

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ÇOK ULUSLU
ŞİRKETLER**

DOKTORA TEZİ
EFE DÜNDAR

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Özel Hukuk Doktora

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK

İSTANBUL, 2013

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ÇOK ULUSLU
ŞİRKETLER

DOKTORA TEZİ
EFE DÜNDAR

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Özel Hukuk Doktora

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK

İSTANBUL, 2013

İÇİNDEKİLER

§1.GİRİŞ	11
BİRİNCİ BÖLÜM	12
§ 2. GENEL OLARAK YATIRIM KAVRAMI VE YABANCI YATIRIMLAR İNCELEMESİ	12
I. YABANCI YATIRIM TANIMI.....	12
II. YABANCI YATIRIMCI TANIMI	15
III. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIM VE PORTFÖY YATIRIMLARI.....	17
1.Doğrudan Yabancı Yatırım	17
2.Portföy Yatırımı	17
3.Doğrudan Yabancı Yatırım ve Portföy Yatırım Farkı	18
4.Doğrudan Yabancı Yatırım Tarihsel Süreci.....	20
a. 18. yy. – İkinci Dünya Savaşı Arası Dönem	20
b. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem	22
5. Doğrudan Yabancı Yatırım Çeşitleri	23
6. Doğrudan Yabancı Yatırımların Ev Sahibi Ülkeye Etkileri	25
a. Ev Sahibi Ülke Kavramı	25
b. Olumlu Etkileri	27
c. Olumsuz Etkileri.....	29
§ 3. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER	30
I. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER TANIMI	30
II. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN YAPISI	31
III. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN TARİHSEL SÜRECİ	34
IV. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN YATIRIM KRİTERLERİ.....	38
V. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER İÇİN DAVRANIŞ KURALLARI	40
VI. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN ÜLKEYE GİRİŞ YOLLARI	41
VII. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN ÜLKE EKONOMİLERİNE ETKİLERİ	41
§ 4. ULUSLARARASI HUKUKTA YATIRIMLARIN KORUNMASI	42
I. GENEL OLARAK.....	42
II. İKİ TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARI	46
1. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Korunan Yatırımlar	47
2. Yabancı Yatırımcıya Uygulanacak Muamele Standartları	49
a. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı İlkesi	50

b. Ulusal Muamele İşlem Standardı	54
c. Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele İlkesi	55
d. Fon Kaynakları İlkesi	58
3. Yabancı Yatırımların Kamulaştırmaya Karşı Korunması	62
a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Kamulaştırmaya Karşı Koruma İlkesi	62
b. Kamulaştırmanın Şartları	63
c. De Facto Kamulaştırma	67
III. MIGA	68
1. MIGA'nın Tanımı	68
2. MIGA'nın Yapısı	69
a. Governörler Konseyi	69
b. Direktörler Kurulu	70
c. Başkan	70
3. MIGA'nın Amacı	70
4. MIGA'nın Genel Garanti Kapsamı	71
a. MIGA Tarafından Garanti Edilen Yatırım Türleri	71
b. MIGA Tarafından Uygun Görülen Yatırımcılar	72
c. MIGA'nın Karşılatabileceği Risk Türleri	73
aa. Döviz Transferi	73
bb. Kamulaştırma ve Benzeri Tedbirler	74
cc. Sözleşmenin İhlali	75
dd. Savaş ve İç Kargaşa Hali	75
IV. ICSID	76
1. Genel Olarak	76
2. ICSID'in Amacı	77
3. ICSID Sözleşmesinin Yapısı	77
4. ICSID Merkezinin Yapısı	78
5. ICSID Tahkimi	78
İKİNCİ BÖLÜM	81
§ 5. ŞİRKETLER TOPLULULUĞU KAVRAMI, BU KAVRAMIN BİR KURUM OLARAK TÜRK TİCARET KANUNDA DÜZENLENİŞİ VE KURUMSAL YÖNETİM ANLAYIŞI	81
I. Genel Olarak	81
II. KAVRAM SORUNU	83

III. TÜRK TİCARET KANUNUNDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ AMACI, SİSTEMİ VE ANA İLKELERİ	84
1. Şirketler Topluluğunun Düzenleniş Amacı.....	84
2. Şirketler Topluluğu Hukukunun Düzenleniş Sistemi ve Ana İlkeleri	86
a. Kontrol İlkesi – Tek Elden Yönetim İlkesi	86
b. Teşebbüs ve Ticaret Şirketi Kavramları.....	88
aa. Teşebbüs	88
bb. Ticaret Şirketi.....	90
IV. KURUMSAL YÖNETİM ANLAYIŞI.....	91
§ 6. HAKİM ŞİRKET VE BAĞLI ŞİRKET.....	93
I. GENEL OLARAK.....	93
II. HAKİMİYET KAVRAMI VE HAKİMİYET TÜRLERİ	96
1. Hakimiyet Kavramı	96
2. Hakimiyet Türleri.....	97
a. Doğrudan Hakimiyet - Dolaylı Hakimiyet.....	97
b. Tek Başına Hakimiyet - Birlikte Hakimiyet	98
c. Tam Hakimiyet - Kısmi Hakimiyet.....	99
III. HAKİMİYET İLİŞKİSİNİN ÇEŞİTLERİ.....	100
1. Fiili Hakimiyet İlişkisi	100
a. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olma	101
b. Şirket Sözleşmesi Uyarınca Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunluğu Oluşturan Sayıda Üyenin Seçimini Sağlayabilme Hakkına Sahip Olma.....	103
c. Kendi Oy Hakkı Yanında, Bir Sözleşmeye Dayanarak Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleri ya da Ortaklarla Birlikte Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olma.....	105
d. Payların Çoğunluğuna veya Yönetimde Karar Alabilecek Miktarda Paylara Sahip Olma.....	106
2. Sözleşmesel Hâkimiyet İlişkisi ve Başka Yollarla Hâkimiyet İlişkisi.....	108
a. Sözleşmesel Hakimiyet İlişkisi	108
b. Başka Yollarla Hakimiyet İlişkisi	110
§ 7. PAY VE OY ORANLARININ HESAPLANMASI.....	111
I. GENEL OLARAK.....	111
II. PAY ORANININ HESAPLANMASI	111
III. OY ORANLARININ HESAPLANMASI	113
§ 8. KARŞILIKLI İŞTİRAK.....	115

I. GENEL OLARAK.....	115
1. Karşılıklı İştirak Kavramı	115
2. Karşılıklı İştirakin Sebepleri	116
3. Karşılıklı İştiraklerin Sakıncaları	117
II. KARŞILIKLI İŞTİRAK TÜRLERİ.....	119
1. Basit Karşılıklı İştirak	119
2. Nitelikli Karşılıklı İştirak	120
§ 9. BİLDİRİM TESCİL VE İLAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	122
I. GENEL OLARAK.....	122
II. EDİNİLEN VEYA ELDEN ÇIKAN PAYLARDAN DOLAYI BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ	123
III. HAKİMİYET SÖZLEŞMESİ NEDENİYLE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ	129
§ 10. BAĞLI VE HÂKİM ŞİRKETLERİN RAPORLARI	131
I. BAĞLI ŞİRKETİN RAPORLARI	131
II. HÂKİM ŞİRKETİN RAPORLARI.....	137
§ 11. BAĞLI ŞİRKETLER HAKKINDA BİLGİ ALMA.....	140
I. HÂKİM ŞİRKETİN PAY SAHİPLERİNİN BİLGİ ALMA HAKKI.....	140
II. HÂKİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN BİLGİ ALMA HAKKI	141
§ 12. HAKLARIN DONMASI	142
I. İŞTİRAK İLİŞKİSİ NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI	142
II. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI.....	147
§ 13. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI NEDENİYLE SORUMLULUK.....	148
I. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI.....	148
II. HÂKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	150
III. HÂKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	152
1. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Gerekir.....	152
2. Bağlı Şirketin Kayba Uğramış Olması veya Kayba Uğrama Tehlikesinin Bulunması Gerekir	153
3. Neden – Sonuç İlişkisi (İllyet Bağı).....	155
IV. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASINA ÖRNEK DURUMLAR.....	156

1. Bağlı Şirketin Bir İşinin, Bazı Varlıklarının veya Fonlarının, Personelinin Başka Bir Topluluk Şirketine Aktarılması, Alacak Temliki veya Borç Devri Gibi İşlemler	157
2. Bağlı Şirketin Hâkim Şirketin Hakimiyeti Kullanması Sonucu Kendisine Kayıp Verecek Tarzda Ayni ve Şahsi Yükler Üstlenmesi.....	158
3. Hâkim Şirketin Makro Planlarına ve Politikalarına Bağlı Şirketin Feda Edilmesi	159
V. HÂKİMİYETİN KULLANILMASINDA HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR	161
1. Denkleştirme	161
2. İstem Hakkı Tanınması	163
3. Basiretli Hareket Edildiğinin İspatı.....	164
4. Tam Hakimiyet Durumunun Bulunması	167
a. Bağlı Şirketin Pay Sahipleri Yönünden	167
b. Bağlı Şirketin Alacaklıları Yönünden	170
VI. BAĞLI ŞİRKETİN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUN HÂKİM ŞİRKET TARAFINDAN ÜSTLENİLMESİ.....	171
VII. HAKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI NEDENİYLE HAKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI.....	173
1. Genel Olarak	173
2. Bağlı Şirketin Zararının Tazmini	175
3. Bağlı Şirketin Pay Sahiplerinin Paylarının Hakim Şirket Tarafından Satın Alınması	176
4. Duruma Uygun Düşen ve Kabul Edilebilir Başka Bir Çözüm	177
VIII. SORUMLULUK DAVASI.....	179
1. Genel Olarak	179
2. Davanın Tarafları	182
a. Davacılar	182
aa. Bağlı Şirketin Pay Sahipleri	182
bb. Bağlı Şirketin Alacaklıları	183
b. Davalılar.....	183
aa. Hakim Şirket.....	184
bb. Hakim Şirketin Yönetim Kurulu Üyeleri.....	184
c. Görevli ve Yetkili Mahkeme	185
d. Zamanaşımı	186

§ 14. ÖZEL DENETİM.....	187
I. GENEL OLARAK.....	187
II. MAHKEMEDEN ÖZEL DENETÇİ ATANMASININ TALEP EDİLEBİLMESİNİN ŞARTLARI.....	189
1. TTK. m. 207'ye Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi.....	189
2. TTK. m. 406'ya Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi.....	189
2. TTK. m. 438'e Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi.....	190
§ 15. SATIN ALMA HAKKI	191
§ 16. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUK	192
I. GENEL OLARAK.....	192
1. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Wibru/Swissair Kararı.....	195
a. Davacının İddiası.....	195
b. Dava konusu Olaya İlişkin Edinilen Bilgiler	196
c. Gerekçe ve Karar.....	199
2. TTK. m. 209 Hükümünün Amacı	201
II. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	203
III. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI.....	204
IV. TALEP SAHİBİ VE MUHATABI.....	207
V. ZAMANAŞIMI.....	208
SONUÇ	209
KAYNAKÇA	220

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.T	: Avrupa Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bend
BITs	: Bilateral Investment Treaties
BK	: Borçlar Kanunu,
BKZ	: Bakınız
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırım Kanunu
ECT	: Energy Charter Tready
EEC	: European Economic Community
ICSID	: International Centre for Settlement
İLO	: International Labour Organisation
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
MNEs	: Çok Uluslu Girişimler
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NR	: Numara
OECD	: Organization For Economic Co-operation and Development
R.G.	: Resmi Gazete
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TR	: Türkiye

TNEs	: Transnational Entreprises
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UN	: United Nations
UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	: The United Nations Conference on Trade and Development
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
YASED	: Yabancı Sermaye Derneği
yy.	: Yüzyıl
WTO	: World Trade Organization

§1.GİRİŞ

Çok uluslu şirketler güncel ekonomik şartlar dâhilinde uluslararası yatırım olanaklarını tüm yönleriyle değerlendiren oluşumlardır. Doğrudan yabancı yatırımların ülkeye giriş seçenekleri dâhilinde en çok bu oluşumlar tercih edilmekte ve dolayısıyla yabancı yatırıma dair hususlarda ülkeler ulusal hukuk mevzuatları içerisinde çözüm arayışları içerisinde bulunmaktadır. Uluslararası hukuk da söz konusu durum dâhilinde özellikle 2.Dünya savaşından sonra çeşitli uluslararası örgütler vasıtası ile doğrudan yabancı yatırımların korunması açısından çözüm üretme çabası içerisinde bulunmaktadır.

Çalışmamızda birinci bölüm olarak doğrudan yabancı yatırım kavramı genel anlamıyla değerlendirilmekle beraber söz konusu yatırım çeşidinin günümüzdeki en önemli uygulayıcısı olan çok uluslu şirketler yapıları ve oluşum çeşitlilikleri dâhilinde tarihten günümüze kadar süregelen durum içerisinde incelenmeye çalışılmıştır. Ev sahibi ülkeye yabancı yatırımcı tarafından yöneltilen söz konusu yatırımın uluslararası hukuk nezdinde hangi koruma vasıtaları ile koruma altına alındığı hususu ise özellikle iki taraflı yatırım anlaşmaları ve ICSID ile MIGA sözleşmeleri kapsamı içerisinde çalışmamızda yer almıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise 6102 sayılı TTK'nun 195 ila 210'uncu maddeleri içerisinde yer alan ve ilk kez fiili olarak varlığı kabul edilen ve düzenlenen şirketler topluluğunun hukuksal bir kurum olarak ulusal mevzuatımız içerisinde yer alması değerlendirilmeye çalışılmış olup. Şirketler Topluluğunun kurucu unsuru olan hakimiyet ilişkisi detaylı bir şekilde incelenirken söz konusu hakimiyet durumunu doğuran hal ve şartlar kanun amacı ile bütünlük sağlanması hedeflenerek özellikle sorumluluk bazında incelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA YABANCI YATIRIM VE ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER DEĞERLENDİRMESİ

Ş 2. GENEL OLARAK YATIRIM KAVRAMI VE YABANCI YATIRIMLAR İNCELEMESİ

I. YABANCI YATIRIM TANIMI

Yabancı yatırım, yatırıma elverişli kaynakların kişi ve kuruluşlar tarafından bir başka ülkeye taşınmasıdır.¹ Geçen yüzyıldan bu yana özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından yabancı yatırımlar oldukça önemli bir duruma sahip olmakla beraber günümüzde üzerinde mutabakat sağlanmış genel bir yabancı yatırım tanımı bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk dahi yabancı yatırımın tanımını yapmaktan bilerek ve isteyerek hala kaçınmaktadır.² Bu kaçınma hali, zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Zira, günümüzün değişken ve sürekli gelişen çağında ülkeler yabancı yatırımlar hususunda oldukça hassas davranmakta ve çoğunlukla birbirleriyle iki taraflı yatırım antlaşmaları imzalamak suretiyle yabancı yatırıma olanak sağlamakta, sağlanan bu olanak dahilindeki iki taraflı yatırım antlaşmalarında ülkeler hangi yatırım tipi ve çeşitlerinin yabancı yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceğini anlaşma maddeleri içerisinde kendileri belirlemektedirler. İki taraflı yatırım antlaşmalarının sıklıkla korunan “yatırımların” ayrıntılı ve geniş kapsamlı açıklamalarını içermesinin sebebi günümüzde artık gerçek yada maddi mallar ile kısıtlanamayan modern yatırımların çeşitliliği nedeniyle gerekli hale gelmiştir.³

¹ Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000 s.1.

² TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s.1.

³ POGANY, Istvan, “Bilateral Investment Treaties: Some Recent Examples”, ICSID Review, 1987, s. 458.

Örneğin, “Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma”nın⁴ 1. Maddesinin (c) fıkrası iki ülke arasındaki uzlaşma dahilinde kabul edilmiş yatırımları belirtmiştir.

“(c) "Yatırım", bir Tarafın vatandaşları veya şirketlerince dolaylı veya dolaysız mâlik olunan veya kontrol edilen ve mal varlığı, özvarlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım sözleşmeleri dahil, diğer Tarafın ülkesindeki her türlü yatırımı ifade eder ve aşağıdakileri ihtiva eder:

(I) İpotek, ihtiyati haciz ve rehin gibi haklar dahil olmak üzere maddi ve gayrimaddî her türlü mameleki;

(II) Bir şirketi veya hisse senetlerini veya bir şirketteki başka menfaatleri veya mal varlığından doğan diğer menfaatleri;

(III) Bir para alacağını veya ekonomik değeri olan ve bir yatırımla ilişkili bulunan bir işlemin yapılması talebini;

(IV) Telif hakları, patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstri tasarımları, ticari sırlar ve "know-how" ve peştemaliye dahil, fikri ve sınai mülkiyet haklarını;

(V) Kanun veya sözleşme ile elde edilen her türlü hakkı ve kanuna uygun olarak sağlanan tüm lisans ve izinleri;

(VI) Hasılatın ve kredi anlaşmalarından doğan anapara ve faiz ödemelerinin yeniden yatırımı”

Çalışmamızda yabancı yatırımın gerek ulusal gerek uluslararası hukuk dahilinde belirli ve kesin bir tanımının bulunmadığını belirtmiş olsak da yabancı yatırımdan söz edebilmek için belirli unsurların varlığı sabittir. Bu unsurlardan ilki yatırımcı, ikinci unsur kendi ülkesinin dışında bulunan yatırımcının kendisini hukuki

⁴RG. T. 13.8.1989, S. 20251

ilişki içinde bulunduğu ev sahibi devlet (host state)⁵, üçüncü unsur ise kaynak devlet (home state)⁶ yani yatırımcının tabi olduğu devlettir.⁷

Uluslararası hukuk her ne kadar yabancı yatırım tanımı hususunda genel ve ortak bir tanım belirleyememiş olsada ülkeler ve uluslararası kuruluşlar yabancı sermaye tanımını yapmak hususunda çekimser davranmamışlardır.

Hazine Müsteşarlığı'nın 2002 yılında yayınlanan Yabancı Sermaye Raporu'nda yer alan tanıma göre yabancı sermaye:

- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl döviz ve efektif cinsinden nakdi sermayeyi,
- Yabancı sermayeli kuruluşlarda, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin hissesince tekabül eden kar, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri ile lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchise anlaşmaları karşılığında ödenecek meblağların, dış kredi anapara ve faiz ödemelerinin transferi veya transfer edilebilir değerleri,
- Makine, teçhizat, alet ve bu mahiyetteki mallar, makne aksamı ve malzeme ile Hazine Müsteşarlığı'nın sermaye payı olarak kabul edeceği meblağları,
- Patent ve ticari marka gibi fikri haklardan müsteşarlıkça kabul edilenleri ifade eder.⁸

OECD⁹'ye göre ise yabancı sermaye:

⁵ Uluslararası yatırım hukukunda ev sahibi devlet önemli bir rol oynamaktadır. Yabancı sermaye yatırımlarının ev sahibi devlet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri dahilinde gelişen bu önem ülkelerin ulusal hukuklarında da zaman zaman etkisini göstermekte ve ülkeler yatırımcıyı ülkelerine çekebilmek için ulusal mevzuatlarında yabancı yatırımcı lehine değişikliklere gidebilmektedirler.

⁶ Uluslararası yatırım hukukunda kaynak devlet unsurunda önemli bir konum teşkil etmektedir. Kaynak devletler çok uluslu şirketleri denetlemek dışında sağlanacak teşvik hususunda da katkı sağlamaktadırlar.

⁷ **TİRYAKİOĞLU**, s.1

⁸ T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, Yabancı Sermaye Raporu 2002, http://www.ekonomi.gov.tr/upload/FA81924E-D8D3-8566-4520906C63D3C6E0/2002_Rapor.pdf. (Bundan sonra Yabancı Sermaye Raporu olarak anılacaktır.)

⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) 1961 yılında Avrupa İktisadi İşbirliği Örgütü'nün (OECC) yerine kurulmuştur. Dar anlamda bir iktisadi birleşme hareketi sayılmamaktadır ve temel amacı batılı ülkeler arasında iş birliği ve dayanışma sağlamaya yöneliktir. OECC'nin devamı olarak ilk kurulduğunda, üye ülkelerin ekonomilerinin güçlenmesine yardımcı olmak, ekonomik etkinliğini arttırmak, piyasa mekanizmasının aksaklıklarını gidermek, sanayileşmiş ve az gelişmiş ülkelerde hızlı büyümeye yardımcı olmak hususunda amaçları olan OECD kuruluşundan sonra geçen zaman içinde ilgi alanını genişletmiş ve yeni konularla ilgilenmesinin yanında Batılı sanayileşmiş ülkeler arasında birlik, dayanışma ve

- Yabancı yatırımcının şirketin dağılmayan ve yatırıma tekrar aktarılan kazançlardaki payını,
- Yabancı yatırımcının nakit veya aynı sermaye yoluyla ana şirketten hisse ve borç senetleri(kısa, orta ve uzun vadeli borç senetleri) alımını,
- Yabancı yatırımcının şirkete sağladığı kredileri,
- Yabancı yatırımcının şirketten nakit dışı makine ve üretim hakları alımlarını,
- Yabancı yatırımcının sağladığı ticari ve diğer kredileri içermektedir.¹⁰

Tüm bu tanımlar dahilinde yabancı sermaye bir ülkedeki mevcut sermaye stokuna başka bir ülkenin sahipliğini ifade eden ve yabancı sermaye alanı ülkeleri ileride geri ödemek üzere farklı ülkelerden çeşitli sektörlerde kaynakları ekonomisine katan değer durumunu ifade eder¹¹.

Uluslararası alanda bütünlük bulan özel sermaye hareketleri üç grup içinde adlandırılmaktadır. Çalışmamızda detaylıca değinileceği üzere bu hareketler; banka kredileri, portföy yatırımları ve doğrudan yabancı sermaye yatırımlarıdır.

II. YABANCI YATIRIMCI TANIMI

Mevzuatımızda yabancı yatırımcı tanımı 17.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu¹² (DYYK) ile tanımlanmıştır.

DYYK'nın 2. Maddesinin a bendine göre Türkiyede doğrudan yatırım yapan,

- Yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler
- Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları

işbirliği sağlayan, bu ülkelerin ekonomik ve siyasal konularda görüşlerini belirleyip uyumlaştırmaya aracılık eden bir kuruluş halini almıştır. OECD içinde ortak kararlar alınmasında ve ortak tutumlar belirlenmesinde sekiz ülkenin önemli rolü vardır. Bu ülkeler ABD, Kanada, Japonya, Fransa, Almanya, İtalya, Rusya ve İngiltere'dir. Bir örgüt olarak OECDnin en üst organı üyeleri için bağlayıcı kararlar almak yetkisine sahip olan 'Konsey'dir. Ayrıca Konsey'e bağlı çalışmalar yapan bir Yürütme Komitesi vardır. Örgütün yönetim görevi ise Sekreteryası tarafından yerine getirilmektedir.

¹⁰ Yabancı Sermaye Raporu, s. 11.

¹¹ **ARIKAN**, Deniz, Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, İstanbul 2006, s. 6.

¹² RG. T. 17.6.2003 S. 25141.

- Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar;

yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Konumuzla ilgili yasanın getirdiği en büyük yenilik yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yapacağı yatırımları da yabancı yatırım kapsamına dahil etmiş bulunmasıdır.¹³

Uygulama Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre¹⁴ yurtdışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izniyle belgeleyen Türk vatandaşları kanunun uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar.

Mevzuatımızda yabancı yatırımcıyla ilgili olarak, TPKKHK göre çıkarılan 32 sayılı kararda da konumuzla ilgili hüküm bulunmaktadır. Kararın 2.maddesinde yurt içinde ikamet edenler belirlenerek bunun dışındakiler Türkiye dışında ikamet edenler olarak kabul edilmiştir.

DYYK hukukumuzda farklı biçimlerde tanımlar arz eden yabancı yatırımcı hususu konusunda çelişkilere ve yanlış anlamalara son verme amacı gütmüş, kanun gerçek kişiler tarafından hem yabancı devlet vatandaşlarını hem de yurt dışında ikamet eden türk vatandaşlarını kanundaki diğer hususları yerine getirmeleri halinde yabancı yatırımcı olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Yasanın amaç maddesinde¹⁵de belirtildiği gibi Doğrudan Yabancı Yatırımların özendirilmesi yabancı yatırımcı tanımının kapsamının genişletilmesiyle de sağlanmaya çalışılmıştır.

¹³ ÇELİKEL, Aysel/GELGEL (ÖZTEKİN), Günseli, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2011, s. 159.

¹⁴ “DYYK Uygulama Yönetmeliği” (RG. T. 20.8.2003 S. 25205)

¹⁵ “Bu Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemektir. Bu Kanun, doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak muameleyi kapsar”.(DYYK m.1).

III. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIM VE PORTFÖY YATIRIMLARI

1. Doğrudan Yabancı Yatırım

Doğrudan yabancı yatırımlar, ülke ekonomilerinin gelişmesin önemli bir rol oynamakta ve ekonomik refahın yükselmesinde pay sahibi olmaktadır.¹⁶

Doğrudan Yabancı Yatırım¹⁷ taşınır varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye bu varlıkların sahibinin kısmen yahut bütün olarak denetimi gözetiminde ekonomisine katıldığı ülkenin refahını yükseltmek için kullanımı amacıyla transfer bütünü olarak tanımlanır.¹⁸

Doğrudan Yatırım (Direct Investment)

- Bir ülkede bir firmayı satın almak veya yeni kurulan bir firma için kuruluş sermayesini sağlamak,
- Veya yeni kurulan bir firma için kuruluş sermayesini sağlamak,
- Veya mevcut bir firmanın sermayesini arttırmak yoluyla

Yatırım yapılan ülkede bulunan firmalar tarafından başka bir ülkede bulunan firmalara yapılan ve kendisiyle birlikte teknoloji, işletmecilik bilgisi ve yatırımcının kontrol yetkisini de beraberinde getiren yatırımdır.¹⁹

2. Portföy Yatırımı

Portföy yatırımları²⁰ genellikle, şirket varlıklarında bir faiz göstergesi olarak serbest şekilde dolaşan fakat varlıkları üretken bir yatırıma koyma durumun da

¹⁶ SEID, Sherif H., Global Regulations Of Foreign Investment, Hampshire 2002, s. 3.

¹⁷ Konuyla ilgili farklı doğrudan yabancı yatırım tanımları için ayrıca bkz. BAYRAKTAR, Fulya, Dünya ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, Ankara 2003 s. 5; SEYİDOĞLU, Halil, Uluslararası İktisat İstanbul 2009 s. 600; TİRYAKİOĞLU, s.2; ARIKAN, s. 9; Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000 s.1; “OECD Benchmark Definition Of Foreign Direct Investment”, OECD Publications, Paris 1999, s.8, <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2090148.pdf>.

¹⁸ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, The International Law On Foreign Investment, Cambridge 1996, s.4.

¹⁹ KARLUK, Rıdvan, Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyüme Katkısı, s. 100-101; <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermyat.doc>.

girmeyen hatta yönetime katılmada sahibini ilgilendirmeyen bir yatırım olarak tanımlanır²¹

Portföy yatırımları tasarruf sahiplerinin hisse senedi ve tahvil satın alımı biçiminde gerçekleşir. Hisse senetleri, temsil ettikleri paylar ölçüsünde, onu çıkartan işletmelerin mülkiyetine ortaklık hakkı sağlar; dolayısıyla yatırımcı şirket karından bir pay alır. Tahvillerde ise durum farklıdır. Tahviller bir çeşit ödünç fon elde etme araçları olduklarından ortaklık hakkı sağlamazlar, bu durum dâhilinde tahvil sahibi ödünç verdiği fonlar karşılığı belirli bir faiz gelinine sahip olur.²² İşte bu portföyler dünyanın herhangi bir yerindeki menkul kıymetler borsasından satın alınabilir ve ne kadar elde tutulacağı konusunda da belirli bir sınırlama yoktur. portföy yatırımlarında bu enstrümanı elinde tutan yabancıların tek niyeti, bu portföyleri elinde tuttuğu sürece elde ettiği getiriye alıp değeri yükseldiğinde satmaktır.²³

Kısa vadeli sıcak para hareketleri niteliğindeki bu yatırımlar özellikle kriz dönemlerinde buldukları ülkeden ani sermaye çıkışı eğilimleri göstermekte ve ülke ekonomilerini olumsuz yönde etkilemektedirler. Bu çekinceler nedeniyle portföy yatırımları ülkeler tarafından zaman zaman sakıncalı görünmekte, faaliyet alanları ve payları kısıtlanmaya çalışılmaktadır.²⁴

3. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Portföy Yatırım Farkı

- 1) Yatırım yapılan ülkeler açısından yabancı yatırımların kazandırdığı değerlerin zamanlaması açısından farklılıklar bulunmaktadır. Yüksek likidite özelliğine sahip olması nedeniyle herhangi bir istikrarsızlık durumunda portföy yatırımları ülkeden kolayca çıkış yapabilmektedir. Doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının ise likiditesi düşük olduğundan ani geri dönüş olanakları bulunmamaktadır.²⁵ Doğrudan yabancı yatırımlara göre çok daha

²⁰ Konuyla ilgili farklı portföy yatırım tanımları için bkz. **BAYRAKTAR**, s.5; **KARLUK**, s.100; Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 1.

²¹ **SORNARAJAH**, Muthucumaraswamy, "Portfolio Investments and the Definition of Investment", ICSID Review, 2009, s.516; Komisyon Raporu, s.1.

²² **SEYİDOĞLU**, s. 602

²³ **SORNARAJAH**, Portfolio Investments, s. 516

²⁴ İSO, Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Türkiye - Durum Tespiti ve Stratejik Plân, İstanbul 2002, s.9

²⁵ **BAYRAKTAR**, s. 13.

hareketli ve değişken nitelikte olan portföy yatırımları ülkeyi terkettikten belli bir süre sonra tekrar geri dönebilme özelliği göstermekte fakat doğrudan yabancı yatırımlar için genellikle bu durum söz konusu olmamaktadır.²⁶

- 2) Doğrudan yabancı yatırımlar ile portföy yatırımlarını birbirinden ayıran diğer bir unsur ise denetimdir. Doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcı şirketin denetimi ve idaresi üzerinde etkilidir. Bu hak elinde hisse senedi bulunan yatırımcının şirket genel kurulunda vereceği oylarla kullanılır.²⁷ Portföy yatırımlarında ise yatırımcı şirketin denetimi ve idaresi üzerinde etkisi olmaksızın şirketin payına sahip olabilmektedir.²⁸
- 3) Doğrudan yabancı yatırım çoğunlukla sermaye ile birlikte farklı faktörleri de içerir. Doğrudan yabancı yatırımlar ülkeye girerken maddi ve maddi olmayan kaynaklardan oluşan bir bütünlük dâhilinde giriş yaparlar, bu bütünlüğün içine döviz, makina, donanım, donatım, teknoloji, Know-how ve pazarlama kanalları dâhildir.²⁹ Bu tr bir yatırım yapacak olan yabancı yatırımcı çok büyük riskleri göze almak suretiyle ev sahibi ülkeye gelmektedir.³⁰ ev sahibi ülkede yabancı yatırımcının fiziki mecburiyetini gerektiren doğrudan yabancı yatırım fabrika ve diğer ekipmanlar kadar personelin korunması hususunda da portföy yatırımlarında farklı özellikler gösterir.³¹ yukarıda da belirttiğimiz gibi portföy yatırımların ani çıkış özelliği bahsettiğimiz konu dahilinde “risk” faktörü dahilinde de doğrudan yabancı yatırımlardan ayrılır.
- 4) Doğrudan yabancı yatırımları yapan unsurlarda birbirinden ayrı ve farklı özellikler gösterir. Doğrudan yabancı yatırımlar büyük ölçüde çok uluslu şirketler tarafından yapılırken portföy yatırımlarını yapanlar ise genellikle

²⁶ SEYİDOĞLU, s. 603

²⁷ SEYİDOĞLU, s. 602

²⁸ ÇELİKEL/GELGEL (GÜNTEKİN), s. 153

²⁹ SEYİDOĞLU, s. 602

³⁰ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, s.169
https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcmb.gov.tr%2Fyeni%2Fevds%2Fyayin%2Fkitaplar%2Fkitap%2Fdogrudan-yabyatirimci.doc&ei=kvrfUYmyFYTo4QS38IDIDQ&usg=AFQjCNG_PTED9K2A9nGQVtV1-Jy4GQzW8w&cad=rja

³¹ TİRYAKİOĞLU, s.3

finansal kurumlar, kurumsal yatırımcılar ve ya doğrudan doğruya bireysel yatırımcılardır.³²

4. Doğrudan Yabancı Yatırım Tarihsel Süreci

Yabancı yatırımların tarihsel gelişimi çok eski zamanlara dayanmaktadır. Sömürgecilik döneminden itibaren yabancı yatırıma önem veren gelişmiş ülkeler, dünya tarihinin geçirdiği evrimler, devrimler ve savaşlar neticesinde yabancı yatırım kriter, çeşit ve kaynaklarında süreç içerisinde değişikliklere gitselerde yabancı yatırım dünya ekonomisi açısından her zaman önemini korumuştur.1800'lü yıllarda doğal ve tarımsal kaynaklarla başlayan yabancı yatırım süreci günümüze gelindiğinde çeşitleri oldukça artan farklı biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Özetlemek gerekirse 1800-1890 yılları arasında yün, petrol, mineral, kauçuk, maden, meyve üzerine evrilen yatırım eğilimi doğal ve tarımsal kaynaklar üzerinde yoğunlaşmıştır.³³ Sonraki dönemlerde 1945 yılına kadar olan süreç içerisinde ulaştırma, kimyasal maddeler, motorlu taşıtlar ve savunma sanayii üzerine eğilim gösteren yabancı yatırım süreci 2. Dünya Savaşı'nın bitimiyle beraber bambaşka bir görünüme bürünmüş, etkileri günümüzde hala süren ve değişerek gelişen yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur.

a. 18. yy. – İkinci Dünya Savaşı Arası Dönem

Yabancı yatırımların başlangıç safhası 18. ve 19. yüzyılda sömürge devletler üzerinde gerçekleşen mali hareketler üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu zaman zarfı içerisinde emperyalist devletlerin hâkimiyeti yabancı yatırımların özünü oluşturmakta ve yatırım çeşidi olarak ucuz iş gücü kullanımı, üretim ve doğal kaynaklar yapılanması olarak bilinmektedir. 1800'lü yılların ilk yarısında İngiltere'nin "sömürge" lerinde anavatanda gelişen sanayinin ihtiyaç duyduğu hammaddelerin ve özellikle madenlerin ve petrolün çıkarılması için bu ülkelerdeki girişimleri ise pek çok otorite tarafından yabancı sermaye yatırımlarının başlangıç

³² SEYİDOĞLU, s. 603.

³³ BAYRAKTAR, s. 7.

hamlesi olarak değerlendirilmektedir.³⁴ Tek yanlı fayda teoremi üzerinde gerçekleşen bu yatırımlar çoğu koloni ülkelerinde tarımsal bazlı sektör dahilinde avrupalı güçler tarafından oluşturulmuştur. Bu kolonilerin çoğu kendi kendine yeterli şekilde faaliyet gösteren tarımsal ekonomilerdir. Sömürgeci güçler bu arazileri önce tarımsal amaçlı ihraç edilecek ürün elde etmek için kullanmışlardır, örneğin Sri Lanka'da bu adaya asla özgü olmayan kakao, kauçuk ve çay üretimi gerçekleştirmişlerdir.³⁵

Sömürge hukuk sistemlerinin emperyalist güçlerin hukuk sistemlerine entegre olması ve emperyalist sistemin sömürgelere doğru gerçekleşen yatırımlar dahilinde hali hazırda yeterli ve ihtiyaç duyulan korumayı sağlaması sebebiyle yabancı yatırıma dair uluslararası hukuk zaruriyeti bu dönem içerisinde ihtiyaç göstermemiştir.³⁶ Emperyalist sistem bu zaman zarfı içerisinde sermaye hareketlerinin ve kontrolünün korunmasını kendi içinde garanti ve teminat altına aldığı için yabancı yatırımların korunmasıyla ilgili gerek ulusal gerek uluslararası hukuk mevzuatında yeni bir değişiklik ihtiva eden hususlar ile ilgilenmemiştir.³⁷

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi özüne aykırı faaliyetle tarımı yapılan araziler üzerindeki üretim değişikliği araziye ele geçiren büyük sömürgeci şirketleri de etkilemiş ve üretimden doğrudan sorumlu olmayan dikey organize endüstriler kurulmuş, bu kuruluşlar ve güçler sadece tarımsal hâkimiyetleri altındaki ürünlerin üretilmesini değil aynı zamanda bu ürünlerin Avrupa piyasalarına satışını da organize ve kontrol etmişlerdir.³⁸

Bu dönem içerisinde üretim sektörü de koloni güçlerinin kendi ülkelerinde kurulan ve tamamıyla kendilerine ait olan şirketlerin iştirakleri yoluyla çalışmakta, örneğin British India Company ve Dutch East India Company gibi devasa şirketler kendi ülkelerindeki sermaye birikimleriyle organize olarak kurulmaktadırlar. Fakat bu şirketler günümüzün çok uluslu şirketlerinden farklı bir yapıda hareket etmekteydiler. İletişim ve diğer imkânların kısıtlılığı nedeniyle geçmişte bu şirketlerin iştiraklerinin kendi kendilerine işletilmesinde yöneticiler için çok geniş bir alan sorumluluğu doğduğundan ana şirketten gelen talimatlar iletişimdeki zorluklar

³⁴ CÖMERT, Faruk, "Yabancı Sermayenin Dünü, Bugünü ve Geleceği ", Hazine Dergisi, S.12, Ekim 1998, s. 1-3.

³⁵ SORNARAJAH, s. 33.

³⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 5.

³⁷ SORNARAJAH, s. 9.

³⁸ SORNARAJAH, s. 33.

yüzünden yeterince uygun bir yönetim biçimi ve talimat kontrol alanı oluşturamıyorlardı.³⁹

Modern çok uluslu şirketlerle mukayese edildiğinde merkezi kontrol ve politika belirleme etkinliğinin yetersizliği yüzünden politika ana şirket tarafından belirlenmekte ve iştiraklerden sürecin yürütülmesi beklenmekteydi. Merkezden belirlenen bu tür politikalar ile ev sahibi devletin iştirakinin politikaları bu süreç zaafiyeti yüzünden sekteye uğramakta ve sorunlara sebep olmaktadır.⁴⁰

Çalışmamızın ileriki safhalarında detaylandırılacağı üzere kontrol, çok uluslu şirketler ile ev sahibi devlet arasındaki uyumsuzlukların can alıcı noktasını halen oluşturmakta, dünya tarihinin çok eski yıllarına kadar uzanan, sömürge döneminden beri şirketler ve ev sahibi devletler arasındaki yatırım akışları kontrol mekanizmasına bağlı kalmakta, geçmiş dönemlerde çıkarılan dersler gerek yatırımcı gerek ev sahibi devletler hukuklarında kendine yer bulmayı sürdürmektedirler.

b. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem

19. yüzyılda aslında 20. Yüzyılın ortalarına kadar uluslararası yatırım prensip olarak dolaylı portföy yatırımları anlamına gelmekteydi. Doğrudan yabancı yatırımcı ise hammedeyle yönlendirilen faaliyetlerde ve belirli bölgelerde merkezleştirilmiş yatırım faaliyetlerinin nispeten daha küçük bir kısmıydı. Durum savaş arası dönemde değişmeye başlarken 2.Dünya Savaşı'ndan sonra şu an doğrudan yabancı yatırım ile ilişkilendirmeye çalıştığımız tutum ve fikirler açığa kavuşmuştur.⁴¹

1945 ve 1975 arası doğrudan yabancı yatırıma karşı bakış açısı ülke ülke hatta bölge bölge farklılıklar göstermektedir. Gelişmekte olan ülkeler bakımından millileştirme ve milliyetçilik hareketlerinin başlangıcına rastlayan bu zaman zarfında sömürge döneminden gelen olumsuzluklar neticesinde doğrudan yabancı yatırımlara karşı olumsuz görüş ve çekinceler yatırım ikliminin temelini oluşturmuştur.

³⁹ SORNARAJAH, s. 34.

⁴⁰ SORNARAJAH, s. 34.

⁴¹ FATOUROS, Arghyrios A., "Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?", ICSID Review, 1995, s. 184.

Millileştirmeler sırasında sadece komünist blokta değil Fransa ve Birleşik Krallık gibi batı ve Avrupa ülkelerinde de milliyetçilik hareketleri hakim olmuş, yerli ve yabancı ayrımı gözetilmemiştir.⁴²

Böylece 1950 ve 1960' larda aslında 1970'lerin sonuna kadar ülkelerin birçoğu kendi doğal kaynaklarının kamulaştırılması üzerindeki yabancı kontrolünün ve anahtar endüstrilerin yürütülmesinin ekonomik yararlar ve ekopolitik bağımsızlıktan alı koyacağından korkmuş doğrudan yabancı yatırımdan destek alan karma ekonomiye sahip ülkelerde bile doğrudan yabancı yatırım üzerinde ulusal kontrolü gözeten ve güvence almaya yönlendiren kanun ve politikalar üstün gelmiştir.⁴³

Bu zaman zarfı içerisinde yatırım ihraç eden ülkeler kendilerini savunmya geçmiş halde bulmuşlardır ve kendi doğal kaynakları üzerinde tekrardan kontrolü ve denetimlerini arttırmak istemişlerdir. Birleşmiş milletler gibi çok uluslu örgütler de ekonomik gelişmenin farkında olup konuya dahil olmuşlardır.⁴⁴

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarından sonra 1952 yılan kadar geri dönerek 1962 yılındaki fikir birliğiyle uyarlanan 1803⁴⁵ nolu kararı ile ilgili yatırımlar üzerinde devletleştirme ve kontrol etme haklarında dahil olmak üzere insanların ve devletlerin kendi doğal kaynaklarındaki haklarını tanımıştır. Karşı görüşler arasında başlıca bir anlaşma olan karar, uygun tazminatın ödenmesi hususunda da yabancı yatırımcılar ve devletler arasında uzlaşmaları adına ileri bir aşamayı oluşturmuştur.

5. Doğrudan Yabancı Yatırım Çeşitleri

Günümüzün değişken ve sürekli gelişen ekonomik şartlarında doğrudan yabancı yatırımlar gerek güvenilirlikleri gerek ekonomik büyüklükleri dolayısıyla çok uluslu şirketlerce gerçekleştirilmektedir.

⁴² TIRYAKIOĞLU, s. 8.

⁴³ FATOUROS, s. 184.

⁴⁴ FATOUROS, s. 185.

⁴⁵ "Permanent Sovereignty over Natural Resources", UNGA Resolution 1803(XVII) of 1962: ILM., 1963, vol. 2, s. 224, <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/c2psnr.htm>.

Bu şirketler ana merkezlerinin dışında kalan ülkelerdeki şubeleri(veya bağlı şirketler) kanalıyla üretim faaliyetlerini gerçekleştirirler. Çok uluslu şirketlerin doğrudan yabancı yatırım yapma türlerinden biri (Green Field Investment) Yeşil Alan Yatırımları adı altında sıfırdan başlayarak tamamen yeni bir fabrika veya sermaye tesisi kurmakla gerçekleşir.⁴⁶

Bir diğer çok uluslu şirket doğrudan yabancı yatırım çeşidi ise yabancı ülkede halen mevcut bir tesisi devralmak suretiyle gerçekleşir ve şirket birleşmeleri(Merger) veya şirket satın alımları (ACQUISITION) biçiminde değerlendirilir. Şirket birleşmeleri şirket evliliği olarak da adlandırılır. Bu durumda iki şirket eşit şartlarda birleşerek tek şirket haline gelmektedir. Şirket satın alımı durumunda ise bir şirketin yabancı ülkedeki başka bir şirketin sahip olduğu hisse senetlerin %100 ünü veya çoğunluk hissesini satın almak suretiyle onu kendi bünyesine katması söz konusudur.⁴⁷

Ulusal mevzuatımızda yabancı yatırımcının Türkiye’de hangi hukuksal seçenekler ile yatırım yapabileceği bellidir. Bu yatırım süreçlerinden ilki yabancı yatırımcının Türkiye’de Türk ortaklığı kurması olarak gerçekleşmektedir. Bu tip yatırım sürecinde Türk Ticaret Kanunu Türkiye’de yapılacak yatırım ve inşa edilecek ortaklıklar için herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Sadece yabancıların ortaklık sağlayacağı bir ortaklığın kurulmasında hukukumuzda engel bulunmamaktadır. Lakin bazı iş kollarında yatırımda bulunacak ve çalışacak ortaklıklarda Türk ortağın bulunması şartı aranmaktadır.⁴⁸

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği madde 9 da: “yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu’nda düzenlenen adi şirketlerdir” açıklaması TTK ve borçlar kanundaki şirket türlerinin kanun tarafından ihtiva edildiğini göstermektedir, nitekim ilgili maddenin 2. fıkrasında yer alan : “Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, Kanun’un uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar.” Hükmü de bu kuralın altını çizen bir ifade oluşturmaktadır.

⁴⁶ SEYİDOĞLU, s. 601.

⁴⁷ SEYİDOĞLU, s. 601.

⁴⁸ ÇELİKEL/GELGEL (ÖZTEKİN), s. 157.

Yabancı yatırım lisans, Know-how, teknik yardım ve yönetim anlaşmaları yoluyla da ülkeye girebilir.⁴⁹

Günümüzde doğrudan yabancı yatırımların en çok tercih ettikleri yatırım çeşitlerinden biri de tercih edilen çalışma biçimi olarak yabancı yatırımcının girişinin ev sahibi devletin ekonomisine faydasını maksimize eden ortak girişimler “Joint Ventures”⁵⁰ şeklindedir.⁵¹ Bir tek iş için ve süre ile sınırlı olmak üzere adi ortaklık kurularak yapılan Joint Ventures yerel ortakla yaptığı işbirliği ile bazı karların ev sahibi ülkede kalmasını garantilediği gibi yerel iştirakçi teknolojinin yanı sıra işletme kültüründe de uzamanlaşır ve eğer bir devlet kuruluşu ortak ise bu yatırım üzerindeki yerel kontrol etkin şekilde sağlanır.⁵²

Son tahlilde yabancı yatırım ülkeye gelirken hangi yolu benimserse benimsesin doğrudan yabancı yatırım akışının esnekleştirilmesi ve faydalarının artırılması bakımından kaynak ülke ve ev sahibi ülke politikaları beraberinde uluslararası finans kuruluşlarının girişim ve çabaları da bu politikaların başarıya ulaşmasında dengeleyici rol oynamaktadır.⁵³

6. Doğrudan Yabancı Yatırımların Ev Sahibi Ülkeye Etkileri

a. Ev Sahibi Ülke Kavramı

Yabancı yatırımı mualif olan düşünceye dayayan mutlak düzenleme sistemi artık geride kalmıştır. Onun yerine yabancı yatırıma uygun olan ve yatırımın yapıldığı ülkeye yarar sağlayan bir sistem kurulmuştur.⁵⁴

Devletler artık bu tür yatırımların kendilerine yarar sağlayabileceklerini düşündüklerinden doğrudan yabancı yatırıma karşı oldukça olumlu tutum ve davranışlar sergilemektedirler. Birleşmiş Milletler raporunda gelişmekte olan

⁴⁹ ÇELİKEL/GELGEL (ÖZTEKİN), s. 158.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), 1. Baskı, Temmuz 2009, s. 85 - 92

⁵¹ SORNARAJAH, s. 34.

⁵² SORNARAJAH, s. 34.

⁵³ SHIHATA, Ibrahim F. I., Legal Treatment of Foreign Investment : The world Bank Guidelines, (Legal Treatment), Dordrecht 1993, s.12.

⁵⁴ SORNARAJAH, s. 91.

ülkelerde yabancı yatırım mevzuatına ilişkin eğilimleri şu şekilde açıklamıştır: “1970’lerin başında ekonomik gelişim merkezleri ve gelişmekte olan dünyanın ulusaşırı kurumlarınca yatırımın alıcı olarak güçlenmiş pazarlık konumlarının desteklemesiyle, bu ülkelerin çoğu yabancı yatırım ve teknoloji için titiz düzenleyici rejimler uygulamaya koymuşlardır. Bu tür rejimlerin temel amacı yabancı kaynakların teşvik edilmesi yada akışını sağlamak değil, onları düzenlemektir. Diğerlerine ilaveten, bu düzenlemeler yabancı yatırımların incelenmesi ve kayıt altına alınması; belirli sektörlerde yabancı katılımın yasaklanması veya kısıtlanması; devirlerin kontrol edilmesi; belirli sektörlerde yabancı sermayenin azınlık hissesinin kısıtlanması; teknoloji anlaşmalarının belirli düzenlemeleri; kısıtlayıcı iş uygulamalarının yasaklanması ve ihracatlar ve iç ekonomiyle birleşmeye ilişkin gereksinimler gibi ulusaşırı kuruluşların iştirakleri için performans gereksinimleri için sağlanmıştı. Fakat 1970’lerin ortasına kadar, bu ülkelerin çoğu bu önceki rejimlerle belirgin açılardan ayrılan politikalar ve stratejileri yürürlüğe koymuştur. Tamamına bakıldığında bütün bu yeni politikalar yabancı yatırım akışını kolaylaştırmayı ve hızlandırmayı amaçlayan daha esnek ve faydacı bir yaklaşım sergilemiştir.”⁵⁵

Geleneksel olarak uluslararası yatırım hukukunun oluşmasında rol oynayan birinci grup ev sahibi devletlerdir. Günümüzde yabancı yatırımın asıl alıcısı olan gelişmekte olan ülkeler kendi ulusal mevzuatlarıyla yabancı yatırımı hem çekmek hem de denetlemek isterler. Ev sahibi ülkelerin yabancı yatırıma uygulayacağı genel muameleyi ifade edip tanımladığı için ülkelerin ulusal mevzuatları yabancı yatırımcı için oldukça önem arz etmektedir.⁵⁶

Bugün için uluslararası yatırım hukuku mevzuatında halen ev sahibi ülkenin ve yatırımcının haklarını düzenleyen çok taraflı bir uluslararası anlaşma bulunmamaktadır.⁵⁷ Ev sahibi devletler yabancı yatırımcıyı pek tabii denetlemek ve kontrol altına almak isterken yabancı yatırımcıda kendini ülkede doğabilecek ve oluşabilecek kamulaştırma, millileştirme, ekonomik kriz ve uygulanacak hukuk bakımlarından koruma altına almak istemekte, uluslararası yatırım hukuku bu

⁵⁵ SORNARAJAH, s. 91.

⁵⁶ TIRYAKIOĞLU, s. 25.

⁵⁷ FATOUROS, s. 188.

perspektiften hareketle teamül hukuku, uluslararası vasıtalar ve kuruluşlar, iki taraflı yatırım antlaşmaları dahilinde sorunlara çözüm aramaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi günümüzde pek çok ülke vergi indirimini veya muhafiyetleri ve diğer teşvik⁵⁸ ya da koruma vasıtaları ile ayrıca kamulaştırmaya karşı güvenceler ile yabancı yatırımı çekmeyi amaçlayan sürekli yenilenen ulusal mevzuatlarını doğrudan yabancı yatırımcıyı ülkesine çekebilecek nitelikte değiştirmektedirler.⁵⁹

Yabancı yatırımcı için ise ev sahibi ülkedeki ekonomik ve politik istikrar yanında, yabancı yatırımlara yönelik esnek politikalar oluşturan bir hükümetin varlığı ve yürütülen ulusal kalkınma programlarının akış hızı ev sahibi ülkeye yapılacak yatırımın belirlenmesinde her zaman önemli bir nitelik taşımaktadır.⁶⁰

b. Olumlu Etkileri

Yabancı yatırımların ev sahibi ülke ekonomisine tamamen yararlı olacağını savunan teoriler olduğu gibi bu görüşün tam tersi görüşte olan teorilerde mevcuttur.⁶¹

Yabancı yatırımların ev shibi ülke ekonomileri üzerindeki etkisi çalışmamızda daha öncede bahsettiğimiz üzere ev sahibi ülke koşullarına bağlı olarak farklılıklar göstermektedir. Ancak, genel anlamda yabancı yatırımın ev sahibi ülkeye olumlu etkileri şunlardır:

⁵⁸ Birçok devlet yabancı yatırımcıları kendi ülkelerine çekmek için vergi tatilleri ve diğer teşvikleri uygulamaktadır. Bu teşvikler genellikle, yüksek teknolojiyi getiren ve bölgesel merkezlerini buraya yerleştirenlerin içinde bulunduğu belirli katagorilerde bulunan yatırımcılar için mümkündür. Doğal olarak uluslararası hukukta bu tür vergi tatillerinin ve teşviklerinin verilmesini engelleyen herhangi bir husus bulunmamaktadır. Bu tür teşviklerin verilir verilmemesi gerektiği ise devlet yetkililerinin takdir yetkisine kalmıştır. Vergi teşvikleri yabancı yatırımcının yatırım yapıldığı ülkenin istediği gibi davranacağına dair bir güvence oluşturmanın da faydalı bir yoldur.

⁵⁹ **TİRYAKİOĞLU**, s. 25.

⁶⁰ **SHIHATA**, Ibrahim F. I., "The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and The Legal Treatment of Foreign Investment", Rec. Des Cours., 1987, T.203, s. 14.

⁶¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **DALRYMPLE**, Christopher K., "Politics and Foreign Direct Investment: The Multirateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", Cornell ILJ., vol. 29, 1996, s 177; **SEID**, s.17 **SORNARAJAH**, s. 43; **DALRYMPLE**, s. 178 **TİRYAKİOĞLU** s. 21.

- Ekonomik üretim kapasitesinin artması: yabancı sermaye ev sahibi ülkenin sermaye birikimine ve üretim kapasitesine dolaysız olarak katkıda bulunur.⁶²Yabancı sermaye kuruluşlar özellikle çok uluslu şirketlere dayalı olanları bir çok yeni mamülün üretim teknolojisini beraberinde getirdiğinden farklı konulardaki üretim değişkenliği ekonomi için büyük olanaklar sağlar.⁶³
- Yeni teknoloji ve üretim bilgisi getirme: yabancı sermaye tarafından gelişmekte olan ülkelere bu ülkelerde kamu kuruluşlarının ve özel sektörün sınırlı imkânlarıyla geliştirilecek yahut ithal edilecek kapasitesi ve verimliliği düşük teknoloji ile kıyaslanamayacak nitelikte teknoloji transferi sağlamaktadır.⁶⁴ Ev sahibi ülkeler yabancı işletmelerden kendi ülkelerinde araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunmalarını ve yerli personeli modern teknoloji ve işletmecilik konularında eğitmelerini beklerler.⁶⁵
- İhracatta arttırma: az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler yabancı yatırıma ülkeye giriş izni verirken bu firmaların ihracata yönelik üretim yapmalarını ön plana alırlar. Dış piyasalar konusunda uluslararası deneyimleri ve dünya üzerine yayılmış satış sistemleri sayesinde ev sahibi ülke yabancı şirketin bu faydalarından yararlanarak ihracatını arttırmayı amaçlar.⁶⁶
- Sermaye ve döviz girişi sağlama: gelişmekte olan ülkelerin karşı karşıya buldukları tasarruf açığı ve döviz sorunu karşısında yabancı sermayenin ülkeye getirdiği sıcak hemen yatırıma dönüşebilecek kaynak gelişmekte olan ülkeler için gerek tasarruf açıkları gerekse döviz olanaklarının sınırlı olması nedeniyle önem taşımakta ve kısa süre içerisinde ülkenin ödemeler dengesinin düzelmesine katkıda bulunmaktadır.⁶⁷

Yukarıda anlatılan ve açıklanan hususlar dahilinde gelişmiş ülkeler için kazanç sağlanabilecek yeni yatırım alanları bulmak, gelişmekte olan ülkeler için de

⁶² SEYİDOĞLU, s. 618.

⁶³ URAS, T. Güngör, Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, İstanbul 1979, s. 54.

⁶⁴ URAS, s. 55.

⁶⁵ SEYİDOĞLU, s. 618.

⁶⁶ SEYİDOĞLU, s. 619.

⁶⁷ URAS, s. 57.

sermaye yetersizliklerini gidererek kalkınma sağlamaları açısından faydalar sağlayan doğrudan yabancı yatırımlar uluslararası rekabet ekonomisinde yatırımların odak noktasını oluşturmakta ve ülkelere yararlar sağlamaktadırlar.⁶⁸

c. Olumsuz Etkileri

Genellikle çok uluslu şirketler aracılığıyla gerçekleştirilen doğrudan yabancı yatırımların yatırım yapılan ülkeler üzerinde olumsuz etkileri de olabilmektedir. Bu çerçevede, yabancı yatırımın ev sahibi ülkeye olumsuz etkileri şunlardır:

- Yerel gelişimlerin gelişmesi sürecinde içeride bulunan doğrudan yabancı yatırımların girişimleri ekonomik ve hukuken zorlayarak “köşeye sıkıştırma ihtimali”: doğrudan yabancı yatırımların yerel girişimleri köşeye sıkıştırması, bilgi edinmeyi aleyhte kullanarak ürün piyasalarında ve rakip faaliyetlerde yerel firmaların gelişmesini, güçlenmesini zorlaştırmak yahut serbest piyasa üzerinde yerel firmaların üretim faktörleri bazında erişimini güçleştirmek suretiyle gerçekleşebilmektedir.⁶⁹
- Kur dalgalanmalarına neden olma ve mali kriz süreci oluşturma: yabancı sermaye hem ülkeye girişi sırasında hem de ülke mali piyasasından çıkışı aşamasında ülke döviz piyasalarında dalgalanmalara sebep olabilir.⁷⁰ Sermaye transferi aşamasında ise doğrudan yabancı yatırımın en büyük kullanıcısı olan çok uluslu şirketler, ülkelere yaptıkları yabancı sermaye yatırımlarının çok üstünde bir kar transferi gerçekleştirerek ülke ekonomilerini zor durumda bırakabilmektedirler.⁷¹
- Transfer fiyatlandırması: doğrudan yabancı yatırımın en büyük kullanıcılarından olan çok uluslu şirketler bilindiği gibi şube ve merkez eksenli yönetim ve organizasyon biçimleridir. Çok uluslu bir şirketin farklı ülkelerdeki iki şubesi ile ana merkezi arasında yapılan mal ve hizmet ticaretinde uygulanan fiyatlara

⁶⁸ BAYRAKTAR, s. 17.

⁶⁹ BAYRAKTAR, s. 18.

⁷⁰ SEYİDOĞLU, s. 620.

