

# TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINA GÖRE ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN TEMEL NİTELİKLERİ VE HAKİM ŞİRKETİN GÜVEN SORUMLULUĞU

## (Grundzüge Der Gesellschaftengruppe Nach Dem Entwurft Des Türkischen Haldelsgesetzes Und Vertrauenshaftung Der Herrschenden Gesellschaft)

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI\*

**Özet:** Türk Ticaret Kanunu'nun uzun zamandır beklenen reformu, TBMM bu yasama döneminde gerçekleşmesi öngörülmektedir. 20 Maddeden oluşan Konzern hukuku Türk hukukunda ilk kez düzenlenmektedir. Tasarıda, “konzern” kavramının kullanılmasından kaçınılmış, bunun yerine “şirketler topluluğu” terimi kullanılmıştır. Böylelikle belirli bir hareketlilik ve elastikiyet kazanıldığı gibi, Almanya’da 100 yılı aşkın zamandan beri yürürlükte olan güçlü konzern hukukundan da ayrılmıştır. Ancak kaydetmek gerekir ki, Alman konzern hukukundaki bazı düzenlemeler şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri<sup>1</sup> (AktG §§ 17-21) bazı değişikliklerle alınmış ve yine Alman AktG § 219-337 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan bağlı işletmelere ilişkin kurallarda dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, Alman konzern hukukunun “ikinci kanadı” olarak adlandırılan “sözleşme konzernleri” (kâr aktarılmasına ilişkin sözleşmeler) Tasarıya alınmamıştır. Çünkü bu gibi sözleşmelere Türk ekonomik yaşamında hemen hemen hiç rastlanılmamaktadır, bu sebep anlamlıdır.

Konzern hukukundaki önemli sorunlardan biri de, hakim veya ana şirket ile yavru şirket arasındaki hakimiyet ilişkisinin “tek elden yönetim sistemine” mi yoksa “kontrol” sistemine dayandığıdır. Gerekçe’de pay veya oy çoğunluğu ya da yönetim organlarındaki çoğunluğun bulunması esasının benimsendiği belirtilmektedir (tasarı m. 195/1).

İlke olarak bir şirket, ister hakim şirket ister yavru şirket olsun, sadece kendi güven veren davranışlarından sorumludur. Ancak, şirketler topluluğunda “konzernin güvenden doğan sorumluluğu”ndan bahsedilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda “koruma veya himaye açıklaması” kavramını kullanmaktadır. Bu

\* Çukurova Üniversitesi, İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bu hükümler sırasıyla “bağımlı ve hakim şirket”, “konzern ve konzern işletmeleri”, “karşılıklı katılmalar” ve “katılmaların açıklanma yükümü”ne ilişkin bulunmaktadır.

bağlamda Federal Mahkemenin 120 II 331 sayılı kararı sunulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** *Şirketler topluluğu, güven sorumluluğu, hakimiyet, bağımlılık.*

**Zusammenfassung:** Mit dem Abschluss der seit langem erwarteten Reform des türkischen Handelsgesetzes wird in dieser Legislaturperiode das türkische Parlament abgeschlossen. Das Konzernrecht wird erstes Mal in Türkischenrecht insgesamt mit 20 Artikeln geregelt. Der Entwurf meidet den Ausdruck „Konzern“ und stattdessen von „Gesellschaftengruppe“ (şirketler topluluğu) spricht. Damit kann eine gewisse Beweglichkeit anzeigen und auch vom starken deutschen Konzernrecht, welches sich in Deutschland mehr als 100 Jahr in Kraft befindet, abweichen. Aber es ist zu bemerken, dass einige Vorschriften, welche das „*abhängige und herrschende Unternehmen*“, „*Konzern und Konzernunternehmen*“, „*wechselseitig beteiligte Unternehmen*“, die „*Mitteilungspflichten*“ und die „*Mitteilungspflichten der Gesellschaft*“ regeln (AktG §§ 17-21), vom deutschen Konzernrecht übernommen worden sind. Wie in der Botschaft des Entwurfs erklärt wird, wird auch die verbundene Unternehmen, die in AktG §§ 219-337 geregelt sind, als Vorbild in Betracht gezogen. Allerdings ist die so genannte „zweite Flügel“ des deutschen Konzepts, d.h. den Vertragskonzern (Gewinnabführungsvertrag) weggelassen, weil es der Vertragskonzern im Sinne der vertraglichen Unterwerfung einer Gesellschaft unter eine andere in der türkischen Wirtschaft wohl kaum gibt. Dieser Grund ist verständlich.

