

**ANONİM ORTAKLIKLAR AÇISINDAN BAĞLI İŞLETMELER HUKUKUNDA
HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU**

GÖKÇAY AĞAOĞLU

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	III
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
BAĞLI İŞLETMELER.....	3
1.1. GENEL OLARAK.....	3
1.2. TEMEL UNSUR OLARAK TARAFLARIN İŞLETME NİTELİĞİ	6
1.3. TÜRLERİ.....	7
1.3.1. Fiili Bağlı İşletmeler.....	7
1.3.1.1. Hakimiyet İlişkinin Kurulması	8
1.3.1.1.1. Oy Çokluğuna Sahip Olmak	8
1.3.1.1.2. Organ Üyeliklerinde Temsil Edilme Hakkına Sahip Olmak	10
1.3.1.2. Fiili Bağlı İşletmelerde Bağımlılığın Oluşum Biçimleri	11
1.3.1.2.1. Tek Yönlü İştirak	11
1.3.1.2.1.1. Türk Hukukunda Tek Yönlü İştirake İlişkin Düzenlemeler	13
1.3.1.2.1.1.1. Genel Olarak	13
1.3.1.2.1.1.2. Sermaye Piyasası Mevzuatı	13
1.3.1.2.1.1.2.1. Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Düzenleme ..	13
1.3.1.2.1.1.2.2. Sermaye Piyasası Kurumlarına İlişkin Düzenleme ...	14
1.3.1.2.2. Konzern	15
1.3.1.2.3. Karşılıklı İştirak	15
1.3.2. Sözleşmeye Dayalı Bağlı İşletmeler	17
1.3.2.1. Hakimiyet Sözleşmesi	18
1.3.2.2. Kârın Devri Sözleşmesi	19
1.3.2.3. Diğer Sözleşmeler	19
1.3.3. Bütünleşme (İlhak)	20
İKİNCİ BÖLÜM	

BAĞLI İŞLETMELER HUKUKUNDA ORTAKLARIN BİLGİ ALMA HAKKI VE KAMUYU AYDINLATMA	22
2.1. GENEL OLARAK.....	22
2.2. PAY SAHİPLİĞİNE İLİŞKİN ŞEFFAFLIK	23
2.3. MALİ DURUMA İLİŞKİN ŞEFFAFLIK	26
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU	30
3.1. GENEL OLARAK.....	30
3.2. HAKİM İŞLETMENİN SEVK VE İDARE GÜCÜ	30
3.3. HAKİMİYET VE SORUMLULUK İLİŞKİSİ.....	32
3.4. FİİLİ BAĞLI İŞLETMELERDE HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU	33
3.4.1. Sorumluluğun Pay Sahibinin Sınırlı Sorumluluk İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi	33
3.4.2. Bağımlı Ortaklığın, Alacaklıların ve Bağımsız Pay Sahiplerinin Korunması ..	33
3.4.2.1. Hakim İşletmenin Kendi Fiilinden Doğan Sorumluluğu	34
3.4.2.2. Hakim İşletmenin Bağımlı Ortaklık Üzerindeki Dolaylı Etkisinden Doğan Sorumluluğu.....	36
3.4.2.2.1. Temsilcinin Fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 55 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması	37
3.4.2.2.2. Temsilcinin Fiillerinden Medeni Kanun'un 48 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması	38
3.4.2.2.3. Temsilci Gönderen Anonim Ortaklığın Türk Ticaret Kanunu'nun 321 inci Maddesi Gereğince Sorumluluğu	40
3.4.2.2.4. Temsilcinin Fiillerinden Türk Ticaret Kanunu'nun 278 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması	41
3.4.2.3. Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın, Alacaklıların ve Pay Sahiplerinin Haklarının Korunmasına Yönelik Yasal Düzenlemeler	41
3.5. SÖZLEŞMEYE DAYALI BAĞLI İŞLETMELERDE HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU	44
3.6. BÜTÜNLEŞMEDE HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU	45
SONUÇ	47
KAYNAKÇA	I

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AEM	Adliye Encümeni Mazbatası
Alm.TK	Alman Ticaret Kanunu
APOK	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Aufl.	Auflage
Bank.K	Bankalar Kanunu
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
DB	Der Betrieb
dpnt.	dipnot
E.	Esas
f.	fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
İkt. Mal. Der.	İktisat ve Maliye Dergisi
İsv.BK	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükümünde Kararname
md.	madde
MK	Medeni Kanun
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
s.	sayfa
S.	Sayı
Seri:IV, No:8 sayılı Tebliğ	Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:IV, No:13 sayılı Tebliğ	Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların İştirak Sınırlarının Belirlenmesine İlişkin Tebliğ
Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ	Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:VI, No:4 sayılı Tebliğ	Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:VI, No:10 sayılı Tebliğ	Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:VI, No:11 sayılı Tebliğ	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:VIII, No:20 sayılı Tebliğ	Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri:XI, No:1 sayılı Tebliğ	Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ
Seri:XI, No:10 sayılı Tebliğ	Sermaye Piyasasında Konsolide Mali Tablolara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ

SPKn	Sermaye Piyasası Kanunu
SPKr	Sermaye Piyasası Kurulu
TD	Ticaret Dairesi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
vb.	ve benzeri
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Alman Kıymetli Evrak Ticareti Hakkında Kanun)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Günümüzün gelişen ekonomik şartlarında, yeni rekabet koşullarına uyum sağlayabilmek için işletmeler değişik biçimlerde merkezi yoğunlaşma içerisine girmektedirler. Ekonomik gücün aynı merkezde toplanmasındaki en önemli araçlardan birisi, "bağlı işletmeler" in oluşturulmasıdır. Bir işletmenin, bu şekilde diğer bir işletme ile ortak bir yönetim altında ekonomik bir birlik oluşturmasındaki en temel unsur, işletmelerin hukuki bağımsızlıklarını da muhafaza etmeleridir. Hukuki bağımsızlığın işletmeler açısından sağlayacağı avantajların, ülke ekonomisine de katkıda bulunması mümkündür. Gerçekten, bir işletmenin herhangi bir yolla başka konulara da el atması, yeni kaynakların ortaya çıkması ve istihdam alanları açması vb. nedenlerle ülke ekonomisi bakımından yarar sağlamaktadır. Bununla birlikte, işletmelerin ekonomik açıdan birbirlerine bağlanması, ileride bağımlı işletme açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

Bağlı işletmeler hukuku, hukuki bağımsızlık korunarak gerçekleştirilen ekonomik birliğin işletmelere sağlayacağı menfaatlerle, bu birliğin olumsuz sonuçlarının etkileyeceği menfaatler arasındaki dengenin sağlanmasını amaçlamaktadır. Çalışmamızın konusu olan hakim işletmenin sorumluluğu da, bu menfaat dengesinin kurulmasında temel kavram olarak kabul edilmektedir.

Her ne kadar, bağlı işletmeler, her türlü hukuki yapıdaki işletme arasında kurulabilmekteyse de, uygulamada bağımlı işletme konumuna ekonomik gelişmeye daha açık olan anonim ortaklıkların getirilmesi tercih edilmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın konusu anonim ortaklıklar üzerine yoğunlaştırılmış ve ayrıca SPKn'na ilişkin özellik arz eden konular vurgulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, Türk ve mehz İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda bağlı işletmelere ilişkin özel düzenleme olmaması, konunun doktrin tartışmaları ile geliştirilmesini zorunlu kılmıştır. Öte yandan bu konu, uygulamadaki ihtiyaçlar göz önüne alınarak kapsamlı bir şekilde ilk kez Almanya'da yasal bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Avrupa Birliği düzenlemelerinde de bu hukukun esas alınmış olduğu dikkate alınarak, çalışmamızda doktrin tartışmalarıyla birlikte Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu üzerinde durulmuştur.

Hakim işletmenin sorumluluk hallerinin, bağılı işletmelerin ortaya çıkış şekillerine göre değişiklik göstermesi nedeniyle, çalışmamızın ilk bölümünde bağılı işletmelerin unsurları ile bağımlılık ilişkisinin kuruluş biçimleri incelenmiştir. İkinci bölümde ise, ortaklık alacaklılarının ve bağımsız pay sahiplerinin, bağımlılık ilişkisine ve bunun ortaklık üzerindeki etkisine ilişkin bilgilere ulaşmalarının hakim işletmenin sorumluluğuna gidebilmeleri için önemli olduğu göz önüne alınarak, bağılı işletmeler hukukunda ortakların bilgi alma hakkı ile kamuyu aydınlatma ilkesine yer verilmiştir. İlk iki bölümde ortaya konulan bilgiler ışığında, hakim işletmenin sorumluluğu mukayeseli olarak üçüncü bölümde irdelenmiş, sonuç bölümünde ise Türk Hukuku açısından çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BAĞLI İŞLETMELER

1.1. Genel Olarak

İşletmelerin merkezi yoğunlaşması, 20 nci yüzyılın başlangıcından itibaren modern ekonomilerde görülen gelişmenin önemli bir özelliği olarak ortaya çıkmıştır. Büyük sermaye gruplarının oluşması sonucunu doğuran işletmelerin merkezileşmesini, sınırlı sayıda nedene bağlamak mümkün değildir. Şu kadar ki, 19 uncu yüzyılın ikinci yarısında teknolojinin gelişmeye başlaması ve bu gelişimin devamı için her geçen gün daha fazla sermaye gerekmesi, işletmeleri yatırımların finansmanı için ilk defa biraraya gelmeye zorlamıştır¹.

Teknolojik gelişme ile ortaya çıkan işletmelerin merkezileşmesinde, genel olarak ekonomik, vergisel ve finansal nedenler etkili olduğu gibi, hukuk düzeni de merkezileşmenin hangi hukuki yapıda gerçekleşeceğini belirlemektedir.

Merkezileşme yöntemlerinden biri, her bir işletmenin ekonomik ve hukuki bağımsızlığını kaybederek ortak bir işletme altında biraraya geldikleri "birleşme"dir. Ancak, birleşme prosedürü finansal ve hukuki bir takım nedenlerle işletmeler açısından sıkıntı doğurabileceğinden, profesyonel destek ihtiyacını da beraberinde getirmektedir.

İşletmelerin diğer bir merkezileşme şekli de, iki veya daha fazla işletmenin hukuken bağımsız kalarak, ortak bir yönetim altında ekonomik birlik oluşturmak suretiyle meydana getirdikleri "bağlı işletmeler"dir.² Bu şekilde bir bağımlılığın, her türlü hukuki yapıdaki işletme arasında kurulması mümkündür³.

Görüldüğü üzere, bağlı işletmeleri birleşmeden ayıran özellik, ortak yönetim altında toplanan işletmelerin hukuki bağımsızlıklarını muhafaza etmeleridir. İşletmelerin,

¹ Örneğin 19 uncu yüzyılın ikinci yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde, ortaklıkların diğer bir ortaklığın paylarını iktisap etmesi kesin olarak yasaklanmış iken, bu yasağa teknolojik ihtiyaçlar nedeniyle istisnalar getirilmiştir. Başka bir ortaklığın paylarını iktisap etmesine izin verilen ilk şirket, bir demiryolu şirketi olan Baltimore & Ohio R.R.'dir. EBKE, Werner F.: "Die Konzernierung im US-amerikanischen Recht", Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, s.281.

² Doktrinde bu şekilde oluşan bağımlılığı ifade eden bir kavram birliği bulunmamakta olup, "bağlı işletmeler" kavramının yanı sıra "şirketler topluluğu", "grup şirketler", "geniş anlamda konzern" ve "konzern" gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bu çalışmada ise, 1965 tarihli APOK § 15 ile işletmeler arasındaki bağımlılık hukuki bir kavram olarak ortaya konulduğundan, "bağlı işletmeler" ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

³ Bu nedenle, "bağlı işletmeler hukuku" sadece ortaklıklar arasındaki bağımlılık ilişkisini esas almamakta, her türlü işletme arasındaki bağımlılığı da kapsamaktadır. Bağımlılık ilişkisinde tarafların işletme niteliği için bkz. aşağıda Bölüm 1.2.

ortak yönetim altında ayrı hukuki varlıklarını sürdürmek istemelerinin nedenleri şu şekilde sıralanabilir:

Birleşmek isteyen ortaklıkların birleşme için gerekli çoğunluk nisaplarını sağlayamamaları; yeni bir işletmenin devralınmasında devralan işletmenin good will'inin muhafaza edilerek bundan avantajlar sağlanmasının, işletmelerin hukuki bağımsızlığının muhafazası ile daha kolay olması; işletmelerin birbirleri ile de alım-satım, kredi, vb. şekilde ticari ilişkilere girebilmeleri; ülke dışı yatırımlarda vergisel, ekonomik ve politik sıkıntıların, yatırım yapılan ülkede yeni bir ortaklığın kurulması veya mevcut bir ortaklığa katılması suretiyle aşılabilmesi; katılan işletmelerde kaliteli işgücünü yönetime getirme imkanıyla birlikte, mevcut yöneticilerin görevlerinde kalmaya devam etmelerinin mümkün olması; her bir işletmenin üretim aşamasındaki kendi ticari faaliyetinin muhafaza edilmesi suretiyle, ticari faaliyet alanının genişletilmesi ve harcamaların azalması⁴.

Kıta Avrupası hukukunda bağlı işletmelere ilişkin olarak ilk yasal düzenleme 1937 tarihinde Almanya'da yapılmıştır. İkinci dünya savaşı sonrasındaki gelişmeler ışığında yapılan reform çalışmasıyla da konu, 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (APOK) ayrıntılı bir yasal düzenlemeye⁵ kavuşmuştur. Avusturya ise, 1937 tarihli APOK'nu mehzaz almış olduğundan, uygulamaya dönük tartışmalar ve çözüm önerileri Alman hukuku ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Öte yandan, Fransa ve İsviçre'de bağlı işletmelere ilişkin kapsamlı yasa tasarıları hazırlanmış olmasına rağmen, bunların yasallaşmaması nedeniyle⁶, bağlı işletmeler hukukunun sadece belli konuları anılan ülke mevzuatlarında yer almaktadır⁷.

⁴ AYTAÇ, Zühtü: Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich, Freiburg im Breisgau 1975, s.4, 34.

⁵ APOK § 15-19'da bağlı işletmelere ilişkin temel kavramlara, APOK § 20-22'de bağlı işletmeler için şeffaflık oluşturulmasına hizmet eden bilgi verme yükümlülüklerine, APOK § 291-328'de ise bağlı işletme konumunda bir anonim ortaklık veya paylı komandit ortaklık bulunması durumunda uygulanacak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶ İsv.BK'na ilişkin reform çalışmalarında bağlı işletmeler hukuku alanında düzenleme yapma konusu gündeme gelmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerin yasallaşmaması doktrinde eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HANDSCHIN, Lukas: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, s.17 vd.

⁷ İsv.BK'nda 1992 yılında yapılan değişiklik ile bağlı işletmeler hukukuna ilişkin olarak getirilen düzenlemeler için ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: İsviçre'de Yeni Anonim Şirketler Hukuku, Batider, C.XVII, S.1, s.42-45; Fransız hukukuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BÉJOT, Michel: "Einige Elemente der konzernrechtlichen Sonderregeln in Frankreich", Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, s.169 vd.; EMMERICH/SONNENSCHNEIN: Konzernrecht, 4. Aufl., München 1992, s.35-36.

Almanya'yı dünyada geniş düzenlemeleri ile Portekiz⁸ ve Brezilya⁹ izlemektedir. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de ise bağlı işletmelere ilişkin ayrı yasal düzenlemeler getirilmemiş, uygulama esas itibarıyla genel hükümler çerçevesinde mahkeme içtihatları ile yönlendirilmiş ve bazı hususlar özel olarak düzenlenmiştir¹⁰.

AB hukukunda bağlı işletmelere ilişkin düzenlemeler, Alman hukukunun etkisinde hazırlanan ve bir çok defa gözden geçirilerek yeniden düzenlenen Avrupa Anonim Ortaklığı Tüzüğü Tasarısı ve Dokuzuncu Direktif Tasarısında yer almaktadır¹¹. Bu iki tasarı dışında bağlı işletmelere ilişkin önemli olan diğer düzenlemeler, 1978 tarihli Bilanço Direktifi ile 1983 tarihli Konsolide Hesaplar Direktifidir. Ancak, AB üye ülkeleri arasında yapılacak düzenlemeye ilişkin görüş birliği sağlanamamış olduğundan, yakın gelecekte ortak bir bağlı işletmeler hukukunun oluşması mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, yürürlükteki ortaklıklar ve sermaye piyasasına ilişkin direktifler çerçevesinde ortak bir şirketler hukukunun oluşmaya başlaması, üye ülkelerin iç hukuklarındaki bağlı işletmelere ilişkin düzenlemelerinin bu direktiflerin etkisi ile zamanla değişmesi gereğini ortaya çıkaracaktır¹².

Türk hukukunda ise, TTK'nun anonim ortaklıkların kanuni yedek akçeler konusundaki 466 ncı maddesinin holding ortaklıklara ilişkin 4 üncü fıkrasında¹³, dolaylı olarak bağlı işletmelere değinilmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. PINTO RIBEIRO, José António: "Die verbundene Gesellschaften im neuen portugiesischen Handelsgesellschaftsbuch", Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, s.203 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ROTHMANN, Gerd W.: "Die Behandlung des Konzerns als gesellschaftsrechtliches Sonderproblem in Brasilien", Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, s.217 vd.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. EBKE, s.285 vd.; HADDEN, Tom; "Die Regelung der Konzerne in Grossbritannien: Sonderbehandlung im Rahmen des allgemeinen Gesellschaftsrechts", Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, s.329 vd.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.36-37; LUTTER, Marcus: Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 3/1987, s.324 vd.; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul 2000, s.261-262.; HANDSCHIN, s.14 vd.; İPEKÇİ, Nizam: Holding Şirketler, İstanbul 2000, s.130 vd.

¹² EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.37.

¹³ Anonim ortaklıklar safi kârın 1/20'sini, ödenmiş esas sermayenin 1/5'ini buluncaya kadar kanuni yedek akçe (I.Tertip) olarak ayırmak zorundadırlar. Safi kârdan pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra, pay sahiplerine ve kâra katılan diğer kimselere kâr payı dağıtılmasına karar verilmiş ise, bu kısmın 1/10'unun da kanuni yedek akçeye (II.Tertip) ilave edilmesi gerekmele birlikte, bu hüküm "holding ortaklıklar" hakkında uygulanmaz. Ayrıca, maddenin 3 üncü fıkraya hükmü, holding ortaklıklar hakkında uygulanmadığından, bu ortaklıklar kanuni yedek akçelerinin tümünü diledikleri şekilde kullanmakta serbesttirler.