⁷¹ URAS, s. 57.

transfer fiyatlandırması (Transfer Pricing)⁷² adı verilir. Çoğu kez bu şirketler tarafından üretilen ürünlerin nev-i şahsına münhasır nitelik taşımaları dolayısıyla çok uluslu şirketin bir şubesi ana merkezden veya başka bir şubeden satın aldığı mala çok yüksek, sattığı mala da çok düşük fiyatlar uygulayabilir. Bu yöntemle karlar yurtdışına, örneğin vergi oranı yatırım yapılan ülkeden daha düşük bir ülkedeki şubeye yönlendirilir. Neticede ev sahibi ülke hem nitelikli vergi kaybına uğrar hem de ülkeden sermaye çıkışı gerçekleşmiş olur.⁷³

- Teknoloji transferi: teknoloji transferi üzerinde olumsuz görüşün kaynağı gelişmekte olan ülkede sağlanan yüksek teknolojinin ülke menfaatlerini değil sadece o ülkedeki faaliyet alanındaki gelişmenin sürdürülmesi amancını kapsadığını, ülkeye faydası dokunacak teknolojinin değil de firmaya yararlı olabilecek teknolojinin transfer edildiği hususunda biçimlenmektedir.⁷⁴

Son tahlilde dünya ekonomi tarihinde yabancı yatırımların zaman zaman ev sahibi ülkeleri büyük kayıplara hatta sosyal huzursuzluklara sürüklediği durumlar yaşanmıştır. Günümüzün gelişen küresel ekonomik yapı ve şartları bu olumsuz etkileri minimize etmek üzere çareler üretme aşamasında ön plana çıkmaktadır.⁷⁵

§ 3. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER

I. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER TANIMI

Çok uluslu şirketlerin halen bütün yazarlar tarafından kabul edilen ortak bir tanımı⁷⁶ bulunmamaktadır. Birçok yazar çok uluslu şirketlerin farklı özelliklerini dikkate alarak bu şirketleri tanımlamaya çalışmaktadır. Çok uluslu şirketler (TNCs-

⁷² Daha ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/requirements.jhtml>.

⁷³ SEYİDOĞLU, s. 621.

⁷⁴ URAS, s. 56.

⁷⁵ SEİD, s. 11.

⁷⁶ Öğretide yapılan çok uluslu şirket tanımları için bkz. **ARIKAN**, s. 13; **ALPAR**, Cem, Çok Uluslu Şirketler ve Ekonomik Kalkınma, Ankara 1977, s. 24; **BAYRAKTAR**, s. 5; **URAS**, s. 37; **GHOSHAL**, Sumantra/ **BARTLET**, Christopher A. Academy of Management Review, 1990, Vol. 15, No. 4, 601.; **KAYIHAN**, Şaban, “Ticaret Hukukunun Küreselleşmesi Bakımından Yabancı Yatırımların Uluslararası Boyutuna Bakış”, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 409; **SEYİDOĞLU**, s. 600.

Trans National Corporations ya da MNCs – Multi National Corporations/Enterprises) en çok kabul edilen tanıma göre, en az iki ülkede üretim ya da ticaret faaliyeti gösteren şirketlerdir.⁷⁷

II. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN YAPISI

Çok uluslu şirketlerin organizasyon yapıları tek boyutlu şirketlere göre farklı özellikler barındırmaktadır. Çok uluslu şirketler çoğunlukla ana şirket (Parent Company) ve bağlı şirketlerden (Foreign Affiliates) oluşurlar. Ana şirket yavru şirketlerin yönetimini denetler, dış ülkelerdeki yavru şirketler ise ise buna karşılık olarak elde ettikleri kazançları ana şirket merkez bünyesine transfer ederler.⁷⁸

Çok uluslu şirketlerde pek tabiki bağlı şirket sayısı arttıkça, çözüm yönetim ve karar alma mekanizması ağı da karmaşık bir hal alır.

Şirketin bütünlüğüne ilişkin amaç ve faaliyetler ana şirket tarafından yönlendirilirken örneğin stratejik planlama, yatırım yapılacak ülke seçimi, şubeler arası ilişkiler, koordinasyon, yönetim planı gibi hususlarda yine ana şirket tarafından hayata geçirilmektedir.⁷⁹

Bağlı şirketlerdeki çalışanlar ve yöneticiler bu koordinasyon mekanizması sistematigi içerisinde hareket ederken çok uluslu şirket dinamikleri böylece üretim, pazarlama, strateji, know-how, finansman, sürdürülebilirlik ve araştırma-geliştirme departmanlarının bütünlüğü oluşturduğu entegre bir yapıya bürünür.⁸⁰

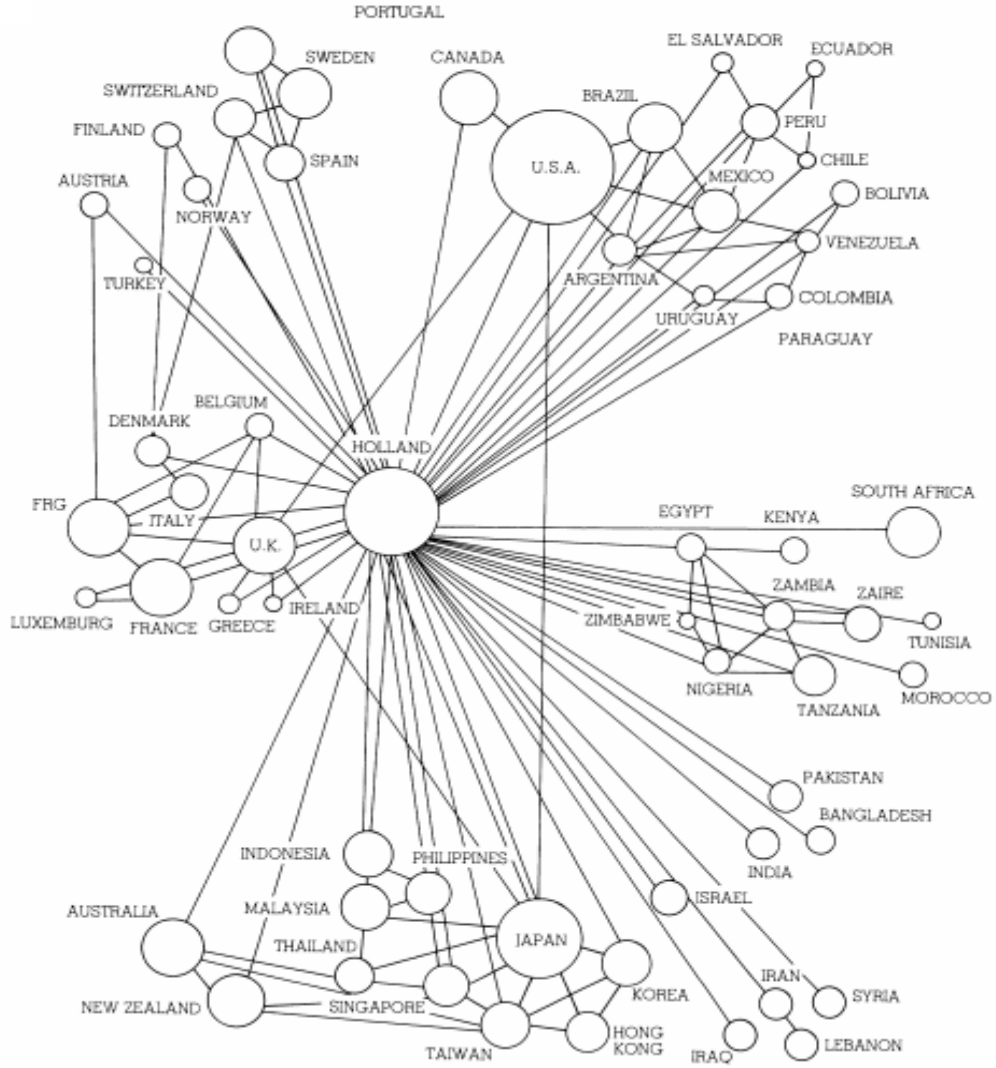
Çok uluslu işletmeler küreselleşen günümüz ekonomisinde dünyanın ayrı ayrı merkezlerinde aktive olmuş durumdadırlar. Bu aktivasyon süreci dahilinde unutulmamalıdır ki çok uluslu şirketlerin asıl amaçları maksimum faydayı minimum risk paralelinde sürdürmek olduğundan şubeler arasında mali, ekonomik ve örgütsel bazda farklılıklar bulunabilir.

⁷⁷ ROOT, Franklin R., International Trade and Investment, 7th ed. Cincinnati 1997, s. 575.

⁷⁸ SEYİDOĞLU, s. 622.

⁷⁹ SEYİDOĞLU, s. 626.

⁸⁰ ARIKAN, s. 17.



Yukarıdaki şemada⁸¹ çok uluslu bir şirketin ana şirket ve bağlı şirketler arasındaki ilişkileri gösterilmiştir.

Ana şirketin Hollanda menşeli yapılandığı bu şemada yukarıda da belirttiğimiz bağlı şirketler arasındaki mali, ekonomik ve örgütsel büyüklük farkları açık olarak görülmektedir. Bu karmaşık yapı bize gösterirki bağlı şirketler arasında büyüklük farklılıkları olabileceği gibi bu tip şirketlerin pek çoğunun ana şirketle direkt ilişkisi de bulunmayabilir.

Günümüzün küresel ekonomik şartlarında ve yukarıdaki şema ışığında değerlendirilecek olursa çok uluslu şirketler yapısı içinde sağlanan koordinasyon

⁸¹ GHOSHAL/BARTLET, s. 605.

dahilinde bağılı şirketler ana şirketle hatta bazı yönlerden diğere bağılı şirketlerle ülkeler arası sermaye, teknoloji ve kar transferlerini sürdürülebilir bir yapı içerisinde gerçekleştirmek amacıyla sürekli bir ilişki içerisinde dirler.⁸²

Çalışmamızda belirttiğimiz gibi çok uluslu şirketlerin tanımı konusunda birbirinden farklı özellikleri ve kriterleri temel alan yaklaşımlar olmakla birlikte son tahlilde çok uluslu şirketlerin ortak özellikleri maddesel bazda aşağıdaki gibi sıralanabilir⁸³

- Çok uluslu şirketler, adından anlaşıldığının aksine, birden çok ülkenin sahibi olduğu şirketler değil, fakat birden çok ülkede faaliyet gösteren şirketlerdir.
- Çok uluslu şirketler ürün ve hizmetlerin ev sahibi devlet ve kaynak devlet sınırlarının dışına çıkmasını gerçekleştirmekle birlikte faaliyetlerini global ölçekte planlarlar ve bütün dünyaya teknoloji, üretim, bilgi becerisini ihraç ederler.
- Çok uluslu şirketlerin asıl faaliyet alanları bir ya da birden çok mal veya hizmetin uluslararası düzeyde üretimi, dağıtımını ve pazarlamasının sermaye ve bilgi akışı yoluyla sağlanmasıdır.
- Çok uluslu şirketler yapısı içerisinde ana şirketten yabancı ülkelerdeki şubelere yönelik daimi olarak talimat ve denetim, şubelerden ana merkeze yönelik akış içerisinde ise ürün kar ve sermaye transferi, bilgi akımları gerçekleşir.
- Çok uluslu şirketler tüm faaliyetlerini merkezi kararlarla etkiler ve kontrol ederler; uzmanlaşılmal ve hizmetlerle ilgili olarak merkezi plan ve programlar şirket bütünlüğü açısından uluslararası düzeyde yapılır.

⁸² **ARIKAN**, s. 17.

⁸³ **SEYİDOĞLU**, s. 624-627; **AYAZ**, Mustafa, Çok uluslu şirketler ve Uluslararası Hizmet Ticareti, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1995, s.6-8; **ARIKAN**, s. 16; **İNCE SÜLU**, İpek, Doğrudan Özel Yabancı Sermaye Hareketlerini Etkileyen Faktörler ve Türkiye, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1993, s.11-12.; **GHOSHAL/BARTLET** s. 606-608.

- Oldukça yüksek üretim ve satış hacimleri çok uluslu şirketler faaliyet gösterdikleri ülkeler piyasaları içerisinde monopolcü ve oligapolcü durumları sayesinde etkinlik alanı sağlar.
- Çok uluslu şirketlerin güçlü sermaye yapıları vardır; modern ve üstün bir teknolojiye sahiptirler. Bu teknolojinin uluslararası yaygınlaştırılması şirketin merkezi karar organlarınınca kendi çıkarlarına, diğer bir ifadeyle tekelci konumlarına hizmet edecek şekilde yapılandırılır.
- Çok uluslu şirketler yöneldikleri ülkede yerel firmaları rekabet baskısı ile günümüz teknolojisi imkanlarını sunmaya öncülük etmekte ve gerek üretim kalitesi gerek kalifiye çalışan nitelikleri dahilinde kalite artırımını üzerinde öncü rol oynamaktadırlar.
- Çok uluslu şirketlerle onların doğduğu ülke arasında karşılıklı çıkarları gözetilecek şekilde işbirliği vardır. Bunlar, politik, mali vb. desteklerdir.
- Çok uluslu şirketler siyasal rejim, ulusal politika ve niteliksel sınıf farklarını bertaraf ederek faaliyet alanı bütün dünya olan kuruluşlardır.
- Çok uluslu şirketler, yapı sistematiği ve politik denetim uygulaması olarak yabancı faaliyetlerin yerli faaliyetlerle eşit değerlendirildiği oluşumlardır. Çok uluslu şirketlerde ana şirket dolayısıyla merkezi yönetim sermayenin kaynak ülkesi olup karar, talimat ve hedeflerin çıkış noktası merkezidir.
- Çok uluslu şirketler temelde özel sermayeye dayanırlar ve sermaye yapıları bakımından anonimleşmişlerdir. Profesyonel yönetici grubu tarafından yönetilirler ve bu merkezi otoriteyi temsil eder.

III. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN TARİHSEL SÜRECİ

Çok uluslu şirketlerin gelişimi çalışmamızın ilgili safhalarında belirttiğimiz gibi oldukça uzun süren bir süreçtir. 1800-1875 yılları arasında çok uluslu şirketlerin ilk etkileri görünmekle birlikte bu yıllar içerisinde oluşan şirketler ile günümüz çok uluslu şirketleri arasında çok büyük farklar bulunmaktadır. 19. yy'ın ortalarına kadar uluslararası ticaret endüstrisi üretim ve dağıtım ünitelerinden ibaret faaliyetler içerisinde bulunmaktaydı. Özellikle dağıtım üniteleri yüksek oranda tek bir kalifiye ürün ile ilgilenirlerdi.

Teknolojik yenilikler yukarıda bahsettiğimiz tek tip ve tek kalifiye ürün bazlı üretim ve dağıtım firmalarını zaman içerisinde küreselleşen dünya ekonomisi dahilinde çok boyutlu, çok uluslu, çok fonksiyonlu firmalara dönüştürdü.

19yy'ın sonuna gelindiğinde Amerika Birleşik Devletleri'nde iç savaşın sona ermesiyle birlikte ticari faaliyetler ivme kazanmış, ulaşım sektörünün gelişimi ile birlikte Amerikalı şirketler ilk başta Latin Amerika ülkeleri ile ticari faaliyetlere girişmiştir. Latin Amerikada ABD sermayesinin politikada aktif rol oynaması 1959 yılından sonra dünya tarafından da dikkatle izlenmeye başlanmış, 1961 yılında Amerika Birleşik Devletleri Küba dışında kalan tüm Latin Amerika ülkeleri ile bir "Alliance Progress"⁸⁴ gelişme için iş birliği anlaşması imzalamıştır.⁸⁵

Amerika Birleşik Devletler'nin Latin Amerika ülkelerine toprak reformu, vergi reformu gibi çeşitli destek modüllerini devreye soktuğu resmi ve özel yabancı sermaye yatırımları şeklinde ülke gelişimlerine katkı sağlama arzusunu dile getirdiği bu dönem içerisinde Amerika Birleşik Devletleri'nin söz konusu anlaşma dahilindeki uygulamaları Latin Amerika ülkeleri tarafından aksi bir yönde tavır geliştirilerek özel yabancı sermaye yatırımlarına karşı negatif bir bakış açısı ve pasif direniş gerçekleştirilmesine neden oldu. Brezilya, Şili ve Peru'da çeşitli Amerikan şirketleri ile Latin Amerika devletleri arasında pek çok sorun baş gösterdi.⁸⁶

Günümüzdeki anlamıyla çoğu ülke ekonomisinden daha güçlü durumda bulunan şu anki çok uluslu şirket yapılanmalarının ilk ortaya çıkışları da yine bu dönemlere rastlamakta, ABD öncülüğünde 1950 yılından sonra yukarıda

⁸⁴ Daha fazla bilgi için bkz. <http://history.state.gov/milestones/1961-1968/AllianceforProgress>

⁸⁵ URAS, s. 79.

⁸⁶ URAS, s. 80.

bahsettiğimiz gelişimler dahilinde oluşan küresel ekonomik sermaye boyutları dahilinde bu çok büyük ekonomilere sahip çok uluslu şirketlerin temelleri atılmıştır.

Tabiki çok uluslu şirketlerin bu kadar büyümesine etkin olan sebepler kendi kendine oluşmamış, süreç içerisinde pek çok neden etkili olmuştur. Bu nedenler arasında en önemlileri 1950 yılından sonra ulaşım ve iletişim yöntemlerindeki devrim niteliğindeki gelişmeler dâhilinde ortaya çıkan etkileşimlerdir, jet yolcu uçaklarının taşıma sektöründe kullanılmaya başlanması, haberleşme ağının daha hızlı, daha ucuz ve daha etkin bir şekilde kullanılması, şirketlerin küresel bazlı hareket faaliyetlerini uygulamasında kolaylıklar sağlamıştır.⁸⁷

1970li yıllara gelindiğinde Amerikan şirketlerinin Avrupadaki yatırımları azalma ivmesi göstermeye başlamıştır. II. Dünya Savaşı'nın ağır mali, siyasi ve sosyo ekonomik etkilerini üzerinen atmaya başlayan Avrupa Birliği ülkeleri geliştirdikleri sanayi ve ürettikleri teknoloji nazarında ekonomilerini canlandırmaya başlamış, kişisel milli gelir seviyesi ABD rakamlarına yaklaşmış, işgücü ücretleri artmaya başlamıştır. ABD şirketleri tarafından Avrupa birliğinde yatırım yapmanın cazibesi ise bu sebepler neticesinde azalma eğilimi sürecine girmiştir. Avrupada yatırım yapmanın çekiciliğinin kaybolması üzerine ABD çok uluslu şirketleri üretim maliyetlerini düşürmek, ucuz işgücü faktörünü tekrardan devreye sokup uluslararası ekonomi piyasalarında rekabet güçlerini arttırabilmek için özellikle Orta Doğu ve Uzak Doğu yatırım iklimlerini devreye sokmuşlardır.

Bu dönem zarfı içinde bir anda oldukça hızlı büyüyen çok uluslu şirketler yatırım yapılan ülke dahilinde eleştirilerin odak noktası olmaya başlamış ve çok uluslu şirketlerin popülaritesi giderek azalma eğilimine girmişken 1990larda başlayan liberal ekonomiye hızlı geri dönüş ve küreselleşme faaliyetlerinin artmasıyla birlikte çok uluslu şirketlere yönelik olumsuz tavır kaybolmaya başlamış, bu yatırım tipine karşı katı muhalefet politikası güden devletler bile çok uluslu şirketleri ülkelerine çekebilmek için oldukça özendirici metodlar geliştirmeyi hedeflemiş, çeşitli teşvikler ve mevzuat değişiklikleriyle çok uluslu şirketleri ülkelerine çekebilmeyi hedefleyen planlar ortaya koymuşlardır.⁸⁸

⁸⁷ **ARIKAN**, s. 14.

⁸⁸ **SEYİDOĞLU**, s. 623.

Günümüzde artık çok uluslu şirketler küresel ekonominin en önemli lokomotifleri durumundadırlar. Faaliyetlerini küresel ölçekte planlayan ve alanının uzman yöneticileriyle çalışan; dünyaya fikir, teknoloji, bilgi birikimi ve sermaye ihraç eden bu şirketler mal ve hizmetlerin ulusal sınırların dışına taşıp uluslararası boyuta taşınmasını sağlayan aktörler olarak dünya ekonomisinde hızla söz sahibi olmaya devam etmektedirler.⁸⁹

Son yirmi yılda pek çok değişimler geçiren çok uluslu şirketlerin uluslararası arenada faaliyet hızlarını ve üretim becerilerini sürdürülebilir kılmak için karar alma yapılarında değişen çevresel ve teknolojik gelişmeleri karşılamak için sürekli olarak gözden geçirme eğilimleri gösterdikleri bilinmekte, çok uluslu şirketler bir anda yatırım yapılan ülkenin bile kendi adına zaman zaman öngöremediği ekonomik kriz durumlarında hızlı karar alma metodlarıyla hemen başka bir ittifak oluşturmakta ve kaybedilen değerler ileriki zaman zarfında kazanılmak üzere bir diğer ülkeye yönlendirilmektedir. Herbiri ayrı, farklı katma değer öngören faaliyetleri birbirleri içerisinde bütünlük arz eden sistemler dâhilinde hareket eden çok uluslu şirketler böylece kendilerini risksiz yatırım iklimlerine kolayca adapte edebilmekte ve maksimum risklerden minimum zarar ile kurtulabilmektedirler.

Aşağıdaki tabloda 2012 yılı itibariyle Dünyanın En Büyük 20 Çok Uluslu Şirketi Belirtilmiştir⁹⁰

⁸⁹ COHN, Theodore H., Global Political Economy, Theory & Practice, 3. Bs., London 2005, s. 227.

⁹⁰ http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2012/full_list/index.html

Sıra	Şirket	Gelir (\$ milyon)	Kar (\$ milyon)
1	Royal Dutch Shell	484,489	30,918
2	Exxon Mobil	452,926	41,060
3	Wal-Mart Stores	446,950	15,699
4	BP	386,463	25,700
5	Sinopec Group	357,214	9,453
6	China National Petroleum	352,338	16,317
7	State Grid	259,142	5,678
8	Chevron	245,621	26,895
9	ConocoPhillips	237,272	12,436
10	Toyota Motor	235,364	3,591
11	Total	231,580	17,069
12	Volkswagen	221,551	21,426
13	Japan Post Holdings	211,019	5,939
14	Glencore International	186,152	4,048
15	Gazprom	157,057	44,460
16	E.ON	153,676	-3,085
17	ENI	150,571	9,539
18	ING Group	150,276	6,591
19	General Motors	148,944	9,190
20	Samsung Electronics	148,139	12,059

IV. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN YATIRIM KRİTERLERİ

Çok uluslu şirketlerin kendi ulusal piyasalarının dışına çıkıp uluslararası ekonomiler dahilinde yatırım yapabilmesine yol açan faktörler değişiklik göstermekle beraber genel anlamdaki kriterler iç piyasanın yetersizliği ve ülkenin ekonomik yapısı sonucu ürün ticaretinin istenilen boyutlara ulaşamamasından dolayı yada işletmenin üretim faaliyetlerinin ülkedeki taleple karşılanamamasından mütevellit sebepler olarak sıralanmakla beraber çok uluslu şirketlerin mevcut

ekonomik pazarı koruma endişesi ve ürettikleri malın uluslararası nitelik taşıması dolayısıyla sürekli kar sağlama potansiyellerini sürdürebilmek adına gerçekleştirdikleri amaçlar da çok uluslu şirketlerin yatırım kriter ve hedeflerindedir.

ABD Ticaret Odası (The U.S. Chamber of Commerce) ⁹¹ düzenli olarak kendine bağlı şirketlerle anket çalışmaları yapmakta ve Amerikan menşeli çok uluslu şirketlerin yatırım yaparken hangi kriterleri göz önüne aldıklarını irdelemekte ve araştırmaktadır. Bu çalışmalar neticesinde ABD Ticaret Odası Amerikan menşeli şirketlerin yatırım faaliyetlerinde bulunacakları ülkelerde hangi kriterleri öncelikle göz önüne aldıklarını saptamıştır. Bu kriterler :

- Yerel Piyasanın Özellikleri
- Piyasa Giriş
- İşgücü
- Yerel Para Birimi
- Sermaye ve Kar Transferi
- Fikri mülkiyet Haklarının Korunması
- Ticaret Politikaları
- Devlet Düzenlemeleri
- Vergi Oranları ve Teşvikler
- Politik İstikrar
- Makroekonomik Politika Çerçevesi
- Altyapı/Destek Hizmetleri'dir⁹²

⁹¹ Amerikan Ticaret Odası'na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uschamber.com>

⁹² SULLIVAN, John D., "Foreign Direct Investment", Center for International Private Enterprise (CIPE), The Prosperity Papers No: 0402, 2004, s.8

V. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER İÇİN DAVRANIŞ KURALLARI

Çok uluslu şirketlerin gelişmekte olan ülkelere yönelttikleri yatırım faaliyetlerinden dolayı ortaya çıkan olumsuzlukların 1970'lerde çok uluslu şirketlere bakış açısı dâhilinde olumsuz tavır takınılabilmesine sebep olduğunu çalışmamızın önceki bölümlerinde bağsetmiştik. İşte bu olumsuz bakış açısı ve ortaya çıkan sorunlar neticesinde 1970 yılından itibaren uluslararası hukuk ve uluslararası yatırım kriterleri dâhilinde tartışma konusu olmaya başlayan bu süreç çok uluslu şirketlere ve dolayısıyla yabancı yatırımcılara yönelik davranış kuralları oluşturulmasını gerekli kılmıştır.

1976 yılında OECD (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) tarafından hazırlanan davranış kuralları 3 ana bölümden oluşmaktadır.

1. bölüm içerisinde: OECD ülkelerinin yabancı yatırımlarla ilişkili beyanatlari yer almakta, üye devletler yabancı yatırım hususunda eşit muamele ilkesini kabul etmektedirler.

2. bölüm içerisinde: Çok uluslu şirketler için düzenlenmiş bulunan davranış kurallari değerlendirilmektedir. Çok uluslu şirketlerin devletler hukuku ana ilkelerine rıza göstermeleri ve yatırım içerisinde faaliyet gösterdikleri ülkelerin kanunlari ile sosyo ekonomik politikalarına saygılı olmaları hususunda itinalı davranılması gerektiğini belirten bu kurallar çok uluslu şirketlerin ülke siyasetinden uzak durması yönünde telkinleri de beraberinde ele almaktadır.

3. bölüm içerisinde: Davranış kurallarına uyulup uyulmadığının denetimive konuyla ilgili istişare hususlari belirtilmektedir.⁹³

⁹³ **KAYIHAN**, s. 413 – 414.

VI. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN ÜLKEYE GİRİŞ YOLLARI

Çok uluslu şirketlerin yatırım yaptığı ülke bazındaki faaliyetleri üç grupta değerlendirilebilir.

1. Geriye bağıntılı üretim faaliyetleri: Özellikle doğal ve tabii kaynakları işletme amacı ile kurulan bu şirketler ihtiyaçlarına göre dünya ekonomik pazarları yada kendi hususi sanayi üretimleri için lazım olan hammaddelerin çıkarılması, işlenmesi yada direkt olarak satışı işlemleriyle ilgili mali operasyonlarla ilgilenmektedirler.

2. İleriye bağıntılı üretim faaliyetleri: sınırlı ülke pazarı şartlarında kurulmuş bulunan ana şirketin ekonomik açıdan zorluklar yaşaması sebebiyle diğer ülkelerde yatırım yapma amacı gütmeye sebebi dolayısıyla yada ana şirketin yabancı ülkelerdeki satış faaliyetlerinin gözden geçirilip güncel hale getirilebilmesi hedefiyle yaptığı yatırımlar bu tip faaliyetler olarak adlandırılmaktadır.

3. Yatay bağıntılı üretim faaliyetleri: günümüz küresel ekonomi şartlarında çok uluslu şirketlerin en çok faaliyet gösterdikleri alan olan yatay bağıntılı üretim sistemi prensibi bağlı şirketin ana şirketten edindiği teknik yardım, işgücü transferi ve sermayesi doğrultusunda ana şirketin üretim stratejisiyle doğru odaklı çalışabilmesini amaçlamaktadır.⁹⁴

VII. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN ÜLKE EKONOMİLERİNE ETKİLERİ

Çalışmamızın önceki safhalarında da belirttiğimiz üzere küresel ekonomi bazlı değerlendirmelerde çok uluslu şirketler günümüzün en büyük doğrudan yabancı yatırımcı ögelerinden olup bütün gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler nazarında uluslararası ekonomi piyasalarının en önemli aktörlerinden biri olarak yer almakta ve

⁹⁴ Komisyon Raporu, s. 3.

lkeler bu Şirketleri kendi yatırım iklimlerine çekebilmek için çok çeşitli teşvik ve kolaylıklar sağlamak yoluna gitmektedirler.

Çok uluslu Şirketlerin ülkelerin pazar ekonomisiyle tanıŐtırılmasında, dinamik serbest piyasa atmosferi yaratılmasında ve kullandıkları yeni yönetim modelleri, koordinasyon sistematikleri, pazarlama ve üretim tecrübeleri alanında getirdikleri sermaye dahilinde önderlik ettikleri olumlu etkileri olarak tüm dünyaca kabul edilmeler beraber küresel ekonomi pazarında mali büyüklükleri pek çok ülkeyi aşan hacimleri zaman zaman yatırım yapılan ülke bazında olumsuz etkiler de yaratabilmektedirler.

Çok uluslu Şirketlerin büyük mali güçlerinin etkisi altına aldıkları ev sahibi devletlerin politik insiyatiflerini sınırlayabildiği ve kendi etkinliklerini bu devletler üzerinde sürdürülebilir kılmak amacıyla zayıf devletlerin ekonomilerini zarara uğratabildikleri günümüz Şartlarının bir gerçeği olarak ortaya çıkmakla beraber yabancı Şirketlerin girdikleri sektörlerde tekel oluşturup yerel firmaları zarara uğrattıkları gözlemlenmekte ve çok uluslu Şirketlerin özellikle girmek istediği devlet Şirketleri alanlarında kamu hizmetlerini kontrol altına almak suretiyle devletlerin bağımsızlıklarını Şirketler karşısında daha alt bir pozisyona düŐürerek yürürlükteki kanunların deęiŐtirilmesini ve kendi lehlerine biçimlendirilmesini talep ettikleri grlmektedir.⁹⁵

Ő 4. ULUSLARARASI HUKUKTA YATIRIMLARIN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Uluslararası yatırım hukuku ikinci dünya savaşından sonra uluslararası hukuk nezlinde nmini hissettirmeye başlamış devletlerin yabancı yatırımcı ve yatırımlara nasıl ve hangi sistem içerisinde muamele edileceğini düzenleme amacı güden kural , esas ve ilkelerden oluşan bir biçim dahilinde gelişim göstermiŐtir.⁹⁶

⁹⁵ KAYIHAN, s. 411; TİRYAKİĞLU s. 31 – 33; BAYRAKTAR s. 17.

⁹⁶ BAKLACI, Pınar/AKINTÜRK, Esen, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 478; TİRYAKİĞLU s. 13.

Yabancı yatırımların korunması ihtiyacı özellikle yıllardır şikayet edilen kamulaştırma ve eş etkili önlemlerin uluslararası düzeyde düzenlenmesi gerekliliğinden dolayı ortaya çıkmıştır.⁹⁷

1970'lerde kısa bir süre için ilk enerji krizinden sonra diğer gelişim konularında olduğu gibi gelişen ülkeler gündemi Birleşmiş Milletlerde doğrudan yabancı yatırım konularını almıştır. Dünya ticaret ve mali sisteminde yapısal değişiklikler için gelen talep yeni uluslararası ekonomik düzenin oluşumu çatısı altında, gelişen ülkelerce değişen derecelere karşı çıkan bir dizi Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarında resmi bir ifade bulunmuştur. Doğrudan yabancı yatırımın özü anlamında yatırım yapılan ülkenin ekonomik bağımsızlık talebi üzerinde ve uluslararası girişimler (Transnational Enterprises- Kısaca TNEs) üzerindeki ulusal kontrolün görev ve gerekliliklerine odaklanılmıştır. Doğrudan yabancı yatırımların başlangıç ve faaliyetlerinin kontrolü için ayrıntılı yapılar özellikle gelişen ülkelerde oluşturulmuştur.⁹⁸

Uluslararası girişimlerin idaresi için standart oluşturmada harcanan çabalar her ne kadar yasal olarak bağlayıcı olmayan (yumuşak hukuk) biçimlerinde de olsa faaliyetler için “davranış kurallarının” uyarlanması için müzakerelere sebep olmuştur. Öncülüğü 1976'da yabancı kontrollü girişimlerin ulusal anlaşmasında ve çok uluslu girişimler(MNEs) için birdizi serbest yönetmelik ile bir aracı içeren uluslararası yatırım ve çok uluslu girişimlere dair beyannameyi uyarlayan Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü(OECD) tarafından bölgesel seviyede yürütülmüştür.⁹⁹

Birleşmiş Milletler sisteminin çerçevesindeki paralel çabalar kimileri üzerinde hiçbir zaman fikir birliğine varılamamış olan birkaç davranış tüzüğü üzerinde görüşmelere de sebep olmuştur. En kapsamlısı uzun müzakereler esnasında hükümler konusunda anlaşmaya varılmış olmasına rağmen hiçbir zaman uygulamaya konulamayan uluslararası kuruluşlara ilişkin Birleşmiş Milletlerin davranış kurallarıdır.¹⁰⁰

⁹⁷ TİRYAKİOĞLU, Düzenlemeler, s. 181.

⁹⁸ FATOUROS, s. 184 – 185.

⁹⁹ FATOUROS, s. 186.

¹⁰⁰ Daha fazla bilgi için bkz.

<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/13%20volume%201.pdf>.

Diğer davranış kuralları ise daha belirgin konularla ilgilenmiştir. 1977’de Uluslararası çalışma örgütünün (WTO)¹⁰¹ yönetim organı çok uluslu girişimler ve sosyal politikaya ilişkin ilkelerin üç taraflı beyannamesini¹⁰² hayata geçirmiştir. 1980’de ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Birleşmiş Milletlerin Ticaret ve Gelişim Konferansı(UNCTAD)¹⁰³ himayesi altında kararlaştırılan birdizi çok taraflı anlaşılmiş eşitlikçi kurallar ve kısıtlayıcı çalışma uygulamalarının kontrolü için ilkeleri hayata geçirilmiştir.

Bu süre zarfı içine doğrudan yabancı yatırım artan korumasını ve geçerli düzenlemelerin serbestleştirilmesini arayan evrensel seviye başarısız olum, gelişmiş ülkeler yatırımlarının korunmasını bölgesel ve iki taraflı atırım anlaşmaları ile düzenlemeye çalışmışlardır.¹⁰⁴

1980’ler ve 1990’ların başı yatırım düzenlemelerinin serbestleşmesinin geliştiği bir dönem olmuş adil anlaşmayı ve doğrudan yabancı yatırımların korunmasını sağlayan iki taraflı yatırım antlaşmaları (BITs) artan rakamlarla görüşülmeye devam etmiştir. Böylece 1994’ün sonunda gelişmiş ülkeler gelişen ve gelişmekte olan ülkelerle 800’ün üzerinde bu tür anlaşmalar imzalanmış ve bu durum doğrudan yabancı yatırımlar için daha yararlı olmuştur.¹⁰⁵

2000 yılının başına kadarki dönem içerisinde ise 1857 iki taraflı yatırım anlaşması 173 ülke tarafından imzalanmıştır.¹⁰⁶ Türkiye ise günümüzde 75 ülke ile iki taraflı yatırım anlaşması imzalamış bulunmaktadır.¹⁰⁷

İki taraflı yatırım anlaşmaları ilk dönemlerde ticaret ve denizciliği sürdürülebilir ve uygulanabilir anlamda kolaylaştırmayı hedefleyen ve çoğunlukla bir

¹⁰¹ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.wto.org/>

¹⁰² Daha ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

¹⁰³ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.

¹⁰⁴ FATOUROS, s. 186.

¹⁰⁵ FATOUROS, s. 188.

¹⁰⁶ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>

¹⁰⁷ ABD, Afganistan, Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bangladeş, Belçika, Beyaz Rusya, Birleşik Arap Emirlikleri, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Endonezya, Estonya, Etiyopya, Fas, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Güney Kore, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İran, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Katar, Kazakistan, Kırgızistan, Kuveyt, Küba, Letonya, Libya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malezya, Malta, Mısır, Moğolistan, Moldova, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Suriye, Suudi Arabistan, Tacikistan, Tayland, Tunus, Türkmenistan, Ukrayna, Umman, Ürdün, Yemen, Yunanistan. (<http://www.invest.gov.tr/tr-TR/investmentguide/investorsguide/Pages/BusinessLegislation.aspx>).

taraf devlet vatandaşının diğer bir taraf devlet ülkesinde ticari faaliyetler içerisinde bulunmasına olanak sağlayan hükümler barındırmış, bu anlaşmalar uluslararası ekonomi ve yatırım hukuku dâhilinde devletlerarasında ticaretin kolaylaştırılmasının en önemli araçlarından birini oluşturmuştur.¹⁰⁸

İki taraflı yatırım anlaşmalarının ilki ise Federal Almanya Cumhuriyeti ile Pakistan arasında 1959 yılında imzalanıp yürürlüğe konulmuştur.¹⁰⁹

Kaçınılmaz bir şekilde iki taraflı yatırım anlaşmalarının arasında çok belirgin farklar mevcuttur. Çünkü uluslararası yatırım hukuku kapsamında değerlendirilen bu araçlar sözleşmenin taraflarının doğal olarak elde ettiği çeşitli haklar arasında bir anlaşmayı temsil etmektedir.¹¹⁰

İki taraflı yatırım anlaşmaları hususunda pek tabiki eleştirilerde mevcut olmakta, iki taraflı yatırım anlaşmaları dolayısıyla devletlerin düzenleyici işlemler veya yasal kurallar noktasında olumsuz yönde etkilenecekleri ve bu hususların kamulaştırma niteliğine haiz oldukları dolayısıyla ki suçlamaların ve iddiaların konusu adledilerek ilgili anlaşmalar kapsamında tahkim yoluna sevkedilmek suretiyle devletler lehine tazmin yükümlülüğüne sebep olunabileceği savunulmaktadır.¹¹¹

Bu bakımdan yola çıkarak iki taraflı yatırım anlaşmalarının gelişmekte olan ülkeler bazında kamu çıkarını bertaraf eden yasal düzenlemeleri uygun kılmalarını kısıtlayan etkileri olduğunu savunan ve devletlerin temel haklarının engellendiğini dile getiren yönde eleştirilere doktrinde rastlanmaktadır¹¹²

¹⁰⁸ **SALACUSE**, Jeswald W., BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, The International Lawyer, Vol. 24, No. 3, Fall 1990, s.656.

¹⁰⁹ **SALACUSE**, s.655; Almanya – Pakistan arasında yürürlükte bulunan iki taraflı yatırım anlaşmasına ilişkin olarak bkz. <http://www.pakistanembassy.de/index.php?id=198>.

¹¹⁰ **POGANY**, s. 457.

¹¹¹ **ÇAL**, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, 2008, s. 174.

¹¹² **MANN**, Howard/ **MOLTKE**, Konrad von ; Asouthern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, op. Cit., s. 3 - 4.

II. İKİ TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARI

İki taraflı yatırım antlaşmaları yatırımlara karşı tarafsız olunması hassasiyetine, gerekli asgari hukuki korumanın sağlanması mevcudiyetine ve ev sahibi ülkelerin uluslararası ekonomik pazara girişlerinin hızlandırılması vasıtası ile yatırım ortamlarının geliştirilmesi anlayışına dayanmaktadır.¹¹³

Çalışmamızda daha önce belirttiğimiz gibi sosyopolitik hukuki nedenlerin etkisi altında kalarak uluslararası düzeyde anlaşma sağlanabilen normlar üzerinde çok taraflı bir anlaşma imzalanamamış olması sebebiyle iki taraflı yatırım antlaşmaları her geçen gün uluslararası yatırım hukukundaki önemlerini arttırmadılar.¹¹⁴

İki taraflı yatırım anlaşmasının imzalanması ev sahibi devletlerin anlaşmanın tarafı olan devlet yatırımcısının yatırımlarını ülkesine çekebilmek için irade beyanı olarak kabul ettiği hususlar konusunda öngörü niteliği taşımakla beraber, söz konusu ev sahibi devletin imzalanan ve mutabık kalınan anlaşma hükümlerince ulusal mevzuatın değiştirilmesinde ve mevcut politikaların gözden geçirilmesinde aktif rol oynayacağını teminatı sayılmaktadır.¹¹⁵

İki taraflı yatırım anlaşmaları uluslararası yatırım hukukundaki belirsizlik dahilinde çok taraflı yatırım anlaşması imzalanamamasından mütevellit en azından anlaşmaya taraf devletler arasında, yatırımlarla ilgili sınırların belirli normlar oluşturmasına fırsat vermekte ve sözleşmeye taraf devletlerin iki taraflı yatırım antlaşmaları sayesinde aralarında çıkabilecek uyuşmazlık durumlarında bile uygulanabilmesini, istediği kuralları açıkça belirtmek için yapılmaktadırlar.¹¹⁶

¹¹³ Daha fazla bilgi için bkz. **VANDEVELDE**, Kenneth J., The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, *AJIL.*, Vol. 92, N. 4, 1988, s. 628 - 633.

¹¹⁴ **TİRYAKİOĞLU**, s. 151.

¹¹⁵ **SALACUSE**, s. 674; **SORNARAJAH**, s. 215.

¹¹⁶ **TİRYAKİOĞLU**, s. 151.

1. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarına Göre Korunan Yatırımlar

Günümüz iki taraflı yatırım anlaşmalarının içeriklerini incelediğimizde “yatırım” kavramının ayrıntılı ve geniş kapsamlı ele alındığını görürüz. Yatırım üzerindeki tanımın madde madde olarak belirtilmesinin sebebi günümüzde artık gerçek yada maddi mallar ile kısıtlanamayan modern yatırımların çeşitliliği nedeniyle gerekli hale gelmiştir.¹¹⁷ Açık uçlu ve geniş olarak ele alınan yatırım tanımları iki taraflı yatırım anlaşmalarında çok yüksek oranda “her türlü varlığı ve sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri ifade eder” şeklinde standart bir formül dahilinde yer almaktadır.¹¹⁸

Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri arasında 1989 yılında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşmanın 1. maddesinin, c. fıkrasına göre yatırımın tanımı aşağıdaki gibidir.

“(c) "Yatırım", bir Tarafın vatandaşları veya şirketlerince dolaylı veya dolaysız mâlik olunan veya kontrol edilen ve mal varlığı, özvarlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım sözleşmeleri dahil, diğer Tarafın ülkesindeki her türlü yatırımı ifade eder ve aşağıdakileri ihtiva eder:

(I) ipotek, ihtiyati haciz ve rehin gibi haklar dahil olmak üzere maddi ve gayrimaddî her türlü mameleki;

(II) bir şirketi veya hisse senetlerini veya bir şirketteki başka menfaatleri veya mal varlığından doğan diğer menfaatleri;

(III) bir para alacağını veya ekonomik değeri olan ve bir yatırımla ilişkili bulunan bir işlemin yapılması talebini;

(IV) telif hakları, patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstri tasarımları, ticari sırlar ve "know-how" ve peştemaliye dahil, fikri ve sınai mülkiyet haklarını;

(V) kanun veya sözleşme ile elde edilen her türlü hakkı ve kanuna uygun olarak sağlanan tüm lisans ve izinleri;

¹¹⁷ POGANY, s. 458.

¹¹⁸ TİRYAKİOĞLU, s. 155; BAKLACI, s. 493.

(VI) hasılatın ve kredi anlaşmalarından doğan anapara ve faiz ödemelerinin yeniden yatırımı,

(d) "malik olmak veya kontrol etmek", her nerede bulunursa bulunsun, bağlı şirketleri veya iştirakleri yoluyla dahi dolaylı veya dolaysız mülkiyeti veya kontrolü ifade eder."

Koruyucu yatırımlara ek olarak ABD tarafından yapılan pek çok iki taraflı yatırım antlaşmasından olduğu gibi, Türkiye ABD antlaşmasında korumayı ayrıca çeşitli "ilişkili" faaliyetlere kadar genişletmiştir. Bunlar "organizasyonu, kontrolü, işletimi, devamlılık ve şirketlerin tertibini, branşları, ajansları, ofisleri, fabrikaları yada işin yürütülmesi için gereken diğer tesisleri, anlaşmaların yapılması, performansı ve uygulanmasını, entellektüel ve endüstriyel haklarda dahil her türlü mülkün edinilmesi, korunması ve tertibi, kaynakların ödünç alınmasını, eşit payların alımı ve ihracatını ve ithalat için yabancı dövizin alımını" kapsamaktadır.¹¹⁹

Amerika'nın hem birçok iki taraflı yatırım antlaşmasında hem de birçok uluslararası ticaret antlaşmalarının yatırımı kapsayan bölümlerine dair hususlarda geniş yatırım tanımları seçtiği görülmektedir. Amerikanın bu denli yatırım tanımı çeşitliliklerini arttırmasına sebep olarak NAFTA¹²⁰'nin (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Bölgesi Antlaşması) 11. Bölümünün belirttiği yatırımcının ev sahibi ülke ile arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda tecrübelendiği ve ders çıkardığı hususlardan kaynaklanmaktadır.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının bu kadar detaylı incelenip önem adledmesinin en büyük nedenlerinden biri iki taraflı yatırım anlaşmalarında ki yatırım kavramından yola çıkılarak icsid tahkim yargılamasının uyuşmazlıkların çözümünde kilit rol oynamasıdır. ICSID tahkim yargılamasında kilit rol oynayan yatırım kavramı ICSID merkezine başvurulmak için öncelikle taraflar arasında yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık oluşması gerektiği yönünden önemli olmasından mütevellit iki taraflı yatırım anlaşmalarında tarafların aralarında kararlaştırdıkları yatırım; biçim, çeşit, tür ve kapsamı ICSID başvurularında azami önem kazanmaktadır. Çünkü çalışmamızın ileriki safhalarında

¹¹⁹ POGANY, s. 459.

¹²⁰ Daha fazla bilgi için bkz. <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>

detaylı bir şekilde inceleneceği üzere taraflar iki taraflı yatırım antlaşmasında bulunmayan yatırım tanımı kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar sebebiyle ICSID merkezine başvuramamaktadırlar.¹²¹

Yatırım tanımının asıl ve temel konusu modern yatırım tahkiminin içerisinde de tartışmalı bir konu olduğundan iki taraflı yatırım antlaşmalarının genellikle şirket varlıklarında bir faiz göstergesi olarak serbest şekilde dolaşan fakat varlıkları üretken bir yatırıma koyma durumunada girmeyen hatta yönetime katılmada sahibini ilgilendirmeyen bir yatırım olarak tanımlanan portföy yatırımlarını yatırım kavramına dahil eden anlaşmalara da rastlanmaktadır.¹²²

2. Yabancı Yatırımcıya Uygulanacak Muamele Standartları

İki taraflı yatırım antlaşmalarında anlaşan taraflarca yatırımların ve diğer hususların çift taraflı olarak korunması ve teşviki, iki taraflı yatırım antlaşmalarının merkezinde yer almakta ve genellikle başlangıç maddelerinden olmaktadır.¹²³ Yatırım yapıldıktan sonra ev sahibi devletin uygulayacağı muameleye ilişkin çeşitli standart ve ilkelerden oluşan hususlar; ulusal işlem standartı, adil ve hakkaniyete uygun işlem standartı, en çok gözetilen ulus kaydı, kar transferi olarak iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki başlığı altında değerlendirilmektedir.¹²⁴

İki taraflı yatırım antlaşmalarında uygulanacak muamelenin temelini oluşturan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki başlığı adı altında ele alınan maddesi genellikle tek bir madde olarak biçimlenmekte, yukarıda belirttiğimiz ve çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz ulusal işlem standartı, adil ve hakkaniyete uygun işlem standartı, en çok gözetilen ulus kaydı, kar transferi hususları bazen beraber kullanılarak bazen de içlerinden birkaçına yer verilerek bu başlık içerisinde düzenlenmektedir.

¹²¹ ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlığın Çözüm Yolları, İstanbul 2005, s.416

¹²² SORNARAJAH, Portfolio Investments, s. 1.

¹²³ POGANY, s. 459.

¹²⁴ TİRYAKİOĞLU, s. 161; BAKLACI, s. 497; SALACUSE, s. 82.

a. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı İlkesi

En çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin muamelsinin ifade biçimi bir anlaşmadan diğerine farklılıklar gösterebilmektedir. Dolayısıyla bu kayıt ile korunan değerlerin kapsamı da anlaşmalar içerisindeki farklılıklar dahilinde değişebilmektedir.¹²⁵

En çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, anlaşmalarda yeni yer alan bir kayıt değildir. Bu kaydın özünde yabancı pazarlara açılıp, yabancı pazarlardan yararlanmak isteyen tüccarların bu pazarlardan fayda sağlayan diğer rakip tüccarlarla aynı hakları kullanabilme ve eşit şartlarda yararlanabilme isteği yatmaktadır. En çok gözetilen ulus kaydına dair tarihsel süreç içerisinde tanınan, belirlenen ilk imtiyazlar kişisel ve adli konularda cereyan etmiş ticari ve gümrük kolaylıkları ilke kapsamında değerlendirilmemiştir. Avrupa devletlerinin kolonileri ile yaptıkları anlaşmalarda bu kaydı ilk defa onaltıncı ve onyedince yüzyıllardan sonra koyduklarına rastlanır.en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi ülke tarihimiz açısından ise ilk defa 1740 ve daha sonraki Osmanlı kapitülasyonlarında yer almıştır.ilgili anlaşmanın 83. Maddesinde Fransız vatandaşlarına da diğer Avrupa devleti vatandaşlarına verilmiş olan tüm imtiyazların tanınacağı kaydı yer almıştır.¹²⁶

Zaman içerisinde sürekli gelişen küreselleşen uluslararası ticaret ekonomisi ve hukuku çerçevesinde yer alan en çok gözetilen ulus kaydı OECD tarafından “ yatırım anlaşmaları uyarınca en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi sağlanması genellikle, belirli bir konu ile ilgili olarak, diğer tarafın anlaşmaya taraf yatırımcıya veya yatırımlarına herhangi üçüncü bir ülke mensubu yatırımcı veya yatırımlarına sağlanan haklardan daha az tercih edilebilir şekilde davranmaması”¹²⁷olarak tanımlanmaktadır.

En çok gözetilen ulus kaydı ilkesi bazı dava süreçlerinde geniş kapsamlı olarak yorumlanmış ve bu kapsam içerisinde en çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin uygulanabilmesi geniş kapsamlı kararlara konu olmuştur.

¹²⁵ BAKLACI, s. 500.

¹²⁶ ÇELİKEL/GELGEL (GÜNTEKİN), s. 84; PAZARCI s. 162-165.

¹²⁷ <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/33773085.pdf>

ICSID¹²⁸ (Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme)'nin ARB/9/7/7 NO.lu "Emilio Agustin Maffezini and The Kingdom of Spain" kararı¹²⁹ yukarıda bahsettiğimiz geniş kapsamlı olarak yorumlanmış kararlardan biridir.

Davaya konu olayın başlangıcı 18 Temmuz 1997 tarihinde davacı Arjantin vatandaşı Emilio Agustin Maffezini¹³⁰,nin ICSID'e başvurarak; kimyasal ürünlerin dağıtım ve üretim yapan şirketi dahilinde İspanya'da yapmış olduğu bir yatırımdan doğan uyuşmazlık neticesinde söz konusu halin çözüme kavuşturulması için İspanya Devleti'ne karşı tahkim yoluna başvurması suretiyle cereyan etmiştir.

Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşması uyarınca uyuşmazlıkların çözümü için öncelikle yerel mahkemelere gidilmesi ve onsekiz aylık süre sonrasında uyuşmazlığın halen devam etmesi halinde ICSID'e başvurulabileceği şeklinde bir hüküm yer almasına rağmen davacı Maffezini Şili-İspanya arasında imzalanmış bulunan iki taraflı yatırım antlaşmasında sözleşmeye konu yatırımlardan dolayı çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkim yolunun her zaman açık olduğunu, yerel mahkemelerde uyuşmazlığın çözümü ve onsekiz aylık süre şartlarının düzenlenmediğini belirtmiş Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşması dahilinde düzenlenmiş bulunan en çok gözetilen ulus kayı ilkesi dahilinde Şili-İspanya iki taraflı yatırım antlaşmasından yola çıkarak iç hukuk yollarını tüketmeden direk olarak uyuşmazlığın çözülmesi için ICSID tahkimine başvurabileceğini iddia etmiştir.

İspanya devleti savunmasını yetki itirazı dahilinde yürütmüş, Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşmasının uyuşmazlığın çözümü başlığı altında düzenlenen hükümlerinden yola çıkarak davaya konu olay bakımından iç hukuk yolları tüketilmesi şartının uygulanmadığını ifade etmiştir. İspanya Devleti ayrıca iç hukuk yollarına başvurulmasından sonra onsekiz aylık süre içerisinde mahkeme tarafından somut bir karara hükmedilmese dahi uyuşmazlığın devam etmemesinden bahisle uluslararası tahkim yollarının kullanılmaya kapalı olduğunu dile getirmiştir.

¹²⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes, daha fazla bilgi için bkz. <http://www.icsid.org/>

¹²⁹ https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC564_En&caseId=C163

¹³⁰ Bundan sonra Maffezini olarak anılacaktır.

ICSID hakemleri Maffezini'nin iddialarını ve davalı İspanya Devleti savunmasını detaylı bir şekilde incelemiştir. Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşmasında düzenlenmiş bulunan en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi maddesinin anlaşmaya konu olan tüm hususlar dahilinde kapsanarak yer aldığından hareketle yabancı yatırımlar neticesinde vuku bulan uyuşmazlıkların çözülmesi noktasının yabancı yatırımlar kapsamında ayrılamayacağını belirtmiştir.

ICSID hakemleri son tahlilde Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşmasında düzenlenmiş bulunan en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümü maddeleri içinde uygulanabileceğini belirtmiş, İspanya-Şili iki taraflı yatırım antlaşmasında uyuşmazlıkların çözümü hususunda Arjantin-İspanya iki taraflı yatırım antlaşmasına göre daha avantajlı bir oluşumun ve başvurma sürecinin düzenlendiğine kanaat getirmiş Maffezininin söz konusu uyuşmazlık dahilinde ICSID tahkimine başvurabilmesini onaylamış, İspanya Devletini'nin itirazlarını reddetmiştir .

Çalışmamızda daha önce belirttiğimiz gibi iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan yatırımların korunması ve teşviki başlığı maddesi içerisinde yer alan en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi ülkelerin birbirleriyle imzalamış buldukları anlaşmalar içerisinde farklı kapsam, içerik ve sınırlar dahilinde düzenlenmiş olabilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşmanın ikinci maddesinin birinci fıkrası *“Taraflardan herbiri, üçüncü bir ülkenin vatandaş ve şirketlerinin benzer yatırımlarına uygulanandan daha az elverişli olmamak kaydıyla ve kendi kanun ve yönetmelikleri çerçevesi içinde, kendi ülkesinin vatandaş ve şirketlerinin yatırımlarına uygulanandan daha az elverişli şartlarda olmamak kaydıyla, kendi ülkesinde yatırımlara ve ilgili faaliyetlere müsaade edecektir.”* ifadesiyle en çok gözetilen ulus kaydını iki taraflı yatırım antlaşması içerisinde değerlendirmiştir.

Öte yandan Çin Halk Cumhuriyeti ile Fransa Devleti Arasında 30 Mayıs 1984 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma¹³¹'nin üçüncü maddesinin ikinci fıkrası *“Anlaşmayı yapan her taraf, üçüncü ülke yatırımcılarınca istenen anlaşmadan daha iyi olmayacak şekilde, kendi*

¹³¹ http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_china_fr.pdf Erişim Tarihi: 13.10.2012

bölgesinde ve deniz gümrük bölgesinde diğer tarafın yatırımlarını onaylayacaktır.” ifadesiyle en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi anlaşma maddesi dahilinde değerlendirilmiştir.

Fakat bu taahhüt özünde Fransa'nın Avrupa topluluğuna üyeliğini dikkate alan bazda nitelendirilmiştir. Böylece en çok gözetilen ulus ilkesi “bir serbest ticaret bölgesinde, gümrük birliğinde, ortak pazarda ya da başka bir tür bölgesel ekonomik organizasyonda katılım ya da üyeliğin uygun olarak üçüncü ülke yatırımcılarına hibe eden bir anlaşan tarafa ait ayrıcalıklar” için geçerli olmamaktadır.

Türkiye-ABD arasında imzalanmış bulunan iki taraflı yatırım antlaşması konumuza dahil maddesi incelendiğinde ise “*Taraflardan herbiri tesis, olunan yatırım ve ilgili faaliyetlere, benzeri durumlardaki kendi vatandaşlarının ve şirketlerinin yatırımları ile üçüncü bir ülke vatandaş ve şirketlerinin yatırımlarına uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, ondan daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır.*” ifadesinin yer aldığı hüküm ile en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi ya da çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz ulusal işlem standardı dahil olsun olmasın taraflar arası yatırım yapmak için mümkün olan en yüksek standart sunulmaktadır.

Birçok iki taraflı yatırım antlaşmasında Türkiye-ABD arasında imzalanmış bulunan iki taraflı yatırım antlaşmasında olduğu gibi ulusal işlem standardı ve en çok gözetilen ulus ilkesi birlikte tüm yatırım süreci içerisinde yer almakta ve bu bütün ile yabancı yatırımcının hangi hususu daha lehine ise o husustan faydalanabilmesine olanak tanınmaktadır.¹³²

Doğrudan yabancı yatırımlarını iki taraflı yatırım antlaşmalarıyla yöneltmeyi ve güçlendirmeyi hedefleyen sermaye ihraç eden devletler imzalanacak bu anlaşmanın görüşme aşamalarından itibaren yukarıdaki gibi çift seçenekli bir imtiyaz formülü üzerinde durmakta ve ulusal muamele işlem standardı esası ile ev sahibi devlet vatandaşlarının, en çok gözetilen ulus kaydı ilkesiyle ise bir başka devlet vatandaşlarının, yatırımlarına uygulanacak muamelenin vatandaşlarının yatırımlarına

¹³² SALACUSE, s.668.

uygulanacak muameleden daha avantajlı ve korunaklı olmamasını sabit kılmaya çalışmaktadırlar.¹³³

Buna karşılık, bazı anlaşmalarda yatırımın girişi bakımından sadece en çok gözetilen ulus kaydı düzenlenirken, yatırımın girişinden sonra tabi olacağı muamele bakımından ise, ulusal işlem standardı ve en çok gözetilen ulsu kaydı birbirlerini alternatif teşkil edecek şekilde düzenlenmiştir. Bu durumda yatırım için bu standartlardan hangisi elverişli ise, o uygulanacaktır. Örneğin bkz. Türkiyenin Küba(m.II/1 ve 2), Ukrayna (m. II/ 1 ve 2), Hırvatistan (m.II/1 ve 3), Litvanya(m.II/1ve 2), Bulgaristan(m. II/1 ve 2), Makedonya (m. II/2 ve 3) ile yaptığı yatırım anlaşmaları bu yöntem ile uzlaşmış ve düzenlenmiş anlaşmalardır.¹³⁴

Günümüzde ulusal muamele işlem standardının genel uygulanma durumuna karşı halen bir direniş variken ençok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ise uluslararası kamuoyu nezdinde açıkbişekilde kabul edildiği görölmektedir.¹³⁵

b. Ulusal Muamele İşlem Standardı

Ulusal muamele işlem standardı devletin yerli yatırımcıları ile yabancı yatırımcılar ve yatırımlar arasında ayırım yapmama prensibine dayanan çeşitli istisna ve koşullarla ev sahibi devletin anlaşma tarafının yatırımcısına, kendi vatandaşlarına veya şirketlerinin yatırımlarına uyguladığı muamelenin “aynı”lığı üzerinde gelişen muamele esasıdır.¹³⁶

Ulusal muamele işlem standardının iki taraflı yabancı yatırım antlaşmalarında düzenlenmesinin olumlu yönü olarak gelişmekte olan devletlerin ekonomik sektör bazında vatandaşlarına tanıdığı ayrıcalıkların çeşitliliği ve avantajları neticesindeki imkanların yabancı yatırımcılara yerli yatırımcıların sahip olabileceği ayrıcalıkların tanınması olarak değerlendirilmekte, olumsuz yönü ise ulusal işlem standardının ev sahibi devlete dair bazı hususi hal ve koşullar dahilinde yerli yatırımcıya yönelik

¹³³ SALACUSE , s.666.