Das wichtigste Problem besteht im Konzernrecht darin, ob die Beherrschungsverhältnisse zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaften auf der „*einheitliche Leitung*“ oder „*Kontrolle*“ basiert. In der Botschaft wird betont, dass das „*Kontrollsystem*“, die auf der Mehrheit der Anteile, Stimmrechte oder des Verwaltungsorgans stützt (Entwurf Art. 195/1) angenommen wurde.

Grundsätzlich haftet eine Gesellschaft, sei es die Muttergesellschaft oder eine Schwestergesellschaft, nur auf ihr eigenes Vertrauenserzeugendes Verhalten. In der Gesellschaftengruppe wird es von der „*Haftung aus Konzernvertrauen*“ gesprochen. Das schweizerische Bundesgericht spricht darum von einer „*impliziten Patronatserklärung*“. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des schweizerischen Bundes Gerichtshofs von BGE 120 II 331 dargelegt.

**Schlüsselwörter:** Gesellschaftengruppe, Vertrauenshaftung, Beherrschung, Akhängigkeit und Konzern.

## I. GİRİŞ

Modern ekonominin baş aktörlerinden olan anonim şirketler, hukukî ve ekonomik olarak bağımsız bir kurum olarak yasada düzenlenmiştir. Bu kurumun hukukî alanda ortaya çıkması, ehliyet ve şirket organizasyonu ile gerçekleşmektedir. Tüzel kişi olarak anonim şirket, bizzat bağımsız bir iradeye ve fiil ehliyetine sahip olup, ticarî işletmesinin de sahibi konumundadır; kendi yasal organları, özellikle genel kurulu vasıtasıyla da özgür ve bağımsız kararlar alabilmektedir. Aynı zamanda yönetim kurulu vasıtasıyla da üçüncü kişilerden bağımsız olarak işletmeyi sevk ve idareye yetkilidir. Nihayet anonim şirketler, kendisine ait bir iktisadî amacı olan bir anonim şirket, pay sahiplerinin ortak menfaatleri doğrultusunda ticarî faaliyetini sürdürürler<sup>2</sup>.

Ekonomik yaşamda şirketler, özellikle anonim şirketler çok geniş ölçüde ve çeşitli şekillerde birbirleri arasında sarmallaşmış ve karşılıklı olarak bağlanmış durumda bulunmaktadır. Bu sarmallaşma ve bağlanmalar katılan şirketler arasında, *etki, hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık* ilişkilerini ön plana çıkarmakta ve dolayısıyla kendi yönetim organlarının, özellikle bağımlı olan şirketin yönetim kurulunun serbestçe karar alması sınırlandırılmış olmaktadır. Bu bağlamda Tasarıda ana-yavru şirket ilişkileri ekonomik ve hukuki yaşamın gereklerine ve gerçeklerine uygun olarak ilk defa düzenlenmiş ve şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin yönetim organlarının ve yöneticilerinin yetki ve sorumlulukları, ana şirket yavru şirket konumlarına göre şekillendirilmiştir. Bu düzenlemeyle ilgili olarak *Tasarının Gerekçesinde*, anonim şirketler hukukunda ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukuki varsayım savunulduğu belirtilerek şöyle denilmektedir: «Bu temel hipoteze göre, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsa bile bir sermaye şirketi bağımsızdır. Dolayısıyla, bir şirket başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulunsa, onun belirlediği politikaları kendi menfaatine uymamasına rağmen uygulasa, talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine zarar verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek, gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azınlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelir<sup>3</sup>. Bu gerçeğe rağmen yasalar şirketler topluluğu olgusunu dikkate almadan, “bağlı yönetim kurulu” üyelerinin özen borcunu ıstisnasız düzelemiş, hakim şirketin talimatlarına uyan yöneticileri sorumlu saymış ve hatta yargı organları tazminata mahkum etmiştir. Haklılık temelinden yoksun olan bu

<sup>2</sup> Bkz. **Würdinger**, Hans; Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1973, § 51, N. 1 a.

<sup>3</sup> **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 133.

hukukî ve fiilî durumun yeni yasa düzenlenirken göz önünde tutulması doğal olarak kaçınılmaz olmuştur»<sup>4</sup>.