1.2. Temel Unsur Olarak Tarafların İşletme Niteliği

Bağlı işletmeler hukukunun hareket noktasını "işletme" kavramı oluşturmaktadır. Çünkü, bağlı işletmeler hukukunun konusu, bir işletmenin diğer bir işletme üzerindeki etkisini kullanarak, o işletmeyi kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde kullanmasından kaynaklanan tehlikenin önlenmesidir.

Alman hukukunda, APOK § 15-22 hükümlerinden, bağımlılığın işletmeler arasında kurulması halinde, Kanunun bağlı işletmelere ilişkin düzenlemelerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır. İsviçre hukukunda ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İsv.BK) 1992 yılında yapılan değişiklik ile, eski durumdan farklı olarak bir "konzern" kavramı kullanıldığı gibi, doktrinde de ortak yönetim altındaki "işletmelere" bağlı işletmeler hukukuna ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁴.

Benzer şekilde, TTK'nun 466 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan "holding ortaklık"¹⁵ kavramından hareketle, Türk hukukunda da bağımlılığın ancak işletmeler arasında oluşabileceği kabul edilmektedir¹⁶.

Bağlı işletmeler hukukunun uygulamasının sadece işletme niteliğindeki hakim ortak ile sınırlı tutulmasının nedeni, diğer ortakların ortak olmaktan doğan haklarını özel ekonomik amaçlar için işletme (ortaklık) zararına kullanabilme tehlikesinin, işletme niteliğindeki pay sahiplerine kıyasla daha az olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, ekonomik faaliyeti tek bir işletme ile sınırlı olan büyük ortak, esasen işletmenin çıkarlarını kendi çıkarları olarak gözetecek veya işletmenin faaliyetlerine aykırı amaçlar takip etmeyecektir¹⁷.

Öte yandan, Alman hukukunda gerçek veya tüzel kişi bir ortağa "işletme" niteliğini kazandıran kıstasın, ortaklık dışında da ekonomik faaliyetlerde bulunulması, bir

¹⁴ HANDSCHIN, s.36.

¹⁵ Doktrinde "holding" in hukuki bir kavram olduğu ve bir işletmenin iştirak konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Bir holding işletmesinin iştirak konusu, başka bir işletmenin ortağı olmaktır. Dolayısıyla, holdinglerin ortaklık şeklinde dahi örgütlenmelerine gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, holdinglerin genellikle sermayesinin paylara bölünmüş olması nedeniyle, hakimiyetin daha kolay sağlandığı anonim ortaklık şeklinde kurulması tercih edilmektedir. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.256-258; TEKİNALP, Ünal: Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi, İkt. Mal. Der., C.XIII, S.8, s.298 vd.; TEKİNALP, Ünal: Tip Sorunu Açısından Holding Kavramı ve İşletme Konusu Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. Der., C.XX, S.12, s.449 vd.; TEKİNALP, Ünal: Holdinglerin Kuruluşunda İzlenebilecek Çeşitli Yollar ve Sorunlar, BankaD., C.VIII, S.12, s.13 vd.; ÇAMOĞLU, Ersin: Yavru Ortaklık Yönetim Kurulunun İbrasında Holding'in Oyları Kullanılabilir Mi?, İkt. Mal. Der., C.XXII, S.2, s.500.

¹⁶ YANLI, Veliye: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.133.

¹⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.188.

başka deyişle yabancı ekonomik çıkarların bulunması olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, kişinin işletme dışındaki ekonomik çıkarlarını sağlayan faaliyetini hangi şekilde ve hukuki yapıda gerçekleştirdiği önemli değildir. Yeter ki söz konusu ekonomik çıkarlar, ortağın işletme üzerindeki etkisini onun zararına kullanmaya yöneltecek kadar kuvvetli olsun¹⁸. Örneğin, bu ortak bir gerçek kişi tacir, şahıs ortaklığı, kooperatif, dernek veya vakıf olabileceği gibi, başka bir işletmenin (anonim ortaklık olabilir) hakim ortağı konumunda da olabilir.

1.3. Türleri

Bağlı işletmeler, farklı ekonomik büyüklükteki sermaye grupları şeklinde görölmektedir. Ancak, bunları birbirinden ayıran ekonomik büyüklükleri değil, bağımlılık ilişkisinin hukuken kuruluş biçimidir. Doktrinde bağlı işletmelerin, oluşum biçimlerine ve işletmelerin birbirleri arasındaki ilişkiye göre değişik şekillerde gruplandırıldıkları görölmektedir. Bağımlılığın iştirake dayandığı bağlı işletmeler fiili, işletmeler arasında yapılan bir sözleşmeye dayananlar ise sözleşmesel bağlı işletmeler olarak adlandırılmaktadır. Alman Hukukunda ayrıca, bağlı işletmelerin bir diğer türü olarak da anonim ortaklıklar açısından kendini gösteren bütünleşme (ilhak) karşımıza çıkmaktadır.

1.3.1. Fiili Bağlı İşletmeler

Fiili bağlı işletmeler, bir işletmenin diğer bir işletmenin sermayesine iştiraki (katılımı) yoluyla oluşmaktadır.

TTK'nun 137 nci maddesinde ifadesini bulan "ultra vires" ilkesi, doktrin ve yargı kararlarında sert bir biçimde yorumlandığından, ticaret ortaklıklarının başka ortaklıklara iştirak edebilmeleri için, bu işlemin ortaklık esas sözleşmesinde iştirak konusu olarak belirlenmiş olması gerekir¹⁹. Bu nedenle uygulamada, ortaklık esas sözleşmelerinin iştirak konusuna ilişkin maddeleri, oldukça kapsamlı bir biçimde kaleme alınarak, ultra vires ilkesinin yol açtığı 'yokluk' yaptırımından kaçınılmaya çalışılmaktadır. Öte yandan,

¹⁸ Ortağın işletme niteliği açısından "yabancı ekonomik çıkarların" belirlenmesindeki ölçüye, ilk olarak Alman Federal Mahkemesi'nin 1977 tarihli VEBA/Gelsenberg davasına ilişkin kararı (BGH, DB 1977) ile açıklık getirilmiştir. Bu karar, genelde doktrin görüşüne de temel alınmıştır. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.43-44.; KORT, Michael: Der "private" Grossaktionär als Unternehmnen?, DB 1986, s.1909-1911. Bu şekilde ortaya konulan "işletme" kavramının isabetsiz olduğunu savunan görüş için bkz. ZÖLLNER, Wolfgang: Zum Unternehmensbegriff der § 15 ff AktG, ZGR 1976, s.1-32.

¹⁹ KARAYALÇIN, Yaşar: Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider, C.XVI, S.1, s.23.

ticaret ortaklıklarının işletme konuları ile ilgili olmayan ortaklıklara katılıp katılmayacakları sorununa ilişkin olarak Yargıtay²⁰ ve doktrinde bazı yazarlar²¹, ortaklıkların işgal konuları ayrı olan diğer ortaklıklara katılmalarının kanuna aykırı olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca doktrinde bu konuda, başka ortaklıklara katılma için işgal konusu ile sıkı sıkıya bağlantı kurulmaması ve geniş bir yorumla her somut olayın özelliklerine göre durumun değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş²² de bulunmaktadır. Kanaatimizce bu görüşün benimsenmesi, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilmesi açısından yerinde olacaktır.

1.3.1.1. Hakimiyet İlişkisinin Kurulması

Sermayeye katılım yolu, özellikle anonim ortaklıklar bakımından ortaklık üzerinde etkin olmanın en kolay yoludur²³. Burada önemli olan husus, pay ediniminin ortaklığın genel kurulunda hakimiyet sağlayıp sağlamadığıdır. Ortaklık genel kurulunda kontrol elde edilmesi, yönetim ve denetimin yanı sıra, ortaklığın ekonomik faaliyetleri üzerinde de hakimiyet sağlamaktadır.

1.3.1.1.1. Oy Çokluğuna Sahip Olmak

Anonim ortaklıklarda, genel kurulda oy çokluğunun bir pay sahibinde bulunması durumunda, bu kimsenin ortaklığın üç organından biri olan genel kurula hakim olmasından söz edilir.

Genel kurulun devredilemeyen yetkilerinden birisi, yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve azlıdır (TTK md. 312 f.1, 316 f.1)²⁴. Genel kurula hakim olunması, yönetim kurulu üyelerini her zaman azletme imkanını da beraberinde getireceğinden, yönetim kurulu üyeleri genel kurula hakim olan pay sahibinin istekleri doğrultusunda hareket etmeye zorlanmış olacaklardır.

²⁰ Yargıtay 11. HD'nin 09.05.1980 tarih ve E.1484, K.2552 sayılı kararı için bkz. TEKİNALP, Ünal: Ticaret Ortaklıklarının İşletme Konuları İle İlgili Olmayan Ortaklıklara Katılıp Katılmayacakları Sorunu Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. Der., C.XXVIII, s.424.

²¹ ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s.115.

²² TEKİNALP, İşletme Konusu, s.423-426.

²³ Bu bölüm itibariyle diğer hukuki yapılarıdaki işletmeler açısından da uygulama kabiliyeti olan bağlı işletmelere ilişkin kavramlar, çalışmanın amacı çerçevesinde esas itibariyle anonim ortaklıklar açısından ele alınacak ve değerlendirilecektir.

²⁴ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.307, 365.

Bir ortaklıkta oy çokluğuna sahip olmanın olağan şekli, sermayeyi temsil eden payların çoğunluğuna sahip olmaktır. Ancak, hangi orandaki çoğunluğun hakimiyeti de beraberinde getirdiğini somut olayın özelliklerine göre belirlemek gerekmektedir.

Sermayenin geniş kitlelere yayılmış olduğu halka açık anonim ortaklıklarda, özellikle küçük pay sahiplerinin ortaklık faaliyetlerine karşı ilgisiz kalmaları yahut zaman kaybı veya masraf gibi nedenlerle genel kurula katılmalarının mümkün olmaması, sermayenin yarısından fazlasına sahip olmadan ortaklığı hakimiyet altına alma imkanını getirmektedir. Aslında hakimiyet altına girmeyecek bir sermaye dağılımına sahip halka açık anonim ortaklıklar açısından ortaya çıkan ve küçük pay sahipleri aleyhine olan bu durumun giderilmesi, pay sahiplerinin genel kurula etkin bir şekilde katılarak oy kullanmalarının sağlanması ile mümkündür²⁵. Bu şekilde bir etkin katılım ise, pay sahiplerinin oylarını genel kurula katılmadan vekil aracılığıyla, mektup ile, telefon veya elektronik oy kullanımı gibi teknolojik imkanlardan yararlanmak suretiyle kullanmalarının sağlanmasını gerektirmektedir. Türk hukukunda, genel kurula katılmadan oyların kullanılması yöntemi olarak vekaleten oy kullanmaya ilişkin TTK'nda genel, Sermaye Piyasası Mevzuatında (SPKr'nun Seri:IV, No:8 sayılı Tebliği) ise halka açık anonim ortaklıklar açısından ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Ancak, hileli işlemlerin önlenmesi amacıyla halka açık anonim ortaklıklar açısından getirilen düzenlemeler vekaleten oy kullanmayı zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, gerekli hukuki alt yapı oluşturularak genel kurula katılmayan pay sahiplerinin teknolojik olanaklardan yararlanmak suretiyle oy kullanmalarının sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir. Ayrıca, doktrinde mektupla oy verme yönteminin halka açık anonim ortaklıklarda gerekli tedbirlerin alınması kaydıyla uygulanabileceği belirtilmektedir²⁶.

Öte yandan, bir grup pay sahibinin ortaklık yönetiminde etkin olmak amacıyla, oy hakkının belirli bir yönde kullanılması, kısmen veya tamamen kullanılmaması veya

²⁵ OECD nezdinde 1998 yılında standart işletme yönetim ilkelerinin belirlenmesi amacıyla oluşturulan ad hoc komite tarafından hazırlanan İşletme Yönetimi Rehberi Taslağının (Draft OECD Corporate Governance Guidelines) beş ana başlık altından toplanan ilkelerinden biri olan "Pay sahiplerinin hak ve yükümlülükleri" arasında, pay sahiplerine oylarını genel kurula katılmadan kullanma ve bu oyların genel kurula katılarak kullanılan oylar ile eşit olarak değerlendirilmesi gereği vurgulanmıştır. <http://www.oecd.org/daf/governance/principles-ger>

²⁶ ÇEKER, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s.186.

çekimser kalınması taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri yapmak suretiyle, oy çoğunluğuna ulaşarak²⁷ hakimiyet sağlamaları mümkündür²⁸.

Pay sahiplerinin genel kurulda kendilerini temsilen nasıl oy kullanılacağı konusunda temsil belgesi doldurarak talimat vermeleri esasına dayanan çağrı yoluyla vekalet toplanmasında (proxy sistemi) da, ortaklık yönetimini ele geçirmeyi sağlayacak gündem maddelerine ilişkin oylarını hangi yönde kullanacakları hususunda özellikle küçük pay sahiplerinin yönlendirilmesi²⁹ suretiyle de, yönetimde hakimiyet sağlanabilmektedir. Ortaklık yönetimine ilişkin bu gaye nedeniyle, çağrı yoluyla vekalet toplanmasında küçük pay sahiplerinin yanlış yönlendirilmelerinin önlenmesi için, doğru bilgi sahibi olmalarını sağlayıcı düzenlemelerin varlığı büyük önem taşımaktadır. Nitekim, halka açık anonim ortaklıklar açısından SPK'nun Seri:IV, No:8 sayılı Tebliği'nin 13 üncü maddesinde, çağrı yoluyla vekalet toplanmasında kamuyu aydınlatma ve bilgi verilmesine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir.

Son olarak, oyda imtiyazlı payların varlığı halinde de, az miktarda sermaye katılımı ile ortaklık genel kurulunda oyda çoğunluk sağlamak suretiyle, hakimiyet kurulmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

1.3.1.1.2. Organ Üyeliklerinde Temsil Edilme Hakkına Sahip Olmak

Anonim ortaklıklarda organ üyelerinin seçimi ve azlinin genel kurulun devredemeyeceği yetkilerden olması nedeniyle, seçim ve azlin üçüncü bir kişinin teklifine veya iznine bağlanmasına dair esas sözleşme hükümleri, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturduğundan geçersizdir³⁰.

Öte yandan, TTK md. 401 hükmü gereğince esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yönetim kurulu üyeliği ve denetçilik seçimi hususunda belli bir grup paya imtiyaz tanınabilir. Bu imtiyazda özellik arz eden husus, imtiyazın her paya ayrı ayrı değil belli bir gruba tanınmış olmasıdır. Pay grubu adayını birlikte belirleyerek önermek

²⁷ MOROĞLU, Erdoğan: Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara 1996, s.4 vd.; ÇEKER, s.233 vd.

²⁸ Halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerine çağrıda bulunarak oy sözleşmesi yapılması durumunda, SPK'nun Seri:IV, No:8 sayılı Tebliği'nin çağrı yoluyla vekalet toplanmasına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır (Tebliğ md.11).

²⁹ ÇEKER, s.181.

³⁰ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.155.; KENDİGELEN, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s.229.

zorundadır³¹. Genel kurul, bu grubun önerdiği adaylar arasından seçim yapmak zorundadır, bir başka deyişle imtiyazlı grubun seçimi genel kurulu bağlamaktadır³².

Dolayısıyla, esas sözleşme ile organ üyeliğine aday gösterme hususunda belli bir grup paya imtiyaz tanınması halinde de, bu pay grubuna sahip kimsenin ortaklıkta hakimiyet sağlaması mümkündür. Türk hukukunda denetçilerin, ortaklık yapısı içerisinde etkin bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu nedenle, ortaklığa hakim olunabilmesi yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazına sahip olunmasını gerektirir.

1.3.1.2. Fiili Bağlı İşletmelerde Bağımlılığın Oluşum Biçimleri

Bir işletmenin diğer bir işletmenin sermayesine katılımı yoluyla hakimiyetin sağlandığı fiili bağlı işletmeler, uygulamada değişik şekillerde kaşımıza çıkmaktadır.

Fiili bağlı işletmelerde, hakim işletmenin bağımlı işletme üzerindeki yönetim gücünün yoğun olarak kendini gösterip göstermemesine göre, adi veya fevkalade bağlı işletme şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım, bağlı işletmelere ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemenin bulunduğu Alman hukuku açısından anlam ifade etmektedir. Zira, sevk ve idare gücünün yoğun olduğu bağlı işletmelerde, bağımsız (dışarıda kalan) ortaklar ile alacaklıların korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin yetersiz kalması, Alman doktrininde (fevkalade bağlı işletmeler açısından) mahkeme içtihatlarına dayanan bağlı işletmeler hukukundan yararlanılması ihtiyacını doğurmuş ve bu şekilde bir ayırma gidilmiştir³³. Dolayısıyla, böyle bir ayırımın yapılması, bağlı işletmelere ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemenin bulunmadığı İsviçre hukukunda³⁴ olduğu gibi, Türk hukukunda da gerekli değildir.

Bu çerçevede, çalışmamızda ana hatları ile APOK § 16-19 hükümlerinde yer alan tek yönlü iştirak, konzern ve karşılıklı iştirak ayırımı benimsenmiştir.

1.3.1.2.1. Tek Yönlü İştirak

Bir işletmenin, hukuken bağımsız bir başka işletmenin oy veya sermaye çoğunluğuna sahip olmasına iştirak (katılma) denilmektedir.

³¹ Münferit paya değil bir pay grubuna tanınan üstün hakkın imtiyaz olduğu ve bu hakkın teker teker her bir paya değil grubun tamamına verildiği Yargıtay TD'nin 25.01.1972 tarih ve E.4383, K.356 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.436.

³² KENDİGELEN, s.226.

³³ EMMERICH/SONNENSCHIN, s.26, 341 vd.

³⁴ HANDSCHIN, s.22-23.