¹³⁴ TİRYAKİOĞLU, s. 163.

¹³⁵ FATOUROS, s. 196.

¹³⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 162; BAKLACI, s. 498; FATOUROS, s. 196.

kararlaştırılan uluslararası yatırım hukukunda olması gerektiğinden daha katı tedbirlerin yabancı yatırımcıyı ulusal muamele işlem standardı dahilinde kapsamaması sebebi halinde yabancı yatırımcının bu durumdan negatif etkilenebileceğİ üzerine belirtilen görüşler olarak adlandırılmaktadır.¹³⁷

Gelişmekte olan ülkeler ulusal muamele işlem standardını ekonomik anlamda özkaynaklarını sınırlı kullanıma açmak mahiyeti ile sınırlama yoluna gitmekte, belirli istisna hükümleri oluşturarak örneğın ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunmasını anlaşma kapsamından bertaraf ederek ilgili maddeyi düzenlemektedirler.¹³⁸

Ev sahibi devletin itina gösterdiğİ ulusal güvenlik ve kamu düzeni hususunda cereyan eden sektörel sınırlama faaliyetinin asıl amacı bahsettiğimiz yatırım alanlarını kendi vatandaşlarına özel ve tabi kılmak istemesi neticesinde gerçekleşen bir devlet refleksi olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamızın nceki safhalarında da belirttiğimiz gibi ulusal muamele işlem standardı ile en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi arasında yakın bir bağ bulunmakta, birbirleriyle iki taraflı yatırım antlaşması imzalayan ülkeler, ulusal ekonomik çıkarları ve mevzuat sınırlamaları gereğİ zaman zaman yabancı yatırımcılara karşı bu iki ilkeyi yabancı yatırımın girişinden önce bir arada ya da ayrı ayrı anlaşma metinlerine dahil etmektedir. Yabancı yatırımın girişinden sonra ise bu iki birbiriyle ilintili ve zaman zaman bağımsız durum dahilinde mevcudiyetini sağlayan hususlar ülke çıkarlarına göre iki taraflı yatırım anlaşmalarında ayrı ayrı yer alabilmektedir.

c. Adil ve Hakkaniyete Uygun Muamele İlkesi

Birçok iki taraflı yatırım antlaşması sözleşmeye taraf ülke vatandaşlarına ve yatırımlarına adil ve hakkaniyet¹³⁹e uygun muamele yapılmasını gerektiren hükümlerle oluşturulmuş bulunmaktadır.

¹³⁷ TİRYAKİOĞLU, s. 162.

¹³⁸ SALACUSE, s. 668.

¹³⁹ Günümüzde hakkaniyet kelimesinin yerine daha çok eşitlik ifadesinin kullanıldığına rastlanılmaktadır.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele esasının iki taraflı yatırım antlaşmalarında genellikle ve en çok kullanılan biçimine örnek olarak ise Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında 27.06.1996 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴⁰,nın başlangıç bölümünde yer alan tanım benzeri... *“İstikrarlı bir yatırım ortamı meydana getirmek ve ekonomik kaynakların en etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, yatırımların adil ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulmasının arzu edildiğini kabul ederek”*... ifadeler gösterilebilir.

Fakat anlaşma maddeleri detaylı bir şekilde incelendiğinde adil ve hakkaniyete uygun muamele ifadesinin anlaşmadan anlaşmaya kapsanan olgu, durum ve biçimler dahilinde farklılıklar gösterdiği görülmektedir.

Adil ve hakkaniyete uygun muamele esasının uluslararası hukukta iki taraflı yatırım anlaşmaları dahilinde yer alması tabiatıyla olağanca geniş bir kapsamı beraberinde getirmekte dolayısıyla ilgili maddenin yorumlanmasında pek çok farklı uygulama, görüş ve düzenleme muhteviyatı ortaya çıkmaktadır. Adil ve hakkaniyete uygun muamele esası içerisinde yer alan bu kayıtlar “tam koruma” , “ayrımcı olmama” , “keyfi ve haksız işlem yapmama”, “yatırımların ve idaresini ve yararlanılmasını engelleyici hükümlerden kaçınma” hususları dahilinde iki taraflı yatırım antlaşmasında yer almakta, zaman zaman birlikte zaman zaman ise ayrı biçimler içerisinde görünüm kazanmaktadırlar.

Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında 16.05.2000 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴¹ uyarınca madde 2nin 2. fıkrası“*Akit Taraflardan birinin yatırımcılarının diğer Akit Tarafın ülkesinde yaptığı yatırımlar her zaman adil ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacak ve tam korunma ve güvenliğe sahip olacaktır. Akit Tarafların hiçbirisi, hiç bir şekilde yatırımların idaresine, işletilmesine, bakımına, kullanımına, kazanımına, genişlemesine veya elden çıkarılmasına ayrımcı tedbirlerle engel olmayacaktır. Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarıyla ilgili olarak yürürlüğe girebilecek zorunluluklara uyacaktır.*” İbaresini ile adil ve hakkaniyete uygun muamele esası

¹⁴⁰ RG. T. 27.06.1996 S. 22679

¹⁴¹ RG. T. 16.05.2000 S.24051

dahiline “tam koruma ve güvenlik”, “ayrımcı olmama”, “yatırımların idaresi ve yararlanılmasını engelleyeci hükümlerden kaçınma” hususları birlik içerisinde değerlendirilmekte ve anlaşma metnine dahil olmaktadır.

Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Singapur Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 19.02.2010 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴²’nin madde 4’ün 3. Fıkrasında Akit “*Taraflardan hiçbiri, kanunlarına tabi olarak, hiçbir şekilde bu gibi yatırımların idaresine, sürdürülmesine, kullanımına, faydalanılmasına, genişletilmesine veya tasarrufuna keyfi ve haksız tedbirlerle zarar vermeyeceklerdir.*” İbaresini adil ve hakkaniyete uygun muamele esası dahilinde yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Ve Suudi Arabistan Krallığı Hükümeti Arasında 04.02.2009 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴³ 2. Maddesi:

“1. Her bir Akit Taraf ülkesinde diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarını mümkün olduğunca teşvik edecek ve bu gibi yatırımları kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak kabul edecektir. Akit Taraflar bu gibi yatırımlara her şartta adil ve eşit muamele tanıyacaklardır.

2. Her bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımları her zaman adil ve eşit bir muameleye tabi tutulacak ve diğer Akit Tarafın ülkesinde tam korumaya sahip olacaktır.

Hiç bir Akit Taraf bu gibi yatırımların yönetimine, sürdürülmesine, kullanımına, faydalanılmasına, genişletilmesine veya elden çıkarılmasına makul olmayan veya ayrımcı tedbirlerle hiç bir şekilde engel olmayacaktır.” ibaresi ile ise adil ve hakkaniyete uygun muamele esası dahiline “tam koruma ve güvenlik” ve “ayrımcı olmama” hususları birlik içerisinde değerlendirilmekte ve anlaşma metnine dahil olmaktadır.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının yatırımların korunması ve teşviki başlığı altında ele alınmış maddeleri dahilinde adil ve hakkaniyete uygun muamele esasının örf ve adete göre uluslararası asgari şartlar göz önüne alınarak ifade edileceği

¹⁴² RG. T. 19.02.2010 S. 27498

¹⁴³ RG. T. 04.02.2009 S. 27130

belirtilmekle beraber birtakım anlaşmalardan sadece adil ve hakkaniyete uygun muamele esasına yer verilmekte, örf ve adet ilkesi bertaraf edilerek uluslararası hukuka atıfta bulunmaktadır.¹⁴⁴

d. Fon Kaynakları İlkesi

Yatırım antlaşmaları “transfer” başlığı içerisinde karların geri transferi imkanı tanımaktadır. Butün yabancı yatırımcıların yatırım yaparken asıl amaçları kar elde etmek olduğundan karların transferinin devlet tarafından engellenme ihtimali yabancı yatırımcı için geri döndürülemez zarar anlamı taşıdığından iki taraflı yatırım antlaşmalarında transfer başlığı içerisinde düzenlenmiş ve bu hükümler günden güne daha önemli hale gelmiştir.¹⁴⁵

Gerek ev sahibi devlet gerek yabancı yatırımcı için iki taraflı yatırım antlaşmasının ilgili hükmü oldukça önemlidir. Yabancı yatırımcılar ve sermaye ihracında bulunan gelişmiş ülkeler transfer açısından geniş kapsama garantileri isterken bu tür izinler ev sahibi devlet için yatırımın ekonomik faydasını zayıflatma niteliği gösterdiğinden ve ödemelerin dengesini olumsuz etkilediğinden doğrudan yabancı yatırımı ülkelere çekerek yabancı yatırım akışını en üst düzeye çıkarmayı isteyen gelişmekte olan ülkeler para transferi üzerinde mali kısıtlamalar koymak yönünden yabancı yatırım akışını durdurma riski sebebiyle bir çıkmaz içinde bulunmaktadır.¹⁴⁶

Gelişmekte olan birçok ülkenin yatırım mevzuatı yatırımcıların konumuz dahilindeki hak ve ihtiyaçlarını kapsayacak şekilde düzenlenmekte, yatırımcılar konvertibilite riskine karşı stabilizasyon kaydı ile de desteklenerek güvence altına alınmaktadır.¹⁴⁷

İki taraflı yatırım antlaşmalarının hemen hemen çoğunda transfer edilecek değerler sadece kar ile sınırlı tutulmamakta, transfer edilebilecek değerler çeşitlendirilmekte ve bi liste halinde düzenlenmektedir. Standart olmayan bu

¹⁴⁴ BAKLACI, s. 506 – 507.

¹⁴⁵ COMEAUX, Paul E./KINSELLA, N. Stephan, Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk, New York 1977, s. 147 ; TİRYAKİOĞLU, s. 166.

¹⁴⁶ POGANY, s. 462.

¹⁴⁷ COMEAUX/ KINSELLA, s. 174.

listelerde yatırımın tamamının veya bir kısmının satışı yahut tasfiyesinden elde edilen kazançlar ;bir yatırım anlaşmazlığından doğan ödemeler; yönetim, teknik yardım, personel ve diğer ücretleri; bir yatırımla ilgili borçlardan doğan geri ödemeler ve faiz ödemeleri; hasılatlar; sermaye ve yatırımın arttırılması ve korunması için ilave meblağlar gibi ifadeler yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Ve Portekiz Cumhuriyeti Arasında 19.12.2003 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴⁸ madde 7:

“1. Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın bir yatırımcısının ülkesindeki bir yatırımıyla ilgili bütün ödemelerin kendi ülkesinden içeriye Ve dışarıya gecikme olmaksızın serbestçe transfer edilebilmesini garanti edecektir. Bu gibi transferler, bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, özellikle aşağıdakileri içerir:

(a) sermaye ve yatırımları sürdürmek veya arttırmak için gerekli ek meblağlar;

(b) işbu Anlaşmanın l'inci Maddesinin 2'inci Paragrafında tanımlanmış gelirler;

(c) kullarımdaki fonlar ve yatırımlar ile ilgili kredilerin geri ödemesi;

(d) bir yatırımın satışından veya tamamının veya bir kısmının tasfiyesinden elde edilen meblağlar;

(e) İşbu Anlaşmanın S'inci ve 6'inci Maddelerinde sözü edilen herhangi bir tazminat veya diğer ödeme; veya

(f) işbu Anlaşmanın 8'inci Maddesine uygun olarak yapılmış ödemeler;

(g) diğer Akit Tarafın ülkesinde, bir yatırımla ilgili uygun çalışma izinlerini almış olan bir Akit Tarafın vatandaşlarının aldıkları maaş, ücret ve diğer gelirleri,

(h) bir yatırım uyuşmazlığından kaynaklanan ödemeler.

¹⁴⁸ RG. T.19.12.2003 S.25321

2. *İşbu Maddede sözü edilen transferler, transferin yapıldığı tarihte geçerli olan döviz kuru üzerinden konvertibl para birimiyle yapılacaktır.*”

İlgili maddenin içeriğinde görüldüğü gibi Türkiye Cumhuriyeti ile Portekiz Cumhuriyeti iki taraflı yatırım antlaşmasında transfer edilebilir değerler oldukça detaylı bir şekilde belirtilmiş liste halinde transfer edilebilir değerlerin tamamı yer almıştır.

Fakat birtakım iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımların transfer edilebilir değerlerine ilişkin listeler değişkenlik göstermekte, ilgili değerlerden bazıları anlaşmanın ilgili maddesi içerisinde yer almamaktadır..

Örneğin Türkiye Cumhuriyeti İle Japonya Arasında 16.01.1993 Tarihinde İmzalanmış Bulunan Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına İlişkin Anlaşma¹⁴⁹’nın 8. Maddesi:

“1. Herhangi bir Akit Tarafın vatandaşları ve şirketlerinin diğer Akit Tarafın ülkesine veya bu ülke dışına yapacakları yatırımla ilgili transfer serbestisi bu Akit Tarafca, aşağıdakilerin transferi de dahil olmak üzere garanti edilecektir;

(1) Hasılatlar,

(2) Borç geri ödemeleri, .

(3) Satışlardan elde edilen gelirler,

(4) Yatırımın kısmen veya tamamen tasfiye değ-eri,

(5) Madde 5'e uygun olarak ödenecek tazminat,

(6) Madde 6'da öngörülen şartlara uygun olarak yapılacak ödemeler.

2. *Olaganüstü finansal veya ekonomik hallerde, herhangi bir Akit Taraf, bu maddenin 1. paragrafının şartlarına karşı olmaksızın, kendi kanunları ve*

¹⁴⁹ RG.T. 16.01.1993 S. 21467

yönetmelikleri çerçevesinde, Uluslararası Para Fonu Anlaşma maddelerine uyan bir Taraf ise, bu Anlaşma maddelerine uygun olarak kambiyo kısıtlamaları uygulayabilir.”

Yukarıdaki maddede görüldüğü gibi “*diğer Akit Tarafın ülkesinde, bir yatırımla ilgili uygun çalışma izinlerini almış olan bir Akit Tarafın vatandaşlarının aldıkları maaş, ücret ve diğer gelirleri,*” fıkrası Türkiye-Portekiz iki taraflı yatırım antlaşmasında yer almasına rağmen Türkiye-Japonya iki taraflı yatırım antlaşmasında transfer i mümkün değerlerden sayılmamaktadır.¹⁵⁰

İki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan para transferi maddesi içerisinde ülkeden ülkeye değişebilen farklılıklar sadece transferi mümkün kılınan değerlerin liste olarak ifade edilmiş içeriklerinden değil aynı zamanda ilgili maddenin genellikle ilk paragrafında yer alan transferlere uygulanacak zaman kıstası bakımından da ortaya çıkmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti ile ABD arasında imzalanmış bulunan iki taraflı yatırım antlaşmasının 4. Maddesinin 1. Paragrafında yer alan “*Taraflardan herbiri, yatırımlarla ilgili bütün transferlerin kendi ülkesinden içeri ve dışarı serbestçe ve gecikmeksizin gerçekleştirilmesine müsaade edecektir*” ifadesi Çin Halk Cumhuriyeti ile Fransa arasındaki anlaşma¹⁵¹da kullanılan “makul bir zaman zarfında” ifadesine göre çok daha belirli ve etkin bir şart koşturmaktadır.¹⁵² “makul bir zaman” ifadesi anlaşma ekinde uluslararası mali uygulama ile uygun bir şekilde transfer işlemlerini tamamlamak için genel olarak gereken zaman dilimi olarak açıklanmıştır. Buna karşın Türkiye-ABD iki taraflı yatırım antlaşmasının protokolünde “serbestçe ve gecikmeksizin” ifadesi anlaşma protokolünde “transferlerin, normal ticari işlem kuralları çerçevesi içinde mümkün olduğu kadar çabuk tamamlanması ve hiç bir şekilde başvuru tarihinden itibaren iki aydan fazla gecikmemesidir.”

¹⁵⁰ İki taraflı yatırım antlaşmalarında liste olarak düzenlenen transfer maddesi içerik bazında farklı farklı değerleri barındırır. Örneğin Türkiye'nin İsveç ile yaptığı iki taraflı yatırım antlaşmasında “yatırım uyumsuzluğundan doğan ödemeler “transferi mümkün değerler arasında sayılmamıştır. Türkiye'nin Sırbistan ile yaptığı iki taraflı yatırım antlaşmasında ise “sermaye ve yatırımları sürdürmek veya arttırmak için gerekli ek meblağlar” transferi mümkün değerler arasında yer almamaktadır.

¹⁵¹ http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_china_fr.pdf

¹⁵² POGANY, s. 162.

3. Yabancı Yatırımların Kamulaştırmaya Karşı Korunması

a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Kamulaştırmaya Karşı Koruma İlkesi

İki taraflı yatırım antlaşmalarının gerek ev sahibi devlet gerek yatırımcı bazında en önemli hususlarından biri de “kamulaştırmaya karşı koruma” başlığı adı altında düzenlenen maddedir.

Kamulaştırmaya karşı koruma maddesi ile amaçlanan durum yabancı yatırımların millileştirme, kamulaştırma veya mülkiyet haklarına farklı şekillerde müdahalelerden korunmasıdır.¹⁵³

Yabancı mülkiyete yönelik müdahaleler açısından literatür¹⁵⁴de farklı terimler kullanılsa da “kamulaştırma”, “millileştirme” en çok kullanılan ve tercih edilen terimlerdir.¹⁵⁵

İki taraflı yatırım antlaşmaları yapıları itibariyle kamulaştırma, millileştirme ve mülkiyet haklarına müdahale sonucu benzer sonuçlar doğuran hususları tek tek tanımlamamakta, anlaşma madde içeriklerinde çoğunlukla bu tedbirlerden biri kullanılmakta, bazen de iki ya da üç husus anlaşma maddesi içerisinde ifade edilmektedir. İfade biçimlerinde değişiklik gösteren bu hususların yanı sıra madde içeriğinde kamulaştırmanın hukuki olması için aranılan şartlara yer verilmektedir.¹⁵⁶

İki taraflı yatırım antlaşmalarının kamulaştırmaya karşı korumayı düzenleyen madde başlığı içerisinde kamulaştırma, millileştirme ve mülkiyet haklarına müdahale sonucu benzer sonuçlar doğuran tedbirlerin tanımlanmıyor olmasının nedeni ev sahibi devletlerin bu hususlar ile aynı etkiyi doğuran farklı ve birçok önlemleri hayata geçirdikten sonra bunların kamulaştırma sayılmadığını iddia edebilme ihtimalidir.¹⁵⁷

¹⁵³ SALACUSE, s. 670.

¹⁵⁴ El atma (taking) ve mahrum bırakma (deprivation veya privation) terimleri de kullanılmaktadır. Bunlar içerisinde el atma (taking) kavramı doğrudan veya dıylı olarak gerçekleştirilen tüm kamulaştırma, millileştirme, el koyma ve diğeri mülkiyet haklarına müdahaleleri de kapsamaktadır.

¹⁵⁵ TİRYAKİOĞLU, s. 167.

¹⁵⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 167; BAKLACI s. 508.

¹⁵⁷ TİRYAKİOĞLU, s. 167.

Bu tür önlemler “de facto”, “dolaylı” , “sürüngen” olarak tanımlanıp adlandırılmaktadır. Bu sebep ile iki taraflı yatırım antlaşmalarındaki tedbirler ve önlemler kamulaştırma ile aynı etkileri doğurabilme ihtimali olan tüm durumlar için aynı hukuki korumayı sağlamak amacı ile alınmaktadır.¹⁵⁸

Çalışmamızda iki taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenen kamulaştırmaya karşı koruma ilkesi detaylı bir biçimde incelenecek konunun tüm yönleriyle anlaşılabilmesi için kamulaştırma kavramının şartlarının, çeşitlerinin yatırım anlaşmalarına etkisi dahilinde özel görünüş biçimleri açıklanmaya çalışılacaktır.

Kamulaştırma terimi mevzuatımıza ilk kez 1924 Anayasasının 10 Ocak 1945 tarihinde türkçeleştirilen metni dahilinde girmiştir.¹⁵⁹

Kamulaştırma en genel tanımı ile yatırımcıya ait olan mal varlığının kamu yararlarından yola çıkılarak ev sahibi ülke tarafından ele geçirilmesi olarak tanımlanır.¹⁶⁰

b. Kamulaştırmanın Şartları

Devletlerin uluslararası hukukta kamulaştırma sistemini kullaabilmesi kabul edilen bir hal içerisinde değerlendirilmekle beraber devlet kamulaştırma gücünü sadece belirli şartlar ve koşullar dahilinde kullanabilir.

Bu koşullar :

- Kamu yararı,
- Ayrımcı olunmaması,
- Hukuki usullere uygun davranılması ve yargısal denetim,
- Uygun tazminat miktarı,

¹⁵⁸ TİRYAKİOĞLU, kitap 168

¹⁵⁹ ÖZYÖRÜK, Mukbil, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1942, s. 15.

¹⁶⁰ COMEAUX/ KINSELLA s. 4. Çeşitli tanımlar için bkz. ONAR, Sıddık S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, Ankara 1966, s. 1513 vd.; GÖZÜBÜYÜK, Şeref /TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Ankara 2004,s. 904 vd.; NAZAROĞLU Yavuz/ÜNAL Hasan, Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırma ve İlgili Mevzuat, Ankara 1975, s.6. Ayrıca yargı kararlarında da kamulaştırmanın tanımının yapıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamulaştırma, malikin rızası olmaksızın, devletin kamu yararına özel mülkiyeti sona erdirdiği bir işlemdir.” şeklinde tanımlanır. (AYM 9.4.2003, 79/29 :RG 25.12.2003,sa. 25327).

olarak maddelenebilir.

Kamu Yararı:

Uluslararası hukukta kamu yararı şartı ilkesinin sınırları ev sahibi devletin takdir ettiği hususlar dahilinde gerçekleşmekte, soyut bir kavram olan kamu yararı ilkesinin içeriği kesin sınırlarla tanımlanamamaktadır.¹⁶¹ Bir çok iki taraflı yatırım antlaşasında “kamu yararı” kamulaştırmaya karşı koruma başlığı altında yer almaktadır.¹⁶²

Ayrımcı Olunmaması:

Ayrımcı olmama şartı ilkesi oldukça yüksek bir oranda tüm iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer almakta¹⁶³ ve bu husus bazen sadece en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi içerisinde yer alırken bazen de kamulaştırmaya karşı koruma başlığı altında anlaşma dahilinde ayrıca düzenlenmektedir.¹⁶⁴ Ayrımcı olmama şartı ilkesi ile anlaşmaya taraf ülke yatırımcılarının benzer konumdaki diğer yatırımcılardan daha negatif bir muameleyle karşı karşıya kalmamaları sağlanmış olmaktadır.¹⁶⁵

¹⁶¹ TİRYAKİOĞLU, s. 168.

¹⁶² “Akit taraflardan herhangi birinin vatandaşı veya şirketlerince yapılan yatırımlar diğer akit tarafça dahili ihtiyacından doğan kamu yaran amacı ile yapılacak...” (Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşma, madde 5, 1. Fıkra) RG. 09.05.1996 - 22631 ; “Bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımları alınan tedbirlerin... kamu menfaati... durumlar hariç...” (Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Cumhuriyeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşma, madde 5, fıkra b),RG. 02.03.2004-25390 ; “Aşağıda belirtilen şartlar sağlanmadıkça hiçbir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımlarını doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırma, devletleştirme veya benzeri etkisi olan önlemlere tabi tutmayacaktır: önlemler, kamu yararına ya yürürlükteki mevzuat uyarınca alınır...” (Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Cumhuriyeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşma, Madde 4, 1 fıkra, a bendi) RG. 22.02.1995-22210

¹⁶³ “Yatırımlar,... ayrımcı olmayacak biçimde,... uygulamalara maruz bırakılmayacaktır.” (Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik anlaşma ,madde 4, 1. Fıkra) RG.28.12.2005-26037 ; “Akit Taraflardan hiçbiri, aşağıda belirtilen şartlar dışında, diğer Akit Tarafın bir yatırımcısının yatırımlarına karşı herhangi bir kamulaştırma ya da devletleştirme önlemi almayacaktır... ayrımcı olmayan tedbirler...” (Türkiye Cumhuriyeti ile Malezya Hükümeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik anlaşma,madde5,b bendi) RG. 07.07.1997/ 23042

¹⁶⁴ TİRYAKİOĞLU, s. 169.

¹⁶⁵ ERTEN, Rıfat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara 2005, s.168.

Hukuki Usullere Uygun Davranılması ve Yargısal Denetim:

İki taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunluğu usul kuralları dahilinde kamulaştırmaların bu kurallara tai olarak yapılmasını düzenlemektedir. Genellikle ev sahibi devletin usul kurallarının geçerli olarak ele alındığı bu şart iki taraflı yatırım antlaşmalarında bazı ek hususlar dahilinde çeşitlendirilebilir.¹⁶⁶

Uygun Tazminat Miktarı:

Devletler hukuku bazında karşılığı ödenmeksizin yapılan kamulaştırmalar geçerli sayılmamaktadır. Uluslararası yatırım hukuku dahilinde de kamulaştırmaların tazminat eşliğinde yapılması gereken hususlar olduğu kabul edilmiştir.¹⁶⁷

İki taraflı yatırım antlaşmalarında genellikle “derhal, yeterli ve etkin bir tazminatın ödenmesi” şartı aranmaktadır.¹⁶⁸

İki taraflı yatırım anlaşmalarının tazminata dair hükümlerin yukarıdaki biçimde yer alabilmesinin temeli “hull doktrin”ine dayanmaktadır.

Hull doktrini: ABD Dış İşleri Bakanı Hull 1938’de Meksika Hükümeti’ne gönderdiği mektupta bir devletin “derhal(prompt), yeterli(adequate) ve etkili(effective)” tazminat olmaksızın kamulaştırma gücünü kullanamayacağını deklare etmiştir.¹⁶⁹

¹⁶⁶ “Hiçbir Akit Taraf, kamu yararına, hukuki sürece uygun olarak ve bu tedbirlerin ayrımcı olmaması durumu hariç... herhangi bir önlem alınmayacaktır.” (Türkiye Cumhuriyeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik anlaşma, madde 4, 2. Fıkra) RG. T.26.06.2009 S.27270 ; “ Akit 'Taraflar, aşağıdaki koşullar geçerli olmadığı takdirde diğer Akit Tarafın yatırımcısına ait yatırım ve getirilere ilişkin olarak kamulaştırma, millileştirme ya da benzeri Özellikler ya da' etkiler taşıyan diğer tedbirlere başvurmayacaklardır: Alınan tedbirler kamu yararına ve cari yasalara uygun olacaktır...” (Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Hükümeti arasında yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik anlaşma, madde 4, 1. Fıkra, a bendi) RG. 15.07.1998 - 23403

¹⁶⁷ TİRYAKİOĞLU, s. 170; PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 33.

¹⁶⁸ “Yatırımlar,... yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve yürürlükteki mevzuata ve Madde II (2) de konu edilen genel prensiplere uygun olarak hareket edildiği haller dışında dolaylı veya doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma veya devletleştirilmeye "kamulaştırma" eşit işlemlere tabî tutulmayacaktır...” Türkiye Cumhuriyeti ile ABD arasında yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik anlaşma, madde 3,1. Fıkra) RG. T. 13.08.1989 S. 20251

¹⁶⁹ TİRYAKİOĞLU, s. 170.

Bu doktrin kamulaştırılan malın tam değerine karşılık sağlanmasını içeren tazminat tutarının yeterli tazminat olarak belirlenmesini amaçlamaktadır.

Yeterli ve uygun tazminat ise “devlete yabancı yatırımcı tarafından elde edilecek kâr, kârın elde edildiği süre gibi unsurları göz önüne alma imkânını veren esnek bir standarttır.”¹⁷⁰

Özellikle ABD tarafından imzalanmış bulunan iki taraflı yatırım antlaşmalarında “derhal yeterli ve etkili bir tazminatın ödenmesi” unsuru kamulaştırmaya karşı koruma maddesi başlığında ele alınmakta ve Türkiye – ABD arasındaki yatırım anlaşmasının 3. Maddesi 2. Fıkrasında belirtilen “*Tazminat, kamulaştırma kararının alındığı veya öğrenildiği anda, kamulaştırılan yatırımın adil piyasa değerine eşit olacaktır. Tazminat gecikmeksizin ödenecek, tamamiyle nakte çevrilebilecek ve serbestçe transfer edilebilecektir. Tazminat ödenmesi geciktiği takdirde, bu tazminat kamulaştırma tarihinde hemen ödenmiş olsaydı, yatırımcı hangi durumda olacak idiyse, daha az elverişli şartlarda olmamasını temin edecek şekilde ödenecektir.*”¹⁷¹ İfadesi ile kamulaştırmaya karşı koruma tedbirleri Hull doktrini neticesinde en üst seviyede değerlendirilmiş olmaktadır.

TR-ABD iki taraflı yatırım antlaşmasının ilgili başlığı altında yer alan 3. Maddenin 1. Fıkrasında ise “*Yatırımlar, kamu yararı amacı ile yapılacaklar dışında ve ayırım gözetmeyecek biçimde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve yürürlükteki mevzuata ve Madde II (2) de konu edilen genel prensiplere uygun olarak hareket edildiği haller dışında dolaylı veya doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma veya devletleştirmeye "kamulaştırma" eşit işlemlere tabî tutulmayacaktır.*” Hükmü ile Türkiye –ABD anlaşması kamulaştırmanın doğrudan ve dolaylı biçimlerini kapsamak üzere geniş bir şekilde kamulaştırmanın tanımı yapmaktadır.

¹⁷⁰ TİRYAKİOĞLU, s. 170.

¹⁷¹ RG. T. 13.08.1989 S. 20251,

Çalışmamızda örneklediğimiz TR-ABD anlaşmasının 3. maddesinin 1. Fıkrasında yer alan bu hüküm kamulaştırmanın anlamını detaylandırarak(defacto kamulaştırma) pek çok anlaşmadan ayrılmaktadır.¹⁷²

c. De Facto Kamulaştırma

De facto kamulaştırma, yabancı yatırımcıyı zamanla sahip olduğu mal varlığından devletlerin yoksun bırakmak amacıyla giriştikleri müdahalelerdir.¹⁷³ De facto kamulaştırma literatürde sürünge kamulaştırma (creeping expropriation) ya da kamulaştırmaya benzer etkileri olan dolaylı kamulaştırma olarak tanımlanmakta ve adlandırılmaktadır.

De facto kamulaştırma ev sahibi devletin yatırımcıyı mülkiyetin kendisine ait hususunu gerçekten edinmeden mülkiyetin normal yararlarını kullanmaktan alı koyduğunda meydana gelmiş olur.¹⁷⁴

Bu tür bir müdahale “haddinden fazla yada keyfi vergilendirme, patentler ile müdahale, hisselerin dağıtımının engellenmesi, mecburi yüksek faiz getiren krediler, maaş oranlarında zorunlu ve ağır yükselişi, hammadde erişimini reddedme, gerekli ithalat ve ihracat lisanslarını reddedme” gibi şekillerde olabilir.¹⁷⁵

De facto kamulaştırmada şirketlere dair mal varlığının tamamı ile kamulaştırılması işleminden farklı olarak ev sahibi hükümet tarafından hayata geçirilen beklenmedik ve ani bir yaptırımın karşısında yer alabilen biçimde süreç içerisinde kendini geliştiren, gelişen ve doğurduğu etkiler dahilinde kamulaştırma ile sonuçları bakımından benzerlikler taşıyan durumlar söz konusu olmaktadır. Ev sahibi ülkelerin istedikleri avantajları keyfi bir biçimde ve zaman içerisinde yabancı yatırımcıların faaliyetlerine getirdikleri sınırlama ve zorlama faaliyetleri sonucu ele

¹⁷² ABD – Mısır arasındaki yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkin anlaşmada bu kapsamda bir hüküm bulunmamaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_egypt.pdf

¹⁷³ COMEAUX/KİNSELLA, s. 8.

¹⁷⁴ POGANY, s. 466-467.

¹⁷⁵ POGANY, s. 467.

geçirilmeleri anlamına gelen de facto kamulaştırma uluslararası hukuk nazarında kendisine tartışma alanı bulmaya halen devam etmektedir.¹⁷⁶

Ev sahibi ülke tarafından yabancı yatırımcıya verilen izin ya da öngörülen imtiyazın geri alınması durumunda da yatırımcının faaliyetini sürdürebilmesi olanaksız duruma geleceğinden ötürü bu tür tedbirlerin de de facto kamulaştırma tanımı içerisinde değerlendirilebileceği öne sürülmekte¹⁷⁷ ulusal yatırım mevzuatı dahilinde garanti altına alınması oldukça güç olan de facto kamulaştırmalar iki taraflı yatırım antlaşmaları sayesinde eğer anlaşma bu tarz bir kayıt içeren bazda düzenlendiyse uluslararası garanti kuruluşları tarafından himaye edilmektedir.

III. MIGA

1. MIGA'nın Tanımı

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA)¹⁷⁸ geliştirmekte olan ülkelere yönelik doğrudan yabancı yatırım akımlarını arttırmak ve birbirleri arasındaki koordinasyonu sağlamak amacıyla 1988 yılında Dünya Bankası'nın bir yan kuruluşu olarak kurulmuştur¹⁷⁹. Tüzel bir kişilik olarak kurulan MIGA hukuksal ve finansal açılarından Dünya Bankası'ndan bağımsız bir kuruluştur. Sözleşme yapmaya, taşınır ve taşınmaz mal alıp satmaya ve hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir.¹⁸⁰

Uluslararası bir sözleşme¹⁸¹ dahilinde ortaya çıkan MIGA bir ülkedeki yabancı yatırımcıların muhattap olabilecekleri özellikle ticari nitelik taşımayan

¹⁷⁶ COMEAUX/KINSELLA, s. 8.

¹⁷⁷ TİRYAKIOĞLU, s. 192.

¹⁷⁸ RG. T. 2.6.1988 S. 19830

¹⁷⁹ Komisyon Raporu, s. 15; Daha fazla bilgi için bkz. <http://www.MIGA.org/errortrapped/errpage.cfm>

¹⁸⁰ ÇELİKEL/ GELGEL (ÖZTEKİN), s. 166.

¹⁸¹ MIGA'nın kuruluş ve işleyişinin yer aldığı sözleşme metni 11 bölümden oluşan 67 madde, 2 tablo ve 2 ekten oluşmaktadır.

risklere garanti tesis eden ve gelişmekte olan ülkelerin, yabancı yatırımların olumsuz yönlerine ilişkin şüphelerinin bertaraf edilmesini sağlamaya çalışan bir oluşumdur.¹⁸²

MIGA'nın garanti kapsamına girmek, MIGA ile yatırımcı arasında bir garanti sözleşmesinin yapılmış olması demektir. Garanti sözleşmesi, garanti sahibinin, yatırım yapılan projenin, yatırımın mahiyetinin, garanti kapsamına giren risklerin, garanti şartlarının ve ev sahibi ülke ile yatırımcı arasındaki diğer her türlü anlaşmaların tanımını yapmaktadır. Garanti sözleşmesinde, bunlara ek olarak, MIGA'nın ve garanti sahibi yatırımcının hakları v e borçları da belirlenmektedir.

2. MIGA'nın Yapısı

MIGA'nın yönetim organları; guvernörler konseyi, direktörler kurulu, başkan ve sekreteryadan oluşmaktadır.

a. Guvernörler Konseyi

Bu konsey yeni üye kabul etmeye, kuruluş sermayesini arttırmaya, üyelerin gelişmişlik seviyelerini belirlemeye MIGA'nın en yetkili ve tekili organı olarak haiz olmaktadır.

Guvernörler konseyi başkanı konsey üyeleri içerisinde seçilmekte, konseyin üyeleri ise tüm üye ülkelerin atadağı guvernörlerden oluşmaktadır.

Konsey yıllık olağan toplantıları haricinde oyların %25'ine sahip üyelerin, ya da 5 icra direktörünün talepleri üzerine toplanabilmektedir.¹⁸³

¹⁸² ÇELİKEL/ GELGEL (ÖZTEKİN), s. 166.

¹⁸³ MIGA Sözleşmesi, , madde 31 (c).

b. Direktörler Kurulu

Direktörler kurulu sahip olduğu yetki dâhilinde tüm görevleri yerine getiren ve kuruluşun yönetim kurulu olma sıfatı ile bütün faaliyetlerinden sorumlu yürütme organıdır.

Direktörler kurulu en az 12 üyeden oluşmakta ve üyeler guvernörler konseyi tarafından seçilmektedir.

c. Başkan

Direktörler kurulunun denetimi dahilinde çalışmak üzere atanan başkan MIGA'nın iç ve dış yapısını yürütmek, ayrıca çalışan personal ile ilgili oluşum ve düzenlemeleri hayata geçirmek üzere görevini gerçekleştirmektedir.¹⁸⁴

MIGA'nın ifasına yönelik hususlarda ise başkanın sorumluluğu MIGA dışında hiçbir merciye karşı bulunmamaktadır.¹⁸⁵

3. MIGA'nın Amacı

MIGA'nın temel amacı yatırımcıyı uluslararası ticaret haricinde oluşması muhtemel risklere karşı korumaktır.¹⁸⁶

Kuruluş üye ülkeler arasında gerçekleşen yatırımların maruz kalabilecekleri ticari niteliğe haiz olmayan risklere(mükerrer ve ortak sigortalarda dahil) karşı garantiler tesis etmekte ve özellikle gelişmekte olan ülkeler arasında yahut yatırım akışınının serini bu ülkelere yönelik güçlendirmek üzere düzenlemelere imza atmakta, yatırım fırsatları hususunda yaptığı araştırmalar dahilinde elde ettiği

¹⁸⁴ MIGA Sözleşmesi, madde 33 (a).

¹⁸⁵ "Görevlerinin ifasında Başkan ve personel Kuruluş dışında hiçbir merciye karşı sorumlu olmayacaklardır. Kuruluşun her üyesi bu görevin uluslararası niteliğine saygı gösterecek ve görevlerinin ifasında Başkan ve personeli etkileyecek her türlü eylemden kaçınacaklardır" MIGA Sözleşmesi, madde 33(c)

¹⁸⁶ SHIHATA, Foreign Investment, s. 16.

sonuçları düzenli bir şekilde analiz ederek kaynak bilgi olarak yayınlamakta ayrıca düzenlediği konferanslar ile bu ülkelerdeki yerel yatırım imkanlarını ve olanaklarını sermaye ihraç eden devletler nezdinde uluslararası ekonomiyle tanıştırmaktadır.¹⁸⁷

4. MIGA' Nın Genel Garanti Kapsamı

MIGA'nın garanti faaliyetini biçimlendiren kurallar zaman içerisinde gelişmekte olan küresel ekonomi anlayışının bir etkisi olarak direktörler kurulu nazarında öngörülecek hususlar dahilinde esnek bir anlayışa sahiptir ve güncel ekonomik şartlar dahilinde oluşabilen yatırım akışlarına cevap verebilecek nitelikte bir koruma refleksi geliştirebilecek üzere yapılandırılmıştır.

a. MIGA Tarafından Garanti Edilen Yatırım Türleri

Her şeyden önce MIGA bir yatırımı garanti prosedürü içerisine dâhil etmeden önce yatırımın ev sahibi ülkenin ekonomik kalkınmasına olumlu etkisini araştırır ve söz konusu yatırımın yapısal sağlamlığı hususunda tatmin olmak ister. Yatırımın ev sahibi ülke hukuku dahilinde mevzuata dair uygunluğu da MIGA'nın garanti ettiği yatırım çeşitleri için önemli bir etkidir.

Uluslararası yatırım hukukunun esaslarında yer alan adil ve eşit muameleyi gözeten hususlar da pek tabiki yatırım ortamının güvenilirliği açısından MIGA sözleşmesinin ilgili maddelerinde yer almaktadır.¹⁸⁸

¹⁸⁷ TİRYAKİOĞLU, s. 143.

¹⁸⁸ MIGA Sözleşmesi, md. 12 “ Uygun Yatırımlar ”

(a) Uygun Yatırımlar bu tür bir yatırımda sermaye sahiplen tarafından açılan veya garanti edilen orta veya uzun vadeli krediler de dahil olmak üzere sermaye yatırımını ve kurul'ca belirlenecek doğrudan yatırım biçimlerini kapsayacaktır.

(b) Kurul, özel çoğunlukla, bu uygunluk sınırını, diğer orta veya uzun vadeli yatırım biçimlerini de içerecek şekilde genişletebilir. Ancak, yukarıda (a) Bölümünde anılanlar dışındaki krediler, Kuruluşça karşılanmış veya karşılanacak belirli bir yatırıma ilişkin olmaları durumunda uygun sayılabilirler.

(c) Garantiler, garantinin tescili için yapılan başvurunun kuruluşça yerine getirilmesini müteakiben uygulanmaya başlanan yatırımlarla sınırlandırılacaktır. Bu tür yatırımlar,

(i) Mevcut bir yatırımı modernize etmek, genişletmek veya geliştirmek için yapılan her türlü döviz transferini,

MIGA sözleşmesi dahilinde garanti altına alınan yatırımlar için mali bir girdinin zorunlu olması gerekmektedir. Patent, franchising sözleşmeleri, know-how gibi işbirliği biçimleri de MIGA korumasının yatırım dahilindeki hükümlerini kapsamaktadır.¹⁸⁹

Söz konusu yatırımların MIGA tarafından garanti edilebilmesine ilişkin bir diğer önemli şart ise MIGA'ya üyeliği bulunan gelişmekte olan ülkeler dahilinde yapılmış olmasıdır.¹⁹⁰

MIGA portföy yatırımlarını politik riskler kapsamına dahil ederek bir çok ulusal sigorta kuruluşuna ayrılmaktadır. İki taraflı yatırım antlaşmaları dahilindeki yatırım tanımının portföy yatırımlarını da kapsaması gerektiğini destekleyen görüşler dahilindeki tartışmalardan yola çıkarak. MIGA portföy yatırımlarına sağlamış bulunduğu politik risk sigortaları dahilinde bu yatırımların teşvikinde önemli bir rol oynamaktadır.¹⁹¹

b. MIGA Tarafından Uygun Görülen Yatırımcılar

MIGA sözleşmesine göre öngörülen şartların hayata geçirilmiş olması durumunda hem tüzel kişi hem de gerçek kişi yatırımcıların kuruluşun sağladığı imtiyaz ve garantilerden fayda sağlayabilmesi mümkündür. MIGA sözleşmesi yatırımcıların tabi olduğu ve uyması gereken zorunlu hususları detaylı bir biçimde ifade etmektedir.¹⁹²

(ii) evsahibi ülkede kullanılmadığı takdirde ülke dışına transfer edilecek mevcut yatırım kazançlarının kullanımını kapsayabilir.

(d) Kuruluş bir yatırımı garanti ederken aşağıda sayılan kusurlar bakımından tatmin olmalıdır :

(i) yatırımın ekonomik sağlamlığı ve evsahibi ülkenin kalkınmasına katkısı;

(ii) yatırımın evsahibi ülke kanunları ve mevzuatına uygunluğu;

'(iii) yatırımın evsahibi ülkenin açıklanmış öncelikleri ve kalkınma hedefleriyle tutarlılığı;

(iv) evsahibi ülkede bu tür bir yatırıma karşı adil ve eşit muamele ve kanunî gözetimin sağlanması da dahil olmak üzere yatırım ortamının güvenilirliği." (RG. 2.6.1988-19830)

¹⁸⁹ MIGA Sözleşmesi, md. 12; MIGA Uygulama Kuralları, m. 102-108; **KAYIHAN**, s. 418.

¹⁹⁰ MIGA Sözleşmesi, md. 14.

¹⁹¹ **SHIHATA**, Foreign Investment, s. 162; **SORNARAJAH**, Portfolio Investments, s. 517.

¹⁹² MIGA Sözleşmesi, md. 13: "Uygun Yatırımcılar

(a) Herhangi bir özel veya tüzelkişilik şu koşullarla Kuruluşun garantisine hak kazanır:

c. MIGA' nın Karşılatabileceği Risk Türleri

MIGA sözleşmesi madde 2(a)¹⁹³ da belirtildiği üzere üyenin bir başka üye ülke dahilindeki yatırımları sebebiyle muhattap olacağı ticari olmayan risklere karşı garanti kapsamını düzenlemektedir.

MIGA ticari olmayan yani politik risk türü kapsamına giren dört farklı risk çeşidini garanti kapsamına almaktadır.

Bunlar:

- Döviz transferi
- Kamulaştırma ve benzeri tedbirler
- Sözleşmenin ihlali
- Savaş ve iç kargaşa hali

aa. Döviz Transferi

MIGA sözleşmesinde garanti sahibi yatırımcının transfer müracatının makul süre içinde karşılanamaması da dahil olmak üzere, ev sahibi ülkenin parasının serbestçe kullanılabilir bir paraya veya garanti sahibi tarafından kabul edilen bir döviz cinsine çevrilmesi suretiyle yurt dışına transferine, ev sahibi hükümetin kısıtlama getirmesi hususu dahilinde “döviz transferi” başlığı altında karşılanan

(i) bu özel kişi evsahibi ülke haricinde bir üyenin vatandaşı olması;

(ii) bu tüzelkişilik ve onun ana iş merkezinin bir üye ülkede kurulu olması veya sermayesinin çoğunluğuna bir üye veya üyeler veya bunların tebaalarının sahip olması. Ancak bu sayılanların hiçbirinde üye ülke aynı zamanda evsahibi ülke durumunda bulunmamalıdır ve,

(iii) bu tüzelkişiliğin, özel sektöre ait olsun veya olmasın ticari amaçla çalışması;

(b) Yatırımcının birden çok ülkenin vatandaşlığına sahip olması halinde; yukarıda (a) bölümünün amaçları için bir üyenin milliyeti üye olmayan ülkenin milliyetine göre ve evsahibi ülkenin milliyeti herhangi bir başka üyenin milliyetine göre öncelik kazanacaktır.

(c) Kurul, yatırımcı ve »evsahibi ülkenin ortak başvurusu üzerine, özel çoğunluk kararıyla, uygunluk tanımını, evsahibi ülkenin tebaası olan bir özel kişiye veya evsahibi ülkede şirket kurmuş veya sermayesinin çoğunluğuna tebaasının sahip olduğu bir tüzelkişiliğe genişletebilir ancak, yatırım yapılan kıymetler evsahibi ülke dışından getirilmiş olmalıdır.” (RG. 2.6.1988-19830)

¹⁹³ “Diğer üye ülkelere, bir ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri gayri ticari risklere karşı, mükerrer ve ortak sigortalamalar da dahil olmak üzere garanti tesis edecektir”

riskler ana başlığı içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁹⁴ Yatırımcının yerel para biriminin yatırım yapılan ülke dışına transfer için döviz cinsinden çevrilememesinden doğan zararlara karşı koruma sağlayan bu madde¹⁹⁵ ışığında MIGA garanti sözleşmesinde belirtilen para birimde tazminat öder.¹⁹⁶

bb. Kamulaştırma ve Benzeri Tedbirler

Çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsettiğimiz gibi ev sahibi ülkelerin kamulaştırma ve benzer mülkiyet haklarına müdahale eden faaliyetleri devletlerin hukuki ve idari tasarrufları ışığında gelişebileceği gibi ev sahibi devletin yatırımcıyı mülkiyetin kendisine ait hususunu gerçekten edinmeden mülkiyetin normal yararlarını kullanmaktan alı koyduğu zaman içerisinde gelişen işlemleri¹⁹⁷ yahut nitelikli ihmalleri sonucu da gerçekleştirebilir. Bu çeşit müdahaleler yatırımcıyı zor durumda bırakmakta ve ekonomik anlamda hüsrana uğratmaktadır.

MIGA bahsettiğimiz tip dahilindeki kamulaştırmaları da garanti kapsamına almakta ve detaylı bir şekilde koruma sağlamaktadır.

MIGA sözleşmesinin ilgili maddesinde garanti kapsamı dışında tuttuğu yatırımlar ise belirtilmiştir. Bu yatırımlar: ev sahibi hükümetlerin kendi topraklarında genelde uygulanmak üzere ekonomik faaliyetleri düzenleme amacına yönelik olarak aldıkları yansız tedbirler olarak adlandırılmakta ve¹⁹⁸ kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik iyi niyetli müdahaleler ışığında ileriye dönük pozitif çevresel faktörleri ve zorunlu ekonomik nitelikleri sağlamaları gerekmektedir.

¹⁹⁴ MIGA Sözleşmesi, md. 11(i). Döviz Transferi: Garanti sahibinin bu tür bir transfer müracaatının makul bir süre içinde karşılanamaması da dahil olmak üzere, evsahibi ülkenin parasının serbestçe kullanılabilir para veya garanti sahibinin de kabul edeceği bir döviz cinsinden yurt dışına transferine evsahibi hükümetin getirdiği kısıtlamalar.

¹⁹⁵ Daha fazla bilgi için bkz. MIGA Uygulama Kuralları

¹⁹⁶ <http://www.MIGA.org/documents/IGG07tur.pdf>

¹⁹⁷ De facto; sürüngen, dolaylı kamulaştırma olarak anılır.

¹⁹⁸ MIGA Sözleşmesi, md. 11(ii): “Kamulaştırma ve Benzeri Tedbirler: Hükümetlerin kendi topraklarında genelde uygulanmak üzere ekonomik faaliyetleri düzenleme amacına yönelik olarak aldıkları yansız tedbirler hariç olmak üzere, garanti sahibini yatırımının mülkiyetinden veya denetiminden veya elde edeceği önemli bir çıkardan mahrum edecek şekilde evsahibi hükümet tarafından alınan herhangi bir hukukî veya idarî tedbir”

cc. Sözleşmenin İhlali

MIGA Ev sahibi ülkenin, garanti sahibi ile yaptığı sözleşmeyi ihlalinden doğan riskleri garanti altına almakta bu çeşit garanti oluşumu ise belirli şartlar halinde bağlı olarak ortaya çıkmakta ve madde kapsamı dahilinde değerlendirilmektedir. Bu şartlar:

- Garanti sahibinin sözleşmenin, ihlal edildiğini veya tanınmadığını saptamak için bir yargı veya tahkim merciine başvurma hakkının olmaması,
- Söz konusu yargı merciin, MIGA Sözleşmesi içerisinde yer alan kuruluşun kuralları dahilinde belirlenmiş olan süre içerisinde herhangi bir karara varamamış olması,
- Ve söz konusu yargı mercii tarafından verilmiş olan kararların hiçbir şekilde uygulanamaması durumları, olarak sıralanabilir.¹⁹⁹

dd. Savaş ve İç Kargaşa Hali

Ülkenin kontrolü dışında gelişen durumlardan olan iç çatışma, askeri hareket ve uluslararası silahlı çatışma halleri MIGA tarafından bu hallerin sebep olduğu zararı oranında garanti altına alınmaktadır

İç çatışmadan kaynaklanan kargaşa hallerinin temelini politik ve ideolojik nitelikteki topluluk hareketlerinden meydana gelmiş olması gerekmektedir terörist eylemler hususlarında ise MIGA garanti sağlamamakta sadece bu eylemler siyasi bazlı sebepler neticesiyle ortaya çıkmış ise MIGA yönetim kurulu garantinin kapsamını söz konusu eylemler dahilinde genişletebilmektedir.²⁰⁰

MIGA tarafından garanti kapsamına alınan yatırımların incelediğimiz madde dahilinde sadece ev sahibi ülke toprakları üzerinde gerçekleşmesi şartı aranırken çok ender durumlarda ev sahibi ülke toprakları dışında gelişen fakat etkileri uluslararası boyuta taşınıp ev sahibi ülkedeki yatırım projeleri üzerinde somut ve yıkıcı

¹⁹⁹ MIGA Sözleşmesi, md. 11(iii): “Evsahibi Hükümetin garanti sahibi ile yaptığı sözleşmeyi herhangi bir ihlali veya tanımayı ki, (a) garanti sahibinin bu ihlali veya tanımayı saptamak için bir yargı veya tahkim merciine başvurmak imkânı olmaması veya (b) söz konusu merci garanti sözleşmelerinde Kuruluşun kuralların uygun olarak belirlenecek zaman içinde herhangi bir karara varamaması veya (c) böyle bir kararın uygulanamaması ve”

²⁰⁰ MIGA uygulama kuralları md. 1.47, md. 1.49.

zararlara yol açan savaş ve iç kargaşa halleri de koruma kapsamına girebilmektedir.²⁰¹

IV. ICSID

1. Genel Olarak

Merkezi Washington'da bulunan Dünya Bankası Grubu, birbiriyle yakından bağlantılı beş kuruluştan oluşmaktadır. Bu kuruluşlar, Uluslararası İmar ve Kalınkınma Bankası (IBRD), Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA), Uluslararası Finans Kurumu (IFC), Çok Taraflı Yatırım Garantisi (MIGA) ve Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'dir(ICSID).

Washington D.C. de 1965 yılında imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)²⁰² (ICSID Sözleşmesi veya Konvansiyonu) ile Dünya Bankası Örgütleri arasında yer alan bir tahkim merkezi (International Center for Settlement of International Disputes "ICSID")²⁰³ kurulmuştur.

ICSID tahkiminin Türkiye Cumhuriyeti, 8 Aralık 1987 tarihli Resmi Gazete'de ²⁰⁴ yayımlanan ICSID Sözleşmesini 27 Mayıs 1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.²⁰⁵

²⁰¹ MIGA Sözleşmesi, md. 11(iv) "Savaş ve iç Kargaşa Hali

66. maddede belirtildiği gibi, bu Sözleşmenin uygulanabileceği evsahibi ülkenin herhangi bir bölgesinde askerî hareket veya iç kargaşa,

(b) Yatırımcı ve evsahibi ülkenin ortak başvurusu üzerine Kurul, özel çoğunluk kararıyla, yukarıda (a) bölümünde anılanlar dışındaki bir takım gayri ticarî riskleri de kapsayacak şekilde fakat hiçbir durumda paranın değer kaybetmesi riskini üstlenmeksizin bu Maddenin kapsamını genişletebilir.

(c) Aşağıdaki durumlardan doğan zararlar karşılanmayacaktır :

(i) Evsahibi hükümetin, garanti sahibinin kabul etmiş olduğu veya sebep olduğu bir faaliyeti veya ihmali; ve

(ii) Garanti Sözleşmesi,nin akdedilmesinde önce evsahibi Hükümetin yol açtığı herhangi bir fiil, ihmal veya başka bir olay."

²⁰² https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf

²⁰³ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

²⁰⁴ S. 20011, s. 27-39.

2. ICSID'in Amacı

ICSID akit devletler ile akit devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırılması hususunda kolaylıklar sağlar ve sözleşmeye taraf olan ülkeler ile sözleşmenin diğer tarafı ülke vatandaşı olan yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıklarda uzlaştırma ve tahkim kurulu olarak rol üstlenebilir. Bu konum ICSID'in uluslararası yatırım akışının korunabilmesi için devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki anlaşmazlık ve anlaşmazlıklarda doğrudan başvuru yapılabilecek ara bulucuk ve tahkim imkanları sağlayan bir makam olmasından kaynaklanmaktadır.²⁰⁶

3. ICSID Sözleşmesinin Yapısı

ICSID sözleşmesi dünya çapında 158 ülke tarafından imzalanmış bulunmaktadır.²⁰⁷

ICSID Sözleşmesi, toplam 10 kısımdan oluşmaktadır.²⁰⁸ Sözleşmenin ilk beş bölümü ve 25. Maddeye kadar olan kısmında Merkez'in idari yapısı, işleyişi, finansmanı, statüsü, imtiyaz ve dokunulmazlıklarla ilgili düzenlemelere, 25. Maddesinden sonra ise Merkezin yargılama yetkisi ve Merkezin arabuluculuk sıfatıyla ilişkili düzenlemeler ile tahkim yargılamasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

²⁰⁵ RG. T. 02.10.1988 S. 19830

²⁰⁶ <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid.tr.mfa> (murat ersoy)sayfa 1; ÇELİKEL,s. 168.

²⁰⁷ 20 Mayıs 2013 tarihi itibarıyla <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>

²⁰⁸ Kısım 1: Yatırım anlaşmalarının çözümü için uluslararası merkez, bölüm 1 kuruluş ve teşkilat, bölüm 2 idari konsey, bölüm 3 sekreterlik, bölüm 4 paneller, bölüm 5 merkezin finansmanı; Kısım 2: merkezin yargılama yetkisi; kısım 3: arabuluculuk, bölüm 1 arabuluculuk istemi,bölüm 2 arabuluculuk komisyonu oluşturulması, bölüm 3 uzlaştırma davası; kısım 4 hakemlik,bölüm 1 hakemlik istemi, bölüm 2 heyetin oluşturulması, bölüm 3 heyetin yetkisi ve işlemleri,bölüm 4 karar,bölüm 5 kararın yorumu ve düzeltilmesi ve geçersiz kılınması, bölüm 6 kararın tanınması ve yürürlüğü; kısım 5 arabulucu ve hakemlerin değiştirilmesi ve vasıfların kaybolması; kısım 6 yargılama giderleri; kısım 7 davanın yeri; kısım 8 akit devlet arasındaki anlaşmazlıklar; kısım 9 değişiklik; kısım 10 nihai hükümler

4. ICSID Merkezinin Yapısı

ICSID merkezi dört önemli organdan oluşmaktadır. bu organlar: yönetim kurulu(idari konsey), sekreteryası, arabulucular paneli ve hakemler paneli olmakla beraber yönetim kurulunun başkanı aynı zamanda dünya bankasının da başkanıdır. Yönetim kurulu ICSID'in genel sekreterini seçme yetkisine sahiptir. ICSID sekreteryaasının harcamaları Dünya Bankası'nın bütçesinden karşılanmakta fakat arabuluculuk, tahkim ve uzlaşma işlemlerinin maliyetleri ilgili tarafların sorumluluğunun içerisinde yer almaktadır. Sözleşmeyi onaylayan üyelerin tümü yönetim konseyinde temsilci bulundurmaktadırlar. Konseyin yıllık toplantıları ise Dünya Bankası yıllık toplantılarıyla eş zamanlı bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Son olarak belirtmekte fayda görürüz ki ICSID Dünya Bankası ile yakın ilişkilere sahip olmakla birlikte özerk bir kuruluş niteliğine haiz bulunmaktadır.²⁰⁹

5. ICSID Tahkimi

ICSID tahkiminin asıl işlevi ve amacıysa ticari mahiyette sayılabilen uyuşmazlıkların tarafların aralarında imzaladığı sözleşmede ICSID tahkimine atıfta bulunarak ICSID tahkimine götürdükleri hususlar değil de yatırımlardan kaynaklanan ve devletin otoriter etkisi ve egemenlik unsurunu kullanması sonucu ortaya çıkan ikili uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlemini konu edinmektedir.²¹⁰

ICSID tahkimine başvurular her geçen gün artmaktadır ve ICSID tahkimi pek çok özelliği ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde en çok rağbet gören başvuru mekanizması niteliğindedir.