## **II. ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMI**

Şirketler topluluğu, bir veya birden fazla şirketin bir hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun olarak hâkim şirketle birlikte oluşturulan “topluluğu” ifade etmektedir. Bağlı şirketler, “topluluk şirketi” olarak adlandırılır (Tasarı m. 195/4). Türk hukukunda, Alman hukukunun aksine, hâkimiyet ilişkisine dayalı “topluluk unsurlarının”, sadece “ticaret şirketleri” olması öngörülmüş ve dolayısıyla Tasarıda “*şirketler topluluğu*” terimi tercih edilmiştir<sup>5</sup>. Sebep olarak da, bu terimin hem hukukî olması hem kavramı tanıma gücünün bulunması, hem de toplumda yaygınlık kazanmış olduğu gösterilmektedir<sup>6</sup>. Ayrıca, Avrupa Topluluğu’nun (AT) şirketler topluluğuna ilişkin geri çekilmiş bulunan 9. Yönergesinin ele alınıp yeni bir anlayışla düzenlenmesini sağlamak amacıyla “*Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku*” projesi üzerinde çalışmak üzere oluşturulan «*Forum Europaeum*»un da, “konzern” sözcüğünün, Almanyanın çok güçlü olan “*konzern hukuku*” düzenlemesinin hâkimiyeti altında bulunduğu gerekçesiyle, “konzern” sözcüğü yerine “*group*” kavramının önerildiği belirtilmektedir<sup>7</sup>. Bu düzenleme felsefesine rağmen, Konzern hukukunun “*essentialia negotiï*” niteliğindeki hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık ilke ve kurumlarının, şirketler topluluğu için de geçerli olacağı bir realitedir. Tasarıda da belirtildiği üzere, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri<sup>8</sup> (AktG §§ 17-21) bazı değişikliklerle alınmış ve yine Alman AktG § 219-337 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan bağlı işletmelere ilişkin kurallardan da esinlenilmiştir. Bununla birlikte, özellikle sorumluluğa ilişkin kuralları özgündür<sup>9</sup>. Dolayısıyla Almanya’da yüz yıllık bir hukuki geçmişi olan “*Konzernrecht*”deki anılan temel hükümlerin göz ardı edilmesi de mümkün değildir ve bu çalışmada bu konudaki doktrin ve uygulamadan yararlanılacaktır.

<sup>4</sup> **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 133-134.

<sup>5</sup> Tasarıdaki Şirketler Topluluğunun yabancı bir hukukçu gözüyle mukayeseli hukuk açısından değerlendirilmesi için bkz. **Druey**, Jean Nicolas, Der Entwurf für türkisches Konzernrecht in vergleichender Sicht, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 323-339.

<sup>6</sup> **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

<sup>7</sup> **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

<sup>8</sup> Bu hükümler sırasıyla “bağımlı ve hakim şirket”, “konzern ve konzern işletmeleri”, “karşılıklı katılmalar” ve “katılmaların açıklanma yükümü”ne ilişkin bulunmaktadır.

<sup>9</sup> **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

## **Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri**

Şirketler topluluğu terimi yerine, ülkemizde konzern anlamında oldukça yaygın olarak kullanılan “*holding*” terimi tercih edilebilir miydi sorusu akla gelmektedir. Ancak hemen belirtelim, holding faaliyet türü olarak bir anonim şirket olup, tek ortaklıktan oluşması da mümkündür. Şirketler topluluğu ise, kavramdan da anlaşılacağı gibi, bir “*topluluk*” oluşturulması için baştan itibaren birden çok şirketin varlığı koşuldur ve daha önemlisi de bir şirket türü değildir. Şirketler topluluğundan söz edebilmek için, bir ana şirketin yavru şirketleri üzerinde sermaye çoğunluğu veya oy çoğunluğu ya da yönetim organında üye çoğunluğu vasıtasıyla hâkimiyet kurmuş olması veya kurduğu varsayılması gerekir. Batı Avrupa hukukuyla ve özellikle AT’ın ortaklıklar hukukuna ilişkin 7. Yönergesiyle kavramsal bakımdan bir birlik sağlanması açısından şirketler topluluğu sözcüğünün seçilmiş olması kanımca yerinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, mevcut hukuki sistemde bir “*holding*”in ve aynı şekilde “*konzern*”in, anonim şirket şeklinde “*holding AŞ*” veya “*Konzern AG*” olarak kurulması mümkün iken, “*şirketler topluluğu*”nun “*Şirketler Topluluğu AŞ*” tüzel kişiliği altında kurulması olanaklı değildir. Bunun yasal dayanağı da, Tasarının 195. maddesinin 4. fıkrasıdır. Buna göre, “*hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluştururlar*”. Dolayısıyla, bağımsız tüzel kişiliği olan veya olmayan şirketlerin veya tek kişi ticari işletmelerinin “*çoğunluk*” esasına dayalı bir bağımlılık ilişkisi içinde oluşturdukları bir “*hukuki topluluktur*”. Şirketler topluluğu olarak anılan bu topluluğun, mevcut şirketler olmadan oluşması olanaklı değildir.

