla hakimiyeti ele geçirmişse, onun pay oranı zaten %50'nin üzerinde olacaktır. Bununla birlikte, hakimiyet başka yollardan tesis edilmişse, pay oranının düşük olması, yine ilgili maddelerin, özellikle TTK m. 389 ve 612 f.4'ün uygulanmasını engellemeyecektir. Ayrıca bakınız yuk. dpn. 37.

Karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin bulunması durumunda, karşılıklı iştirak “nitelikli” hale gelmektedir. Bu durumda, TTK m. 201 f.2’de yer alan açık hüküm gereği artık TTK m. 201 f.1’deki yaptırımlar uygulanmayacaktır. Ancak bu durum, karşılıklı iştirakin yaptırımsız kalacağı anlamına gelmemekte, sadece aşağıda belirtilen farklı bir yaptırım devreye girmektedir.

Karşılıklı iştirak “nitelikli” ise, diğer bir deyişle, şirketlerden biri ana, diğeri yavru şirket konumunda ise, yavru şirketin, ana şirket paylarını iktisap etmesi, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutulmakta ve şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümler, yavru şirketin ana şirket payını iktisabına da uygulanmaktadır (TTK m. 379 f.5 ve 612. f. 6).

Bu uygulamada, yavru şirketin elindeki hakim şirket payının oranına da bakılmamakta, diğer bir deyişle asgari %25 oranında iştirak aranmamaktadır. Bu noktada, yavru şirketin ana şirket payını iktisabı, TTK 197’deki karşılıklı iştirak tanımından ayrılmaktadır.

Nitelikli karşılıklı iştirak halinde doğan bazı önemli sonuçlar şöyle özetlenebilir: Öncelikle, yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin kendi paylarını iktisabına uygulanan %10’luk kanuni iktisap sınırı hesaplanırken dikkate alınmaktadır. İkinci olarak, yavru şirketin elindeki ana şirket paylarından doğan oy hakları donmakta ve bu paylar toplantı ve karar nisaplarında dikkate alınmamaktadır. Buradaki donma, TTK 201’dekinden farklı olarak, “bilerek karşılıklı iştirak yaratan şirketin” elindeki payları değil, “yavru şirketin” elindeki payları etkilemektedir. Ayrıca, yine TTK m. 201’den farklı olarak, yavru şirketin elindeki paylardan doğan oy haklarının $\frac{3}{4}$ ’ü değil, tamamı donmaktadır. Ayrıca TTK m. 201’deki $\frac{3}{4}$ oranında donma yaptırımı, hem oy haklarına, hem de bedelsiz payları edinme hakkı hariç diğer tüm mali haklara uygulanırken, TTK 389 ve 612. madde uyarınca, yavru şirketin elindeki paylara uygulanan donma yaptırımı sadece oy haklarını kapsamaktadır. Son olarak, birbirlerinin sermayesine katılmış şirketlerden biri diğerine veya ikisi birbirine hakim ise, hakim konumunda olan şirket veya şirketler, hakimiyete bağlanan sonuçlara, özellikle sorumluluk düzenlemelerine de tabi olmaktadır.

Kanun, yukarıda açıklanan yollarla, sakıncalı gördüğü karşılıklı iştirak durumuna bazı yaptırımlar bağlamıştır. Karşılıklı iştirak durumunda pay iktisabı geçerli olmakla birlikte, hakların donması düşüncesine dayalı yaptırımlarla bu tip iktisaplar caydırılmaya çalışılmaktadır.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN HÂKİM TEŞEBBÜS KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Kağan SUSUZ*

I. Giriş

Hukuken birbirinden bağımsız ayrı birer tüzel kişi olan ticaret şirketlerinin aynı ekonomik amaçlar etrafında bir araya gelmesi ile şirketler topluluğu olarak bilinen yeni bir hukuki kavram ortaya çıkmıştır¹. Şirketler hukukunda mülkiyet-kontrol ayırımının en belirgin bir biçimde hissedildiği sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler bu gelişmenin yaşandığı başlıca alanlar olmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 09.11.2005 tarihli Bakanlar Kurulu Tasarısı'nda bu gerçek dikkate alınarak şirketler topluluğunun kapsamı sermaye şirketleri ile sınırlandırılmış fakat daha sonra TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle kapsam şahıs şirketlerini ve kooperatifleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir².

Söz konusu değişiklik “topluluğun bir salkım veya piramit olduğu durumlarda ara hâkim şirketlerin şahıs şirketleri konularak sistemde boşluk doğmasına meydan vermemek” amacıyla yapılmıştır³. Fakat hükmün yeniden kaleme alınmasında bu amacın dışına çıkılarak şahıs şirketlerinin bağlı şirket de olabileceği bir hukuki düzenleme yapılmıştır. Uygulamada sermaye şirketleri alanında yaşanan gelişmenin bu şekilde şahıs şirketleri ve kooperatifler alanına taşınmış olması isabetli değildir. Şirketler topluluğunun salkım veya piramit şeklinde olduğu durumlarda şahıs şirketleri ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun sistemde bu denli köklü bir değişiklik yapılmadan da çözülebilirdi. Örneğin şirketler topluluğunda şahıs şirketlerinin de hâkim şirket olabileceğine ilişkin bir istisnaya yer verilerek değişikliğin gerekçesinde ifadesini bulan tereddüt

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı olan Alman hukukunda söz konusu kavramı ifade etmek için “konzern” terimi kullanılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki konzern kavramı şirketler topluluğundan daha geniş bir anlama sahiptir.

Şirketler topluluğunun bir parçası olan bağlı şirket hukuken ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen ekonomik anlamda bağımsız değildir. Şirketler topluluğuna ilişkin hukuki düzenlemenin de sebebi uygulama ile ortaya çıkan bu gerçektir. Gerekçede “ekonomik hayat gerçeği” olarak ifadesini bulan (Kendigelen, Abuzer: Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 316) bu husus, İsviçre hukukunda da “konzern gerçeği” (konzernwirklichkeit) şeklinde ifade edilmektedir (Meier-Hayoz, Arthur/Forsmoser, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, s. 708).

² Şirketler topluluğu için en ideal tür anonim şirketler olduğundan çalışmada kullanılan terimler bu alandan seçilmiştir. Bu nedenle şirketten kasıt genellikle anonim şirkettir. Ancak şirketler topluluğunda diğer şirket türleri de olabileceğinden yapılan açıklamalar anonim şirketlerle sınırlı değildir. Bu bakımdan çalışmanın genelinde pay sahibi teriminden şahıs şirketleri söz konusu olduğunda şirket ortağı anlaşılmalıdır.

³ Kendigelen, Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 321.

ortadan kalkmış olurdu⁴. Bu şekilde sınırlı bir istisna getirmek yerine sistemi kökten değiştirmekle belki şahıs şirketleri etrafında ortaya çıkan tereddüt giderilmiştir ancak daha büyük problemlere de kapı aralanmıştır. Çünkü şahıs şirketlerinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulamak pek çok sorunu da beraberinde getirecektir.

Esasen sorunun çözümü şirketler topluluğunun temel problemlerinden biri olan ve TTK m. 195, f. 5'te düzenlenen hâkim teşebbüs kavramına yüklenecek anlama bağlıdır. Eğer ticaret şirketi dahi olmayan bir teşebbüs şirketler topluluğunda hâkim konumda olabiliyorsa şahıs şirketlerini teşebbüs kavramının dışında düşünmek mümkün olmayacağından değişikliğin gerekçesi olan sorundan söz edilemez. Fakat bu husus tartışmalıdır. Çünkü hâkim teşebbüsten ne anlaşılması gerektiği, daha doğrusu hâkim teşebbüsün şirketler topluluğunun bir parçası olup olmadığı kanunun lafzından anlaşılacaktır.

II. Şirketler Topluluğunun Hâkimi Kavramı (TTK m. 195, f. 5)

TTK m. 195, f. 5'te Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikten önce “*şirketler topluluğunun hâkiminin*” yerine “*şirketler topluluğunun tepesinde*” ifadesi kullanılmaktaydı. Şüphesiz her iki ifadenin de aynı anlama geldiği savunulabilir. Fakat eski ifadeden hâkim teşebbüsün şirketler topluluğunun bir parçası olmadığı, söz konusu ifadenin mevcut bir şirketler topluluğuna hâkim olan teşebbüs şeklinde anlaşılmaya daha müsait olduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu değişiklik *anlama daha uygun düşeceği* gerekçesiyle yapılmıştır⁵. Bu yeteri kadar açık ve anlaşılır bir gerekçe değildir. Eğer yapılan değişikliğin amacı anlamı korumak fakat bunu kanunda kullanılan terimler ile ifade etmek ise söz konusu hükmün eski ve yeni haline bakarak bir yorum yapmak yanlış olur. Değişikliğin gerekçesi eski anlamı muhafaza etmek değil de şirketler topluluğunda gelişmenin önünü açmaksa o zaman da çelişkili bir durum ortaya çıkar. Çünkü şirketler topluluğunda hâkim şirketin yerinde bir teşebbüsün de olabileceğinin kabulü düşüncesinden hareket edilmiş ise şahıs şirketlerinin ara hâkim konumda olmaları nedeniyle sistemde oluşabilecek boşluklardan endişe etmeye gerek yoktur.

Soruna konzern hukukuna ilişkin ilkeler⁶ etrafında bir çözüm aramak gerekirse; burada amaç şirketin hâkimi olan gücün şirketi yabancı bir iktisadi amaç doğrultusunda yönlendirmesi ile ortaya çıkan tehlikeleri önlemektir⁷. Söz konusu tehlike şirketin dışından gelebileceği gibi şirketin içinden ortaklar arasından da gelebilir. Bu bakımdan sadece şirketin dışında değil şirketin içinde de menfaatler dengesini tesis etmek gerekir. Öyleyse şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran kişi ile şirket arasında da bu menfaat ihtilafı çıkabilir. Böyle bir durumda şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak icap eder. Söz konusu hüküm bu şekilde değil de şirketler topluluğunda en az iki tane ticaret şirketi olmalıdır ve hâkimiyet mevcut şirketler topluluğu üzerinde kurulmalıdır şeklinde anlaşılırsa şirketin menfaatlerine aykırı farklı bir iktisadi amaç güden çoğunluk pay sahiplerinin şirketi zarara uğratmalarının önüne geçmek mümkün olma-

⁴ Şirketler topluluğu sistemine teşebbüsleri dâhil eden TTK m. 195, f. 5 hükmü geniş yorumlandığında böyle bir düzenlemeye dahi gerek yoktur.

⁵ **Kendigelen, Gerekçeli** – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 321.

⁶ Konzern hukukunun temel unsurları şirketler topluluğu için de geçerlidir (**Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2011, § 10, 25)..

⁷ **Yanlı, Veliye:** Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 127; **Okutan Nilsson,** s. 26; **Boyacıoğlu, Cumhur:** Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 127; **Hüffer, Uwe:** Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006, § 15, N. I, 3; **Krieger, Gerd:** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4. Aktiengesellschaft, München 1998, § 68, N. 6.

yabilir⁸. Uygulamanın anonim şirketler alanında olmasının da en önemli sebebi zaten budur⁹.

Şirketler topluluğunun sadece anonim şirketleri değil şahıs şirketlerini ve kooperativeyi de kapsar şekilde düzenlendiği dikkate alındığında ilkeler etrafında yapılan yorumun uygulamada sıkıntılara sebep olacağı bir gerçektir. Çünkü söz konusu hükmün bu şekilde yorumlanması halinde ortada bir tane şahıs şirketi olsa bile bu şirketin ortağını diğer şartları da taşıyorsa hâkim teşebbüs olarak nitelendirmek ve şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak mümkündür. Öyleyse şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs kavramının farklı bir anlama gelecek şekilde yorumlanması da mümkündür. Bu bakımdan hâkim teşebbüsü şirketler topluluğunun nihai hâkimi yahut hâkim şirketin gerisinde ona da hâkim olan bir kavram olarak anlamak da mümkündür¹⁰.

Hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlam ister geniş ister dar olsun ortada mutlaka bir ticaret şirketi ve söz konusu şirketin hâkimiyetini (kontrolünü) elinde bulduran bir teşebbüsün varlığını zorunlu kılmaktadır. Öyleyse burada üzerinde durulması gereken diğer bir önemli husus teşebbüs kavramıdır¹¹.

⁸ Anonim şirketlerde pay sahibinin rekabet yasağı yoktur fakat sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilse dahi pay sahibinin haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekir. Bununla birlikte şirketin kontrolünü elinde bulduran pay sahibinin şirketin menfaatlerine aykırı hareket etmesi tehlikesi imkân dâhilindedir ve bunu hukuki zeminde kalarak da yapabilir (**Paslı, Ali**: “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”; <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukumecmua/article/view/10512/9749>, s. 353, (01.08.2012)). Çünkü anonim şirketlerde pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün olduğu kabul edilse bile bu yükümlülüğün kapsamı şahıs şirketlerindeki ortağın sadakat yükümlülüğünden farklı olacaktır (**Aker, Halit**: “Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 2, s. 178).

⁹ 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Bakanlar Kurulu Tasarısı'nda bu gerçek dikkate alınarak uygulama sermaye şirketleriyle sınırlı tutulmuş ve sistemin ruhuna uygun olarak geniş bir istisnaya yer verilmişken (TTK m. 195, f. 5) Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle bu denge bozulmuştur. Bu alanda ilk ve en kapsamlı düzenlemelerin yapıldığı ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin de kaynağı olan Alman hukukunda ticaret şirketlerini de içine alacak şekilde geniş bir anlama sahip olan teşebbüs kavramının esas alınması bu değişikliğin gerekçesi olamaz. Çünkü Alman hukukunda konzern hukukuna ilişkin genel hükümlerde (AktG §§ 15 – 22) her ne kadar teşebbüs kavramı esas alınsa da esas düzenleme anonim şirketler hukuku alanındadır (AktG §§ 291 – 328) ve uygulama çok eskilere dayanır. Anonim şirketler alanındaki hükümler ise bağlı teşebbüslerden en az birinin anonim şirket olması halinde uygulanmaktadır (**Yanılı**, s. 126). Bu bakımdan Türk hukuku bakımından henüz yeni olan ve şirketler hukukunun yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılan bir konuda kapsamın şimdilik dar tutulması kanaatimizce daha doğru olur.

¹⁰ Bu yönde bkz. **Okutan Nilsson, Gül**: *Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 72-73.

¹¹ Çalışmada hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlama göre bir ayırım yapılmamıştır. Zira hâkim teşebbüs kavramı ister geniş ister dar yorumlansın hâkimiyet şirket üzerinde olacaktır. Bu bakımdan yapılan açıklamalar her iki yoruma da açıktır. Hâkim teşebbüs kavramının dar yorumlanması halinde çalışmada kullanılan şirket üzerindeki hâkimiyetten şirketler topluluğu veya hâkim şirket üzerindeki hâkimiyet anlaşılmalıdır.

III. Teşebbüs Kavramı

Şirketler topluluğunda bir ekonomi terimi olan teşebbüs sözcüğünün kullanılması konunun henüz gelişmekte olması bakımından isabetli bir tercihtir. Gerekçede teşebbüs yerine kullanılan işletme sözcüğü ile ilgili olarak bu şekilde geniş kavramlara özellikle yer verildiği, amacın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın yollarını kapatmak olduğu vurgulanmıştır. Devamında söz konusu hükmün (TTK m. 195, f. 5) sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri ve ehliyet durumu ne olursa olsun gerçek ve tüzel kişi ya da işletmeyi niteleyip uygulamadan kaçınmaya yol açabilecek yorumlara müsait olmadığı açık bir biçimde ifade edilmiştir¹². Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle işletme yerine anlam bakımından daha geniş bir kavram olan teşebbüs sözcüğünün tercih edilmesi bu düşüncenin muhafaza edildiğini göstermektedir¹³. O halde şirketler topluluğunun hâkimi, sıfatı ne olursa olsun bir gerçek kişi olabilir, ister özel hukuk isterse kamu hukukuna göre kurulmuş olsun bir tüzel kişi olabilir hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan adi şirket dahi bir teşebbüs olabilir¹⁴. Bununla birlikte kanunda teşebbüs kavramının kapsamı açık ve net bir biçimde anlaşılacak değildir. Örneğin bir anonim şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi genellikle şirketin hâkimi olur ve şirketin menfaatlerine aykırı olsa bile kendi menfaatleri doğrultusunda kararlar alınmasını bir şekilde temin eder. Çoğunluk pay sahibinin işletme faaliyeti olarak başka yatırımlarının da olması halinde bu tehlike daha da belirgin bir biçimde kendini gösterir¹⁵. Çünkü şirket menfaatleri ile birlikte kendisi de zarar görecektir. Fakat şirketin kendisi ve dolayısıyla diğer menfaat sahipleri bundan zarar görecektir. Öyleyse çoğunluk pay sahibinin şirketin dışındaki hukuki durumu diğer bir ifadeyle teşebbüs niteliğinde olup olmadığı incelenmelidir.

IV. Teşebbüs Kavramını Açıklamaya Çalışan Görüşler

Şirketler topluluğunda geçerli olan hâkimiyet ilişkisi nedeniyle bağlı şirketin yönetim kurulu hâkim şirketin talimatlarına uymak zorundadır. Bu durum bağlı şirketin zarar etmesine neden olabilir. Şirketler topluluğunun bir parçası olan bağlı şirketin zarar etmesi elbette arzu edilen bir şey değildir. Ancak şirketler topluluğunun menfaati ön planda olduğundan bağlı şirketin zarar etmesi “ortak amaç” uğruna göz ardı edilebilir. Böyle bir durumda hâkim ve bağlı şirketler arasında bir menfaat ihtilafı ortaya çıkar. İşte şirketler topluluğuna ilişkin hukuki düzenlemenin amacı da bu menfaat ihtilafını çözmektir. Alman hukukunda “konzernkonflikt” olarak bilinen bu menfaat ihtilafı şirketler topluluğunun da merkezinde yer alır¹⁶.