²⁰⁹ <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid.tr.mfa>

²¹⁰ ÇAL, s. 151 – 152; SHIHATA, Ibrahim F. I./ PARRA, Antonio R., “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention”, ICSID Review, 1994, s. 184.

ICSID’i diğer tahkim kurallarından ayıran özellikler ise şu şekilde sıralanabilir.²¹¹

1. ICSID Merkezi, uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlayan bir oluşum olarak faaliyet göstermesinin yanı sıra, gelişmekte olan ülkelerdeki ekonomik kalkınma ve yapılanmayı teşvik eden bir uluslararası kuruluştur.

2. ICSID tahkim sisteminde tahkim işlerinin yürütülmesi sözleşmenin uluslararası hukuk hükümleri ve buna uygun olarak kabul edilen yönetmelik ve kurallar tarafından sağlanır. İç hukuk hükümleri ve mahkemelerin etkisinden hiç bir zaman soyutlanamayacak ticari tahkimlerden farklı olarak, ICSID tahkimi, Merkeze üye devletlerin iç hukuklarından bağımsız, kendi kendine yeterli olan ve yöneten bir sistemdir. Bu sistemde tenfiz prosedürü yoktur ve New York Sözleşmesi uygulanmaz. ICSID sözleşmesinin 53. Maddesine göre , “bu maddeye uygun olan hakem kararları taraflar için bağlayıcıdır ve bu kararlar taraflarca yerine getirilmelidir” der. Sözleşmenin aynı maddesi hakem kararının temyiz edilemez ve yazılı olmak kaydıyla sözleşmenin kendi içinde sağlanan sadece belirli hukuki yollara tabidir. Bu yola, hakem kararlarının feshi için çare de dahildir. Konvensiyonun 52. Maddesine göre, bu tür bir fesih aşağıdaki bir veya birkaç gerekçeye dayanarak iki taraf için de geçerli olabilir.

Bu gerekçeler: Hakem heyetinin yanlış şekilde oluşturduğu, bu heyetin açıkça yetkilerini aştığı, üyelerinden birinin yolsuzluk yaptığı, prosedürün temel kuralında ciddi bir ihlal olduğunu, bu tahkim kararının dayanağı olan nedenleri gizlice izlemesidir. Bu sebepler ile hakem kararına uymayı gerektiren bağlayıcı bir anlaşma tesis eden ICSID tahkim sisteminde ulusal devletlerin yegane görevi ICSID hakem kararlarının ülkelerinde tanınması ve icrasını sağlamaktır

3. ICSID sisteminin son önemli özelliği, taraflara özerklik sağlayan sıradışı kapsamıdır. Sistemin bu özelliği elbette kendi kendine yeten doğası tarafından mümkün olan uzlaşmacı karakteri olarak görülebilir. Bu nedenle sadece konvensiyonda belirtilen mutlak bağlayıcı kurallara tabidir; taraflar anlaşmazlığı

²¹¹ **SHIHATA/PARRA** s. 184 - 187; **BİRSEL**, Mahmut T., “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, İzmir 2005, s. 13.

dinleyecek hakem sayısını belirlemede ve hakem tayin etme yöntemlerinde serbesttir. Bu knvensiyon taraflara hakemlerinin davranışlarını yönetecek kurallar üzerinde karar vermemeleri için benzer serbestlik sağlar. Yine de, tarafların özgürlük kapsamının en belirgin olduğu uyuşmazlığın esasıyla ilgili uygulanabilir olan yasadır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE

ŞİRKETLER TOPLULUĞU

§ 5. ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMI, BU KAVRAMIN BİR KURUM OLARAK TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENİŞİ VE KURUMSAL YÖNETİM ANLAYIŞI

I. Genel Olarak

Şirketler, ortak bir ekonomik amacı gerçekleştirmek üzere, pay sahiplerinin bir araya gelmesi ile oluşan hukuki ve ekonomik yönden bağımsız olan ortaklık yapılarıdır²¹². Bu ortaklık yapısının içinde tüm pay sahiplerinin ortak amaç çerçevesinde hareket etmesi, ortak amacın gerçekleşmesini engelleyen tutum ve davranışlardan kaçınmaları gerektiğinden, pay sahiplerinin gerek şirkete gerekse birbirlerine karşı şirketin ekonomik amacını ihlal edici davranışlarda bulunmama ve sadakat yükümlükleri vardır²¹³.

Özellikle yirminci yüzyılım ikinci yarısından sonra artan ekonomik ilişkiler ve faaliyetler nedeniyle hukuki bağımsızlıklarını koruyarak iktisadi hedeflerini gerçekleştirmek isteyen şirketlerin kendi aralarındaki yoğunlaşmalar artmış olup,

²¹² PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar Ankara 2013, s. 3.

²¹³ NOMER, Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, s. 150; AKER, Halit, "Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2003, s. 180.

ortaya çıkan bu yoğunlaşmalar içinde bir veya birden fazla şirket bir başka şirketin fiili iktidarı altında ekonomik amaçlarına ulaşmak için faaliyet göstermeye başlamıştır²¹⁴. Böylece, bir veya birden fazla şirketin hukuki ve ekonomik bağımsızlıklarını korumak suretiyle bir başka şirketin doğrudan veya dolaylı hakimiyeti altına girerek ortaya çıkan, ülkemizde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuksal bir kurum olarak varlık kazanarak “şirketler topluluğu” adı verilen bu yapılanmalar²¹⁵ Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre “*konzern*” biçiminde; İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya “*grup/topluluk*” olarak; Amerika Birleşik Devletleri ise “*bağlı şirketler/bağlı topluluk*” şeklinde adlandırmaktadır²¹⁶.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketler topluluğu olarak adlandırılan bu yapılanmanın içinde bulunan her biri ayrı bağımsız tüzel kişiliğe sahip şirketlerin kendi özel menfaatleri ile topluluk içinde hakim konumda bulunan şirketin menfaatlerinin birbirine uymaması halinde, fiilen hakim şirketin politikalarıyla ve talimatlarıyla bağımlı olan şirketlerin hukuken bağımsız ve serbest iradelerinin olduklarının kabul edilmesi, fiili durumun hukuken inkar edilerek topluluk içinde bağımlı konumda bulunan şirketlerin yöneticilerine, azınlık paylara ve küçük pay sahiplerine yönelik olduğu kadar ekonomik yaşama dair de haksız sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu nedenle, ekonomik yaşamda varlıkları görmezden gelinemeyecek düzeyde artan işletmeler arası yoğunlaşmaların ve dolayısıyla şirket topluluklarının ortaya çıkışı ile birlikte şirketlerin ekonomik ve hukuki yönden bağımsız olduklarına yönelik hukuki varsayım fiilen geçerliliğini yitirmiştir²¹⁷.

Ekonomik ilişkilerin artmasına paralel olarak şirketler faaliyet alanlarına göre sadece ulusal düzeyde değil; uluslararası düzeyde de yoğunlaşmalar meydana getirmişler ve ekonomik yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelmişlerdir. Gerek ulusal gerekse uluslararası hukuksal metinlerin şirketlerin yoğunlaşmasıyla meydana gelen bu fiili durumu ve bu durumun yarattığı sonuçları fiili gerçekliğe uygun olacak şekilde düzenlemesi zorunluluk halini almıştır. İlk defa Alman Hukukunda “bağlı

²¹⁴ PULAŞLI, s. 149.

²¹⁵ PULAŞLI, s. 151.

²¹⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²¹⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

işletmeler hukuku” başlığıyla düzenlenmiş olan “şirketler topluluğu” kurumuna dair bir çok Avrupa ülkesinde de ulusal mevzuatlarda münferit hükümlere yer verilmiştir.

II. KAVRAM SORUNU

6102 sayılı TTK’da kurumsal bir kimlik kazanan “şirketler topluluğu” kavramına yakın bir kavram olarak “konzern” kavramı ilk kez Alman Hukukunda 1937 tarihli “Paylı Ortaklıklar Kanunu” nda tanımlanmıştır. Alman hukukuna göre konzern kavramı, hukuken bağımsız olan teşebbüslerin ekonomik amaçları doğrultusunda tek elden bir yönetim altında toplanmasıyla oluşan bir yapıyı ifade etmektedir²¹⁸.

Alman hukukunda kabul edilenin aksine; TTK’da söz konusu yapının sadece ticaret şirketlerinden oluştuğu öngörülerek daha hukuki bir anlamı ve toplumda daha yaygın olması nedeniyle “şirketler topluluğu” kavramı kullanılmıştır²¹⁹. Öte yandan, konzern kavramı ile şirketler topluluğu kavramları birbirine yakın olmasına rağmen topluluk içindeki hakimiyetin kaynağı açısından aralarında ciddi farklılıklar vardır. Şöyle ki; Alman hukukunda konzerlerde hakimiyetin kaynağı fiili ya da sözleşmesel olup olmadığına göre belirlenerek sözleşmesel konzerlerde hakim şirketin talimat verme yetkisi kabul edilmesine rağmen TTK’da “şirketler topluluğu” kavramı ile tanımlanan yapıda hakim şirketin talimat verme yetkisinin olup olmadığı iştirak derecesine göre farklılık göstermektedir²²⁰.

Ülkemizde yaygın olarak kullanılan ve konzern kavramına yakın olan “holding” kavramı yerine “şirketler topluluğu” kavramının tercih edilmesinin de isabetli olduğu söylenebilir. Zira, “holding” ve “şirketler topluluğu” kavramları arasında esaslı farklılıklar olup holding faaliyet türüne göre bir anonim şirket olarak tek bir ortaklık şeklinde de oluşan bir yapı olmasına karşılık; şirketler topluluğu adından da anlaşılacağı üzere hukuken birbirinden bağımsız ve ayrı tüzel kişilikleri

²¹⁸ **TEKNİALP**, Ünal, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979, s. 100; **YILMAZ**, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenen Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010, s. 121.

²¹⁹ **PULAŞLI**, s. 151; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereck6102.htm>

²²⁰ **AYTAÇ**, Zühtü, “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü”, BATİDER, C. VIII, S. 4, Aralık 1976, s. 100.

olan şirketlerin bir araya gelmesi ile oluşan bir yapı olduğu gibi bir şirket türü de değildir²²¹.

III. TÜRK TİCARET KANUNUNDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ AMACI, SİSTEMİ VE ANA İLKELERİ

1. Şirketler Topluluğunun Düzenleniş Amacı

Ekonomik yaşamın gerçekleri; şirketlerin yoğunlaşmasıyla oluşan toplulukları ortaya çıkarmış ve bu topluluk içinde yer alan bir şirketin bir diğer şirketi hakimiyeti altında bulunduruyor olmasına rağmen hakimiyet altında bulunan şirketin kendi menfaatine uymasa ve hatta kendisine zarar verse bile hakim şirketin politikalarına ve talimatlarına uygun davranmak zorunda olduğunu, bu anlamda hakimiyet altında bulunan şirketin tamamen serbest ve bağımsız bir iradeye sahip olmadığını fiilen olduğu kadar hukukken de kabul etme zorunluluğunu doğurmuştur. Böylece, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında ekonomik ilişkilerin ve faaliyetlerin artmasına paralel olarak artan şirket yoğunlaşmaları karşısında, şirketlerin bağımsız ve serbest iradeleriyle faaliyetlerini sürdürdüklerine ilişkin hukuki varsayım geçerliliğini yitirmiştir²²².

Şirketlerin tamamen bağımsız ve serbest oldukları varsayımı ile düzenlenmiş olan mevzuat hükümleri nedeniyle şirketlerin yoğunlaşmasıyla oluşan topluluk içinde yer alan ve bu topluluk içindeki bir başka şirketin hakimiyeti altında olan şirketin yöneticilerine, azlığa ve küçük pay sahiplerine yönelik haksız sonuçlar ortaya çıkması üzerine şirketlerin yoğunlaşmasıyla fiilen varlık kazanan şirket topluluklarının kurumsal olarak da hukuksal metinlerde düzenlenmesi gerekmiştir. Bu itibarla; şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemelerin temel amaçlarından biri,

²²¹ PULAŞLI, s. 152.

²²² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

hakim şirket menfaatleri karşısında, bağlı şirketin, özellikle grup dışı pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerinin dengelenmesidir²²³. Öte yandan; ekonomik hayatın bir gerçeği olarak fiilen varlıkları kabul edilen şirketler topluluğunun hukuken kurumsallaşmamış olması uygulamada, şirketler topluluğu ve topluluk içerisindeki şirketlerin hâkim ortak ile ilişkileri, mali, idari, finansal, ticari ve hukuki açıdan sorunlara sebep olduğundan şirketler topluluğunun hukuksal bir kurum olarak düzenlenmesi ile önemli bir yasal boşluğun doldurulmak istendiği söylenebilir.

Bu anlamda, gerek ulusal hukukta gerekse Alman Hukukunda “konzern” olarak adlandırılan “bağlı şirketler hukuku” başlığı ile yapılan düzenleme haricinde yabancı hukukta kurumsallaşmamış olmakla birlikte münferit hükümler²²⁴ halinde düzenlenmiş olan bu yapılaşma ülkemizde ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu ile birlikte “şirketler topluluğu” adıyla hukuksal bir kurum olarak düzenlenerek ekonomik hayatın gerçekleri ile hukuk kuralları arasındaki çelişki ve bu çelişkinin sebep olduğu haksız sonuçlar engellenerek ticari yaşamdaki gereksinimlerin karşılanması amaçlanmıştır.

Yukarıda belirtilen amaçlarla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Ticaret Şirketleri” başlıklı İkinci Kitabının “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmında “Şirketler Topluluğu” alt başlığı ile 195 ila 209. maddeleri arasında, hukukumuzda daha önce düzenlenmemiş olan şirketler topluluğu, ticaret hukuku alanında bir kurum olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler yapılırken, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu örnek alınmış olmakla birlikte özgün nitelikte hükümlere yer verilmiş; şirketler topluluğunun oluşumu, konusu, topluluk içi ilişkileri, toplulukta finansal raporlama ve bilgi alma, pay sahiplerinin hakları, alacaklıların korunması ve hakim şirketin güvenden doğan sorumluluğu gibi konular TTK’nın temel yapı taşlarından birisi olan “kurumsal yönetim” anlayışının dört temel ilkesi olan “eşitlik”,

²²³ OKUTAN NİLSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku İstanbul 2009, s. 13 - 18.

²²⁴ Şirketler topluluğunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndan önce kurumsal olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen ulusal hukukumuzda Sermaye Piyasası Kanunu’nun 15. maddesinde, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinde, Bankacılık Kanunu’nun 100. maddesine, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesinde ve İş Kanunu’nun 7. maddesinde münferit olarak düzenlenmiş olduğu söylenebilir.

“şeffaflık”, hesap verilebilirlik” ve “sorumluluk” ilkeleri kapsamında bir bütün olarak hükme bağlanmıştır²²⁵.

2. Şirketler Topluluğu Hukukunun Düzenleniş Sistemi ve Ana İlkeleri

a. Kontrol İlkesi – Tek Elden Yönetim İlkesi

Şirketler topluluğuna ilişkin hukuksal düzenlemeler yapılırken, şirketler topluluğunun kurucu unsuru olan “hakimiyet” olgusunun tespit edilmesine göre “tek elden yönetim ilkesi” ve “kontrol ilkesi” adı verilen iki ilkedен biri esas alınır.

Kontrol ilkesine göre hakim şirket, kendi politikaları ve talimatları yönünde bir diğer şirketin yönetimi ile ilgili kararların alınmasını sağlayan hukuki araçlara sahip olan şirketi ifade eder. Sahip olduğu hukuki araçlar nedeniyle kontrolü elinde bulunduran şirketin kendi menfaatleri yönünde oluşan ekonomi politikalarına göre bir başka şirketin kararlarına ve faaliyetlerine etkili olabileceği varsayımına²²⁶ dayanan bu ilkeye göre, bir şirketin hakim şirket olarak kabul edilebilmesi için diğer şirketi tekelden yönetimi altında tutuyor olması gerekmez²²⁷. Kontrol ilkesi; kontrol gücünün varlığını gösteren bir takım olgulardan hareket ederek, bu olgulardan herhangi birinin varlığı halinde hakimiyetin varlığını kabul edip hakim şirketin bağlı şirket üzerinde gerçekten hakimiyet uygulayıp uygulamadığını araştırmaz. Bu itibarla; kontrol ilkesini kabul eden sistemler genellikle bir takım faraziyeleri ve karineleri kabul ederek²²⁸ sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi kontrol araçlarına dayanarak²²⁹ hakimiyetin varlığını kabul eder.

Tek elden yönetim ilkesine göre ise; şirketler topluluğunun varlığından söz edilebilmesi için bir şirketin hakim şirket olarak kabul edilerek bağlı şirketi veya

²²⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²²⁶ **TEKİNALP**, Ünal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, İstanbul 2009, s. 1548 ; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

²²⁷ **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1548.

²²⁸ **ALTAY**, s. 364 - 902; **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1548.

²²⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

şirketleri tek elden yönetimi altında bulunduruyor olmasıyla birlikte tek elden yönetimin bağlı şirket veya şirketlere uygulanıyor olması gerekir. Tek elden yönetim ilkesini kabul eden sistemlere göre, topluluk içinde yer alan bir şirket, konumuna ve yetkilerine göre tek elden yönetimi sağlayabilecek nitelikte kendi politikasını oluşturup bu politikasını topluluk içindeki diğer şirketlere uygulatabiliyorsa bir hakimiyetin, dolayısıyla da bir şirketler topluluğunun varlığından söz edilebilir. Yani, hakimiyetin varlığının kabulü için bir şirketin diğer şirket veya şirketler üzerine kendi politikaları yönünde kararlar almasını sağlayabilecek kontrol araçlarına sahip olması yeterli olmayıp²³⁰, hakimiyet olanaklarının varlığına rağmen hakimiyetin gerçekten uygulanıyor olduğunun ispatlanması gerekir.

Almanya ve İsviçre hukuklarında “konzern” olarak ifade edilen şirketler topluluğunun varlığının kabulü için aranan hakimiyet veya bağlılık unsurunun tespitinde “tek elden yönetim ilkesi” kabul edilmiştir. Buna karşılık, Avrupa Topluluğunun şirketler hukukuna ilişkin yedinci yönergesi ile Belçika, Fransız, İngiliz ve İtalya hukuklarında “kontrol” ilkesi kabul edilmiştir²³¹.

TTK. m. 195/1’de yer alan “a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir...” şeklindeki hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere ulusal hukukumuzda “kontrol ilkesi” kabul edilmiş olup, anılan maddenin ikinci fıkrasında da “Birinci fıkroda öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.” denilmek suretiyle bu karineye dayanılması durumunda karşı tarafın bunun aksini ispatlamak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Kısaca; Türk Ticaret Kanunu sisteminde “kontrol ilkesi” esas alınmış

²³⁰ TEKİNALP, Kontrol İlkesi, s. 1544.

²³¹ PULAŞLI, s. 153; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

olmakla birlikte bazı kontrol olgularının varlığı halinde tek elden yönetimin de var olduğu kabul edilmiştir²³².

b. Teşebbüs ve Ticaret Şirketi Kavramları

aa. Teşebbüs

Ekonomik hayatın ve dolayısıyla ticaret hukukunun aktif öznesi olan teşebbüsler, gerçek veya tüzel kişi olmasına ya da statüsüne veya idare şekline bakılmaksızın küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar ekonomik hayatı kontrol eden tüm ekonomik özneleri kapsayan geniş bir kavramdır²³³. Dolayısıyla, geniş anlamda teşebbüs kavramı; esnafı, taciri, adi şirketi, ticaret şirketlerini, kooperatifleri ve devlet işletmelerini de kapsar²³⁴.

Buna göre, ticaret hukuku anlamında gerçek ve tüzel kişi işletmeleri de dahil olmak üzere ekonomik faaliyetlerde bulunan bütün kamu ve özel hukuk işletmeleri “teşebbüs” olarak kabul edilir²³⁵. Nitekim ülkemizde 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre de teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlamıştır.

1956 tarihli 6762 sayılı TTK’nın sisteminde olduğu gibi 6102 sayılı TTK’nın sisteminde de “ticari işletme” kavramı esas alınmış olmakla birlikte, özellikle rekabet hukuku ve vergi hukuku gibi alanlarda var olan düzenlemeler içinde işletme ve teşebbüs kavramlarının da yer aldığı dikkate alınarak, şirketler topluluğunun varlık

²³² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²³³ **ANDERMAN**, Stevan D., EC Competition Law and Intellectual Property Rights Oxford 1998, s. 41; **FRAZER**, Tim, Monopoly Competition and the Law, The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, New York 1992, s. 161.

²³⁴ **ASLAN**, İ. Yılmaz, “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu’nun İkinci Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 14.

²³⁵ **WHISH**, Richard, Competition Law, London 1993, s. 188; **PAPACONSTANTONOU**, Helen, Free Trade and Competition in the EEC Law London 1990, s. 33.

unsurlarından olan hakimiyetin tespiti bakımından 195., 198. ve 202. madde hükümlerinde teşebbüs kavramına da açıkça yer verilmiştir.

TTK. m. 195/5’de “*Şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.*”; TTK. m. 198/1’de “*Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur.*” ; TTK. m. 202/1-e’de “*... Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır.*”; TTK. m. 202/2’de “*Hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçiren veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahipleri; hâkim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler...*” ; TTK. m. 202/5’de “*Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir.*”

denilmek suretiyle açıkça teşebbüs kavramına yer verilmiş olduğu görülmekle birlikte, anılan hükümlerin değerlendirilmesinden TTK açısından teşebbüs kavramının bağımsız karar alabilme iktidarına sahip olabilme şartıyla gerçek kişileri, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri ile tüzel kişiliği olmayan oluşumları kapsamına aldığı anlaşılmaktadır²³⁶. Kısaca; şirketler topluluğu içinde kontrolü elinde bulunduranın ve dolayısıyla da hakim durumda bulunanın bir teşebbüs olması halinde de TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

bb. Ticaret Şirketi

TTK'da tanımlanmamış²³⁷ olmamakla birlikte doktrinde bütün şirket türlerini kapsar şekilde genel olarak kabul edilen²³⁸ tanıma göre "ticaret şirketi" kavramı; bir veya birden fazla kişinin, yazılı bir sözleşme ile emek, mal veya haklarını ortak bir unvan altında, iktisadi bir amaç uğrunda, kanundaki belirli tiplerden birine uygun olarak birleştirmeleriyle oluşan tüzel kişiliktir²³⁹. Bu noktada, ticaret şirketlerinin diğer ortaklık yapılanmalarından ayrılan en önemli özelliklerinin iktisadi amaçları olduğu vurgulanmalıdır.

TTK'da ticaret şirketlerinin türleri sınırlı şekilde belirtilmiştir. TTK. m. 124'e göre " *Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.*" Buna göre, sayılanların dışında başka bir ticaret şirketi türü bulunmamaktadır.

TTK. m. 124/2 uyarınca kollektif ve komandit şirketler şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirkettir. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılırken esas alınması gerekenin sermaye şirketleri mi yoksa şahıs şirketlerini de kapsar şekilde ticari işletmeler mi olduğu

²³⁶ OKUTAN NİLSSON, s. 78.

²³⁷ Borçlar Kanunu'nun adi ortaklık Sözleşmesi'ni tanımlayan 620. maddesinde yer alan "Adi ortaklık Sözleşmesi,, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir." şeklindeki hükmünden de adi şirketin, iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için emek ve mallarını birleştirerek oluşan bir topluluk olduğu söylenebilirse de adi şirkete ilişkin bu tanımın genel olarak ticaret şirketlerinin tümünü kapsar şekilde yorumlanamaz.

²³⁸ BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, C. I, İstanbul 2012, s. 11.

²³⁹ Hasan PULAŞLI, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, (Ankara: Seçkin, 2011) 72. (Cilt I)

önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. Ticari işletme kavramının daha geniş kapsamlı oluşu ve uygulamada kolaylıklar sağlayacağı düşüncesiyle Alman hukukunda ve AT'nin konsolidasyonuna ilişkin 7. Yönergesinde şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler ticari işletme esasına dayanan bir sistem kabul edilmiştir.

TTK'da ise; kapsamın daha geniş tutulmasının uygulamada bir çok soruna sebep olabileceği ve sistemin bu sorunları çözmekte yetersiz kalabileceği endişesi ile ticaret şirketleri kapsamında sermaye şirketleri esas alınmıştır²⁴⁰. Ülkemiz açısından ticaret hukuku genelinde ve şirketler hukuku özelinde en aktif sùjelerin ticaret şirketleri ve ticaret şirketleri arasında da sermaye şirketleri olduğu dikkate alındığında bunun isabetli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, TTK. m. 195/1'de "ticaret şirketi" kavramı kullanılarak; 195/6'da "*Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında "yönetim kurulu" terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.*" denilmek suretiyle şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanı genişletilmiştir. Buna göre, şirketler topluluğunun belirleyici unsurlarından olan ve bu topluluğun tepesinde kabul edilen hakim şirketin, bir şahıs şirketi, işletme veya gerçek kişi olması halinde de TTK.'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır.

IV. KURUMSAL YÖNETİM ANLAYIŞI

Ekonomik yaşamda gerçekleşen hızlı değişim ve gelişimler nedeniyle işletme yönetiminde ortaya çıkan yeni yaklaşımlardan biri olan kurumsal yönetim anlayışı²⁴¹, şirketlerin faaliyetlerinin taraflara karşı sorumluluklarının bilincinde olarak, şirketin değerini ve verimliliğini arttıran, şirketin ortaklarına, hissedarlarına ve çalışanlarına

²⁴⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²⁴¹ AKYÜZ, Yılmaz/ GÖRMÜŞ, A. Şahin/ BEKTAŞ, Çetin, Bilgi Toplumuna Geçiş Sürecinde Bilginin Artan Ekonomik Değeri ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri, http://bilisim2023.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62:blg-toplumuna-gec-suerecnde-blgnn-artan-ekonomk-deer-ve-letmeler-uezerndek-etkiler&catid=6:blg-toplumu&Itemid=19; KOÇEL, Tamer, İşletme Yöneticiliği İstanbul 2003, s. 52 – 85.

karşı önceden planladığı hedefleri tutturana, bunu yaparken söz konusu taraflarla yasalara uygun, etik değerler çerçevesinde çalışmalarda bulunan bir sistemdir²⁴².

Ekonomik faaliyetlerde özel sektörün rolü ile gerek ulusal ve gerekse uluslararası düzeyde işletmeler arasındaki ilişkilerin ve bağılıkların artması, oluşan yeni rekabet şartları²⁴³ ve benzeri gibi nedenler, kabul edilen kurumsal yönetim anlayışı ile ortaklık yönetimlerindeki başarısızlıklar, kötüye kullanımlar, gelişen piyasalarda yaşanan finansal krizler nedeniyle ortaya çıkan sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. İşletmelerde başarılı kurumsal yönetim uygulamaları, finansal şeffaflık, ortaklık faaliyetlerinin kontrol edilmesi, sosyal sorumluluk bilinci ve etik kuralların ve yatırımcıların korunması konusunda önemli bir unsur olarak görülmektedir²⁴⁴.

Genel olarak, kurumsal yönetim anlayışında kabul edilen ve dört ana ilke vardır. Bunlar; şeffaflık, hesap verebilirlik, adillik ve sorumluluktur.

Şeffaflık ilkesi; mevcut durum ve olaylar hakkındaki bilginin somut ve anlaşılabilir bir ulaşılabilir olması anlamına gelir. Bu ilke gereğince piyasaların beklentileri, hakkında bilgilendirmeler yapılarak belirsizlik zamanlarında piyasalarda istikrar sağlanması²⁴⁵; son güncel gelişmelerin ülke koşulları dikkate alınarak değerlendirmeleri yapılarak, periyodik mali tablolar ve raporlarda yer alacak bilgilerin bir standarda bağlanması suretiyle işlevsellik ön planda tutularak ayrıntılanması amaçlanmaktadır.

Hesap verebilirlik ilkesi; alınan kararların doğruluğunun veya yanlışlığının tartışılmasına imkan sağladığı gibi yanlış veya uygun olmayan kararlardan dolayı sorumluluğun kabullenilmesini de sağlayan bir ilkedir. Bu ilke gereğince menfaat

²⁴² Bülent ŞENVER, (Türkiye etik değerler merkezi vakfı kurucusu). Röportaj, 2005 <http://www.tedmer.org.tr>.

²⁴³ ŞEHİRLİ, Kübra, “Kurumsal yönetim, araştırma raporu”, SPK Denetleme Dairesi, S. 14-4/55-3, 1999.

²⁴⁴ SHELTON, R. Joanna, “The Importance of Governance in The Modern Economy”, New Corporate Governance for the Global International Conference. Brussels 1998, pp. 2. ; http://businessperspectives.org/journalist_free/ppm/2005/PPM_EN_2005_04_Tuzcu.pdf.

²⁴⁵ Türkiye Bankalar Birliği, “Şeffaflık ve Sorumluluk, Uluslararası Mali Krizler, Mali Sistemlerin Güçlendirilmesi Konularında Çalışma Grupları Raporları Derleme Çalışması”, 1999, 7.

sahipleri ile ilgili hususlarda işletme ile menfaat sahipleri arasındaki ilişkilerin belli kurallara bağlı olarak düzenlenir²⁴⁶.

Adillik ve eşitlik ilkesi, kurumların yasal çerçeveler içeriğinde hareket etmeleri ve kişilerin kendi davranışlarına kanun tatbik edilebileceğini kabul eder. Bu anlamda, adillik veya eşitlik ilkesi; pay sahiplerinin hakları ve pay sahiplerinin eşit işleme tabi olması konularıyla ilgili olup pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, genel kurula katılım ve oy kullanma hakkı, kar payı alma hakkı ve azınlık hakları gibi konuların ayrıntılı olarak düzenlenmesini ve pay sahipliğine ilişkin kayıtların sağlıklı olarak tutulması ile payların serbestçe devri ve satışı konularında pay sahiplerine eşit işlem ilkesini gerekli kılmaktadır²⁴⁷.

Sorumluluk ilkesi, şirket faaliyetlerinin kanunlara ve toplumsal değerlere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesine yönelik olarak yönetimin sorumluluğunu kabul eder²⁴⁸. Buna ilke, kanunlara ve toplumsal değerlere uygun davranılabilmesi için doğru hedeflerin konulmasını ve bunların uygulanmasını amaçlamakla kalmayıp doğru hedeflerin teşvik edilmesini ve yanlışların yaptırımla karşılaşmasını sağlayan bir kontrol yöntemidir.

§ 6. HAKİM ŞİRKET VE BAĞLI ŞİRKET

I. GENEL OLARAK

TTK. m. 195/4'de yer alan "*Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.*" şeklindeki hükümden

²⁴⁶ TUZCU, Arcan, "Halka açık şirketlerde kurumsal yönetim anlayışı: İMKB-100 Örneği", Ankara 2004, s. 45.

²⁴⁷ ABDİOĞLU, Hasan, "İşletmelerde Kurumsal Yönetim Anlayışı Kapsamında İç Denetimin Rolü Ve İMKB – 100 Örneği", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul. 2007.

²⁴⁸ MILLSTEIN, Ira M., Corporate governance-improving competitiveness and access to capital in global markets. OECD Publications, 1998, <http://.oecd.org/daf/governance.htm>.

şirketler topluluğunu, hakim şirket ile bağlı şirket veya şirketlerin oluşturduğu topluluk olarak tanımlayabiliriz²⁴⁹.

Buna göre, şirketler topluluğunun varlığında söz edilebilmesi için hakim (ana) şirket ve bağlı (yavru) şirket veya şirketlerin varlığı şarttır. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için hakim şirkete bağlı olan şirketin bir veya birden fazla olması arasında ise fark yoktur.

TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde "ticaret şirketi" kavramı kullanılmışsa da TTK. m. 195/5'de yer alan "*Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.*" şeklindeki hüküm nedeniyle hakimiyetin bir teşebbüsün elinde bulunması halinde hakim şirket kavramını hakim teşebbüsü de kapsamına alır şekilde yorumlamak gerekir. Başka bir ifadeyle; hakimiyet durumuna ve ilişkisine ilişkin hükümlerde yer alan "ticaret şirketi" kavramı aynı zamanda teşebbüsler içinde geçerlidir.

TTK'da yer alan şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin yorumundan, hakim şirket ve bağlı şirket kavramları bağlamında şirketler topluluğundan söz edilebilmesi için hakimiyetin varlığının tespiti gerekir. TTK'da iki ayrı durumun varlığı halinde hakimiyetin varlığı kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi; TTK. m. 195/1'de sayılmış olan olguların varlığı olup, sayılan bu olguların varlığı halinde hakimiyetin varlığı da kabul edilmektedir²⁵⁰. İkincisi ise; TTK. m. 195/2'de belirtilmiş olup, TTK. m. 195/1'de sayılan olguların dışında hakimiyetin varlığına karine olan bir durum kabul edilmiştir. Buna göre, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması halinde hakimiyetin varlığı karine olarak kabul edilmiş olup, bu karineye dayanılması halinde aksinin iddia eden tarafça ispatlanması gerekecektir²⁵¹. Özetle; hukuken kontrolü elde tutma imkanı veren TTK. m. 195/1'de sayılı olan araçlara sahip olan şirketin hakimiyete de sahip olduğu kabul edilerek şirketler topluluğunun

²⁴⁹ KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 125.

²⁵⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.195/1'in gerekçesinde burada bir "faraziye" öngörülmüş olduğundan söz edilmektedir, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm>.

²⁵¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm>.

varlığı kabul edilmekle²⁵² birlikte, TTK. m. 195/2’de yer alan karinenin varlığı halinde de karine olarak şirketler topluluğunun varlığı kabul edilmektedir.

TTK. m. 195/3’de dolaylı hakimiyetin tanımı yapılmıştır. Anılan hükme göre dolaylı hakimiyet; bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olmasıdır. Dolaylı hakimiyet durumunda, hakim şirket veya şirketler bir şirkette herhangi bir katılma payı olmaksızın, hakim olduğu bir şirket aracılığıyla söz konusu şirket üzerinde hakimiyet kurmaktadır²⁵³.

TTK. m. 195’de hakimiyet ilişkisinin tespitinde “ticaret şirketi” kavramının kullanılmış olması nedeniyle şirketler topluluğunu meydana getirebilecek olan şirket türlerinin geniş yorumlanması gerekir²⁵⁴. Ayrıca; TTK. m. 195/5 hükmü uyarınca şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de şirketler topluluğunun varlığı kabul edilmiş olup, bu durumda da TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Anılan madde hükmünde, hakim teşebbüsün merkezinin veya yerleşim yerinin yurt içinde ya da yurt dışında olması arasında bir ayırım yapılmaksızın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilerek yurt dışında bulunan bir hakim teşebbüsün sorumluluktan kurtulması engellenmiştir²⁵⁵. Yine, aynı madde hükmünde hakim teşebbüsün tacir sayıldığı belirtilmiş olmasına rağmen TTK. m. 16/2’de tacir olmadıkları açıkça belirtilen devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar hakim teşebbüs olmaları halinde de tacir sayılmazlar²⁵⁶.

Şirketler topluluğu hukukunun TTK anlamında giriş kapısı olan TTK.’nın 195. maddenin altıncı fıkrasında da “Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin

²⁵² OKUTAN NİLSSON, s. 97; Aksi görüş için bkz. ALTAY, s. 427.

²⁵³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²⁵⁴ TTK. m. 195’in tasarıdaki ilk şeklinde sadece sermaye şirketlerinin şirketler topluluğunu oluşturabileceği kabul edilmişken Alt Komisyon tarafından “Tasarı şirketler topluluğunu sermaye şirketi olarak düzenlemiş, sadece 195 inci maddenin beşinci fıkrasında topluluğun tepesinde, herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bulunmasına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Alt Komisyondaki görüşmeler sırasında bu dar sistemin bazı sakıncalar doğurabileceği düşünülerek hükmün amacına göre hareket edilerek gerekli olan yerlerde ticaret şirketine veya teşebbüse yer verilmesi topluluğa ilişkin hükümlerin hakim ve bağlı şirketlerden birinin yurtdışında olması halinde de uygulanacağına dair bir hüküm öngörülmesi ve açıklık ilkesi ile kesinliği sağlayıcı bazı ifade değişikliklerinin yapılması öngörülmüştür...” gerekçesiyle “ticaret şirketleri” kavramı kullanılmış ve şirketler topluluğunu meydana getirebilecek şirket türleri genişletilmiştir.

²⁵⁵ KARAHAN, s. 125.

²⁵⁶ OKUTAN NİLSSON, s. 77.

uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.” denilmek suretiyle, her ne kadar sermaye şirketleri esas alınarak düzenlemiş ise de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanın diğer şirket türlerini de kapsamına aldığı açıkça vurgulanmak istendiği söylenebilir.

II. HAKİMİYET KAVRAMI VE HAKİMİYET TÜRLERİ

1. Hakimiyet Kavramı

TTK’da hakimiyet kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte hakimiyetin tespitine ilişkin ölçütler sayılmış (TTK. m. 195) ve hangi koşullarda hakimiyetten söz edilebileceği ve hakimiyete bağlanacak hukuki sonuçlar belirlenmiştir.

TTK’nın özellikle 195. maddesi olmak üzere, şirketler topluluğuna ilişkin maddeleri bir bütün olarak yorumlandığında TTK’ya göre hakimiyet kavramı; “bir şirketin yönetiminde karar almaya yetkili oluşum üzerinde etki sağlama imkanını veren hukuki araçlara sahip olunması, bir şirketi sözleşme veya başka yollarla kontrol edebilme imkanına sahip olunması durumlarından birinin veya birden fazlasının bulunması” şeklinde tanımlanabilir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda ise kontrol kavramının tanımı yapılmış olup, TTK’da şirketler topluluğuna ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde kontrol sisteminin kabul edildiği dikkate alındığında yapılan bu tanımın TTK anlamında hakimiyet kavramını karşıladığı kabul edilebilir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3. maddesine göre kontrol kavramı; “Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmama ile birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde

tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması” şeklinde ifade edilmiştir.

TTK. m. 195 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hakimiyet kavramı; bir şirketin idaresine ilişkin kararların alınmasında etkili olma gücü olarak tanımlanabilir²⁵⁷.

2. Hakimiyet Türleri

a. Doğrudan Hakimiyet - Dolaylı Hakimiyet

Doğrudan hakimiyet – dolaylı hakimiyet ayrımı, hakim şirketin hakimiyet araçlarına sahip olma şekline göre yapılan bir ayrımdır.

TTK. m. 195/3’de dolaylı hakimiyetin tanımı yapılmıştır. Anılan hükme göre dolaylı hakimiyet; bir hakim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hakim olmasıdır²⁵⁸.

Doğrudan hakimiyet ise; dolaylı hakimiyete ilişkin yapılan tanımlardan yola çıkılarak, bir ticaret şirketi veya teşebbüsün araya bir veya birden fazla bağlı şirket girmeksizin hakimiyet araçlarına ve dolayısıyla da hakimiyete sahip olmasıdır şeklinde tanımlanabilir.

Yukarıda yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere dolaylı hakimiyete sahip olan bir şirket veya teşebbüs dilerse doğrudan hakimiyete sahip olabilecek güce de sahiptir. Hal böyle olmasına rağmen, bir şirket veya teşebbüs, hakimiyete sahip olduğunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediğinden veya ekonomik mülahazalar nedeniyle dolaylı hakimiyet kurmayı tercih etmektedir.

TTK’ya göre şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında hakimiyetin doğrudan veya dolaylı olması arasında bir fark olmayıp, dolaylı

²⁵⁷ OKUTAN NİLSSON, s. 77.

²⁵⁸ Dolaylı hakimiyetin tanımını yapan TTK. m. 195/3’de “hakim şirket” kavramı kullanılmış olmasına rağmen anılan hüküm TTK. m. 195/5’de yer alan “Şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması halinde de, 195 ila 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.” hükmü ile birlikte dikkate alındığında hakim teşebbüs de dolaylı hakimiyete sahip olabilir.

hakimiyet ilişkilerinde de doğrudan hakimiyet ilişkilerinde de aynı hükümler uygulanır²⁵⁹.

b. Tek Başına Hakimiyet - Birlikte Hakimiyet

Tek başına hakimiyet – birlikte hakimiyet ayrımı, hakim olanların sayısına ve konumuna göre yapılan bir ayırım olup, hakimiyetin ekonomik yönden birbirinden bağımsız olan kaç şirketin veya teşebbüsün elinde bulunduğu durum ile ilgilidir.

TTK’da tek başına veya birlikte hakimiyet kavramları tanımlanmamış olmakla birlikte TTK Tasarısının 195. maddesine ilişkin gerekçede *“Pay sahipleri sözleşmeleri veya oy sözleşmeleri ile birden fazla kişinin hakimiyeti birlikte kurmaları halinde bunlar arasındaki ilişkinin niteliği, özellikle 202 ve devamı maddelerinde düzenlenen denkleştirmenin birlikte hakim olanlar tarafından nasıl gerçekleştirileceği, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından yöneltilebilecek tazminat talepleri bakımından nasıl bir uygulama yapılacağı ve birlikte hakim olanlar arasında teselsül ilişkisi bulunup bulunmayacağı sorunlarının çözümü öğretiyeye ve içtihatlarla bırakılmıştır”*²⁶⁰ ifadesine yer verilerek, tek başına hakimiyet ve birlikte hakimiyet kavramlarına vurgu yapılmıştır.

Doktrindeki görüşler dikkate alındığında, ekonomik açıdan bağımsız olan tek bir şirketin ya da aynı ekonomik grupta yer alan birden fazla şirketin, bir başka ticaret şirketi üzerindeki hakimiyet durumu tek başına hakimiyet; ekonomik açıdan birbirinden bağımsız en az iki şirketin, bir başka ticaret şirketine beraber hakim olabilmeleri durumu ise, birlikte hakimiyet olarak tanımlanabilir²⁶¹. Yine burada da hakimiyeti tek başına veya birlikte elinde bulunduranın bir teşebbüs veya ticaret şirketi olması arasında fark olmadığı söylenebilir.

²⁵⁹ TTK. m. 195/4’e göre “Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur.”

²⁶⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

²⁶¹ **KAYAR**, İsmail, “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, 151-194., <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitab%C4%B1/etkinlikkitap12.pdf>

Bu noktada, belirtilmelidir ki; birlikte hakimiyet durumu genellikle birbirinden ekonomik ve hukuki yönden bağımsız olan pay sahiplerinin aralarında yaptıkları pay sözleşmeleri ile meydana gelir. Nitekim, şirketler topluluğundaki hakimiyet durumunun tespitine ilişkin sayılı ölçütlerden biri olarak TTK. m. 195/1-a-3 hükmünde “Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa” denilmek suretiyle bahsi geçen hakimiyet türüne işaret edilmiştir.

c. Tam Hakimiyet - Kısmi Hakimiyet

Tam hakimiyet- kısmi hakimiyet ayrımı; hakimiyetin kapsamına göre yapılan bir ayırım olup, şirketler topluluğuna uygulanacak sorumluluk sisteminin belirlenmesi açısından önemlidir.

TTK.’da tam hakimiyet kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, “tam hakimiyet” kenar başlıklı 203. maddesinde tam hakimiyet durumu belirlenmiştir. Bu madde hükmüne göre “*Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.*” Bu itibarla, bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması tam hakimiyet; bunun dışında kalan hakimiyet durumlarını ise kısmi hakimiyet olarak ifade edebiliriz.

Tam hakimiyet ve kısmi hakimiyet konusunda önemli olan noktanın, bu tür hakimiyet durumlarının ancak sermaye şirketleri üzerine söz konusu olabileceği söylenebilir. Zira, TTK. m. 203’de özellikle “sermaye şirketi” vurgusu yapılmıştır. Yine, bu hakimiyet durumunda da hakimiyete sahip olanın bir ticaret şirketi veya teşebbüs olması arasında fark bulunmamaktadır.

III. HAKİMİYET İLİŞKİSİNİN ÇEŞİTLERİ

1. Fiili Hakimiyet İlişkisi

TTK. m. 195/I-a hükmüne göre “*Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa*”, ortada bir hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir²⁶². Yine, TTK. m. 195/II'ye göre ise; “... *Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması...*” halinde de karine olarak hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir.

TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemesinde temel alınan kontrol sisteminin bir yansıması olan sayılı bu ölçütlerin varlığı halinde kabul edilen hakimiyet ilişkisine ise fiili hakimiyet ilişkisi adı verilmektedir²⁶³. Fiili hakimiyet hallerinde hakimiyetin dayanağı müstakil bir hakimiyet sözleşmesi dışında hakimiyetin sağlanmasına yönelik başka ölçütlerdir. Buna göre, TTK anlamında, fiili hakimiyet ilişkilerini şöyle sıralayabiliriz:

- 1- Oy haklarının çoğunluğuna sahip olma,
- 2- Şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını sahip olma,

²⁶² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısının madde gerekçelerinde, TTK. m. 195/1 'in gerekçesinde, burada bir "faraziye" öngörülmüş olduğu ifade edilmiştir. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> ; Faraziye olarak nitelendirilen bir hakimiyet (kontrol) aracının varlığı halinde, hakimiyetin olup olmadığı veya uygulanıp uygulanmadığı iddia edilemez. Bu hususta ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ancak hakimiyet aracının olup olmadığı ortaya çıkabilir ve bu şekilde ortaya çıkan uyuşmazlıklar da mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulur.; **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1555.

²⁶³ **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1548; **PULAŞLI**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2011, s. 1034 vd.; **OKUTAN NİLSSON**, s. 82.

- 3- Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğuna sahip olma,
- 4- Paylarının çoğunluğuna veya yönetimde karar alabilecek miktarda paylara sahip olma.

Hakimiyet ilişkisinin varlığını gösteren yukarıda belirtilen bu ölçütlerin tamamının aynı anda bulunması gerekli olmayıp, bir tanesinin varlığı halinde de fiili hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir.

a. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olma

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak suretiyle varlığı kabul edilen hakimiyet ilişkisi; bir ticaret şirketinin veya teşebbüsün, bir veya birden fazla ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olması şeklinde kurulur (TTK. m. 195/I-a-1).

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olan teşebbüs veya ticaret şirketine hakim teşebbüs veya hakim şirket; oy haklarına sahip olunan ticaret şirketine veya şirketlerine ise bağlı şirket denir.

Hakim şirket veya teşebbüsün ya da bağlı şirket veya şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de olmak kaydıyla, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunmak suretiyle varlığı kabul edilen hakimiyet ilişkisi dolayısıyla oluşan şirketler topluluğuna TTK.’nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır (TTK. m. 195/I).

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olma durumu TTK’da olduğu gibi Alman hukukunda da bir hakimiyet aracı olarak kabul edilmiş olmakla birlikte Alman hukukunda bu durum hakimiyetin varlığına karine olarak kabul edilmiştir²⁶⁴. Yani, Alman hukukuna göre bu karinenin aksi ispatlanabilir.

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde ulusal hukukumuzdaki gibi kontrol ilkesi benimsenmiş olan Avrupa Birliği’nin 1983/349

²⁶⁴ OKUTAN NİLSSON, s. 104.

sayılı Komisyon kararı kapsamında öngörülen Yedinci Yönergesinde²⁶⁵ ise oy haklarının çoğunluğuna sahip olma durumu, fiili olarak hakimiyetin kullanılıyor olup olmadığı incelenmeksizin hakimiyet ilişkisinin varlığının kabulü için yeterli sayılmıştır. Nihayet, TTK. m. 195/1’de de oy haklarının çoğunluğuna sahip olma durumunun, fiili olarak hakimiyetin kullanılıyor olup olmadığı incelenmeksizin hakimiyet ilişkisinin var olduğu sonucunu doğuracağı düzenlenmiştir.

Bir şirketin bir başka şirketteki oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, genellikle o şirketteki payların çoğunluğuna sahip olmasıyla mümkün olur. Bununla birlikte; sermayeye katılım oranı az olmasına rağmen şirket ana sözleşmesinde bir kısım paylara tanınan imtiyazlı oy hakkı ile de şirket oy haklarının çoğunluğunun elde edilebilmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle; payların çoğunluğuna sahip olan bir şirket, payların çoğunluğuna sahip olmasına rağmen diğer pay sahiplerine tanınan oy hakkında imtiyaz nedeniyle oyların çoğunluğuna sahip olamayabilir. Nitekim, bu hususu dikkate alan TTK. m. 195/II’de yer alan hükümde “ ... Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.” denilmek suretiyle, payların çoğunluğuna sahip olma durumu hakimiyet ilişkisinin varlığına adi bir karine olarak kabul edilmiştir²⁶⁶. Ayrıca, bir şirketin, bir başka şirketin payların çoğunluğuna sahip olmamasına rağmen pay sahiplerinden vekâlet alarak²⁶⁷ veya o şirket ile oy sözleşmeleri²⁶⁸ yaparak oy çoğunluğuna sahip olması ve böylece hakimiyet sağlaması mümkündür.

TTK’da ve TTK Tasarısının madde gerekçelerinde buradaki “çoğunluk” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buradaki “çoğunluk” kavramı, somut duruma göre şirketin yönetimine ilişkin kararlardaki çoğunluğu ifade eder. Yani, buradaki “çoğunluk” kavramından salt çoğunluğun anlaşılması gerekir²⁶⁹. Başka bir ifadeyle; bir şirketin işletme konusunun elde edilmesi için gereken mutad işlemlere ilişkin

²⁶⁵ Avrupa Birliği’nin 13 Haziran 1983 tarih ve 1983/349 sayılı Komisyon kararı kapsamında öngörülen Yedinci Yönergesi.

²⁶⁶ **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1555.

²⁶⁷ TTK. m. 425: “Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.” ; **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008, s. 53.

²⁶⁸ **YANLI**, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 153.

²⁶⁹ **TEKİNALP**, Kontrol İlkesi, s. 1555.

kararların alınması bir başka şirket tarafından sağlanabiliyorsa hakimiyetin de varlığı kabul edilmektedir²⁷⁰. Her ne kadar, kural olarak, toplam oyların salt çoğunluğuna sahip olmanın bu imkanı vereceği kabul edilebilirse de şirket ana sözleşmelerinde temel finans ve işletme politikalarına ilişkin kararlar ile ilgili nisapların ağırlaştırılmış olması halinde ağırlaştırılmış nisapları sağlayan oy çoğunluğu aranmalıdır²⁷¹. Bununla birlikte belirtilmelidir ki; birleşme, tür değiştirme, bölünme, tahvil çıkarma, esas sözleşmeyi değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması, ortağın ihraç edilmesi, yeni ortak alınması, payın devri, devrin pay defterine yazılması, şirketin tesislerinin toptan satılması, taşınmazların devredilmesi gibi kararların alınabilmesi için bağlı şirketin genel kurulunda ağırlaştırılmış nisaplar gerektiğinden, hakim şirketin bu kararlara etkisiz olması durumunda hakimiyet ilişkisinin bulunmadığı söylenemez. Zira, bahsi geçen bu kararlar şirketin yapısı, ortaklar düzeni ve malvarlığı durumuna ilişkin temel kararlar olup, bu kararların şirketin yönetimi ile bir ilgisi ve şirketin yönetiminde bir etkisi bulunmadığından hakimiyet ilişkisi de ortadan kalkmaz²⁷².

b. Şirket Sözleşmesi Uyarınca Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunluğu Oluşturan Sayıda Üyenin Seçimini Sağlayabilme Hakkına Sahip Olma

Şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olmak suretiyle varlığı kabul edilen hakimiyet ilişkisi; bir veya birden fazla şirketin sözleşmesinde yer alan bir hüküm nedeniyle bu şirketin veya şirketlerin yönetim organlarında karar alabilecek üyelerin çoğunluğunun seçimini sağlayabilme hakkına bir başka şirketin veya teşebbüsün sahip olmasıdır (TTK. m. 195/1-a-2). Bu halde, kendi şirket sözleşmeleri uyarınca yine kendi yönetim organlarında karar alabilecek çoğunluğu oluşturabilecek üyelerin seçimini sağlayabilme hakkını bir başka şirkete veya teşebbüse veren şirket veya şirketlere bağlı (yavru) şirket; bu hakka sahip olan şirkete veya teşebbüse de hakim şirket veya teşebbüs denir.

²⁷⁰ TEKİNALP, Kontrol İlkesi, s. 1554.

²⁷¹ OKUTAN NİLSSON, s. 105.

²⁷² TEKİNALP, Kontrol İlkesi, s. 1551.

Bu şekilde oluşan hakimiyet ilişkisi dolayısıyla varlığı kabul edilen şirketler topluluğuna da hakim şirket veya teşebbüsün ya da bağlı şirket veya şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de olmak kaydıyla TTK.’nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır (TTK. m. 195/I).

Bağlı şirket veya şirketlerin sözleşmesinde yer alan bir hükümle bu şirket veya şirketlerin yönetiminde karar alabilecek çoğunluğun seçimini sağlayabilme hakkı, belli grup paya veya paylara ya da azlığa verilebilir²⁷³. TTK. m. 195/I-a-2’de yer alan “yönetimde karar alabilecek çoğunluk” ifadesinden bir şirketin diğer bir başka şirketin yönetiminde karar alabilecek bir kişinin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olması durumunda ortada bir hakimiyet ilişkisinin veya şirketler topluluğunun varlığının kabul edilmeyeceği düşünülebilir ise de; yönetimde karar almaya yetkili organın bir kişiden oluşması halinde de hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun varlığı kabul edilmelidir. Nitekim, TTK. m. 195/VI’ya göre “*Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.*” TTK. m. 195/I-a-1’de “yönetimde karar alabilecek çoğunluk” ifadesinin kullanılmış olmasının sebebinin TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinde, ekonomik hayatta topluluk yapılanmalarının içinde sıklıkla görülen sermaye şirketlerinin ve sermaye şirketleri içinde de özellikle anonim şirketlerin esas alınması olduğu söylenebilir.

Yönetimde karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olmak, bir ticaret şirketi üzerinde fiili hakimiyeti elde edebilmenin en etkili yollarından birisidir. Özellikle fiili hakimiyet altına alınmak istenen bir anonim şirket veya limited şirketi ise yönetimde karar alabilecek çoğunluğa sahip olmak gerekir²⁷⁴. Anonim ve limited şirketlerde, şirket ana sözleşmesi ile bazı paylara oy hakkında imtiyaz tanımak suretiyle şirketin yönetiminde bulunanların çoğunluğunu oluşturan sayıda üyenin seçiminin sağlanması mümkündür²⁷⁵.

²⁷³ KARAHAN, s. 125.

²⁷⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 52; ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, İstanbul 1959, s. 141.

²⁷⁵ TTK. m. 478: “(1) İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir.(2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. (3) 360 ıncı madde hükmü saklıdır.” ; TTK. m. 479: “(1) Oyda imtiyaz, eşit itibarı değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı

c. Kendi Oy Hakkı Yanında, Bir Sözleşmeye Dayanarak Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleri ya da Ortaklarla Birlikte Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olma

Kendi oy hakkı yanında, bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak suretiyle varlığı kabul edilen hakimiyet ilişkisi; bir şirketin veya teşebbüsün kendi oy hakkı yanında, bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte diğer bir şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasıdır (TTK. m. 195/1-a-3). Bu halde, oy haklarının çoğunluğuna sahip olan şirkete veya teşebbüse, hakim şirket veya hakim teşebbüs; oy haklarının çoğunluğuna sahip olunan şirketlere de bağlı (yavru) şirket adı verilir.

Bu şekilde oluşan hakimiyet ilişkisi dolayısıyla varlığı kabul edilen şirketler topluluğunda da hakim şirket veya teşebbüsün ya da bağlı şirket veya şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de olmak kaydıyla TTK.’nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır (TTK. m. 195/I).

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olmayı sağlayan sözleşmelere veya sözleşme hükümlerine, genel olarak, oy sözleşmeleri adı verilir ve bu sözleşmeler ile oylamaya katılma hakkına sahip olanların oylama özgürlükleri; oylarını belli bir yönde kullanma, kullanmama veya çekimser kalma yükümlülüğüne tabi tutularak sınırlandırılmıştır²⁷⁶. Esasen bu durumda, oy kullanmak yönünde bir özgür iradenin veya oylama özgürlüğünün var olduğu söylenemez. Her ne kadar, yapılan oy sözleşmelerinin özgür bir iradeyle imzalanarak kabul edildiği söylenebilir ise de; oy sözleşmelerinin, gelecekte yapılacak olan oylama konuları tüm unsurlarıyla içermesinin mümkün olmadığı düşünüldüğünde, yapılan oylamalarda bağımsız ve

verilerek tanınabilir.(2) Bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir. Bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz. Bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararını vermesi gerekir. Projede yapılacak her değişiklik mahkeme kararına bağlıdır. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hâllerde istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir. (3) Oyda imtiyaz aşağıdaki kararlarda kullanılamaz: a) Esas sözleşme değişikliği. b) İşlem denetçilerinin seçimi. c) İbra ve sorumluluk davası açılması.”

²⁷⁶ **MOROĞLU**, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara 1996, s. 4; **OKUTAN NİLSSON**, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 104 vd.

özgür bir iradenin varlığı da kabul edilemez. Bu itibarla, TTK'da bir sözleşmeye dayanarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak durumu da kontrol ilkesi ve kontrol araçları bağlamında hakimiyet ilişkisinin varlığı olarak kabul edilmiştir.

Şirket ana sözleşmelerinde bazı paylara tanınan imtiyazlar vesilesiyle de oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak ve böylece hakimiyet ilişkisi kurmak mümkündür. Ekonomik hayatta aktif olarak rol alan anonim ve limited şirketlerde bu durum sıklıkla görülür²⁷⁷.

d. Payların Çoğunluğuna veya Yönetimde Karar Alabilecek Miktarda Paylara Sahip Olma

TTK. m. 195/II'ye göre "... bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir."