Alman hukukunda, oy veya sermaye çoğunluğuna sahip olunması, APOK § 16'da "çoğunluk iştiraki" olarak tanımlanmıştır. Anılan düzenlemede, katılan işletmeye "çoğunlukla katılan işletme", katılınan işletmeye ise "çoğunluğun hakimiyetindeki işletme" adı verilmektedir. Maddede çoğunluk tanımlanmamış olmakla birlikte, sermaye ve oy toplamının %50'sinin aşılması, çoğunlukla katılımın kabulü için şart ve yeterlidir³⁵ ³⁶. APOK § 17'de ise, bir işletme diğer bir işletme üzerinde hakimiyet sağlayacak şekilde doğrudan veya dolaylı etkide bulunabiliyorsa, bunların bağımlı ve hakim işletmeler olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, kanun hakimiyetin hangi şekilde kurulacağını öngörmemiştir. Önemli olan, başka bir işletmeyi kendi isteklerine tâbi kılmaktır³⁷. Bu bağlamda, yönetim imtiyazına sahip olmak, hakimiyet sözleşmesinin³⁸ yapılmış olması gibi durumlarda, sermaye ve oy çoğunluğuna sahip olmadan hakimiyet sağlanması mümkündür. Ancak, en çok karşılaşılan hakimiyet sağlama yöntemi sermayeye çoğunlukla katılımıdır.

Dolaylı etkiden çıkarılacak önemli sonuçlardan biri de, ana işletmenin iştirakinin diğer bir işletmeye iştirak etmiş olması ve bunların hakimiyet sağlayacak düzeyde bulunması durumunda, en son düzeyde iştirak edilen işletmenin de ana işletmenin hakimiyeti altında olduğudur³⁹.

Çoğunluğa sahip olmadan hakimiyetin kurulabileceği diğer bir durum ise, sermayenin geniş kitlelere yayıldığı halka açık anonim ortaklıklarda kendini göstermektedir. Bu ortaklıklarda, küçük pay sahiplerinin genel kurula katılımının düşük olması nedeniyle, sermayenin veya oyların yarısından fazlasına sahip olmadan ortaklığı hakimiyet altına alma imkanı bulunmaktadır. Ayrıca, 4487 sayılı Kanun ile SPKn'nun 11 inci maddesinde yapılan değişiklik ile, halka açık anonim ortaklıkların TTK'nun 388 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı hususlar⁴⁰ için yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça TTK'nun 372 nci maddesindeki adi toplantı nisaplarının uygulanacağı öngörülmüştür. Bu değişiklik ile,

³⁵ AYTAÇ, Konzernrecht, s.36.

³⁶ APOK § 17 f.2'de, APOK § 16'da düzenleme konusu yapılan çoğunluk iştiraki açısından, çoğunluk hakimiyetindeki işletmenin, çoğunlukla katılan işletmeye bağımlı olduğu karinesi getirilmiştir. Bu karinenin, Türk hukukunda da kabulü gerektiği düşünülmektedir.

³⁷ AYTAÇ, Konzernrecht, s.45.

³⁸ Bkz. aşağıda Bölüm 1.3.2.2.

³⁹ EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, s.54, 60.

⁴⁰ TTK'nun 388 inci maddesinin 2 nci fıkrasında ortaklığın mevzuunun ve türünün değiştirilmesine; 3 üncü fıkrasında ise diğer esas sözleşme değişikliklerine ilişkin kararlar için ağırlaştırılmış nisaplar getirilmiştir.

halka açık anonim ortaklıklarda esas sözleşme değişiklikleri kolaylaştırılmış olup, çoğunluğa sahip olmayan pay sahiplerinin ortaklık üzerinde hakimiyet kurmaları imkanı da artmıştır.

1.3.1.2.1.1. Türk Hukukunda Tek Yönlü İştirake İlişkin Düzenlemeler

1.3.1.2.1.1.1. Genel Olarak

Türk hukukunda, tek yönlü iştirake ilişkin olarak genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Alman hukukuna ilişkin olarak yukarıda yer verilen hükümlerin, iştirak halindeki işletmeler arasında bağımlılık ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti açısından benimsenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, Türkiye’de işletmeler arasındaki bağımlılığın kurulması için neredeyse tek yöntem olarak, bir işletmenin diğerine iştirakinin kullanılması, uygulamaya açıklık getirilmesi açısından karşılaştırmalı hukuktan yararlanmayı gerekli kılmaktadır.

Türk hukukunda iştirak kavramına, 4672 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (md.7) ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki KHK (md.2 f.6) gibi kanunlarda, bunların uygulama alanları ile bağlantılı olarak yer verilmiştir.

1.3.1.2.1.1.2. Sermaye Piyasası Mevzuatı

1.3.1.2.1.1.2.1. Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Düzenleme

2499 sayılı SPKn’nun 558 sayılı KHK ile değişik 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (s) bendinin verdiği yetkiye dayanılarak SPK tarafından çıkartılan Seri:IV, No:13 sayılı Tebliğ’de, halka açık anonim ortaklıkların iştirak sınırlarına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Tebliğ’in 2 nci maddesinde “iştirak”, halka açık anonim ortaklıkların, bedelsiz olarak elde edilenler dahil, amacı ve elde tutma süresi ne olursa olsun bir başka ortaklığın sermayesini temsil eden payları edinmeleri şeklinde tanımlanmıştır⁴¹. Tebliğ’in 3 üncü maddesinde ise halka açık anonim ortaklıkların iştirak sınırları düzenlenmiştir.

Ancak, Tebliğ’in dayanağı olan 558 sayılı KHK’nin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine, SPK’nca Tebliğ’in uygulanmayacağına dair 15.04.1996-19.04.1996 tarih ve

⁴¹ Diğer bir ortaklıkta pay edinimine dayanan bu tanım, çoğunlukla katılım veya hakimiyet sağlama unsurlarını içermediğinden, bağlı işletmeler hukukunun düzenleme alanına ilişkin değildir.

1996/16 sayılı SPKr Haftalık Bülteninde yayımlanan bir ilke kararı alınmıştır. Anılan KHK'nin halka açık anonim ortaklıklara ilişkin olarak verdiği yetki, SPKn'nda değişiklik yapan 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun'da yer almadığından, mevcut durum itibariyle SPKr'nun halka açık anonim ortaklıkların iştirak sınırlarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.

1.3.1.2.1.1.2.2. Sermaye Piyasası Kurumlarına İlişkin Düzenleme

SPKr'nun Seri:VI, No:4 sayılı Tebliği'ne göre yatırım ortaklıkları, hiçbir şekilde hisse senetlerini satın aldıkları ortaklıkların sermayesine ve yönetimlerine hakim olma amacı güdemez (md. 3 f.2) ve hiçbir ortaklıkta sermaye ve oy haklarının %9'undan fazlasına sahip olamazlar (md. 18/(a)). Gayrimenkul yatırım ortaklıkları açısından da geçerli olan bu düzenlemede yer alan %9 oranı, bu ortaklıklar açısından %5 olarak belirlenmiştir (Seri:VI, No:11 sayılı Tebliğ md. 26). Anılan düzenlemelerde ifade edilen iştirak, APOK § 16 ve § 17 anlamında çoğunlukla katılım ve hakimiyet sağlama unsurlarını içermektedir.

Risk sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin olarak da Seri:VI, No:10 sayılı Tebliğ'de, ortaklığın sermayesinde %10'dan fazla paya sahip olan ortakların, yönetim kurulu üyelerinin ve genel müdürün ayrı ayrı ya da birlikte sermayelerinin %10'undan fazlasına sahip oldukları ortaklıklara esas sözleşmelerinde hüküm olmadıkça yatırım yapamayacakları; ayrıca, bu ortaklıkların sermayelerinin ve oy haklarının %5'inden fazlasına sahip olamayacağı düzenlenmiştir (md. 17).

Öte yandan, Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ'de aracı kurumların bir ortaklıkta %10 veya daha fazla paya sahip olmaları, ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarına katılmaları, genel kurullarda asaleten oy kullanmaları veya iktisap ettikleri hisse senetlerini bir yıldan uzun sürede elden çıkarmamaları iştirak olarak kabul edilmiştir (md. 59). Ayrıca, halka arza aracılık yetki belgesine sahip olanlar dışındaki aracı kurumlar, aksi ilgili mevzuatta belirtilmedikçe, yalnızca banka, aracı kurum, kıymetli maden aracı kurumu, sigorta şirketi, portföy yönetim ve yatırım danışmanlığı şirketleri, yatırım ortaklıkları, özel finans kurumu, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketi gibi mali kuruluşlar ile SPKr'nca izin verilmesi halinde faaliyet konuları ile doğrudan ilgili şirketlere iştirak amacıyla ortak olabilirler. Tebliğ'in 60 ıncı maddesi uyarınca ise, aracı kurumların bedelsiz olarak edindikleri hisseler dahil, yapabilecekleri iştirakler toplamı

özsermayelerinin %25'ini aşamaz ve bu sınır halka arza aracılık ve yatırım danışmanlığı yetki belgelerinin ikisine birden sahip aracı kurumlar için %50'dir.

1.3.1.2.2. Konzern

Bağlı işletmeler hukukunun temel kavramlarından bir diğeri "konzern"dir. Buradaki anlamı ile konzern doktrinde "dar anlamda konzern" olarak ifade edilmektedir⁴². Zira, "konzern" kavramı uygulamada genelde geniş anlamı ile, "bağlı işletmeleri" ifade etmek üzere de kullanılmaktadır⁴³.

Dar anlamda konzern, APOK § 18'de düzenlenmiş olup, hakim bir işletme ile bir veya daha fazla sayıdaki bağımlı işletmenin müşterek sevk ve idare altında toplanmasını⁴⁴ ifade etmektedir. Yasanın tanımlamadığı müşterek sevk ve idarenin, sermayeye iştirakin yanı sıra hakimiyet sözleşmesinin bulunması veya anonim ortaklıkların bütünleşmesi suretiyle de oluşması mümkündür. Bununla birlikte, Türk hukuku açısından çok sayıda işletmenin ortak bir yönetim altında toplanması, esas itibarıyla sermayeye iştirak edilerek hakimiyet kurulması şeklinde kendini gösterdiğinden, konzerne fiili bağlı işletmeler başlığı altında yer verilmiştir.

Konzern oluşumlarında, ortak yönetim altındaki işletmelere "konzern işletmeleri" adı verilmektedir. Konzern idaresi (hakim işletme) tüm işletmelerin iş politikalarını ve diğer sorunlarını karara bağlamaktadır. Bu açıdan, Türkiye'de "holding" ve "şirketler topluluğu" olarak ifade edilen gruplar, bir konzern meydana getirmektedirler.

1.3.1.2.3. Karşılıklı İştirak

Karşılıklı iştirak, ortaklıkların karşılıklı olarak birbirlerinin sermayelerine katılmalarını ifade etmektedir. Bu katılma, doğrudan veya araya başka ortaklıkların girmesi suretiyle, dolaylı şekilde kurulabilmektedir.

Türk hukukunda karşılıklı iştirakin tanımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu şekildeki bağımlılık ilişkisi, Almanya'da 1965 tarihli APOK ile yasal zemine oturtulmuştur⁴⁵. APOK § 19 uyarınca karşılıklı iştirak, merkezi ülkede bulunan

⁴² AYTAÇ, Konzernrecht, s.171.

⁴³ AYTAÇ, Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü, Batider, C.VIII, S.4, s.100.

⁴⁴ Maddede, ortak bir yönetim altında toplanan çok sayıda işletmeden hiçbirinin diğerleri üzerinde sevk ve idare gücünün bulunmadığı eşit düzey konzern de tanımlanmıştır. Ancak, bu şekildeki konzernlerin Almanya'da dahi uygulaması fazla değildir. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.82.

⁴⁵ AYTAÇ, Konzernrecht, s.60.

sermaye ortaklıklarının sermayelerinin %25'ini aşacak şekilde karşılıklı olarak katılmaları durumunda söz konusu olmaktadır. Yasa diğer fiili bağlı işletmelerden farklı olarak burada tarafların sermaye ortaklığı olması şartını getirmiştir. Buna göre, örneğin taraflardan birinin şahıs ortaklığı olması durumunda, karşılıklı iştirak söz konusu olmayacak, ancak çoğunlukla katılım (APOK § 16) veya bağımlılık (APOK § 17) hükümleri uygulanabilecektir⁴⁶. Karşılıklı iştirak sayılmayan böyle bir durumda dahi, bağlı işletmelere ilişkin diğer müesseselerin uygulanabilmesinin, özellikle bağımlı işletme konumunda olan anonim ortaklıklarda azınlık pay sahipleri ile alacaklıların korunması açısından önem arz ettiği düşünülmektedir.

Türk hukukunda karşılıklı iştirak, TTK'nun pay sahiplerinin ortaklığa koydukları sermayeyi geri isteyemeyeceklerine dair 405 inci maddesinin 2 nci fıkrası ve ortaklığın kendi paylarını iktisabını yasaklayan 329 uncu maddesi çerçevesinde tartışılmıştır⁴⁷.

Karşılıklı iştirakte ortaya çıkan en büyük sorun, ortaklıkların karşılıklı olarak birbirlerinin paylarına sahip olmaları dolayısıyla, yönetimlerinin kendi genel kurullarında kontrolü sağlamalarıdır⁴⁸. Nitekim, İsv.BK'nda 1992 yılında yapılan revizyonda bu durum dikkate alınarak, bağımlı ortaklığın hakim ortaklığın paylarını iktisap etmesi, hakim ortaklığın kendi paylarını iktisabı olarak kabul edilmiştir (İsv.BK md. 659b)⁴⁹. Türk hukukunda bulunmayan bu düzenleme ile, İsviçre hukukunda anılan paylara bağlanan oy haklarının donması (İsv.BK md. 659a) açık yasal düzenleme ile sağlanmış bulunmaktadır.

Karşılıklı iştirakin özellikle ortaklık alacaklıları açısından yarattığı diğer bir sakınca ise, aynı sermayenin karşılıklı olarak kullanılması ile ortaklıkların gerçeğin üzerinde bir değere (köpük sermaye) sahip gözükmesidir. Aynı sermayenin iki ortaklık arasında defaten kullanılması, esas olarak dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında ortaklıkların rüçhan haklarını kullanmaları halinde ortaya çıkmaktadır. Alman doktrininde, karşılıklı iştirake ilişkin bu gibi durumlarda APOK § 396'nın uygulama alanı

⁴⁶ AYTAÇ, Konzernrecht, s.62.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYTAÇ, Konzernrecht, s.171-173.; BALİOĞLU, Dilek: Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirak, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Tezi, Ankara 2000, s.18 vd.

⁴⁸ HANDSCHIN, s.160.

⁴⁹ İsviçre'de 1992 değişikliğinden önce, hakim ortaklığın bağlı ortaklık aracılığı ile kendi paylarını iktisabı somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması veya haksız fiil olarak değerlendirilmiştir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, bağlı işletmeler hukukuna ilişkin az sayıdaki kararlarından birinde, bir bağlı ortaklığın iktisap ettiği hakim ortaklık paylarına ilişkin oy haklarının hakim ortaklığın genel kurulunda kullanılamayacağına hükmetmiştir (BGE 72 II 275). HANDSCHIN, s.160 dpnt.3, 161 dpnt.5.

bulacağı belirtilmektedir⁵⁰. Anılan madde uyarınca, ortaklık yöneticilerinin hukuka aykırı davranışları ile kamu düzenini bozmaları ve bu yöneticilerin ortaklıkça azledilmemesi durumunda, yetkili kamu otoritesince ortaklığın tasfiyesi mahkemeden istenebilmektedir.

1.3.2. Sözleşmeye Dayalı Bağlı İşletmeler

Bağlı işletmeler, yalnızca katılmalar sonucunda değil, bir sözleşmeye dayalı olarak da doğabilirler. Bu tür sözleşmeler, bir hakimiyet ilişkisi kurarak, hakim olan işletmeye bağlı ortaklığın belirli işlevlerine doğrudan etki etme gücü vermektedir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, ortaklık esas sözleşmesi ile kurulamayan bir bağımlılığın iki taraflı sözleşmelerle de oluşturulamayacağıdır. Bu bağlamda, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırı olan (Örneğin genel kurulun münhasır yetkilerinin üçüncü bir şahsa devri) sözleşmeler geçersizdir (BK md. 19, 20). Emredici hükümlere değil, ancak ortaklık esas sözleşmesine aykırı düşen ve bundan doğan hakları ihlal eden sözleşmeler ise geçerli olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır⁵¹.

Alman hukukunda, bir anonim ortaklığın veya paylı komandit ortaklığın diğer bir işletmenin sevk ve idaresi altına girdiği sözleşmelere "işletme sözleşmeleri" adı verilmektedir. Bu sözleşmelerin türleri APOK § 291-292'de; kuruluşu, değiştirilmesi ve sona ermesi APOK § 293-299'da; bağlı ortaklığın ve alacaklıların korunması APOK § 300-303'de; bağlı ortaklıktaki bağımsız (dışarıda kalan) ortakların korunması ise APOK § 304-307'de düzenlenmiştir.

Türk ve İsviçre hukukunda ise, bu tür sözleşmelere ilişkin yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla esas sözleşmede belirlenen amaç çerçevesinde sözleşmeler yapılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak, İsviçre'de⁵² olduğu gibi, Türkiye'de de yasal boşluk nedeniyle, uygulamada bu tür sözleşmelere yok denecek kadar az rastlanmaktadır. Bununla birlikte, yasal boşluktan yararlanarak özellikle sevk ve idare gücünün kullanımı bakımından, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerinin iki taraflı sözleşmeler yoluyla

⁵⁰ EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.107.

⁵¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.164.

⁵² HANDSCHIN, s.22.

dolanılması mümkün olabileceğinden, işletme sözleşmelerinin hangi şekillerde karşımıza çıkabileceğinin belirlenmesinde fayda vardır.

1.3.2.1. Hakimiyet Sözleşmesi

Hakimiyet sözleşmeleri, hukuken bağımsız iki işletmeden birinin diğerinin sevk ve idaresi altına girdiği, talimat verme hakkını beraberinde getiren sözleşmelerdir.