Şirketler topluluğunda hâkim ve bağlı şirketler arasında ortaya çıkan menfaat ihtilafı hâkimiyet ilişkisi nedeniyle hâkim teşebbüs bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin bir anonim şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibinin kontrol gücünü şirketin menfaatlerine aykırı bir biçimde kullanması halinde böyle bir tehlike vardır. Bu durumda şirketin diğer pay sahipleri ve alacaklıları başta olmak üzere menfaat sahiplerinin haklarını korumak adına bir önlem almak gerekir. Özellikle şirketin kontrolünü elinde bulunduran gücün şirketin dışında başka bir iktisadi menfaate

¹² Gerekçe, m. 195 (Kendigelen, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 320).

¹³ Kavram itibarıyla teşebbüsün işletmeden daha geniş olduğu yönünde bkz. **Kendigelen, Abuzer**: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 148; **Boyacıoğlu**, s. 125, dn. 54.

¹⁴ **Okutan Nilsson**, s. 76.

¹⁵ **Yanlı**, s. 127; **Boyacıoğlu**, s. 126-127.

¹⁶ Söz konusu menfaat ihtilafı konzern hukukunun çözüm aradığı sorunların başında gelir (**Emmerich, Volker** in Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Akiten und GmbH Konzernrecht, München 2010, § 15, N. 6; **Hüffer**, § 15, N. 3; **Krieger**, § 68, N. 6).

sahip olması halinde bu tehlike daha belirgin bir biçimde kendini gösterir¹⁷. Menfaatler dengesini bozan bu durum karşısında şirketin menfaatlerini korumak artık bir zorunluluktur. Ancak bunun için şirketin kontrolünü elinde bulunduran gücün bir “teşebbüs” olması gerekir.

Şirketler topluluğuna ilişkin kuralların uygulanması bakımından “teşebbüs” kavramını açıklamaya çalışan çeşitli görüşler olmuştur. Bunlardan işlevsel yaklaşımı esas alan görüşe göre şirketler topluluğunda bir menfaat ihtilafı çıkması hâkim teşebbüsün belli özelliklere sahip olmasıyla değil izlenmiş olduğu yöntemle ilgilidir. Bu bakımdan şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran hâkim ortağın kar payı ile yetinmesi halinde bir teşebbüsten söz edilemez. Ancak şirketin piyasa stratejisi ile ilgili kararlarında kendi planlarını hayata geçirmek için bir çaba içerisinde olan hâkim ortak bir teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Böyle olunca şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran fakat şirketin dışında bir işletmesi olmayan özel pay sahipleri şirketin karar alma sürecinde sırf kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettikleri için hâkim teşebbüs olarak değerlendirilebilecektir¹⁸. Bu görüş, çoğunluk pay sahibinin kendi şirketine yönelik tutumunun teşebbüs niteliği bakımından bir ölçü olamayacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁹. Belirtmek gerekir ki anonim şirketlerde pay sahibi kendi kişisel menfaatlerini şirketin menfaatlerinin önüne koyabilir ve şirketi bu doğrultuda yönlendirebilir²⁰. Böyle bir durumda söz konusu pay sahibini anonim şirketler sisteminin dışında şirketler topluluğu bakımından da sorumlu kılmak ağır bir yaptırım olacaktır ve neredeyse bütün özel pay sahiplerini (privataktionär) bu kapsama dâhil etmek mümkün olabilir. Hâlbuki burada amaç özel pay sahibi ile işletmeciy pay sahibini ayırt etmek olmalıdır. Ayrıca şirketler topluluğunda menfaat sahiplerinin haklarını korumak için ortada bir karar bulunmak zorunda da değildir. Önemli olan menfaat sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi tehlikesidir. Tehlike gerçekleşmeden bir önlem almak gerekir. Şirketin karar alma sürecinde etkin olan çoğunluk pay sahibinin bu gücünü henüz kullanmamış olması halinde ise bu görüşe göre ortada bir teşebbüs olmayacağından söz konusu tehlikeyi önlemek de mümkün olmayacaktır²¹.

Soruna kurumsal açıdan yaklaşan diğer bir görüşe göre ise şirketler topluluğu anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için müstakil konusu olan bir yapılanmaya gidilmiş olması gerekir. Ortada birden fazla ticaret şirketi varsa bunların müstakil konuları olacağından ve ayrı bir kurumsal kimliğe sahip olduklarından bu şirketlerden birinde çoğunluk paylarını elinde bulunduran ortağın diğer bir şirketin de hâkimi olması halinde bunu bir teşebbüs olarak değerlendirmek mümkündür. Hatta şirketin kuruluş işlemleri henüz tamamlanmamış olsa bile bunu bir müstakil yapılanma olarak değerlendirmek mümkündür²². Şirketler hukukunda özellikle anonim şirketlerle ilgili olarak sorunu çözmeye yardımcı olan bu yaklaşımın tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü önemli olan şirketin dışında müstakil konusu olan bir yapının içerisinde olmasıdır. Söz konusu yapı mutlaka bir tüzel kişilik olmak zorunda değildir. Ticari işletme de bu anlamda müstakil bir yapı olabilir. Şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi aynı zamanda bir

¹⁷ Yanlı, s. 126-127; Boyacıoğlu, s. 126-127.

¹⁸ İşlevsel yaklaşımı esas alan görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Boyacıoğlu, s. 130-132; ayrıca bkz. Yanlı, s. 189, dn. 843; Kort, Michael: “Der “private” Großaktionär als Unternehmen?”, DB 1986, Heft 37, s. 1909.

¹⁹ Boyacıoğlu, s. 131; Zöllner, Wolfgang: “Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG”, ZGR 1/1976, s. 8.

²⁰ Bu konuda bkz. dn. 7.

²¹ Alman hukuku bakımından hâkim etki yürütebilme olanağının işlevsel yaklaşımı savunanlar bakımından göz ardı edildiği yönünde bkz. Boyacıoğlu, s. 131, dn. 88.

²² Kurumsal yaklaşımı esas alan görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Boyacıoğlu, s. 132-134; Yanlı, s. 189, dn. 844; Kort, 1909-1910.

ticari işletmenin sahibi de olabilir. Ticari işletmenin ticaret hukukunda bir bütün olarak ele alınması (TTK m. 11) ve bağımsız olması nedeniyle bu konuda böyle bir yorum yapılabilir. Fakat özel hukuk tüzel kişileri bakımından farklı bir bakış açısı geliştirmek gerekir. Çünkü dernekler ve vakıflar her ne kadar ayrı birer tüzel kişi olsalar da anonim şirketlerde pay sahibi olmak bakımından bu kişilerin gerçek kişilerden bir farkı yoktur. Dolayısıyla çoğunluk paylarına sahip oldukları şirketin dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmaları özel hukuk tüzel kişilerini bir teşebbüs olarak değerlendirmek için yeterli olmaz.

Şirketler topluluğunda teşebbüs kavramını açıklamaya çalışan işlevsel ve kurumsal yaklaşım görüşleri yeterli görülmediğinden çözüme yönelik arayışlar devam etmiştir. Bu arayışlar neticesinde amaca uygun yorum yönteminin daha doğru bir yaklaşım olacağı sonucuna varılmıştır. Buna göre teşebbüs kavramının anlamı şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin amacı dikkate alınarak tespit edilmektedir²³. Böylece her somut olaya göre farklı bir değerlendirme yapmak gerekecektir²⁴. Buna göre şirketin dışında başka bir iktisadi amacı olan ve bu menfaat nedeniyle şirket üzerindeki hâkimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğinden ciddi şekilde endişe duyulan pay sahibi teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Bunun için hâkimiyetin fiilen kullanılıyor olması da şart değildir. Menfaat ihtilafına sebep olacak böyle bir imkân/ihhtimalin bulunması yeterlidir²⁵. Örneğin bir şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi aynı zamanda bir ticari işletme de işletmekteyse böyle bir tehlike vardır. Benzer şekilde iki farklı şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi için de aynı tehlike söz konusudur. Ancak şirketin üzerinde hâkimiyet anlamında herhangi bir etkiye sahip olmayan özel pay sahibi (privataktionär) açısından böyle bir tehlikeden söz etmek mümkün değildir²⁶.

Amaca uygun yorum yönteminde hareket noktası şirketin dışında bir iktisadi menfaate sahip olmak olduğundan burada üzerinde durulması gereken diğer bir sorun, şirketin hâkimiyetini elinde bulunduran pay sahibinin diğer bir şirkette hâkimiyet sağlamayan oranda bir paya sahip olması durumunda nasıl bir yorum yapılacağıdır. Çünkü şirketlerden birinde hâkim konumunda bulunan pay sahibi her ne kadar diğer şirkette aynı konumda değilse de iktisadi anlamda hâkimi olduğu şirkete yabancı bir menfaati olabilir. Söz konusu kişinin şirketin dışındaki iktisadi menfaatinin daha büyük olması halinde bu kişinin şirket üzerindeki hâkimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğini yine kabul etmek gerekir. Fakat şirketin dışındaki iktisadi menfaatin önemli olmadığı durumlarda aynı yorumu yapmak mümkün olmaz²⁷. Çünkü bir menfaat ihtilafı çıkması ihtimali yok denecek kadar azdır.

²³ **Emmerich**, in Emmerich/Habersack, § 15, N. 8-9; **Hüffer**, § 15, N. II, 2; **Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger**: Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006, § 51, N. 2; **Kort**, 1914; **Okutan Nilsson**, s. 29; **Boyacıoğlu**, s. 134.

²⁴ **Emmerich**, in Emmerich/Habersack, § 15, N. 9.

²⁵ **Okutan Nilsson**, s. 29-30.

²⁶ **Okutan Nilsson**, s. 30; **Yanlı**, s. 127.

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde “teşebbüs” kavramının kullanılmasının amaçlarından biri de özel pay sahibi (Privataktionär) ile işletmeciy pay sahibini (Unternehmensaktionär) ayırmak, şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri sadece teşebbüs niteliğinde olan pay sahibine uygulamaktır. Söz konusu hükümlerin mehzası olan Alman hukukunda da bu ayrıma özellikle dikkat edilmiş özel pay sahibi kapsam dışı bırakılmıştır (**Yanlı**, s. 127, 188).

²⁷ Örneğin büyük bir şirketin paylarına sahip olan kişi için söz konusu payların ifade ettiği iktisadi değer, hâkimi olduğu şirketin kendisi için ifade ettiği iktisadi değerden büyük olabilir. Böyle bir durumda hâkim pay sahibinin şirketin menfaatlerini kendi kişisel menfaatlerine feda etmesi tehlikesi kuvvetle muhtemeldir. Buna karşın başta ifade ettiğimiz şirketteki payların

Şirketler topluluğunda bağlı şirket kendisine yabancı olan bir iktisadi amaç doğrultusunda kararlar alır ve şirketin aleyhine olsa bile bu kararlar uygulanır. Menfaat ihtilafları da zaten buradan kaynaklanır. O halde sorunun kaynağı bağlı şirketin bizatihi kendisidir. Diğer bir ifadeyle temel sorun şirketin kendi iktisadi amaçları dışında başka bir iktisadi amaca yönlendirilmesidir. Öyleyse ilk olarak bağlı şirketin izlemiş olduğu iktisadi amacın kendisine yabancı olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu da ancak bağlı şirketin bakış açısından tespit etmek mümkündür²⁸. Söz konusu iktisadi amaç bağlı şirkete yabancı değilse hâkim etkimde bulunan ve şirketi yönlendiren iradeyi teşebbüs olarak nitelendirme imkânı yoktur.

V. Ticaret Şirketlerinde Hâkim Teşebbüs Kavramı

A. Şahıs Şirketleri

TTK m. 124'te şahıs şirketleri olarak sayılan kollektif ve komandit şirketler ortaklık yapısı itibariyle şirketler topluluğuna pek de elverişli değildir. Ancak TTK m. 195'te şirketler topluluğu ticaret şirketlerinin hepsini içine alacak şekilde düzenlendiğinden şahıs şirketleri üzerinde de bir hâkimiyet tesis edilebileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin bir kollektif şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişi aynı zamanda söz konusu şirketin ortağı olabilir²⁹. Ancak başta da ifade ettiğimiz gibi şahıs şirketlerinin yapısı nedeniyle sermaye şirketleri etrafında gelişen bir hukuki düzenlemeyi bu şirketler bakımından uygulamak kolay olmayacaktır³⁰.

B. Sermaye Şirketleri

Sermaye şirketlerinde özellikle anonim şirketlerde pay sahibi olmak ve yönetime katılmak şahıs şirketlerine göre daha kolaydır. Uygulamanın özellikle anonim şirketler alanında olmasının da en önemli sebebi budur. Bir anonim veya limited şirketin hâkimi olan ortağın aynı zamanda şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması ve şirketin aleyhine olacak şekilde kendi iktisadi menfaatleri doğrultusunda şirketi yönlendirmesi halinde söz konusu ortağın bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkündür. Şirketin hâkimi olan ortağın aynı zamanda başka bir şirketin de hâkimi olması halinde böyle bir menfaat ihtilaflarının ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Fakat uy-

iktisadi değeri önemli değilse pay sahibinin hâkimi olduğu şirketin menfaatlerini kendi kişisel menfaatlerine feda etmesi beklenmez. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere söz konusu değerlendirme oldukça görecelidir. Öyle ki bir şirkete karşı teşebbüs olarak nitelendirilen bir pay sahibi başka bir şirkete karşı aynı şekilde nitelendirilmeyebilir (**Yanlı**, s. 191).

Bu hususla ilgili olarak tartışılması gereken diğer bir sorun da hâkim pay sahibinin teşebbüs olarak nitelendirilmesinde esas alınan şirketteki katılımının ne olacağıdır. Acaba diğer şirkette de hâkimiyet tesis edecek oranda bir paya sahip olması gerekir mi, yoksa hâkimi olduğu şirketin menfaatlerini feda edebileceği bir menfaatinin olup olmadığına mı bakmak gerekir? Diğer şirketteki katılımın hâkimiyet tesis edecek oranda olması gerektiği ve yine söz konusu katılımın yönetim üzerinde fiilen etkili olacak orana ulaşması gerektiği görüşleri (**Boyacıoğlu**, s. 139) şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin amacı dikkate alındığında eleştiriye açıktır. Çünkü yönetim üzerinde etkili olmasa da iktisadi menfaatin büyüklüğü kişiyi şirket üzerindeki etkisini (hâkimiyetini) şirketin aleyhine kullanmaya sevk edebilir. Bunun için her iki şirketin de yönetiminde etkin olması gerekmez. Fakat iktisadi menfaatin büyüklüğü her somut olaya göre farklı olacağından yine kesin bir ölçü olamaz. Bu hususla ilgili olarak ayrıca bkz. **Yanlı**, s. 192, dn. 855.

²⁸ **Yanlı**, s. 125.

²⁹ **Boyacıoğlu**, s. 145.

³⁰ Şahıs şirketlerinin şirketler topluluğunda bağımlı şirket olmak bakımından neden elverişli bir tür olmadığı hususu ile ilgili olarak bkz. **Boyacıoğlu**, s. 145-146.

gulama bununla sınırlı değildir. Pay sahibinin şirketin dışında bir ticari işletme işletmesi halinde de yine bir teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkündür. Burada önemli olan şirketin hâkimi olan ortağın şirketin menfaatlerine aykırı bir tutum içinde olup olmayacağıdır. Şirketin dışında bir işletme faaliyeti olan pay sahibi açısından bu tehlike daha belirgin bir biçimde kendisini gösterirken faaliyetleri şirket işleri ile sınırlı bir pay sahibi için söz konusu tehlike yok denecek kadar azdır. Bu nedenle sadece işletmeci pay sahibi açısından özel önlemler almak gerekir. Şirketin hâkimi olan özel pay sahibi açısından da benzer bir tehlikeden söz etmek mümkünse de şirket organizasyonları içinde mevcut olan tedbirler (azınlık hakları vs.) nedeniyle şirketler topluluğu anlamında özel bir önlem almaya gerek yoktur.

Sermaye şirketinin hâkimi bir ticaret şirketi ise hâkim teşebbüs kavramına gitmeye zaten gerek yoktur. Ancak hâkimiyet bir ticaret şirketinde değil de diğer bir özel hukuk tüzel kişisi olan dernekte veya vakıfta ise yine ortada bir teşebbüs olup olmadığını incelemek gerekir. Gelir sağlama amacıyla kurulmadıkları için bir iktisadi işletme olarak değerlendirilemeyecek olan dernekler ve vakıfların bir sermaye şirketinin paylarına sahip olması hatta hâkim konumda bulunmalarına bir engel yoktur. Fakat bir şirketin hâkimi olan bir dernek veya vakfın aynı zamanda şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması ve gerçek kişilerde olduğu gibi bu menfaati nedeniyle şirketin aleyhine olacak şekilde şirketi yönlendirmesi halinde yine bir önlem almak gerekecektir. Bu açıdan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ancak söz konusu özel hukuk tüzel kişilerinin özel amaçları nedeniyle şirketin aleyhine olacak şekilde şirketi yönlendirmeleri de ihtimal dâhilinde olduğundan gerçek kişiler ile yapılan mukayesede bu tehlike de dikkate alınmalıdır. Kamu hukuku tüzel kişilerinin bir sermaye şirketinde hâkim konumda bulunmaları halinde ise izlenen siyasi vs. amaç nedeniyle teşebbüs niteliği kendiliğinden mevcut sayılır³¹.