Payların çoğunluğuna veya yönetimde karar alabilecek miktarda paylara sahip olmak suretiyle varlığı kabul edilen hakimiyet ilişkisi, karine olarak kabul edilmiş olup, bu karinenin aksi ispatlanabilir. Yani, kural olarak, bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya o şirketi yönetebilecek kararlar alabilecek miktarda paylara sahip olan şirket hakim şirket olup, bu şekilde oluşan hakimiyet ilişkisinden dolayı şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir ve TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Bu halde, ortada bir hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da bir şirketler topluluğunun varlığı kontrol ilkesi uyarınca yukarıda sayılan hakimiyet ölçütlerinin aksine bir adi karine olarak kabul edildiğinden, hakimiyet ilişkisinin olmadığı ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun oluşmadığı

²⁷⁷ TTK. m. 478: "(1) İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir.(2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. (3) 360 uncu madde hükmü saklıdır." ; TTK. m. 479: "(1) Oyda imtiyaz, eşit itibarî değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir.(2) Bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir. Bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz. Bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararını vermesi gerekir. Projede yapılacak her değişiklik mahkeme kararına bağlıdır. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hâllerde istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir. (3) Oyda imtiyaz aşağıdaki kararlarda kullanılamaz: a) Esas sözleşme değişikliği. b) İşlem denetçilerinin seçimi. c) İbra ve sorumluluk davası açılması."

ileri sürülebilecektir. Ancak, bu durumda ispat yükü, hakimiyet ilişkisinin olmadığını iddia eden tarafın üzerinde olup, bu iddianın ispatlanması gerekir.

Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip olması halinde karine olarak kabul edilmesinin sebebi, bu durumun hakimiyet ilişkisinin varlığını kesin olarak ortaya koyan bir ölçüt olmamasıdır. Zira; oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak (TTK. m. 195/I-a-1) ya da yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olmak suretiyle payların çoğunluğuna veya yönetimde karar alabilecek miktarda paylara sahip olma durumu etkisiz olabilecektir²⁷⁸.

Anonim şirketlerle ilgili olarak TTK. m. 360 uyarınca “(1) *Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır. (2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.*” Anılan hükme göre belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki; TTK. m. 360/I’de yazılı olduğu üzere bu şekilde seçilecek yönetim kurulu üyelerinin sayısı yönetim kurulu üye sayısının yarısını geçemez. Bu halde, hükmün içeriğinden yola çıkılarak, halka açık olmayan anonim şirketlerde şirket ana sözleşmesiyle imtiyaz olarak, yönetim kurulu üyesinin yarısından fazlasını seçebilme hakkının tanınabileceği söylenebilir²⁷⁹.

²⁷⁸ PULAŞLI, s. 156.

²⁷⁹ KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Hakkında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 187 vd.

Yine, bu noktada hemen belirtilmelidir ki; doktrine göre şirket ana sözleşmelerinde, pay sahibi olan veya olmayan kimselerin süreli veya süresiz bir şekilde yönetim kurulu üyesi seçilebileceklerine ilişkin hükümler yer alabilir²⁸⁰.

2. Sözleşmesel Hâkimiyet İlişkisi ve Başka Yollarla Hâkimiyet İlişkisi

TTK, yukarıda sayılan fiili hâkimiyet ilişkisinin varlığını gösteren ölçütlerin yanında m. 195/I-b hükmünde, “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa...” denilmek suretiyle sözleşmesel hakimiyet ilişkisine ve başka yollarla sağlanan hakimiyet ilişkilerine yer vermiştir.

a. Sözleşmesel Hakimiyet İlişkisi

Sözleşmesel hakimiyet ilişkisi ile kastedilen, TTK. m. 195/I-a’da belirtilen ve fiili hakimiyet ilişkisi sağlayan bir sözleşme uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olma veya bir sözleşmeye dayanarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olma durumları olmayıp; borçlar hukuku anlamında bir hakimiyet sözleşmesi veya pay sahipleri sözleşmesidir.

Alman hukukunda “hakimiyet sözleşmesi” kavramı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen TTK.’da bu kavrama ilişkin bir tanımlama ve düzenleme yapılmamıştır. Tanımı ve ayrıntıları düzenlenmemiş olmakla birlikte bu tür bir sözleşmenin yapılabileceği düşüncesiyle TTK. m. 195’e ilişkin madde gerekçesinde “hakimiyet sözleşmesi” kavramına yer verilmiş²⁸¹ ve nihayet 27.0.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Ticaret Sicili Yönetmeliği”nin “Şirketler topluluğu” üst başlığı altında “Hakimiyet sözleşmesi ve

²⁸⁰ POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ünal, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2009, s. 459; KENDİGELEN, s. 46.

²⁸¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm> ; TEKİNALP, Kontrol İlkesi, s. 1555. ; OKUTAN NİLSSON, s. 136; EMMERICH, Volker/ SONNENSCHNEIN, Jürgen/ HABERSACK, Mathias, Konzernrecht, München 2001, s. 157 vd.

tescil” alt başlığı ile düzenlenmiş olan 106. maddesinde hakimiyet sözleşmesi tanımlanmıştır²⁸².

Bir şirketin bir başka şirketin yönetimine sahip olması konusunda bu şirketler arasında yapılan bir sözleşmeye, hakimiyet sözleşmesi adı verilir²⁸³. Hakimiyet sözleşmesi ile hakim konuma gelen şirketin diğer şirketin yönetimine sahip olması, oy kullanma hakkına sahip olmak şeklinde değil; talimat verme hak ve yetkisine sahip olmak şeklinde ortaya çıkar. Yani, hakimiyet sözleşmesi ile yönetime sahip olmak, talimat verme hak ve yetkisi anlamına gelir. Ayrıca, hâkimiyet sözleşmesinin tarafları olan şirketlerin birbiri üzerine pay sahibi olmasına da zorunlu değildir²⁸⁴.

TTK. m. 198/III’ de yer alan “*Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.*” şeklindeki hüküm uyarınca hâkimiyet sözleşmelerinin ticaret siciline tescil edilmesinin ve ilan edilmesi bu sözleşmeler için bir geçerlilik şartıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki; bu sözleşmelerin tescil ve ilan edilmemesi veya başka nedenlerle geçersiz olmasına rağmen tarafların sözleşmenin gereklerini yerine getirmiş olmaları halinde de hâkimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da TTK’da yer alan şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği söylenebilir. Kanunun, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeleri yaparken üçüncü kişileri koruma gayesi dikkate alındığında, hâkimiyet sözleşmelerine ilişkin geçersizlik yaptırımının ancak sözleşmenin tarafları açısından sonuç doğurabileceği; buna karşılık üçüncü kişiler yönünden sonuç doğurmayıp, geçersiz hâkimiyet sözleşmesinin taraflarının üçüncü kişilere karşı sorumluluklarının şirketler topluluğuna ilişkin hükümler kapsamında devam ettiği savunulabilir.

²⁸² Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 106/I: “Hakimiyet Sözleşmesi,, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir.”

²⁸³ **EMMERICH/ SONNENSCHNEIN/ HABERSACK**, s. 157 vd.; **YANLI**, s. 167-168. ; **BOYACIOĞLU**, Cumhuriyet, Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 300.

²⁸⁴ **KARAHAN**, s. 134.

b. Başka Yollarla Hâkimiyet İlişkisi

Başka yollarla sağlanan hâkimiyet ilişkilerinin, geniş yorumlanması ve pay sahipleri sözleşmesi, birleşmeler ve bölünmeler ile pay alımları ve benzeri durumlarla ortaya çıkan hâkimiyet ilişkilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

TTK. m. 195/I-b'de "Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, Başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa..." denilmek suretiyle hâkimiyet ilişkisinin kurulmasında veya başka bir ifadeyle hâkimiyetin sağlanmasında başka ihtimallerinde olabileceği öngörülmüş olup, hâkimiyet ilişkisinin varlığının tespitinde ölçüt olarak yukarıda sayılmış olan durumların dışında da hâkimiyet ilişkisini var eden durumların varlığı halinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması sağlanmak istenmiştir. Ancak, bu noktada belirtilmelidir ki; yukarıda sayılan tüm hallerde hâkimiyet ilişkisinin varlığını ispat yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, söz konusu bu durumda hâkimiyet ilişkisinin varlığını ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun oluştuğunu iddia eden taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Hâkimiyet ilişkisinin tespitinde TTK sayılı olan ölçütlerin dışında, hâkimiyetin kurulmasına yönelik uygulamada en çok görülen durumlardan biri, inanca yönetim kurulu üyeleri vasıtasıyla bir şirketin veya teşebbüsün bir başka şirketin yönetim kurulunda çoğunluğu elde etmesidir²⁸⁵. Hâkimiyeti sağlayabilmek için inanca yönetim kurulu üyelerinin getirilmesinin nedeni, inanca yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişilerin talimatları ve menfaatleri yönünde hareket etmesidir²⁸⁶. İnanca yönetim kurulu üyeliği, hâkim şirket ile bağlı şirket yöneticilerinin aynı kişilerden oluşturulması suretiyle de oluşabilir²⁸⁷.

²⁸⁵ GILLOOLY, Michael, The Law Relating to Corporate Groups, Sydney 1993, s. 144; TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara, 1965, s. 112.

²⁸⁶ KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnanca Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007, s. 5.

²⁸⁷ YANLI, Veliye, "İnanca Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 667.

Bunun dışında, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve özellikle kısmi bölünme veya pay alımları da hâkimiyet ilişkisinin başka yollarla kurulması kapsamında değerlendirilebilir²⁸⁸.

§ 7. PAY VE OY ORANLARININ HESAPLANMASI

I. GENEL OLARAK

TTK'nın 195. maddesinde hâkimiyet ölçütleri belirlendikten sonra 196. maddesinde“pay ve oy oranlarının hesaplanması” başlığıyla pay ve oy oranlarının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Hâkimiyet ölçütlerini gösteren 195. maddeden hemen sonra 196. maddede pay ve oy oranlarının nasıl hesaplanacağını gösterilmesinin sebebi olarak, 195. maddede sayılı hâkimiyet ölçütlerine göre var olan bir hâkimiyet ilişkisinin olup olmadığının tespiti için pay ve oy oranlarının hesaplanması zorunludur.

II. PAY ORANININ HESAPLANMASI

Pay ve oy oranlarının hesaplanmasında ilk olarak, bir şirketin diğer bir şirkette bulunan paylarının ve bu payların diğer paylara olan oranının belirlenmesi gerekir. Böylece, bir şirketin diğer şirkette ne kadar paya sahip olduğu, ne kadar iştirak ettiği tespit edilmiş olur²⁸⁹.

TTK. m. 196/I uyarınca “*Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibari değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür.*” Aynı maddenin 3. fıkrasında da “*Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinde sahip olduğu paylar hesaplanırken ona bağlı şirketlerin sahip oldukları veya onun*

²⁸⁸ PULAŞLI, s. 156.

²⁸⁹ KARAHAN, s. 130.

hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylar da hesaba katılır.” denilmektedir.

Buna göre, pay oranların belirlenmesinde şöyle bir sıranın izlenmesi gerektiği söylenebilir:

- 1- Üzerinde hesaplama yapılan şirketin²⁹⁰ sermayesinin tespiti,
- 2- Payları hesaplanan şirketin²⁹¹ bizzat kendisine ait olan payları ile bu şirkete bağlı olan şirketlerin paylarının ve bu şirketin hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin ellerinde bulunan payların tespiti ve toplamı,
- 3- Payları hesaplanan şirketin bizzat kendisine ait olan payları ile bu şirkete bağlı olan şirketlerin paylarının ve bu şirketin hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin ellerinde bulunan payların toplamının üzerinde hesaplama yapılan şirketin sermayesine oranı.

Burada özellikle belirtilmelidir ki; söz konusu hesaplama yapılırken payların sayısı değil; itibari değerleri²⁹² esas alınır²⁹³.

Bir şirketin diğer bir şirkette olan payları, şirket paylarının çoğunluğunu oluşturduğu durumda doğrudan o şirketin hâkim şirket olduğu karine olarak söylenebilir. Yani, bu durumun aksi, payların çoğunluğuna sahip olan şirketin hâkim şirket olmadığı ispatlanmak şartıyla ileri sürülebilir. Zira, TTK. m. 195/2 uyarınca bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip olan şirketin hakim şirket olduğu karine olarak kabul edilir. Bu durumda, anılan karinenin aksini iddia eden tarafın, bu iddiasını ispatlayabilmesi için pay çoğunluğuna sahip olan şirketin yönetme yetkisine sahip olmadığını ispatlaması gerekir ki ortada bir hâkimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun bulunmadığı kabul edilebilsin.

Bir şirketin diğer bir şirkette bulunan paylarının ve bu payların diğer paylara olan oranının belirlenmesi ile birden çok şirketin birbirinde iştiraklerinin olup olmadığı da tespit edilmiş olur.²⁹⁴

²⁹⁰ Üzerinde hesaplama yapılan şirket ifadesi, bağlı şirket veya üzerine hakimiyet uygulanıp uygulanmadığı tespit edilmek istenen şirket olarak da anlaşılabilir.

²⁹¹ Payları hesaplanan şirket ifadesi, hâkimiyet sağlayıp sağlamadığı tespit edilmek istenen şirket olarak da anlaşılabilir.

²⁹² İtibari değer kavramı, TTK. m. 476, 565 ve 583'e göre yorumlanır.

²⁹³ PULAŞLI, s. 165.

III. OY ORANLARININ HESAPLANMASI

TTK'nın 195/1'de kontrol ilkesi uyarınca belirlenmiş olan hakimiyet ölçütlerine göre, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketin doğrudan veya dolaylı olarak; "Oy haklarının çoğunluğuna sahip olması" veya "Kendi oy hakkı yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması" durumlarında ortada bir hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla şirketler topluluğunun varlığı kabul edilmektedir.

TTK'da hâkimiyetin tespitinde "pay oranının çoğunluğuna sahip olma" halinin karine olarak kabul edilmesine karşılık; oy oranlarına bağlanan sonucun kesin oluşundan da anlaşılacağı üzere, bir şirketin bir başka şirketin pay oranlarının çoğunluğuna sahip olması her zaman hâkimiyetin kesin olarak varlığını göstermeyeceği gibi oy haklarının çoğunluğuna sahip olma hali de her zaman pay oranlarının çoğunluğuna sahip olduğu anlamına gelmez²⁹⁵. Zira, daha önce de belirtildiği üzere; örneğin, bir şirket sözleşmelerden kaynaklı olarak veya oy imtiyazı nedeniyle oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasına rağmen pay oranlarının çoğunluğuna sahip olmayabilir.

Bu anlamda, oy oranlarının hesaplanmasında hangi oylara üstünlük tanındığının, üstünlük tanınan bu oyların diğer oy haklarına oranının tespit edilmesi suretiyle oy haklarının çoğunluğunun kimde olduğu ve böylece hangi şirketin hâkim, hangi şirketin bağlı şirket konumunda bulunduğu, ortada bir hâkimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun bulunup bulunmadığı tespit edilmiş olur.

Esasen, oy haklarının hesaplanmasını düzenleyen TTK'nın 196. maddesinin ikinci fıkrası birinci fıkranın tekrarı niteliğindedir. Ancak, oy oranlarının hesaplanmasına ilişkin ikinci fıkranın hareket noktasını "oy hakkında imtiyazlı paylar" oluşturmaktadır²⁹⁶.

²⁹⁴ TTK. m. 197: "Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur."

²⁹⁵ KARAHAN, s. 131.

²⁹⁶ PULAŞLI, s.167.

TTK. m. 196/II'ye göre, “Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki oy hakkının yüzdesi, ticaret şirketinin o sermaye şirketinde sahip bulunduğu paylardan doğan kullanılabilen oy haklarının toplamının, sermaye şirketindeki kullanılabilir tüm oy haklarının toplamına oranlanmasıyla bulunur. Hesaplama, sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki paylarından doğan oy hakları düşülür.”

TTK. m. 196/II hükmü uyarınca oy oranları hesaplanırken şu sıranın izlenmesi gerekir:

1-Öncelikle, üzerinde hesaplama yapılan şirketteki²⁹⁷ kullanılabilir tüm oy haklarının toplamı tespit edilmeli,

- 1- Üzerinde hesaplama yapılan şirketin kendi paylarından doğan oy hakları ile üzerine hesaplama yapılmış olan şirket hesabına alınmış olmasına rağmen üçüncü kişilerin ellerinde bulunan paylardan doğan oy haklarının toplamı tespit edilir,
- 2- Üzerinde hesaplama yapılan şirketteki kullanılabilir tüm oy haklarının toplamından üzerinde hesaplama yapılan şirketin kendi paylarından doğan oy hakları ile üzerinde hesaplama yapılmış olan şirket hesabına alınmış olmasına rağmen üçüncü kişilerin ellerinde bulunan paylardan doğan oy haklarının toplamı düşülür,
- 3- Oy hakkı hesaplanan şirketin²⁹⁸ üzerinde hesaplama yapılan şirketteki paylarından doğan kullanılabilen oy haklarının toplamı tespit edilir ve
- 4- Oy hakkı hesaplanan şirketin üzerinde hesaplama yapılan şirketteki paylarından doğan kullanılabilen oy haklarının toplamı üzerinde hesaplama yapılan şirketteki kullanılabilir tüm oy haklarının toplamından üzerinde hesaplama yapılan şirketin kendi paylarından doğan oy hakları ile üzerinde hesaplama yapılmış olan şirket hesabına alınmış olmasına rağmen üçüncü kişilerin ellerinde bulunan paylardan doğan oy haklarının düşümünden elde edilen sonuca orantılanır.

²⁹⁷ Üzerinde hesaplama yapılan şirket ifadesi, bağlı şirket veya üzerine hâkimiyet uygulanıp uygulanmadığı tespit edilmek istenen şirket olarak da anlaşılabilir.

²⁹⁸ Oy hakkı hesaplanan şirket ifadesi, hakimiyet sağlayıp sağlamadığı tespit edilmek istenen şirket olarak da anlaşılabilir.

§ 8. KARŞILIKLI İŞTİRAK

I. GENEL OLARAK

1. Karşılıklı İştirak Kavramı

Sözlük anlamına göre “iştirak” kavramı ortak olma, paydaşlık, katılma, katılım olarak tanımlanmaktadır²⁹⁹. TTK’da ise “iştirak” kavramına ilişkin açık bir tanım bulunmamakla birlikte TTK’nın 197. maddesinde yer alan “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hakimse ikisi de bağlı ve hakim şirket kabul olunur.*” şeklindeki hükümlerle “karşılıklı iştirak” kavramı tanımlanmıştır. Anılan madde hükmüne göre karşılıklı iştirak, birden fazla sermaye şirketinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip olması durumudur.

Bu halde, karşılıklı iştirak ilişkisi, yalnızca sermaye şirketleri açısından söz konusu olabilecek bir durumdur.

Karşılıklı iştirak kavramı, adından da anlaşılacağı üzere, birden fazla işletmenin bir araya gelmesi ve bunların birbirleriyle iştirak ilişkisi içinde olması halinde söz konusu olan bir kavram olup, tek yönlü değil; çift yönlü bir ilişkiyi ifade etmektedir.

Mevzuatta ve literatürde bir şirkete yatırım yapılmış olmasının iştirak ilişkisi olup olmadığının tespitine yönelik olarak yatırımın amacı, oy hakkı ve sermayeye katılma oranı gibi bir kısım ölçütler esas alınmıştır.

Yatırımın amacı ölçütüne göre; bir yatırımın iştirak sayılabilmesi için bu yatırımın uzun vadede elde tutma amacıyla yapılmış olması, yani devamlı nitelikte olması gerekir. Atıl fonların değer artışlarından yararlanmak, spekülasyon ve benzeri

²⁹⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51d42e2a346678.91502007

amaçlarla kısa süreli olarak hisse senetlerinin değerlendirilmesi durumunda edinilen paylar iştirak olarak değerlendirilmez.

Sermayeye katılım oranı ölçütüne göre ise; bir yatırımını iştirak sayılabilmesi için çeşitli düzenlemelerle belli bir asgari oran belirlenmiş olmakla birlikte sahip olunan payların oranının belirlenen bu oranın altında kalmasına rağmen sermayesine iştirak edilen şirketin yönetim ve politikaları üzerinde önemli ölçüde etkili olabilmek de, kontrol ilkesi anlamında o şirketin iştirak sayılması için yeterlidir³⁰⁰.

TTK. m. 197 hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, karşılıklı iştirak durumunun oluşabilmesi için şirketlerin birbirinde herhangi bir paya sahip olması yeterli olmayıp, bu pay hisselerinin söz konusu şirketlerin toplam hisselerinin en az dörtte birine eşit olması gerekir. Bu anlamda, TTK'da iştirak konusuna ilişkin olarak yapılan düzenlemede sermayeye katılım oranı ölçütünün esas alındığı rahatlıkla söylenebilir.

2. Karşılıklı İştirakin Sebepleri

Varlıklarını sürdürmek isteyen şirketler, ekonomik hayatta her geçen gün sertleşen rekabet koşulları nedeniyle birbirleriyle rekabet edebilecek güce sahip olmak zorundadır. Bu itibarla; rekabet güçlerini arttırmak veya sürdürmek isteyen şirketler, birbirleriyle karşılıklı iştirakler oluştururlar.

Rekabet gücünün artması veya sürdürülebilmesi için şirketlerin piyasada sahip olması gereken en önemli unsurun güven ve istikrar olduğu söylenebilir. Şirketlerin piyasada güvene ve istikrara sahip olabilmesi için ise büyümeleri gerekir. Şirketlerin büyüklüğü, değerlerinin ve gelirlerinin büyüklüğü ile ilgili olduğundan şirketler birbirleriyle karşılıklı iştirakler oluşturmak suretiyle gelirlerini ve değerlerini arttırmayı amaçlarlar³⁰¹.

³⁰⁰ ÇİFTÇİ, Yavuz, "Türkiye Uygulamasındaki İştirak Kavramı ile Uluslararası Uygulamalardaki İştirak Kavramının Karşılaştırılması", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C. 2, S. 4, 2000, s. 34.

³⁰¹ ULUKAN, Cemil, Aile İşletmelerinde Büyüme Süreci, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Eskişehir 1999, s. 35 vd.

Daha özel bir sebebe indirgenecek olursa; şirketlerin birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkileri kurarak kazanç sağlamayı, yani kar elde etmeyi amaçladıkları da söylenebilir. Zira, şirketlerin kendi faaliyet alanlarında olduğu gibi kendi faaliyet alanlarının dışında da yüksek getiri olanağı olan şirketlerle karşılıklı iştirakler oluşturdukları görülmektedir.

Öte yandan; rekabet gücünü ve ekonomik faaliyetlerde kontrolü veya başka bir ifadeyle hakimiyeti ellerinde bulundurmak isteyen şirketler, birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkileri oluşturarak az bir yatırımla başka şirketler ve sermaye üzerinde kontrolü elde etmiş olacakları gibi bu şirketlerin yönetiminde de söz sahibi olabilirler.

3. Karşılıklı İştiraklerin Sakıncaları

Yukarıda açıklanan ve benzeri sebeplerle oluşturulan karşılıklı iştirak ilişkilerinin şirketler açısından birçok yararı olduğu söylenebilir ise de; hem şirketler hem de ticari hayat açısından bazı sakıncaları da vardır.

Birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerden birinin mali sorun içinde bulunması halinde, yaşanan bu mali sorunun iştirak ilişkisi içinde yer alan diğer şirkete yansması mümkündür³⁰². Bu halde, piyasada karşılıklı iştirak ilişkisi nedeniyle bir bütün içinde algılanan şirketlerden birinin mali sıkıntı içinde olması, diğer şirketin de mali sıkıntı içinde olduğu yönünde bu şirketlerle işlem yapan taraflarda ve kamuoyunda olumsuz çağrışımların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu durum ise, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlere olan güveni azaltır. Salt bu nedenle, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler mali sıkıntı içinde bulunan diğer şirketin ekonomik dar boğazdan kurtulmasını sağlayacak müdahalelerde bulunma ihtiyacını hissederler ve bu durum karşılıklı iştirak ilişkisi içinde olan şirketlerin hepsinin mali sorunlar yaşamasına ve hatta iflasına sebep olabilir³⁰³.

³⁰² HALICI, Özlem, Dünyada Banka/Finansal Holding Şirketleri, Bunlara İlişkin Düzenleme ve Denetim Yapısı, Türkiye Uyarlaması, BDDK, Tez, Ankara 2002

³⁰³ TAKAN, Mehmet, Bankacılık, Teori, Uygulama ve Yönetim, Ankara 2002, s. 16.

Ayrıca, birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin menfaatlerinin çatışması da söz konusu olabilir. Bu durumda, hakim konumda bulunan şirketle karşılıklı iştirak içinde bulunan şirketin mağduriyet yaşamaması kaçınılmaz olacak ve bu halde de asıl zarar görenler küçük pay sahipleri olacaktır.

Öte yandan; şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin karşılıklı iştirak halinde bulunması durumunda, birbirleriyle karşılıklı iştirak halinde bulunan şirketlerin organizasyon ve faaliyet yapıları karmaşıklaşır ve bu durum şirket yönetimlerinin işlerini zorlaştırdığı gibi şirketlerin faaliyetleri ve kararları üzerindeki denetimi ve gözetimi de zorlaştırır³⁰⁴. Bu durumun, şirketlerin birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunmasının en önemli sakıncası olduğu söylenebilir.

Söz konusu bu ve benzeri sakıncaların gerçekleşmemesi için şirketlerin birbirleriyle olan karşılıklı iştirak ilişkilerinin mevzuat hükümleri ile düzenlenmesi zorunluluk halini almıştır. Nitekim TTK'nın 197. maddesinde karşılıklı iştirak ilişkisi şirketler topluluğuna ilişkin hükümler arasında düzenlenerek söz konusu bu sakıncaların, özellikle hâkimiyet ilişkisi bağlamında, denetim ve sorumluluk anlamında önlenmesinin amaçlanmış olduğu ifade edilebilir.

Nitekim, TTK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere; şirketlerin birbirlerinin sermayelerine karşılıklı iştirak etmesine ilişkin düzenlemeler ile, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerdeki sermayenin sulandırılması ve bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması da önlenmek istendiği ifade edilmiştir³⁰⁵.

Bu noktada, özellikle belirtmek gerekir ki; TTK'da karşılıklı iştirak durumu yasaklanmadığı gibi geçersiz de sayılmamış olup, karşılıklı iştirak ilişkilerinde bulunan şirketlerin de hakim ve bağlı şirket ilişkilerinin hüküm ve sonuçlarına tabi olacağı hükme bağlanarak, bu şirketlerin de hakim ve bağlı şirketlerin yükümlülüklerine ve sorumluluklarına tabi olması sağlanmıştır.

³⁰⁴ ARSLAN, Abdurrahman, Bankacılıkta İştirakler, Ülke Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, BDDK, Tez, Ankara 2004, s. 38.

³⁰⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekçe6102.htm>

II. KARŞILIKLI İŞTİRAK TÜRLERİ

1. Basit Karşılıklı İştirak

TTK. m. 197'ye göre “Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur.”

Söz konusu hüküm uyarınca birbirlerinin paylarının en az dörtte birine, yani yüzde yirmibeşine sahip olan sermaye şirketlerinin karşılıklı iştirak ilişkisi içinde buldukları kabul edilmektedir³⁰⁶. Şirketlerin birbirlerinin paylarının dörtte birinden yani yüzde yirmibeşinden azına sahip olması durumunda, TTK anlamında bir karşılıklı iştirak ilişkisinden söz edilemez ve bu duruma “basit karşılıklı iştirak” adı verilir³⁰⁷. Başka bir ifadeyle, basit karşılıklı iştirak; TTK anlamında karşılıklı iştirak durumunda bulunmayan şirketlerin birbirleriyle olan iştirak ilişkisi olup, birbirlerinin paylarının dörtte birinden azına sahip olan şirketler arasındaki iştirak durumudur.

Karşılıklı iştirak ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle, söz konusu şirketlerin paylarının hesaplanması gerekir ve pay hesaplamaları yapılırken de TTK. m. 196'da belirtilen esaslar uygulanır.

TTK. m. 201 hükmü uyarınca, TTK anlamında karşılıklı iştirak konumunda bulunan bir sermaye şirketi, iştirak konusu paylarından doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir ve bedelsiz payları edinme hakkı hariç olmak üzere diğer tüm pay sahipliği hakları donar³⁰⁸. Basit karşılıklı

³⁰⁶ KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 148.

³⁰⁷ PULAŞLI, s. 158.

³⁰⁸ TTK. m. 201: “(1) Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612 nci madde hükümleri saklıdır. (2) Birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hâkim olması hâlinde uygulanmaz.”

iştirak ilişkisi, TTK anlamında bir karşılıklı iştirak ilişkisi olmadığından basit karşılıklı iştirak ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, pay sahiplerinin oylarının kısıtlanması söz konusu değildir. Bu itibarla, basit karşılıklı iştirak durumunda TTK'da m. 201'de belirtilen ve ileride inceleme konusu yapılacak olan ve bir yaptırım olarak düzenlemiş olan hakların donması durumu söz konusu olmaz³⁰⁹.

2. Nitelikli Karşılıklı İştirak

TTK. m. 197 uyarınca “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır.*” Burada ifade edilen iştirak ilişkisine “nitelikli karşılıklı iştirak” ilişkisi adı verilir.

Bu durumda, karşılıklı iştirak ilişkisi şu şekilde tanımlanabilir: sermaye şirketlerinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine, yani yüzde yirmibeşine sahip olması suretiyle oluşan iştirak şeklidir.

Anılan hüküm nedeniyle TTK'da bazı karşılıklı iştirak hallerinin yasaklandığı veya geçersiz sayıldığı söylenemez. Kural olarak, şirketler birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkileri kurabilirler ve bu ilişkiler hukuken de geçerlidir³¹⁰. TTK m. 197'de yer alan karşılıklı iştirak ilişkilerine dair düzenleme ile amaçlanan, daha önce de ifade edildiği üzere, şirketlerin birbirleriyle olan karşılıklı iştirak ilişkilerine sınırlama getirilerek ve hâkimiyet ilişkisi kurarak karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin de hâkim ve bağlı şirketin yükümlülüklerine ve sorumluluklarına tabi olmasını sağlamaktır³¹¹.

Nitekim, TTK. m. 197/1'de “*Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hakim şirket kabul olunur.*” denilmektedir. Buna göre, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerden birinin diğeri üzerinde TTK. m. 195'de sayılan herhangi bir ölçüte göre hakimiyete sahip olması halinde diğeri şirket bağlı şirket sayılır³¹². Karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin

³⁰⁹ OKUTAN NİLSSON, s. 170-192 vd.

³¹⁰ PULAŞLI, s. 160.

³¹¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereke6102.htm>

³¹² OKUTAN NİLSSON, s. 171 vd.

aynı zamanda birbirleri üzerinde karşılıklı hakimiyete de sahip olması durumunda ise, bu şirketler aynı zamanda hem hâkim şirket hem de bağlı şirket olarak kabul edilir.

Şirketlerin birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde olmaları durumu, bu şirketler arasında doğrudan bir hâkimiyet ilişkisi olduğu anlamına gelmeyip, hâkimiyet durumunun TTK. m. 195’de açıklanan ölçütler çerçevesinde ayrıca araştırılması gerekir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, karşılıklı iştirak ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle, söz konusu şirketlerin paylarının hesaplanması gerekir ve pay hesaplamaları yapılırken de TTK. m. 196’da belirtilen esaslar uygulanır. TTK. m. 197 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, şirketler arasında karşılıklı iştirak ilişkisinin olup olmadığı, şirketlerin birbirlerinde sahip oldukları sermaye oranlarına göre tespit edilir. Karşılıklı iştirak ilişkisinin tespitinde, şirketlerin birbirlerinde oy haklarının çoğunluğuna sahip olmaları, yönetim organlarında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyelerin seçimini sağlayabilecek haklara sahip olmaları gibi TTK. m. 195’de sayılı olan fiili hakimiyet ilişkisi sağlayan hakimiyet ölçütleri önemli değildir³¹³.

Pay oranlarının hesaplanmasına ilişkin olarak TTK. m. 196’nın birinci fıkrasında “*Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibarî değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür.*” ; ikinci fıkrasında, “*Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinde sahip olduğu paylar hesaplanırken ona bağlı şirketlerin sahip oldukları veya onun hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylar da hesaba katılır.*” denilmektedir.

Anılan fıkra hükümleri uyarınca, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin birbirlerinde olan sermaye oranları hesaplanırken, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin birbirlerinde sahip oldukları hisselerin itibari değerlerinin³¹⁴ toplamalarının şirketlerin sermayelerine oranlanması gerekir. Buna

³¹³ OKUTAN NİLSSON, s. 187.

³¹⁴ İtibari değer kavramı TTK.’nin 476., 565. ve 583. maddelerine göre yorumlanır.

göre, karşılıklı iştirak ilişkisinin tespitinde; iştirak ilişkisi içinde yer alan bir şirketin doğrudan doğruya kendi malvarlığı içinde yer alan diğer şirket hisseleri ile o şirket hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elinde bulunan ve dolaylı olarak kontrol edilen diğer şirket hisseleri hesaplamaya dâhildir. Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de karşılıklı iştirak ilişkisinin tespiti için yapılan hesaplamada dolaylı iştiraklere ilişkindir. Dolaylı iştiraklerin karşılıklı iştirak ilişkilerinin tespiti için yapılan hesaplamaya dâhil edilebilmesi için şu şartlardan birinin bulunması gerekir: 1) Arada bulunan şirketlerin hakimiyet altında bulunması ya da 2) Arada bulunan şirketlerin hisseleri iştirak eden şirket hesabına tutuyor olması³¹⁵.

§ 9. BİLDİRİM TESCİL VE İLAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. GENEL OLARAK

TTK. m. 198'e göre; (1) *Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur. (2) Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil,*

³¹⁵ OKUTAN NİLSSON, s. 189.

diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır. (3) Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.”

Anılan madde hükmü ile edinilen veya elden çıkan paylar açısından bildirim, tescil ve ilan; hâkimiyet sözleşmesi açısından tescil ve ilan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yani; şirketler topluluğu ilişkisi içinde bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün bulunduğu halleri şöyle sıralayabiliriz:

- 1- Edinilmiş veya elden çıkarılmış olan paylardan dolayı bildirim yükümlülüğü;
 - a) Bir teşebbüs veya ticaret şirketinin bildirim yükümlülüğü
 - b) Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin bildirim yükümlülüğü
- 2- Hâkimiyet Sözleşmesi nedeniyle doğan bildirim yükümlülüğü.

II. EDİNİLEN VEYA ELDEN ÇIKAN PAYLARDAN DOLAYI BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK. m.198/I'de teşebbüs kavramı kullanılarak, edinilen ve elden çıkan paylar açısından bildirim yükümlülüğünde olanların kapsamı genişletilmek istenmiştir³¹⁶.

Bir teşebbüsün, doğrudan veya dolaylı olarak; bir sermaye şirketinin sermayesinin yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğunda bildirimde bulunmak yükümlülüğü olduğu gibi bir sermaye şirketinin sermayesinde sahip olduğu payların belirtilen bu yüzdelerin altına düştüğü durumlarda da bildirim yükümlülüğü vardır.

³¹⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerecce6102.htm>

Bu noktada, belirtilmelidir ki; Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 107/II hükmünde de belirtildiği üzere, edinilen veya elden çıkan paylardan dolayı bildirim yükümlülüğü, bir teşebbüsün ya da ticaret şirketinin şirketler topluluğuna dahil olması halinde doğar³¹⁷. Yani, TTK. m. 195 hükmü uyarınca bir hakimiyet ilişkisinin varlığı kabul edilmediğinde ortada bir şirketler topluluğunun varlığı da kabul edilemeyeceğinden, aralarında TTK. m. 195'de belirtilen ölçütlerde bir hakim şirket bağlı şirket ilişkisi olmayan şirketlerin veya teşebbüsün edinmiş olduğu ya da elden çıkarmış olduğu paylardan dolayı bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Yine, Ticaret Sicili Yönetmeliğinin 107/III maddesi ve fıkrası hükmünde de dolaylı iştiraklerin bildirim yükümlülüğüne değinilmiştir. Söz konusu hükme göre, *“Dolaylı iştiraklerin bildirimini söz konusu olması durumunda, dolaylı yoldan eşikleri aşan veya eşiklerin altına düşen tüm teşebbüs veya ticaret şirketleri için bildirim, bunlardan herhangi biri tarafından tümü için yapılabilir.”*

TTK. m. 198/I'de belirtilen yüzdeler oranların tespitinde, azınlık hakları, karşılıklı katılma sınırları, hakimiyet karinesi, önleyici azınlık ve TTK. m. 203'de belirtilen tam hakimiyet durumunun dikkate alındığı söylenebilir³¹⁸.

Edinilen veya elden çıkan paylardan dolayı bildirim yükümlülüğünün doğması için payına veya paylarına sahip olunun sermaye şirketinin sermayesi ile sahip olunan payların oranlaması yapılır. Söz konusu bu hesaplama yapılırken de TTK. m. 196'nın birinci ve üçüncü fıkrası hükümleri uygulanmalıdır.

TTK. m. 196/I hükmü uyarınca *“Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibari değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Sermaye şirketinin hem kendi hem de onun hesabına alınmış olup da üçüncü kişilerin elindeki kendi payları, hesaplamada o şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür.”* TTK. m. 196/III hükmü uyarınca *“Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinde sahip olduğu paylar hesaplanırken ona bağlı şirketlerin sahip oldukları veya onun hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elindeki paylar da hesaba katılır.”*

³¹⁷ Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 107/II: *“Birinci fıkra uyarınca bildirim yükümlülüğü, ancak payları iktisap eden veya elden çıkan teşebbüs ya da ticaret şirketinin bir şirketler topluluğuna dahil olması halinde doğar.”*

³¹⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerec6102.htm>

İşte, edinilen veya elden çıkan paylardan dolayı bildirim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı yönünde yapılması gereken hesaplamada, söz konusu hükümlerin dikkate alınması gerekir ve buna göre bir teşebbüsün TTK. m. 198/I'de belirtilen yüzdelerin üstünde veya bu yüzdelerin altında bir sermaye şirketinin payına veya paylarına sahip olması durumunda bildirim yükümlülüğü doğar.

Söz konusu hesaplamaların nasıl yapılacağına ilişkin olarak Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 107. maddesinde hükümler yer almaktadır. Anılan maddenin yedinci fıkrasında, *“Bir ticarete şirketinin sermaye şirketine katılma oranı, katıldığı şirketteki paylarının itibari değerinin toplamı, bu şirketin esas veya çıkarılmış sermayesine oranlanarak hesaplanır. Bu hesaplamada, iştirak edilen şirketin iktisap ettiği kendi payları, isterse bu paylar o şirket adına başkasında bulunsun, esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür. Şirketin paylarının, bir bağlı şirket tarafından alınmış olması durumunda da, bağlı şirketin elindeki paylar, şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinden düşülür. Payların sayısı ve bedellerinin tamamının ödenmiş olup olmaması hesaplamada dikkate alınmaz.”*; sekizinci fıkrasında, *“Bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki oy oranı, katıldığı şirketteki sahip bulunduğu paylardan doğan kullanılabilir oy haklarının toplamı, bu şirketteki kullanılabilir tüm oy haklarına oranlanarak hesaplanır. Bu hesaplamada, iştirak edilen şirketin iktisap ettiği kendi paylarından doğan oy hakları, isterse bu paylar o şirket hesabına başkasında bulunsun, şirketteki kullanılabilir oy haklarının toplamından düşülür. Şirketin paylarının, bir bağlı şirketi tarafından alınmış olması durumunda da, bağlı şirketin elindeki paylardan doğan oy hakları, şirketteki kullanılabilir oy haklarının toplamından düşülür. Kullanılması mahkemece verilen tedbir kararıyla engellenmiş bulunan veya Kanun uyarınca donan oylar ticaret şirketinin kullanılabilir oyları bakımından hesaba katılmaz.”*; dokuzuncu fıkrasında, yukarıda yer alan hükümlere göre yapılacak hesaplamalarda *“ticaret şirketine bağlı şirketlerin sahip oldukları veya onun hesabına alınmış olup üçüncü kişilerin elinde bulunan sermaye şirketindeki payları ve oy hakları da hesaplamaya dahil edilir.”* ve son olarak, onuncu fıkrasında, *“Şirketler topluluğuna dahil bulunan iki sermaye şirketi birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip olarak karşılıklı iştirak haline gelmeleri durumunda, payların yüzdeleri ile oy hakkı oranları yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkra hükümlerine göre hesaplanır. Bu sermaye şirketlerinin, karşılıklı iştirak konumuna bilerek girmeleri halinde; iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte biri kullanılabilir;*

bedelsiz paylan edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar, toplantı ve karar nisabı hesaplanmasında dikkate alınmaz. Kanununun 389 uncu ve 612 nci maddesi hükümleri saklıdır.” denilmektedir.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zaman da yine TTK. m. 198’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre, bildirim yükümlülüğü, işlemin tamamlanma gününden yani bir teşebbüsün TTK. m. 198/I de belirlenmiş olan yüzdelerin üstünde paylara sahip olduğu veya zaten bu yüzdelerin üstünde olan mevcut paylarının bu yüzdelerin altına düşecek şekilde elinden çıktığı günden itibaren on gün içinde yerine getirilmelidir. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zamana ilişkin olarak Ticaret Sicili Yönetmeliğinin 107. maddesinin beşinci fıkrasında da *“Bildirimler, bildirim konusu işlemin tamamlanmasını müteakip on gün içinde yazılı şekilde yapılır. Bildirimleri alan sermaye şirketleri, kayıtlı buldukları müdürlüğe bu bildirimleri, bildirim alındığı tarihten itibaren on gün içinde tescil ve ilan ettirir.”* denilmektedir. TTK’nın madde gerekçelerinden de madde metninde geçen *“tamamlama günü”* ifadesinden anlaşılması gerekenin, payların hukuken kazanıldığı gün olduğu sonucu çıkmaktadır. Buna göre, bildirim anının belirlenmesinde, payların hukuken kazanılması esas alınır.

Kendisine bildirimde bulunulacak yer ise; TTK. m. 198/I de belirlenmiş olan yüzdelerin üstünde paylarına sahip olunan veya zaten bu yüzdelerin üstünde sahip olunan payların elden çıkması ile bu yüzdelerin altında sermayesinin paylarına sahip olunan sermaye şirketi ve yetkili makamlardır. Yani, bildirim hem sermaye şirketine hem de yetkili makamlara birlikte yapılmalıdır. TTK. m. 198’in gerekçesinde, yetkili makamlar olarak, Sermaye Piyasası Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Rekabet Kurumu ve Hazine gibi kurumlar ve kuruluşlar gösterilmiştir. Kendisine bildirim yapılan kurum ve kuruluş, bildirim konusu işlem ile ilgili olarak kendi mevzuatı çerçevesinde inceleme ve işlem yapar³¹⁹.

Bu bildirim, on günlük bildirim süresi içinde bildirim yapılması gerekenlerin tamamına yapılması gerekir. Aksi halde, bildirim yükümlülüğü yerine getirilmiş olduğu söylenemez.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, pay sahipliği sıfatının kazanılmasına etkili değildir. Başka bir ifadeyle, TTK. m. 198/I ile pay sahipliği

³¹⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>

sıfatının kazanılması bildirim yükümlülüğüne bağlanmamıştır. Bildirim yükümünün yerine getirilmesi ile zaten sahip olunan paylardan dolayı sahip olunan hakların kullanılması sağlanmış olur. Yani, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, paylara bağlı hakların kullanılabilmesi için gerekli bir işlem olup bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sahip olunan paylardan doğan tüm haklar donar ve kullanılamaz.

Nitekim, bu husus TTK. m. 198/II'de “*Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Ticaret Sicili Yönetmeliğinin 107. maddesinin altıncı fıkrasında da “*Beşinci fıkrada öngörülen tescil ve ilan yükümlülüğü için öngörülen sürede ilgili müdürlüğe başvuru yapılmadığı takdirde, ilgili paylara ait oy hakkı dahil, diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır.*” denilmek suretiyle de bu durum vurgulanmıştır.

Bir sermaye şirketinin sermayesinde sahip olduğu paylardan dolayı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan bir teşebbüs, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasına rağmen sahip olduğu bu paylardan dolayı sahip olduğu hakları kullanmış ve bu anlamda ilgili sermaye şirketinin genel kuruluna katılıp oy kullanmış ise, kullandığı bu oylar geçersiz olur³²⁰. Zira, TTK. m. 201 hükmü uyarınca pay sahipliği haklarının donduğu paylar, toplantı ve karar yeter sayılarının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu durumda, söz konusu genel kurulda alınan kararların ise geçerli veya geçersiz oluşu kullanılan ve geçersiz sayılan bu oyların karar nisabını etkileyip etkilemediği araştırılmak suretiyle anlaşılacaktır. Eğer, kullanılan ve geçersiz sayılan bu oylar düşüldüğünde de söz konusu genel kurul kararı alınabilecek durumda bulunuyorsa, genel kurulda alınan bu kararın da geçerli olduğu; buna karşılık, kullanılan ve geçersiz sayılan bu oylar düşüldüğünde söz konusu genel kurul kararı alınamayacak durumda bulunuyorsa, genel kurulda alınan bu kararın da geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır.

Bir teşebbüsün, bir sermaye şirketinin paylarını TTK. m. 198/I'de belirtilen oranlarda kazanması veya elden çıkarması halinde, bu durumun ayrıca, şirketin yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanması ve sermaye şirketinin internet sitesinde de ilan edilmesi gerekir.

³²⁰ PULAŞLI, s. 168.

Bu noktada, sermaye şirketlerinin internet sitesi kurma mecburiyeti hakkında da bilgi vermekte yarar vardır. 6102 sayılı TTK'da yer alan düzenlemelerin temel amaçlarından birisi de şeffaflığın sağlanması olup, 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte ülkemizde her sermaye şirketinin bir internet sitesinin bulunması ve bu sitenin belirli bir bölümünün herhangi bir sebeple sınırlandırılmaksızın ve herhangi bir şarta bağlanmaksızın herkese açık bir şekilde özgülmesi zorunlu hale gelmiştir³²¹. TTK. m. 1524/I'de herkese açık bir şekilde özgülünen internet sitesinde yayımlanması zorunlu olan asgari hususlar gösterilmiş olup, kanunda sayılan bu hususlar tahdidi nitelikte değildir³²².

³²¹ Şahıs şirketlerinin ve adi ortaklıkların internet sitesine sahip olma zorunlulukları bulunmamaktadır.

³²² TTK. m. 1524: "(1) Her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa bu sitenin belli bir bölümünü aşağıdaki hususların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Yayımlanacak içeriklerin başlıcaları şunlardır: a) Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar. b) Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar. c) Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştime, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü. d) Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler. e) Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye arttırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar. f) Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları. g) Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler. h) Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar. ı) Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri. i) Yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler. j) Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları. k) Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler. (2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklere uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebinin oluşturur; Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Ceza hükümleri saklıdır. (3) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırlamayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilir. (4) İnternet sitesinin bu maddenin amaçlarına özgülünen kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulur. Bu ibareli mesaj ancak Kanuna ve ikinci fıkrada anılan yönetmeliğe uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Özgülünen kısımda yer alan bir mesajın yönlendirildiği karinedir. Sitenin, bir numara altında tescili ve ilgili diğer hususlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir. (5) Bu Kanun ve ilgili diğer kanunlarda veya idari düzenlemelerde daha uzun bir süre

Konumuza tekrar dönecek olursak; TTK. m. 198/I'de yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile ilgili de getirilen bildirim yükümlülüğüne değinebiliriz. TTK. m. 198/I'de yine pay edinimi ile ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne sebep veren bir başka duruma daha değinilmiştir. Bu durum; bir teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerinin, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip olması halinde söz konusu olmaktadır.

TTK. m. 198/I'de yer alan hüküm uyarınca “... *Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar...*” Aynı şekilde bu husus Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 107/IV maddesi ve fıkrasında da hükme bağlanmıştır³²³.

TTK. m. 198 uyarınca yapılan tüm bildirimlerin yazılı şekilde olması ve ticaret sicilinde tescil ve ilan olunması gerektiğinden, edinilmiş veya elden çıkarılmış olan paylardan dolayı yapılacak bildirimler de yazılı olmalıdır ve bu bildirimler ticaret sicilinde tescil ve ilan olunur.

III. HAKİMİYET SÖZLEŞMESİ NEDENİYLE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK'da “hâkimiyet sözleşmesi” kavramına yer verilmiş olmakla birlikte, hakimiyet sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, 27.0.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Ticaret Sicili Yönetmeliği”nin “Şirketler

öngörülmedikçe, şirketin internet sitesine konulan bir içerik, üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalır; aksi hâlde konulmamış sayılır. Finansal tablolar için bu süre beş yıldır. (6) Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri 82 nci madde uyarınca saklanır. İnternet sitesinde yer alacak bilgiler metin hâline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati gösterilerek noterlikçe onaylı bir deftere sıra numarası altında yazılır veya yapıştırılır. Daha sonra sitede yayımlanan bilgilerde bir değişiklik yapılırsa, değişikliğe ilişkin olarak yukarıdaki işlem tekrarlanır.”

³²³ Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 107/IV: “*Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunur.*”

topluluğu” üst başlığı altında “Hâkimiyet sözleşmesi ve tescil” alt başlığı ile düzenlenmiş olan 106. maddesinin birinci fıkrasında hâkimiyet sözleşmesi tanımlanmıştır.

Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 106. maddesi uyarınca, hâkimiyet sözleşmesi; aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir³²⁴. Yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, hâkimiyet sözleşmesinin tarafları, aralarında doğrudan veya dolaylı bir şekilde karşılıklı iştirak ilişkisi bulunmayan şirketlerdir. Bununla birlikte, birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi bulunan bu şirketler de bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde düzenlenmiş olmak kaydıyla hâkimiyet sözleşmesinin tarafı olabilirler.

Hakimiyet sözleşmesinin konusu ise; sözleşmenin tarafı olan şirketlerden birine bir diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmaksızın talimat verebilme yetkisidir. Bu anlamda, taraflarca imzalanan bir sözleşmede belli şartlar altında verilen bir talimat verme yetkisinin bulunması halinde, yapılan bu sözleşmenin bildirim yükümlülüğünü doğuran bir hâkimiyet sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu itibarla, sözleşmenin tarafı olan şirketlerden birine bir diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmaksızın talimat verebilme yetkisinin tanındığı sözleşmeler hâkimiyet sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir ve TTK. m. 195/I-b uyarınca bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince hakimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri ise bağlı şirket olarak kabul edildiğinden hakimiyet sözleşmesine dayanarak sözleşmenin diğer tarafı olan şirketin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmaksızın talimat verme yetkisine sahip olan şirketin hakim şirket olduğu, diğer şirketin ise bağlı şirket olduğu kabul edilecektir. Burada yer alan “yönetim organına” ifadesinden, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdürler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise yöneticiler anlaşılmalıdır. Nitekim, Ticaret Sicil Yönetmeliğinin m.

³²⁴ Ticaret Sicili Yönetmeliği, <http://www.resMIGAzete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130127-9-1.pdf>

106/VIII hükmünde de TTK. m. 195/VI'da yer alan hükme paralel olarak bu husus düzenlenmiştir³²⁵.

TTK. m. 198/III'de de hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi şart koşulmuştur. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 106. maddesinde de hâkimiyet sözleşmesinin geçerlilik şartları ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Burada da hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağlı şirketin genel kurulunca onaylanmasının ve ticaret siciline tescil ettirilmesinin şart olduğu belirtilmiştir.

Hâkimiyet sözleşmenin geçerliliğinin ticaret siciline tescil ve ilanına bağlı kılınması ile hâkimiyet sözleşmesinin kayıt altına alınması ve kamuya duyurulması amaçlanmıştır.

Hâkimiyet sözleşmelerinin tescil ve ilan edilmemesi bu sözleşmelerin geçersizliğini sonucunu doğurmakla birlikte bu geçersizlik yaptırımını hâkimiyet sözleşmesinin tarafları olan şirketlerin şirketler topluluğuna ilişkin yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının sona ermesine sebep olmaz. Yani, bu halde hâkimiyet sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen şirketler topluluğuna dair yükümlülükler ve sorumluluklar devam eder.

§ 10. BAĞLI VE HÂKİM ŞİRKETLERİN RAPORLARI

I. BAĞLI ŞİRKETİN RAPORLARI

TTK. m. 199/I'e göre; “ *Bağlı şirketin yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenler. Raporunda, şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir*

³²⁵ Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 105/VIII: “Birinci fıkrada yer alan “yönetim organına” ibaresi anonim şirketlerde “yönetim kuruluna”, limited şirketlerde “müdürlere” ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise “yöneticilere” ibaresini ifade eder.”

şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Hukuki işlemlerde edimler ve karşı edimler, önlemlerde, önlemin sebebi ve şirket yönünden yarar ve zararları belirtilir. Zarar denkleştirilmişse, bunun faaliyet yılı içinde fiilen nasıl gerçekleştiği veya şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı ayrıca bildirilir.”³²⁶

Anılan hüküm uyarınca, şirketler topluluğu ilişkilerinde bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurullarının, faaliyetlerinin ilk üç ayı içerisinde hakim şirket ve diğer bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında rapor düzenlemesi gerekir. Söz konusu raporun herhangi bir talebe veya isteğe bağlı olmaksızın her yıl düzenli olarak hazırlanması zorunlu³²⁷ olup hazırlanmaması halinde cezai yaptırımlar öngörülmüştür³²⁸.

Bağlı şirket veya şirketlerin yönetim kurulları tarafından her yıl hazırlanması zorunlu olan bu rapora, "bağlılık raporu" adı verilmektedir.

TTK. m. 199/I’de bağlı şirket veya şirketlerin yönetim kurulları tarafından söz konusu raporun hazırlanacağı ifade edilmiş ise de; TTK. m. 195’in şirketler topluluğu ilişkilerine dair genel bir hüküm niteliğinde olup şirketler topluluğuna dair hükümlerin giriş kapısı olduğu dikkate alındığında, buradaki “yönetim kurulları” ifadesinden limited şirketlerde “müdürler”, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde “yöneticiler”, diğer tüzel kişilerde “yönetim organı” ve gerçek kişilerde “gerçek kişinin kendisi” anlaşılmalıdır. Zira, TTK. m. 196/VI’da bu husus, “*Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.*” şeklinde açıkça belirtilmiştir.

³²⁶ TTK’nın 199. maddesinin birinci fıkrası, Alman Paylı Oraklıklar Kanunu’nun 332. paragrafından alınmıştır.

³²⁷ OKUTAN NİLSSON, s. 32.

³²⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerecke6102.htm>.

Şirketler topluluğu içinde bulunan bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanacak olan raporların konusunu, bağlı şirketin veya şirketlerin şirketler topluluğu ilişkisi içinde hâkim şirketle olan ilişkileri oluşturur.

Söz konusu raporun içeriğinde; bağlı şirketin veya şirketlerin geçmiş faaliyet yılında hakim şirketle, hakim şirkete bağlı şirketle veya şirketlerle ya da hakim şirketin yönlendirmesiyle hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı şirketin veya şirketlerin yararına yapılan hukuki işlemler ile yine geçmiş faaliyet yılında hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı şirketin ve şirketlerin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm önlemlerin açıklaması yapılmalıdır³²⁹.

Buna göre, bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanacak olan söz konusu raporun içeriğinde yer alacak hususların “hukuki işlemler” ve “önlemler” olarak iki başlık altında şu şekilde sıralanması mümkündür: Geçmiş faaliyet yılına ilişkin olarak;

- 1) Hukuk işlemler:
 - a- Hâkim şirketle yapılan hukuki işlemler,
 - b- Hâkim şirkete bağlı şirketle veya şirketlerle yapılan hukuki işlemler,
 - c- Hâkim şirketin yönlendirmesiyle hakim şirketin yararına yapılan hukuki işlemler,
 - d- Hâkim şirketin yönlendirmesiyle hakim şirkete bağlı şirketin veya şirketlerin yararına yapılan hukuki işlemler,
- 2) Önlemler:
 - a- Hâkim şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan önlemler,
 - b- Hâkim şirkete bağlı şirketin ve şirketlerin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan önlemler.

Hukuki işlemler konusunda yapılan açıklamalarda, bağlı şirket veya şirketlerin edimleri ile karşı edimler; önlemler konusunda yapılan açıklamalarda ise, bu önlemlerin alınmasının veya alınmasından kaçınılmasının sebepleri, yararları ve zararları belirtilmeli ve eğer bu nedenle doğan zararlar olup bu zararlar

³²⁹ ALTAŞ, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Şirket Denetimi Denetçi, İşlem Denetçisi ve Özel Denetçi, Ankara 2012, s. 97.

denkleştirilmiş ise bu denkleştirmenin fiilen ne şekilde gerçekleştiği veya ne gibi bir istem hakkı tanındığı ayrıca gösterilmelidir.

Yine, söz konusu raporların hazırlanmasına ilişkin olarak TTK. m. 199/III' şöyle denilmektedir: “*Yönetim kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirkete zarara uğratıp uğratmadığını açıklar. Şirket zarara uğramışsa, yönetim kurulu ayrıca zararın denkleştirilip denkleştirilmediğini de belirtir. Bu açıklama sadece yıllık faaliyet raporunda yer alır.*” Anılan fıkra hükmünde, bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanacak olan raporun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporunda yer alacağı belirtilerek pay sahiplerinin bilgi edinmesi amaçlanmıştır.³³⁰

Söz konusu fıkra hükmünde “bilinen hal ve şartlara göre” açıklama yapılacağı belirtilmiş olması karşısında, bilinmiyor olmakla birlikte “bilinmesi gereken” hal ve şartlara göre de açıklama yapılması gerektiği söylenebilir. Zira, TTK. m. 199/II'de söz konusu raporların doğru, dürüst ve hesap verme ilkelerine uygun olarak hazırlanacağı belirtildiği gibi gerek kurumsal yönetim anlayışı gerekse Türk Medeni Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer alan dürüstlük ve iyiniyet kuralları uyarınca sadece bilinen değil, “bilinmesi gereken” hal ve şartlara göre de gerekli açıklamanın yapılması gerekir. Bu hususta, TTK. m. 199'un gerekçesinde de “*Yönetim kurulunun sorumluluğu açısından kurulca 'bilinmesi gereken' bazı hal ve şartların da dikkate alınıp alınmayacağı, öğreti ve içtihat faaliyeti gerektirir.*³³¹” denilerek, somut olayın ve durumun özelliklerine göre bu durumun değerlendirilmesi gerektiğinin belirtilmek istendiği ifade edilebilir.

Her halükarda yönetim kurulu, ilgili her hukuki işlem için karşı edimin uygunluğunu değerlendirecek, uygun bir karşı edim alınmamışsa bundan doğan kaybın nasıl denkleştirildiğini açıklayacaktır. Alınan veya alınmasından kaçınılan tedbirler için de fayda/zarar analizi yapılır. O faaliyet yılında birinci fıkraya göre açıklanması gereken bir hukuki işlem veya tedbir bulunmuyorsa, bu da rapora yazılır.

³³⁰ PULAŞLI, s. 171.

³³¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

TTK. m. 199/II uyarınca söz konusu raporların doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun şekilde hazırlanması gerekir. Bağlı şirketin veya şirketlerin TTK. m. 199 hükmü uyarınca hazırlamak zorunda oldukları bu raporlar ile kurumsal yönetim anlayışı gereği şirketler topluluğu ilişkisinde şeffaflığın sağlanmak istendiği açıkça söylenebilir.