Alman hukukunda APOK § 291 uyarınca, bu sözleşme ile bir anonim ortaklık veya paylı komandit ortaklık diğer bir işletmeye bağlanmakta, onun sevk ve idaresi altına girmektedir. Hakimiyet sözleşmesinde hakim işletme, konzern çıkarları için bağlı ortaklığa onun zararına olabilecek talimatlar verme hakkına sahip kılınmıştır. Hakim işletmeye bu şekilde geniş bir hak tanındığından, APOK sözleşmenin oluşumundan sona ermesine kadar ayrıntılı düzenlemeler getirdiği gibi, bağımlı ortaklığın, dışarıda kalan pay sahiplerinin ve alacaklıların haklarının korunmasını sağlayacak birçok tedbiri de beraberinde öngörmüştür⁵³.

Türk ve İsviçre hukukunda ise bu tür bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, hakimiyet sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin olarak genel hükümlere müracaat etmek gerekmektedir. Genel hükümler çerçevesinde bakıldığında ortaya çıkan meselenin, bir anonim ortaklığın faaliyetlerinin üçüncü bir şahsın talimatlarına tabi kılınıp kılınmayacağı olduğu anlaşılmaktadır.

TTK'nun 137 nci maddesi uyarınca ortaklıklar esas sözleşmelerinde yazılı işletme konusu çerçevesinde her türlü işlemi yapabileceklerdir. Dolayısıyla, bir ortaklığın amacı esas sözleşme ile başka bir işletmeye bağımlı olarak ve/veya onun çıkarları doğrultusunda faaliyet göstermek olarak belirlenebilir⁵⁴. Ancak, Türk hukukunda dışarıda kalan pay sahiplerinin haklarını koruyucu özel bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, bir ortaklığın kuruluşundan sonra işletme konusunun bağımlılığa imkan verecek şekilde değiştirilebilmesi için, tüm pay sahiplerinin rızasının gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁵.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.169-170.; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.255 vd.; AYTAÇ, Konzernrecht, s.75-82;

⁵⁴ AYTAÇ, Konzernrecht, s.217.

⁵⁵ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.173.; İsviçre hukukundaki aynı görüş için bkz. PLANTA, Flurin von: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, s.25 vd.

1.3.2.2. Kârın Devri Sözleşmesi

Kârın devri sözleşmesi, bir işletmenin tüm kazancının bir başka işletmeye devrinin taahhüt edildiği sözleşmelerdir.

Alman hukukunda, APOK § 291 uyarınca kârın devri sözleşmesi, bir anonim ortaklık veya paylı komandit ortaklığın tüm kazancını bir başka işletmeye devretme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerdir. Aynı hükme göre, ortaklığın işletmesini diğer bir işletmenin hesabına çalıştırmayı taahhüt ettiği sözleşmeler de kârın devri sözleşmesi olarak kabul edilirler. APOK, hakimiyet sözleşmesinde olduğu gibi, bu sözleşmede de ortaklığın, alacaklıların ve dışarıda kalan pay sahiplerinin haklarını güvence altına alan çeşitli hükümler getirmiştir.

İsviçre ve Türk hukukunda, kârın (tam veya kısmen) devrine ilişkin sözleşmelerin yapılmasının hukuken mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ancak, TTK md. 455 gereğince bu husustaki bir hükmün ortaklık esas sözleşmesinde yer alması gerekmektedir. Aksi halde, pay sahipleri kâr payı devrine olanak veren sözleşmenin dayandığı genel kurul kararının iptalini (TTK md. 381) isteyebilir ya da sözleşmeyi imzalayan yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası (TTK md. 320) açabilirler⁵⁶.

Diğer yandan, doktrinde TTK md. 271 hükmü karşısında kârın tamamen devrine ilişkin sözleşmelerin Türk hukukunda yapılmasının mümkün olamayacağı da savunulmaktadır⁵⁷. Konuya özellikle halka açık anonim ortaklıklar açısından bakıldığında, Türk hukukunda Alman hukukundaki gibi koruyucu düzenlemeler getirilmemiş olduğundan, ortaklık kârının üçüncü bir kişiye devrinin küçük pay sahiplerinin aleyhine sonuçlar doğuracağı görülmektedir.

1.3.2.3. Diğer Sözleşmeler

Hakimiyet ve kârın devri sözleşmelerinin yanı sıra, APOK § 292'de diğer işletme sözleşmeleri olarak kârda birlik, kısmi kârın devri, işyerinin kiralanması ve işyerinin devri sözleşmeleri öngörülmüştür. APOK, bu tür sözleşmeleri taahhüt altına giren ortaklığın başka bir işletmeye bağımlılığını doğurmayan ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler

⁵⁶ AYTAÇ, Konzernrecht, s.181 vd., 218 vd.; von PLANTA, Konzerngesellschaft, s.101.

⁵⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.167.

olarak görmüştür⁵⁸. Bu nedenle, hakimiyet ve kârın devri sözleşmelerinde olduğu gibi, ortaklığı, alacaklıları ve dışarıda kalan pay sahiplerinin haklarını koruyan hükümler bu sözleşmelerde uygulanmamaktadır⁵⁹. Bağımlılık ilişkisi kurulmamasına rağmen, kanunun bu tür sözleşmeleri de düzenlemesindeki amaç, işletme sözleşmelerinin kuruluşunu, değiştirilmesini ve sona ermesini düzenleyen APOK § 293-299 hükümlerinin bu sözleşmeler hakkında da uygulanmasını sağlamaktır.

Türk anonim ortaklıklar hukukunda, kârda birlik sözleşmesi⁶⁰ ile işletmenin devri-kiralanması⁶¹ sözleşmelerinin yapılabileceği kabul edilmektedir. Anılan sözleşmelere, BK'nun genel hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁶². Alman hukukunda, bu sözleşmelere ilişkin olarak ortaklığın, alacaklıların ve pay sahiplerinin haklarını güvence altına alan hükümler uygulanmadığından ve diğer hukuk sistemlerinde de bu tür işletme sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler bulunmadığından, söz konusu sözleşmelerin ayrıntılarına çalışmamızda yer verilmemiştir.

1.3.3. Bütünleşme (İlhak)

Bütünleşme, ilk kez Alman hukukunda, daha önce ortaklıklar hukuku alanında bir örneği olmadan anonim ortaklıklar bakımından, APOK § 319-320 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bağlı işletmelerin katılma yoluyla gerçekleştirilen en yoğun şekli oluşturduğu bu tür, ekonomik anlamda birleşmeye yaklaşmaktadır. Ancak, birleşmeden farkı bütünleşen ortaklıkların hukuki bağımsızlıklarını muhafaza etmeleridir. Bütünleşme ile ortaklıklar, ekonomik olarak en sıkı şekilde birbirine bağlanmanın avantajları ile birlikte hukuken bağımsız kalmanın avantajlarını birleştirmiş olmaktadır⁶³. Bu özelliklerinden dolayı kanunun kendisine bağladığı sonuçlar, bütünleşmeyi fiili ve sözleşmeye dayanan bağlı işletmelerden ayırmaktadır.

⁵⁸ Bu düşünceye, özellikle işletme devri-kiralanması sözleşmelerinin bağımlı işletmeler arasında yapılacağı ve bu durumda anılan sözleşmelerin bağımlı ortaklığın hakim işletmeye ilhaki imkanını doğuracağı (ancak ilhak hükümlerinin uygulanamayacağı) gerekçesi ile katılmayan görüş için bkz. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.176-177.

⁵⁹ APOK § 300-307 arasında yer alan bu düzenlemelerden sadece APOK § 300 b.2, 301 ve 302 f.2'de, APOK § 292 kapsamındaki sözleşmelerle bağlantılı hükümler bulunmaktadır.

⁶⁰ Kârda birlik sözleşmeleri, bir anonim ortaklığın toplam kârını veya münferit işletmelerinin kârlarını, tamamen veya kısmen başka bir işletmenin kârı ile, ilerde belli bir ölçüye göre paylaşmak amacı ile birleştirmelerinin taahhüt edildiği sözleşmelerdir.

⁶¹ İşletmenin kiralanması sözleşmesi ile bir anonim ortaklık, tüm işletmesinin kullanımını belli bir bedel karşılığında başka bir işletmeye bırakmaktadır. İşletmenin devri sözleşmesinin bundan farkı ise, devralan işletmenin devraldığı işletmeyi kendi hesabına ve fakat devreden ortaklık adına çalıştırmasıdır.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. AYTAÇ, Konzernrecht, s.182-185, 218-221.

⁶³ EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.122.

Bütünleşme tarafların yalnız anonim ortaklık olması durumunda gerçekleşebilir. İki biçimde olabilir: Ortaklığın bütün paylarının gelecekteki ana ortaklığın elinde bulunması (APOK § 319) veya paylarının en az %95'inin ana ortaklığın sahipliğinde bulunması (APOK § 320). Bütünleşmenin gerçekleşebilmesi için, her iki ortaklığın genel kurullarının karar vermesi ve bu kararın sicile kaydedtirilmesi gerekir. Kanun, bütünleşmenin kendine has özellikleri gereği, bağımsız pay sahiplerinin ve alacaklıların haklarının güvence altına alınması için, diğer bağlı işletmelere nazaran daha ağır hükümler sevk etmiştir.

Ortaklıkların bütünleşmesi Türk hukukuna yabancı bir kavramdır. Bu nedenle, ortaklıkların bütünleşmesi ancak genel hükümler çerçevesinde mümkün olabilir. Her iki bütünleşme türü açısından konu incelendiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır: Bir anonim ortaklığın tüm paylarının mülkiyetinin tek bir ortaklıkta bulunması konusu, tek kişi anonim ortaklıkların Türk hukukunda varlığının kabul edilip edilmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Türk ve İsviçre Hukukunda, tek kişi anonim ortaklıklar yasaklanmamıştır. TTK md. 435 uyarınca, ortaklığın pay sahibi sayısı beşin altına düştüğünde ortaklık hukuken kendiliğinden hükümsüz olmamakta, ancak fesih davası açılabilir. Dolayısıyla, fesih davası sonuçlanıncaya ve fesih kararı uyarınca ortaklık sicilden terkin edilinceye kadar, ortaklık varlığını sürdürmektedir⁶⁴. Bundan çıkarılacak sonuç, Türk hukukunda sadece belli bir süre için de olsa ticari faaliyette bulunabilecek tek kişi anonim ortaklığın varlığı imkan dahilindedir. Ancak, tek kişi anonim ortaklığının varlığı fiili bir durumu yansıttığından, TTK'nda böyle bir yapıdaki ortaklık hakkında uygulanmak üzere, Alman hukukunda yer alan bütünleşme benzeri hükümler getirilmemiştir.

Öte yandan, bütünleşmenin diğer türü olan %95 oranında sermayeye katılım esas itibarıyla, yoğun bir çoğunlukla katılım (APOK § 16) türüdür. Türk hukukunda ise, tek yönlü iştirake ilişkin özel düzenleme bulunmamasının doğal sonucu olarak yüksek oranlı iştirakler de düzenleme konusu yapılmamıştır. Diğer taraftan, halka açık anonim ortaklıklar açısından bu konuyla ve diğer tek yönlü katılımlarla bağlantılı olabilecek bir hüküm, SPKn'nun SPKr'nun yetkilerini düzenleyen 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (i) bendinde yer almaktadır⁶⁵.

⁶⁴ Bu görüş için bkz. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.263.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 3.6.

İKİNCİ BÖLÜM

BAĞLI İŞLETMELER HUKUKUNDA ORTAKLARIN BİLGİ ALMA HAKKI VE KAMUYU AYDINLATMA

2.1. Genel Olarak

Anonim ortaklıklarda bilgi alma hakkı, pay sahibine ortaklığın ekonomik ve mali durumunun, egemenlik ilişkilerinin ve çoğunluğa sahip pay sahiplerinin elde ettiği menfaatlerin tam olarak anlaşılması ve bu suretle hakların bilinçli kullanılması amacıyla tanınmıştır⁶⁶. Bilgi alma hakkı sadece oy hakkı ve diğer hakların bilinçli olarak kullanılmasını sağlamakla sınırlı değil, pay sahiplerinin ileride ortaklık organlarının sorumluluğu ve genel kurul kararlarının iptali için yapacakları talebin de esasını oluşturmaktadır⁶⁷. Öte yandan, özellikle halka açık anonim ortaklıklarda, mevcut pay sahipleri sayısının çokluğu ve ortaklığa katılmayı düşünebilecek geniş bir kitlenin varlığı, bilgi alma hakkının genişletilerek "kamuyu aydınlatma ilkesinin" yerleşmesi ihtiyacını doğurmuştur. Kamuyu aydınlatmanın muhatabı, bilgi alma hakkında olduğu gibi sadece mevcut pay sahipleri değil, gelecekteki pay sahipleri, alacaklılar, işçiler ve devlettir⁶⁸. Bu ilkenin temel amacı, anonim ortaklığın faaliyetleri, mali durumu ve sermaye yapısına ilişkin tam şeffaflığın sağlanmasıdır.

Bağlı işletmeler hukukunda ise kamuyu aydınlatma ilkesinin bir sonucu olarak, ortaklığın diğer bir işletme ile bağımlılığına, bu bağımlılığın hangi şekilde kurulduğuna (katılma/sözleşme), ortaklığın bir sermaye grubu içerisindeki konumuna ve bağımlılığın ortaklığın mali durumuna etkisine ilişkin bilgilerin mümkün olduğunca kapsamlı ve çabuk şekilde kamuya duyurulması gerekmektedir. Bu bilgilerin pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına en iyi şekilde ulaşması, ileride söz konusu kişilerin hakim işletmenin ortaklık üzerindeki olumsuz etkisinden kaynaklanan zararlarının karşılanması talebiyle yapacakları başvurularda somut verilere dayanmaları bakımından önemlidir.

⁶⁶ Pay sahiplerine bilgi alma hakkının tanınmasındaki amaçlara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s.21 vd.

⁶⁷ KAYA, s.26.

⁶⁸ TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul 1979, s.25-36; TEKİNALP, Ünal: İşletme İlgililerinin Finansal Bilgi Elde Etme Hakkı, Muhasebe Endüstrisi Dergisi, 1980, S.21-22, s.13-17.

2.2. Pay Sahipliğine İlişkin Şeffaflık

Pay sahipliğine ilişkin şeffaflığın önemi, fiili bağlı işletmeler açısından kendini göstermektedir. Ortaklığın sermaye dağılımına ilişkin bilgilerin kamuya açıklanması, tasarruf sahipleri için önemli olduğu kadar, bizzat ilgili ortaklığın kendi yönetiminin de ortaklık yapısı ve hakimiyet ilişkisi hakkında daha geniş bilgi edinmesine olanak verir.

Pay sahipliğine ilişkin şeffaflığın, ortaklığın pay sahipliği ve ortaklıktaki pay sahipliği şeklinde iki yönlü etkisi bulunmaktadır.

Alman hukukunda pay sahipliğinde şeffaflık anonim ortaklıklara ilişkin olarak düzenlenmiştir. APOK § 20 uyarınca, bir anonim ortaklığın paylarının %25'ini elde eden veya ortaklığa çoğunlukla katılan (APOK § 16) bir işletme, bu durumu ilgili ortaklığa gecikmeden yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Benzer şekilde, APOK § 21 gereğince bir anonim ortaklık, bir işletmenin %25'ine veya çoğunluğuna (APOK § 16) sahip olursa, bu durumu gecikmeden yazılı olarak ilgili işletmeye bildirmek zorundadır. Anılan düzenlemelerde belirtilen pay oranlarının altına düşülmesi durumunda, bu hususta da bildirim yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, kanun gerek anonim ortaklıkta gerekse bir anonim ortaklığın başka bir işletmedeki pay sahipliğine ilişkin şeffaflığı sağlama amacını taşımaktadır. Bildirim yükümlülüğünün en önemli sonucu, bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda söz konusu paylardan doğan hakların bildirim yapılmadığı süre içerisinde kullanılamamasıdır.

Öte yandan, hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar açısından konu, WpHG'un (Alman Kıymetli Evrak Ticareti Hakkında Kanun) 21-30 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. WpHG uyarınca, bildirim ve kamuya açıklanmaya tabi olan bilgiler sermayeye katılım oranları değil, oy hakkı oranlarıdır. Buna göre, WpHG § 21 uyarınca, her kimin merkezi Almanya'da bulunan bir anonim ortaklıktaki oy hakkı toplamı, ortaklığın toplam oy hakkının %5, %10, %25, %50 veya %75'ini aşar yahut bu oranların altına inerse, bu bilginin yedi gün içerisinde yazılı olarak bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

AB hukukunda ise, pay sahipliğinde şeffaflığa ilişkin hükümlere Dokuzuncu Direktif Tasarısının 3 ila 5 inci maddelerinde yer verilmiştir. Anılan düzenlemeler uyarınca, bir gerçek veya tüzel kişi, ortaklık sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olması durumunda, iki hafta içinde sermaye katılım payını ve oy haklarını yazılı olarak ortaklığa bildirmekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra, pay sahipliğinde her %5'lik artış

veya azalma; sermayenin %10, %25, %50 %75 ve %90 eşiklerinin geçilmesi veya bu oranların altına düşülmesi durumlarında da, ortaklık yönetimine bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca, Direktif'in 4 üncü maddesinde APOK'ndaki düzenlemeye benzer şekilde, bildirim yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar ilgili paylardan doğan hakların kullanılamayacağı öngörülmüştür.

Türk hukukunda ise, TTK'nun anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemeleri, ortaklığın sermaye yapısına ve diğer işletmelerdeki katılımları hakkında bilgi verilmesini öngören hükümler içermemektedir. Bununla birlikte, halka açık anonim ortaklıklar açısından SPKn'nun 16/A maddesi ile SPKr'na kamunun aydınlatılmasına ilişkin düzenleme yapma konusunda geniş yetki verilmiştir.