C. Tek Kişilik Şirket

Tek kişilik şirkette paylar bir kişinin elinde toplanmıştır dolayısıyla bu kişi söz konusu şirketin hâkimi konumundadır. Fakat ortada tek bir ticaret şirketi vardır. Bu durumda şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tamamen TTK m. 195, f. 5 hükmünün yorumuna bağlıdır. Söz konusu hükmün ortada en az iki tane ticaret şirketi olmalıdır şeklinde yorumlanması halinde tek kişilik şirketin paylarını elinde bulunduran pay sahibini hâkim teşebbüs olarak değerlendirme imkânı yoktur. Fakat konzern hukukuna ilişkin ilkeler etrafında yapılan diğer yorum kabul edildiğinde ortada bir tane şirket ve bu şirkette tek bir pay sahibi olsa da şirketler topluluğu hükümleri yine uygulama alanı bulur. Çünkü tüm paylara sahip olan kişinin şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması durumunda şirketin aleyhine kararlar alması ve uygulaması ihtimali vardır. Şirketin alacaklıları bundan zarar görür. O halde tek bir ortağa karşı da şirket menfaatlerinin korunması gerekir. İşte bu açıdan ortada bir tek kişilik şirket olsa dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bundan başka tek kişilik şirketin diğer bir ticaret şirketinin hâkimi olması durumunda zaten şirketler topluluğu hükümleri uygulanabilecektir³².

³¹ Boyacıoğlu, s. 142-143.

³² Tekinalp, Ünal: Tek Kişilik Ortaklık, İstanbul 2011, s. 3.

VI. Hâkim Teşebbüsün Tacir Sayılması

TTK m. 195, f. 5'te hâkim teşebbüsün tacir sayılması nedeniyle konunun tacir ve tacir olmaya bağlanan sonuçlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi zorunlu olmuştur. Şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir. Gerçek kişiler bakımından konuyu ele alacak olursak bir şirkette birden fazla kişi birlikte hâkimiyet tesis ettiklerinde hâkim teşebbüs kavramı bakımından bu kişilerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı bir değerlendirmeye tabi tutulacağı tartışmalıdır³³. Şayet her bir kişi için ayrı bir değerlendirme yapılırsa birlikte hâkimiyet tesis edenler ayrı ayrı tacir sayılır. Birlikte değerlendirme yapılırsa o zaman tüzel kişiliği olmayan bu birlikteliği (adi şirket) tacir saymak gerekebilir.

Hâkim teşebbüsün bir tüzel kişi olması halinde de yine benzer problemlerle karşılaşmak mümkündür. Fakat bu konuda karşılaşılan ilk sorun tacir kavramı dışında tutulan bazı tüzel kişilerin (kamu hukuku tüzel kişileri, kamuya yararlı dernekler, gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar) tacir sayılıp sayılmayacaklarıdır. Çünkü şirketler topluluğuna ilişkin hükümler bakımından hâkim teşebbüs olabilen ve tacir sayılan bu kişilerin TTK m. 16, f. 2'de ticari işletme işletmeler dahi tacir sayılmayacakları açık bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ortada birbiriyle çatışan iki hüküm bulunmaktadır. Hangisinin uygulanacağı noktasında çeşitli yorumlar yapılabilir. Örneğin özel hüküm – genel hüküm ilişkisi kurularak söz konusu hükümlerden birine öncelik/üstünlük tanınabilir. Bu husus kanun daha yürürlüğe girmeden tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre TTK m. 16, f. 2 nedeniyle tacir sayılmayan kişiler de TTK m. 195, f. 5'te hiçbir özel şarta yer verilmediğinden ve özel hüküm olduğundan tacir sayılacaklar ve tacir olmaya bağlanan tüm sonuçlara tabi olacaklardır³⁴. Diğer bir görüşe göre ise TTK m. 16, f. 2 özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle söz konusu kişiler hâkim teşebbüs olsalar bile tacir sayılamazlar³⁵.

Hâkim teşebbüsün tacir sayılması için bir ticari işletme işletmek şart değildir³⁶. Şirketin kontrolünü elinde bulundurmak ve teşebbüs sayılmak tacir sayılmak için yeterlidir. O halde hâkim teşebbüsün tacir sayılması ile ticari işletme sistemine (modern sistem) önemli bir istisna getirilmiş olmaktadır. Kanunun sistemi ticari işletme üzerine kurulu olduğundan tacir ve tacir olmanın hüküm ve sonuçları da esas itibarıyla ticari işletme işleten bir gerçek veya tüzel kişi tacir yahut ticaret şirketleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ortada ancak bir ticari işletme olduğunda uygulanabilecek olan hükümlerin hâkim teşebbüs bakımından nasıl uygulanacağı belli değildir. Doktrinde hâkim teşebbüsün tacir sayılmasını isabetli bulan fakat sistem ile uyum içinde olmadığı tespitini yapan bir görüşe göre tacir olmaya bağlanan sonuçlar tacir sayılan hâkim teşebbüsün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir³⁷.

³³ Bu hususla ilgili görüşler için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 150 vd.

³⁴ **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.

³⁵ **Okutan Nilsson**, s. 77. Özel hüküm – genel hüküm tartışmasına girmemekle birlikte aynı yönde diğer bir görüş için bkz. **Aker, Halit**: “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs””, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 287, dn. 191.

³⁶ Hâkim teşebbüs gelir getiren bir faaliyet içerisinde olsa dahi ortada bir işletme yoksa bunu ticari işletme olarak nitelendirme imkânı yoktur (**Tekinalp, Ünal**: “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Batider 2008, C. XXIV, S. 3, s. 9). Bu bakımdan bağlı şirketin dışında gelir getiren bir faaliyet içerisinde olan bir kişiyi sırf bu nedenle tacir saymak mümkün değildir. Ancak hâkim teşebbüsün tacir sayılması ticari işletme işlettiği için değil özel hüküm nedeniyle. Bu bakımdan esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak gibi ticari işletme için gerekli olan unsurlar burada aranmaz (**Aker**, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 288).

³⁷ **Aker**, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 288.

VII. Sonuç

Şirketler topluluğunun kapsamının ticaret şirketlerinin tümünü içine alacak şekilde genişletilmiş olması sermaye şirketleri alanında yaşanan bir gelişmenin şahıs şirketleri ve kooperatifler alanına taşınmış olması nedeniyle isabetli değildir. Söz konusu değişiklik yapılmadan önce şahıs şirketleri hâkim teşebbüs olarak şirketler topluluğunun tepesinde bulunabilmekteydi. Fakat bağlı şirket olmaları kabul edilmemişti. Şahıs şirketlerinin ortaklık yapısı ve uygulama dikkate alındığında (önceki) bu düzenleme daha isabetlidir. Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikten sonra şahıs şirketleri bağlı şirket de olabilecektir. Bir şahıs şirketinin bağlı şirket olması halinde bu şirketin kontrolünü elinde bulunduran ortağın hâkim teşebbüs olarak değerlendirilip şirketler topluluğu bakımından sorumlu kılınmasının mümkün olup olmadığı düşünüldüğünde yapılan değişikliğin isabetli olmadığı anlaşılacaktır. Tam bu noktada yine Adalet Alt Komisyonu tarafından hâkim teşebbüs kavramını düzenleyen TTK m. 195, f. 5'te yapılan değişiklik de tartışmalıdır. Çünkü söz konusu hüküm iki farklı şekilde yorumlanabilir. Bir yoruma göre hâkim teşebbüs mevcut şirketler topluluğunun arka planında yer alır. Diğer bir yoruma göre ise ortada bir tane ticaret şirketi olsa dahi bu şirketin hâkimi olan teşebbüs nedeniyle şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak mümkündür. Kanun koyucunun tercihinin hangisi olduğunu özellikle söz konusu hükümde yapılan değişiklikten sonra anlamak mümkün değildir. Hükümün ve değişikliğin gerekçesinde de tatmin edici bir açıklama yoktur. İşte bu aşamada şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlam ile belli olacaktır. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı olan Alman hukukuna baktığımızda ortada bir tane ticaret şirketi olsa dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği yorumu yapılabilir. Fakat hükümün bu şekilde geniş yorumlanmasının Türk hukuku bakımından ne kadar isabetli olacağının ayrıca tartışılması gerekir. Hâkim teşebbüsün tacir sayılması hususuyla ilgili olarak da çelişkili bir durum söz konusudur. Bu nedenle uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit** : “Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 2, s. 153-
- Aker, Halit** : “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs””, *Batider* 2009, C. XXV, S. 2, s.229-295.
- Arkan, Sabih** : *Ticari İşletme Hukuku*, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.
- Boyacıoğlu, Cumhuri** : *Konzern Kavramı*, Ankara 2006.
- Emmerich, Volker** : in *Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Akiten und GmbH Konzernrecht*, München 2010.
- Hüffer, Uwe** : *Aktiengesetz*, 7. Auflage, München 2006.
- Kendigelen, Abuzer** : *Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011. (Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu)
- Kendigelen, Abuzer** : *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011.
- Kort, Michael** : “Der “private” Großaktionär als Unternehmen?”, *DB* 1986, Heft 37, s. 1909-1914.
- Krieger, Gerd** : *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4. Aktiengesellschaft, München 1998.
- Meier-Hayoz, Arthur/ Forsmoser, Peter** : *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 2007.
- Okutan Nilsson, Gül Pashı, Ali** : *Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009.
- Pashı, Ali** : “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/10512/9749> (01.08.2012).
- Pulaşlı, Hasan** : *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, Ankara 2011.
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger** : *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, München 2006.
- Tekinalp, Ünal** : *Tek Kişilik Ortaklık*, İstanbul 2011.
- Tekinalp, Ünal** : “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Batider* 2008, C. XXIV, S. 3, s. 5-16.
- Yanlı, Veliye** : *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, İstanbul 2000.
- Zöllner, Wolfgang** : *Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG*, *ZGR* 1/1976, s.1-32.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DENKLEŞTİRME

Yrd. Doç. Dr. Aşlı E. GÜRBÜZ USLUEL*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun yeni düzenlemelerinden biri olan şirketler topluluğuna ilişkin hükümler arasında, hakim şirket tarafından bağlı şirkete verilen kaybın denkleştirilmesiyle ilgili m. 202/I önem taşımaktadır. Böylece bir yandan, hakim şirketin sorumluluğunun doğması engellenmekte, diğer yandan bağlı şirketin, dolayısıyla bağlı şirket pay sahiplerinin hakları korunmaktadır. Bu çalışma kapsamında hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı şekilde kullanması sonucu ortaya çıkan kaybı denkleştirme yükümlülüğü incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Şirketler topluluğu, hakim şirket, bağlı şirket, denkleştirme, kayıp, fayda, merkezi nakit yönetimi

ABSTRACT

Corporate Groups is one of the new concepts introduced in the Turkish Commercial Code. Among the articles related to Corporate Groups in the TCC, the article (Art. 202/I) regarding the balancing of the disadvantages that the subsidiary faces by the actions of the (controlling) parent company has a vital importance. With the article 202/I, not only the liability of the parent company is prevented, but also the rights of the subsidiary shareholders are protected. In this study, the obligation of the parent company to balance the disadvantages of the subsidiary which arises because of unlawful exercise of control against the subsidiary is analyzed.

Keywords: Corporate groups, parent company, subsidiary, disadvantage, advantage, balancing the disadvantages, cash pooling

GİRİŞ

Sermaye şirketlerinde tüm haklar ve yükümlülükler paya bağlanmıştır. Pay sahibi, sermaye şirketlerinde fon sağlayarak sermayeyi oluşturması nedeniyle, şirketin işleyişinden kaynaklanan olumlu ve olumsuz etkilerin doğrudan muhatabı olmaktadır. Özellikle anonim şirketlerde (AŞ) pay sahibinin çoğu zaman, ortaklığın günlük işleyişinden uzak olması, menfaatlerinin korunması açısından yönetimle iletişim içinde bulunmasını gerekli kılmaktadır. Pay sahibinin yönetimle iletişim içinde bulunmasına ilişkin bu gereklilik ise ancak, pay sahibine verilen hakların çerçevesinin belirlenmesi, genişletilmesi ve söz konusu hakların kullanımının kolaylaştırılması ile mümkün olur.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (aslielif@bilkent.edu.tr)

Pay sahibinin haklarının genişletilmesi ve bu hakların kullanılmasının kolaylaştırılması pay sahipleri demokrasisinin¹ de sağlanması açısından büyük önem taşır. Böylelikle pay sahipleri, ortaklıkta daha aktif olabilme, ortaklık iradesinin oluşumuna katılabilme ve yönetimde dolaylı da olsa etkin olabilme imkanı bulurlar.

Yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) da, Avrupa Birliği (AB) müktesebatıyla uyumun sağlanması² ve Türk işletmelerinin uluslararası piyasanın bir parçası olması³ amacıyla, pay sahibinin korunması bakımından, şeffaflık, kamuyu aydınlatma gibi klasik yöntemlerin⁴ yanında, reform niteliğinde pek çok hüküm getirmektedir. TTK ile pay sahibine, birleşmede şirketten çıkma (TTK m. 141), özel denetim isteme (TTK m. 438), şarta bağlı sermaye artırımında önerilme (TTK m. 466), eşit işlemi isteme (TTK m. 357) gibi yeni haklar tanındığı ve pay sahibinin dava haklarının genişletildiği⁵ görülmektedir. Öte yandan, kurumsal temsilci istemi (TTK m. 428, 429), temsilcinin genel kuruldan talimat alma zorunluluğu (TTK m. 428, 429), bilgi alma (TTK m. 200, 437) ve inceleme hakkı (TTK m. 437) gibi bazı hakların kullanılması daha etkili ve kolay hale getirilmiştir⁶. Bunun yanında, TTK m. 397 hükmüne göre denetime tabi olan şirketler açısından internet sitesi açma zorunluluğu (TTK m. 1524) ile pay sahipleri açısından şeffaflığı sağlayıcı araçlar artırılmış, oyda imtiyaz sınırlandırılmış (TTK m. 479), bağlam sistemi keyfilikten kurtarılmış (TTK m. 493, 495), yönetim kuruluna önemli bazı konularda beyanda bulunma ve rapor verme yükümlülüğü getirilmiştir.

TTK'nın getirdiği yeni düzenlemelerden bir diğeri de şirketler topluluğudur. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlenmenin amacı, ana ve yavru şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesinde kurala bağlanmasıdır⁷. Şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, ayrı bir tüzel kişiliği vardır. Ancak, topluluğun yönetiminde sadece o şirketin değil tüm topluluğun menfaatleri göz önüne alınır. Bu nedenle, topluluk içinde yer alan bir şirketin tümüyle bağımsız olduğunu ileri sürmek, yöneticilerin, özellikle azlık ve küçük pay sahiplerinin haksızlığa uğramasına zemin hazırlayacaktır⁸. Zira bir şirket, başka bir şirketin hakimiyeti altındaysa ve hakim şirketin talimatları kendi menfaatlerine aykırı olsa, hatta kendisine kayıp verse bile bu talimatları fiilen yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle TTK'daki düzenlenmenin amacı, bağlı şirket menfaatinin topluluk menfaatine karşı korunmasını sağlayarak, bağlı şirket menfaatinin feda edilmesi ihtimalinin olumsuz sonuçlarını gidermek ve hafifletmektir⁹.

Söz konusu kapsamda, şirketler topluluğunda bağlı şirket pay sahibini koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Bunlar arasında pay sahiplerine topluluk işlemlerini incele-

¹ Genel Gerekeçe N. 135; *Tekinalp, Ü.: Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005, S. 4, s. 14.

² Genel Gerekeçe, N. 3.

³ Genel Gerekeçe, N. 6.

⁴ Genel Gerekeçe, N. 67.

⁵ Bu davalar arasında yeniden yapılanmada ortaklık payının ve haklarının veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde denkleştirme talebi davası (TTK m. 192), yeniden yapılanmanın iptali (TTK m. 193) ve yeniden yapılanmada sorumluluk davası (TTK m. 194), denetçi atanması davası (TTK m. 399), genel kurul kararlarının butlanının tespiti davası, kanuni şartlara uygun tasfiye memuru seçimi talebini içeren dava (TTK m. 537), haklı sebeplerle şirketin feshi davası sayılabilir. Bkz. Genel Gerekeçe, N. 132.

⁶ Genel Gerekeçe, N. 132.

⁷ Genel Gerekeçe, N. 115.

⁸ Gerekeçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.

⁹ *Okutan Nilsson, G.: Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul* 2009, s. 14.

yebilmesi için getirilen özel denetim hakkı, pay sahibinin itiraz ettiği ve bağlı şirket bakımından haklı bir nedeni bulunmayan kararlar karşısında, pay sahibinin paylarını hakim şirkete satarak şirketten çıkma hakkı imkanı ile ilgili düzenlemeler yer alır. Bunun yanında şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, pay sahiplerine verilen çeşitli dava hakları ile pay sahipliğinden doğan haklar genişletilmiş, yönetim kurulunun hazırlayacağı raporlar ve şirketlerin internet sitesine ilişkin hükümler ile pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması kolaylaştırılmıştır.