Öte yandan; bağlı şirketin veya bağlı şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanmak zorunda olan yıllık faaliyet raporlarının içeriğinde hakim şirketle, hakim şirkete bağlı şirketle veya şirketlerle yapılan hukuki işlemler ile hakim şirketin yönlendirmesiyle hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı şirketin veya şirketlerin yararına yapılan hukuki işlemlerin edim ve karşı edimleri içerecek şekilde; hakim şirketin, hakim şirkete bağlı şirketin ve şirketlerin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan önlemlerin ise sebepleri, yararları ve zararları ile bu nedenle doğan zararların bulunması halinde bu zararlar denkleştirilmiş ise bu denkleştirmenin fiilen ne şekilde gerçekleştiği veya ne gibi bir istem hakkı tanındığının gösterilmesi zorunlu kılınmak suretiyle, belirtilen hususlarda şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirketin veya şirketlerin genel kurullarında pay sahibi olanların bilgi sahibi olmaları sağlanmış olduğu gibi, TTK. m. 202 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle açılacak olan davalarda söz konusu yıllık faaliyet raporları büyük önem arz etmektedir³³². Nitekim TTK. m. 200'ün madde gerekçesinde de “*Rapor yarar/kayıp sonuçlarını açıkladığı için, 202 ve devamı hükümleri, özellikle kayıp ve denkleştirme davaları yönünden önem taşır. Hüküm, şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk hükümleri ve özellikle 438 ve devamı maddelerde düzenlenmiş bulunan özel denetim ve 437 nci maddede öngörülen inceleme hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde amacı daha iyi anlaşılır. Çünkü pay sahipleri bu rapora dayanarak sorumluluk davası açabilecekleri gibi bilgi alma haklarını daha bilinçli bir şekilde kullanabilirler.*” denilerek bu önem vurgulanmıştır³³³.

Bağlı şirketin veya bağlı şirketlerin yönetim kurullarının hâkim şirketle olan ilişkilerine ilişkin olarak hazırlamak zorunda oldukları söz konusu bu raporların, şirketler topluluğu ilişkisinde kurumsal yönetim anlayışı ilkeleri bağlamında ve

³³² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm> ; PULAŞLI, s. 170.

³³³ www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm.

özellikle şirketler topluluğuna dair sorumluluğa ilişkin TTK'nın ilgili hükümlerinin uygulanmasında son derece önemli olmasına rağmen TTK'da söz konusu bu raporların denetimine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönetim kurulunca hazırlanan raporda yer alan açıklamaya ilişkin olarak TTK. m. 193/III hükmünde yer alan “sadece yıllık faaliyet raporunda yer alır” şeklindeki ifadenin TTK'nın anonim şirketlerle ilgili olan 397. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile birlikte yorumlanmasından, söz konusu bu raporların bağımsız denetçi veya denetim kuruluşu tarafından denetleneceği, aksi takdirde denetlenmemiş hükmünde olacağı sonucuna varılmaktadır³³⁴. Nitekim, TTK. m. 397'nin birinci ve ikinci fıkralarında “Anonim şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir.(2) Denetçinin denetiminden geçmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu düzenlenmemiş hükmündedir.” denilmektedir³³⁵.

³³⁴ PULAŞLI, s. 172.

³³⁵ TTK. m. 401: “(1) Şirketin yönetim kurulu, finansal tabloları ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu düzenlettirip onaylayarak, gecikmeksizin, denetçiye verir. Yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmalarının, belgelerinin, varlıklarının, borçlarının, kasasının, kıymetli evrakının, envanterinin incelenerek denetlenebilmesi için denetçiye gerekli imkânları sağlar. (2) Denetçi ve denetleme konusu çerçevesinde işlem denetçisi, yönetim kurulundan, kanuna uygun ve özenli bir denetim için gerekli olan bütün bilgileri kendisine vermesini ve dayanak oluşturabilecek belgeleri sunmasını ister. Yılsonu denetiminin hazırlıkları için gerektiği takdirde, denetçi birinci fıkranın ikinci ve bu fıkranın birinci cümlesinde öngörülen yetkileri finansal tabloların çıkarılmasından önce de haizdir. Özenli bir denetim için gerekli olduğu takdirde denetçi bu fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde yer alan yetkileri yavru ve ana şirketler için de kullanabilir. (3) Konsolide finansal tabloları çıkarttırmakla yükümlü olan şirketin yönetim kurulu, konsolide finansal tabloları denetleyecek denetçiye; topluluğun finansal tablolarını, topluluk yıllık faaliyet raporunu, münferit şirketin finansal tablolarını, şirketlerin yönetim kurullarının yıllık faaliyet raporlarını, bir denetim yapılmış ise ana şirketin ve yavru şirketlerin denetim raporlarını vermek zorundadır. Denetçi, birinci fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde öngörülen yetkileri ana ve yavru şirketler yönünden de kullanabilir.”

II. HÂKİM ŞİRKETİN RAPORLARI

TTK. m. 199/IV uyarınca “*Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Bağlı şirketler, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri takdirde, bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur.”*

Buna göre, hâkim şirketin, bağlı şirket hakkında bazı ilişkileri sorgulama ve bilgi alma hakkı bulunmaktadır³³⁶. Anılan firka hükmü uyarınca, hâkim şirket yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu başkanından, bağlı şirket veya şirketlerin finansal ve malvarlıklarıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, bir rapor hazırlanmasını ve raporun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporuna ve denetleme raporuna eklenmesini isteyebilirler. Esasen, TTK. m. 199/IV’de hakim şirketin rapor verme yükümlülüğünün ve hakim şirketin yönetim kurulunun bağlı şirket veya şirketler hakkında bilgi edinme hakkının hükme bağlanmış olduğu söylenebilir.

Şirketler topluluğu ilişkisi çerçevesinde hâkim şirketin, bağlı şirket veya şirketlerle olan ilişkilerini içerir bir raporu pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerine verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Burada, hâkim şirketin rapor verme yükümlülüğü bağlı şirket veya şirketlerden söz konusu hususlara ilişkin olarak rapor düzenlenmesini isteme yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

³³⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereke6102.htm>

Şirketler topluluğu içinde bulunan bağlı şirketin veya şirketlerin finansal ve malvarlıklarıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunulmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini hâkim şirketin yönetim kurulu başkanından isteme yetkisine, hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinin hepsi sahiptir.

Söz konusu istem üzerine bağlı şirketlerden alınacak raporların hâkim şirketin yönetim kuruluna sunulması ve bu raporların sonuç kısmının hakim şirketin yıllık raporları ile denetleme raporlarına eklenmesi ile şirketler topluluğu ilişkilerinde kurumsal yönetim anlayışı gereğince şeffaflık sağlanmış olacağı gibi pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından kanunda getirilen yasakların ihlal edilip edilmediği tespit edilmiş olacaktır³³⁷.

TTK. m. 199/IV hükmünde yer alan “hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor” ifadesinden anlaşılması gereken, bir takım tespitlerde bulunmaya ve denetime elverişli bir rapor hazırlanmasının gerekmesidir³³⁸. Bu noktada, TTK’nın 515. maddesine değinilmesinde yarar vardır. Şöyle ki; “dürüst resim ilkesi” başlığı altında düzenlenen TTK. m. 515. uyarınca, anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır. Buna göre, söz konusu raporların hazırlanmasında, anonim şirketlere ilişkin bu hükmün şirket türü önemli olmaksızın tüm hâkim şirket ve bağlı şirket veya şirketler için yol gösterici olduğu söylenebilir.

³³⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereçekleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereke6102.htm>

³³⁸ KARAHAN, s. 136.

Bağlı şirket veya şirketler, söz konusu raporun hazırlanması için gerekli bilgi ve belgeyi, hakim şirketin bu işle görevlendirmiş olduğu uzmanlarına vermekle yükümlüdür. Yani, bu hususta istenen bilgi ve belgelerin verilmesi bağlı şirket veya şirketler açısından bir yükümlülüktür. Bununla birlikte, bağlı şirket veya şirketler “yorumu yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edebildikleri takdirde” söz konusu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeyi vermeyi reddedebilir. Bağlı şirket veya şirketlerin istenen bilgi ve belgeyi vermeyi reddedebilmesi için ispatlaması gereken haklı sebeplere örnek olarak; istenen bilgi ve belgenin kanunda öngörülmuş olan raporda değil de başka bir raporda veya kitapta ya da bir davada kullanılacak olması, rakip firmalara veya potansiyel rakiplere ya da yabancılara verilme tehlikesinin bulunması gösterilebilir³³⁹.

Son olarak, TTK. m. 199/IV’ün son cümlesinde yer alan “*İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur.*” ifadesine değinilecek olursa; bağlı şirketten alınan bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin yararına sunulması şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakim şirketin ve bağlı şirketlerin dolayısıyla da şirketler topluluğunun zarara uğraması veya zarar tehlikesiyle karşılaşması engellenmek istenmiştir. Zira, bağlı şirket veya şirketlerden TTK. m. 199/IV uyarınca alınan bilgi ve belgelerin sadece hakim şirketin raporlarında kullanılması gerekir. Buna karşılık, aynı bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin yararına sunulabilmesi için istenmiş olması ve bu bilgi ve belgelerin üçüncü kişilerin yararına sunulması halinde, bu nedenle doğan zarar ve zarar tehlikesi nedeniyle istemde bulunan yönetim kurulu üyesi şahsen sorumlu olacaktır.

³³⁹ PULAŞLI, s. 170; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekçe6102.htm>.

§ 11. BAĞLI ŞİRKETLER HAKKINDA BİLGİ ALMA

I. HÂKİM ŞİRKETİN PAY SAHİPLERİNİN BİLGİ ALMA HAKKI

TTK'nın 200. maddesinde hâkim şirketin pay sahiplerinin, şirketler topluluğu ilişkisi çerçevesinde, bağlı şirketle veya şirketlerle ilgili olarak bilgi alma hakkına sahip oldukları açıkça belirtilmiştir.

TTK. m. 200'e göre; *“Hâkim şirketin her pay sahibi genel kurulda, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun, doyurucu bilgi verilmesini isteyebilir.”*

Anılan hüküm uyarınca hâkim şirketin pay sahiplerinin bilgi isteyebileceği konular şunlardır:

- Bağlı şirket veya şirketlerin finansal malvarlıklarıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları,
- Hâkim şirketin bağlı şirket veya şirketlerle ilişkileri ve yaptıkları işlemler ile bunların sonuçları,
- Bağlı şirketlerin birbirleriyle olan ilişkileri ve yaptıkları işlemler ile bunların sonuçları,
- Hâkim şirketin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla olan ilişkileri ve yaptıkları işlemler ile bunların sonuçları,
- Bağlı şirketin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla olan ilişkileri ve yaptıkları işlemler ile bunların sonuçları.

Hâkim şirketin pay sahipleri, söz konusu bu bilgilerin verilmesini hakim şirketin genel kurulunda isteyebilirler. Hâkim şirketin genel kurulunda söz konusu

bilgilerin verilmesini isteme, hâkim şirketin her pay sahibine tanınan bir hak olup, hâkim şirketin pay sahipleri tarafından bu hakkın kullanılması halinde, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan, hesap verme ilkelerine uygun doyurucu nitelikte bilgi verilmesi gerekir.

Dikkat edilecek olursa, hâkim şirketin pay sahiplerin bağlı şirket veya şirketler hakkında bilgi alma hakları konusunda da TTK. m. 199’da yer alan ölçütler geçerlidir. Bu itibarla; söz konusu bilgi alma hakkının kullanılması sonucu edinilen bilgiler TTK. m. 202 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle bu bağlamda açılacak olan kayıp ve denkleştirme davalarında önem arz edecektir. Zira, hâkim şirketin pay sahipleri de edinmiş oldukları bu bilgilere dayanarak sorumluluk davası açabileceklerdir.

TTK. m. 199’da yer alan ölçütler dikkate alındığında; verilecek olan bilginin de tıpkı düzenlenecek olan raporlarda olduğu gibi özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun olması gerektiği rahatlıkla söylenebilecektir. Bu itibarla ve kurumsal yönetim anlayışındaki şeffaflık ilkesi gereğince pay sahiplerine verilecek olan bilginin içeriğinin de onların sadece aydınlanmalarını ve fikir sahibi olmalarını sağlayacak nitelikte değil; denetlemeye olanak sağlayacak rakamları, olguları ve sonuçları açıklayıcı nitelikte olması gerekir.

II. HÂKİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNUN BİLGİ ALMA HAKKI

Şirketler topluluğu ilişkilerinde hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin bağlı şirket veya şirketlerle ilgili olarak bilgi alma hakları TTK. m. 199/IV’de düzenlenmiş olup, bu konu daha önce “Bağlı şirket ve hakim şirketlerin raporları” başlığı altında incelenmiş olduğundan, tekrardan kaçınmaya özen gösterilerek bu hususa yeniden değinilecek olursa; hakim şirket yönetim kurulunun da, bağlı şirket ve şirketler hakkında bilgi alma hakları bulunmaktadır.

TTK. m. 199/IV’de yer alan “*Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Bağlı şirketler, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri takdirde, bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur.*” şeklindeki hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, söz konusu fıkra hükmünde, hâkim şirketin yönetim kurulunun bağlı şirketle veya şirketlerle ilgili olarak bilgi alma hakkının da düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle, söz konusu hüküm sadece hâkim şirket ve bağlı şirket raporları ile ilgili olmayıp, hâkim şirketin yönetim kurulunun bağlı şirketle veya şirketlerle ilgili olarak bilgi alma haklarının nasıl kullanılacağını da içermektedir.

Buna göre, şirketler topluluğu ilişkisi içinde bir hakim şirketin yönetim kurulunun bağlı şirket veya şirketler hakkında bilgi alma haklarının kullanılması, TTK. m. 199/IV hükmünün uygulanması suretiyle gerçekleşmektedir.

§ 12. HAKLARIN DONMASI

I. İŞTİRAK İLİŞKİSİ NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI

TTK. m. 197 uyarınca, birden fazla sermaye şirketinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip olmaları durumunda, bu şirketler arasında bir karşılıklı iştirak ilişkisi olduğu kabul edilir.

Karşılıklı iştirak ilişkilerine bağlanan bir hukuki sonuç veya yaptırım olarak düzenlenmiş olan TTK. m. 201'e göre; *“(1) Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612 nci madde hükümleri saklıdır.(2) Birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hâkim olması hâlinde uygulanmaz.”*³⁴⁰

TTK. m. 197'de ifade edilen iştirak ilişkisinin türü, nitelikli iştirak ilişkisi olup, TTK. m. 201'de düzenlenen “hakların donması” yaptırımına ilişkin hükmün uygulama alanına da nitelikli iştirak halleri girmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; karşılıklı iştirak ilişkisi, yalnızca sermaye şirketleri açısından söz konusu olabilecek bir durum olduğundan “hakların donması” hali şahıs şirketleri açısından söz konusu olamaz. Başka bir ifadeyle, TTK. m. 201'in uygulama alanına sadece sermaye şirketleri girer.

³⁴⁰ TTK. m. 389: *“Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar.”* ; TTK. m. 612: *“(1) Şirket kendi esas sermaye paylarını, sadece, bunları alabilmek için gerekli tutarda serbestçe kullanabileceği özkaynaklara sahipse ve alacağı payların itibarı değerlerinin toplamı esas sermayenin yüzde onunu aşmıyorsa iktisap edebilir. (2) Şirket Sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan bir şirketten çıkma ya da çıkarma dolayısıyla, esas sermaye paylarının iktisabı hâlinde, birinci fıkradaki üst sınır yüzde yirmi olarak uygulanır. Şirket esas sermayesinin yüzde onunu aşan bir tutarda iktisap edilen esas sermaye payları iki yıl içinde elden çıkarılır veya sermaye azaltılması yoluyla itfa edilir. (3) Şirket kendi esas sermaye payları için ödediği tutar kadar yedek akçe ayırır. (4) Şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarından kaynaklanan oy hakları ile buna bağlı diğer haklar, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donar. (5) Şirketin, iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarına ait ek ve yan ödeme yükümlülükleri, söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece istenemez. (6) Şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin sınırlama ile ilgili hükümler, şirket esas sermaye paylarının, şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce iktisabı hâlinde de uygulanır.”*

TTK. m. 201'den açıkça anlaşılacağı üzere, karşılıklı iştirak ilişkisine bilerek giren bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir.

İşte, karşılıklı iştirak ilişkisine bilerek giren bir sermaye şirketinin iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilmesi durumuna “hakların donması” denir. Yani, hakların donması, karşılıklı iştirak ilişkisine bilerek giren bir sermaye şirketinin sahip olduğu paylardan kaynaklanan bazı haklarının tamamını kullanamaması olarak ifade edilebilir. Hakların donması durumunda, adından da anlaşılacağı üzere, söz konusu bu hakları kaybolmayıp, donmaktadır. Yani, bu payların devredilmesi mümkün olup, donmuş olan bu payları ve dolayısıyla da bu paylardan kaynaklanan hakları devralanların söz konusu hakları kullanmaları mümkündür.

Bilindiği üzere; karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler, hakim şirket ve bağlı şirket bağlamında hakim ve bağlı şirketin yükümlülüklerine ve sorumluluklarına tabidirler. Bu yükümlülüklerin ve sorumlulukların da beraberinde bazı sınırlamaları getireceği açıktır. TTK. m. 201'de söz konusu olan durum da bu sınırlamalardan biridir.

TTK. m. 201'de “hakların donması” adı ile tanımlanan, pay sahipliğinden kaynaklanan hakların sınırlandırılması şeklindeki bir yaptırımın amacının, temelde kökenleri aynı olan payların yönetime etkilerini sınırlamak, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin pay sahipleri ile yönetimleri arasındaki dengenin ihlal edilmesini önlemek olduğu söylenebilir. Zira; şirketlerin birbirlerinin paylarının çok büyük bir kısmına, yüzde sekseni veya doksanı gibi bir payına sahip olmak suretiyle birbirleri üzerine hakimiyet sağlamaları mümkün olup, bu durumda karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin yönetimleri sahip olunan bu paylardan kaynaklanan oy haklarını iştirak edilen şirketin genel kurulunda kullanarak birbirleri üzerinde hakimiyet uygulayabileceklerdir. Başka bir ifadeyle; böyle bir durumda, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin yönetiminde karar alabilecek organlar birbirine bağımlı hale gelmiş olacak ve bu durumda da şirketlerin pay sahipleri ile yönetimleri arasındaki denge ihlal edilmiş olacaktır³⁴¹. Öyle ki; TTK. m. 201'e göre bağlı şirket, hakim şirketin paylarını iktisap etmişse, toplam oyların bu payların en

³⁴¹ PULAŞLI, s. 161.

çok dörtte birine ait haklarını kullanılabilir, geri kalan oylara ve paylara ilişkin bütün haklarının donacak ve söz konusu bu payların toplantı ve karar nisaplarında hesaba katılmayacak oluşu nedeniyle hakim şirket, bağlı şirketin ne kadar payına sahip olursa olsun, en çok yüzde yirmibeşinin verdiği oy hakkını kullanabilecektir. Bu kural, bağlı şirketin elinde oyda imtiyazlı payların bulunması halinde de geçerlidir. Çünkü, bu halde şirketlerden birinin bağlı şirketin elindeki payları kendi lehine kullanma olanağı yoktur³⁴².

Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; bağlı şirket hâkim şirketin sermayesinin yüzde kırkına sahipse, yüzde kırkın yüzde yirmibeşi olan yüzde on hâkim şirketin kullanabileceği oyların sınırı olup, geri kalan yüzde otuz oy hakkı ise donar. Yani, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarına sahip olması halinde, bağlı şirket sahip olduğu bu payların en çok yüzde yirmibeşini kullanabilecektir. Böylece, hâkim şirketin paylarının veya oylarının çoğunluğuna sahip olmadığı halde topluluğu yöneten azınlıktaki pay sahiplerinin haksız bir olanaktan yararlanmasına engel olunmaktadır.

Burada, tekrar özellikle vurgulanmalıdır ki; hakların donması durum, sadece sahip olunan paylardan kaynaklanan oy hakları içinde değil, diğer hakları için de aynen geçerlidir.

TTK. m. 201'deki yaptırım, bir sınırlama şeklindedir. Birbiriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerden sadece biri sınırlamaya tabi tutulmuş olup, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan her iki şirkette aynı anda sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Birbirleriyle karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerden sınırlamaya tabi tutulan şirket, karşılıklı iştirak ilişkisinin oluşacağını bilmesine rağmen kendisine iştirak etmiş olan şirketin paylarını iktisap etmiş olan şirkettir³⁴³. Bununla birlikte, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin her ikisi de karşılıklı anlaşarak, yani bilerek karşılıklı iştirak ilişkisinin oluşmasını sağlamışlarsa, bu durumda her iki şirket için de TTK. m. 201'de hükme bağlanan yaptırım uygulanabilir³⁴⁴. Ancak, belirtilmelidir ki; bu durumda, bu şirketlerden her ikisi de

³⁴² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereklere, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereke6102.htm>; PULAŞLI, s.160.

³⁴³ PULAŞLI, s. 162.

³⁴⁴ KARAHAN, s. 152.

hâkim şirket konumunda ise söz konusu sınırlama her iki şirket açısından da uygulanamaz.

Nitekim, TTK. m. 201'in ikinci fıkrasına göre bu sınırlamanın sadece kendisine iştirak edilen şirketin hakim şirket olması halinde söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır. Yani, iştirak ilişkisi içinde bulunan her iki şirketin de birbirine karşı hâkim konumda bulunması halinde bu sınırlama uygulanmaz. Bu durumda, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarına sahip olması suretiyle meydana gelen iştirak ilişkilerinde, bağlı şirketin sahip olduğu bu paylardan kaynaklanan haklarının tamamını herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanabileceği anlaşılmakta ise de TTK. m. 389'ün dikkate alınması gerekir. Zira, TTK. m. 389 hükmünde “*Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar.*” denilmek suretiyle, bir hâkim şirketin bağlı şirket aracılığıyla kendi paylarına sahip olması sonucu meydana gelen karşılıklı hâkimiyet ilişkilerinde, bedelsiz edinilen paylar³⁴⁵ hariç olmak üzere bağlı şirket aracılığıyla edinilen paylara ilişkin tüm haklar donacağı belirtilmiştir. Bu itibarla doktrinde, TTK. m. 201/II hükmü ile TTK. m. 389 hükmünün birbiriyle uyumlu olmadığı ve çeliştiği ileri sürülmektedir³⁴⁶. Ancak, TTK'nın 389. maddesinden, kullanılacak oyların tespitine ilişkin olarak hâkim şirketin toplam oylarına göre oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmemiş olduğu ve bağlı şirketin oylarının esas alındığı³⁴⁷ anlaşılmaktadır.

Son olarak; bir hâkim şirketin birden çok bağlı şirketi ile karşılıklı iştirakleri varsa her şirket açısından sınırlamaların, yani TTK. m. 201'de öngörülen hakların donması yaptırımının her bir bağlı şirket açısından ayrı ayrı uygulanması gerektiği belirtilmelidir.

³⁴⁵ Bu durum, şirketin yedek akçelerinden, yeniden değerlendirme fonundan, gayrimenkullerin veya iştiraklerin satışından elde edilen hasılatlardan yapılan sermaye artırımları dolayısıyla iktisap edilen bedelsiz paylardan doğan haklar için de geçerlidir.

³⁴⁶ KENDİGELEN, Tespitler, s. 183; PULAŞLI, s. 162.

³⁴⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerec6102.htm>

II. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI

TTK. m. 201'in uygulanmasına ilişkin olarak, TTK. m. 198'de yer alan "bildirim yükümlülüğü" konusuna kısaca değinilmesinde yarar vardır.

TTK. m. 198 hükmü aynen şöyledir: "*(1) Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur. (2) Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır. (3) Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz."*

Buna göre, TTK. m. 198 uyarınca bir teşebbüsün, bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak maddede öngörülen yüzdelerdeki paylarına sahip olduğunda veya payları bu yüzdelerin altına düştüğünde, bu durumu ilgili şirkete bildirmek ve ticaret siciline tescil ve ilan ettirmesi zorunlu olup, söz konusu bildirim yükümlülüğünü yerine getiren şirketin ilgili paylara ait oy hakkı dahil diğer hakları donmaz. Yani, burada da bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde,

TTK. m. 201’de belirtilen oy haklarının donması bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır.

§ 13. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI NEDENİYLE SORUMLULUK

I. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması, esasen hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, her hak gibi hâkimiyetin de dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. Bu itibarla; hâkim şirketin, şirketler topluluğu içinde sahip olduğu hâkimiyeti hukuka aykırı olarak kullanmak suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarar görmesine sebep olması halinde, söz konusu bu zararlardan dolayı sorumluluğunun bulunması dürüstlük ilkesinin ve hukuka bağlılığın bir gereğidir.

Esasen, hâkim şirketin sahip olduğu hâkimiyet haklarını kullanması hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olan; hâkimiyet haklarının haklı bir sebep olmaksızın kullanılmak suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarar görmesine neden olmaktır. Yani, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının temelinde “haklı sebep olmaksızın” kullanım vardır.

Nitekim, bu husus TTK. m. 202’nin gerekçesinde aynen şöyle dile getirilmiştir: “...öngörülen herhangi bir işlem, meselâ kefalet veya garanti verme, alacak ya da borç devretme, birleşme, bölünme, kanunen hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırılık, hakimiyetin kullanılması ve uygulanması bağlamından doğmaktadır. Hukuka aykırılık, işlemin, alınan kararın veya uygulanan ya da uygulanmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketin kaybına sebep olmasından ve

şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermesinden ve şirket yönünden haklı bir sebebi bulunmamasından kaynaklanmaktadır.”³⁴⁸

Şirketler topluluğu ilişkileri içinde de hukuka bağlılığı sağlamak ve bu anlamda hâkimiyet hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılmasını etkin kılmak amacıyla şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, hâkim şirketin hangi hallerde hâkimiyetini hukuka aykırı olarak kullanmış sayılacağı belirlenmesi ve bu hukuka aykırı kullanım nedeniyle doğan söz konusu zararlardan dolayı hâkim şirketin sorumluluğunun ayrıca belirtilmesi gerekir. Bu nedenle, TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri arasında yer alan 202 ila 206. maddeleri arasında “Sorumluluk” üst başlığı ile hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle doğan zararlardan sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir

Şirketler topluluğu ilişkisi içinde, bağlı şirketin veya şirketlerin kendi menfaatleri söz konusu olduğu gibi, hâkim şirketin menfaati de söz konusudur. Hâkim şirket ile bağlı şirketin veya şirketlerin menfaatlerinin birbirleriyle çakışması halinde, hakim şirketin sahip olduğu hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanarak kendi yararına ancak bağlı şirketin zararına iş ve işlemler yapması veya yaptırması mümkündür.

TTK. m. 202’de, hakim şirketin hakimiyetini kötüye kullanmasına ilişkin haller örnek kabilinden gösterilmiş ve bu hukuka aykırı kullanım nedeniyle doğan sonuçlardan hakim şirketin sorumluluğu hükme bağlanmıştır.

Şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakim şirketin hakimiyet haklarını genellikle hukuki işlemler, maddi fiiller ve alınan kararlar ile uyguladığı dikkate alındığında; hakimiyetin hukuka aykırı kullanılıp kullanılmadığının da söz konusu bu hukuki işlemler, maddi fiiller ve alınan kararlar doğrultusunda tespit edilmesi gerekir. TTK. m. 202’de yer alan düzenleme incelendiğinde; sınırlı sayıda olmaksızın iki kategoride hakimiyet uygulamasının öngörüldüğü, birinci kategoride hakim şirket tarafından bağlı şirkete yaptırılan bazı hukuki işlemlerin ve maddi fiillerin; ikinci kategoride ise, yine hakim şirket tarafından bağlı şirkete aldırılan birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul değer ihracı gibi önemli kararların yer aldığı görülmektedir.

³⁴⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

Ayrıca; hakimiyetin hukuka aykırı şekilde kullanılmasından doğan sorumluluğu düzenleyen TTK'nın 202. maddesinde, bir teşebbüsün de hakim konumda bulunabileceği dikkate alınarak, ticari şirket kavramından daha geniş bir anlam ifade eden teşebbüs kavramının esas alınmış olduğu belirtilmelidir.

II. HÂKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Şirketler topluluğu ilişkisi içinde hâkim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle bağlı şirketin veya şirketlerin, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarar görmesi durumunda, hâkimi şirketin sorumluluğunun kabul edilmesinin nedeni, hakkın kötüye kullanılması yasağı³⁴⁹, yani dürüstlük kuralıdır. Bu anlamda, hâkim şirketin söz konusu sorumluluğunun doğabilmesi için hâkimiyetin ne şekilde kurulduğunun önemli olmadığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle; hâkim şirketin söz konusu sorumluluğunun kabul edilmesi açısından, hâkimiyetin fiili veya sözleşmesel hâkimiyet ilişkisi niteliğinde olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle hâkim şirketin sorumluluğunun niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar, hakimiyetini hukuka aykırı kullanarak bağlı şirkete zarar veren hâkim şirketin, şirket sözleşmesinden kaynaklanan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğunu ileri sürerek, hâkim şirketin sorumluluğunun niteliğini sözleşmeye aykırılığa dayandırmıştır³⁵⁰. Bununla birlikte, diğer bir kısım yazarlar ise; söz konusu sorumluluğun hukuki niteliğini haksız fiil hükümlerine dayandırmıştır³⁵¹.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kast edilenin, hâkimiyet haklarının dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılması olduğu kabul

³⁴⁹ Türk Medeni Kanunu m. 2: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

³⁵⁰ AKER, s. 184.

³⁵¹ OKUTAN NİLSSON, s. 322 - 326; TEKİNALP, Temsil, s. 112.

edildiği için hâkim şirketin söz konusu sorumluluğunun hukuki niteliğini de haksız fiil hükümlerine dayandıran görüşlerin daha isabetli olduğu söylenebilecektir. Öte yandan; TTK. m. 202’de yer alan, söz konusu sorumluluğa ilişkin düzenlemenin kapsamına hem fiili hakimiyet ilişkileri hem de sözleşmeden kaynaklı hakimiyet ilişkileri girmektedir. Yani, TTK. m. 203’de yer alan ve ileride incelenecek olan tam hakimiyete ilişkin ayırım hariç olmak üzere, TTK. m. 202, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasından kaynaklı sorumluluğuna dair hükümlerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm hakimiyet ilişkileri açısından uygulanmasını kabul etmiştir.

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle doğan sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu mu, yoksa bir kusursuz sorumluluk halimi olduğuna değinilecek olursa; buradaki sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira, söz konusu sorumluluk nedeniyle zarar gören pay sahiplerinin veya alacaklıların açacağı davalarda TTK.’nın 553, 555 ila 557 ve 561. maddelerinin kıyas yoluyla uygulanacağını öngören TTK. m. 202/I-e hükmünden bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim, TTK. m. 553/I’e göre, “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.*” Yine, yönetim kurulunun sorumluluğunu düzenleyen TTK. m. 557/I’e göre de “*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*” Dikkat edilecek olursa; hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle doğan zararlardan sorumluluğuna ilişkin olarak kıyasen uygulanması öngörülen söz konusu hükümlerde “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça”, “kusuruna ve durumun gereklerine göre”, “zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde” şeklinde ifadeler kullanılarak, sorumluluk kusura dayandırılmıştır.

III. HÂKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Gerekir

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu durumlara ilişkin olarak uygulamada en çok karşılaşılan bazı durumlar TTK. m. 202’de gösterilmiştir. Yani, TTK. m. 202/I-a hükmünde sınırlı bir şekilde gösterilmeksizin, hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığına dair durumlar örnek kabilden sayılmıştır.

Anılan hüküm uyarınca, “*Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...*”

Esasen; söz konusu ve benzeri işlemler ile maddi fiillerin yapılması veya yaptırılması, söz konusu ve benzeri önlemlerin alınması veya aldırılması başlı başına hukuka aykırılık durumunu yaratmaz³⁵². Bunları hukuka aykırı kılan durum, bağlı şirketin kayıp veya kayıp tehlikesi ile karşılaşacağıının bilinmesine rağmen haklı bir sebep olmaksızın söz konusu ve benzeri işlemler ile maddi fiillerin yapılmasında veya yaptırılmasında, önlemlerin alınmasında veya aldırılmasındadır.

Hâkim şirketin, bağlı şirketin kayıp veya kayıp tehlikesi ile karşılaşacağını bilinmesine rağmen yönetim kurulu kararlarının alınmasında sahip olduğu oy gücü ile veya hâkimiyetinin sağladığı baskı gücü ile haklı bir sebep olmaksızın bazı hukuki işlemlerin ve maddi fiillerin yapılmasını veya yaptırılmasını, bazı önlemlerin alınmasını veya aldırılmasını sağlaması mümkündür. İşte, bu hallerde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı söylenebilecektir.

Bununla birlikte; hâkim şirketin, hâkimiyetinin sağladığı hakları kullanarak bağlı şirket veya şirketlerin kaybına sebep olacak iş ve işlemlerde bulunmuş

³⁵² PULAŞLI, s. 173.

olmasına rağmen bu iş ve işlemlerin yapıldığı faaliyet yılı içinde söz konusu kayıpları denkleştirmiş olması halinde veya bu kayıpların nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirterek en geç bu iş ve işlemlerin yapıldığı faaliyet yılı sona kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması halinde, hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanıldığı söylenemeyecektir. Yani, bu hallerin hakimiyetin kullanılmasına ilişkin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler olduğu söylenebilir. Nitekim, TTK. m. 202/I-a'nın son cümlesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bu husus, "... meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın." şeklinde ifade edilmiştir.

2. Bağlı Şirketin Kayba Uğramış Olması veya Kayba Uğrama Tehlikesinin Bulunması Gerekir

TTK. m. 202/I-a hükmü uyarınca, "*Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz.*" TTK'da zarar kavramı yerine "kayıp" kavramının kullanılmasının sebebi, kayıp kavramının zarar kavramından daha geniş bir anlam ifade etmesidir. Nitekim, TTK. m. 202'nin madde gerekçesinde de bu husus, "... 'kayıp' kelimesi borçlar hukuku anlamında "zarar"dan farklı ve onu da kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir." denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu itibarla; TTK. m. 202/I-a hükmü anlamında kayıp kavramı, yoksun kalınan kazançları veya kazanç ihtimallerini de kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanması gereken bir kavramdır³⁵³.

Bu nedenle, "hâkim şirketin sorumluluğunun şartları" başlığı altında konunun incelenmesinde, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi için "bağlı şirketin kayba uğramış olması gerekir" şeklindeki bir ifade ile "bağlı şirketin kayba uğrama ihtimalini" de içeren kayıp kavramı vurgulanmak istenmiştir.

³⁵³ OKUTAN NİLSSON, s. 228 - 233.

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi için bağlı şirketin uğradığı veya uğrama ihtimali olduğu kaybın niceliğinin hiçbir önemi yoktur. Kaldı ki; hâkim şirketin hakimiyetin hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle bağlı şirketin uğradığı kaybın niceliğini tespit etmek de kolay değildir³⁵⁴.

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi için bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kaybın niceliği önemli olmadığı için söz konusu kaybın yedek akçelerle kapatılabilecek nitelikte olup olmadığı, zarar bilançosuna veya sermaye kaybına sebebiyet verip vermediği de önemli değildir.

Bağlı şirketin veya şirketlerin kaybının olup olmadığının tespiti açısından, daha önce değinmiş olduğumuz TTK. m. 199’da hükme bağlanmış olan “hakim şirketin ve bağlı şirketin raporları”nın özellikle önem arz ettiği belirtilmelidir. Zira; hazırlanması zorunlu olan söz konusu raporlarda açıklananlar üzerine bağlı şirketin kaybı tespit edilebilecek ve böylece de yapılan bu tespite dayanarak bağlı şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların sorumluluk hükümleri çerçevesinde dava açmaları mümkün olacaktır.

Ayrıca; hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle bağlı şirketin uğradığı kaybın tespit edilebilmesi için ya da başka bir ifadeyle, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle sorumluluğunun doğması için bağlı şirketin kaybının olup olmadığının tespit edilebilmesi için, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nu yol gösterici olarak kullanılabilir³⁵⁵. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında “(3) *Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.* (4) *Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak*

³⁵⁴ ANSAY, Jase E., Liability Of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, An International and Comparative Perspective, Boston 1994, s. 352.

³⁵⁵ OKUTAN NİLSSON, s. 254.

tespit eder: a) *Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.* b) *Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.* c) *Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.* ç) *Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.”* şeklinde hükme bağlanmış olan “emsallere uygunluk ilkesi”ne göre bağlı şirketin kaybının olup olmadığının tespit edilebilmesi mümkündür.

3. Neden – Sonuç İlişkisi (İllyet Bağı)

Hâkim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bağlı şirketin kaybı ile hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması arasında illiyet bağının bulunması gerekir³⁵⁶.

Burada aranan illiyet bağı, uygun illiyet bağı³⁵⁷ olmakla birlikte; TTK. m. 202’de yer alan hükmün amacı ve içeriğine göre illiyet bağının tespit edilmesi gerekir.

TTK. m. 202’de hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı haller örnek kabilinden sayılmış olmakla birlikte, salt hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmış olması hakim şirketin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Hakim şirketin bu nedenle sorumluluğunun doğabilmesi için aynı zamanda bağlı şirket veya şirketlerin kaybı da gerekir. Bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğramış olmasının sebebinin hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmak suretiyle yapmış olduğu iş ve işlemler

³⁵⁶ OKUTAN NİLSSON, s. 270.

³⁵⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 492; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 519.

oluşturmalıdır ki hakim şirketin, bağlı şirketin veya şirketlerin uğramış olduğu kayıplarından sorumluluğu söz konusu olabilsin. Yani, söz konusu kaybın hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle ortaya çıktığının ispatlanması gerekir. Dolayısıyla; bu noktada ispatlanması gereken husus, illiyet bağıdır.

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması ile bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıplar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı tespit edilirken, sadece TTK. m. 202’de örnek olarak gösterilmiş olan hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığına dair durumlarla sınırlı kalınmamalı; hakim şirketin gerek esas sözleşmesinde, gerek mevzuatta yazılı olan davranış yükümlülükleri ile birlikte yazılı olmayan davranış yükümlülükleri de dikkate alınmalıdır.

IV. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASINA ÖRNEK DURUMLAR

TTK. m. 202/I-a’da, bağlı şirketi kayba uğratabilecek bazı işlem ve önlemler gruplar halinde sınırlı sayı olmaksızın gösterilmiştir. TTK. m. 201/I-a’ya göre, “*Hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...*”

TTK. m. 202/I hükmünden yola çıkılarak hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığına dair bu örnek durumları üç grupta toplayacak olursak, bunları şu şekilde gruplandırabiliriz³⁵⁸:

³⁵⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereççe6102.htm>.

1- Bağlı şirketin bir işinin, bazı varlıklarının veya fonlarının, personelinin başka bir topluluk şirketine aktarılması, alacak temliki veya borç devri gibi işlemler.

2- Bağlı şirketin, hâkim şirketin hakimiyeti kullanması sonucu, kendisine kayıp verecek tarzda aynı ve şahsi yükler üstlenmesi.

3- Hâkim şirketin makro planlarına ve politikalarına bağlı şirketin feda edilmesi.

Hâkim şirketin söz konusu iş ve işlemleri bağlı şirketin veya şirketlerin kayba uğramasına rağmen yapabilmesi veya yaptırabilmesi yönetim kurulunda sahip olduğu oy çokluğu ile mümkün olabileceği gibi hâkimiyeti sağlayan diğer araçların kullanılması suretiyle de olabilir. Yani, hâkim şirket, hâkimiyetinin sağladığı her türlü olanağı kullanarak bağlı şirket veya şirketlerin kaybına söz konusu iş ve işlemleri yapabileceği gibi yaptırabilir. TTK. m. 201/I-a hükmünde bu durum dikkate alınarak, “yönelme” ibaresi kullanılmıştır. Nitekim TTK’nın anılan maddesine ilişkin gerekçede de “yönelme” ibaresinin kullanılmasına ilişkin olarak aynen şöyle denmektedir: “*Hükümdeki "yöneltecek" ibaresi de bilinçle seçilmiştir. Çünkü birinci fıkrada öngörülen işlem ve olguların tasarlanması, planlanması veya gerçekleştirilebilmesi için hâkim şirket, yönetim kurulu kararlarının alınmasında oy gücü ile etkili olabileceği gibi, çeşitli baskı uygulamalarına girişebilir, "yöneltecek" ibaresi, bütün bu pratikleri kapsar.*”³⁵⁹

1. Bağlı Şirketin Bir İşinin, Bazı Varlıklarının veya Fonlarının, Personelinin Başka Bir Topluluk Şirketine Aktarılması, Alacak Temliki veya Borç Devri Gibi İşlemler

Hâkim şirketin bağlı şirketi veya şirketleri kayba uğratacak şekilde hakimiyetinin sağladığı olanaklardan faydalanmak suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin bir işini, bazı varlıklarını veya fonlarını, personelinin topluluk içinde yer alan başka bir bağlı şirkete aktarması, alacağın temliki veya borç devri gibi hukuki işlemler yapması durumunda, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu söylenebilir.

³⁵⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

Bu itibarla; hâkim şirketin bağlı şirketin veya şirketlerin sahip olduğu malvarlığı değerlerini kayba uğratacak şekilde hukuki işlemler yapmaktan veya yaptırmaktan kaçınması gerektiği gibi bu sonuçları doğuran davranışlarda da bulunmaması gerekir. Hâkim şirket, bağlı şirketin veya şirketlerin işlerini, varlıklarını, fonlarını, personellerini, alacaklarını ve borçlarını devretmeye, ödemelerde bulunmaya, kendisine borç vermeye³⁶⁰ neden olacak iş ve işlemler yapmaktan kaçınmalıdır. Özetle; hâkim şirket, bağlı şirketin veya şirketlerin sahip olduğu malvarlığı değerlerini devretmeye sebep olacak iş ve işlemlerde bulunmamalıdır.

Hâkim şirketin, bağlı şirketin veya şirketlerin kaybına neden olabilecek ikna edici bulgular ve çıkarımlar olmasına rağmen bu tür iş ve işlemleri yapması veya yaptırmaması halinde, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmış olduğu kabul edilir. Başka bir ifadeyle; söz konusu iş ve işlemlerin yapılması veya yaptırılması neticesinde bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğraması sonucunun gerçekleşmiş olması gerekmeyip, bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğrayabileceğine dair ikna edici bulgu ve çıkarımların varlığı, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmış olduğunun söylenebilmesi için yeterlidir. Dolayısıyla; durum, somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilmelidir.

2. Bağlı Şirketin Hâkim Şirketin Hakimiyeti Kullanması Sonucu Kendisine Kayıp Verecek Tarzda Ayni ve Şahsi Yükler Üstlenmesi

TTK. m. 202/I-a'da ifade edildiği üzere, hakim şirket, hakimiyetinin sağladığı olanakları kullanmak suretiyle bağlı şirketi veya şirketleri malvarlıklarını ayni veya kişisel haklarla sınırlandırmaya yönelmez.

Bağlı şirketin veya şirketlerin malvarlıklarının ayni haklarla sınırlandırılması; Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı sayıda belirtilmiş olan rehin hakkı, ipotek hakkı, intifa hakkı gibi ayni haklarla malvarlığının sınırlandırılması anlamına geldiği gibi, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu kapsamında yapılan ticari işletme rehni de bu kapsamdadır.

³⁶⁰ OKUTAN NİLSSON, s. 254.

Bağlı şirketin veya şirketlerin malvarlıklarının şahsi haklarla sınırlandırılmasından ise; kuvvetlendirilmiş şahsi haklar nedeniyle malvarlıklarının sınırlandırılması anlaşılmalıdır³⁶¹.

Hâkim şirketin hakimiyetinin sağladığı olanaklarla bağlı şirket veya şirketleri, yine bağlı şirket veya şirketlerin kendi borçlarına karşılık olarak malvarlıklarını aynı veya şahsi haklarla sınırlandırmaya yönlendirmesi durumunda, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte; hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin veya şirketlerin aynı veya şahsi haklarla sınırlandırdıkları malvarlıklarının değerleriyle borçları arasında büyük bir orantısızlık varsa hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu söylenebilecektir. Yani, somut olayın durum ve şartları dikkate alınmak suretiyle, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmış olup olmadığı tespit edilmelidir.

Görülüşü üzere, hâkim şirketin yönlendirmesiyle bağlı şirketin veya şirketlerin malvarlıklarının sınırlandırılması sonucunu doğuran işlemin yapılması ile hakimiyetini hukuka aykırı kullanılmış olduğu söylenebilmektedir. Bu itibarla; söz konusu hukuki işlem nedeniyle bağlı şirketin malvarlığının elinden çıkmış olmasına gerek yoktur. Salt işlemin yapılmış olması dahi bağlı şirketin veya şirketlerin kayba uğramış olmaları anlamına gelir. Zira, “kayıp” kavramı bağlamında malvarlıklarını sınırlandırmış olan bağlı şirketin veya şirketlerin salt bu nedenle bazı olanaklarını kullanamaması nedeniyle kayıplarının bulunduğu kabul edilebilecektir.

3. Hâkim Şirketin Makro Planlarına ve Politikalarına Bağlı Şirketin Feda Edilmesi

Hâkim şirketin, hâkimiyetinin sağladığı olanaklardan faydalanmak suretiyle kendi makro plan ve politikalarını uygulayabilmek için bağlı şirketin veya şirketlerin kaybına sebep olacak iş ve işlemlerden kaçınması, bağlı şirketi veya şirketleri bu iş ve işlemleri yapmaya yöneltmemesi gerekir. Aksi halde, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu söylenebilecektir. Örneğin, TTK. m. 202/I-a’da da

³⁶¹ **ARKAN**, Sabih, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans/Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005, s. 52.

belirtildiği gibi hakim şirket, bağlı şirket veya şirketleri kefalet, garanti ve aval vermek zorunda bırakmamalıdır.

Hakim şirketin makro planlarına ve politikalarına bağlı şirketin veya şirketlerin feda edilmemesi, geniş anlaşılmalıdır. Hakim şirketin plan ve politikaları için bağlı şirket veya şirketlerle yapılan her türlü iş ve işlem bu kapsam içinde görülebileceği gibi, hakim şirketin yöneltmesi ile bağlı şirketin veya şirketlerin üçüncü kişilerle yapmış oldukları her türlü iş ve işlem de bu kapsam içinde görülebilir. Burada önemli olan, yapılan işin veya işlemin hakim şirketin makro planlarının ve politikalarının bir gereği olarak olması ve bu iş ve işlem nedeniyle geniş anlamda düşünülmesi gereken “kayıp” kavramı bağlamında bağlı şirketin veya şirketlerin kaybının söz konusu olmasıdır.

Hâkim şirketin makro planlarının ve politikalarının uygulanabilmesine olanak sağlamakla birlikte, bağlı şirketin veya şirketlerin kaybına neden olabilecek, hakim şirketin doğrudan veya dolaylı olarak avantajına yapılan iş ve işlemlerin tamamı bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla; hakim şirketin yöneltmesi ile üçüncü kişilerin veya şirketler topluluğu içinde yer alan bir başka bağlı şirketin avantajına yapılan iş ve işlemler de hakim şirketin makro planlarının ve politikalarının uygulanabilmesine olanak sağlıyor ve bağlı şirketin kaybına neden oluyor ise bu durum, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

Örneğin, hakim şirketin makro planlarının ve politikalarının bir gereği olarak, hakim şirketin yöneltmesi ile yine hakim şirketin borcu için bağlı şirketin denk bir menfaat sağlamaksızın teminat vermesi halinde olduğu gibi, topluluk içindeki bir bağlı şirketin borcu için hakim şirketin yöneltmesi ile diğer bir başka bağlı şirketin denk bir menfaat sağlamaksızın teminat vermesi hallerinde, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı olarak kullanmış olduğu söylenebilir. Yani, hakim şirketin yöneltmesi ile bağlı şirket tarafından karşı bir garanti veya kefalet ya da avale güvence altına alınmaksızın garanti veya kefalet verilmesi durumlarında, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu söylenebilecektir.

Benzer şekilde; hakim şirketin hakimiyet olanaklarını kullanarak bağlı şirketi veya şirketleri bir poliçeyi kabul etmeye veya bu poliçeye garanti cirosu

vermeye, hatır senedi düzenlemeye zorlaması da hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanılması olarak kabul edilebilir.

V. HÂKİMİYETİN KULLANILMASINDA HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR

1. Denkleştirme

Hakim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanması suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin kayba uğramaları söz konusu olmuş ise, bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı bu kayıpların, kaybın doğumuna sebep veren iş ve işlemlerin yapıldığı faaliyet dönemi sonuna kadar hakim şirket tarafından denkleştirilmesi halinde, hakimiyetin kullanımının hukuka aykırılığı ortadan kalkacak ve hakim şirketin bu nedenle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Denkleştirme, hakim şirketin bağlı şirketin uğradığı kayıpları tamamen gidermesidir³⁶². Uğranılan kayıpların tamamen giderilebilmesinden anlaşılması gereken ise, sadece malvarlığında meydana gelen mevcut zararların değil; gelecekte mahrum kalınan karların da giderilmesidir. Yani, hakim şirket tarafından yapılan denkleştirmenin uğranılan tüm kayıpları karşılaması gerekir.

Bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıplar hakim şirket tarafından fiilen ve tamamen denkleştirildiği takdirde, hakim şirketin hakimiyetini kullanmasında ortaya çıkan hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır. Bu husus TTK. m. 202/I-a hükmünün son cümlesinde “... meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin ...” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanun, denkleştirmeyi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlemekle; bir yandan bağlı şirketlerin ticari hayattaki varlıklarını korumayı amaçlarken, diğer yandan hakim şirketin makro plan ve politikalarının uygulanabilmesine de olanak sağlamak istemiştir.

Hakim şirket tarafından bağlı şirket veya şirketlerin uğradığı kaybının fiilen denkleştirilmesi, nakdi ödeme yapmak veya bazı hukuki işlemler yapmak ya da bazı

³⁶² OKUTAN NİLSSON, s. 281.

önlemler veya kararlar almak şeklinde bir çok yolla mümkündür. Örneğin, hakim şirket tarafından bağlı şirkette dış kaynaklardan sermaye artırımını yoluna gidilerek, bağlı şirketin likiditesi güçlendirilerek, hakim şirket tarafından bağlı şirkete uzun vadeli borç da verilerek denkleştirme gerçekleştirilebilir. Ancak, hakim şirket tarafından bağlı şirket veya şirketlere uzun vadeli borç verilmesi halinin bir fiili denkleştirme olarak kabul edilebilmesi için hakim şirketin aynı zamanda bağlı şirket veya şirketlerde olan alacağını ancak diğer bağlı şirket alacaklıları tatmin edildikten sonra talep edeceğini beyan ettiği bir sıradan çekilme sözleşmesi³⁶³ imzalaması da gerekir. Yine, bağlı şirketin teminatıyla hakim şirketin düşük maliyetli kredi alması durumunda, alınan ucuz kredinin bağlı şirkete kullanılması suretiyle de denkleştirme gerçekleştirilebilir³⁶⁴. Benzer şekilde, bağlı şirketin hakim şirket veya şirketler topluluğu içinde bulunan bir başka bağlı şirket lehine garanti vermesi durumunda, kendisinde meydana gelebilecek kaybın hakim şirket veya topluluk içinde bir başka bağlı şirket tarafından üstlenilmesi suretiyle ikinci bir garanti sözleşmesinin yapılması ile de denkleştirme gerçekleştirilebilir.

Nitekim, TTK. m. 202'nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere; hakim şirket tarafından yapılacak bu denkleştirme, bağlı şirkete veya şirketlere bir yarar ve avantaj tanınması şeklinde olabileceği gibi bağlı şirketin veya şirketlerin bir kaybının giderilmesini sağlayacak karşılık verilerek de olabilir. Bu anlamda; hakim şirketin yöneltmesi ile bağlı şirket veya şirketler tarafından verilen bir kefaletin veya garantinin, hakim şirket tarafından söz konusu bağlı şirkete veya şirketlere verilen bir karşı garanti veya kefalet ile ya da avale güvence altına alınmasıyla denkleştirme sağlanabileceği gibi, hakim şirket tarafından bağlı şirket veya şirketlerin kaybına karşılık olarak, kayba uğrayan bu bağlı şirket veya şirketlere lisans ve marka hakkı tanınarak, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilerek, denk değerinde bir taşınmaz devredilerek, know-how verilerek, bağlı şirketin veya şirketlerin personeline staj ve eğitim imkanları sağlanarak da denkleştirme gerçekleştirilebilir³⁶⁵.

³⁶³ ATALAY, Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 57 vd.

³⁶⁴ OKUTAN NİLSSON, s. 237.

³⁶⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegereçce6102.htm>.

Bu itibarla; denkleştirme ile bağı şirket veya şirketlerin uğradığı kayıplar arasında bağlantı olması zorunlu değildir³⁶⁶. Başka bir ifadeyle; hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması suretiyle bağı şirket veya şirketlerin uğramış oldukları kayıplar, hakim şirket tarafından aynı faaliyet yılı sonuna kadar yapılan başka iş ve işlemler suretiyle kayba uğrayan bağı şirket veya şirketlere tanınacak avantajlarla da denkleştirilebilir. Ancak, burada sadece hakim şirket tarafından söz konusu avantajın sağlanmış olması yeterli olmayıp, bu avantajın aynı faaliyet yılı içinde bağı şirket veya şirketler açısından gerçekleşmiş olması da gerekir. Burada, hakim şirket tarafından denkleştirme amacıyla bağı şirket veya şirketlere tanınan bir avantaj söz konusu olup, bağı şirket veya şirketlerin salt şirketler topluluğunda yer almalarından kaynaklı olarak bazı avantajlara sahip olmaları durumu, hakim şirket tarafından denkleştirme amacıyla sağlanan bir avantaj olarak kabul edilemez. Yani, hakim şirket tarafından denkleştirme amacıyla bağı şirket veya şirketlere sağlanan avantajın, bağı şirket veya şirketlerin salt şirketler topluluğunda bulunmasından kaynaklanmamış olması gerekir³⁶⁷.

2. İstem Hakkı Tanınması

Kanun, tıpkı denkleştirmeyi olduğu gibi, istem hakkı tanınmasını da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenleyerek; bir yandan bağı şirketlerin ticari hayattaki varlıklarını korumayı amaçlarken, diğer yandan hakim şirketin makro plan ve politikalarının uygulanabilmesine olanak sağlamak istemiştir.

Hakim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanması suretiyle bağı şirketin veya şirketlerin kayba uğramaları söz konusu olmuş ise, bağı şirketin veya şirketlerin uğradığı bu kayıpların, en geç söz konusu bu kayıpların doğumuna sebep veren iş ve işlemlerin yapıldığı faaliyet dönemi sonuna kadar hakim şirket tarafından nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle bağı şirket veya şirketlere istem hakkı tanınması halinde de hakimiyetin hukuka aykırı kullanımını ortadan kaldırmış olacak ve hakim şirketin bu nedenle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

³⁶⁶ OKUTAN NİLSSON, s. 286.

³⁶⁷ OKUTAN NİLSSON, s. 287.

TTK. m. 202/I-a hükmünün son cümlesinde bu husus, “*Meğerki, kayıp, ... kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanınsın.*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Anılan hükümde söz konusu olan “istem hakkı”ndan kast edilen; hakim şirket tarafından bağlı şirkete veya şirketlere bir alacak hakkının ve aynı hakları da kapsayan dava edilebilir bir hakkın tanınmasıdır³⁶⁸. Hakim şirket tarafından tanınan bu istem hakkının kullanılması, bağlı şirketin veya şirketlerin beklediği faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılmaması, kayba uğrayan bağlı şirketin veya şirketlerin yenilik doğurucu haklarla talebin konusuna kavuşmasına imkan sağlayacak nitelikte olması gerekir³⁶⁹. Bu anlamda, hakim şirket tarafından istem hakkı tanınması kapsamında, bağlı şirketin borcu üstlenilebileceği gibi hakim şirket lehine alacağın temliki ve benzeri gibi hukuki işlemler de yapılabilir.

3. Basiretli Hareket Edildiğinin İspatı

TTK. m. 202/I-d hükmüne göre, “*Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez.*”

Söz konusu hüküm, sadece hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri için geçerli olmayıp, hakim şirketin ve şirketler topluluğuna hakim olanın bir teşebbüs olması halinde teşebbüs için de uygulama alanı bulabilecektir. Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğunun kabulü ve bu hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hakim şirketin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğramış olması gerekir. Benzer şekilde; TTK. m. 202/I-a hükmünde de “*haklı bir sebep olmaksızın*” ifadesi kullanılarak aynı hususun vurgulanmak istendiği söylenebilir.

³⁶⁸ OKUTAN NİLSSON, s. 287.

³⁶⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

Hakim şirketin özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin tespit edilmesinde, bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıp ile hakim şirket tarafından yapılan iş veya işlemin somut duruma göre değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda, hakim şirketin özen yükümlülüğünü uygun davranıp davranmadığı, hakim şirket tarafından bağlı şirketi veya şirketleri kayba uğratan iş veya işlemin yapıldığı tarihteki durum ve şartlara göre değerlendirilmelidir.

Esasen, TTK. m. 202/I-d hükmü ile hakim şirkete bir özen yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu nokta da belirtilmelidir ki; hakim şirketin özen yükümlülüğünün bulunması³⁷⁰ adaletin bir gereği olup, basiretli davranma yükümlülüğü³⁷¹ kapsamında yer aldığından söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde, TTK. m. 202/I-d hükmü olmasaydı dahi hakim şirketin bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıplardan sorumluluğunun kabul edilemeyeceği ileri sürülebilir. Öte yandan; hakim şirketin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğu göz önünde bulundurulduğunda da şüphesiz aynı sonuca varılacaktır.

Buna göre, hakim şirketin bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğramasına neden olan iş ve işlemlerinin temelinde hakimiyet gücünü kullanması değil de basiretli hareket etme durumu varsa hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullandığı söylenemez ve bu nedenle bağlı şirket veya şirketlerin uğradığı kayıplardan da hakim şirket sorumlu tutulamaz.

Burada, hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünden anlaşılması gereken, hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, sadece yönetiminde buldukları hakim şirkete karşı özen yükümlülüklerinin bulunması değil; yönetimde buldukları hakim şirketin yer aldığı şirketler topluluğu içindeki bağlı şirkete veya şirketlere karşı da özen yükümlülüklerinin bulunmasıdır. Yani, hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, hakim şirkete olduğu kadar, şirketler topluluğu ilişkisi içinde yer alan bağlı şirkete veya şirketlere karşı da özen yükümlülükleri vardır. Şirketler topluluğuna ilişkin olan bu durumun; kural olarak, şirketler hukukunda kabul edilen, yönetim kurulu üyelerinin sadece yönetim kurulu üyesi oldukları

³⁷⁰ OKUTAN NİLSSON, s. 325.