Kanun'un verdiği yetki çerçevesinde, SPKr tarafından çıkartılan Seri:VIII, No:20 sayılı Tebliğ'de, sadece halka açık anonim ortaklıkların pay dağılımındaki değişikliklere ilişkin düzenlemeler getirilmemiştir. Tebliğ, pay dağılımının yanı sıra yönetim kontrolü değişikliğine neden olan diğer hususlar ve ayrıca ortaklığın başka işletmelere iştirakine ilişkin olarak da kamuyu aydınlatma yükümlülüğü öngörmektedir. Bu bağlamda, Tebliğ'in bağlı işletmeler hukuku açısından önemli olan kamuyu aydınlatma yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir:

- Hisselerin sahip olduğu oy haklarında meydana gelen değişiklik veya sermaye piyasası mevzuatı uyarınca vekalet toplanması⁶⁹ veya bir sözleşme nedeniyle veya sair yollarla⁷⁰ yönetimin doğrudan veya dolaylı el değiştirmiş olması,

- Bir gerçek veya tüzel kişinin veya bu gerçek veya tüzel kişi ile birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin, ortaklıktaki, toplam oy hakkının veya sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip olması veya ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermaye payının %10'un altına düşmesi,

- Ortaklığın faaliyet konusunun değişmesi veya yeni konularda faaliyete başlaması⁷¹,

⁶⁹ Oyda imtiyaz ve çağrı yoluyla vekalet toplanarak hakimiyet sağlanmasına ilişkin açıklamalara yukarıda 1.3.1.1.1. Bölümünde yer verilmiştir.

⁷⁰ Oy sözleşmeleri, yönetim imtiyazı, vb.

⁷¹ Bu düzenleme gereğince, esas sözleşmenin iştirak konusu maddesinin değiştirilmesi durumunda, bu hususun kamuya duyurulması gerekir. Böyle bir esas sözleşme değişikliğinin, ortaklığın iştirak konusu arasına 'iştirakin' eklenmesi veya iştirak konusunun genişletilmesi (yeni eklenen alanlarda faaliyet gösteren ortaklıklara iştirak olanağı sağlanması) şeklinde olması, bağlı işletmeler hukuku açısından sonuç doğurur.

- SPKr tebliğleri uyarınca kamuya açıklanan son bilançodaki aktif toplamının en az %10'u oranında iştirakte bulunması veya satış bedeli aktif toplamının %10'unu aşan tutardaki iştiraklerin elden çıkarılması yahut başka bir ortaklığın sermayesinin veya toplam oy hakkının %10'u veya daha fazlasının elde edilmesi veya tutarı yukarıdaki oranın altında kalmakla birlikte faaliyeti önemli ölçüde etkileyecek iştirakte bulunulması veya iştirakin elden çıkarılması,

- Hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıkların yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür yardımcılarını ile sermayenin⁷² %10 veya daha fazlasına sahip ortakların ortaklık hisse senedi alış veya satışlarının toplamının sermayenin %1'ine ulaşması.

Öte yandan, SPKn'nun 16/A maddesinin 2 nci fıkrasında hisse senetleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcılarını ile sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip ortaklarının, malik oldukları anonim ortaklıklara ait hisse senetleri ile ilgili olarak, SPKr'nun kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri, belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde Kurul'a ve ilgili borsalara ve teşkilatlanmış diğer piyasalara bildirmekle yükümlü oldukları öngörülmüştür. Bununla birlikte, SPKr tebliğlerinde anılan hükümde belirtilen hususta bir düzenleme getirilmemiştir. Oysa, özellikle sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip ortakların diğer anonim ortaklıklardaki katılım oranlarına ilişkin bilgilerin kamuya duyurulması, halka açık anonim ortaklığın bir konzern içerisinde yer alıp almadığının anlaşılmasını sağlayacağından, bu konuda bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Ayrıca, SPKr'nun Seri:XI, No:1 sayılı Tebliği'nin 2 numaralı ekinin 'Dipnotlar' başlıklı bölümünde ayrıntılı bilanço dipnotlarında yer alması gerektiği öngörülen ve bağlı işletmeler hukuku açısından önemli olan bilgiler şu şekilde sıralanabilir:

- Sermayenin %10 ve daha fazlasına sahip ortakların isim, pay oranları ve pay tutarları,
- Sermayeyi temsil eden hisse senetlerine tanınan imtiyazlar,
- Ortaklığın, ortakları, iştirakleri ve bağlı ortaklıklarla olan alacak-borç ilişkisi,

⁷² Oranların sermayenin yanı sıra oy hakkına da bağlanmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

- İşletme ile dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisine sahip iştirakler ve bağı ortaklıkların dökümü, iştirakler ve bağı ortaklıklar hesabında yer alan ortaklıkların isimleri ve iştirak oran ve tutarları.

Bunun yanı sıra, Tebliğ'in 53 üncü maddesinde, TTK md. 327 çerçevesinde yönetim kurulu tarafından hazırlanacak yıllık faaliyet raporunda yer alması gereken hususlar öngörülmüş olup, bunlar arasında ortaklık sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olan ortakların adları, paylarının miktar ve sermayedeki oranları da sayılmıştır (Tebliğ Eki 14).

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda SPKn'na tabi anonim ortaklıklar açısından, sadece pay sahipliğinde şeffaflığa ilişkin değil, ortaklık üzerinde yönetim kontrolü değişikliğine neden olan diğer hususlarla ilgili olarak da ayrıntılı kamuyu aydınlatma düzenlemeleri getirilmiş olup, bu düzenlemeler büyük ölçüde yeterlidir. Bununla birlikte, Tebliğ düzenlemelerinde ortaklık pay sahipleri açısından belirlenen oranların, Seri:VIII, No:20 sayılı Tebliğ'in 3/A-(b) hükmü çerçevesinde ortaklık sermayesinin yanı sıra toplam oy hakkına da bağlanmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, SPKr'nun gayrimenkul yatırım ortaklıklarına ilişkin Seri:VI, No:11 sayılı Tebliğ'inin 21 inci maddesinde, ortaklığın yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahipleri lehine sonuçlanabilecek yönetim kurulu kararlarının kamuya açıklanması, ayrıca konunun yapılacak ilk genel kurul gündemine alınarak, diğer ortaklara bilgi verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bağı işletmeler hukuku açısından önemli olan bu hükmün, tüm halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulanacak şekilde düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır.

2.3. Mali Duruma İlişkin Şeffaflık

Bağı işletmeler hukukunda pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ve kamuya aydınlatma ilkesinin diğer önemli bir yanı da, anonim ortaklığın diğer bir işletme ile arasında hakimiyet ilişkisi yaratan bağımlılığının ortaklığın mali durumu üzerine etkileri konusunda yeterli bilgilendirmenin yapılmasıdır.

Alman hukukunda, fiili bağı işletmelere ilişkin olarak APOK § 312 bağımlı ortaklık yönetimine, yıllık olarak hakim işletmeyle olan ilişkileri gösteren bir "bağımlılık raporu" hazırlama yükümlülüğü getirmiştir. Bu raporda, hakim işletmenin tesiri altında yapılan ticari işlerin, bu işlerin ortaklık üzerindeki olumlu-olumsuz etkisinin, olumsuz etkilerle ilgili ne tür tedbirler alındığının ve olumsuz etkinin sonucunda oluşan zararların

giderilip giderilmediğinin gösterilmesi zorunludur. Öte yandan, yönetim kurulu tarafından hazırlanan bağımlılık raporunun denetlenmek üzere gözetim kuruluna⁷³ (APOK § 314) ve bağımsız denetçiye (APOK § 313) sunulması zorunlu olduğu gibi, pay sahiplerinin mahkemeye başvurarak raporun kontrolü için özel denetçi tayini isteme hakları (APOK § 315) mevcuttur. Kanun'un bu şekilde bir düzenlemeye gitmesindeki amaç, bağımsız pay sahiplerinin ve alacaklıların, hakim işletmeye karşı ortaklığın zararlarının karşılanması için yapacakları tazminat taleplerinin somut verilere dayanmasını sağlamaktır. Bununla birlikte, içeriği ve denetimi itibarıyla geniş bir düzenlemeye tabi tutulmuş bulunan bağımlılık raporunun kamuya (pay sahiplerine) duyurulması konusunda bir düzenleme getirilmemiş olması, Alman doktrininde Kanun'un zayıf yanı olarak nitelendirilmektedir⁷⁴.

Diğer yandan, Alman Ticaret Kanunu'na (Alm.TK) ulusal hukukun AB hukuku ile uyumlaştırılması çalışmaları çerçevesinde 1985 yılında Bilanço Yönergesi Kanunu⁷⁵ ile eklenen 3. kitapta⁷⁶, muhasebe hukuku kurallarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Yeni eklenen düzenlemelerden olan Alm.TK § 290-315 inci maddelerinde, konzern faaliyeti içerisinde bulunan sermaye şirketlerinde ana işletmenin yasal temsilcisinin hazırlamakla yükümlü olduğu konsolide mali tablolara⁷⁷ ve konzern faaliyet raporuna ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un § 325 vd. hükümlerinde ise mali tablolar ile diğer belgelerin kamuya duyurulma ve çoğaltılma prosedürü öngörülmüştür.

Türk hukukunda ise, gerek bağlı işletme gerekse bağımlı işletme yöneticilerine, işletmeler arasındaki bağımlılıkla ilgili olarak bir rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmemiş olduğundan, bu alanda büyük bir boşluk söz konusudur. Konsolide mali

⁷³ Alman anonim ortaklıklar hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, ortaklık yönetiminin etkili bir şekilde ve devamlı olarak denetim altında tutulması amacıyla, sevk ve idare fonksiyonu ile temsil yetkisini yönetim kurulu ile paylaşan bir gözetim kurulu oluşturulmuştur. Genel kurul, gözetim kurulu ve yönetim kurulu şeklinde zorunlu üç organı barındıran ve "Gözetim Kurulu Sistemi" olarak adlandırılan bu organizasyon yapısıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Mustafa: Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, *Batider*, C.XI, S.3, s.49-65.

⁷⁴ EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.351-352.

⁷⁵ Bu Kanun ile, Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen 78/660/AET sayılı Dördüncü Direktif (Mali tablolar), 83/660/AET sayılı Yedinci Direktif (Konsolide hesaplar) ile 84/253/AET sayılı Sekizinci Direktifte (Denetim) yer alan düzenlemeler Alman hukukuna yansıtılmıştır. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, s.438.; LUTTER, s.207 vd., 257 vd., 273 vd.

⁷⁶ Alm.TK'na eklenen 3. kitabın Türkçe metni için bkz. ÜLKER, Sema: Alman Bilanço Hukuku, Ankara 1999.

⁷⁷ Konsolide mali tabloların amacı, bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunan ortaklıkları ana ortaklığın unvanı altında tek bir ortaklıkmiş gibi göstererek, topluluğun mali durumu hakkında tasarruf sahiplerine, denetim mercilerine ve ilgili diğer kişilere bilgi vermektir.

tablolarla ilgili olarak ise, halka açık anonim ortaklıklar hakkında uygulanmak üzere SPK tarafından çıkartılan Seri:XI, No:10 sayılı Tebliğ'de düzenlemeler getirilmiştir. Anılan Tebliğ'in 4 üncü maddesi uyarınca, menkul kıymetleri halka arz olunan veya arz olunmuş sayılan anonim ortaklıklar, ana ortaklık veya bağlı ortaklık olarak içinde buldukları topluluğun konsolide mali tablolarını veya bu tablolarda yer alan verileri izahname, sirküler, reklam gibi halka yapılacak her türlü duyuruda kullanmak isterlerse, Tebliğ hükümlerine uygun olarak hazırlanmış konsolide mali tabloları esas almak zorundadırlar. Görüldüğü zere, Tebliğ konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüğünü şarta bağlamıştır. Anılan düzenlemeye karşın, halka açık anonim ortaklıklar açısından kamunun doğru ve yeterli biçimde aydınlatılması ihtiyacının, konsolide mali tablo hazırlama zorunluluğunu beraberinde getirdiği dşnlmektedir.

Sermaye piyasası mevzuatında konsolide mali tablolara ilgili diğer bir düzenleme ise aracı kurumlara ilgili olarak Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ'in 60 ıncı maddesinde yer almaktadır. Anılan madde uyarınca, Kurul, gerekli gördüğü hallerde bir aracı kurumun başka bir aracı kurumda %10 veya daha fazla paya sahip olması, yönetim ve denetim kuruluna katılması, genel kurulunda asaleten oy kullanması veya iki aracı kurumdan birinin diğerini doğrudan ya da dolaylı biçimde yönetimi ve denetimi altında tutması halinde, bu aracı kurumların mali tablo ve raporlarının konsolide edilmesini ve söz konusu aracı kurumların tek bir ticaret unvanı altında birleşmelerini isteyebilir. Aynı maddede, aracı kurumların yurt dışında iştirakleri ve bağlı ortaklıkları olması halinde ise, bu aracı kurumların mali tablo ve raporlarının yılda en az bir kere olmak üzere Kurul'ca belirlenecek bir dönemde konsolide edilmesi ve konsolide mali tabloların uluslararası muhasebe standartları uyarınca bağımsız denetimden geçirilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür. Bu düzenlemeler ile anlaşılacağı, aracı kurumların konsolide mali tablo düzenleme yükümlülükleri belli şartlara bağlanmış ve belli iştiraklerle sınırlanmıştır.

Diğer yandan, bankalar açısından, 4672 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı BankK'nun 15 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında konsolide mali tablo hazırlamak her türlü iştirak ilişkisi bakımından bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda, bankalar gibi piyasalarda güven müesseseleri olarak faaliyet gösteren aracı kurumlar bakımından da, konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüğünün kapsamının genişletilmesi yerinde olacaktır.

Son olarak belirtebileceğimiz diğer bir husus, AB ile gümrük birliği ilişkisi içinde bulunan Türkiye'nin ulusal düzenlemelerinin AB mevzuatı ile uyulaştırılmasına ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Alm.TK'nda muhasebe hukukuna ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, Alman ticaret hukukunun AB hukukuna uyum çalışmalarının bir sonucudur. Öte yandan, Alman ticaret hukuku geçmişten bu yana Türk ticaret hukukuna kaynaklık etmiştir. Bu nedenle, AB direktifleri çerçevesinde Alm.TK'nda muhasebe hukukuna ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin, Türk mevzuat çalışmalarında göz önüne alınmasında yarar bulunduğu dşnlmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKİM İŞLETMENİN SORUMLULUĞU

3.1. Genel Olarak

Hukuken bağımsız olan bir anonim ortaklıkta, ticari faaliyetin başarısına yönelik olan ortaklık amacıyla, pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarının çıkarları aynı yöndedir. Buna karşın, ortaklardan birinin veya üçüncü bir kişinin, başka ekonomik amaçlar taşıması ve ortaklık faaliyetlerini kendi çıkarlarına hizmet edecek biçimde yönlendirmesi durumunda, çıkar çatışmaları meydana gelmektedir. Bağlı işletmeler hukukuna ilişkin bu çıkar çatışması, anonim ortaklığın sermayesine katılınması veya ortaklığın bir sözleşme ile diğer bir işletmeye bağlanması suretiyle, bir başka işletmenin ortaklığa hakim olması durumunda görülür.

Bu sakıncayı dikkate alan Alman kanun koyucusu, ortaklık üzerinde sevk ve idare gücü bulunan hakim işletmeye karşı ortaklığı, pay sahiplerini ve ortaklık alacaklılarının haklarını güvence altına alan düzenlemeler getirmiştir. Öte yandan, İsviçre ve Türk ortaklıklar hukukunda anonim ortaklıkların hukuki, ekonomik ve organizasyon yönünden bağımsızlıklarını korudukları düşüncesine sadık kalınarak, bağlı işletmeler hukuku alanında koruyucu hükümler öngörülmemiştir.

3.2. Hakim İşletmenin Sevk ve İdare Gücü

Bağlı işletmeler hukukunun ana konusu, birden fazla işletmenin ortak bir yönetim altında toplanmasıdır. İşletmelerin ortak yönetimi, hakim işletmenin bağlı işletme üzerindeki sevk ve idare gücünü beraberinde getirmektedir. Ortak sevk ve idare gücünden anlaşılması gereken, hakim işletmenin kendi çıkarlarını göz önünde tutarak bağlı işletme yönetimine talimat vermesidir.

Alman hukukunda, hakim işletmenin bağımlı ortaklık üzerindeki sevk ve idare gücüne ilişkin olarak, fiili bağımlılık, sözleşmeye dayalı bağımlılık ve bütünleşme açısından farklı düzenlemeler getirilmiştir. Bu üç tür arasındaki farklılığın nedeni, bağımlılığın kurulması amacının her birinde farklı olmasıdır.

Hakimiyet sözleşmesinin bulunmadığı bağımlılık⁷⁸ hakkında APOK § 311'de,

⁷⁸ Hakimiyet sözleşmesinin bulunmadığı bağımlılık halleri, fiili bağlı işletmeler ve kârın devri sözleşmeleri ile oluşan bağımlılıktır. AYTAC, Konzernrecht, s.94, 98.

meydana gelen zararı telafi etmediği sürece, hakim işletmenin bağlı ortaklık üzerindeki sevk ve idare gücünü onun açısından olumsuz sonuç doğuracak şekilde kullanamayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, kanun, zararların karşılanması kaydıyla hakim işletmeye, bağlı ortaklık üzerinde olumsuz etkide bulunacak talimatlar verme imkanını tanımıştır.

Hakimiyet sözleşmesinde ise, APOK § 308 ile hakim işletmeye oldukça geniş bir sevk ve idare yetkisi verilmiştir. Hakim işletme, bağımlı ortaklık yönetimine kendisinin veya konzernin yararına olan her türlü talimatı verebileceği gibi, bağlı ortaklığın yönetim kurulu da ortaklığın zararına olsa dahi bu talimatlara uymak zorundadır. Hakimiyet sözleşmelerinde bu şekilde bir düzenlemenin getirilmesindeki neden, yapılan sözleşmenin yapısının talimat verme yetkisini gerektirmesidir⁷⁹. Ancak, bu husus dikkate alınarak da, alacaklılar ile pay sahiplerinin korunmasına yönelik kapsamlı düzenlemeler öngörülmüştür.

Türk ve İsviçre hukukunda, sözleşmesel bağlı işletmelere ilişkin düzenlemelerin bulunmaması ve dolayısıyla uygulamada bağımlılığın genelde ortaklık genel kuruluna hakim olmak suretiyle sağlanması nedeniyle, hakim işletmenin sevk ve idare gücünün kapsamını fiili bağlı işletmeler açısından incelemekte yarar vardır.