Öte yandan, Tasarının yasalaşması halinde, Türk hukukundaki mevcut holdinlerin “*şirketler topluluğu*”na dönüştürülmesi veya o ad altında unvanlarını değiştirmesi zorunlu olmadığı gibi, “*holding AŞ*” altında anonim şirketlerin kurulmasının da engellenmesi söz konusu olamaz. Bu durumda holdig şirket doğal olarak, şirketler topluluğundaki hükümlere tabi olur.

### **III. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN DOGMATİK YAPISI**

Şirketler topluluğunun hukuki yapısının şekillendirilmesinde ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri de, topluluğun “*sermaye şirketleri*” üzerine mi yoksa “*işletme*” üzerine mi kurulacağı olmuştur. Kara Avrupada Konzern hukukunun en eskisi bir asrın üzerinde geçmişi olan Alman Konzern Hukukudur. Alman konzern hukuku işletme (*Unternehmen*) düzeni üzerine kurulmuş olup, konzern çatısı altında bulunan işletmelere de “*bağlı işletmeler*” (*verbundene Unternehmen*) denilmektedir<sup>10</sup>. Konzern hukukun temel ilkeleri, Alman Paylı Ortaklıklar

<sup>10</sup> Bkz. Jäger, Axel, Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, München 2004, § 38; Würdinger, Konzernrecht, § 51.

Kanunu'nun Birinci Kitabının Genel hükümlerin Birinci Kısmı'nda yer almakta ve (AktG) § 15 hükmünde “bağlı işletmeler”; § 16'da “çoğunluğun hakimiyeti altında bulunan işletmeler ve çoğunlukla katılınan işletmeler” (*In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen*); § 17'de “bağımlı ve hakim işletmeler” (*Abhängige und herrschende Unternehmen*); § 18'de “konzern ve konzern işletmeleri” (*Konzern und Konzernunternehmen*); § 19'da “karşılıklı katılmaları işletmeler” (*Wechselseitig beteiligte Unternehmen*); § 20'de “Açıklama yükümü” (*Mitteilungspflicht*) ve § 21 hükmünün de “şirketin açıklama yükümü” (*Mitteilungspflicht der Gesellschaft*) düzenlenmiştir. AktG § 17-21 hükümleri, Tasarıdaki şirketler topluluğunun dayanağını teşkil etmektedir.

Tasarının *Gereğesinde*, şirketler topluluğunun Ülkemizde ilk defa düzenlenmesi nedeniyle “işletme” gibi geniş ve sınırları kolay belirlenemeyen bir kavramın esas alınmasının güçlükler yaratabileceği düşünüldüğünden dikkate almadığı ve sonuç olarak sermaye şirketinin esas alındığı belirtilerek, Türk hukukunda şirketler topluluğunun baş aktörlerinin sermaye şirketleri olduğu, kolektif ve komandit şirketlerin toplulukta nadiren yer aldıkları, tek kişi ticari işletmelerin ise hemen hemen hiç toplulukta bulunmadığı olgusunun göz önünde bulundurulduğu açıklanmaktadır<sup>11</sup>. Bununla beraber, Türk uygulamasında hiç rastlanmayan ve geleneği olmayan, hakimiyet ve kârın kısmen veya tamamen (Tasarı m. 195/1, N.2 ve 198/3) aktarılması sözleşmeleri gibi işletme sözleşmelerine Tasarıda kavram olarak yer verilmişse de, bu sözleşmeler ayrıca düzenlenmemiştir<sup>12</sup>. Anılan bu sözleşmeler Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (AG § 291 vd).