³⁷¹ TTK. m. 18/II: “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.”

şirkete karşı özen yükümlülükleri olması gerektiği ilkesinin bir istisnası olduğu söylenebilir³⁷².

Hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri, şirketler topluluğu ilişkisi içinde görevlerini yerine getirirken ve kararlar alırken bağlı şirketi veya şirketleri de gözetmelidir. Bu anlamda, hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin şirketler topluluğu ilişkisi içindeki özen yükümlülükleri tıpkı anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülükleri gibidir. Zira, anonim şirketin özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK'nın 369. maddesi uyarınca, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmeleri gerekir. Aynı şekilde, hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri de görevleri tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetme yükümlülüğü altındadır. Aksi halde, bu nedenle bağlı şirket veya şirketler kayba uğrarsa hakim şirketin kusurlu olduğu³⁷³ kabul edilir ve sorumluluğu söz konusu olur.

TTK. m. 202/I-d hükmünde yer alan “*şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yönetici*” ifadesinden anlaşılması gereken; hakim şirketin özen yükümlülüğünün, hakim şirketin hangi alanda faaliyet gösterdiği önemli olmaksızın bağlı şirket veya şirketlerin faaliyet alanındaki bir yöneticinin göstermesi gereken özen olduğudur. Başka bir ifadeyle; hakim şirket, bağlı şirketin veya şirketlerin yöneticilerinin göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür. Bu itibarla, TTK. m. 202/I-d hükümdeki “*“şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yönetici*” ifadesiyle hakim şirketin özen yükümlülüğü objektifleştirilmiştir³⁷⁴.

³⁷² GILLOOLY, s. 157.

³⁷³ HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 48; TEKİNALP, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, s. 78.

³⁷⁴ GÜNEY AKDAĞ, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 71.

4. Tam Hakimiyet Durumunun Bulunması

a. Bağlı Şirketin Pay Sahipleri Yönünden

Bilindiği üzere tam hakimiyet durumu, bir şirketin doğrudan veya dolaylı bir şekilde bir diğer şirketin paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olması durumudur. Doğal olarak bu durumda, bağlı şirketin yönetim kurulu da hakim şirkete tam olarak bağlı olduğundan hakim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorundadır.

TTK'nın 203. maddesinde söz konusu bu durum dikkate alınarak, “*Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.*” şeklinde bir hükme yer verilerek, somut olay gerçeğine uygun olarak gerçek düzen ve dogmatik düzen çelişkisinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır³⁷⁵.

Buna göre, tam hakimiyet durumunun varlığı halinde, hakim şirket, şirketler topluluğunun menfaatine ve somut politikalarına uygun olmak şartıyla, bağlı şirketin kaybına sebep verebilecek nitelikte bağlı şirketi yönlendirme ve talimat verme hakkında sahiptir. Hakim şirkete bu yetkiyi ve hakkı tanıyan TTK. m. 203 hükmü, Fransız Yüksek Mahkemesinin verdiği Rosenblum kararına dayanmaktadır³⁷⁶.

Tam hakimiyet durumunda, hakim şirketin şirketler topluluğunun menfaatine ve somut politikalarına uygun olarak bağlı şirketi yönlendirmesi ve bağlı şirkete verdiği talimat nedeniyle bağlı şirketin kayba uğraması halinde, bağlı şirketin pay sahiplerine karşı hakim şirketin sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira, böyle bir durumda, hakim şirket doğrudan veya dolaylı olarak bağlı şirkete de sahip

³⁷⁵ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6102ss.pdf>.

³⁷⁶ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6102ss.pdf>; **TEKİNALP**, Ünal, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 240 - 241; **OKUTAN NİLSSON**, s. 423.

olduğundan bağlı şirketin pay sahiplerine hakim şirkete karşı sorumluluk davası açma hakkı tanımak, kayba sebep olan hakim şirkete dava hakkı tanımak anlamına gelir.

Bununla birlikte; tam hakimiyet durumunda hakim şirketin tamamen sorumsuz olduğu da söylenemez. Kural olarak, söz konusu şartların varlığı halinde hakim şirket, bağlı şirketin pay sahiplerine karşı sorumsuzdur. Ancak, hakim şirketin bağlı şirkete verdiği talimat, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan ve varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikteyse, hakim şirketin sorumluluğu devam eder. Nitekim, tam hakimiyet durumunda hakim şirketin talimat verme yetkisinin istisnası olarak TTK'nın 204. maddesinde bu husus *“Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalara göre, tam hakimiyet halinde hakim şirketin, bağlı şirketin pay sahiplerine karşı sorumsuz olabilmesi için hakim şirketin bağlı şirketin kaybına neden olacak şekilde vermiş olduğu talimatın şu şartları birlikte taşıması gerekir:

- Şirketler topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmalı ve
- Bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte olmamalı.

Şirketler topluluğunun politikalarının kim tarafından ve nasıl belirleneceğine ilişkin TTK'da bir düzenleme bulunmamakla birlikte, gerek bu politikaların belirlenmesi gerekse somutlaştırılabilmesi için doktrinde haklı olarak, şirketler topluluğunun somut politikalarının topluluk içinde yer alan şirketlerin yıllık faaliyet raporlarına göre belirlenebileceği ve somutlaşacağı, bu nedenle de şirketler topluluğunun politikalarının topluluk içinde bulunan şirketler tarafından hazırlanacak olan yıllık faaliyet raporlarında yer alması gerektiği ifade edilmiştir³⁷⁷. Nitekim, TTK. m. 401/III hükmünde de topluluk yıllık faaliyet raporundan, özellikle *“topluluk yıllık faaliyet raporu”* ifadesi kullanılarak bahsedilmiş olduğundan, şirketler

³⁷⁷ OKUTAN NİLSSON, s. 426.

topluluğuna dahil şirketlerin hazırlayacakları yıllık faaliyet raporları ile şirketler topluluğunun politikalarının belirlenmesi ve somutlaşması m¼mk¼n olacaktır³⁷⁸.

şirketler topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olan talimatlardan anlaşılması gereken; şirketler topluluğunun uzun vadeli stratejik planlarına g¼re verilen talimatlardır. TTK. m. 203¼n gerekçesinde de “G¼nl¼k gereksinimlere g¼re verilen talimatlar 203¼nc¼ maddenin kapsamı dışındadır” denilmek suretiyle şirketler topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olan talimatların, g¼nl¼k gereksinimlere ilişkin verilen talimatlar olmadığı ifade edilmiřtir³⁷⁹.

Hakim şirket tarafından bağlı şirketin ¼deme g¼c¼n¼ a¼ıkça aşan, varlığını tehlikeye d¼ř¼rebilecek olan veya ¼nemli varlıklarını kaybetmesine yol a¼abilecek nitelikte olan talimatların verilmesi halinde ise, hakim şirketin bağlı şirkete talimat verme yetkisinin sınırlarını aştığı kabul edilir. Bu durum, TTK. m. 204¼de h¼kme bağlanarak, hakim şirketin bağlı şirkete talimat verme yetkisinin sınırı çizilmiştir. İşte bu halde; hukuka aykırı şekilde verilen talimatı yerine getiren bağlı şirket y¼netim kurulu ¼yelerinin de bağlı şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu doğar.

Hakim şirketin, yukarıda a¼ıklanan şartları taşımak kaydıyla, bağlı şirketin kaybına neden olan talimatlarda ve y¼nlendirmelerde bulunma yetkisi vardır ve bu nedenle bağlı şirketin uğradığı kayıptan dolayı zaten tam hakimiyet halinde bulunduğundan aynı zamanda sahibi de olduğu bağlı şirketin pay sahiplerine karşı TTK. m. 202 anlamında sorumluluğu bulunmadığı gibi bu kayıplardan dolayı bağlı şirketin y¼netim kurulu ¼yelerinin de sorumluluğu bulunmaz. Ancak, TTK. m. 205¼de, “Bağlı şirketin y¼netim kurulu ¼yeleri, y¼neticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204¼nc¼ madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar.” denilerek, TTK. m. 203 ve

³⁷⁸ TTK. m. 401/III: “Konsolide finansal tabloları ¼ıkartırmakla y¼k¼ml¼ olan şirketin y¼netim kurulu, konsolide finansal tabloları denetleyecek denetçiyeye; topluluğun finansal tablolarını, topluluk yıllık faaliyet raporunu, m¼nferit şirketin finansal tablolarını, şirketlerin y¼netim kurullarının yıllık faaliyet raporlarını, bir denetim yapılmış ise ana şirketin ve yavru şirketlerin denetim raporlarını vermek zorundadır. Denetçi, birinci fıkranın birinci ve ikinci c¼mlelerinde ¼ng¼r¼len yetkileri ana ve yavru şirketler y¼n¼nden de kullanabilir.”

³⁷⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

204 kapsamına girmediğinden hukuka aykırı kabul edilen talimatları yerine getirerek bağlı şirketin kaybına neden olan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam ettiği hükme bağlanmıştır.

b. Bağlı Şirketin Alacaklıları Yönünden

Bağlı şirketin alacaklıları yönünden ise; tam hakimiyet halinde TTK. m. 203 anlamında hakim şirketin sorumsuzluğu bağlı şirketin pay sahiplerine karşı olduğundan, bağlı şirketin alacaklıları yönünden TTK. m. 206 kapsamında hakim şirketin sorumluluğu devam eder.

TTK. m. 206'ya göre “(1) Hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler. Davalılar 202 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendine dayanabilir. Bu davaya 202 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uygulanır. (2) Davalılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler.”

Şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakimiyetin tam hakimiyet şeklinde bulunması halinde hakim şirketin TTK. m. 203 kapsamında bağlı şirkete talimat verme yetkisi ve bağlı şirket tarafından bu talimatlara uyulması zorunlu olmasına rağmen TTK. m. 206 hükmü ile bağlı şirketin alacaklıları korunmak istenmiştir.

Hakim şirketin TTK. m. 203'de kendisine tanınan yetkiyi kullanarak bağlı şirkete verdiği talimatlar nedeniyle bağlı şirketin kaybının doğması halinde, hakim şirket tarafından o hesap yılı içinde bu kayıp denkleştirilmediği takdirde veya usulüne uygun şekilde zamanı ve şekli belirtilerek denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, bağlı şirketin alacaklılarının hakim şirkete ve hakim şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı vardır.

Bağlı şirketin alacaklıları tarafından açılacak olan bu davaya, TTK. m. 206/I hükmünün son cümlesi uyarınca TTK. m. 202/I-e hükmü uygulanır. TTK. m. 202/I-e hükmüne göre, “*Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır. Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır.*”

Bağlı şirketin alacaklıları tarafından açılacak olan söz konusu bu davada da hakim şirket ve hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri TTK. m. 202/I-d hükmünde öngörülen durumlara dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Yani, hakim şirket tarafından verilen talimatın ve bu talimat sonucu bağlı şirket tarafından yapılan iş ve işlemin, aynı ve benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uygun olarak gözetilen tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği ispatlandığı takdirde, hakim şirketin ve hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin, bağlı şirketin uğradığı kayıp nedeniyle bağlı şirket alacaklılarına karşı tazmin sorumluluğu olmayacaktır. Ayrıca, TTK. m. 206/II’ye göre; bağlı şirketin kaybının krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanmış olması halinde, bağlı şirketin alacaklılarının bağlı şirketin kaybının hakim şirket tarafından denkleştirilmediğini veya istem hakkı tanınmadığını bilmeleri veya bilmeleri gerekmesine rağmen bağlı şirketle doğrudan ilişkiye girerek bağlı şirketten alacaklı hale gelmiş olmaları durumunda da hakim şirketin ve hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin bağlı şirket alacaklılarına karşı tazminat yükümlülüğü olmayacaktır. Söz konusu davada, böyle bir durumun varlığını ispat yükümlülüğü ise hakim şirket ve hakim şirket yönetim kurulu üyeleri olan davalılara aittir.

VI. BAĞLI ŞİRKETİN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUN HÂKİM ŞİRKET TARAFINDAN ÜSTLENİLMESİ

Hakim şirket, bağlı şirketi yöneltmek üzere bağlı şirketin veya şirketlerin bazı hukuki işlemler yapmasını veya kararlar almasını sağlayabilir. Bağlı şirket veya şirketlerin yönetim kurulu üyeleri, şirketlerinin kayba uğrayabileceği ve bu nedenle sorumluluklarının söz konusu olabileceği düşüncesiyle hakim şirketin yöneltmesi ile

yapılması istenen bu iş ve işlemleri, alınması istenen kararları almaktan çekinmelerine karşılık, şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakim şirketin bu isteklerini yerine getirmek zorunda kalabilirler.

Bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakim şirketin talimatlarını uygulamak zorunda kalmaları gerçeği, bağlı şirketin kayba uğraması durumunda bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Başka bir ifadeyle; hakim şirketin talimatları nedeniyle bağlı şirketin veya şirketlerin yapmış oldukları iş ve işlemler nedeniyle bağlı şirket veya şirketlerin kayba uğraması halinde, bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin kanundan doğan sorumlulukları ortadan kalkmaz.

Bununla birlikte; şirketler topluluğu ilişkisi içinde bağlı şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin istemeseler dahi hakim şirketin talimatlarını uygulamak zorunda kalabilecekleri gerçeğini göz önünde bulunduran TTK'nın 202. maddesinin beşinci fıkrasında, *“Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir.”* denilmek suretiyle, hakim şirketin talimatları nedeniyle bağlı şirketin kaybına neden olan iş ve işlemlerin yapılmasından dolayı bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hakim şirket tarafından üstlenilmesi için hakim şirketle bir sözleşme yapılabileceği öngörülmüştür.

Doktrinde, TTK. m. 202/V'de yer alan hükümlerle, şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakim şirketin yöneltmesiyle bağlı şirket tarafından yapılacak iş ve işlemlerden doğan bağlı şirketin kayıpları nedeniyle bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun üstlenilmesi için hakim şirket ve bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşme yapılmasının bir zorunluluk olduğu da ifade edilmektedir³⁸⁰.

TTK. m. 202/V'de yer alan düzenlemeyle, hakim şirket ile bağlı şirketin veya şirketlerin yönetim kurulu üyeleri arasında yapılacak bir sözleşmeyle hakim şirketin, bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı ileri sürülen tazminat taleplerini üstlenmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Benzer şekilde, TTK. m. 361'de öngörülen hükümlerle de bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin kusurlarıyla şirketlerine

³⁸⁰ OKUTAN NİLSSON, s. 373.

vermiş olukları zararların sigorta ettirilmesi mümkündür³⁸¹ ve hatta TTK. m. 202/V'de öngörülen hakim şirket ve bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri arasında yapılabileceği öngörülen sözleşmeye ek olarak da söz konusu sigorta yaptırılabilir.

Genel olarak TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinin amacı ile özel olarak TTK. m. 202/V hükmünün amacı dikkate alındığında; hakim şirket ve bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri arasında TTK. m. 202/V uyarınca yapılmış olan bir sözleşmenin varlığının, alacaklıların veya pay sahiplerinin bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine başvurmalarına engel olmadığı açıkça söylenebilir. Yani, hakim şirket ile bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri arasında TTK. m. 202/V uyarınca yapılan sözleşme, nispi nitelikte olup sadece sözleşmenin tarafları bakımından hüküm ifade eder. Bu nedenle, söz konusu sözleşmenin varlığına rağmen bağlı şirketin alacaklılarının ve pay sahiplerinin, uğranılan kayıpların tazmin edilmesi için kusurlu olan bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açabilme hakları devam eder. Dolayısıyla bu durumda, hakim şirket ve bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri arasında bir rücu ilişkisi gündeme gelecektir.

VII. HAKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI NEDENİYLE HAKİM ŞİRKETİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere; hakim şirketin hakimiyet olanaklarını kullanarak bağlı şirketi veya şirketleri kayba uğratan nitelikte iş ve işlemler yapması halinde, hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı kabul edilmekle birlikte, hakim şirket tarafından bağlı şirketle veya şirketlerle uğradıkları bu kayıplar nedeniyle denkleştirme yapılması ya da bağlı şirkete veya şirketlere uğradıkları kayıplar nedeniyle istem hakkı tanınması hallerinde, hakim şirket tarafından hakimiyetin

³⁸¹ TTK. m. 361: “Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.”

kullanımından kaynaklanan bu hukuka aykırılık ortan kalkacaktır. Dolayısıyla; hakim şirket tarafından denkleştirme veya istem hakkı tanınmaması hallerinde hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı kabul edilmektedir.

İşte, söz konusu bu denkleştirmenin hiç yapılmaması veya yapılmış olmasına rağmen yerine getirilmemesi ya da bağlı şirkete veya şirketlere usulüne uygun bir istem hakkı tanınmamış olması hallerinde, başka bir ifadeyle; hakimiyetin hukuka aykırı kullanıldığı hallerde, bağlı şirketin her pay sahibine ve alacaklılara, hakim şirket ve hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine “sorumluluk davası” adı verilen bir dava açma hakkı tanınmıştır.

TTK. m. 202/I-b hükmü ile tanınan bu dava hakkı, anılan madde hükmünde aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “*Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun, kayba sebep olan, yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Hâkim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.*”

Buna göre, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerine ve alacaklılara tanınan bu dava hakkının kullanılması ile talep edilebilecek veya hükmedilebilecek dava konuları, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olmasının sonuçları olarak özetlenebilir. Bu bağlamda, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle hakim şirketin sorumluluğunun sonuçları şunlardır:

- a) Bağlı şirketin zararının tazmini,
- b) Bağlı şirketin pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınması,
- c) Duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüm.

2. Bağlı Şirketin Zararının Tazmini

TTK. m. 202/I-b'de "...Şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir..." denilmek suretiyle, tazminat yaptırımının, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle hakim Şirketin sorumluluğunun sonuçlarından olduğu belirtilmiştir.

Burada, anılan madde hükümünde "zarar" ibaresi kullanılmış ise de söz konusu bu ibarenin "kayıp" olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir. TTK. m. 201/I'in (a) bendine kayıp ibaresi kullanıldıktan sonra, (b) bendinde bilinçli olarak "zarar" ibaresinin kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Zira, TTK. m. 202'nin gerekçesine de dikkat edildiğinde görölmektedir ki; madde hükümünde "kayıp" ibaresinin kullanılmasının sebebi açıklanmış olup, (b) bendinde "zarar" ibaresinin neden kullanıldığına ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. Yani, gerekçede böyle bir tercihin bilinçli olarak yapıldığına dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu itibarla; burada kullanılan "zarar" ibaresinin, tazminata ilişkin hükümlerin düzenlenmesindeki tarihsel bir alışkanlığın veya teamülün bir sonucu olduğu söylenebilir ve "kayıp" olarak anlaşılması gerekir.

Öte yandan; TTK. m. 202/I-b hükümünde, "*Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa...*" denilmek suretiyle dava hakkının, faaliyet yılı içinde denkleştirmenin fiilen gerçekleŐtirilmemiŐ olması halinde kullanılabileceği ifade edilmiş olduğundan, burada yer alan "zarar" ibaresinden bağlı Şirketin denkleŐtirilmeyen kayıpları olarak anlaşılması gerektiği, dolayısıyla da buradaki "zarar" kavramının fiilen hiçbir denkleştirme yapılmaması veya istem hakkı tanınmaması hallerinde söz konusu olan "kayıp" anlamını taŐıdıęı söylenebilir.

Nihayet, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının bir sonucu olarak tazminat; hakim Şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasının bir yaptırımını olup, faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmemiş veya istem hakkı tanınmamış olması nedeniyle hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmış olduğu kabulüne dayanarak bağlı Şirketin uğradığı kayıpları kapsar.

3. Bağı Şirketin Pay Sahiplerinin Paylarının Hakim Şirket Tarafından Satın Alınması

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının bir sonucu olarak bağı şirketin pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınması da hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasının bir yaptırımı olup, bağı şirketin kayıplarının faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmemiş veya istem hakkı tanınmamış olması nedeniyle hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmış olduğu kabulüne dayanarak bağı şirketin pay sahiplerine şirketten ayrılma hakkının tanınması anlamına gelir.

TTK. m. 202/I-b hükmünde “*Hakim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına... karar verebilir.*” denilerek, pay sahiplerine tanınan dava hakkı kapsamında bağı şirketin pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınması suretiyle bağı şirketin pay sahiplerinin şirketten ayrılmalarını, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasının bir yaptırımı olarak düzenlemiştir.

Anılan madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; pay sahipleri açmış oldukları sorumluluk davasında tazminat yerine paylarının hakim şirketçe satın alınmasını talep edebilirler. Doktrinde de madde metninde yer alan “*tazminat yerine*” ifadesinden yola çıkarak, haklı olarak, pay sahiplerinin açmış oldukları sorumluluk davasında tazminat talebi olmaksızın paylarının satın alınmasını talep edebilecekleri ifade edilmiştir³⁸².

Bağı şirketin pay sahipleri, açmış oldukları davada tazminat talep etmeksizin, paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasını talep edebilecekleri gibi böyle bir talep olmaksızın, yani pay sahipleri tarafından tazminat talep edilmiş olmasına rağmen mahkeme tarafından da somut olayın durum ve koşulları dikkate alınarak hakkaniyete uygun düşüyorsa tazminat yerine hakim şirket tarafından bağı şirketin pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına karar verilebilecektir.

TTK. m. 202/I-b hükmüne pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına, TTK. m. 202/II hükmüne göre karar verilmesi gerekir. TTK. m. 202/II uyarınca, “*Hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağı şirket bakımından açıkça*

³⁸² SÖNMEZ, Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s. 196.

anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahipleri; hâkim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler. Değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınır.” Söz konusu fıkra hükmüne göre, pay sahiplerinin paylarının değerleri, borsa değerlerinin bulunması halinde en az borsa değerleriyle, böyle bir borsa değerinin bulunmaması veya bulunsa bile bu değer hakkaniyete uygun olmaması hallerinde ise gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle tespit edilmedi. Söz konusu tespit yapılırken de dava tarihindeki veriler değil, mahkemenin kararını verdiği tarihe en yakın tarihteki veriler esas alınmalıdır.

Bu noktada; pay sahiplerinin paylarının değerinin tespitinde, paylara ilişkin borsa değeri bulunmasına rağmen bulunan borsa değerinin hakkaniyete aykırı olması hali üzerinde durulması gerekir. Nitekim, TTK. m. 202/2’de “*borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa*” denilerek bu husus özellikle belirtilmiştir. Zira, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması suretiyle büyük kayıplara uğramış olan bağlı şirketin paylarının değeri düşmüş olacaktır³⁸³ ve bu halde de bağlı şirketin paylarının değerinin borsa değerine göre belirlenmesi hakkaniyete aykırı olur. İşte, söz konusu bu durumu göz önünde bulundurarak hükme bağlanmış olan TTK. m. 202/II’de hakkaniyete uygun düşmüyorsa bağlı şirketin paylarının değerinin borsa değerine göre tespit edilmeyeceği ifade edilmiştir.

4. Duruma Uygun Düşen ve Kabul Edilebilir Başka Bir Çözüm

Hâkim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak olan davada, tazminat talebi yerine, uğranılan kayıpların duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüm ile giderilmesi talep edilebileceği gibi böyle bir talep olmaksızın da mahkeme

³⁸³ SÖNMEZ, s. 124; OKUTAN NİLSSON, s. 385.

tarafından resen somut olayda hakkaniyete uygun düşmek şartıyla duruma uygun olan ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verilebilir.

Bu durum, TTK. m. 202/I-b hükmünde “*Hakim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, ... duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.*” denilerek ifade edilmiştir.

TTK. m. 202/I-b’de yer alan bu hüküm, azınlığın haklı sebeple fesih hakkına ilişkin TTK. m. 531’de yer alan hükümle paralellik göstermektedir. TTK. m. 531’e göre, “*Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*”

TTK. m. 531’de yer alan hüküm dikkate alındığında, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle TTK. m. 202 anlamında, teknik olarak azınlık oluşturmayan pay sahiplerine ve alacaklılara tanınan dava hakkı kapsamında, TTK. m. 202/I-b’de yer alan başka bir çözüm yolu olarak, söz konusu davanın açılmasına neden olan kaybın şirketin haklı nedenle feshini gerektirdiği durumda şirketin feshine karar verilip verilemeyeceğinin üzerinde durulmasında yarar vardır.

Bu noktada; şirketin haklı nedenle feshinin başvurulacak son çözüm yolu³⁸⁴ olması nedeniyle TTK. m. 531’deki şartla oluşmadan şirketin haklı nedenle feshine karar verilmemesi gerektiği söylenebilir. Zira; teknik anlamda azınlık oluşturan pay sahipleri tarafından açılan bir davada, bağlı şirketin uğradığı kaybın şirketin feshi için haklı neden oluşturması halinde uygulanacak olan madde hükmü TTK. m. 531 olup, TTK. m. 202/I-b değildir.

Konumuza tekrar dönecek olursak, duruma uygun düşen başka bir çözüm yolu olarak; hakim şirketin bağlı şirketin veya şirketlerin kaybına sebep olan iş ve işlemler yapmış olması nedeniyle hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olduğu kabul edildiğinden, hakim şirket tarafından yapılan ve bağlı şirket veya şirketlerin kaybına

³⁸⁴ **BAUEN**, Marc/ **BERNET**, Robert, Swiss Company Limited by Shares, Zurich 2007, s. 214.

neden olan bu iş ve işlemlerin, kayba uğrayan bağlı şirket lehine uyarlanması suretiyle de bağlı şirketin kaybının giderilmiş olacağı söylenebilir. Örneğin, hakim şirket ile bağlı şirket arasında yapılan bir sözleşmenin bağlı şirketi kayba uğratmış olması halinde, sözleşmede yer alan karşılıklı edimler arasındaki dengesizliğin ve bu nedenle doğan bağlı şirketin kaybının sözleşmenin uyarlanması suretiyle giderilmesi gibi.

VIII. SORUMLULUK DAVASI

1. Genel Olarak

Hakim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle yukarıda açıklanmış olan yaptırımların uygulanabilmesi için TTK'nın 202. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri uyarınca, bağlı şirketin pay sahiplerinin ve bağlı şirketin alacaklılarına dava açma hakkı tanınmıştır.

Söz konusu dava hakkının doğabilmesi için hakim şirket tarafından denkleştirmenin yapılmamış olması veya süresi içinde bağlı şirkete uğradığı kayıplardan dolayı bir istem hakkının tanınmamış olması gerekir. Bu itibarla, anılan davanın şartları şöyle özetlenebilir:

- a) Hakim şirket tarafından denkleştirmenin yapılamamış olması veya yapılmış olan denkleştirmenin süresi içinde yerine getirilmemiş olması ya da
- b) Bağlı şirkete uğradığı kayıplardan dolayı süresi içinde bir talep hakkı tanınmaması.

Belirtilen şartlardan birinin gerçekleşmiş olması halinde kanunda kendisine dava açma hakkı tanınmış olan bağlı şirketin her pay sahibinin ve alacaklılarının dava hakkı doğar. Bu açıdan; söz konusu şartların gerçekleşmiş olması ile birlikte dava hakkı tanınan kişilerin de davacı olmasının bahsi geçen dava açısından sıfata ilişkin bir dava şartı olduğu söylenebilir. Zira; sıfat, bir davada husumeti

yöneltebilmek iktidarını veren hukuki bir durumda bulunmayı ifade eden nam ve vasıftır³⁸⁵.

TTK. m. 202 hükümden açıkça anlaşıldığı üzere; dava hakkı, bağlı şirkete tanınmamış olup, bağlı şirketin pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına tanınmıştır. TTK.'nın 202. maddesinin gerekçesinde de bağlı şirkete dava hakkının tanınmamasının sebebi olarak aynen şöyle denmektedir: “*Bunun sebebi hukukî gerçekçiliktir. Çünkü, şirketin bu davayı hakim şirkete karşı açıp samimiyetle izleyebileceği konusunda şüpheye düşülmüştür. Kökleşmiş uygulama da bu şüpheyi destekler niteliktedir. Ayrıca bağlı şirket yönetim kurulunu, hakim şirket ve yönetim kurulu ile karşı karşıya getirmenin doğru bir hukuk politikası olmadığı inancı ağırlık kazanmıştır. Ayrıca bağlı şirket yönetim kurulunu, hâkim şirket ve yönetim kurulu ile karşı karşıya getirmenin doğru bir hukuk politikası olmadığı inancı ağırlık kazanmıştır.*”³⁸⁶ Aslında, burada da ifade edilmek istenen; TTK’da şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin yapılması gerekliliğini doğuran, şirketler topluluğu gerçekliğini görmezden gelmeyi mümkün kılmayan ve artık günümüz ekonomik hayatında yanlışlığı kabul edilen şirketlerin bağımsız olduklarına ilişkin hukuki varsayımdır. Zira, hakim şirketin hakimiyeti altında olan bağlı şirketin özgür ve bağımsız olduğunu kabul etmek mümkün olmadığından söz konusu davada da özgürce şirket menfaatlerini gözeterek davranacağı yönünde şüphe olacaktır ve bu durum tartışmasız hukuki gerçekliğe uygun düşmeyecektir.

Bununla birlikte: sorumluluk davası açısından bağlı şirkete dava açma hakkı tanınmış olmamasına rağmen bağlı şirket, TTK. m. 202 hükmüne dayanarak değil ama 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin 49. ve devamı maddeleri hükümlerine dayanarak uğramış olduğu zararın tazmini için dava açabilir³⁸⁷.

³⁸⁵ POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 218.

³⁸⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereççeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerec6102.htm>.

³⁸⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 49: “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ; OKUTAN NİLSSON, s. 356.

TTK. m. 202/II hükmünde hakim şirketin hakimiyetini kullanması sebebiyle bağlı şirkette yapılan bazı işlemlere muhalif olan pay sahiplerine, muhalif oldukları işlemin doğurduğu zararların giderilmesini isteme veya bunun yerine kendi paylarının şirket tarafından satın alınmasını dava etme hakkı tanınarak, hakimiyetin kullanması karşısında azınlıkta kalan ve hakimiyetin kullanılış biçimine karşı çıkan pay sahiplerine şirketten çıkış imkanı verilmiştir.

TTK. m. 202/II’de yer alan “*bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan*” ifadesi ile hakim şirketin hakimiyetini kullanması sebebiyle bağlı şirkette yapılan bazı işlemler nedeniyle bu dava hakkının doğabilmesi için bu işlemlerin bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebinin bulunmaması gerektiği anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle; TTK. m. 202/II’de yer alan talep ve dava hakkının şartı, karşı çıkılan işlemin bağlı şirket yönünden açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebin bulunmamasıdır³⁸⁸. Ayrıca, burada da söz konusu davayı açabilecek olanların, hakim şirketin hakimiyetini kullanması sebebiyle bağlı şirkette yapılan bazı işlemlere muhalif olan pay sahipleri olduğunun altı çizilmelidir. Ayrıca, söz konusu olan muhalif olan pay sahipleri tarafından açılacak olan bu davada, TTK. m. 202/III uyarınca mahkeme tarafından, ortakların muhtemel zararlarını veya payların tahmini satın alma değerini karşılayacak bir tutarın teminat olarak bir bankaya yatırılmasına karar verilmesi gerekir ve söz konusu bu teminat yatırılmadığı sürece, genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz.

Sorumluluk davasını açanların bağlı şirketin pay sahipleri olması halinde, yargılama sonucunda tazminat yönünde bir hüküm verildiği takdirde, söz konusu tazminata pay sahipleri lehine değil, bağlı şirket lehine hükmedilecektir. Bu durum, davanın tarafı olmayan lehine hüküm verilmesi şeklinde yorumlanabilirse de burada kanunun amacı da dikkate alındığında, pay sahiplerine kanun tarafından bağlı şirketi temsil yetkisi verilmiş olduğu söylenebilecektir. Ancak, hemen belirtilmelidir ki; bu durum tazminat istemleri yönünden geçerli olup, bağlı şirketteki payların hakim şirket tarafından satın alınması istemleri yönünden geçerli olamaz.

³⁸⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/maddegerekce6102.htm>.

2. Davanın Tarafları

a. Davacılar

aa. Bağlı Şirketin Pay Sahipleri

Hakimiyetin hukuku aykırı kullanılması nedeniyle uğranılan kaybın tazmini veya bağlı şirketteki paylarının hakim şirket tarafından satın alınması istemiyle açılacak olan sorumluk davasını açma hakkı, bağlı şirketin her pay sahibine tanınan bir haktır. Bağlı şirketin pay sahibinin bu davayı açma hakkına sahip olması için herhangi bir paya sahip olması yeterlidir. Yani, bağlı şirketin pay sahibinin dava açabilmesi için asgari belli bir paya sahip olması ya da sahip olduğu payı belli bir süre elinde bulundurmuş olması gibi herhangi bir şart bulunmamaktadır.

Burada, bağlı şirketteki pay sahipliği sıfatının bağlı şirketin kayba uğradığı iş veya işlemin yapıldığı sırada mı yoksa dava açıldığı sırada mı bulunması gerektiği tartışılabilir. Bağlı şirketin pay sahibi sıfatıyla dava açma hakkına sahip olabilmesi için pay sahipliği sıfatının dava açıldığı esnada sahip olması gerektiği gibi dava süresince de devam etmesi gerekir³⁸⁹. Pay sahibi olan davacının dava devam ederken payını devretmesi halinde ise, yeni pay sahibinin davaya devam edip etmeyeceği hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi gereğince, yeni pay sahibinin davacı yerine geçeceği ve davaya kaldığı yerden itibaren devam edileceği³⁹⁰ ileri sürülebilir ise de; burada sadece tazminat istemi yönünden davaya kaldığı yerden devam edilebileceği, buna karşılık istem konusunun hakim şirket tarafından payın satın alınması olduğu durumda davaya devam edilemeyeceği söylenebilir. Yine, bu durumda mahkeme tarafından tazminat istemi yerine bağlı şirketteki payın hakim şirket tarafından satın alınmasına da karar verilemeyecektir. Zira; aksinin kabulü, kanunun amacına da ters düşecektir. Aynı şekilde, dava devam ederken hakim şirket tarafından bağlı şirketin pay sahibinin payının satın alınması halinde de davacı ve davalı sıfatı, yani alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmiş olduğundan hakim şirketin sorumluluğu sona erecek ve davaya devam edilemeyecektir.

³⁸⁹ OKUTAN NİLSSON, s. 343.

³⁹⁰ HMK. m. 125/II: “Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.”

bb. Bağlı Şirketin Alacaklıları

TTK. m. 202/I-b hükümünde hakim Şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması nedeniyle bağlı Şirketin alacaklılarına da sorumluluk davası açma hakkı tanınmıştır. TTK. m. 202/I-b uyarınca bağlı Şirket alacaklılarına tanınan sorumluluk davası açma hakkı, TTK'nın anonim Şirketlere ilişkin 553 ve devamı maddeleri hükümlerinin ve özelikle m. 556 hükümünün aksine, Şirketin iflasına baęlanmamıŐtır³⁹¹. Nitekim; bağlı Şirketin alacaklılarının, bağlı Şirket iflas etmemiŐ olsa dahi sorumluluk davası açabilecekleri TTK. m. 202/I-c hükümünde “*Alacaklılar da, (b) bendi uyarınca, Şirket iflas etmemiŐ olsa bile, Şirketin zararının Şirkete ödenmesini isteyebilirler.*” Şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Bununla birlikte; TTK. m. 202/I-e hükümünde “*Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 il 557, 560 ve 561 inci maddeler uygulanır.*” denilmek suretiyle açılacak olan sorumluluk davasında anonim Şirketlere ilişkin söz konusu maddelerin kıyas yoluyla uygulanması öngörülmüştür. Bu halde, 202/I-c hükümünde Şirket iflas etmiş olsa dahi alacaklıların dava açabileceği öngörülüyor olmasına rağmen TTK. m. 202/I-e hükümünde özellikle TTK. m. 556'yı da kapsar Şekilde yollama yapmış olması çeliŐkili görünse de; TTK. m. 202/I-e hükümünde “*kıyas yoluyla*” denildiği için anonim Şirketlere ilişkin söz konusu hükümlerin uygun düştüğü ölçüde açılacak olan sorumluluk davalarında uygulanacağı ifade edilmelidir.

b. Davalılar

TTK. m. 202/I-e hükümüne göre açılacak olan sorumluluk davalarında TTK.'nın 553, 555 ila 560 ve 561. maddelerinin kıyas yoluyla uygulanacağı ngrlmŐ oluğundan, TTK. m. 557 hkm uyarınca, bağlı Şirketin uğradığı kayıptan birden çok kişinin sorumlu olması halinde, bunlardan her biri, kusurlarına

³⁹¹ TTK. m. 556: “(1) Zarara uğrayan Şirketin iflası hâlinde, tazminatın Şirkete ödenmesini isteme hakkını Şirket alacaklıları da haizdir. Ancak, pay sahiplerinin ve Şirket alacaklılarının istemleri önce iflas idaresince ileri sürülür. (2) İflas idaresi birinci fıkrada öngörülen davayı amadığı takdirde, her pay sahibi veya Şirket alacaklısı mezkr davayı ikame edebilir. Elde edilen hasıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir. (3) Şirketin istemlerinin devrine ilişkin İcra ve İflas Kanununun 245 inci maddesi hkm saklıdır.”

ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle müteselsilen sorumlu olduklarından, pay sahiplerinin ve alacaklıların açmış oldukları sorumluluk davasında, birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve aynı davada her bir davalının tazminat borcunun belirlenmesini isteyebilir³⁹².

Bu itibarla; pay sahiplerinin ve alacaklıların açmış oldukları sorumluluk davasında aşağıda davalılar olarak belirtilmiş olan hakim şirket ve hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri yanında bağlı şirket yönetim kurulu üyelerini de birlikte dava edebilmesi mümkündür.

aa. Hakim Şirket

TTK. m. 202 hükmü uyarınca bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklıları tarafından açılacak olan sorumluluk davası, hakim şirket aleyhine açılabilir. Buradaki hakim şirket ifadesi, şirketler topluluğu ilişkisi içinde hakimiyeti eline bulunduranın bir teşebbüs olması halinde teşebbüsü de kapsar şekilde anlaşılmalıdır.

bb. Hakim Şirketin Yönetim Kurulu Üyeleri

Hakimiyetin kullanımının hukuka aykırılığı ve dolayısıyla bağlı şirket veya şirketlerin uğradığı kaybın, hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin kusurlu davranışları nedeniyle doğmuş olması halinde, TTK. m. 202 hükmü uyarınca bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklıları tarafından hakim şirket yönetim kurulu üyeleri aleyhine de sorumluluk davası açılabilir.

³⁹² TTK. m. 557: “(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. (2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. (3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.”

c. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TTK. m. 4'e göre, TTK'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Şirketler topluluğu ilişkisi ve bu ilişki içinde hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanılması nedeniyle bağlı şirket pay sahiplerine ve alacaklılarına tanınan sorumluluk davası açma hakkı, TTK'da düzenlenen hususlardan olduğundan, sorumluluk davasının ticari dava olduğu tartışmasıdır.

TTK. m. 5 uyarınca, aksine bir hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir. Buna göre; aksine bir hüküm bulunmadığından, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklıları tarafından açılacak olan sorumluluk davasına bakmakla görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir.

Özel olarak, TTK. m. 202/I-e hükmünde, pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla TTK.'nın 553, 555 ila 560 ve 561. maddelerinin uygulanacağı söylendikten sonra hakim teşebbüsün yurt dışında bulunması halinde tazminat davasının bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. TTK'nın "yetkili mahkeme" başlığını taşıyan 561. maddesinde de sorumlular aleyhine şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabileceği ifade edilmiştir.

Anılan madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklıları tarafından açılacak olan sorumluluk davası, gerek sadece hakim şirket aleyhine, gerek sadece hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine ve gerekse her ikisine birden açılacak olsun, yetkili mahkeme, hakim şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, hakim şirketin veya teşebbüsün yurt dışında bulunması halinde yetkili mahkeme, bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır.

d. Zamanaşımı³⁹³

Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı sorumluluk davasına, TTK. m. 202/I-e hükmü uyarınca kıyas yoluyla TTK'nın 553, 555 ila 557, 560 ve 561. maddeleri uygulanacağından, zamanaşımına ilişkin olarak da TTK. m. 560 hükmünün uygulanması gerekecektir.

TTK'nın "zamanaşımı" başlığı ile düzenlenmiş olan 560. maddesine göre, *"Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır."*

Kıyasen uygulanacak olan TTK. m. 560 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere; pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı sorumluluk davasındaki ileri sürülebilecek talepler yönünden zamanaşımı süresi, bağlı şirketin kaybına neden olan fiilin aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nda daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olan bir suçu oluşturmaması halinde, zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıldır.

Bu noktada; pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı sorumluluk davasındaki ileri sürülebilecek talepler yönünden zamanaşımı süresinin başlangıcı üzerinde durulması gerekir. TTK. m. 202/I-b uyarınca pay sahiplerinin ve alacaklıların dava yoluyla talep hakları, bağlı şirketin kaybına neden olan iş veya işlemin yapıldığı faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirmenin fiilen yerine getirilmemiş veya istem hakkı tanınmamış olması halinde doğduğu için beş yıllık uzun zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin bağlı şirketin kaybına neden olan iş veya işlemin yapıldığı faaliyet yılının sonu olduğu söylenebilir. Zira, uğranılan bir kaybın olup olmadığı ancak faaliyet yılı sonunda fiilen denkleştirmenin yapılmaması veya istem hakkı tanınmaması halinde anlaşılabilir olduğu gibi henüz doğmamış bir hakkın zamanaşımı süresinin başlamış olması da kabul edilemez. Bu itibarla; iki

³⁹³ TTK. m. 6: *"Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez."*

yıllık kısa zamanaşımı süresinin de söz konusu faaliyet yılı sonundan itibaren başlaması gerekecektir.

Yeri gelmişken, hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahiplerinin hakim şirket aleyhine açacağı sorumluk davasına ilişkin zamanaşımı süresine de değinilmesi gerekir. Bağlı şirketin kaybına neden olan iş veya işlemin yapılmasını sağlayan genel kurul kararına muhalif olan bağlı şirket pay sahiplerinin açacakları sorumluluk davasında zamanaşımı süresi, TTK. m. 202/II uyarınca genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilan edildiği tarihten başlayarak iki yıldır.

§ 14. ÖZEL DENETİM

I. GENEL OLARAK

TTK. m. 207'e göre, *“Denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.”*

Anılan hüküm, TTK'nın şirketler topluluğu ilişkilerini düzenleyen tam hâkimiyet ilişkilerine dair hükümlerin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür³⁹⁴.

Buna göre, hâkimiyetin yüzde yüz oranda olduğu durumlarda, bağlı şirketin alacaklıları yanında bağlı şirketin veya bağlı şirketlerin pay sahiplerinin de korunması istenmiştir. Yani, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahipleri sadece

³⁹⁴ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

hâkim şirketin talimatları nedeniyle bağlı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıplardan dolayı değil; şirketler topluluğu ilişkisi içinde yer alan tüm şirketler arasında hileli³⁹⁵ veya dolanlı işlemlerin bulunduğu denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi tarafından belirtir şekilde görüş bildirmesi halinde, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerine bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteme hakkı tanınarak korunmaları amaçlanmıştır.

Bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilecekleri bu davada, özel denetçiye ilişkin TTK. m. 438 ve devamı hükümleri kıyas yoluyla uygulanır³⁹⁶.

Özel denetimin, belli bir amaç için ve bu amaca yararlı bir süre içinde şirket işleri gereksiz aksatılmaksızın yapılması gerekir. Bu itibarla, şirket yönetim kurullarının şirketin defterlerinin, yazışmaları dahil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin verme zorunluluğu bulunmakla birlikte; şirketin kurucularının, organlarının, vekillerinin, çalışanlarının, kayyımlarının ve tasfiye memurlarının da önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi verme yükümlülüğü vardır³⁹⁷.

Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir³⁹⁸.

³⁹⁵ Türk Borçlar Kanunu m. 36: “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.”

³⁹⁶ PULAŞLI, s.180.

³⁹⁷ TTK. m. 441: “(1) Özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmalıdır. (2) Yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dâhil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin verir. (3) Kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık hâlinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir. (4) Özel denetçi, şirketin özel denetimin sonuçlarına ilişkin görüşünü alır. (5) Özel denetçi sır saklamakla yükümlüdür.”

³⁹⁸ TTK. m. 442: (1) Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir. (2) Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğrattığına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar verir.

II. MAHKEMEDEN ÖZEL DENETÇİ ATANMASININ TALEP EDİLEBİLMESİNİN ŞARTLARI

1. TTK. m. 207'ye Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi

TTK. m.207 uyarınca özel denetçi atanma koşulları şunlardır:

- Denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hakim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmiş olmalı,
- Bağlı şirketin pay sahibi tarafından bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, mahkemeden özel denetçi atanmasının istenmesi gerekir.

Özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibinin payının niceliği önemli değildir. Yani, bağlı şirketin veya şirketlerin her pay sahibi tarafından mahkemeden özel denetçi atanması talep edilebilir.

2. TTK. m. 406'ya Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi³⁹⁹

TTK. m. 406 uyarınca özel denetçi atanma koşulları şunlardır:

- Denetçi, şirketin hakim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazmış olmalı veya

(3) Mahkeme, şirket ve istem sahiplerine, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirmek ve ek soru sormak imkânını tanır.

³⁹⁹ TTK. m. 406: “a) Denetçi, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileriyle ilgili olarak sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazmışsa veya b) Yönetim kurulu, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukuki işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklamışsa, herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere özel denetçi atanabilir.”

- Yönetim kurulu, şirketin topluluk tarafından, bazı belirli hukuki işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklamış olmalı
- Bağlı şirketin pay sahibi tarafından bağlı şirketin, hakim şirketle veya hakim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisinin incelenmesi için mahkemeden özel denetçi atanması istenmesi gerekir.

2. TTK. m. 438'e Göre Özel Denetçi Atanmasının İstenmesi

TTK. m. 438 uyarınca özel denetçi atanma koşulları şunlardır⁴⁰⁰:

- Bağlı şirketin pay sahibi tarafından pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmış olmalı,
- Bağlı şirketin pay sahibi tarafından, gündemde yer almasa dahi belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasının genel kuruldan istenmiş olması,
- Genel kurulun bağlı şirketin pay sahibinin bu isteğini onaylamış olması,
- Bağlı şirket veya her pay sahibi tarafından otuz gün içinde mahkemeden özel denetçi atanmasının istenmesi gerekir.

Bağlı şirketin pay sahibi tarafından pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmış ve belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulması genel kuruldan istenmiş olmasına rağmen genel kurul tarafından bu istemin reddedilmesi halinde, TTK. m. 439'a göre mahkemece özel denetçi atanabilmesi için şu koşulların bulunması gerekir:

- Sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri veya

⁴⁰⁰ TTK. m. 438: "(1) Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir.(2) Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir."

- Halka açık anonim şirketlerde sermayenin yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya
- Paylarının itibarî değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri tarafından, üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atamasının istenmesi,
- Özel denetçi ataması isteminde bulunan yukarıda belirtilen pay sahiplerinin kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ispatlamaları gerekir⁴⁰¹.

§ 15. SATIN ALMA HAKKI

TTK. m. 208 hükmüne göre; “*Hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hakim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir.*”

Anonim şirketlerde, azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan ihraç edilmesi sonucunu doğuran, büyük pay sahiplerine tanınan azınlık pay sahiplerinin paylarını satın alma hakkına “squeeze-out” hakkı adı verilmektedir. Büyük pay sahiplerine tanınan bu hak ile şirketin faaliyetlerini ve karar almasını engelleyen pay sahiplerinin bu davranışlarını son verilmesi ve şirket içi barışın sağlanması amaçlanmaktadır⁴⁰².

⁴⁰¹ TTK. m. 439: “(1) Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir. (2) Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları hâlinde özel denetçi atanır.

⁴⁰² PULAŞLI, s.180.

TTK. m. 208'in gerekçesinde de, TTK. m. 208'de yer alan hükümlerle amaçlanan "Bir şirketin sermayesinin ve oy haklarının yüzde doksanbeşinin uygun gördüğü bir kararın alınıp uygulanmasına çoğu kişisel çeşitli sebeplerle karşı çıkan ortakların/paysahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verip şirket içi barışı sağlamak" olduğu ifade edilmiştir⁴⁰³.

Ancak, söz konusu hakkın kötüye kullanılması ve hatta azınlık pay sahiplerinin pay bedellerinin ödenmemesi tehlikesini dikkate alan kanun koyucu tarafından bu konuda karar verme yetkisi mahkemelere bırakılarak ve kanunda pay bedelleri belirlenerek, söz konusu kötüye kullanmalara ve özellikle pay bedelinin ödenmemesi tehlikesine engel olunmak istenmiştir⁴⁰⁴.

Buna göre; söz konusu satın alma hakkının kullanılabilmesi için mahkemeye başvurulması gerekli olup, payların satın alınmasını gerekli kılan haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı mahkeme tarafından tespit edilecektir⁴⁰⁵.

Mahkeme tarafından, hakim şirketin TTK. m. 208'den kaynaklanan satın alma hakkını kullanmasının uygun bulunması halinde, azınlık pay sahiplerinin pay bedelleri TTK. m. 202'de belirtilen esaslara göre belirlenerek hakim şirketin satın alma hakkını kullanması sağlanabilecektir.

§ 16. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUK

I. GENEL OLARAK

Kural olarak, şirketler topluluğu ilişkisi içinde yer alan her şirket hukuki olarak bağımsız olduklarından, yapmış oldukları iş ve işlemler nedeniyle bizzat kendi malvarlıklarıyla sorumludurlar. Bununla birlikte; kanunda özel olarak düzenlenmiş olan hallerde, şirketler topluluğu ilişkisi içindeki bir şirketin yapmış olduğu iş ve işlem nedeniyle doğan zararlardan topluluk içindeki diğer bir şirketin sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu anlamda, TTK. m. 209'da düzenlenmiş olan güven

⁴⁰³ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

⁴⁰⁴ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

⁴⁰⁵ KARAHAN, s. 153.

sorumluluğunun da her şirketin hukuki olarak bağımsız oldukları kabulüyle yapmış oldukları iş ve işlemler nedeniyle bizzat kendi malvarlıklarıyla sorumlu olacakları kuralının bir istisnası niteliğinde olduğu söylenebilir.

TTK. m. 209'a göre "*Hakim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.*"

Bilindiği üzere, şirketler topluluğu, birden fazla şirketin, ekonomik bir bütünlük oluşturacak şekilde merkezi sevk ve yönetim altında toplanmaları ile oluşan bir topluluktur. Şirketler topluluğu ilişkisi içinde söz konusu olan bu merkezi sevk ve yönetim durumu, topluluk içindeki bağlı şirketin veya şirketlerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde de doğrudan veya dolaylı olarak etkili olabileceği⁴⁰⁶ için topluluk içindeki bağlı şirketin veya şirketlerin yapmış oldukları iş ve işlemlerden dolayı merkezi sevk ve yönetim gücünü elinde bulunduran hakim şirketin de sorumluluğunun bulunduğu, kuşkusuz kabul edilmesi gereken bir durumdur.

Uygulamada, hakim şirketin şirketler topluluğu ilişkisi içinde sahip olduğu merkezi sevk ve yönetim gücü ile bağlı şirketin veya şirketlerin üçüncü kişilerle olan ilişkilerindeki etkisi; doğrudan sözleşme görüşmelerine katılarak olabileceği gibi, kamuya yönelik olarak yapılan açıklamalarla bağlı şirketin veya şirketlerin üçüncü kişiler nezdinde güven kazanmasını sağlayarak dolaylı olarak da olabilir⁴⁰⁷. Gerçekten de uygulamada, bağlı şirketin veya şirketlerin kırtasiyelerinde, ilanlarında ve reklamlarında hakim şirketin adının kullanılması suretiyle toplumun ve tüketicilerin güveni kazanılmakta ve böylece üçüncü kişilerin bağlı şirket veya şirketlerle sözleşme ilişkisi içine girmeye yönelmeleri sağlanmaktadır. İşte, bu ve benzeri durumlarda, hakim şirketin bağlı şirket veya şirketler ile üçüncü kişiler arasında kurulan sözleşme ilişkisine doğrudan bir etkisi olmasa dahi dolaylı olarak etkisi vardır.

Hakim şirketin, bağlı şirketin veya şirketlerin, toplum veya tüketici nezdinde güven yaratacak bu ve benzeri davranışlarda bulunarak, kendi tavır ve sorumluluklarına ilişkin olarak somut beklentiler uyandırdıktan sonra, sağladıkları bu güven nedeniyle oluşan beklentileri dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde

⁴⁰⁶ REHBINDER, Eckard, Konzern- und Allgemeines Privatrecht, Zürich 1969, s. 23.

⁴⁰⁷ YILMAZ, s. 154.

karşılammamalarından dolayı mevcut veya potansiyel alacaklılarının doğan zararları nedeniyle sorumlu tutulup tutulamayacakları, şirketler topluluğuna güven sorumluluğu konusunu ilgilendirir.

Bu itibarla, genel olarak, şirketler topluluğuna güven sorumluluğundan; hakim şirketin, bağlı şirketin veya şirketlerin, kendi tavır ve sorumluluklarına ilişkin olarak bağlı şirketin mevcut veya potansiyel alacaklıları nezdinde somut beklentiler uyandırdıktan sonra bu beklentilerin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde karşılanmaması nedeniyle doğan zararlardan sorumluluk anlaşılmalıdır⁴⁰⁸.

Şirketler topluluğunda yer alan her şirket hukuki olarak bağımsızlığını koruyor olduğundan faaliyet alanlarına ilişkin olarak serbestçe hukuki işlemlerde bulunup, haklar ve borçlar edinebilirler. Bunun için hakim şirketin onayına veya iznine gerek yoktur. Şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin birbirleriyle olan ilişkileri topluluğun iç ilişkisi olup, topluluk içindeki şirketlerle hukuki ilişki içinde bulunan veya yeni bir hukuk ilişkiye girecek olan kişileri ilgilendirmez. Bununla birlikte, bağlı şirketin veya şirketlerin üçüncü kişilerle girmiş olduğu hukuki ilişkilerde hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun itibarını kullanarak güven sağlaması uygulamada sıklıkla görülen bir durumdur. Böyle bir durumun ortaya çıkması, bizzat hakim şirket tarafından sağlanabileceği gibi, hakim şirketin açık veya kapalı rızası ile bağlı şirket veya şirketler tarafından da sağlanabilir. TTK. m. 209 hükmü ile hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun itibarına duyulan güvenden dolayı zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumluluk hali düzenlenmiştir⁴⁰⁹. Başka bir ifadeyle; şirketler topluluğuna güvenden doğan sorumluluk, mevcut veya potansiyel müşterilerin hakim şirkete ve dolayısıyla da şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlere duymuş oldukları güven nedeniyle uğradıkları zararların tazminine ilişkindir.

TTK'nın "Güvenden doğan sorumluluk" başlığını taşıyan 209. maddesi ile, İsviçre Federal Mahkemesinin Wibrü/Swissair kararı ile kabul edilen ve Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan şirketler topluluğunun toplumda ve tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu hükme bağlanarak, şirketler

⁴⁰⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6102ss.pdf>; YILMAZ, s. 154.

⁴⁰⁹ GÜRPINAR, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 214.

topluluğu bağlamında hakim şirketin toplumda ve tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde, bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca, söz konusu hüküm ile Türkiye, şirketler topluluğuna güvenden doğan sorumluluk konusunda kanuni düzenleme yapan ilk ülke olmuştur⁴¹⁰.

TTK. m. 209'un gerekçesinde de özellikle vurgulandığı üzere, TTK. m. 209 hükmünün düzenlenmesinde İsviçre Federal Mahkemesinin Wibru/Swissair kararının etkili olması nedeniyle şirketler topluluğuna güven sorumluluğuna ilişkin TTK. m. 209 hükmünün anlam ve önemini tespiti açısından anılan mahkeme kararının gerekçeleri ile açıklayıcı ve sonuçlarıyla bağlayıcı olduğu söylenebilir.

1. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Wibru/Swissair Kararı

a. Davacının İddiası⁴¹¹

Davacı, "Wibru Holding AG" şirketi, "IGR Holding Golf and Country Residences AG" şirketi ile imzalamış oldukları 22 Aralık 1998 tarihli sözleşme uyarınca peşin olarak ödedikleri 90.000 İsviçre Frankı karşılığında kendilerine "IGR Holding Golf and Country Residences AG" şirketi tarafından yurt içindeki ve yurt dışındaki golf alanlarına yakın yerlerde bulunan lüks konaklama hizmeti sağlayan üyelik hakkı tanındığını; "IGR Holding Golf and Country Residences AG" şirketinin "Euroactividade AG" şirketine devir edilmiş olması nedeniyle "IGR Holding Golf and Country Residences AG" şirketi tarafından kendilerine önce, sunulan hizmet modelinde değişiklikler yapılacağını duyurulduğunu ancak daha sonra gönderilen bir mektupla ise planlanan şekilde üyelere hizmet sunma aşamasına henüz gelinememiş olması nedeniyle sözleşmeyi feshetmek veya yapılacak olan değişiklikler kapsamında sözleşmeye devam etme haklarının olduğunun bildirilmesi üzerine, şirketlerince fesih hakkının kullanıldığını ve yapılmış olan ödemelerin faiziyle iade edilmesi için beklenildiğini, ödemelerin iade edilmemesi ve "IGR Holding Golf and Country Residences AG" şirketine birçok defa gönderilen

⁴¹⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6102ss.pdf>.

⁴¹¹ Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 120 11 331; **YILMAZ**, s. 163.

iharnamelerin de sonuçsuz kalması üzerine, “IGR Holding Golf and Country Residences AG”nin bağılı olduğu hakim şirket olan “Swissair Beteiligungen AG” şirketine başvurulduğunu ancak ödemenin yapılmadığını, kendilerinin “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin mali gücüne ve imajına itibar etikleri için “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine güvendiklerini ve ilgili sözleşmeyi imzaladıklarını; “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin kendilerine karşı garanti yükümlülüğü altında olduğunu ve ayrıca dürüstlük kurallarına aykırı davranmış olması nedeniyle haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olduğunu ileri sürerek, şirketleri tarafından 22 Aralık 1998 tarihli sözleşme kapsamında “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine ödenmiş olan bedelin “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin bağılı olduğu hakim şirket olan “Swissair Beteiligungen AG” şirketinden tahsiline karar verilmesi talep ve dava etmiştir.

b. Dava konusu Olaya İlişkin Edinilen Bilgiler⁴¹²

“Swissair Beteiligungen AG” şirketi, “Swissair Luftverkehr AG” şirketinin tam hakimiyeti altında olan bağılı şirkettir. “IGR Holding AG” şirketi ise, “Swissair Luftverkehr AG” şirketinin tam hakimiyeti altında olan “Swissair Beteiligungen AG” bağılı şirketi tarafından kurulmuş olan bir şirket olup, ticaret unvanı daha sonra “IGR Holding Golf and Country Residences AG” olarak değiştirilmiştir.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin faaliyet konusu, müşterilerine yurt içinde ve yurt dışında golf alanlarına yakın yerlerde bulunan lüks konaklama hizmeti sunmaktır. Bu anlamda, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi, gerçek veya tüzel kişi olabilecek müşterilerine 30.000 ila 90.000 İsviçre Frankı arasında değişen peşin kira bedelleri karşılığında üyelik hakkı tanımaktadır. “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi tarafından verilen bu üyelik hakkı kapsamına göre, müşterilerin her yıl ödeyecekleri peşin kira bedelleri karşılığında lüks konaklama yerlerinde bizzat konaklama veya bu konaklama hizmetinden başkalarını yararlandırma hakları bulunmaktadır.