Fiili bağlı işletmelerde, bağımlı ortaklık üzerinde sevk ve idare gücünün gerçekleştirilebilmesinin en iyi yolu, yönetim kurulunun hakim işletmenin belirlediği kişilerden oluşmasıdır. Bu kişiler bağımlı yönetim kurulu üyeleri olarak adlandırılmaktadırlar. Bağımlı yönetim kurulu üyeleri, bir yandan bağımlı ortaklığın bir organı iken diğer yandan yönetim kuruluna hakim işletmenin çıkarlarını gözetmek için gönderilmişlerdir⁸⁰. Yönetim kurulu üyelerinin içinde buldukları bu durum nedeniyle, hem bağımlı ortaklığın hem de hakim işletmenin çıkarlarını gözetmeleri çıkar çatışmalarına yol açacaktır.

Yönetim kurulunun hangi tarafın çıkarlarını üstün tutması gerektiği konusunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır⁸¹. Bu konuda genel kabul gören görüş,

⁷⁹ AYTAÇ, Konzernrecht, s.75 vd.

⁸⁰ YANLI, Veliye: İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.673.

⁸¹ Doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri, s.655-680.

TTK'nun 320 nci maddesinin anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine yüklediği özen ve sadakat borcu gereğince, korunması gereken çıkarın hakim işletmenin (konzern) çıkarı değil bağımlı ortaklık çıkarı olduğudur⁸². Dolayısıyla, yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmede belirlenen ortaklık amacı⁸³ çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Üçüncü bir kişinin çıkarlarının dikkate alınması ise ancak, bunların ortaklığın çıkarları ile örtüşmesi halinde mümkündür⁸⁴. Yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışları ise, anonim ortaklığın korunmasını gerektirmektedir. Bu durum ise, bağlı işletmeler hukuku açısından, çıkarı korunan ve ödeme gücü daha yüksek olan hakim işletmenin ortaklık üzerindeki dolaylı etkisi nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

3.3. Hakimiyet ve Sorumluluk İlişkisi

Bir anonim ortaklık üzerindeki hakimiyet, hakim işletmenin ortaklık üzerinde olumsuz etkisi bulunmadığı sürece, tek başına sorumluluk nedeni değildir⁸⁵.

Alman hukukunda, pay sahipleri ve alacaklıların haklarının güvencesi için bağımlılık biçimlerine göre ek teminat düzenlemeleri getirilmiş olmakla birlikte, bu hükümler dahi hakim işletmenin baştan sorumlu kabul edilmesi anlamını taşımamaktadır.

Sonuç olarak, ortaklığa hakim bir kimsenin hakimiyet gücü ne olursa olsun, sadece bu nedenden ötürü ortaklık zararlarından sorumlu tutulması, bağlı işletmeler hukukunun kabul ettiği kriterlere uygun değildir.

⁸² TANDOĞAN, Haluk: Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider, C.1, S.1, s.17.; AYTAÇ, Konzernrecht, s.169-170; YANLI, İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri, s.680.; HANDSCHIN, s.51-52.

⁸³ Bağımlı ortaklığın esas sözleşmesinde yapılacak bir değişiklik ile, ortaklığın hakim işletme (konzern) çıkarlarına faaliyet göstermesi sağlanabilir. HANDSCHIN, s.52. Türk hukukunda anonim ortaklıkların hakimiyet sözleşmeleri yapabilmelerinin de, esas sözleşmede bu konuda değişiklik yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu konu için bkz. yukarıda Bölüm 1.3.2.1.

⁸⁴ HANDSCHIN, s.52.; Ayrıca, bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 66 II 51 sayılı kararı için bkz. TANDOĞAN, s.21. dpnt.69.; Hakim işletmenin verdiği talimat, anonim ortaklığın menfaatlerine, esas sözleşmesine ve kanuna aykırı olmadıkça, yönetim kurulu üyesi olan temsilcinin bu talimatı pay sahibi ile arasındaki vekalet ilişkisi nedeniyle uygulamak zorunda olduğuna ilişkin görüş için bkz. TANDOĞAN, s.22. dpnt.71.

⁸⁵ DENNLER, Markus: Durchgriff im Konzern, Zürich 1984, s.42.; YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.185.

3.4. Fiili Bağlı İşletmelerde Hakim İşletmenin Sorumluluğu

3.4.1. Sorumluluğun Pay Sahibinin Sınırlı Sorumluluk İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Anonim ortaklıklara mümkün olduğunca katılımı artırmak için, yasa koyucu bu ortaklıkların pay sahipleri açısından "sınırlı sorumluluk ilkesini" getirmiştir. Bunun sonucu olarak, anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin birbirleri ile ortaksal ilişkileri bulunmamakta, ortaklık borçlarından dolayı sorumlulukları doğmamakta ve ortaklık yönetimine doğrudan etkileri bulunmamaktadır.

Sınırlı sorumluluk ilkesi, TTK'nun 269 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, ortakların sorumluluğunun taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile sınırlı olduğu ifade edilmek suretiyle belirtilmiştir. Anılan hükmün bir uzantısı olarak TTK'nun 405 inci maddesinin 1 inci fıkrasında da, pay sahiplerinin anonim ortaklığa karşı tek borçlarının, taahhüt ettikleri sermaye payı karşılığı olduğu ve bu bedelin üzerinde herhangi bir şey ödemeye esas sözleşme ile dahi zorunlu tutulamayacakları öngörülmüştür (tek borç ilkesi)⁸⁶.

Bu düzenleme çerçevesinde, pay sahiplerinin ortaklık borçlarından hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ortaklık alacaklıları sadece ortaklık malvarlığına müracaat edebilirler (TTK md. 269 f.1).

Ayrıca, anonim ortaklıktaki yetki ve görevlerin organlar arasında bölüşülmüş olması, pay sahiplerinin yönetime doğrudan etkilerinin bulunmaması ve diğer pay sahipleri ile aralarında ortaksal ilişkilerin kurulmaması sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan, pay sahiplerinin ortaklık sermayesine katılım yoluyla ortaklığın sevk ve idare gücünü ele geçirmeleri durumunda, diğer pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının haklarının korunması ihtiyacı, sınırlı sorumluluk ilkesi ve tek borç ilkesine mutlak olarak bağlı kalınmamasını gerektirmektedir.

3.4.2. Bağımlı Ortaklığın, Alacaklıların ve Bağımsız Pay Sahiplerinin Korunması

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Alman hukukunda fiili bağlı işletmeler hakkında APOK § 311'de, hakim işletmenin, meydana gelen zararı telafi etmediği sürece bağlı

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.554 vd.

ortaklık üzerindeki sevk ve idare gücünü onun açısından olumsuz sonuç doğuracak şekilde kullanamayacağı öngörülmüştür. Hakim işletme, bağımlı işletmede sebep olduğu zararı en geç faaliyet yılı sonuna kadar gidermediği takdirde, ortaya çıkan zararı bağımlı ortaklığa karşı tazminle yükümlü kılınmıştır (APOK § 317 f.1)⁸⁷. Bunun yanı sıra Kanun, hakim işletmenin bağımlı ortaklıktaki yasal temsilcisinin de müteselsilen sorumlu olacağını öngörmüştür. Bağımlı ortaklığın yönetim kurulu ile gözetim kurulu üyeleri de, bağımlılık raporu düzenleme ve denetleme yükümlülüklerine ilişkin olarak yasa ile kendilerine verilen görevi yapmamalarından dolayı müteselsilen sorumludurlar.

Türk ve İsviçre hukukunda ise, bağımlı işletmelere ilişkin özel düzenlemelerin bulunmaması, anonim ortaklığa hakim olan pay sahibinin, sözleşmeye aykırı davranış veya haksız fiil ile bağımlı ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara zarar verici etkide bulunması halinde doğacak sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir⁸⁸. Bu çerçevede, konu hakim işletmenin kendi fiilinden doğan sorumluluğu ve bağımlı ortaklık üzerindeki dolaylı etkisinden doğan sorumluluğu şeklinde iki başlık altında incelenmiştir.

3.4.2.1. Hakim İşletmenin Kendi Fiilinden Doğan Sorumluluğu

Hakim işletmenin, bağımlı ortaklığa, alacaklılara veya bağımsız pay sahiplerinin zararına doğrudan kendi fiili ile sebebiyet vermesi mümkündür. Bu şekilde bir davranış, bağımlılık ilişkisinin kurulmasına ve zarar görenin kim olduğuna bağlı olarak değişik şekillerde karşımıza çıkabilir.

Türk hukukunda, tek borç ilkesinden hareketle pay sahiplerinin anonim ortaklığa ve diğer pay sahiplerine karşı bağımlılık (sadakat) borcunun bulunmadığı görüşü hakimdir⁸⁹. Buna göre, pay sahipleri ortaklığın çıkarlarını destekleme, bu çıkarlar doğrultusunda hareket etme veya bu çıkarları kendi çıkarlarından üstün tutma yükümlülüğü altında değildir. Öte yandan, ortaklık üzerinde hakimiyeti bulunan pay sahipleri açısından bu kuralın mutlak olmadığı kabul edilmektedir⁹⁰. Ortaklık sermayesi üzerinde çoğunluk hakimiyeti bulunan pay sahipleri, genel kurulda oy haklarını ortaklığa

⁸⁷ Maddenin 2 nci fıkrasında, bağımsız bir ortaklığın basiretli bir yöneticisinin aynı durumda benzer şekilde hareket edeceği hallerde, hakim işletmenin tazmin yükümlülüğünün doğmayacağı öngörülmek suretiyle, sorumluluktan kurtulma imkanı (kurtuluş beyinnesi) tanınmıştır.

⁸⁸ AYTAÇ, Konzernrecht, s.186.

⁸⁹ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.581.; YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.232. Aksi görüş için bkz. NOMER, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s.86, 150 vd.

⁹⁰ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.582.

ve diğ er pay sahiplerine zarar vermek kastı ile kullanmaları halinde, MK md. 2 hükmüne aykırılık nedeniyle BK'nun 41 vd. maddeleri gereğince sorumlu olurlar⁹¹. Dolayısıyla, çoğ unluk pay sahibi oyunu kullanırken, ortaklığın ve diğ er pay sahiplerinin çıkarlarını gözetmek zorundadır. Doktrinde, genel kurulda ortaklığa yabancı çıkarlar için oy kullanılması ve bu oylara bağı lı olarak karar alınmasının, genel kurul kararının iptaline sebep oluşturması gerektiğ i savunulmaktadır⁹².

Hakim iş letmenin, kendi fiili nedeniyle sorumlu olduğ u diğ er bir hal, bağı mlı ortaklık ile üçüncü kişiler arasındaki sözleşme ilişkilerinde kendini göstermektedir. Ş öyle ki: Hakim iş letme, bağı mlı ortaklığın üçüncü kişiler ile yaptığ ı sözleşme görüşmelerine katılabilir ve üçüncü kişide, bağı mlı ortaklığın sözleşmeden doğ an borcunun yerine getirileceğ i garantisini verdiğ i veya bağı mlı ortaklığın borcunu yerine getirebilecek durumda olduğ u izlenimini yaratabilir. Bu durumda, hakim iş letmenin, kendisi sözleşmenin tarafı olmasa da, sözleşme öncesi sorumluluğ u (culpa in contrahendo sorumluluğ u) ortaya çı kmaktadır^{93 94}. BK'nda sözleşme öncesi sorumluluğ a ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karş ılık, anılan Kanun'da özel hükümlerle düzenlenmiş sözleşme görüşmelerinden doğ an sorumluluk halleri bulunduğ u gibi, doktrinde ve uygulamada kabul edilen görüşme sorumluluğ u halleri de mevcuttur. Sözleşme öncesi sorumluluğ un kabul edilmesinin nedeni, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşmeciler arasında, MK md. 2 de düzenlenmiş olan dürüstlük

⁹¹ AYTAÇ, Konzernrecht, s.186, 221.; TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.582, 583.; Benzer şekilde, anonim ortaklıklarda azınlık haklarına sahip pay sahiplerinin, bu haklarını kötüye kullanmaları durumunda da BK md. 41 vd. gereğince sorumlu olmaları gerektiğ i savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Çoğ unluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, C.XVII, S.3, s.52 vd.; AYDIN, Alihan: Anonim Ortaklıkta Çoğ unluk Pay Sahiplerinin Azınlığ a Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Armağ anı, İstanbul 2001, s.44-46, 49-50.

⁹² TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.583.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. HANDSCHIN, s.308 vd.

⁹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, Wibru Holding AG/ Swissair Beteiligungen AG davasında, Swissair Beteiligung AG'nin (Swissair), bağı lı iş letmesi IGR Holding Golf and Country Residences AG'nin (IGR) üçüncü kişilerle giriştiğ i ticari ilişkilerdeki davranışlarını değ erlendirmiştir. Wibru Holding AG, IGR'nin reklamlarında Swissair-konzernine dahil olduğ u kanaatini uyandıran ifadelere yer verilmesi nedeniyle, Swissair'in mali gücüne ve güvenilirliğ ine dayanarak IGR ile sözleşme yaptığ ını ifade ederek, zararının Swissair tarafından karşı lanmasını talep etmiştir. Mahkeme, konuyu culpa in contrahendo sorumluluğ u çerçevesinde değ erlendirerek, Swissair'i dürüstlük kuralına aykırı davranışından ötürü sorumlu tutmuştur ve konunun her somut olayın özelliklerine göre değ erlendirilmesi gerektiğ i sonucuna ulaş mıştır (BGE 120 II 331). <http://www.eurospider.ch/cgi-bin>

kuralına dayalı olarak kurulan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranılmasından doğan zararın tazminini sağlamaktır⁹⁵.

3.4.2.2. Hakim İşletmenin Bağımlı Ortaklık Üzerindeki Dolaylı Etkisinden Doğan Sorumluluğu

Fiili bağlı işletmelerde, bağımlı ortaklık üzerinde sevk ve idare gücünün gerçekleştirilebilmesinin en iyi yolu, yönetim kurulunun hakim işletmenin belirlediği kişilerden oluşmasıdır.

Ortaklık sermayesinin veya oy haklarının çoğunluğuna sahip ortağın tüzel kişi olması durumunda, bu ortağın hakimiyeti sağlaması yönetim kurulunda temsilci bulundurması ile mümkündür. Bu da iki şekilde gerçekleşebilir. Birincisi, hakim işletmenin TTK md. 312 f.2 hükmü uyarınca yönetim kuruluna seçilmek üzere kendi temsilcisini genel kurulda aday göstermesidir⁹⁶. İkincisi ise, hakim işletmenin sahip olduğu payların küçük bir kısmını bazı gerçek kişilere devretmesi ve yönetim kuruluna aday gösterilen bu kişilerin genel kurulda hakim işletmenin sahip olduğu oy üstünlüğü ile seçilmeleridir⁹⁷. Gizli temsilci olarak adlandırılan kişilerin yönetim kuruluna seçimi için uygulanan bu ikinci yöntem, ortaklıkta çoğunluğa sahip gerçek kişi işletmeler tarafından da kullanılmaktadır. Diğer taraftan, TTK md. 312 f.1 uyarınca yönetim kurulu üye sayısının üçten aşağı olamaması, yönetimde etkinliğin sağlanması için, her türlü hukuki yapıya sahip çoğunluk pay sahibini yönetim kuruluna gizli temsilci gönderme ihtiyacına sokmaktadır.

Ortaklık üzerinde hakimiyet sağlanmasının diğer bir yolu da, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunmasıdır. Pay sahiplerinin yönetim kuruluna bu şekilde gönderdikleri kişilerin de, gizli temsilci olduklarının kabulü gerektiği düşünülmektedir.

⁹⁵ Sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.975 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 1999, s.1116 vd.

⁹⁶ TTK md.312 f.2 gereğince özel hukuk tüzel kişileri yönetim kurulu üyesi olamazlar, ancak temsilcileri yönetim kurulu üyesi seçilebilirler. Bu görüş için bkz. İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989, s.227 dnt.47.; ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.164-165. Buna karşın, TEKİNALP anonim ortaklık yönetim kuruluna temsilci gönderen tüzel kişinin bizzat kendisinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacağını, temsilci üyenin tüzel kişi adına seçildiğini savunmaktadır. TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s.31.

⁹⁷ TANDOĞAN, s.7.

Pay sahipleri, bu yöntemlerle yönetimde hakimiyeti sağlayınca, ortaklık üzerindeki etkilerini yönetim kurulundaki temsilcileri vasıtası ile dolaylı olarak kullanabilmektedirler. Böyle bir durumda, bu pay sahiplerinin temsilcilerinin fiillerinden dolayı sorumlu olup olmadıklarının belirlenmesi, bağımlı ortaklık, bağımsız pay sahipleri ve alacaklılar açısından büyük önem taşımaktadır.

TTK'nda pay sahibi tüzel kişilerin, yönetim kurulundaki temsilcilerinin fiillerinden sorumlu olup olmadıkları hususunda bir açıklık yoktur. Tüzel kişi pay sahiplerinin TTK md. 312 f. 2 uyarınca gönderdikleri temsilcilerinin fiillerinden sorumlu olacaklarına dair bir düzenleme olsaydı dahi, hakim pay sahiplerinin yönetim kurulunda gizli temsilci bulundurmalarının mümkün olması nedeniyle, bu düzenleme yeterli tatmin sağlamazdı.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Türk hukukundaki genel hükümler çerçevesinde, hakim işletmenin sorumlu olacağı sonucuna varılacak olsa dahi bu, yönetim kurulu üyeliğine seçilen hakim işletme temsilcilerinin TTK md. 336 hükmü gereğince sorumlu olmayacakları anlamına gelmeyecektir. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri, TTK'nun 320 nci maddesinin yüklediği özen ve sadakat borcu gereğince, hakim işletmenin çıkarları ile bağımlı ortaklık çıkarlarının çatışması halinde ortaklık çıkarlarını üstün tutmak zorundadırlar⁹⁸. Kanun bu konuda, yönetim kurulu üyeleri lehine bir istisna getirmemiştir.

Hakim işletmenin, bağımlı işletmenin yönetim kuruluna gönderdiği temsilcisinin fiillerinden sorumlu olmasına ilişkin olarak, genel hükümler çerçevesinde doktrinde bir çok görüş geliştirilmiştir.