Şirketler topluluğunda gerek pay sahibinin haklarını koruyan gerek şirketler topluluğunun işleyişini kolaylaştıran en önemli hükümlerden biri de, TTK m. 202'de düzenlenen, bağlı şirkete, hakim şirket tarafından verilen kaybin denkleştirilmesine ilişkin hükümdür. Böylece bir yandan, hakim şirketin sorumluluğunun doğması engellenmekte, diğer yandan bağlı şirketin, dolayısıyla bağlı şirket pay sahiplerinin hakları korunmaktadır. Bu çalışma kapsamında hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı şekilde kullanması sonucu ortaya çıkan denkleştirme yükümlülüğü incelenmiş, kısmi ve tam hakimiyette denkleştirmenin koşulları, sınırları ve yöntemleri belirlenmeye çalışılmıştır. TTK m. 202/I/b'de düzenlenen faaliyet yılı içerisinde denkleştirmenin sağlanmaması durumunda açılacak tazminat davasına yeri geldiğinde genel olarak değinilmiş, TTK m. 202/II kapsamında hakim şirketin sorumluluğunu doğuran ve bağlı şirket bakımından haklı bir nedeni bulunmayan genel kurul kararları, hakim şirketin sorumluluğuna yol açmakla birlikte, denkleştirme yükümlülüğünü gerektirmediği için çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

I. DENKLEŞTİRME KAVRAMI VE DENKLEŞTİRMENİN AMACI

1. Kavram

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması başlığı altında bulunan TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin hakimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanmayacağı düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması yasaklanmıştır. Öte yandan, kanun koyucu bu hükümde, hakim şirket bakımından esnek bir kurala yer vererek¹⁰, aynı zamanda hakim şirketin gerekli koşulları gerçekleştirilmesi kaydıyla, bağlı şirketin hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayba uğratılmasını hukuka uygun hale getirmektedir. Hakim şirket tarafından yerine getirilecek koşul ise denkleştirilmedir. Gerçekten TTK m. 202'de kaybin o faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmesi durumunda veya kaybin nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkının tanınması yoluyla hakim şirketin hukuka aykırı maddi fiil veya hukuki işleminin bir anlamda telafisi öngörülmüştür. Kısmi hakimiyete ilişkin olan TTK m. 202 hükmünün yanı sıra, tam hakimiyet bakımından TTK m. 206'da da benzer koşullarla hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Denkleştirme, hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda, bağlı şirketin yaptığı veya yapmaktan kaçındığı fiil ve işlemler veya aldığı veya almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle ortaya çıkan kaybin giderilmesidir¹¹. Başka bir ifadeyle denkleştirme, meydana gelecek muhtemel kaybin garanti altına alınarak, denkleştirilmesinin belli bir zaman dilimiyle sınırlı olmak üzere ertelenmesi ve bağlı şirket açısından aleyhte bir durum ortaya çıkmaksızın kaybin bertaraf edilmesidir¹².

¹⁰ TTK m. 202, madde gerekçesinde de hükmün, hakim şirketin veya ortaklarının makro politikalarını uygulayabilmesine imkan sağlayan esnek bir kurala yer verdiğini ifade etmektedir.

¹¹ *Koppensteiner*, H.G.: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 6, 3.Auf. (Her: Zöllner/Noack), Köln 2004, §311 N. 106.

¹² *Altmeppen*, H.: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 5, 3. Auf. (Her: Goette/Habersack/Kalss) München 2010, § 311 N. 303.

Kaybın denkleştirilmesinin ya da buna ilişkin taahhüdün faaliyet yılı içerisinde yapılması gerekliliği, söz konusu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketin, denkleştirmenin yapılması talebiyle hakim şirkete başvurup vuramayacağı sorusunu akla getirebilir. Alman hukukunda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmesi için, bağlı şirketin denkleştirmenin yapılması talebiyle hakim şirkete başvuramayacağı görüşü hakimdir.¹³ Bunun nedeni, hakim şirkete denkleştirmenin yapılması ya da denkleştirmenin yapılacağına ilişkin taahhüdün verilmesi için faaliyet dönemi sonuna kadar süre tanınmış olması, bu sürenin sonuna kadar hakim şirketin denkleştirmeyi gerçekleştirmemesi ya da kaybı denkleştireceğine ilişkin taahhütte bulunmaması durumunda, bağlı şirketin zararın tazmin edilmesi amacıyla talep hakkı doğar. Başka bir ifadeyle, bağlı şirketin talep hakkı zararın tazmin edilmesine ilişkindir.

TTK açısından da benzer bir durum söz konusudur. TTK m. 202/I/a' da hakim şirkete denkleştirme için bir faaliyet yılı süre tanınmıştır. Dolayısıyla, hakim şirket bu sürenin bitimine kadar denkleştirmeyi sağlamak zorunluluğu altında değildir.¹⁴ Söz konusu sürenin dolması ve denkleştirmenin sağlanmaması durumunda ise, bağlı şirket pay sahiplerine zararın tazmini (TTK m. 202/I/b) ve payların satın alınmasını isteme (TTK m. 202/II) hakkı verilmektedir. Bu nedenle, bağlı şirketin hakim şirketten kaybın denkleştirilmesinin sağlanmasını istemesi mümkün olmamakta, hakim şirketin denkleştirmeyi gerçekleştirmemesi ya da gerçekleştireceğini bu süre içinde taahhüt etmesi halinde, bağlı şirket ancak uğradığı zararın tazmini isteyebilmektedir.

2. Amacı

Kaybın denkleştirme yoluyla giderilmesindeki amaç, şirketi bağımsız olsaydı hangi durumda bulunacaksa o konuma getirmektir.¹⁵ Başka bir ifade ile, kayıp doğurucu işlem ya da fiilin gerçekleştiği andan itibaren, söz konusu işlem ya da fiillerin sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

Esasen TTK m. 202'de yer alan kaybın denkleştirilmesine ilişkin düzenlemenin iki temel amacı vardır. Bunlardan ilki, kaybın ve bu kaybın denkleştirilmesini sağlayacak faydanın tartışılması ile ortaya çıkacak sonucun, malvarlığı kaybına neden olmasının engellenmesidir.¹⁶ Bu engelleme ise ancak, denkleştirmenin o faaliyet yılı içerisinde yapılması ya da kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması yoluyla olur. Düzenlemenin ikinci amacı ise, somut ve yasal bir talep hakkı ile derhal giderilmesi istenemeyecek kayıpların, hakim şirket tarafından uygun bir fayda sağlanması yoluyla güvence altına alınmasıdır.¹⁷ Dolayısıyla söz konusu hükme göre, topluluğun bir parçası olmanın getirdiği genel fayda ve avantajlar denkleştirme kapsamında değerlendirilmemeli ve denkleştirmenin oldukça uzun bir zaman sürecinde gerçekleştirilmesi de söz konusu olmamalıdır.¹⁸

¹³ Habersack, M.: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auf. (Her: Emmerich/Habersack), München 2010, § 311, N. 75; Hüffer, U.: Aktiengesetz, 10. Auf. München 2012, § 311 N. 38; Altmeyden, N. 374.

¹⁴ Okutan Nilsson, s. 282, Yazar, malvarlığını riske sokan işlemlerin bu hususun istisnasını oluşturabileceğini belirtmektedir (s. 284 dn. 804).

¹⁵ Koppensteiner, §311 N. 106.

¹⁶ Altmeyden, N. 302.

¹⁷ Altmeyden, N. 304.

¹⁸ Altmeyden, N. 304.

3. Gerçekleştirilmesi

A. Denkleştiriminin Sağlanmasında Fayda

Denkleştirme bağlı şirkete bir fayda ve avantaj sağlanması yoluyla yapılabileceği gibi, kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılığa ilişkin de olabilir¹⁹. Başka bir ifade ile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunda, kayba uğrayan bağlı şirket ekonomik bir fayda sağlamalıdır. Sağlanacak fayda ile meydana gelen kayıp arasında bir bağlantı olmasına gerek yoktur²⁰. Örneğin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda bir ihaleye girilmemesi nedeniyle doğan kayıp, denk değerde bir taşınmazın devri yoluyla sağlanacak bir fayda ile giderilebilir. Bunun yanında, denkleştirmede sağlanacak faydanın, ortaya çıkan kaybı giderecek, denk bir değerde olması gereklidir²¹. Bu nedenle, daha öncede de belirtildiği gibi topluluğun bir parçası olmaktan kaynaklanan örneğin bağlı şirketin kredibilitésinin artması gibi pasif bir fayda, denkleştirmenin sağlanması açısından uygun değildir²².

Kural, kayba neden olan işlem ya da fiilin hakim şirket tarafından denkleştirilmesi olmakla birlikte, bağlı şirketin söz konusu kaybı, denk değerde bir faydayla denkleştirildiği sürece denkleştirme, diğer bir bağlı şirket ya da üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir²³.

Denkleştirilmede sağlanacak faydanın aynen ortaya çıkan kayıpta olduğu gibi mutlaka ölçülebilir olması gereklidir²⁴. Öte yandan, faydanın bilançoya yansıtılması şart olmamakla²⁵ birlikte, bilançoya yansımış bir kaybın denkleştirilmesi söz konusu olduğunda, fayda da aynı şekilde bilançoya yansıtılmalıdır²⁶.

B. Denkleştirme Miktarının Belirlenmesi

Denkleştirmede sağlanacak faydanın doğan kaybı giderecek nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla, denkleştirmenin tam olarak sağlanması için kaybın ve faydanın karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken izlenecek iki adım vardır. Bunlardan ilki, söz konusu kaybın, kaybı doğuran işlemin yapıldığı ya da önlemin alındığı ve alınmasından kaçınıldığı zaman göz önüne alınarak belirlenmesidir²⁷. Kaybın belirlenmesinin ardından ikinci adım olarak, belirlenen kayıp ile sağlanacak fayda karşılaştırılır ve denkleştirilmenin miktarı değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken, bağlı şirketin içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alınmalıdır²⁸.

¹⁹ TTK m. 202, madde gerekçesi.

²⁰ *Altmeppen*, N. 343; *Müller*, H. F.:Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6, 2. Auf. (Her. Spindler/Stilz), München 2010, §311 N. 50

²¹ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39.

²² *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 116.

²³ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 120; *Müller*, §311 N. 50.

²⁴ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 114; *Altmeppen*, § 311 N. 347.

²⁵ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

²⁶ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

²⁷ *Müller*, §311 N. 51.

²⁸ *Müller*, §311 N. 51.

4. Sınırı

TTK m. 202 bakımından denkleştirmenin söz konusu olabilmesi için doğan kaybın ölçülebilir nitelikte olması gereklidir. Ancak bazı istisnai hallerde değeri ölçülemeyen kaybın, yine değeri ölçülemeyen bir fayda ile denkleştirilmesi söz konusu olabilir²⁹. Bu gibi durumlarda, denkleştirilmenin sağlanması için her somut olayın özelliklerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Bunun yanında, TTK m. 202 hükmünde, hakimiyetin kullanılması nedeniyle ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile hakimiyetin kullanılması dışında ortaya çıkan kayıplar bu hükmün kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, denkleştirme yükümlülüğüne neden olan, kayıp doğurucu işlem ve fiiller hakim şirketin, bağlı şirketlerin ya da şirketler topluluğunun menfaati için yapılmalıdır. Üçüncü kişilerin menfaati için bağlı şirket bir işlem ya da fiili gerçekleştirmişse, burada ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır³⁰.

II. DENKLEŞTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kaynak metin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) § 311'de düzenlenen şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliğine ilişkin, Alman hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre şirketler topluluğunda denkleştirme, tazminat hukukunda yer alan zarar görenin elde ettiği yararın mahsubu³¹ (compensatio lucri cum damno) niteliğindedir³². Fakat tazminat hukukuna ilişkin zararın denkleştirilmesi, ancak zararın mağdura aynı zamanda ekonomik fayda sağlaması durumunda söz konusu olur. Zarar, bu faydanın zarardan düşülmesiyle yoluyla belirlenir. Şirketler topluluğunda denkleştirme söz konusu olduğunda denkleştirme sağlandıktan sonra, denkleştirilemeyen zarar açısından tazminat yükümlülüğü devam eder. Diğer bir ifade ile denkleştirme, tazmin edilecek zarardan az ise, tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaz³³.

Başka bir görüşe göre şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi, hakim şirketi tazminat yükümlülüğünden kurtaran “edimi değiştirme yetkisidir³⁴” (facultas alternativa³⁵). Böylece hakim şirket zararı tazmin etmek yerine, kaybı denkleştirdiği noktada sorumluluktan kurtulacaktır. Hakim şirketçe sağlanan denkleştirme, zarardan az olsa bile hakim şirketin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ancak bu iki görüş eleştirilmiş, APOK § 311'de kayıp ve denkleştirme, APOK § 317'de ise zarar ve tazminat kavramlarının düzenlendiği, bu kavramlara kanun koyucu tarafından verilen anlamların farklı olduğu, dolayısıyla kayıp ve zarar ile denkleştirme ve tazminatın birbirleri ile özdeş olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiş³⁶ ve bu nedenle söz konusu görüşler Alman hukukunda kabul görmemiştir.

²⁹ Müller, §311 N. 52.

³⁰ Habersack, § 311 N. 60; Hüffer, §311 N. 43; Koppensteiner, §311 N. 102.

³¹ Bu konuda bkz. Oğuzman K./Öz, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 9, İstanbul 2012, s. 352; Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 586.

³² Altmeppen, § 311 N. 309'dan naklen, Würdinger, H.: Aktiengesetz Grosskommentar, Bd. 4, 3. Auf. (Her. Braz/Bröner et al.) Berlin 1975, §311 N. 5, 6, 9.

³³ Altmeppen, § 311 N. 310.

³⁴ Altmeppen, § 311 N. 310'dan naklen, Müller, K.: Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktiengesetz, ZGR 1977, s. 16.

³⁵ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 301; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 817, 818.

³⁶ Altmeppen, § 311 N. 311.

Alman hukukundaki hakim görüşe göre, APOK § 311 ile § 317 arasındaki ilişki denkleştirilmenin hukuki niteliğini belirlemek açısından önem taşımaktadır. APOK § 311 hükmüne göre denkleştirilmenin süresi içinde sağlanması durumunda, APOK § 317'de yer alan tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla, hakim şirket kaybın denkleştirilmesini sağlayarak, tazminat yükümlülüğünü bertaraf edebilmektedir. Bu bakımdan denkleştirme, kendine özgü bir ifa (Kompensationsleistung sui generis) niteliğindedir³⁷. Bağlı şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin talep hakkı olmadığına göre, hakim şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin doğrudan doğruya bir denkleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, gerek yararın mahsubunun gerek edimi değiştirme yetkisinin, şirketler topluluğunda denkleştirilmenin hukuki niteliği olarak belirlenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira, TTK m. 210/I/a kaybın tamamıyla denkleştirilmesi gerekliliğini düzenlemekte ve denkleştirme sonucunda tazminat sorumluluğu, dolayısıyla, zarar ortadan kalkmaktadır. Hâlbuki yararın mahsubunda, mahsup edilen miktar sonrasında tazminat yükümü devam eder. Edimi değiştirme yetkisinde asıl edimin imkansız olması halinde yedek edim yetkisi de sona erer³⁸. Ancak şirketler topluluğunda istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştirilmenin hakim şirketin veya edim borçlusunun kusuru olmaksızın yerine getirilmediği durumlarda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir³⁹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, TTK m. 202/I/a hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, yasaklayıcı nitelikte emredici bir hükümdür. Bu hüküm ile, faaliyet yılı içerisinde yapılacak denkleştirme ya da kaybın ne zaman ve nasıl denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete tanınacak denk değerinde istem hakkı ile hakim şirketin maddi fiilinin ya da hukuki işleminin hukuka aykırı olması durumu ortadan kalkmakta, söz konusu fiil ya da işlem hukuka uygun hale gelmektedir. Faaliyet yılı içinde denkleştirme fiilen yerine getirilmez ya da faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirket hakim şirketten, şirketin zararının tazminini isteyebilir (TTK m. 202/I/b). Ancak bağlı şirket, kaybı nedeniyle hakim şirkete denkleştirme yapılması talebinde bulunamaz. Dolayısıyla denkleştirme, hukuka aykırılığın ortadan kalkması için hakim şirket açısından hem bir külfet, hem de bağlı şirket pay sahiplerince denkleştirilmenin sağlanamaması halinde zararın tazminine ilişkin bir istem hakkının doğması nedeniyle bir borçtur⁴⁰.

Bunun yanında TTK m. 202 hükmüne göre bağlı şirketin, hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda ortaya çıkan kaybının denkleştirilmesi, hakim şirketin hukuka aykırı maddi fiil veya hukuki işlemi anlamda hukuka uygun hale getirdiği için, bu durumda geciktirici koşul (Borçlar Kanunu [BK] m. 170) söz konusudur. Gerçekten de o faaliyet yılı içerisinde denkleştirme sağlanana kadar, hakim şirketin hukuka aykırı yönlendirmesinin doğuracağı sonuçlar askıdadır. Faaliyet yılı içinde denkleştirme yapılmadığı ya da bağlı şirkete bu dönemde bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, hakim şirketin tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Öte yandan bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesi hakim şirketin iradesine bağlı olduğundan ve bu hususun açıkça söz konusu hükümde düzenlenmesinden dolayı, kanuni ve aynı zamanda iradi koşuldan bahsetmek de mümkündür.

³⁷ Habersack, § 311 N. 61; Hüffer, §311 N. 37; Müller, §311 N. 28.

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 818.

³⁹ Koppensteiner, §311 N. 115.

⁴⁰ Habersack, § 311 N. 61

Şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi Türk hukukunda yeni olup, Türk sorumluluk hukukuna farklı bir boyut kazandırmaktadır⁴¹. Kayıp ile zararın ve denkleştirme ile tazminatın farklı kavramlar olmaları, bağlı şirketin kural olarak faaliyet yılı süresince denkleştirmeye ilişkin bir talep hakkının bulunmaması, şirketler topluluğunda denkleştirmenin dogmatik açıdan farklı statüsünü ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, hukuki anlamda bir sınıflandırma kapsamında yer almamakla birlikte Alman hukukunda şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliği olarak benimsenen kendine özgü ifa görüşünün TTK hükümleri kapsamında da kabul görebileceği kanaatindeyiz.

III. DENKLEŞTİRMENİN KAYNAĞI VE KOŞULLARI

1. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da, hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı düzenlendikten sonra, hakim şirketin, bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halleri sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır⁴². Bu halleri iki kategoride toplamak mümkündür. Bunlardan ilki bağlı şirkete yaptırılan iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler ile tesisleri yenilememek gibi maddi fiillerdir. Gereğede sayılan söz konusu haller sınırlı sayıda olmadığı için, farklı bir durumun ortaya çıkması halinde somut olayın özelliklerine göre karar verilecektir. Bu noktada, madde metninde sayılan hallerden farklı bir durumun ortaya çıkması halinde göz önüne alınması gereken ölçüt, hukuka aykırılığı doğuran bu hukuki işlem ve maddi fiillerin bağlı şirket bağımsız olsa idi, bağlı şirketin yöneticilerinin özen borcunun ihlalini oluşturup oluşturmayacağıdır. Gerçekten TTK 202/I/d'de kayba sebebiyet veren işlemin aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde sorumluluğun ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.