Tasarıda 20 maddeden oluşan şirketler topluluğu, “sermaye şirketleri” üzerine inşa edilmiş, ancak Tasarının 195. maddesinin 6. fıkrasında sisteme işlerlik kazandıran geniş bir istisnaya yer verilmiştir. Bu hükmüne göre, şirketler *topluluğunun tepesinde, sermaye şirketi olmayan bir şirket, işletme veya gerçek bir kişi de bulunabilir*<sup>13</sup>. Böyle bir hal, teorik olarak mümkün olmakla birlikte mevcut hukuki yapı karşısında uygulamasının mümkün olacağı kanaatinde değilim. Çünkü her şeyden önce, şirketler topluluğunun dogmatik yapısı sermaye şirketine dayandığından buna aykırı bir durum teşkil edeceği gibi, ömrü paysahiplerinden bağımsız ve kurumsallaşmaya müsait olan sermaye şirketlerinin bağımlı şirket olarak gerçek bir kişinin hakimiyeti altında

<sup>11</sup> **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

<sup>12</sup> **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

<sup>13</sup> **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

olması ne kanunun mantığına ne de ekonomik gerçeklere uygun düşer. Özellikle tepedeki gerçek kişinin veya bir şahıs şirketindeki ortağın ölümü halinde mirasçılar arasında veya yeni bir ortağın şirket girmesi halinde yeni ortağın eski ortaklarla bağımlılık sözleşmesi ve bunun uygulanması hususunda ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıkların, şirketler topluluğuna dahil tüm bağlı şirketlerin yönetimini olumsuz yönde etkileyeceği ve dolayısıyla kurumsallaşmanın da gerçekleşmesine engel olacağı açıktır.

#### **IV. TOPLULUK İLİŞKİSİNDEKİ BELİRLEYECİ UNSURLAR**

Şirketler topluluğunda, topluluk ilişkisini belirleyici iki unsur vardır. Birisi *hâkimiyet*, ikincisi ise, topluluğu oluşturan *birden fazla ticaret şirketinin* varlığıdır. Kontrol yerine hâkimiyetin; ticarî işletme yerine, ticaret şirketi seçiminin tercih edilme hususlarının incelenmesi gerekmektedir.

##### **A. HÂKİMİYET**

Şirketler topluluğu kavramı açısından bir önemli sorun da, tanımdaki belirleyici unsurun “*hâkimiyet veya tek elden yönetim*” mi yoksa “*kontrol*” mu olduğudur. *Gereğince* bu konuya ilişkin açıklamalar şöyledir: Kontrol matematiksel ve dolayısıyla kesin bir ölçüttür. Hakimiyet ise, karinelere de sonuç bağlar. “*Kontrol*” anlayışı, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu varsayılan hâkimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır. Tasarıda kontrol araçlarının, *sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu ve yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu* olduğu vurgulanmaktadır (m. 195/1 a). Bunlar, tipik sermaye şirketlerine özgü kontrol araçlarıdır. Ticaret şirketi olmakla birlikte şahıs şirketlerine ilişkin hakimiyet aracı da, m. 195/1 b hükmünde, “bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyet altında tutulabiliyorsa” şeklinde öngörülmüştür. Hemen belirtelim, bir sermaye şirketi bir şahıs şirketi niteliğindeki ticaret şirketini bir hakimiyet sözleşmesi ile kontrolü altına alabilir. Şahıs şirketi açısından bu hakimiyet sözleşmesi olağanüstü bir işlem sayıldığından, buna tüm ortakların oybirliği ile karar vermeleri şarttır (Tasarı m. 223/1).

Kontrol sisteminde ana şirketin hâkimiyetini kullanıp kullanılmadığına bakılmaz; hatta hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına bir sonuç bağlanmaz. Örneğin AT’ın 7. Yönergesinde olduğu gibi, konsolidasyona tâbi işletmeler kontrol ölçütüne göre belirlendiklerinden, bir işletme kendisinin üzerinde hâkimiyet uygulanmadığını ispatlayarak konsolidasyon kapsamından çıkamaz. Kontrol sisteminde ilke şudur: Kim hakimse, hâkimiyeti de uyguluyordur. Hakimiyet ve tek elden yönetim sisteminde ise, hâkimiyet olanaklarının sadece varlığı *per se* (kendiliğinden) hâkimiyetin de

uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hâkimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun –gerektiğinde– ispatı istenir<sup>14</sup>.