3.4.2.2.1. Temsilcinin Fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 55 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması

Hakim pay sahibi ile bağımlı ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisi arasında bir hizmet veya vekalet akdinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu tür sözleşmeler, işveren veya müvekkilin verdiği talimatlara uyulması yükümlülüğünü getirmektedir. Dolayısıyla, fiili bağlı işletmelerde temsilcinin kendisini gönderen pay sahibinin talimatlarıyla veya onun yararına gerçekleştirdiği haksız fiillerden pay sahibi, istihdam edenin

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. yukarıda Bölüm 3.2.

sorumluluğuna ilişkin BK md. 55 gereği sorumlu olur^{99 100}. Ancak, BK md. 55 haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olduğundan, temsilcilerin sözleşmeye aykırılık niteliği taşıyan davranışlarından dolayı, anılan hüküm gereğince hakim işletmenin sorumluluğuna gidilemeyeceği düşünölmektedir. Ayrıca, haksız fiil hükümleri gereğince iddia makamının ispat yükünün ağır olması, BK md. 55'in uygulama alanını oldukça sınırlamaktadır¹⁰¹.

Diğer yandan, temsilcinin fiilinin sözleşmeye aykırılık niteliğini taşıması durumunda, BK md. 100 hükmünün de uygulanması mümkün değildir. Zira, anılan düzenleme uyarınca bir sorumluluğun söz konusu olması için, adam çalıştıran konumundaki hakim işletmenin zarar gören ile arasında bir sözleşmenin bulunması gerekir. Oysa, yönetim kurulunda kendisi bulunmayan ve temsilcisini gönderen hakim işletme böyle bir sözleşmenin tarafı değildir.

3.4.2.2.2. Temsilcinin Fiillerinden Medeni Kanun'un 48 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması

Bağımlı ortaklığın yönetim kurulundaki temsilcinin fiillerinden, MK'un 48 inci maddesi gereğince hakim işletmenin sorumluluğunun doğması için, hakim işletmenin bir tüzel kişi olması gerekir. Zira, anılan madde, tüzel kişilerin organları vasıtası ile borç altına girdiğini ve organlarının kusurlarından doğan zararlardan tüzel kişiliğin sorumlu olduğunu düzenlemektedir (tüzel kişilerin medeni hakları kullanma ehliyeti). Bu hükme göre, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık farkı gözetilmeksizin tüzel kişi, organının fiillerinden sorumlu olacaktır.

Bir tüzel kişi pay sahibinin bağımlı ortaklık yönetim kuruluna gönderdiği temsilcilerinin, hangi durumlarda tüzel kişinin organı sayılacağının somut olayın özelliklerine göre belirlemek gerekir^{102 103}. Örneğin bağımlı ortaklığın yönetim kuruluna

⁹⁹ AYTAÇ, Konzernrecht, s.189.; TANDOĞAN, s.25.; ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s.190.

¹⁰⁰ İsviçre hukukunda, temsilcinin yanı sıra hakimiyet altındaki anonim ortaklığa veya bu ortaklığın yönetim kuruluna İsv.BK md. 55 hükmü gereğince yardımcı kişi sıfatı tanınarak, hakim işletmenin sorumluluğu tartışılmıştır. HANDSCHIN, s.340 vd.; PLANTA, Andreas von: Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel/Franfurt 1981, s.137 vd.

¹⁰¹ HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995, s.17.

¹⁰² TANDOĞAN, s.23.

¹⁰³ Tüzel kişinin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisinin ifa ettiği görevin, tüzel kişinin anonim ortaklıktaki iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yaptığı katkı nedeni ile, bu temsilcinin her durumda tüzel kişinin organı (olgu organ) olarak kabul edilmesi gerektirdiği de ileri sürölmektedir. HELVACI, s.14, 20.

gönderilen temsilcinin, aynı zamanda kendisini gönderen hakim işletme konumundaki anonim ortaklığın da yönetim kurulu üyesi veya murahhas müdürü olması durumunda, bu kişinin bağımlı ortaklıkta da hakim işletmenin organı olduğunun kabulü gerekir.

Diğer taraftan, hakim ortaklığın amacının esas sözleşmesinde başka işletmelere iştirak olarak belirlenmesi durumunda, iştirak edilen ortaklığın yönetim kurulundaki temsilcilerinin faaliyetleri de esas sözleşmedeki anılan amaca bağlı olacaktır. Böyle bir durumda, temsilcilere hakim ortaklığın organ vasfının tanınması için, aynı zamanda hakim işletme konumundaki tüzel kişinin de yasal bir organı olmalarının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Öte yandan doktrinde, tüzel kişinin anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisinin, tüzel kişinin organı olmadığı görüşü de savunulmaktadır. Gerekçe olarak, temsilcinin gönderen tüzel kişinin organı olduğunun kabulünün, hukuken bizzat tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanacağı anlamına geleceği; böyle bir sonucun ise, TTK md. 312 f.2 hükmü karşısında kabulünün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Buna karşın, İsviçre hukukunda da geçerli olan anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişilerden oluşmasına dair yasa hükmünü (İsv.BK md. 707 f.3) yorumlayanlar, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamamalarının, organı olarak faaliyet gösteren gerçek kişilerin bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olarak verecekleri zararlardan tüzel kişinin sorumsuz olması imkanını yaratmayacağını belirtmişlerdir¹⁰⁶. Başka bir deyişle kanun koyucunun, TTK md. 312 f.2 ile varmak istediği sonuç, temsilci ile gönderen tüzel kişi arasındaki ilişkinin belirlenmesi değil, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu düzenleyen TTK md. 336 ve devamı hükümleri gereğince tüzel kişiye sorumluluk yüklenememesidir¹⁰⁷. Dolayısıyla, MK md. 48'de öngörülen organ sıfatı ile iş gören kişilerin sorumluluğunun tüzel kişiye izafe edileceği hükmünün uygulanması hususunda bir engel getirilmemiştir.

¹⁰⁴ TANDOĞAN, s.23.

¹⁰⁵ Türk hukukunda bu görüş taraftarları, TTK md.312 f.2'nin lafzı ile madde hakkında AEM'nin "*Bu maddenin 2. fıkrasının 2. ve 3. cümleleri hükümleriyle takip olunan gaye, hükmü şahsın ortak olsa bile idare meclisine aza seçilmeyeceği ve fakat onun temsilcilerinden birinin seçilebileceğidir ki, bunun en mühim ameli neticesi de, idare meclisi azası sıfatıyla ancak temsilcinin şahsen ve şirkete, veya üçüncü şahıslara karşı mesul tutulacağıdır.*" şeklindeki açıklamasına dayanılmaktadır. Bu görüş ve doktrindeki taraftarlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s.35.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. HANDSCHIN, s.323.

¹⁰⁷ HELVACI, s.20-21.

Temsilcinin tüzel kişinin organı olmadığına ilişkin olarak diğer bir gerekçe ise, temsilcinin bağlı olduğu tüzel kişinin çıkarlarını ancak ortaklığın çıkarları ile çatışmadığı takdirde dikkate alabileceği ve ortaklık genel kurulunca seçilip azledilebileceği, dolayısıyla ortaklığa bağlı kalacaktır¹⁰⁸. Ancak, bu düşünce ortaklık yönetim kurulu üyelerinin her zaman hukuka uygun davranacakları gibi bir varsayım üzerine oturtulmuştur. Oysa, idare ve temsil ile yetkili yönetim kurulu üyelerinin, ortaklık adına gerçekleştirdikleri gerek hukuka uygun gerekse hukuka aykırı her türlü işlemi ortaklığı bağlamaktadır.

MK md. 48, tüzel kişi hakim işletmenin, organı olan gizli¹⁰⁹ veya TTK md. 312 f.2 uyarınca gönderilen temsilcinin sözleşmeye aykırı fiilleri ile haksız fiillerinden sorumlu kılınmasına imkân vermektedir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklık yönetim kurulundaki temsilcilerinin tüzel kişi pay sahibinin organı olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair doktrinde bir fikir birliği bulunmadığı gibi konu yargı içtihatlarına da geçmemiştir.

3.4.2.2.3. Temsilci Gönderen Anonim Ortaklığın Türk Ticaret Kanunu'nun 321 inci Maddesi Gereğince Sorumluluğu

Uygulamada, bir anonim ortaklık üzerindeki hakimiyeti, genelde konzern amaçları için diğer bir anonim ortaklığın sağladığı görülmektedir. Bu durumda, TTK'nun 321 inci maddesinin son fıkrası hükmü uygulama alanı bulabilecektir¹¹⁰. Anılan madde uyarınca, temsile ve idareye yetkili olanların görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden anonim ortaklık sorumludur. Hakim işletmenin sorumluluğu açısından bu hükmün uygulanabilmesi için, temsilcinin kendisini gönderen anonim ortaklığın işlerini görmeye yetkili bir organı fonksiyonunu haiz olması gerektiği savunulmaktadır¹¹¹. Organ fonksiyonu belirlenirken, MK md. 48 uygulamasında olduğu gibi hakim tüzel kişinin de yasal bir organı olmasının zorunlu görülmemesi, durumun her somut olaya göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Anılan düzenleme, temsilcinin sözleşmeye aykırı davranışlarından doğacak sorumluluğa bir çözüm getirmemektedir.

¹⁰⁸ ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s.35.; von PLANTA, Haftung, s.68 vd.; STEIGER, Werner von: Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62, s.313a vd.

¹⁰⁹ Hakim işletmenin sahip olduğu payların küçük bir kısmını devrettiği ve hakim işletmenin sahip olduğu oy üstünlüğü ile yönetim kuruluna seçilen gerçek kişiler.

¹¹⁰ TTK md. 321 son fıkra hükmünün, MK md. 48 f.2 nin özel bir uygulama şekli olduğu gerekçesiyle, tüzel kişi ortağın sorumluluğu için uygulanamayacağı görüşü için bkz. ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s.189.

¹¹¹ AYTAÇ, Konzernrecht, s.189.; TANDOĞAN, s.25.

3.4.2.2.4. Temsilcinin Fiillerinden Türk Ticaret Kanunu'nun 278 inci Maddesi Gereğince Sorumlu Olunması

Türk hukuk doktrinde, hakim işletmenin temsilcilerinin fiillerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin olarak TTK'nun 278 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının uygulama alanı bulacağı görüşüne de yer verilmiştir¹¹².

Anılan düzenleme uyarınca, anonim ortaklık kuruluşunda kurucuların kuruluş işlemlerini üçüncü bir kişinin hesabına yapmaları durumunda, bu üçüncü kişi de kuruluştan doğan sorumluluklar bakımından kurucu sayılır.

Hakim işletmenin yönetim kurulu üyesi olan bir kişi, bağımlı ortaklığın genel kurulunda da yönetim kurulu üyesi seçilmesi durumunda, bu görevi hakim işletmenin güvenilir adamı (Alman hukukundaki deyimini ile saman adam) olarak yapacaktır. Dolayısıyla, TTK md. 278 f. 3'de öngörülen üçüncü kişinin kurucu gibi sorumlu olacağına dair hükmün, kıyas yoluyla hakim işletmenin sorumluluğu için de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹³.

3.4.2.3. Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın, Alacaklıların ve Pay Sahiplerinin Haklarının Korunmasına Yönelik Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda genel olarak anonim ortaklıkların, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin haklarının güvence altına alınması amacıyla yasa koyucu tarafından bazı düzenlemeler sevk edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, bağımlı işletmeler hukuku açısından hakların tamamen olmasa da, belli bir ölçüde korunmasına imkan vermektedir. Dolayısıyla, uygulamada bu düzenlemelere aykırı durumların tespiti halinde, denetim ve gözetimle yetkili kamu otoritelerinin, ortaklıktan yasaya uyum konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını istemeleri, bizzat tedbir uygulamaları veya ortaklık dışındaki menfaat sahiplerini hakları konusunda bilgilendirmelerinin, yasal düzenlemelere işlerlik kazandırılması açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bağımlı ortaklığın korunmasına, diğer bir ifadeyle ortaklık malvarlığının eksiksiz oluşmasına ilişkin olarak, TTK anonim ortaklıklara çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Bunlardan önemli olanları şu şekilde sıralanabilir: Ortaklığın kanuni yedek akça ayırma

¹¹² AYTAÇ, Konzernrecht, s.191, 222.

¹¹³ AYTAÇ, Konzernrecht, s.191.

ve bu yedek akçelerin kullanımına ilişkin sınırlamalara uyma yükümlülüğü (TTK md.466; TTK md.467; TTK md.469 f.1,2; TTK md.458); ortaklığın kendi hisse senetlerini iktisap yasağı (TTK md.329)¹¹⁴; aynı katılma paylarının değerinin bilirkişiye tespit ettirilmesi (TTK md.289 b.2); itibari değerinin altında hisse senedi çıkarılmaması (TTK md.286 f.1); kârın ancak bilanço kârından veya bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilmesi (TTK md.470 f.2); malvarlığında azalma halinde özel tedbirler alınması (TTK md.324).

Diğer yandan, anonim ortaklık malvarlığının korunmasına ilişkin olarak kanun koyucu SPKn'nda önemli bir düzenleme getirmiştir. SPKr'nun yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda tespit edilen hususlara ilişkin alabileceği tedbirleri düzenleyen SPKn'nun 46 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi uyarınca, Kurul "halka açık anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya, TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye" yetkili kılınmıştır. Anılan düzenlemenin, SPKn'na tabi anonim ortaklıkların zararına yol açan hukuka aykırı işlemlerin giderilmesi için SPKr'na verdiği yetki, bizzat ortaklığın, alacaklıların ve pay sahiplerinin haklarının korunması için bir kamu otoritesini devreye sokan istisnai bir hükümdür. Ancak, maddede yer alan "sermaye" kavramının, anonim ortaklıkların yalnız mameleki ile sorumlu olmasının (TTK md.269 f.1) sonucu olan malvarlığının korunması ilkesi¹¹⁵ çerçevesinde, ortaklık malvarlığı olarak kabul edilmesi TTK sistemine daha uygun olacaktır. Ayrıca, hakim işletme ile bağımlı ortaklık arasındaki ilişkinin, şartların varlığı halinde bağımlı ortaklığın zararına neden olacak şekilde SPKn md. 15/son'da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı fiillini oluşturması durumunda, SPKn md. 46/1-(c) gereğince işlem yapılması mümkündür.

Alacaklıların da haklarının güvencesi olan ortaklığın malvarlığının korunmasına yönelik yukarıda yer verilen hükümlerin yanı sıra, TTK alacaklılara ayrıca ortaklık

¹¹⁴ TTK'da hakim ortaklık paylarının bağlı ortaklık tarafından iktisabını yasaklayan açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, doktrinde TTK md. 329 hükmü karşısında böyle bir yasağın söz konusu olduğu kabul edilmektedir. AYTAÇ, Konzernrecht, s.196-197; Ayrıntılı bilgi için bkz. BALIOĞLU, s.14-15, 21.

¹¹⁵ POROY(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.231, 248.

hakkında fesih davası açma hakkı (TTK md.299 f.5; TTK md.435; TTK md.436) ve yönetim kurulu aleyhine sorumluk davası açma hakkı (TTK md.336; TTK md.340) tanımıştır.

Diğer taraftan, sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının zayıflaması durumunda SPK tarafından alınabilecek tedbirleri öngören SPKn md. 46/1-(h) hükmü, bu ortaklıkların alacaklıları durumunda olan tasarruf sahiplerinin haklarını korumaya yönelik bir düzenlemedir. Bunun yanı sıra, SPK'nun yine kanunun verdiği yetkiye dayanarak, sermaye piyasası kurumlarının organizasyon yapılarının ve mali durumlarının standartlaştırılmasına yönelik olarak yaptığı düzenlemeler de, tasarruf sahiplerinin haklarını korumaktadır.

Hakim işletmenin sorumluluğu açısından önemli bir diğer düzenleme, SPKn'nun 46 ncı maddesinin 1 inci fıkrasına 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen (k) bendinde yer almaktadır. Anılan düzenleme ile SPK, sermaye piyasası kurumlarının aynı fıkranın (h) bendi uyarınca tedrici tasfiyeye girmesi veya iflası hallerinde, sorumlulukları tespit edilen bazı yöneticileri ile birlikte %10'dan fazla paya sahip olan ortakların da şahsen iflaslarını istemeye yetkili kılınmıştır¹¹⁶. Bu düzenleme, anonim ortaklıklarda geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır¹¹⁷.

TTK, ortaklık ile alacaklıların haklarının korunmasının yanı sıra, pay sahiplerinin haklarının güvencesi amacıyla da düzenlemeler getirmiştir. Bunlar kısaca; genel kurul kararlarının iptali davası (TTK md.381), pay sahiplerinin müstesap hakları (TTK md.385 f.2); ortaklığın feshi davası (TTK md.299 f.5; TTK md.435); yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası (TTK md.336 f.1; TTK md.309; TTK md.340); bilgi alma hakkı (TTK md.362; TTK md.363); olumlu azınlık haklarıdır.

Öte yandan, bağımsız pay sahiplerinin korunmasına ilişkin bir diğer düzenleme, halka açık anonim ortaklıklar açısından SPKn'nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (i) bendinde yer almaktadır. Anılan düzenleme uyarınca SPK, yönetim kontrolü değişikliğine neden olacak oranda pay iktisaplarında, diğer payları satın alma yükümlülüğü ile azınlıktaki pay sahiplerinin paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeler

¹¹⁶ Benzer bir düzenleme, bankaların yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklar bakımından 4672 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı BankK'nun 17 nci maddesinin 1 inci fıkrasında da yer almaktadır.

¹¹⁷ Sınırlı sorumluluk ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Bölüm 3.4.1.

yapmaya yetkilidir. Bu yetki çerçevesinde Kurul, yönetim kontrolünü ele geçiren pay sahiplerinin diğer payları satın alma yükümlülüğünü Seri:IV, No:8 sayılı Tebliği'nde düzenlemiş olmakla birlikte, azınlıktaki pay sahiplerinin paylarını satma hakkına ilişkin henüz bir düzenleme yapmamıştır.

Hisse senetlerinin çağrı yoluyla satın alınması yükümlülüğüne dair anılan Tebliğ düzenlemesi ile, bağımsız pay sahiplerine yönetim kontrolü değişikliklerinde, ortaklıktan ayrılma hakkı tanınmış olmaktadır. Ancak, bu düzenlemenin, daha halka açılmadan önce hakimiyet altında bulunan anonim ortaklıklarda uygulanma kabiliyeti yoktur. Zira, çoğunluk pay sahibine çağrı yükümlülüğü getirilmesi, hisse senedi iktisabı suretiyle belli sınırların aşılması durumunda söz konusu olmaktadır.