İkinci kategori hukuka aykırılık hali ise TTK m. 202/II'de düzenlenen, hakimiyetin kullanılması nedeniyle gerçekleştirilen ve bağlı şirket açısından açıkça haklı bir sebebi bulunmayan önemli genel kurul kararlarına ilişkindir. Hükümde sınırlı sayıda olmaksızın önemli nitelikteki kararlar, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri olarak sayılmıştır.

Söz konusu hukuka aykırılık hallerinin farklı hukuki sonuçları bulunmaktadır. Birinci kategoride anılan koşullarda bağlı şirketin kayba uğratılması durumunda, hakim şirket denkleştirme yükümlülüğü altına girmektedir. Söz konusu denkleştirmenin sağlanmaması durumunda ise hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. Denkleştirmenin sağlanmaması halinde hakim şirket, bağlı şirketin zararını tazmin eder veya hakkaniyete uygun düşüyorsa pay sahiplerinin paylarını satın alır.

İkinci kategori olan bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılır haklı bir sebebi olmayan kararların alınmasında, denkleştirme yükümlülüğü olmaksızın hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. İkinci kategori sorumluluk hallerinde hakim şirket, pay sahiplerinin zararlarını tazmin etmeli veya paylarını satın almalıdır.

Çalışmamızın konusu kapsamında birinci kategori incelenecektir.

⁴¹TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁴² TTK m. 202, madde gerekçesi.

2. Sözleşmesel ve Fiili Konzernler ⁴³

Alman hukukunda sözleşmesel konzernlerle, fiili konzernlere farklı hükümler uygulanmaktadır. Hakim şirkete bağlı şirketi tamamıyla yönetme imkanı verilen sözleşmesel konzernlerde, pay sahibi ve alacaklıların korunması adına APOK'ta çeşitli hükümler düzenlenmiştir (APOK § 300 -307). Şirketin kanuni yedeklerinin belirli seviyede tutulması (APOK § 300), hakim şirket ile bağlı şirket arasındaki sözleşme sona erdiğinde, sözleşme sona ermeden doğmuş alacaklıların alacaklılarının hakim şirketten güvence isteme hakkı (APOK § 303) bu hükümlerden bazılarıdır.

Bağlı şirketin ekonomik bağımsızlığını kısmen koruduğu fiili konzernlerde ise, pay sahiplerinin ve alacaklıların korunması kaybın denkleştirilmesiyle (APOK § 311), kayıp denkleştirilmediği takdirde zararın tazmini ile gerçekleşir⁴⁴ (APOK § 317). Fiili konzernlere ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hükümler dahilinde boşluk bulunduğu takdirde, sözleşmesel konzernlere uygulanan hükümler kıyasen fiili konzernlere de uygulanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda sözleşmesel konzern ve fiili konzern olmak üzere ikili bir ayırım yapılmamıştır⁴⁵. Dolayısıyla bu değerlendirme, Türk hukuku açısından uygulama imkanı bulmayacaktır.

3. Hakimiyetin Türüne Göre Denkleştirmenin Koşulları

A. Kısmi Hakimiyette

Kısmi hakimiyet, bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmamasına karşın hakimiyeti elinde bulundurmasıdır⁴⁶. TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri kısmi hakimiyet temelinde oturtulmuş, TTK m. 202'de kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak tam hakimiyet halinde de (tam hakimiyete ilişkin özel durumlar dışında) hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 202/I hükmü uygulanır⁴⁷.

TTK m. 202'ye göre hakim şirketin sorumluluğuna yol açan unsurlar, kaybın doğması ve söz konusu kaybın hakim şirketin yönlendirmesi sonucu oluşmasıdır.

⁴³ TTK'da, şirketler topluluğu terimi tercih edilmiş olmakla birlikte, Avusturya, Hollanda, İsviçre ve Almanya bu kavramı konzern şeklinde adlandırmaktadır (Bkz. TTK m. 195 ilâ 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar). Bu nedenle çalışmamızda, yeri geldiğinde ve özellikle Alman hukukuna değinildiğinde, şirketler topluluğu terimi yerine, konzern kavramı kullanılmıştır.

⁴⁴ Alman hukukunda fiili ve sözleşmesel konzernlere ilişkin bkz. *Aytaç, Z.: Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm*, Batider 1976, C. VIII, S. 4, s. 106 – 110.

⁴⁵ Gerekçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar. Aynı gerekçede bu konuya ilişkin olarak, uygulamada örneklerine neredeyse hiç rastlanmayan hakimiyet ve kârın kısmen veya tamamen aktarılması sözleşmeleri gibi işletme sözleşmelerine kavram olarak yer verildiği ancak, bu sözleşmelerin düzenlenmediği belirtilmektedir.

⁴⁶ *Okutan Nilsson*, s. 160.

⁴⁷ *Okutan Nilsson*, s. 160.

a. Kayıp

aa. Kavram ve Sınırları

Malvarlığında ya da şirketin kârlılığı açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, hakim şirketle bağlı şirket arasındaki hakimiyet ilişkisinden kaynaklanmalıdır⁴⁸. Bağlı şirketin devamlılığını ciddi derecede tehlikeye sokan ya da şirkete büyük risk getiren önlem ve hukuki işlemler, hukuka uygun değildir⁴⁹. Dolayısıyla denkleştirilmesi gereken bir kaybın ortaya çıkmasına neden olur. Bu çerçevede kayıp, bir şirketin malvarlığını veya kârlılığını azaltan ya da riske sokan her türlü maddi fiil veya hukuki işlemidir⁵⁰.

TTK m. 202/1/a'da da hakimiyetin kullanılması sonucu bağlı şirket açısından kayıp yaratabilecek maddi fiil ve hukuki işlemler sınırlı sayıda olmaksızın sayılmış, malvarlığını azaltan işlem ve fiillere örnek olarak bağlı şirketi iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri yapmaya yönlendirmek, bağlı şirketin kârlılığını azaltmaya ya da aktarmaya, malvarlığını aynı veya kişisel nitelikteki haklarla sınırlandırmak verilmiştir. Bu işlem ve fiiller özellikle malvarlığının azalması konusuna örnek oluşturur. Öte yandan, malvarlığının yalnızca hakim şirketin maddi fiil ve hukuki işlemleri ile azalması değil, aynı zamanda hakim şirketçe, bağlı şirketin kazanç sağlayabilecek olanaklardan mahrum edilerek kârlılığının ve verimliliğinin artırılmasının önlenmesi de kayıp kavramı içinde değerlendirilmelidir⁵¹. Gerçekten madde metninde yer alan, hakim şirketin haklı bir sebep olmaksızın bağlı şirketin tesislerini yenilememesi, yatırımlarını kısıtlaması veya durdurması gibi faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler bu kapsamdadır. Bunun yanında, tanımdan da anlaşılacağı üzere malvarlığının veya kârlılığın riske sokulması hali de kayıp oluşturan fiil ya da işlem olarak nitelendirilir⁵². Söz konusu kapsamda henüz sonuçlarını ortaya çıkarmamış olsa dahi, bağlı şirketin garanti, kefalet ve aval gibi sorumluluklar yüklenmesi yoluyla riske sokulması da hükümden kayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir.

TTK m. 202/1/a maddesinde örnek olarak gösterilen fiil ve işlemlerin sonuçlarının doğmuş olması şart değildir⁵³. Başka bir ifade ile işlemin kayba sebebiyet vereceğinin ikna edici bulgular ve çıkarımlarla anlaşılması yeterlidir⁵⁴. Gereğince bu konuya örnek olarak, bir ihaleye girilmemesi ve ihale şartlarından bazılarını gerçekleştirebilecekken bundan bilinçli olarak kaçınılması verilmiş, bunun işin devri olduğu belirtilerek, önemli olanın ihale konusunun amaçlanan şirket tarafından kazanılmamış olması değil, kaybın şartlarının hakim şirket tarafından hazırlanması olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda kayıp oluşturan işlemin sonuçlarının doğmuş olmasının şart olmadığından yola çıkılarak yapılabilecek başka bir değerlendirme ise, işlemin sonuçlarının bilançoya yansımamış olmasının da, söz konusu işlemin kayıp olarak nitelendirilmesi açısından bir ölçüt olmamasıdır⁵⁵.

⁴⁸ Habersack, § 311 N. 39; Bödeker, A.: Gesellschaftrecht, (Her. Henssler/Strohn), München 2011, §311 N. 16.

⁴⁹ Bödeker, §311 N. 16.

⁵⁰ Habersack, § 311 N. 39, aynı yöndeki açıklamalar için bkz. Koppsteiner, §311 N. 36; Hüffer, §311 N. 36; Müller, §311 N. 27; Altmeppen, § 311 N. 158.

⁵¹ Okutan Nilsson, s. 228.

⁵² Habersack, § 311 N. 39.

⁵³ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁴ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁵ Habersack, § 311 N. 51.

TTK m. 202/I/a'da sayılan söz konusu işlem ve fiillerin gerçekleşmiş olması, doğrudan denkleştirilmesi gereken kayıbın ortaya çıkmasına neden olmaz. Esasen madde metninde sayılan bu işlem ve fiillerin hiçbiri hukuka aykırı olmayıp, bu işlem ve fiillerin bağlı şirketçe gerçekleştirilmesi, hakim şirketin hakimiyetini kullanılmasından kaynaklanıyor ve kayıp ortaya çıkıyor ise hukuka aykırılık söz konusu olur⁵⁶. Bunun yanında Alman hukukunda hakim olan görüşe göre kayıp, işlem ya da fiilin aynı ve benzer şartlar altında bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından yapılmayacak ya da yapılmasından kaçınılabilecek olması durumunda ortaya çıkar⁵⁷. Bu ölçüt Türk hukuku açısından ileride incelenecektir.

bb. Kayıp ve Zarar Kavramları Arasındaki Fark

TTK m. 202 hükmü kayıp ve zararı ayrı ayrı düzenlemiş ve kayıp kavramı ile zarar kavramına farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Gerçekten 202/I/a'da hakim şirketin hakimiyetini kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması halinde, faaliyet yılı sonuna kadar bu kaybı denkleştirmesi ya da kayıbın ne şekilde ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek üzere bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması düzenlenmiştir. TTK m. 202/I/b'de ise, faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirmenin sağlanmaması ya da istem hakkının tanınmaması durumunda, bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, zararın doğması için, kaybın denkleştirilmemiş olması şarttır.

TTK m. 202 hükmünde yer alan kayıp ve zarar kavramları borçlar hukuku anlamında birbirinden farklı olup, kayıp kavramı, zarardan daha geniş ve onu kapsayacak niteliktedir⁵⁸. Gerçekten de kayıp, fiil ya da işlemin yapıldığı tarihten itibaren ileriye dönük (ex-post) olarak belirlenir⁵⁹. Başka bir ifadeyle kayıp, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması sonucu gerçekleşen maddi fiil veya hukuki işlemin yapıldığı tarihten itibaren doğması muhtemel, yani öngörülebilir sonuçlara göre değerlendirilir⁶⁰. Kayıp, fiil ve işlem gerçekleştiği sırada bilinen hususlara göre belirlenir. Buna karşılık zarar, kaybın tam tersi geriye dönük olarak tazminata hükmedildiği andan

⁵⁶ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁷ *Koppensteiner*, §311 N. 36; *Habersack*, § 311 N. 40; *Hüffer*, §311 N. 27; *Altmeyden*, § 311 N. 160; *Müller*, § 311 N. 28; *Bödeker*, § 311 N. 16. Dolayısıyla Alman hukukunda kayıbın doğmuş olması, bir anlamda yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığına göre belirlenmektedir. *Okutan Nilsson* ise, bu bakış açısının doğru bir sonuçla varmakla birlikte, kurgu açısından yanlış olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, öncelikle bir işlemin kayba sebebiyet verip vermediği değerlendirilmeli, daha sonrasında bu kaybın denkleştirme yükümlülüğü doğurup doğurmadığı irdelenmelidir. Zira bir şirket, yüksek tedbir ve özenin gösterildiği somut koşullarda bile olumsuz faaliyet sonucu alabilir. Bu durum ise ortada kaybın olmadığı anlamına gelmez. Ancak bu kayıp nedeniyle herhangi bir kimsenin hukuken sorumlu olması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla kayıp ile hakim şirketin denkleştirmesi gereken kayıp birbirinden ayrılmalıdır (s. 230). Gerçekten de, bir şirketin her türlü kaybı, denkleştirilmesi gereken kayıp olarak nitelendirilemez. Önemli olan, bağlı şirketin, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak onu yönlendirmesi sonucunda kaybının ortaya çıkması ve dolayısıyla, denkleştirme yükümlülüğünü doğuran işlem veya fiili gerçekleştirilmesidir. Özen yükümüne aykırılığı kaybın belirlenmesinde tek koşul olarak değerlendirmek, TTK m. 202/I/a hükmünün düzenleniş biçimiyle de uyumlu olmaz. Bu nedenle biz de *Okutan Nilsson*'ın bu görüşüne katılıyoruz.

⁵⁸ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁹ *Habersack*, § 311 N. 45.

⁶⁰ *Habersack*, § 311 N. 45.

itibaren, maddi fiilin ya da hukuki işlemin gerçekleştiği zamana kadar ortaya çıkan tüm olayları kapsayacak şekilde değerlendirilir⁶¹.

cc. Kayıp Doğurabilecek Özel Nitelikteki İşlemler

aaa. Topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi

Alman hukukunda konzern finansmanı açısından alınacak önlemlerden olan topluluk içi borçlanmalar ve merkezi nakit yönetiminin (zentral cash management) kayıp doğurucu nitelikte olup olmadığı ve bu işlemlerin gerçekleştirilmesinin sermaye şirketlerinde malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlere (APOK § 57 – sermayenin iadesi yasağı, § 62- pay sahiplerinin haksız elde ettikleri edimleri geri ödeme yükümlülüğü) aykırı olup olmadığı tartışılmıştır⁶². Ancak konzernele ilişkin APOK § 311’de, hakim şirkete denkleştirmenin sağlanması kaydıyla bağlı şirketi kayba uğratabilme olanağının verilmiş olması, APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanmasını gerekli kılar⁶³. APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanması nedeniyle, konzernele açısından, topluluk içi borçlanma sisteminin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

Topluluk içi borçlanmalar, topluluk açısından finansman kontrolü sağlar⁶⁵. Topluluk içi borçlanma söz konusu olduğunda bağlı şirketin, sağladığı kredinin tam olarak ifa edilmesi ve bu borca ilişkin faiz ödenmesi konusunda talep hakkı vardır⁶⁶. Söz konusu borcun teminat altına alınmaması, bu borcu kendiliğinden kayıp doğurucu bir işlem haline getirmez. Zira kayıp doğurucu bir işlemden bahsetmek için şirketin malvarlığında ya da karlılığında azalma olması gerekir. Borcun teminat altına alınmamasının bir kayba yol açıp açmayacağı, bağlı şirketin yöneticileri tarafından özen yükümlülüklerine uygun olarak denetlenmelidir⁶⁷.

Alman hukukunda topluluk içi borçlanmalarda, nakitlerin denkleştirilmesi anlamına gelen merkezi nakit yönetimi uygulanmaktadır. Böylece topluluk şirketlerine ilişkin nakit genelde bir finansman şirketine ait hesaba toplanmakta ve nakit havuzu (cash pooling) şeklinde bir araya getirilmektedir⁶⁸. Merkezi nakit yönetiminin konzernele açısından en önemli faydası, nakit ihtiyacı olan ve toplulukta yer alan şirketlerin, bankalardan yüksek faizle kredi almasına gerek kalmaksızın, bu nakit havuzundan söz konusu ihtiyaçlarını giderme olanağı sunmasıdır⁶⁹. Ancak bu sistemin kayıp doğurmaması için borcun eğer gerekliyse teminat altına alınması, piyasa koşullarına

⁶¹ Zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih için bkz. *Tandoğan*, H.: Türk Mesuliyet Hukuku, B. 2, İstanbul 2011, 265; *Oğuzman/Öz*, s. 467.

⁶² Alman hukukunda, 2008’de GmbH’ların modernizasyonuna ilişkin MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) yürürlüğe girene ve Alman Federal Mahkemesi’nin, şirketler topluluğunda malvarlığı transferlerinin § 311’e uygun olduğuna ilişkin kararına kadar (BGHZ 175, 365), konzern finansmanının hukuka uygun olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin tartışmalar yoğunlukla sürmüştür. Bu tartışmalar için bkz. *Habersack*, § 311 N. 47 ve dn. 149’da anılan yazarlar.

⁶³ *Habersack*, § 311 N. 47.

⁶⁴ *Habersack*, § 311 N. 48; *Altmeyen*, § 311 N. 239.

⁶⁵ *Okutan Nilsson*, s. 237.

⁶⁶ *Müller*, § 311 N. 42.

⁶⁷ *Müller*, § 311 N. 42.

⁶⁸ *Altmeyen*, § 311 N. 225.

⁶⁹ *Altmeyen*, § 311 N. 230.

uygun faiz oranı belirlenmesi ve söz konusu borçlanmanın bağlı şirketin nakit durumunu olumsuz etkilememesi gerekir⁷⁰.

bbb. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı

6335 sayılı Kanunla⁷¹ yapılan değişiklikten önce, TTK m. 358 hükmü, pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacağını düzenlemekteydi⁷². Bunun gerekçesi olarak da, hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmekteydi⁷³.

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına iki istisna getirilmişti. Bunlardan ilki, borcun şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olması, ikincisi ise, işlemin emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulmuş olması idi. TTK m. 202 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete, denkleştirme yapması koşuluyla kayba uğratici işlemler gerçekleştirilmesine imkan tanınması, oysaki TTK m. 358 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete borçlandırılan tüm işlemlerinin, işlemin yapıldığı sırada emsallerine uygun olmasını bir koşul olarak ileri sürmesi ve bu nedenle hakim şirketçe kayıp doğuran bir işlemin yapılmasının da söz konusu olmaması nedeniyle, TTK m. 358 hükmünün şirketler topluluğunu düzenleyen genel sistemle uyumadığı, dolayısıyla TTK m. 202'nin, TTK m. 358 karşısında özel bir hüküm olduğu ileri sürülmüştü⁷⁴.