⁴¹² Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 120 11 331. ; **YILMAZ**, s. 163 -173.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi tarafından 1998 yılı Aralık ayında mevcut ve potansiyel müşterilere gönderilen bir mektupla, şirketleri tarafından sunulan hizmete çok ilgi gösterildiği ve bir çok şirkete üyelik hakkı tanındığı bildirilmiştir.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin reklam dokümanlarında, “Swissair Luftverkehr AG” şirketinin tam hakimiyeti altında olan “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin bağlı şirketi oldukları ön plana çıkarılmıştır. Yani, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi, Swissair şirketler topluluğunun bir üyesi olduğunu ön plana çıkarmıştır.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin mektup kağıtlarında, reklam broşürlerinde “Swissair” unvanı, logosu kullanılmakla birlikte, bağlı şirket olduklarını gösteren “Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair” ifadesi de kullanılmıştır.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” ve “Wibru Holding AG” arasında 22 Aralık 1998 tarihli sözleşme imzalanmıştır. İmzalanan bu sözleşme uyarınca “Wibru Holding AG” tarafından peşin olarak ödenen 90.000 İsviçre Frankı karşılığında “IGR Holding Golf and Country Residences AG” tarafından “Wibru Holding AG”ye üyelik hakkı tanınmıştır.

“Swissair Beteiligungen AG” ekonomik durumunun kötüye gitmesi nedeniyle “IGR Holding Golf and Country Residences AG” yi “Euroactividade AG” adlı bir şirkete satma kararı almıştır. Buna rağmen, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” tarafından söz konusu bu karar gizlenerek, 16 Şubat 1989 tarihli bir yazıyla müşteriler “Euroactividade AG” şirketi ile işbirliği yapılacağı şeklinde bilgilendirilmiş ve ayrıca 29 Nisan 1989 tarihli bir yazıyla da “Swissair Beteiligungen AG”nin “Euroactividade AG”nin azınlık hisselerini satın alacağı ve 10 Mayıs 1989 tarihinden itibaren “Euroactividade AG”nin bağlı şirketi olarak hizmetlerine devam edecekleri açıklanarak, bu kapsamda üyelere sunulan hizmet modelinde değişiklikler yapılacağı duyurulmuş ve daha sonra gönderilen 23 Ağustos 1989 tarihli bir mektupla da müşterilere “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin “Euroactividade AG” şirketine devir işlemlerinin tamamlanmış olduğu bildirilmiştir.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi tarafından müşterilere gönderilen 7 Mart 1990 tarihli mektupta ise, yapılan devir işlemi kapsamında planlanan şekilde üyelerine hizmet sunma aşamasına henüz gelinemediğinden müşterilerin üyelik sözleşmelerini feshedebileceği veya yeniden düzenlenecek sözleşme hükümlerine göre üyeliklerini devam ettirme hakkına sahip oldukları açıklanarak, sözleşmenin feshedilmesi halinde şimdiye kadar yapılan ödemelerin % 7 oranında faiz uygulanarak iade edilmesine karar verilmiş olduğu bildirilmiştir.

“Wibru Holding AG” şirketi tarafından sözleşmenin feshi hakkı kullanılmış ve ödenmiş olan üyelik bedellerinin iade edilmesi beklenilmiş ve bu hususta “IGR Holding Golf and Country Residences AG”ye birçok kez ihtar gönderilmiştir.

Sözleşme feshedilmiş olmasına ve birçok kez kendisine ihtarname gönderilmiş olmasına rağmen “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi tarafından “Wibru Holding AG” şirketine yapmış oldukları ödemeler iade edilmemiştir.

Yapmış oldukları ödemeleri “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinden iade alamayan “Wibru Holding AG” şirketi, yapmış olduğu ödemeleri geri alabilmek için “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin bağlı olduğu, yani hakim şirket olan “Swissair Beteiligungen AG” şirketine başvurmuştur. “Swissair Beteiligungen AG” şirketi tarafından bu başvuruya verilen cevabi yazıda; “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin “Euroactividade AG” şirketinin yüzde yüz oranında bağlı şirketi olduğunu ve “IGR Holding Golf and Country Residences AG” hakkında iflasın açılmasına karar verildiğini bildirilerek, “Wibru Holding AG” şirketinin “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine yapmış olduğu ödemeleri “Wibru Holding AG” şirketine iade etmemiştir.

c. Gerekçe ve Karar⁴¹³

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin mektup kâğıtlarında, reklam broşürlerinde “Swissair” unvanı, logosu “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin bağlı şirket olduğunu gösteren “Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair” ifadesi kullanılarak, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin hizmet sunduğu faaliyet alanında Swissair şirketler topluluğunun bir üyesi olduğunu ön plana çıkarmış olması nedeniyle mevcut ve potansiyel müşterilerde haklı beklentiler oluştuğu kabul edilerek, bu durum, “Swissair Beteiligungen AG” şirketi tarafından “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi lehine yapılmış bir himaye beyanı olarak kabul edilmiştir⁴¹⁴.

Reklam niteliğindeki beyanlarda sözleşme yapma iradesi yer almadığı için ve özellikle reklam broşürlerinin hiçbir yerinde “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin borçlarını ifa edeceği yönünde bir ifade yer almadığı için “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “Wibru Holding AG” şirketine karşı garanti yükümlülüğü altında olmadığı ve dolayısıyla da “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “Wibru Holding AG” şirketine karşı sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk olmayacağı kabul edilmiştir. Aynı şekilde; somut olayda, “Wibru Holding AG” şirketinin uğradığı zarara “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin haksız bir davranışı neden olmadığından, “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “Wibru Holding AG” şirketine karşı sorumluluğunun haksız fiilden de kaynaklanan bir sorumluluk olmadığı kabul edilmiştir⁴¹⁵.

“Swissair Beteiligungen AG” şirketinin davranışlarıyla “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin müşterisi olan “Wibru Holding AG” şirketinde haklı beklentiler uyanmış olduğundan, “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin şirketler topluluğuna duyulan güvenden dolayı “Wibru Holding AG” şirketinin bu beklentilerinin boşa çıkmış olması nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu tutulabileceği; bu anlamda, “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “Wibru Holding

⁴¹³ Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 120 11 331.

⁴¹⁴ YILMAZ, s. 167.

⁴¹⁵ YILMAZ, s. 168.

AG” şirketine karşı sorumluluğunun temelinde dürüstlük kurallarının yer aldığı kabul edilmiştir⁴¹⁶.

Hakim şirket konumunda kabul edilen “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin, bağlı şirketi olan “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin müşterisi olan “Wibru Holding AG” şirketi nezdinde kendisine yönelik olarak yaratmış olduğu güvenden dolayı iki tür koruma yükümlülüğünün olduğu belirtilmiştir. Buna göre, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin mektup kağıtlarında, reklam broşürlerinde “Swissair” unvanı, logosu, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin bağlı şirket olduğunu gösteren “Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle “Wibru Holding AG” şirketi nezdinde “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine mali kaynak sağlayabileceği yönünde haklı bir beklentinin oluşmasına neden olduğundan, “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin öncelikle, “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine ekonomik açıdan yeterli güvence sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca; “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketinin mali durumu hakkında yanlış veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin, “Wibru Holding AG” şirketini aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir.

“IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketi tarafından 1998 yılı Aralık ayında gönderilen mektupta, şirketleri tarafından sunulan hizmete çok büyük ilgi gösterildiği ve bir çok şirkete üyelik hakkı tanındığı yönündeki bilgilendirmenin gerçeğe aykırı olmasıyla birlikte; “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin ekonomik durumunun kötüye gitmesi nedeniyle “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketini “Euroactividade AG” şirketine satma kararı almış olduğunun da “Wibru Holding AG” şirketinden ve diğer müşterilerden gizlenmiş olduğu belirtilerek, “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin “Wibru Holding AG” şirketini ve diğer müşterileri aydınlatma yükümlülüğü bulunmasına rağmen doğru bir şekilde bilgilendirme yapmamış olması nedeniyle, gerek “Wibru Holding AG” şirketinin gerekse diğer müşterilerin güvenini dürüstlük kuralına aykırı davranarak boşa çıkarmış olduğu kabul edilmiştir.

⁴¹⁶ YILMAZ, s. 170.

Yukarıda açıklanan sebeplerle; hakim şirket konumunda bulunan “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin var olan itibarının kullanılması suretiyle “IGR Holding Golf and Country Residences AG” şirketine sağlanan güvenden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması nedeniyle dürüstlük kurallarına aykırı davrandığından “Wibru Holding AG” şirketinin uğradığı zarardan “Swissair Beteiligungen AG” şirketinin sorumlu tutulmasına karar verilmiştir⁴¹⁷.

2. TTK. m. 209 Hükümünün Amacı

TTK. m. 209’un gerekçesinde hükümün amacının, “*şirketler topluluğu bağlamında hakim şirketin toplumda veya daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamak*” olduğu ifade edilmiş ve bu güveninin kullanılması nedeniyle şirketler topluluğu ilişkisi içindeki bağlı şirket veya şirketler ile alacaklıları için olumsuz sonuçların doğmaması için hakim şirket tarafından yaratılan güven veya başka bir ifadeyle, şirketler topluluğuna duyulan güven bağlamında bağlı şirketin veya şirketlerin de dikkate alınması gerekmiş olup, TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin maddeleri arasında yer alan ve “Güvenden doğan sorumluluk” başlığını taşıyan 209. maddesi düzenlenmiştir⁴¹⁸.

Bilindiği üzere, hakim şirketin ve dolayısıyla şirketler topluluğunun adının toplumda veya tüketiciler nezdinde yüksek bir itibara sahip olması halinde, bu topluluk içinde bulunan bağlı şirketin veya şirketlerin de hakim şirketin ve dolayısıyla da topluluğun adını kırtasiyelerinde, ilanlarında ve reklamlarında kullanmak suretiyle müşterileri kendilerine bağlamaları ve böylece ticari menfaat temin ederek fazlasıyla ekonomik kazanç elde etmeleri mümkündür. TTK. m. 209’un gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere; hakim şirketin ve dolayısıyla topluluk adının etkisi ile toplumun ve daha dar anlamda tüketicilerin topluluk içinde yer alan bağlı şirketin veya şirketlerin dürüst davranacağına, verdikleri bilgilerin, kamuya

⁴¹⁷ Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 120 11 331. ; YILMAZ, s. 173.

⁴¹⁸ BOYACIOĞLU, s. 3;

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariyasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>

açıklanan tablo ve belgelerin gerçeği yansıttığına güvenerek bağlı şirkete yönelmesi ve böylece pazar payının yükselmesi mümkündür⁴¹⁹.

TTK. m. 209, şirketler topluluğunun ticari hayatta sebep olduğu bu sonuçları dikkate alarak; hakim şirketin veya şirketler topluluğunun itibarının, bu itibarın unsurları olan adının, markasının, logosunun, sloganlarının topluluk içindeki bağlı şirket veya şirketler tarafından hakim şirketin açık veya kapalı izni ile kullanılması suretiyle toplumda veya tüketicilerde güven yaratılarak, bağlı şirketin veya şirketlerin kendi tavır ve sorululuklarına ilişkin olarak mevcut veya potansiyel alacaklıları nezdinde somut beklentiler uyandırdıktan sonra bu beklentileri dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde karşılamaması nedeniyle hukuki ilişki içinde girdikleri kişilerin zarar görmesi halinde, hakim şirketin de söz konusu olan bu zarardan sorumlu olması amaçlanmıştır⁴²⁰.

Öte yandan, belirtmelidir ki; şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirketin veya şirketlerin, hakim şirketin ve dolayısıyla şirketler topluluğunun itibarını kullanarak toplum veya tüketiciler nezdinde yaratmış olduğu güven ile kendilerini kayba uğrayacak olmasına rağmen hakim şirketin yararına olan hukuk işlem ve eylemlerde bulunmaları da mümkündür. Nitekim, TTK. m. 202'de de belirtildiği üzere, hakim şirket hakimiyetini kullanmak suretiyle bağlı şirketi veya şirketleri kendi kayıplarına neden olabilecek hukuki işlem ve eylemlerin yapılmasına yöneltebileceği gibi, özellikle TTK. m. 203'de belirtilen tam hakimiyet durumunda bu işlemlerin ve eylemlerin yapılması için bağlı şirkete veya şirketlere açıkça talimat da verebilir.

Nihayet, şirketler topluluğuna güven sorumluluğunun TTK. m. 209'da hükme bağlanarak, şirketler topluluğuna güvenerek bu topluluk içinde yer alan şirketlerle hukuki ilişki içine giren kişilerin zarar görmelerinin engellenmek istendiği söylenebilir. Bu kapsamda; yasaklanan davranış da, şirketler topluluğu içindeki şirketlerin topluluğun itibarını kullanarak toplumda veya tüketiciler nezdinde güven ve bu güvene istinaden somut beklentiler uyandırıp, bu beklentilerin karşılanacağına olan inançları nedeniyle kendileriyle hukuki ilişki kuran kişilerin beklentilerinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşılanmamasıdır. Ayrıca; anılan hükümle, hakim

⁴¹⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

⁴²⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>;
YILMAZ, s. 154.

şirkete bu nedenle sorumluluk yüklenerek, adının ve dolayısıyla da topluluk adının kullanılmasında özen ve denetim yükümlülüğü yüklenmiş olduğu savunulabilir.

II. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK’da şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından, bu hususta genel olarak güven sorumluluğuna ilişkin doktrin ve yargı kararlarından yola çıkılarak şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun hukuki niteliği tespit edilebilecektir.

Genel olarak, şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk; şirketler topluluğu ilişkisinde yer alan bağlı şirketin veya şirketlerin hakim şirketin itibarını kullanarak toplum veya tüketiciler nezdinde güven sağlayıp, haklı beklentilerin oluşmasına neden olmaları karşısında, hakim şirketin bu beklentilerin boşa çıkmaması yönünde üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirilmemiş olması nedeniyle bağlı şirketle veya şirketlerle hukuki ilişki içinde bulunanların karşılığını bulunmayan haklı beklentilerinden dolayı uğradıkları zararlardan hakim şirketin sorumluluğu olarak ifade edilebilir.

Gerek doktrinde⁴²¹ gerekse yargı kararlarında⁴²², şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluğun kaynağının, “culpa in contrahendo” sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir. Şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun temelinde “culpa in contrahendo” sorumluluğu bulunduğu söylenebilir ise de “culpa in contrahendo” sorumluluğu tam olarak şirketler topluluğunda güven sorumluluğunu karşılayamadığı söylenebilir. Zira, Latince bir sözcük olan “culpa in contrahendo”, sözcük anlamı itibariyle bir sorumluluk türü olmayıp bir kusur şeklidir. “Culpa” sözcüğü kusur anlamına, “contrahendo” sözcüğü ise sözleşme kurma eylemi anlamına gelip, bir bütün olarak “culpa in contrahendo” kavramı sözleşmenin kurulması sırasındaki kusuru, yani henüz sözleşme oluşmadan önceki kusur

⁴²¹ HOFSTETTER, Karl, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Tübingen 1995, 219; REHBINDER, s. 329.

⁴²² Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 120 11 331.

durumunu ifade etmektedir⁴²³. Oysa, şirketler topluluğu hukukunda güven sorumluluğunda, hakim şirketin kusuru; sadece sözleşmenin kuruluşundan önceki zamanı değil, sözleşme yükümlülüklerinin ifa edilmesinde ve sözleşmenin uygulanmasında, hakim şirketin, şirketler topluluğuna güven sorumluluğu kapsamında yükümlü olduğu davranışları yapmaması nedeniyle doğan kusurları da kapsamına almaktadır.

TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri arasında güven sorumluluğu hali dışında, hakim şirketin sorumluluğuna dair yer alan hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, TTK. m. 209'da yer alan hakim şirketin güven sorumluluğu, hakim şirkete sorumluluk öngören diğer hükümlerden düzenleme konuları açısından farklı olduğu gibi, hakim şirketin sorumluluktan kurtulabilmesine ilişkin hükümler, zamanaşımı ve hakim şirketin sorumlu oldukları açısından da farklılık taşımaktadır. Bununla birlikte, hakim şirketin sözleşme ilişkisi içinde olmadığı üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun düzenlendiği söz konusu sorumluluk hükümlerinin hepsinin temelinde, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bir haksız fiil olduğu söylenebilir⁴²⁴. Bu itibarla, şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun esasen haksız fiil benzeri bir sorumluluk türü olduğu söylenebilir.

III. GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

TTK. m. 209 uyarınca, şirketler topluluğunun itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, hakim şirket, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu olur. Bu anlamda, hakim şirketin güvenden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hakim şirketin özel ölçüde güven sağlamaya elverişli davranışları nedeniyle toplum veya tüketiciler nezdinde kendisine karşı güven oluşmuş olması ve oluşan bu güvenin de korunmaya değer olması gerekir.

⁴²³ KABAĞAÇ, Sina/ ALOVA, Erdal, Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s. 130 – 131 – 142.

⁴²⁴ AKER, Halit, “Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK. m.209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-halitaker-1.htm&query=%FEirketler%20toplulu%FOu#fm>, 13. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türkiye'ye Armağan projesinde yayınlanmıştır. <http://www.law.ankara.edu.tr>)

Şirketler topluluğunda, hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğunun bulunduğundan söz edebilmek için şu şartların tamamının birlikte bulunması gerekir:

- Hâkim şirketin kendisine ve dolayısıyla da şirketler topluluğuna yönelik itibarı arttırıcı güven verici davranışlarının bulunması;
- Toplumun veya tüketicilerin hâkim şirkete ve dolayısıyla şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirkete veya şirketlere duymuş olduğu güvenin korunmaya değer olması;
- Mevcut veya potansiyel müşterilerin duymuş oldukları güven nedeniyle şirketler topluluğunda yer alan şirketlerle yeni hukuki ilişkiler kurmaları veya var olan hukuki ilişkilerini sürdürmeleri;
- Mevcut veya potansiyel müşterilerin şirketler topluluğunda yer alan şirketlerle yeni özel hukuk ilişkileri kurmaları veya var olan hukuki ilişkilerini sürdürmelerine neden olan güven verici davranışların hakim şirket tarafından yapılması ya da bu davranışların dolaylı da olsa hakim şirkete isnat edilebilir olması;
- Hakim şirketin, yaratmış olduğu veya yaratılmasına rıza gösterdiği güven nedeniyle dürüstlük kuralları uyarınca üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi;
- Hakim şirketin üzerine düşen bu yükümlülükleri yerine getirmemiş olması nedeniyle bağlı şirketle veya şirketlerle hukuki ilişki içine giren veya girecek olan kişilerin bu ilişkilerden kaynaklı somut beklentilerinin karşılanmamış olması;
- Şirketler topluluğu içindeki bağlı şirketle veya şirketlerle hukuki ilişki içine giren veya girecek olan kişilerin bu ilişkilerden kaynaklı somut beklentilerinin karşılanmamış olması nedeniyle zarara uğramaları gerekir⁴²⁵.

Şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk halinin doğabilmesi için öncelikle, hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. TTK. m. 209'da yer alan düzenleme de dikkate alındığında “*Hakim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde...*” denilmek suretiyle hakim

⁴²⁵ YILMAZ, s. 154.

şirketin güvenden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, şirketler topluluğunun itibarının topluma ve tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması aranmıştır.

Bu itibarla, her şirketler topluluğuna ilişkin olarak TTK. m. 209 uygulanamaz. Zira, şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk halinin doğabilmesi için hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması arandığından bu şekilde bir itibara sahip olmayan hakim şirketin bulunduğu topluluklar için şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk hali söz konusu olamayacaktır.

Nitekim; TTK. m. 209'un gerekçesinde de “*Her şirketler topluluğu hükmün kapsamında değildir. Bir topluluğun kapsama girebilmesi için itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Bu da, somut olaya göre belirlenir.*⁴²⁶” denilmek suretiyle şirketler topluluğunun itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olması, şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk halinin bir ön şartı olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olan bu itibarı nedeniyle, şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirketin veya şirketlerin sözleşmenin kurulacağı ya da sözleşmedeki edimlerin usulüne uygun şekilde yerine getirileceği yönünde sanki hakim şirket de sözleşmenin tarafıymış gibi davranarak güven oluşturması ve oluşan bu güven nedeniyle mevcut veya potansiyel müşterilerde meydana gelen somut beklentilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak karşılanmaması nedeniyle mevcut veya potansiyel müşterilerin zarara uğramış olmaları gerekir. Anlaşılacağı üzere, şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumlulukla korunmak istenen güven, mevcut veya potansiyel müşterilerde oluşan soyut değil, somut güvendir.

TTK. m. 209'da “... *bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.*” denilerek, şirketler topluluğundan güvenden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için “itibarın kullanılması” şart olarak düzenlenmiştir. Yani; hakim şirket, bağlı şirket veya şirketlerin itibarını kullanması nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Bağlı şirket veya şirketler tarafından hâkim şirketin sahip olduğu

⁴²⁶ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6102ss.pdf>.

itibarın kullanılması söz konusu değilse, bu halde hakim şirketin güvenden doğan sorumluluğundan da söz edilemeyecektir.

Şirketler topluluğundan güvenden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gereken bir diğer şart, zarar şartıdır. Buna göre; bağlı şirketin veya şirketlerin hakim şirketin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun itibarını kullanarak kendilerine ilişkin olarak mevcut ya da potansiyel müşterileri nezdinde güven yarattıktan sonra, yaratılmış olan bu güven nedeniyle dürüstlük kurallarına aykırı olarak haklı beklentileri karşılanmamış olan mevcut ya da potansiyel müşterilerin zarar görmüş olması gerekir.

Söz konusu bu zarardan hakim şirketin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ise; hakim şirketin itibarının kullanılmasına açık veya örtülü olarak rıza göstermiş olması nedeniyle doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olması gerekir. Daha önce de ifade edilmiş olduğu üzere, hakim şirketin bu yükümlülükleri dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Dürüstlük kurallarının bir gereği olan söz konusu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde hakim şirketin kusurlu olduğu kabul edilir. Zira, ancak bu halde, şirketler topluluğuna duymuş oldukları güven nedeniyle zarara uğramış olanların, uğramış oldukları bu zararla hakim şirketin kusuru arasında nedensellik bağı kurulabilir.

Bu itibarla, özet olarak, şirketler topluluğundan güvenden doğan sorumluluğun şartlarının haksız fiil nedeniyle tazminatın şartlarını karşıladığı söylenebilir.

IV. TALEP SAHİBİ VE MUHATABI

Şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluğa ilişkin TTK. m. 209'da yer alan düzenleme ile şirketler topluluğunda yer alan bağlı şirket veya şirketler tarafından topluluğun veya başka bir ifadeyle hakim şirketin itibarı kullanılmak suretiyle mevcut ve potansiyel müşterilerin güveni sağlandıktan sonra, sağlanan bu güven nedeniyle mevcut ve potansiyel müşterilerde oluşan haklı ve somut beklentilerin karşılanmamış olması nedeniyle mevcut ve potansiyel müşterilerin uğramış oldukları zararların karşılanması amaçlanmıştır.

Buna göre, güven sorumluluğuna dayanarak tazminat talep etme hakkına sahip olanlar; itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olan bir şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirket veya şirketler tarafından kendisine karşı topluluk itibarı kullanılan ve bu nedenle duymuş oldukları güvenden dolayı haklı beklenti içinde bulunarak hareket eden ancak bu haklı beklentileri dürüstlük kurallarına aykırı şekilde karşılanmamış olduğundan zarar gören gerçek ve tüzel kişilerdir⁴²⁷.

Şirketler topluluğunda güven sorumluluğundan doğan tazminat taleplerinin muhatabının ise; TTK. m. 209'da yer alan hükümden açıklıkla anlaşıldığı üzere, hakim şirket olduğu tartışmasızdır. Bu halde, hakim şirketin itibarını kullanan bağlı şirketlerin veya şirketlerin sorumluluğu ise, TTK. m. 209'da dolayı değil; sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklı bir sorumluluk hali olup, genel hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

V. ZAMANAŞIMI

TTK. m. 209'da şirketler topluluğunda güven sorumluluğundan kaynaklı tazminat talepleri için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle, şirketler topluluğunda güven sorumluluğundan kaynaklı tazminat talepleri için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca genel zamanaşımı süresi 10 yıldır⁴²⁸.

⁴²⁷ YILMAZ, s. 309.

⁴²⁸ Türk Borçlar Kanunu m. 146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

SONUÇ

2.Dünya savaşı sonrası mikro ve makro ekonomik koşullarda değişen ve gelişen uluslararası yatırım iklimi gerek ülkeleri gerek şirketleri etkilemiş ve değişimlerde bulunmaya zorlamıştır. Ülkeler yeni yatırımları ülkesine çekebilmek adına ulusal mevzuatlarında yer yer kendi vatandaşlarından bile daha nitelikli uygulamaları birbiri ardına gerçekleştirmeye başlamış bu durum karşısında ise şirketler tarihsel süreç içerisinde karşılaştıkları risk türleri hususlarında çok daha hassas davranış biçimlerini hayata geçirmişlerdir. Doğrudan yabancı yatırımın günümüzde geldiği noktada çok uluslu şirketler söz konusu yatırım biçiminin en büyük uygulayıcıları olmakla beraber yapıları gereği birden çok ülkede faaliyet gösteren ve bir ana şirket ve bir ya da birden fazla bağlı şirketten oluşan uluslararası oluşumlardır. Artan bağlı şirketler dolayısıyla gerek iç gerek dış yapılanmaları çetrefilli nitelikler barındıran çok uluslu şirketlerin sahip oldukları ekonomik güç dengeleri günümüzde pek çok ülke ekonomisinden daha güçlü bir derinlik barındırmaktadır. Bu güçlü ekonomik derinlik yatırım yapılan ülkeden ülkeye farklı olumlu ve olumsuz sonuçlar doğurabilmekle beraber hala en çok tercih edilen yatırım biçimi olma özelliğini korumaktadır.

Bahsettiğimiz hususlar dahilinde gerçekleşen çok uluslu şirket yatırımlarının korunması konusu da uluslararası hukuk içerisinde özellikle 2. Dünya savaşı sonrası süregelen dönemde önem kazanmaya başlamış ve ülkeler yabancı yatırımlara karşı hangi sistem içerisinde müdahale edileceğinin şartlarını oluşturma çabası içerisinde girmişlerdir. Birleşmiş Milletler bünyesi içerisinde yürütülen pek çok çalışma özellikle 1970'lerin sonlarına doğru artarak devam etmiş 1976 yılında OECD tarafından düzenlenen çok uluslu şirketler için davranış kuralları ülkeler açısından yatırımlara eşit davranma ilkesi, çok uluslu şirketler açısından ise yatırım yapılan ülke kanunlarına bağlı ve saygılı davranma konularında nitelikler barındıran çalışmalardan olmakla beraber 1977'de hayata geçirilen ve WTO tarafından düzenlenen çok uluslu girişimler ve sosyal politikaya ilişkin ilkelerin üç taraflı

beyannamesini UNCTAD'ın devam ettirdiği üzerinde anlaşılmış kurallar sistemi takip etmiştir.

1990'lardan sonra ise yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları özellikle gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler açısından yatırımların ulusal ve uluslararası düzeyde korunması bakımından önem kazanmaya başlamış, üzerinde uzlaşmış çok taraflı bir yatırım anlaşması sözleşmesi modeli ve sistemi bulunmadığından mütevellit gerek yatırım yapan şirket gerek yatırım yapılan ülke nazarında yatırımların korunması konusunda tercih edilen yegane seçenek haline gelmiştir. İki taraflı yatırım anlaşmaları söz konusu anlaşmayı imzalayan taraf devletler açısından belirli farklı özellikleri içerisinde bulundurmakla beraber genel olarak yabancı yatırımcıya uygulanacak muamele standartları konusundan ortak özellikler ve koruma tedbirleri barındırmaktadır.

Bu ortak özellikler: En çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, ulusal işlem standardı, adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, fon kaynakları transferi ve kamulaştırmaya karşı koruma hususları dahilinde yer alarak günümüz iki taraflı yatırım anlaşmalarının ortak ilkeleri olarak değerlendirilmektedir.

İki taraflı yatırım anlaşmalarında özellikle uyuşmazlıkların çözümü hususunda ICSID tahkimi seçeneği pek çok iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında kabul edilmiş ve düzenlenmiş olmakla beraber MIGA oluşumu da yatırımların garanti edilebilirliği hususunda bir nevi sigorta işlevi görerek doğrudan yabancı yatırımlar ve yatırımcılar için oldukça önemli bir konum arz etmektedir.

Ulusal hukuk mevzuatımız açısından DYYK ve iki taraflı yatırım anlaşmaları dahilinde düzenlenmiş bulunan yabancı yatırımcıya dair davranış prensip ve kanunlarının yanı sıra 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 ila 210 uncu maddeleri çok uluslu şirket yapılanmaları esası neticesi ile ulusal mevzuatımız açısından oldukça önemli bir durum arz etmektedir

Günümüz ekonomik ilişkilerinin gerek ulusal gerekse uluslararası alanda belirleyici aktörlerinden olan şirketler topluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 ila 210 uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Böylece, fiili olarak varlığı kabul edilen şirketler topluluğu ilk defa bir kurum olarak hukuki yönden de yasal bir zeminde kabul edilmiş olmuştur. Özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra artan ekonomik ilişkiler ve faaliyetler nedeniyle hem hukuki

bağımsızlıklarını korumak hem de iktisadi hedeflerini gerçekleştirmek isteyen şirketlerin bir başka şirketin veya teşebbüsün hakimiyeti altında kendi aralarında yoğunlaşmaları suretiyle ortaya çıkan şirketler topluluğunun yasal bir zeminde kabul edilmesi, fiili durum ile hukuki durumun birbirine uygun olması açısından bir zorunluluk haline almış ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğunun hukuksal bir kurum olarak düzenlenmesiyle fiili durum ile hukuki durum arasında uyum sağlanarak, ticari ilişkilerde ortaya çıkan sorunların çözümü amaçlanmış ve uygulamada sorunlara sebep olan çok ciddi bir yasal boşluk doldurulmuştur. Zira; uygulamada şirketler topluluğu olarak adlandırılan yapılanmanın hukuksal bir kurum olarak varlığının kabul edilmemesi, şirketler topluluğu içinde bulunan her biri ayrı bağımsız tüzel kişiliğe sahip şirketlerin kendi özel menfaatleri ile topluluk içinde hakim konumda bulunan şirketin menfaatlerinin birbirine uymaması halinde, fiilen hakim şirketin politikalarıyla ve talimatlarıyla bağımlı olan şirketlerin hukuken bağımsız ve serbest iradelerinin olduklarının kabul edilmesi sonucunu doğurur ve bu ise fiili durumun hukuken inkarı anlamına gelip, topluluk içinde bağımlı konumda bulunan şirketlerin yöneticilerine, azınlık paylara ve küçük pay sahiplerine yönelik olduğu kadar ekonomik yaşama dair de haksız sonuçların oraya çıkmasına sebep olur.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinde, şirketler topluluğunun varlığından söz edebilmek için varlığı şart olan hakimiyet olgusu özellikle vurgulanmış olup, hakimiyet bağlamında bağlı şirket ve şirketler ile hakim şirketin ve bağlı şirketin hakları ve ödevleri belirlenmiş olup en önemlisi, kurumsal yönetim anlayışı doğrultusunda şirketlerin rapor ve bilgi verme yükümlülükleri ile şirketler topluluğu ilişkilerinde hakimiyetten ve güvenden doğan sorumluluk konuları ayrı ayrı hükme bağlanmıştır.

Öncelikle; TTK'da şirketler topluluğunun kurucu unsuru olan hakimiyetin tespiti için bazı ölçütler öngörülme suretiyle, söz konusu bu ölçütlere göre hakimiyetin ve dolayısıyla hakim şirketin ve bağlı şirketin veya şirketlerin tespitinin sağlanması amaçlanmıştır.

Hakimiyetin varlığından söz edebilmek için TTK. m. 195 uyarınca aranan ölçütlerden bir veya bir kaçının bulunması gerekir ve ancak bu halde ortada bir şirketler topluluğu ilişkisinin varlığı kabul edilebilir.

TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri, özellikle 195. madde hükmü kapsamında bir bütün olarak yorumlandığında, hakimiyeti, "bir şirketin yönetiminde karar almaya yetkili oluşum üzerinde etki sağlama imkanını veren hukuki araçlara sahip olmak" veya "bir şirketi sözleşme veya başka yollarla kontrol edebilme imkanına sahip olmak" şeklinde tanımlayabiliriz. Bu anlamda, TTK m. 195 uyarınca kabul edilen hakimiyet ölçütleri ise şunlardır:

1- Bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

a) Oy haklarının çoğunluğuna sahip olması veya

b) Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını sahip olması veya

c) Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması

2- Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip olması.

Yukarıda sayılı ölçütlerden herhangi birinin varlığı halinde hakimiyet ilişkisinin ve dolayısıyla da şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir.

Hakimiyetin tespiti için hakimiyet ölçütlerini gösteren TTK. m. 195'in hemen ardından TTK. m. 196'da "pay ve oy oranlarının" hesaplanması başlığı ile pay ve oy oranlarının nasıl hesaplanacağı hükme bağlanarak, pay ve oy oranlarına dair TTK. m. 195'de yer alan ölçütlerin uygulanabilmesi sağlanmıştır.

TTK. m. 197'de ise "karşılıklı iştirak" durumu ele alınmıştır. TTK anlamında karşılıklı iştirak durumu, nitelikli karşılıklı iştirak ilişkisi kapsamında hükme bağlanmış olup, birden fazla sermaye şirketinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip olması durumu olarak tarif edilebilir. Buna göre, karşılıklı iştirak ilişkisi,

yalnızca sermaye şirketleri açısından söz konusu olabilecek bir durum olup, birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır.

Karşılıklı iştirak ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi için yapılması gereken pay hesaplamalarında da TTK. m. 196'da yer alan pay oranlarının hesaplanmasına ilişkin hüküm uygulanır ve yapılan hesaplama sonucunda bir şirketin diğerine hakim olduğu tespit edildiği takdirde, bu şirketler arasında hakim şirket ve bağlı şirket ilişkisinin varlığı kabul edilerek şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bununla birlikte, karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketlerin her birinin diğerine hakim olması halinde de bu şirketlerin her biri hem hakim şirket hem de bağlı şirket olarak kabul edilerek, yine şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Karşılıklı iştirak ilişkilerine bağlanan bir hukuki sonuç veya yaptırım olarak TTK. m. 201'de "hakların donması" durumu hükme bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle; karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler, hakim şirket ve bağlı şirket bağlamında hakim ve bağlı şirketin yükümlülüklerine ve sorumluluklarına tabi olduklarından bu yükümlülüklerin ve sorumlulukların beraberinde gelen bir sınırlama olarak TTK. m. 201'de yer alan hakların donması durumu düzenlenmiştir. Buna göre, karşılıklı iştirak ilişkisine bilerek giren bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir. Hakların donması durumunda, söz konusu bu hakları kaybolmayıp, donmaktadır. Yani, bu payların devredilmesi mümkün olup, donmuş olan bu payları ve dolayısıyla da bu paylardan kaynaklanan hakları devralanların söz konusu hakları kullanmaları mümkündür.

Bu noktada, belirtmelidir ki; karşılıklı iştirak ilişkisi, yalnızca sermaye şirketleri açısından söz konusu olabilecek bir durum olduğundan "hakların donması" hali de şahıs şirketleri açısından söz konusu olamaz.

TTK. m. 198 hükmü ile ise edinilen veya elden çıkan paylar açısından bildirim, tescil ve ilan; hakimiyet sözleşmesi açısından tescil ve ilan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Şirketler topluluğu ilişkisi içinde bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün bulunan haller şunlardır:

- 3- Edinilmiş veya elden çıkarılmış olan paylardan dolayı bildirim yükümlülüğü;
- c) Bir teşebbüs veya ticaret şirketinin bildirim yükümlülüğü
- d) Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin bildirim yükümlülüğü
- 4- Hakimiyet Sözleşmesi nedeniyle doğan bildirim yükümlülüğü.

TTK anlamında bir şirketler topluluğu ilişkisinin varlığının tespit edilmesi halinde, bağlı şirketin rapor düzenleme yükümlülüğü kapsamında hem hakim şirket için hem de bağlı şirket için rapor verme yükümlülüğü öngörülmüştür.

TTK. m. 199'da yer alan hüküm uyarınca bağlı şirket yönetim kurullarının topluluk içi ilişkiler konusunda rapor hazırlama ve hazırladıkları bu raporu pay sahiplerine açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bağlı şirketler tarafından hazırlanan ve "bağlılık raporu" adı verilen bu raporlarda bağlı şirketin hakim şirketle ve diğer bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bilgiler yer alır. Böylece, bağlı şirketin şirketler topluluğu ilişkisi içinde bulunduğu diğer şirketlerle olan ilişkilerinin değerlendirilmesi sağlanmış olduğu gibi özellikle hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle TTK. m. 202 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında denkleştirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda pay sahiplerinin bilgi edinmesi sağlanmış olur. Anılan bu amaçlarla, bağlı şirket veya şirketler tarafından hazırlanacak olan raporların sonuç kısmında, bağlı şirketin veya şirketlerin hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hal ve şartlara göre her bir hukuki işlemde uygun bir edim sağlanıp sağlanmadığı ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketi kayba uğrattıp uğratmadığı konusundaki açıklamaların yer alması gerekir. Aynı zamanda, söz konusu raporun sonuç kısmında yer alan bu açıklamaların yıllık faaliyet raporuna da alınarak olağan genel kurula sunulması gerekmektedir.

Yine, TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinin düzenlenmesinde daima göz önünde bulundurulmak istenmiş olan kurumsal yönetim anlayışı ve bu anlayışın bir gereği olan şeffaflık ilkesi uyarınca hakim şirketin pay sahiplerinin, şirketler topluluğu ilişkisi çerçevesinde, bağlı şirketle veya şirketlerle ilgili olarak bilgi alma hakkına sahip oldukları TTK. m. 200'de açıkça belirtilmiştir. Esasen, burada da TTK. m. 202 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle bu bağlamda açılacak olan kayıp ve denkleştirme davaları için hakim şirketin pay sahiplerinin bilgi edinmesi sağlanmak istenmiştir.

TTK. m. 202'de hükme bağlanmış olan bilgi edinme hakkına göre, hakim şirketin pay sahiplerinin, hakim şirketin genel kurulundan bağlı şirket veya şirketlerin finansal malvarlıklarıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları hakkında bilgi isteme hakları bulunduğu gibi, hakim şirketin bağlı şirket veya şirketlerle; bağlı şirketlerin birbirleriyle; hakim şirketin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla; bağlı şirketin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla olan ilişkileri ve yaptıkları işlemler ile bunların sonuçları hakkında da bilgi isteme hakları bulunmaktadır.

Hakim şirketin genel kurulunda söz konusu bilgilerin verilmesini isteme hakkı, hakim şirketin her pay sahibine tanınan bir hak olup, hakim şirketin pay sahipleri tarafından bu hakkın kullanılması halinde, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan, hesap verme ilkelerine uygun doyurucu nitelikte bilgi verilmesi gerekir.

Nihayet, TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu doğuran en önemli sebeplerden biri olarak, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumu TTK'nın 202 ila 206 ncı maddeleri arasında özel olarak düzenlenerek hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması hali ve bu nedenle doğan sorumluluklar hükme bağlanmıştır. Zira; şirketler topluluğu ilişkileri içinde de hukuka bağlılığı sağlamak ve bu anlamda hakimiyet hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılmasını etkin kılmak amacıyla şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, hakim şirketin hangi hallerde hakimiyetini hukuka aykırı olarak kullanmış sayılacağı belirlenmesi ve bu hukuka aykırı kullanım nedeniyle doğan

söz konusu zararlardan dolayı hakim şirketin sorumluluğunun ayrıca belirtilmesi gerekir.

Esasen, hakim şirketin sahip olduğu hakimiyet haklarını kullanması hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırı olan; hakimiyet haklarının haklı bir sebep olmaksızın kullanılmak suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarar görmesine neden olmaktır. Yani, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının temelinde “haklı sebep olmaksızın” kullanım vardır.

Bilindiği üzere; şirketler topluluğu ilişkisi içinde, bağlı şirketin veya şirketlerin kendi menfaatleri söz konusu olduğu gibi, hakim şirketin menfaati de söz konusudur. Hakim şirket ile bağlı şirketin veya şirketlerin menfaatlerinin birbirleriyle çakışması halinde, hakim şirketin sahip olduğu hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanarak kendi yararına ancak bağlı şirketin zararına iş ve işlemler yapması veya yaptırması mümkündür.

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından anlaşılması gereken, hakkın kötüye kullanılması hali olup, her hak gibi hakimiyetin de dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. Bu itibarla; hakim şirketin, şirketler topluluğu içinde sahip olduğu hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanmak suretiyle bağlı şirketin veya şirketlerin, bağlı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarar görmesine sebep olması halinde, söz konusu bu zararlardan dolayı sorumluluğunun bulunması dürüstlük ilkesinin ve hukuka bağlılığın bir gereğidir.

TTK. m. 202’de, hakim şirketin hakimiyetini kötüye kullanmasına ilişkin haller örnek kabilinden gösterilmiş ve bu hukuka aykırı kullanım nedeniyle doğan sonuçlardan hakim şirketin sorumluluğu hükme bağlanmıştır. TTK. m. 203’de ise “tam hakimiyet” kavramına yer verilmiştir. Bir şirketin bir başka şirketin paylarının ve oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumunda, tam hakimiyet durumunun varlığı söz konusu olur. Tam hakimiyetin bulunduğu hallerde hakim şirketin, şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut

politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağılı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verme yetkisi vardır ve bağılı şirketin organları bu talimata uymak zorundadır. Ancak, hakim şirketin bağılı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verme hakkı bulunmamaktadır.

Tam hakimiyet durumunun, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle sorumluluk hükümleri arasında düzenlenmesinin sebebi, tam hakimiyet durumunda hakim şirketin sahip olduğu talimat verme yetkisi ile bağılı şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları açısından farklı bir düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır. Nitekim, TTK. m. 205 hükmü uyarınca tam hakimiyet durumunda hakim şirkete tanınan talimat yetkisi kapsamında bağılı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, hakim şirket tarafından verilen talimatlara uymaları nedeniyle bağılı şirkete ve bağılı şirketin pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar. Bu nedenle TTK. m. 206’da bağılı şirketin alacaklılarına uğramış oldukları kayıpların tazmini için hakim şirkete ve yöneticilerine karşı dava açma hakkı tanınmıştır.

Yine, şirketler topluluğu ilişkisine özel olarak TTK. m. 207’de düzenlenmiş olan “özel denetim” başlıklı hükümlerle de tam hakimiyet ilişkilerine dair hükümlerin uygulanabilmesi amaçlanmıştır. Buna göre, hakimiyetin yüzde yüz oranda olduğu durumlarda, bağılı şirketin alacaklıları yanında bağılı şirketin veya bağılı şirketlerin pay sahiplerinin de korunması sağlanmak istendiğinden bağılı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerine sadece hakim şirketin talimatları nedeniyle bağılı şirketin veya şirketlerin uğradığı kayıplardan dolayı değil; şirketler topluluğu ilişkisi içinde yer alan tüm şirketler arasında hileli veya dolanlı işlemlerin bulunduğunun denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi tarafından belirtir şekilde görüş bildirmesi halinde, bağılı şirketin veya şirketlerin pay sahiplerine bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteme hakkı tanınmıştır.

TTK. m. 208’de ise; anonim şirketlerin faaliyetlerini ve karar almasını engelleyen pay sahiplerinin bu davranışlarını son verilmesi ve şirket içi barışın sağlanması amacıyla büyük pay sahiplerine azınlık pay sahiplerinin paylarını satın alma hakkı tanınmıştır. Satın alma hakkının kullanılması neticesinde, azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan ihracı gerçekleşir. TTK. m. 208’de şirketlerin faaliyetlerinin ve karar almalarının engellenmemesi amacıyla büyük pay sahiplerine azınlık pay sahiplerinin paylarını satın alma hakkı tanınmış olmakla birlikte, söz konusu bu hakkın kötüye kullanılması ve hatta azınlık pay sahiplerinin pay bedellerinin ödenmemesi riski göz önünde bulundurularak azınlık pay sahiplerinin paylarının satın alınması konusunda karar verme yetkisi mahkemelere bırakılmış ve ayrıca satın alınacak payların bedelleri de belirlenmiştir.

Nihayet; TTK. m. 209’da yer alan düzenleme ile şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk durumu hükme bağlanarak Türkiye, şirketler topluluğunda güven sorumluluğunu kanun ile hükme bağlayan ilk ülke olmuştur.

Şirketler topluluğunda güven sorumluluğundan anlaşılması gereken; hakim şirketin, topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın uyandırdığı güvenden sorumlu olmasıdır. Böylece, şirketler topluluğunun ve dolayısıyla hakim şirketin itibarının bağlı şirket veya şirketler tarafından kullanılarak, bağlı şirket veya şirketler ile ilişkiler kuran veya kurmayı düşünen kişilerde güven yaratılmak suretiyle haklı ve somut beklentiler oluşturarak bu kişilerin var olan ilişkiyi sürdürmeye veya yeni ilişkiler kurmaya sevk edilmesine rağmen daha sonra yaratılan güvenin dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılarak bağlı şirketle veya şirketlerle ilişki içinde bulunan kişilerdeki haklı ve somut beklentilerin boşa çıkarılması nedeniyle bu kişilerin uğradığı zararların tazmini amaçlanmıştır.

Şirketler topluluğunda güven sorumluluğunda hakim şirket, bağlı şirketle veya şirketlerle ilişki içinde bulunan mevcut veya potansiyel müşterilerle teknik anlamda bir sözleşme ilişkisi içinde olmamasına rağmen şirketler topluluğunun ve dolayısıyla da kendisinin itibarının kullanılması suretiyle yaratılan güvenden dolayı sorumlu tutulmuştur.

TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri arasında güven sorumluluğu hali dışında, hakim şirketin sorumluluğuna dair yer alan hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, TTK. m. 209'da yer alan hakim şirketin güven sorumluluğu, hakim şirkete sorumluluk öngören diğer hükümlerden düzenleme konuları açısından farklı olduğu gibi, hakim şirketin sorumluluktan kurtulabilmesine ilişkin hükümler, zamanaşımı ve hakim şirketin sorumlu oldukları açısından da farklılık taşımaktadır. Bununla birlikte, hakim şirketin sözleşme ilişkisi içinde olmadığı üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun düzenlendiği söz konusu sorumluluk hükümlerinin hepsinin temelinde, dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle ortaya çıkan bir haksız fiil olduğu söylenebilir. Zira; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız fiil" başlıklı 49. madde de yer alan hükümde de belirtildiği üzere, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür. Nitekim, şirketler topluluğunda güven sorumluluğunda hakim şirketin topluluğun itibarının yarattığı güvenin kullanılmasına açıkça veya zımnen rıza göstererek bu itibarın kullanılması suretiyle yaratılmış olan güvenden doğan sorumluluğunun bulunması hem bir hukuk hem de bir ahlak kuralı olan dürüstlük kuralının bir gereği olduğu gibi, hakim şirketin topluluğun itibarını koruma gibi bir yükümlülüğü de vardır. Bu itibarla; dolaylı olarak dahi olsa hakim şirketin sorumluluğunun kabul edilmesi adaletin bir gereği olup, şirketler topluluğunda güven sorumluluğunun esasen haksız fiil benzeri bir sorumluluk türü olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

ABDİOĞLU, Hasan, “İşletmelerde Kurumsal Yönetim Anlayışı Kapsamında İç Denetimin Rolü Ve İMKB – 100 Örneği”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul. 2007

AKER, Halit, “Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2003, (s. 477-532)

AKER, Halit, “Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK. m.209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme”,<http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/makale-halitaker-1.htm&query=%FEirketler%20toplulu%F0u#fm>

AKYÜZ, Yılmaz/ **GÖRMÜŞ**, A. Şahin/ **BEKTAŞ**, Çetin, Bilgi Toplumuna Geçiş Sürecinde Bilginin Artan Ekonomik Değeri ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri, http://bilisim2023.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62:blg-toplumuna-gec-suerecnde-blgnn-artan-ekonomk-deer-ve-letmeler-uezerndek-etkler&catid=6:blg-toplumu&Itemid=19

ALPAR, Cem, Çok Uluslu Şirketler ve Ekonomik Kalkınma, Ankara 1977

ALTAŞ, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Şirket Denetimi Denetçi, İşlem Denetçisi ve Özel Denetçi, Ankara 2012

ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılnmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), 1. Baskı, İstanbul 2009

ANDERMAN, Stevan D., EC Competition Law and Intellectual Property Rights Oxford 1998

ANSAY, Jase E., Liability Of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law, An International and Comparative Perspective, Boston 1994,

ARIKAN, Deniz, Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, İstanbul 2006

ARKAN, Sabih, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans/Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005

ARSLAN, Abdurrahman, Bankacılıkta İştirakler, Ülke Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, BDDK, Tez, Ankara 2004

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, İstanbul 1959

ASLAN, İ. Yılmaz, “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu’nun İkinci Kuruluş

Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999

ATALAY, Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007

AYAZ, Mustafa, Çok uluslu şirketler ve Uluslararası Hizmet Ticareti, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1995

AYTAÇ, Zühtü, “Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü”, **BATİDER**, C. VIII, S. 4, Aralık 1976

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, C. I, İstanbul 2012

BAKLACI, Pınar/**AKINTÜRK**, Esen, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BAUEN, Marc/**BERNET**, Robert, Swiss Company Limited by Shares, Zurich 2007

BAYRAKTAR, Fulya, Dünya ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, Ankara 2003

BİRSEL, Mahmut T., “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, İzmir 2005

BOYACIOĞLU, Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara 2006

COHN, Theodore H., Global Political Economy, Theory & Practice, 3. Bs., London 2005

COMEAX, Paul E./**KINSELLA**, N. Stephan, Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk, New York 1977

CÖMERT, Faruk, “Yabancı Sermayenin Dünyü, Bugünü ve Geleceği ”, Hazine Dergisi, S.12, Ekim 1998.

ÇAL, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, 2008

ÇELİKEL, Aysel/**GELGEL** (ÖZTEKİN), Günseli, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2011

ÇİFTÇİ, Yavuz, “Türkiye Uygulamasındaki İştirak Kavramı ile Uluslararası Uygulamalardaki İştirak Kavramının Karşılaştırılması”, Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C. 2, S. 4, 2000

DALRYMPLE, Christopher K., “Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause”, Cornell ILJ., vol. 29, 1996

EMMERICH, Volker/ **SONNENSCHNEIN**, Jürgen/ **HABERSACK**, Mathias,
Konzernrecht, München 2001

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003

ERTEN, Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara 2005

FATOUROS, Arghyrios A., “Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?”, ICSID Review, 1995, (s. 181 – 206)

FRAZER, Tim, Monopoly Competition and the Law, The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, New York 1992

GHOSHAL ,Sumantra/ **BARTLET**, Christopher A., Academy of Management Review, Vol. 15, No. 4, 1990, s. 601.

GILLOOLY, Michael, The Law Relating to Corporate Groups, Sydney 1993

GÖZÜBÜYÜK, Şeref /**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Ankara 2004

GÜNEY AKDAĞ, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008

GÜRPINAR, Damla, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006

HALICI, Özlem, Dünyada Banka/Finansal Holding Şirketleri, Bunlara İlişkin Düzenleme ve Denetim Yapısı, Türkiye Uyarlaması, BDDK, Tez, Ankara 2002

HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001

HOFSTETTER, Karl, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Tübingen 1995

http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2012/full_list/index.html

İNCESULU, İpek, Doğrudan Özel Yabancı Sermaye Hareketlerini Etkileyen Faktörler ve Türkiye, Uzmanlık Tezi, Hazine Müsteşarlığı, Ankara, 1993

İSO, Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Türkiye - Durum Tespiti ve Stratejik Plân, İstanbul 2002

KABAĞAÇ, Sina/ **ALOVA**, Erdal, Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 1995

KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 125.

KARLUK, Rıdvan, “Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı”,

<http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/turkyabsermyat.doc>, Erişim Tarihi: 01.10.2012

KAYAR, İsmail, “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, 151-194., <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitab%C4%B1/etkinlikkitap12.pdf>.

KAYIHAN, Şaban, “Ticaret Hukukunun Küreselleşmesi Bakımından Yabancı Yatırımların Uluslararası Boyutuna Bakış”, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, (s. 400 – 421)

KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Hakkında İmtiyaz, İstanbul 1999

KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012 (Tespitler)

KOÇEL, Tamer, İşletme Yöneticiliği İstanbul 2003

KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007

MANN, Howard/ **MOLTKE**, Konrad von ; Asouthern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, op. Cit.

MILLSTEIN, Ira M., Corporate governance-improving competitiveness and access to capital in global markets. OECD Publications, 1998, <http://.oecd.org/daf/governance.htm>.

MOROĞLU, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara 1996

NAZAROĞLU Yavuz/**ÜNAL** Hasan, Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırma ve İlgili Mevzuat, Ankara 1975

NOMER, Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005

OKUTAN NİLSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004 (Sözleşmeler)

OKUTAN NİLSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku İstanbul 2009

- ONAR**, Sıddık S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, Ankara 1966
- ÖZYÖRÜK**, Mukbil, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1942
- PAPACONSTANTONOU**, Helen, Free Trade and Competition in the EEC Law
London 1990
- PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005
- POGANY**, “Istvan, Bilateral Investment Treaties: Some Recent Examples”, ICSID
Review, 1987, (s. 457 – 472)
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ünal, Ortaklıklar ve
Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2009
- POSTACIOĞLU**, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975
- PULAŞLI**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi,
C. I, Ankara, 2011 (Hukuk Şerhi)
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013
- REHBINDER**, Eckard, Konzernaußenrecht und Allgemeines Privatrecht, Zürich
1969
- ROOT**, Franklin R., International Trade and Investment, Cincinnati 1997
- SALACUSE**, Jeswald W., BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties
and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, The International
Lawyer, Vol. 24, No. 3, Fall 1990
- SEID**, Sherif H., Global Regulations Of Foreign Investment, Hampshire 2002
- SEYİDOĞLU**, Halil, Uluslararası İktisat İstanbul 2009
- SHELTON**, R. Joanna, “The Importance of Governance in The Modern Economy”,
New Corporate Governance for the Global International Conference. Brussels 1998
- SHIHATA**, Ibrahim F. I., “The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)
and The Legal Treatment of Foreign Investment”, Rec. Des Cours., 1987 (Foreign
Investment)
- SHIHATA**, Ibrahim F. I., Legal Treatment of Foreign Investment : The world Bank
Guidelines, (Legal Treatment), Dordrecht 1993
- SHIHATA**, Ibrahim F. I./ **PARRA**, Antonio R., “Applicable Substantive Law in
Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under
the ICSID Convention”, ICSID Review, 1994, (s. 183 – 212)

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, “Portfolio Investments and the Definition of Investment”, ICSID Review, 2009 (Portfolio Investments) (s. 516 – 520)

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, The International Law On Foreign Investment, Cambridge 1996

SÖNMEZ, Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009

SULLIVAN, John D., “Foreign Direct Investment”, Center for International Private Enterprise (CIPE), The Prosperity Papers No: 0402, 2004

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlığın Çözüm Yolları, İstanbul 2005

ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008

ŞEHİRLİ, Kübra, “Kurumsal yönetim, araştırma raporu”, SPK Denetleme Dairesi, S. 14-4/55-3, 1999

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, Yabancı Sermaye Raporu 2002, http://www.ekonomi.gov.tr/upload/FA81924E-D8D3-8566-4520906C63D3C6E0/2002_Rapor.pdf. Erişim Tarihi: 0.07.2012 (Yabancı Sermaye Raporu)

TAKAN, Mehmet, Bankacılık, Teori, Uygulama ve Yönetim, Ankara 2002

TEKİNALP, Ünal, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara, 1965 (Temsil)

TEKİNALP, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003 (Banka Hukuku)

TEKİNALP, Ünal, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979

TEKİNALP, Ünal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, İstanbul 2009 (Kontrol İlkesi)

Ticaret Sicili Yönetmeliği, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130127-9-1.pdf>

TİRYAKIOĞLU, Bilgin, “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, <https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0>

CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcmb.gov.tr%2Fyeni%2Fevds%2Fyayin%2Fkitaplar%2Fkitap%2Fdogrudanyabyatirimci.doc&ei=kvrfUYmyFYTo4QS38IDI DQ&usg=AFQjCNG_PTED9K2A9nGQVtV1-Jy4GQzW8w&cad=rja Erişim Tarihi: 15.09.2012 (Düzenlemeler)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003

TUZCU, Arcan, “ Halka açık şirketlerde kurumsal yönetim anlayışı: İMKB-100 Örneği”, Ankara 2004

Türkiye Bankalar Birliği, “Şeffaflık ve Sorumluluk, Uluslararası Mali Krizler, Mali Sistemlerin Güçlendirilmesi Konularında Çalışma Grupları Raporları Derleme Çalışması”, 1999

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanması Hakkında Karar (RG. 16.05.2000-24051)

ULUKAN, Cemil, Aile İşletmelerinde Büyüme Süreci, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Eskişehir 1999, s. 35 vd.

URAS, T. Güngör, Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, İstanbul 1979

VANDEVELDE, Kenneth J., “The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty”, AJIL., Vol. 92, N. 4, 1988

WHISH, Richard, Competition Law, London 1993

Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000 (Komisyon Raporu)s

YANLI, Veliye, “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998

YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000

YILMAZ, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010

“DYYK”, (RG. T. 17.6.2003 S. 25141)

“DYYK Uygulama Yönetmeliği” (RG. T. 20.8.2003 S. 25205)

“Milletlerarası Andlaşma” (RG. 27.06.1996 – 22679)
<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22679.pdf> Erişim Tarihi: 29.07.2013

“OECD Benchmark Definition Of Foreign Direct Investment”, OECD Publications, Paris 1999, <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2090148.pdf> Erişim Tarihi: 15.03.2013

“Permanent Sovereignty over Natural Resources”, UNGA Resolution 1803(XVII) of 1962: ILM., vol. 2, s. 224, 1963, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/c2psnr.htm> Erişim Tarihi: 13.05.2013

“Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma” (RG. T. 13.8.1989, S. 20251) (ABD Anlaşması)