3.5. Sözleşmeye Dayalı Bağlı İşletmelerde Hakim İşletmenin Sorumluluğu

Alman hukukunda, bir anonim ortaklığın veya paylı komandit ortaklığın diğer bir işletmenin sevk ve idaresi altına girdiği işletme sözleşmelerinin yapılması APOK'nda düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise, bu tür sözleşmelere ilişkin yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla esas sözleşmede belirlenen amaç çerçevesinde sözleşmeler yapılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

Hakimiyet sözleşmeleri ve kârın tamamen devrine ilişkin sözleşmeler nedeniyle, ortaklık üzerinde doğabilecek olumsuz etkileri göz önüne alan Alman kanun koyucusu, APOK § 300-303'de bağlı ortaklığın ve alacaklıların korunmasını, APOK § 304-307'de ise bağımsız pay sahiplerinin korunmasını öngören düzenlemeler getirmiştir.

APOK § 300'de kârın devri sözleşmesi ve hakimiyet sözleşmesi yapılması durumunda kanuni yedek akçe ayırma zorunluluğu, APOK § 301'de de devredilebilecek kâra ilişkin bir üst sınır getirilmiştir. Hakimiyet ve kârın devri sözleşmesinin bağımlı ortaklık karşısında hakim işletmeye tanıdığı olduğu imkan ve yararlarından dolayı, APOK § 302'de hakim işletmeye bağımlı ortaklığın her yıl oluşan zararını kapatma yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁸. Sözleşme süresince ortaklık alacaklılarının haklarını güvence altına alan

¹¹⁸ Fiili bağlı işletmelere ilişkin APOK § 311'den farklı olarak burada bağımlı ortaklığın zararının hakim işletmeden kaynaklanan bir nedenden doğma şartı yoktur. Hakim işletme, ortaklığın yıllık kâr ve zarar hesabında çıkan açığı, sözleşmenin yürürlüğü süresince her halükârda karşılamakla yükümlüdür.

bu hükümlerin yanı sıra, alacak hakkı sahiplerine sözleşme bitiminden sonra hakim işletmeden teminat isteme imkanı da tanınmıştır (APOK § 303).

Diğer yandan, hakimiyet sözleşmesi hakim işletmeye ortaklık üzerinde oldukça geniş bir sevk ve idare gücü sağlamaktadır. Öyle ki, daha önce de belirttiğimiz gibi¹¹⁹, bu sevk ve idare gücü, bağımlı ortaklığın zararına olacak talimatlar verilmesi imkanını da sağlamaktadır. Bununla birlikte, APOK § 309 uyarınca hakim işletmenin yasal temsilcileri basiretli bir yöneticiden beklenen özeni göstermek zorundadırlar. Aksi takdirde, bağımlı ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar hakim işletme ile yasal temsilcisinden tazminat talebinde bulunabilirler. Kanun, görevlerini yerine getirmemeleri durumunda, bağımlı ortaklığın kendi yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin de sorumlu olacaklarını öngörmüştür.

Anılan düzenlemelerin yanı sıra APOK § 304-306'da, hakimiyet ve kârın devri sözleşmelerinin olumsuz etkilerinden korunmaları için, bağımsız pay sahiplerine seçimlik iki hak tanınmıştır. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler oldukça ayrıntılıdır ve bağımsız pay sahiplerinin haklarını büyük ölçüde güvence altına almaktadır. Kısaca değinilecek olursa, ortaklık bir işletme sözleşmesi ile diğer bir işletmenin sevk ve idaresi altına girdiğinde bağımsız pay sahipleri, ortaklıkta pay sahibi olarak kalmaya devam etmek istemeleri durumunda, hakim işletme bunlara uygun bir ödeme yapacaktır; pay sahiplerinin ortaklıktan ayrılmak istemeleri halinde ise, hisseleri karşılığında hakim ortaklığın hisselerinin verilmesi veya nakdi tazminat ödenmesi imkanı bulunmaktadır¹²⁰.

Türk hukukunda ise, Alman hukukundan farklı olarak, işletme sözleşmeleri konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından, sorumluluğa ilişkin olarak fiili bağlı işletmelere uygulanan hükümlerin bunlar hakkında da uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²¹.

3.6. Bütünleşmede Hakim İşletmenin Sorumluluğu

Alman hukukunda düzenleniş biçimiyle bütünleşme (APOK § 319-327), bir anonim ortaklığın diğer bir anonim ortaklığın paylarının tamamına veya %95'ine sahip

¹¹⁹ Bkz. yukarıda Bölüm 3.2.

¹²⁰ Benzer bir uygulamanın, Avrupa Anonim Ortaklığı Tüzüğü Tasarısı'nda sadece sözleşmeye dayalı bağlı işletmelerle sınırlı tutulmadığına ilişkin olarak bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'a Armağan, Ankara 1990, s.394.

¹²¹ AYTAÇ, Konzernrecht, s.180-181.

olması durumunda ortaya çıkan, bağılı işletmelerin en yoğun halidir. Bütünleşmenin mutlak bir hakimiyet sağladığı düşüncesinden hareketle, alacaklılara hakim ortaklıktan teminat isteme hakkı tanınmış ve hakim ortaklık da bağımlı ortaklığın tüm borçlarından müteselsilen sorumlu kılınmıştır. Bunun yanı sıra, hakim ortaklığa bağımlı ortaklığın tüm zararlarını üstlenme yükümlülüğü getirilmiştir. Diğer taraftan, bağımsız pay sahiplerinin, sözleşmeye dayalı bağılı işletmelerde olduğu gibi, uygun bedel karşılığında bağımlı ortaklıkta pay sahibi olarak kalmaya devam etme hakları bulunmamaktadır. APOK § 320b uyarınca, bağımsız pay sahipleri, hisse senetlerini hakim ortaklığa vererek, belli bir tazminat karşılığında ortaklıktan ayrılmak zorundadırlar. Bu düzenleme, anonim ortaklıkların bütünleşmesinin bir gereğidir.

Türk hukukunda konu, bütünleşmenin bir türü olan %95 oranında sermayeye katılım açısından önemlidir. Bununla birlikte, anonim ortaklıkların yüksek oranlı iştiraklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öte yandan, halka açık anonim ortaklıklar açısından bu konuyla ve diğer tek yönlü katılımlarla bağlantılı olabilecek bir hüküm, SPKn'nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (i) bendinde yer almaktadır. Anılan düzenleme uyarınca SPK, yönetim kontrolü değişikliğine neden olacak oranda pay iktisaplarında, diğer payları satın alma yükümlülüğü ile azınlıktaki pay sahiplerinin paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Bu yetki çerçevesinde Kurul, yönetim kontrolünü ele geçiren pay sahiplerinin diğer payları satın alma yükümlülüğünü Seri:IV, No:8 sayılı Tebliği'nde düzenlemiştir. Ancak, azınlıktaki ortakların paylarını satma hakkına ilişkin henüz bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bağlamda, azınlıktaki pay sahiplerinin hisselerini satma hakkına ilişkin olarak yapılacak düzenlemede, halka açık anonim ortaklıklardaki yüksek oranlı katılımlar nedeniyle, bağımsız pay sahiplerinin haklarını koruyucu hükümlerin getirilmesinde yarar vardır.

SONUÇ

Ekonomik gücün aynı merkezde toplanmasındaki en önemli araçlardan birisi olarak "bağlı işletmeler" in varlığı, özellikle anonim ortaklıkların hukuken bağımsız oldukları tasarımına dayanan Türk hukukundaki yasal düzenlemelerin yetersiz kalması sonucunu doğurmaktadır. Bunun yarattığı olumsuzlukların önüne geçilebilmesi için, konu TTK sistemi içerisinde düzenlenmelidir.

Bağlı işletmeler hukukunda hakim işletmenin sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle, hakimiyet ilişkisi ortaya konulmalıdır. Çalışmamız içerisinde de açıklamış olduğumuz üzere, bu durum çeşitli şekillerde ortaya çıkmakta ve her bir durum için de çözümler farklılıklar arz etmektedir. Özellikle fiili bağlı işletmeler açısından bağımlılık ilişkisini ve bir işletmenin bir diğeri üzerindeki hakimiyetini ortaya koyacak temel kriterlerin getirilerek, uygulamaya yön verilmesi yerinde olacaktır. Ancak, hakimiyetin oluşturulmasında değişik yöntemlerin bulunduğu göz önüne alınarak, hakimiyetin tespitinin bir sermaye veya oy oranına bağlanmamasına özen gösterilmelidir. Diğer yandan, hakimiyet altına girmeyecek bir sermaye dağılımına sahip halka açık anonim ortaklıklarda, düşük miktarda sermaye katılımı ile ortaklık üzerinde hakimiyet kurulmasının mümkün olması nedeniyle, bu sakıncanın giderilmesi için küçük pay sahiplerinin genel kurula etkin bir şekilde katılarak oy kullanmalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Ayrıca, bağımlılık ilişkisinin kurulması için Alman hukukunda ekonomik gelişme açısından düzenleme konusu yapılan işletme sözleşmelerinin bir kısmının Türk hukukunda da belli şartlar altında yapılabileceği doktrinde savunulmakla birlikte, işletme sözleşmelerine ilişkin koruyucu herhangi bir düzenlemenin bulunmaması, bağlı ortaklıkla ilişki içindeki diğer menfaat sahiplerinin zararına neden olacaktır. Dolayısıyla, öncelikle Türk hukukunda işletme sözleşmelerine dayalı bağlı işletmelere ilişkin özel düzenlemeler getirilmelidir.

Bağlı işletmeler hukukunda, hakim işletmenin bağımlı ortaklık üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin talep hakları açısından somut verilere dayanabilmeleri için, kamuyu aydınlatmanın büyük önemi bulunmaktadır. Yönetim kontrolü değişikliğine neden olan hususların ve yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahipleri lehine sonuçlanabilecek yönetim kurulu

kararlarının kamuya duyurulmasına ilişkin olarak SPK mevzuatında yer alan düzenlemelerin, SPKn'nun 16/A maddesi çerçevesinde kapsamının genişletilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, bağımlı ortaklığın mali durumuna ilişkin bilgilerin bağımlılık raporunda ve konsolide mali tablolarda yer almasına dair Alman hukukundaki AB mevzuatı ile uyumlaştırılan düzenlemelerden yararlanılması mümkündür. SPKn'daki mevcut düzenlemeler çerçevesinde ise, kanuna tabi anonim ortaklıkların, konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüklerinin kapsamı genişletilmelidir.

Hakim işletmenin sorumluluğu bakımından, Türk hukukunda ancak genel hükümlerden yararlanmak suretiyle, bağımlı ortaklık, ortaklık alacaklıları ve pay sahiplerinin haklarının korunmasına yönelik doktrinde çeşitli görüşlere yer verilmiştir. Ancak, genel hükümlerle konuya çözüm bulmak, özellikle hakim işletmenin bağımlı ortaklık üzerindeki dolaylı etkisinden doğan sorumluluğuna ilişkin olarak aynı durumlar için farklı neticelerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Öte yandan, TTK'nda anonim ortaklıkların, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin haklarının güvencesi için getirilen genel düzenlemelere, yetkili kamu otoritelerince gerekli tedbirler alınarak işlerlik kazandırılması, bağımlı işletmeler hukukuna ilişkin bir takım sorunların çözülmesi açısından yerinde olacaktır. Ancak, bu şekilde ulaşılabilecek sonuçlar, ortaklıkların çoğu zaman karmaşık ilişkiler içerisinde olmaları nedeniyle her zaman yeterli olmayacağından, hakim işletmenin sorumluluğuna dair yeknesak ve bağlayıcı kuralların getirilmesi, bağımlı işletmeler hukukunun temel amacının gerçekleşmesini sağlayacaktır. Bu düzenlemelerde bağımlılık biçimine göre, özellikle alacaklılara teminat getirilmesi, bağımsız pay sahiplerine ortaklıktan ayrılma hakkının tanınması ve bağımlı ortaklığın malvarlığının güvencesi için hakim işletmeye belli yükümlülükler getirilmesi gerekir. SPKn'na tabi ortaklıkların büyük bölümünün bir konzerne dahil olması nedeniyle, kamu menfaatinin söz konusu olduğu bu ortaklıklarda menfaat çatışmaları yoğun şekilde görülmektedir. Bu nedenle, işletmeler arasında bağımlılığın kurulmasının yarattığı sakıncaların giderilmesi, anılan ortaklıklar açısından büyük öneme sahiptir.

Son olarak, SPKn'na tabi ortaklıklar bakımından, belli şartlar altında sermaye piyasası kurumlarının %10'dan fazla paya sahip ortaklarının şahsen iflaslarının istenebilmesine dair SPKn md. 46/1-(k); halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kontrolünde değişikliğe neden olacak pay iktisaplarında diğer payları satın alma yükümlülüğü ile azınlıktaki pay sahiplerinin paylarını satma hakkına ilişkin düzenleme yapma yetkisini SPK'na veren SPKn md. 22/1-(i); halka açık anonim ortaklık ve

sermaye piyasası kurumlarının kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerin hukuka aykırılığının giderilmesine ilişkin olarak SPKr'na yetki tanıyan SPKn md. 46/1-(c); sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının zayıflaması durumunda SPKr tarafından alınabilecek tedbirleri öngören SPKn md. 46/1-(h) hükmü ile bağımlı ortaklıkla ilişkili menfaat sahiplerinin haklarının korunması imkanı bulunmakta olduğundan, bu hükümlerin etkin şekilde işletilmesi, yasal düzenleme eksikliklerinin kısmen önüne geçilmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ANSAY, Tuğrul:
1982
Anonim Şirketler Hukuku, Ankara
- AYDIN, Alihan:
2001
Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul, s.29 vd.
- AYTAÇ, Zühtü:
1975
Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich, Freiburg im Breisgau (Konzernrecht)
- 1976
Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü, Batider, C.VIII, S.4, s.97 vd.
- BALİOĞLU, Dilek:
2000
Anonim Ortaklıklarda Karşılıklı İştirak, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Tezi, Ankara
- BĚJOT, Michel:
1991
Einige Elemente der konzernrechtlichen Sonderregeln in Frankreich, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, s.169 vd.
- ÇAMOĞLU, Ersin:
1972
Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul (Hukuki Sorumluluk)
- 1975
Yavru Ortaklık Yönetim Kurulunun İbrasında Holding'in Oyları Kullanılabilir Mi?, İkt. Mal. Der., C.XXII, S.2, s.500 vd.
- ÇEKER, Mustafa:
2000
Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara
- DENNLER, Markus:
1984
Durchgriff im Konzern, Zürich
- EBKE, Werner F.:
1991
Die Konzernierung im US-amerikanischen Recht, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, s.279 vd.
- EMMERICH/SONNENSCHNEIN:
1992
Konzernrecht, 4. Aufl., München
- EREN, Fikret:
1999
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul

- HADDEN, Tom:
1991
Die Regelung der Konzerne in Grossbritannien: Sonderbehandlung im Rahmen des allgemeinen Gesellschaftsrechts, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, s.329 vd.
- HANDSCHIN, Lukas:
1994
Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich
- HELVACI, Mehmet:
1995
Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul
- İMREGÜN, Oğuz:
1989
Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul
- İPEKÇİ, Nizam:
2000
Holding Şirketler, İstanbul
- KARAYALÇIN, Yaşar:
1990
Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'a Armağan, Ankara, s.347 vd.
- 1991
Üst Kuruluşlar Hukuku, Batider, C.XVI, S.1, s.3 vd.
- 1993
İsviçre'de Yeni Anonim Şirketler Hukuku, Batider, C.XVII, S.1, s.1 vd.
- KAYA, Arslan:
2001
Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara
- KENDİGELEN, Abuzer:
1999
Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul
- KORT, Michael:
1986
Der "private" Grossaktionär als Unternehmen, DB, s.1909 vd.
- LUTTER, Marcus:
1987
Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 3/1987, s.324 vd.
- MOROĞLU, Erdoğan:
1994
Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, C.XVII, S.3, s.45 vd.
- 1996
Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara

- NOMER, Füsun:
1999 Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul
- PINTO RIBEIRO, José António:
1991 Die verbundene Gesellschaften im neuen portugiesischen Handelsgesellschaftsbuch, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, s.203 vd.
- PLANTA, Andreas von:
1981 Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel/Frankfurt, (Haftung)
- PLANTA, Flurin von:
1988 Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich (Konzerngesellschaft)
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU:
2000 Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul
- ROTHMAN, Gerd W.:
1991 Die Behandlung des Konzerns als gesellschaftsrechtliches Sonderproblem im Brasilien, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden, s.217 vd.
- STEIGER, Werner von:
1962 Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR, s.198a vd.
- TANDOĞAN, Haluk:
1962 Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider, C.1, S.1, s.3 vd.
- TEKİNALP, Ünal:
1965 Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara
- 1971 Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi, İkt. Mal. Der., C.XIII, S.8, s.298 vd.
- 1973 Holdinglerin Kuruluşunda İzlenebilecek Çeşitli Yollar ve Sorunlar, BankaD., C.VIII, S.12, s.13 vd.
- 1974 Tip Sorunu Açısından Holding Kavramı ve İşletme Konusu Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. Der., C.XX, S.12, s.449 vd.
- 1979 Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul
- 1980 İşletme İlgililerinin Finansal Bilgi Elde Etme Hakkı, Muhasebe Endüstrisi Dergisi, s.13 vd.

- 1981 Ticaret Ortaklıklarının İşletme Konuları İle İlgili Olmayan Ortaklıklara Katılıp Katılmayacağı Sorunu Üzerine Düşünceler, İkt. Mal. Der., C.XXVIII,s.422 vd. (İşletme Konusu)
- TEKİNAY/AKMAN
BURCUOĞLU/ALTOP:
1993 Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul
- ÜLKER, Sema:
1999 Alman Bilanço Hukuku, Ankara
- ÜNAL, Mustafa:
1982 Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, Batider, C.XI, S.3, s.49 vd.
- YANLI, Veliye:
1998 İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s.655 vd. (İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri)
- 2000 Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)
- ZÖLLNER, Wolfgang:
1976 Zum Unternehmensbegriff der § 15 ff AktG, ZGR, s.1 vd.

www.eurospider.ch

www.oecd.org