6335 sayılı Kanun m. 15 ile getirilen değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı bir anlamda yumuşatılmış, ancak kaldırılmamıştır⁷⁵. TTK m. 358'in yeni düzenlemesine göre, *"Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz."* Dolayısıyla, TTK m. 358 kapsamında pay sahiplerinin şirkete borçlanma imkanı doğmuş, ancak bu husus iki koşula bağlanmıştır. Bunlar, pay sahibinin sermaye taahhüdü nedeniyle vadesi gelmiş borçlarının ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Böylece şirkete nakit sermaye getirmeyi taahhüt etmiş bir pay sahibi, TTK m. 344 kapsamında tescilden önce payların itibari değerinin dörtte birini ödemekle şirkete borçlanabilecektir.

Maddede yapılan değişikliğin amacı gerekçede şöyle ifade edilmiştir: *"Madde metninde yapılan değişiklikle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buna karşılık söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkan tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Kanununun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil*

⁷⁰ Habersack, § 311 N. 47-48.

⁷¹ RG. 30.06.2012, S.28339.

⁷² TTK m. 358 hükmünde yapılan değişiklik öncesinde, bu düzenlemeye ilişkin eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. *Kendigelen, A.: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s. 208, 209; *Pulaşlı, H.: Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar*, Ankara 2011, s. 381-385.

⁷³ Bkz. TTK m. 358, madde gerekçesi.

⁷⁴ Bu konuya ilişkin kapsamlı inceleme için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 242, 243.

⁷⁵ Bkz. 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gerekçesi.

*ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır*⁷⁶.”

TTK m. 358’de yapılan değişiklikle bu hükme getirilen istisnaların amacı şirketin zarara uğramasının önüne geçmektir. Oysaki, TTK m. 202 hükmü hakim şirkete, denkleştirilmenin yapılması koşuluyla bağlı şirketi kayba yol açan işlemleri yapmaya ya da maddi fiilleri gerçekleştirmeye yönelme konusunda bir anlamda yetki vermektedir. Denkleştirme yapılmadığı takdirde hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. Bunun yanında, topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi şirketler topluluğu açısından uygulanan yöntemlerdir. Dolayısıyla, her ne kadar pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı yumuşamış da olsa, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 358 hükmüne göre özel bir hüküm olduğu, şirketler topluluğu açısından getirilmiş özel düzenlemenin bertaraf edilmemesi gerektiği⁷⁷ göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmünün, hakim şirketin, bağlı şirkete borçlanması halinde uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilecektir.

Bunun yanında, 6335 sayılı Kanunun 30. maddesiyle, şirkete borçlanma yasağının yaptırımının düzenlendiği TTK m. 562/V/b’de değişiklik yapılmış, bu yasağa aykırı davranılması halinde, pay sahiplerine borç verenlerin, üçyüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK m. 358’in anonim şirketler topluluğuna uygulandığı kabul edildiğinde, hakim şirket TTK m. 358 hükmüne aykırı olarak bağlı şirkete borçlandığı takdirde, borç vermesi nedeniyle bağlı şirket söz konusu adli para cezasının muhatabı olacaktır. Örneğin tüzel kişi (H) ’nin, hakim ortağı olduğu (B) AŞ’ye, (B) AŞ’nin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmamasına rağmen borçlanması durumunda, (H) ’ye borç verdiği için (B), adli para cezası ile cezalandırılır. Bu durum, TTK m. 358’in, şirketler topluluğu açısından uygulanamayacağının başka bir göstergesi sayılabilecektir. Zira, TTK m. 202 hükmü bağlı şirket ve buna bağlı olarak pay sahiplerini korumak amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Hakim şirketin, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanması yasaklanmış ve bu yasağın ihlali durumunda hakim şirketin sorumluluğu düzenlenmiştir. Hakim şirketin, bağlı şirkete borçlanmasından doğan kayıp nedeniyle, bağlı şirketin adli para cezası ile cezalandırılması, TTK m. 202’nin öngördüğü sistemle örtüşmemektedir.

ccc. Yönetim kurulu üyesinin, yakınlarının ve ortağı olduğu şirketlerin şirkete borçlanma yasağı

TTK m. 395/I yönetim kurulu üyelerinin kendisi veya başkası adına şirketle işlem yapamayacağını, böyle bir işlem yapıldığı takdirde, şirketin yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebileceğini belirtmektedir. Bu hükmün uygulanması şirketler topluluğunun getirdiği sisteme tümüyle aykırıdır. Bunun nedenini tüzel kişi olarak, topluluk içindeki bağlı şirketlerin ve hakim şirketin birbirlerinin yönetim kurulu üyeliklerinde yer alması ve bu şirketlerin hepsinin birbirleriyle işlem yapması gerçeği oluşturur⁷⁸. Bu durum göz önüne alınarak, TTK m. 395/III’e “TTK m. 202 madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler” hükmü getirilmiştir. Ancak şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, mal veya hizmet ya da ödünç sözleşmesi gibi başka işlemleri de aralarında gerçekleştirmeleri ticaret hayatının bir gereğidir⁷⁹.

⁷⁶ 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gereğesi.

⁷⁷ Okutan Nilsson, s. 243.

⁷⁸ Okutan Nilsson, s. 244.

⁷⁹ Okutan Nilsson, s. 245.

6335 sayılı Kanun m. 17 ile yapılan değişiklikten önce, TTK m. 395/II hükmü ile yönetim kurulu üyesinin, yakınlarının, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketlerinin ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin, şirkete nakit veya ayın borçlanamayacağı düzenlenmekteydi⁸⁰. Bunun yanında şirketin, bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı hükme bağlanmaktaydı.

Söz konusu hüküm TTK m. 202'nin şirketler topluluğuna getirdiği sisteme tü-müyle aykırı olduğu ve bu hükmün uygulanması halinde bağlı şirketler arasında ticari hayatın gerekliliği olan işlemlerin hiçbirinin gerçekleştirilemeyeceği yönünde haklı olarak eleştirilmiş ve söz konusu hükmün şirketler topluluğuna uygulanamayacağı ifade edilmişti⁸¹.

6335 sayılı Kanununun 17. maddesiyle, TTK m.395/II hükmü değiştirilmiştir. Buna göre: “*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*”

TTK m. 395/II'nin yeni düzenlemesi ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi yakınlarına borçlanma yasağı getirilmiştir. Bu fıkradaki ölçü, pay sahibi olmaktır. TTK m. 395 ile TTK m. 358 karşılaştırıldığında, TTK m. 395'in daha kapsamlı bir yaptırım düzenlediği görülür. Zira, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları, şirketin yükümlendirildiği borç tutarında, şirket alacaklıları tarafından doğrudan takip edilebilecektir. Pay sahibi yönetim kurulu üyeleri ise, TTK m. 358 şirkete borçlanma yasağı kapsamındaki hükümlere tabi olacaklardır. Bu iki hükümde yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağına ilişkin düzenlenen farklı sonuçlar, bu hükümlerin adil olup olmaması bakımından farklı yorumlanabilecektir.

Bağlı şirketler arasında gerçekleşen işlemler nedeniyle bir borçlanma ve bir kayıp söz konusu olduğunda (kayıp söz konusu olmasa bile), bağlı şirketin üçüncü kişi alacaklılarının, işlemin TTK m. 395/II'ye aykırı olduğunu ileri sürerek, hakim şirketçe denkleştirme yapılmasını beklemeksizin, şirketten olan alacakları dolayısıyla bağlı şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerini takip etmeleri mümkün olacaktır⁸². Bunun yanında şirket alacaklıları, TTK m. 202 hükmünde düzenlendiği şekilde şirketin zararının şirkete ödenmesini değil, doğrudan kendilerine ödenmesini talep edebileceklerdir⁸³.

TTK m. 202 özgün bir düzenlemedir. TTK m. 395 ise bu özgün düzenlemenin amacıyla örtüşmemektedir. Dolayısıyla, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 395'e göre özel nitelikte bir hüküm olduğu belirtilmelidir⁸⁴. Şirketler topluluğunda gerçekleşen her türlü borç doğurucu işlemin TTK m. 395 hükmünün kapsamı dışında olduğunun kabul edilmesi gerekir⁸⁵.

⁸⁰ TTK m. 395 hükmünde yapılan değişiklik öncesinde, bu düzenlemeye ilişkin eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. *Kendigelen*, s. 243 – 245; *Pulaşlı*, s. 664, 665.

⁸¹ *Okutan Nilsson*, s. 244-247.

⁸² Pay sahibi yönetim kurulu üyeleri açısından değerlendirme için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 245.

⁸³ *Okutan Nilsson*, s. 245.

⁸⁴ *Okutan Nilsson*, s. 247.

⁸⁵ *Okutan Nilsson*, s. 247.

dd. Kaybın belirlenmesinin koşulları

aaa. Özen yükümüne aykırılık

Alman hukukunda hakim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleşen bir fiil ya da işlemin kayıp doğurucu niteliği belirlenirken, bağlı şirketle aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız bir şirketin, dürüst ve tedbirli yöneticisinin varsayımsal davranışı ile karşılaştırma yapılır⁸⁶. Buna göre, aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi, somut olayın özelliklerine göre bağlı şirketi kayba uğratan söz konusu fiili gerçekleştirecek ya da işlemi yapacaksa, bu durumda bu fiil ya da işlem hakim şirketin yönlendirmesiyle yapılsa ve de kayıp doğursa bile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü doğmayacaktır.

Kaybın belirlenmesinde Alman hukukunda uygulanan bu ölçüt, Türk hukukunda da uygulanabilecektir. Nitekim, TTK m. 202/1/d' de, *kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemeyeceği* düzenlenmiştir. Buna göre, aynı koşullardaki bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi, özen yükümlülüğü çerçevesinde kayba neden olan işlemi yapacak ya da yapılmasından kaçınabilecek ise kayıp doğuran bir işlem olmadığı için hakim şirketin tazminat sorumluluğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu durum, hakim şirketin sorumluluğu doğmadığı için, denkleştirme yükümlülüğünün de olmadığı anlamına gelmektedir⁸⁷.

Böylece, kayba sebebiyet veren ve bağlı şirketin yaptığı ya da yapmaktan kaçındığı işlem ya da fiil, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından da yapılacak ya da yapılmasından kaçınılacak ise bu durumda hakim şirketin denkleştirme yapma yükümlülüğü doğmayacaktır. Eğer bağımsız şirketin, bağlı şirketten başka bir davranış tarzı belirleyeceği tespit edilirse, bu durumda bağımsız şirketin varsayımsal davranış biçiminin şirketin malvarlığı ile karlılığı üzerindeki etkisi araştırılır ve bağlı şirketin davranış biçimi sonucunda malvarlığında meydana gelen değişiklikler bu varsayımsal sonuçla karşılaştırılır⁸⁸. Bağlı şirket açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar kaybı oluşturur⁸⁹.

Böylece bu varsayımsal karşılaştırma yöneticilerin özen yükümlülüğünün sınırını çizmekte, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış tarzı bulunmadığı hallerde, denkleştirilecek bir kaybın da olmadığı anlamına gelmektedir⁹⁰.

AŞ yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TTK m. 369'da yer almaktadır. Yöneticiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar⁹¹. Tedbirli yönetici, nesnel ve

⁸⁶ Habersack, § 311 N. 41; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 30.

⁸⁷ Habersack, § 311 N. 41.

⁸⁸ Okutan Nilsson, s. 262.

⁸⁹ Okutan Nilsson, s. 262.

⁹⁰ Habersack, § 311 N. 40.

⁹¹ TTK m. TTK m. 202/1/d ile TTK m. 369 hükümleri lafzen aynıdır. Ancak limited şirketlerde yöneticilerin özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 626/1'de, müdürler ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken tüm özeni göstermeleri gerektiği hükme bağlanmıştır. Başka bir ifade ile tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özenden bahsedilmemiş, yöneticilerin tüm özeni göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, her iki metnin alındığı kaynaklar farklıdır. Farklılığın nedeni de budur. Dolayısıyla bu ifade ayrılığı ile esasa ilişkin bir farklılık yaratılmak istenmemiştir. Bu nedenle, özen yükümlülüğünde her iki hüküm açısından aynı şartların aranmasının kabulü gerekmektedir (Okutan Nilsson, s. 266).

ideal bir değeri temsil eder⁹². Nesnellik ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır⁹³. Yine yönetim kurulu üyelerinin nesnellığı değerlendirilirken, benzer işlemlerdeki yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır⁹⁴.

Kaybın özen yükümlülüğüne aykırı olarak belirlenmesinde ve yapılacak varsaymsal karşılaştırmada iş adamı kararı kuralı (business judgement rule) dikkate alınmalıdır. Zira bazı işlem ve fiillerde yönetim kurulu üyelerinin takdir haklarını kullanmaları gerekebilir. Gereğede de tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı verebileceği anlamına geldiği ifade edilmektedir. TTK m. 374 hükmü de *yönetim kurulu şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir* ifadesiyle bunu desteklemektedir. Dolayısıyla, işletme konusu dahilinde, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözeten, kişisel ve üçüncü kişilerin menfaatlerini göz önüne almayan, fakat yanlış nitelikteki kararlar sorumluluk doğurmayacaktır⁹⁵. Bu nedenle, yapılacak varsaymsal karşılaştırmada bağlı şirketin davranış tarzı belirlenirken, takdir hakkı kullanılarak alınmış, dürüstlük kuralına uygun bir karar olup olmadığı da incelenmelidir⁹⁶.

bbb. Kaybın Ölçülebilir Olması

Hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, kaybın ölçülebilir olması gereklidir. Kaybın niceliksel olarak belirlenememesi, kaybın ortadan kalkmasına ya da hukuka aykırı olan yönlendirmenin hukuka uygun hale gelmesine neden olmaz⁹⁷. Böyle bir durumda hakim şirketin sorumluluğu devam eder ve eğer zarar ölçülebilir nitelikteyse hakim şirketin tazminat yükümlülüğü doğar. Denkleştirmenin sağlanmadığı ve zararın da ölçülemediği durumlarda, TTK m. 202/1/d'ye göre bağlı şirket pay sahipleri, paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasını mahkemeden isteyebilecekleri gibi, hakim duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilir⁹⁸.

i. Hukuki işlemlerde kaybın ölçülmesi

Özellikle hakim şirketin yönlendirmesi sonucu bağlı şirketçe yapılan ve kaybın doğmasına neden olan hukuki işlemlerde, bu işlemin şirket açısından ne miktarda bir kayıp oluşturduğu belirlenirken, söz konusu işlem, bağımsız şirketle yapılsaydı, bu bağımsız şirketin hangi durumda olacağı araştırılmalıdır⁹⁹. Alman hukukunda bağımsız şirket ile bağımlı şirket arasında ortaya çıkabilecek bu farkın belirlenmesi açısından

⁹² Tekinalp, Ü.: Tek Kişilik Ortaklık, İstanbul 2011, N. 12-118.

⁹³ TTK m. 369, madde gerekçesi.

⁹⁴ TTK m. 369, madde gerekçesi.

⁹⁵ Tekinalp, N. 16-75.

⁹⁶ Habersack, § 311 N. 41.

⁹⁷ Koppensteiner, §311 N. 54; Habersack, § 311 N. 43; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 40.

⁹⁸ Alman hukukunda zararın ölçülemediği durumlarda sözleşmesel konzerne uygulanan hükümler kıyasen fiili konzerne de uygulanmaktadır. Böylece APOK § 302'de düzenlenen bağlı şirketin bilanço zararı tutarında hakim şirket aleyhine alacak kaydetmesiyle zararın giderilmesi söz konusu olmaktadır (Habersack, § 318 N. 29). Türk hukukunda sözleşmesel konzerne ve fiili konzerne olmak üzere ikili bir ayırım yapılmamıştır (Gereğçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar). Dolayısıyla Alman hukukunda uygulanan bu sistem, Türk hukuku açısından uygulanamaz (Okutan Nilsson, s. 231).

⁹⁹ Koppensteiner, §311 N. 62; Habersack, § 311 N. 54.

vergi hukukuna ilişkin örtülü kazanç aktarımıyla¹⁰⁰ ilgili kuralların uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Zira örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda hakim şirketin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde edim-karşı edim ilişkisi ile bağlı şirketle yaptığı işlemler arasındaki edim-karşı edim ilişkisi, bağlı şirketin aleyhine olmak üzere farklı matematiksel sonuçlar doğuracak ve bu durumda bağlı şirketin kaybı söz konusu olacaktır¹⁰¹. Türk hukuku açısından da bu sonucu benimsemek mümkündür¹⁰².

ii. Maddi fiiller ve önlemlerde kaybın ölçülmesi

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayıp doğurucu önlemler ve maddi fiiller belirlenirken esas alınması gereken ölçüt bağımsız bir şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten tedbirli bir yöneticisinin davranışı biçimidir¹⁰³. Dolayısıyla, TTK m. 202/1/a'da örnek olarak verilen bağlı şirketin tesisleri yenilemek ya da gerekçede gösterilen ihaleye girecekken, bağlı şirketin bundan alıyolunması gibi önlemlerde, bağımsız şirketin tedbirli yöneticisi de aynı yönde davranacaksa bu durumda, söz konusu önlem ve fiiller kayıp doğuran işlem ve önlem olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak tedbirli bir yöneticinin davranışı bile kaybın belirlenmesi ve ölçülmesinde çeşitli zorlukları beraberinde getirebilir. Nitekim, rekabetçi bir ortamda şirket yatırımlarına, personeline ya da organizasyonuna ilişkin kararların başarı sağlayacağı kesin değildir. Kaybın değerlendirilmesi de ileriye dönük bir bakış açısı ile yapıldığına göre, önlemin sonuçlarının yarattığı fırsatlar veya ortaya çıkardığı riskler ile önlemin alınmasına ilişkin karar arasındaki ilişki kopmuş olabilir¹⁰⁴. Bu nedenle, maddi fiiller sonucunda doğan kaybın ölçülmesine ilişkin değerlendirme her somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira bir bağlı şirket, bir ihaleye girme fırsatından mahrum edilmekle birlikte, bağlı şirkete benzer şartlardaki başka bir ihaleye girme olanağı tanınmışsa, burada ölçülecek bir kayıptan da bahsetmek mümkün değildir.

¹⁰⁰5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) (RG, 21.06.2006, S: 26205) m. 13 örtülü kazanç aktarımını, "kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır" olarak tanımlamaktadır.

¹⁰¹ Habersack, § 311 N. 54.

¹⁰² Okutan Nilsson, s. 254. Gerçekten, KVK, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eden emsallere uygunluk ilkesini kabul etmiş ve kurumların, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, KVK m. 13/IV'de belirlenen üç yöntemden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit edeceğini hükme bağlamıştır (KVK m. 13/III). Bu yöntemler: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eden karşılaştırılabilir fiyat yöntemi (KVK m. 13/IV/a, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eden maliyet artı yöntemi ile emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eden yeniden satış fiyatı yöntemidir. Bu yöntemlerin kullanılmasının, bağlılık raporu hazırlanmasında kolaylık sağlayacağı yönünde bkz. Okutan Nilsson, s. 254 dn. 688.

¹⁰³ Habersack, § 311 N. 57.

¹⁰⁴ Habersack, § 311 N. 57; Hüffer, §311 N. 34; Koppensteiner, §311 N. 72; Altmeyen, § 311 N. 122.

ee. Kaybın Belirlenmesinde Zaman

Kaybın ve kayıp miktarının belirlenmesinde esas alınacak zaman, hukuki işlemin gerçekleştiği ya da ilgili önlemin alındığı (ya da alınmasından kaçınıldığı) andır¹⁰⁵. Bağlı ve hakim şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanacak raporların düzenlendiği TTK m. 199/III'de de (karş. APOK § 312 [3]) bu yönde hüküm bulunmaktadır. TTK m. 199/III'e göre: "Yönetim kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratıp uğratmadığını açıklar."

Kaybın belirlenmesinde ölçüt, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli yöneticilerinin, o anda elinde bulunan verilere göre hareket etmesidir. Başka bir ifade ile bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi işlem ya da önlemin gerçekleştiği anda elindeki verilere göre, bağlı şirket yöneticisiyle aynı yönde davranacaksa, kaybın doğduğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, TTK m. 202 kapsamında kaybın irdelelenmesinde, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin, işlemin gerçekleştiği anda öngörebileceği durumlar değerlendirilmeli ve ex-ante bir belirleme yapılmalıdır¹⁰⁶. Bu nedenle, yöneticiler tarafından yapılan işlemler ya da alınan veya alınmasından kaçınılan önlemler bakımından sonradan ortaya çıkan etkenler ya da gelişmeler nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalma, kaybın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır¹⁰⁷.

b. Hakim Şirketin Yönlendirmesi

aa. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar ya da önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle hakim şirket açısından bir sorumluluğun doğması için kayba neden olan işlem ya da önlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda yapılması gereklidir. Yönlendirme tavsiye, teşvik, talimat gibi belirli bir davranış ya da beklenti gibi bir açıklama yoluyla bağlı şirketin işlemlerine etki etmektedir¹⁰⁸.

Kaybın doğması bakımından, hakim şirketin yönlendirmesinin istisnai bir duruma ilişkin olması gerekmemektedir. Bunun yanında yönlendirmeden bahsetmek için, bunun belli bir önemde olması ya da bağlı şirket buna uygun olarak hareket etmediği takdirde çeşitli yaptırımların uygulanacağını ayrıca ifade edilmesi zorunlu değildir¹⁰⁹. Yönlendirmenin belli bir şekilde ya da karar alınarak yapılması da gerekli değildir¹¹⁰. Yönlendirmenin varlığına ilişkin belirleyici nokta hakim şirketin hareket tarzının, bağlı şirket tarafından objektif olarak algılanması ve bağlı şirketin buna göre hareket etmesidir¹¹¹.

Gereğince yöneltecek ibaresinin bilinçli olarak seçildiği ifade edilmiştir. Bunun nedeni olarak, TTK m. 202/I'de öngörülen işlem ve olguların tasarlanması, planlanması

¹⁰⁵ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyen, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁶ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyen, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁷ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁸ Hüffer, §311 N. 16; Koppensteiner, §311 N. 3; Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

¹⁰⁹ Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

¹¹⁰ Müller, § 311 N. 12.

¹¹¹ Müller, § 311 N. 14.

veya gerçekleştirilmesinde hakim şirket yönetim kurulunun oy gücü ile etkili olabileceği ya da baskı uygulamalarına girişebileceği, yöneltecek ibaresinin bütün bu pratikleri kapsadığı belirtilmiştir¹¹².

TTK m. 202 (karş. APOK § 311) hükmünde yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapılmasını öngörmektedir. Her ne kadar yönlendirmeyi kural olarak hakim şirketin yetkili organın yani yönetim kurulunun yapacağı kabul edilse de, bu bir şart değildir. Dolayısıyla bağlı şirket, yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapıldığını düşündüğü sürece, bu fiilin hakim şirketin çalışanlarınca ya da üçüncü kişiler tarafından bile gerçekleştirilmesi mümkündür¹¹³. Benzer şekilde, hakim şirketin yönlendirme fiili bağlı şirketin yönetim kurulunu hedef alabileceği gibi çalışanlarına da yönelik olabilir¹¹⁴.

Denkleştirme kural olarak hakim şirket tarafından yapılır. Ancak esas olan kayıp doğuran işleme ya da fiile ilişkin yönlendirmeyi kim yaptıysa, denkleştirmeyi de onun yapmasıdır¹¹⁵. Bu husus özellikle, şirketin bir başka şirket üzerinde üçüncü kişiler aracılığı ile hakimiyet kurması olan dolaylı hakimiyette¹¹⁶ önem kazanır. Dolaylı hakimiyette denkleştirme kural olarak, yönlendirmeyi yapan tarafından sağlanmalıdır¹¹⁷.

bb. Birlikte Hakimiyette

Birlikte hakimiyet¹¹⁸ durumunda yönlendirme her bir şirket tarafından yapılabilir. Böyle bir durumda bağlı şirket açısından yönlendirme, hakim şirketler arasındaki anlaşmaya ya da koordinasyona bağlı olarak gelişeceğinden, söz konusu yönlendirme fiilinin tüm hakim şirketlerce kolektif olarak gerçekleştiği kanısı oluşacaktır¹¹⁹.

cc. Kademeli Hakimiyette

Kademeli başka bir ifade ile farklı seviyedeki hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda yönlendirme, alt seviyede yer alan şirketten gelebileceği gibi en üst seviyedeki şirketten de gelebilir. Burada değerlendirilmesi gereken en önemli nokta, alt seviyeden yapılan yönlendirmenin üst seviyedeki hakim şirketten gelip gelmediğidir¹²⁰. Üst seviyedeki hakim şirketin genel politikalarından kaynaklı yönlendirme alt seviyedeki hakim şirket tarafından yapılıyorsa bu durumda yönlendirmenin üst seviyeden geldiği kabul edilmelidir¹²¹. Ancak üst seviyedeki hakim şirketle bağlantısı bulunmaksızın, alt seviyedeki hakim şirketin yönetim ve takdir alanına bırakılan konularda bir yönlendirme söz konusuysa, bu yönlendirme alt seviyedeki şirketten gelmektedir¹²².

dd. Yönlendirmenin İspatı

Kaybın hakim şirketin, bağlı şirketi çeşitli kararlar ve önlemler almaya (ya da bunları almaktan kaçınmaya) yönlendirmesi sonucunda ortaya çıkması ve hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğması nedeniyle yönlendirmenin ispat edilmesi,

¹¹²TTK m. 202, madde gerekçesi.

¹¹³Habersack, § 311 N. 25; Hüffer, §311 N. 16; Müller, § 311 N. 15.

¹¹⁴Müller, § 311 N. 18.

¹¹⁵Okutan Nilsson, s. 296.

¹¹⁶Dolaylı hakimiyet için bkz., Habersack, § 17 N. 26; Hüffer, § 17 N. 26

¹¹⁷Koppensteiner, §311 N. 121.

¹¹⁸Birden fazla kişinin hakimiyeti birlikte kurmaları durumudur.

¹¹⁹Habersack, § 311 N. 26.

¹²⁰Habersack, § 311 N. 26.

¹²¹Habersack, § 311 N. 26.

¹²²Okutan Nilsson, s. 273

gerek bağlı şirket, gerek topluluk dışı pay sahipleri, gerekse alacaklılar açısından oldukça önem taşır. Öte yandan yönlendirmenin, çoğu zaman hakim şirketin benimsediği çeşitli prensipler ya da verdiği talimatlar ile gerçekleştirilmesi ve ispat aracı olarak kullanılabilir yazılı bir belgenin olmaması ihtimali oldukça yüksektir¹²³. Dolayısıyla yönlendirmenin şirket defter ve kayıtlarına dayanarak ispatı da mümkün olmaz¹²⁴. Bu durum ise özellikle topluluk dışı pay sahipleri ile alacaklılar açısından ispat konusunda zorluk teşkil eder. Dolayısıyla, özellikle bu kişiler açısından ispatın kolaylaştırılması gerekmektedir¹²⁵.

Yönlendirmenin ispatı açısından, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle kayıp doğurucu bir işlemin var olduğu ortaya koyulmalıdır. Bunun yanında, kayıp doğurucu işlem hakim şirket, diğer bağlı şirketler ya da şirketler topluluğunun bütünü açısından bir fayda sağlamışsa, bu durumda kayba neden olan işlemin, hakim şirketin yönlendirmesiyle yapıldığı kabul edilmelidir¹²⁶. Bağlı şirket açısından bu konuda en önemli ispat aracı, TTK m. 199'da düzenlenen bağlı şirketin yönetim kurulu tarafından hazırlanacak bağlılık raporu olacaktır. Zira bu rapor, bağlı şirketlerin kendi aralarındaki ve hakim şirketle aralarındaki ilişkileri ve ilişkilerin kayıp ve yarar olmak üzere sonuçlarını açıklar¹²⁷. Gereğede açıklandığı gibi bu rapor, fayda/kayıp sonuçlarını açıkladığı için kayıp ve denkleştirme davaları yönünden de önem taşımaktadır¹²⁸. Bağlılık raporunun bağlı şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanması ve yine bağlı şirketin, kayba yol açan işlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda gerçekleştiğini kendi hazırladığı rapora dayanarak ispatlama olanağına sahip olması, bağlılık raporunun ispat bakımından objektifliği konusunda soru işareti uyandırmaktadır. Ancak şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerin genel amacı ve bağlı şirket açısından "ispat yükünün hafifletilmesi" ve "dolaylı ispata izin verilmesi"¹²⁹, gereği bu soru işareti ortadan kaldırmaktadır. Hakim şirket bu durumun aksini ispat edebilir.

Bu kapsamda, birlikte hakimiyet halinde, kayba yol açan işlemin hakim şirketlerden en az birinin yararına olduğunun ileri sürülebildiği noktada, hakim şirketlerin yönlendirmeyi birlikte gerçekleştirdiklerinin kabulü ve aksi bir durum söz konusuysa bunun hakim şirketler tarafından ispatlanması gerekir¹³⁰.

Yine aynı bakış açısıyla, kademeli başka bir ifade ile farklı seviyedeki hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda yönlendirmenin hem ara seviyelerdeki hem de en üstteki hakim şirketten geldiği ve ikisinin birlikte sorumlu olduğu, ispat açısından ka-

¹²³ Habersack, § 311 N. 32.

¹²⁴ Okutan Nilsson, s. 278.

¹²⁵ Habersack, § 311 N. 32; Müller, § 311 N. 24; Altmeyden, § 311 N. 87. Alman hukukunda ispatın kolaylaştırılması açısından iki görüş ileri sürülmektedir. Birincisi, prima facie ispattır. Buna göre, bağlı şirketin kayıp doğurucu bir önlemin alması nedeniyle hakim şirket ya da toplulukta bulunan başka bir şirket fayda sağladığı ilk bakışta anlaşılıyorsa bu prima facie ispattır (Müller, § 311 N. 24). İkinci ise fiili karine görüşüdür. Bu görüş uyarınca, bağlı şirket açısından kayıp doğurucu bir işlem ya da önlem söz konusuysa bunun hakim şirketin yönlendirmesi sonucu gerçekleştiği kabul edilir (Habersack, § 311 N. 33; Koppensteiner, §311 N. 13; Hüffer, §311 N. 22). Türk hukukunda ispat açısından böyle bir ayrıma gidilmediği için, bu nitelikle tartışmasını Türk hukukuna taşımamızın da bir anlamı yoktur (Okutan Nilsson, s. 278).

¹²⁶ Okutan Nilsson, s. 278.

¹²⁷ TTK m. 199, madde gerekçesi.

¹²⁸ TTK m. 199, madde gerekçesi. Bu bakımdan gerekçenin ifadesi TTK m. 202 hükmünün amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Nitekim TTK m. 202 hükmü kapsamında açılacak dava kayıp ve denkleştirme değil, zararın doğması nedeniyle tazminat davasıdır.

¹²⁹ Okutan Nilsson, s. 278.

¹³⁰ Okutan Nilsson, s. 280.

bul edilebilmelidir¹³¹. Dolayısıyla kaybın denkleştirilmesinin bu iki şirketten biri tarafından sağlanmasıyla, denkleştirme yükümlüğü son bulur.

ee. Nedensellik

Bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlemin kayıp doğurucu olarak nitelendirilmesi ve denkleştirme yükümlülüğüne neden olması için, söz konusu önlemin alınmasında (alınmasından kaçınılmasında) yönlendirmenin hakim şirket tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle hakim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlem arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir¹³². Bağlı şirket, hakim şirketin yönlendirmesi olmaksızın, yine aynı şekilde davranacak, başka bir ifade ile kayıp doğurucu önlemi alacak ya da almaktan kaçınacaksa, yönlendirme ile önlem arasında nedensellik bağı bulunduğundan bahsetmek mümkün olmaz¹³³. Dolayısıyla hakim şirketin denkleştirmesi gereken bir kayıptan söz edilemez.

B. Tam Hakimiyet

TTK m. 203'de tam hakimiyet bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan hakim şirkete tam olarak bağlı olan yönetim kurulu, hakim şirketin ya da şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorundadır (TTK m. 203). Görüldüğü gibi tam hakimiyet halinde, hakim şirkete bir talimat serbestisi getirilmiştir. Bu talimat serbestisinin sınırı ise talimatın "topluluğun belirlenmiş somut politikaları gereği olması" ve "bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşmaması, varlığını tehlikeye düşürmemesi veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açmaması" dır (TTK m. 204). Bu sınırlar içinde kalan tüm talimatlara, bağlı şirketin kaybına yol açsa bile söz konusu şirketin yönetim kurulu uymak zorundadır.

Talimatlara uyma zorunluluğu yalnızca tam hakimiyet için öngörülmektedir. Dolayısıyla kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin tam talimat serbestisi olmadığı gibi, bağlı şirket yönetim kurulunun da bu talimatlara uyma zorunluluğu yoktur¹³⁴. Bununla birlikte kısmi hakimiyette kayba sebebiyet veren bir işlemin denkleştirme yoluyla gideriliyor olması, bağlı şirket yönetim kuruluna talimat serbestisi getirmektedir. Ancak bunun sınırı ise bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin dürüst ve tedbirli bir yönetici olarak, kayba sebebiyet veren işlemi yaparken, bunun hakim şirket tarafından denkleştirileceğini öngörmelerinin haklı bir nedene dayanmasıdır¹³⁵. Aksi takdirde, hakim şirketin denkleştirme yapmayacağı somut olaydan anlaşılıyor ve yönetim kurulu üyelerince öngörülüyorsa, bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır. Oysa ki tam hakimiyet durumunda, yönetim organı talimatları kısmi hakimiyette olduğu gibi inceleme ve değerlendirme yükümlülüğü altında değildir.

Tam hakimiyette denkleştirme TTK m. 206'da düzenlenmiştir. Buna göre: "*Hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolaşısıyla bağlı şirkete oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler.*"

Tam hakimiyet ile kısmi hakimiyette denkleştirmenin şartları aynıdır. Tam hakimiyet açısından fark oluşturan, TTK m. 206 hükmüne göre hakim şirket ve yöneti-

¹³¹ Bkz. Okutan Nilsson, s. 280

¹³² Habersack, § 311 N. 38.

¹³³ Habersack, § 311 N. 38.

¹³⁴ Okutan Nilsson, s. 368.

¹³⁵ Okutan Nilsson, s. 422.

cilerinin verdikleri talimatlar nedeniyle, bir kayıp oluşması durumunda hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğmasıdır. Başka bir ifade ile denkleştirme yükümlülüğü, her türlü kayıp açısından değil, yalnızca verilen talimatlar nedeniyle ortaya çıkan kayıplar açısından doğmaktadır. Ancak denkleştirmeye konu talimatların, kanunda öngörülen talimat serbestisine ilişkin sınırları aşmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, topluluğun belirlenmiş somut politikaları gereği olmayan ya da bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşüren veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açan talimatlar nedeniyle ortaya çıkan kayıplarda, denkleştirme söz konusu olmayacaktır. Ancak alacaklılar uğradıkları zarar nedeniyle tazminat davası açabileceklerdir.

IV. DENKLEŞTİRME YÖNTEMİ

TTK m. 202 hükmünde hakim şirketin yönlendirmesi sonucu oluşan kaybın denkleştirilmesi için iki yöntem belirlenmiştir. Bunlar kaybın fiilen denkleştirilmesi ve bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirilmesidir.

1. Fiilen Denkleştirme

TTK m. 202/1/a hükmü uyarınca kayba yol açan işlem ya da fiilen faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmesi için hakim şirkete süre tanınmıştır. Burada denkleştirilecek kaybın söz konusu faaliyet yılında doğmuş olması gerekir.

Daha önce de belirtildiği gibi, denkleştirme sonucu sağlanan faydanın, kaybın etkilerini ortadan kaldıracı ve denk değerde olması gerekir. Denkleştirme nakdi olarak yapılabileceği gibi, kaybın karşılığında bir hizmetin sağlanması ya da kaybı gideren başka bir edim ile gerçekleştirilebilir. Nitekim bu durum gerekçede de “*verilen garanti veya kefaletin, karşı garanti ve kefalet ya da avale güvence altına alınması, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanınması, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilmesi, know-how verilmesi, personele staj ve eğitim imkânları sağlanması, pazarlama açısından yararlandırılması, denk değerde bir taşınmazın devri, bağlı şirketin kayba uğramasının karşılığında yararlandırılmış olan diğer bir bağlı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanınması, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketin hak sahibi kılınması gibi*”¹³⁶ örneklerle açıklığa kavuşturulmuştur.

Denkleştirmede esas alınacak kıstas, şirketi kayıp doğmadan önceki haline geri getirmektir¹³⁷. Denkleştirme yapılırken, kaybın tamamıyla giderildiğini belirleme konusunda, faydanın sağlanma anı önemli bir rol oynar. Başka bir ifade ile denkleştirmenin gereği gibi yapılmış olması, faydanın sağlanma anıyla yakından ilgilidir¹³⁸. TTK m. 202 hükmünde denkleştirme için süre tanınmıştır. Dolayısıyla denkleştirme sağlanana kadar başka kayıpların ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle denkleştirmenin yapıldığı yani faydanın sağlandığı an ile kayıp doğurucu işlem ya da fiilen gerçekleştiği an arasında doğan ve öngörülebilir olan kayıpların da denkleştirme kapsamında olması gerekir¹³⁹.

Bunun yanında denkleştirilebilir ayrı ayrı kalemlerin bulunması halinde, denkleştirmenin cari hesap sözleşmesiyle kayıt altına alınması ve denkleştirmenin bu esaslara göre sağlanması mümkündür¹⁴⁰.

¹³⁶ TTK m. 202, madde gerekçesi.

¹³⁷ *Habersack*, § 311 N. 68.

¹³⁸ *Koppensteiner*, §311 N. 13; *Hüffer*, §311 N. 22.

¹³⁹ *Okutan Nilsson*, s. 288.

¹⁴⁰ *Habersack*, § 311 N. 70.

Alman hukukunda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirirken, bağlı şirketin görüşünü alıp almayacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, denkleştirmenin nasıl yapılacağına ilişkin yetki hakim şirkette olmalıdır¹⁴¹. Hakim şirkete bağlı şirketi kayba uğratabilecek işlem ve fiillere sevk etme konusunda bir imtiyaz tanındığına göre, hakim şirket, kaybı yeterli değerinde bir fayda ile denkleştirmesi koşuluyla, denkleştirmenin içeriğine ve miktarına karar verebilmelidir¹⁴². Aksi görüşe göre, sağlanan faydanın bağlı şirketin işine yarayacak nitelikte olması gerekmektedir¹⁴³. Dolayısıyla bu konuya ilişkin karar verme yetkisi sadece hakim şirkete bırakılmamalıdır¹⁴⁴.

Türk hukuku açısından *Okutan Nilsson*, ilk görüşün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bağlı şirketin denkleştirme konusunda bir talep hakkının olmaması ile denkleştirmenin yapılması konusunda bağlı şirketten onay alınmasının tutarlı olmayacağını, bağlı şirket yönetim kurulunun ancak hesap yılının sonunda, yapılan denkleştirmenin uygun olup olmadığını değerlendirip rapor etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında, hakim şirketçe sağlanması önerilen denkleştirmenin, kaybı gidermeye uygun olup olmadığını yönetim kurulunca değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin çekince olduğu takdirde, yönetim kurulunun hakim şirket nezdinde bunları dile getirmesinin uygun olduğunu, böylece hakim şirkete sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme fırsatının tanınacağını belirtmektedir¹⁴⁵.

TTK m. 202, hakim şirketin, bağlı şirketin kaybını faaliyet yılı içinde denkleştirme yükümlülüğünü düzenlemekte, denkleştirmenin denk değerinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun yanında, TTK m. 202 hükmü, denkleştirmenin içeriğine kimin karar vereceği konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Dolayısıyla, denkleştirmenin içeriği konusunda bağlı şirketin görüşünün alınması konusunda yasal bir engel bulunmamaktadır. Başka bir bakış açısıyla, kanun koyucu denkleştirme ile hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını bir anlamda hukuka uygun hale getirmiş, zararın tazminini ise başvurulacak en son yol olarak belirlemiştir. Bu noktada denkleştirmenin tam ve denk değerinde bir fayda ile sağlanması hükmün amacına daha uygun olacaktır. Denk değerinde bir faydanın sağlanmasının en temel yolu ise denkleştirmenin içeriğinin bağlı şirketin görüş ve onayının alınarak belirlenmesidir. Bu yol, şirketler topluluğunun işleyişini de kolaylaştıracaktır. Zira hükmün gerekçesinde söz konusu maddenin, hakim şirketin veya ortaklarının makro politikalarının uygulanabilmesine olanak sağlayan esnek bir kurala yer verdiği belirtilmektedir.

Bunun yanında, hakim şirketçe sağlanması önerilen denkleştirmenin, kaybı gidermeye uygun olup olmadığını yönetim kurulunca değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin çekince olduğu takdirde, yönetim kurulunun hakim şirket nezdinde bunları dile getirmesinin uygun olması, böylece hakim şirkete sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme fırsatının tanınması, denkleştirmenin içeriğine hakim şirketin karar vermesi gerektiğini göstermemektedir. Tam tersine bağlı şirket yönetim kurulunun, denkleştirmeye ilişkin görüşünü hakim şirkete bildirmesi ve hakim şirketin denkleştirmenin içeriğini buna göre tekrar belirlemesi denkleştirme konusunda bağlı şirketin görüş ve dolaylı olarak onayının alındığı anlamına gelmektedir. Kanaatimizce, her ne kadar Alman hukukunda çoğunlukla kabul edilen bir görüş olmasa da, bağlı şirketin denkleştirmenin içeriğiyle ilgili görüş ve onayı alınabilmelidir.

¹⁴¹ *Habersack*, § 311 N. 71; *Hüffer*, §311 N. 41

¹⁴² *Habersack*, § 311 N. 71.

¹⁴³ *Koppensteiner*, §311 N. 123.

¹⁴⁴ *Koppensteiner*, §311 N. 123.

¹⁴⁵ Bkz. *Okutan Nilsson*, s. 289, 290.

2. Bağlı Şirkete İstem Hakkı Tanınması Yoluyla Denkleştirme

A. Genel Olarak

TTK m. 202/1/a'da düzenlenen başka bir denkleştirme yöntemi ise, bağlı şirkete istem hakkı tanınmasıdır. Faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmeyen bir kayıp söz konusu olduğunda, hakim şirket kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek suretiyle, bir taahhütte bulunarak kaybın denkleştirilmesini sağlayabilecektir. Bu durum hakim şirkete kaybın denkleştirilmesini ileriki bir tarihe atma olanağı verir.

Alman hukukunda talep hakkının bir sözleşme ile tanınması gerektiği görüşü hakimdir¹⁴⁶. TTK m. 202 madde gerekçesindeyse, sözleşmenin denkleştirme için bir güvence olduğu belirtildikten sonra, sözleşmenin yerine hakim şirketin bir taahhüdünün de amaca hizmet edebileceği ifade edilmiştir.

İstem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmenin, fiilen denkleştirmeden tek farkı, denkleştirmenin o hesap yılı içerisinde gerçekleştirilmeyecek olmasıdır. Başka bir ifade ile istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı kaybın doğduğu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketle hakim şirket arasında bir sözleşme yapılması ya da hakim şirketin denkleştirmeyi taahhüt etmesi yoluyla daha sonraki bir tarihte gerçekleşecektir. Dolayısıyla, fiilen denkleştirmeye ilişkin kuralların, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmeye de uygulanacağını belirtilmesi gerekir. Bu nedenle, denkleştirilecek faydanın kaybı giderecek nitelikte olması gereklidir.

Hakim şirket, taahhüdünde sağlanacak faydanın şeklini ve kapsamını belirtmelidir. Hakim şirket ile bağlı şirket arasında denkleştirmeye ilişkin sözleşmede ya da hakim şirketin taahhüdünde seçimlik bir borç belirlenmesi mümkündür¹⁴⁷. BK m. 87'ye (karş. BGB § 262) göre: "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, söz konusu hukuki ilişki ve işin özelliği bakımından seçim yetkisinin bağlı şirkette olduğu kabul edilmelidir. Ancak, edimler arasında yapılacak seçim sonucu sağlanacak faydalardan herhangi biri kaybı tam olarak giderecek ise, seçim yetkisinin hakim şirket ya da üçüncü bir kişi tarafından kullanılması da mümkündür¹⁴⁸.

TTK m. 202 hükmünde denkleştirmenin ne zaman yapılacağını belirtilmesi gerektiği düzenlenmiş ancak denkleştirmenin hangi tarihe kadar yapılması gerektiğine yer verilmemiştir. Esasen, denkleştirmenin yapılması için belirli bir takvim gününün belirlenmesine gerek yoktur¹⁴⁹. Dolayısıyla, faydanın sağlanacağı, başka bir ifade ile ifa zamanının taahhüdün niteliğinden genel olarak anlaşılması yeterlidir. Bu nedenle, ifanın belli bir sürenin bitimine kadar ya da bir olayın gerçekleşmesi ile yerine getirileceği taahhüt edilebilir¹⁵⁰. Öte yandan ifanın şarta, başka bir deyişle, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlanması TTK m. 202 hükmünün amacı dikkate alındığında kabul edilemez¹⁵¹. Bununla birlikte, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, talep hakkının kullanılmasının, beklenen faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılması gerekmektedir¹⁵².

Hakim şirket taahhüt ettiği ifayı yerine getirmez ise, bu durumda meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

¹⁴⁶ Habersack, § 311 N. 72; Hüffer, §311 N. 46; Koppensteiner, §311 N. 129.

¹⁴⁷ Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

¹⁴⁸ Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

¹⁴⁹ Habersack, § 311 N. 73; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 131.

¹⁵⁰ Okutan Nilsson, s. 293.

¹⁵¹ Okutan Nilsson, s. 293.

¹⁵² TTK m. 202, madde gerekçesi.

B. İfanın İmkansızlaşması

Hakim şirketin kusuru olmaksızın, denkleştirmenin sağlanması için taahhüt ettiği fayda imkansızlaşır, bu durumun doğuracağı sonuçların belirlenmesi gereklidir. Alman hukukunda hakim görüşüne göre, böyle bir durumda, borçlar hukukunda yer alan ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulanamaz. Zira, hukuka aykırı bir yönlendirme sonucu ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi hakim şirkete tanınan bir imtiyazdır. Bu nedenle hakim şirket taahhüt ettiği ifayı yerine getirmemesinin sonuçlarına da kendi katlanmalıdır.

BK m. 136'ya göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer. Dolayısıyla, kusursuz imkansızlık borçluyu kendiliğinden borçtan kurtarır¹⁵³. Borçlu edimin sonradan imkansız hale gelmesi nedeniyle sorumlu tutulamaz¹⁵⁴. Türk borçlar hukukunda kural bu olmakla birlikte, Alman hukukundaki hakim görüş Türk Hukuku açısından da kabul edilmeli ve hakim şirketin kusuru olmaksızın denkleştirmenin konusu imkansızlaşır, hakim şirket bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira, hakim şirketin yükümlülüğü ancak kaybın fiilen denkleştirilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında denkleştirmenin amacı, bağlı şirketin, kayıp doğurucu işlem ya da fiil gerçekleşmeseydi hangi durumda bulunacaksa o duruma getirilmesi ve kayıp doğurucu işlem ya da fiillerin olumsuz sonuçlarının garanti altına alınmasıdır. Dolayısıyla denkleştirmenin konusu olan edimin imkansızlaşması, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü sona erdirmez¹⁵⁵.

Edimin imkansızlaşması ihtimaline karşı, hakim şirketin söz konusu taahhüdünü ayrıca çeşitli yöntemlerle garanti altına alması uygulama açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

SONUÇ

Türk sorumluluk hukuku açısından yeni bir kavram olan denkleştirmeyi düzenleyen TTK hükümleri reform niteliğindedir. Hakim şirketin, bağlı şirketi kayba uğratan hukuki işlem ya da maddi fiili, denkleştirmenin sağlanmasıyla bir anlamda hukuka uygun hale gelmektedir. Denkleştirmenin amacı, bağlı şirket, bağımsız bir şirket olsaydı hangi durumda bulunacaksa bağlı şirketi o duruma getirmek; kaybın ve bu kaybın denkleştirilmesini sağlayacak faydanın tartılması ile ortaya çıkacak sonucun, malvarlığı kaybına neden olmasını engellemek; somut ve yasal bir talep hakkı ile derhal giderilmesi istenemeyecek kayıpların, hakim şirket tarafından uygun bir fayda sağlanması yoluyla güvence altına alınması olarak belirlenebilir. Söz konusu kavramın hukuki niteliği, kaynak metin APOK'a ilişkin Alman öğretisinde ileri sürülen görüşler de göz önünde bulundurularak, kendine özgü bir ifa olarak nitelendirilebilecektir.

TTK'da, Alman hukukundaki, sözleşmesel ve fiili Konzern ayırımı yapılmamıştır. Alman hukukunda olduğu gibi fiili Konzernlere ilişkin hükümlerde boşluk bulunması durumunda, sözleşmesel Konzernlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, s. 591; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 2001, s. 1289; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 1010.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 591; Eren, s. 1289.

¹⁵⁵ Okutan Nilsson, hakim şirkette bulunulacak taahhüdün ifa uğruna edim olarak görülebileceğini belirtmekte ve bu nedenle ancak, edim ifa edildiğinde denkleştirmenin sağlanabileceğini ifade etmektedir (291, 293). Her ne kadar ifa uğruna edimde borç, ifa uğruna edimin yerine getirilmesiyle değil fakat, edimin paraya çevrilmesi ve alacaklının bu yolla tatmin edilmesiyle sona erse de (bkz. Eren, s. 912; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 763), söz konusu hukuki kurumun diğer koşullarının istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirme ile örtüşmesi nedeniyle, biz de bu görüşe katılıyoruz.

Ancak Türk hukukunda böyle bir ayırım yapılmadığı için uygulama imkanı bulamayacaktır.

Denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanarak, bağlı şirketi kayıp doğurucu bir işlem yapmaya ya da bir önlem almaya (almaktan kaçınmaya) yönlendirmesi gerekir.

Ticaret hayatının gereklilikleri ve şirketler topluluğunun genel sistematığı göz önüne alındığında, topluluk içi borçlanmalar ve merkezi nakit yönetimi, kayıp doğurucu hukuka aykırı işlemler olarak nitelendirilmemelidir. Dolayısıyla, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 ile, yönetim kurulu üyelerinin, yâkınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395 hükümleri şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerin sistematığıyla örtüşmemektedir. Bu nedenle TTK m. 202 hükmünün, söz konusu hükümler karşısında özel nitelikte olduğu kabul edilme-lidir.

Hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğup doğmadığı belirlenirken, incelenmesi gereken hususlardan bir diğeri de, söz konusu işlem ya da fiilin bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğidir. Bunun yanında denkleştirmenin yapılabilmesi için ortaya çıkan kaybın ölçülebilir nitelikte olması gerekir.

Tam ve kısmi hakimiyet hallerinde denkleştirmenin koşulları büyük ölçüde örtüşmektedir. Tam hakimiyet açısından fark oluşturan, TTK m. 206 hükmüne göre, hakim şirket ve yöneticilerinin verdikleri talimatlar nedeniyle, bir kayıp oluşması durumunda hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğmasıdır. Ancak kanunda öngörülen sınırları aşan talimatlar nedeniyle oluşan kayıplar açısından denkleştirme söz konusu olmaz.

Denkleştirmenin iki yönteminden biri olan fiili denkleştirmede, denkleştirmenin sağlanması bakımından, bağlı şirketin görüş ve onayının alınması uygulamayı kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Diğer bir yöntem olan bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirme ise, denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı kaybın doğduğu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketle hakim şirket arasında bir sözleşme yapılması ya da hakim şirketin taahhüt vermesi yoluyla daha sonraki bir tarihte gerçekleşecektir. İki yöntem arasındaki tek fark, fiilen denkleştirmede, denkleştirmenin kaybın doğduğu faaliyet yılı içinde sağlanması, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede ise, denkleştirmeye ilişkin taahhüdün kaybın doğduğu faaliyet yılında verilmesi ve denkleştirmenin sağlanmasının ileriki bir tarihe ötelenmesidir. Dolayısıyla, fiilen denkleştirmeye ilişkin kurallar, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmeye de uygulanabilir. Bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştirme- nin yapılması için belirli bir takvim günün belirlenmesine gerek yoktur. Bu nedenle, faydanın sağlanacağı, başka bir ifade ile ifa zamanının taahhüdün niteliğinden genel olarak anlaşılması yeterlidir. Ancak ifanın şarta bağlanması kabul edilemez.

İstem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, hakim şirketin kusuru olmaksızın, denkleştirmenin konusu imkansızlaşır, risk hakim şirket tarafından üstlenilmelidir. Zira, hakim şirketin yükümlülüğü ancak kaybın fiilen denkleştirilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Ancak uygulama açısından edimin imkansızlaşması ihtimaline karşı, hakim şirketin söz konusu taahhüdünü ayrıca çeşitli yöntemlerle garanti altına alması kolaylık sağlayacaktır.