Şirketler topluluğunun belirleyici unsurlarından *kontrol*, AT’ın ortaklıklar hukukuna ilişkin 7.Yönergesiyle, Belçika, Fransız, İngiliz ve İtalyan hukuklarında kabul edilmiştir. Buna göre, bir ortaklık diğer bir ortaklığı (ortaklıkları) oy çoğunluğu veya diğer hâkimiyet araçları ile kontrol ediyorsa, şirketler topluluğu söz konusu olur. Buna karşılık, bir ortaklık diğeri üzerinde herhangi bir şekilde etki icra edebilmek gücüne sahipse, o şirketin “hâkimiyet” kurduğu kabul edilir<sup>15</sup>. Bu anlayışa göre, şirketler topluluğunun tepesindeki “işletme”<sup>16</sup> konumuna ve yetkilerine göre, tek elden yönetim için politikaları oluşturup bunu en alttaki şirketlere kadar uygulayabiliyorsa, hâkimiyet veya tek elden yönetim var demektir. Aksi hâlde, *tek elden* yönetimin bulunmaması sebebiyle, her işletme kendi politikalarını uyguluyor ve kendileri için uygun gördükleri yoldan gidiyorsa, hâkimiyet ve dolayısıyla topluluk da yoktur<sup>17</sup>.

Tasarının m. 195 hükmünde, açıkça “*kontrol*” sistemini esas alınmış, hatta kontrol olgularının mevcut olması halinde, tek elden yönetimin varlığı da kabul edilmiştir<sup>18</sup>. Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak hem *işletme* esasları hem de *tek elden yönetim (einheitliche Leitung)*<sup>19</sup> sistemi benimsenmiştir (AG § 18/1)<sup>20</sup>.

## **B. TİCARET ŞİRKETİ OLMASI**

Şirketler topluluğunun temellendirilmesindeki en önemli sorunlardan biri, topluluğu oluşturan aktörlerinin “ticaret şirketi” mi yoksa “işletme” mi olması gerektiğidir. Aslında sorunun yanıtı, yasada yapılan seçime bağlıdır. Alman yasa

<sup>14</sup> **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134-135.

<sup>15</sup> **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

<sup>16</sup> Yasada şirketler topluluğunun aktörlerinin sermaye şirketi olması esasları benimsenmiş, ancak buna 195/5 hükmünde, özel hükümlerin uygulanmasından kurtulmayı önlemek amacıyla geniş bir istisna getirilerek, teşebbüs ve diğer benzeri kavramları içeren “işletme” sözcüğüne yer verilmiştir. Bkz. **Gereke 2008**, m. 195, s. 135.

<sup>17</sup> **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134-135

<sup>18</sup> Bkz. **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

<sup>19</sup> Tek elden yönetim kavramı, işletme faaliyetleri olarak *planlama, uygulama ve kontrol* unsurlarını içermektedir. **Hüffer**, Uwe, Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002, § 18, N. 9.

<sup>20</sup> Aksi görüş **Gereke 2008**, s. 135’de “Alman sistemi tek elden yönetimi benimsemiştir. Ancak uygulama ve öğretilerde genel kabul gören “kontrol” sistemidir” denilmektedir. Fakat tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretilerde tek elden yönetim görüşü benimsenmektedir. Bkz. **Hüffer**, Aktiengesetz, § 18, N. 7 vd, 10 vd. **Raiser**, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, München 2001, § 51, N.33 vd., **Jäger**, Aktiengesellschaft, § 38, Rdn. 6,7.; **Liebscher**, Thomas, Beck’sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004, § 14, N. 1 vd.



koyucusu “işletme” (*Unternehmen*) esasını benimsemiştir<sup>21</sup>. Türk hukukunda ise, şirketler topluluğu için “ticaret şirketleri”<sup>22</sup> esas alınmakla birlikte, uygulamadaki olgular da dikkate alınarak, 195. maddenin 6. fıkrada hükmünde çok geniş istisnalardan oluşan bir çerçeve sunulmuştur<sup>23</sup>. AT’ın 7. Yönergesinde de, aynen Alman hukukunda olduğu gibi, “işletme” esasını benimsemiştir. Buna göre Türk hukukunda, şahıs ve sermaye şirketleri olmak üzere tüm ticaret şirketleri (Tasarı m. 124), şirketler topluluğunun üyeleri olabilecektir. Böylelikle, şirketler topluluğu daha bir derinlik kazanmış olmaktadır.

### C. İSTİSNAİ HALLER

Kanun koyucu özel hükümlerin uygulanmasından kurtulmanın yollarını kapatmak amacıyla, 195. maddenin 6. fıkrasında istisnai durumları düzenlemiştir. Buna göre, «*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. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır*». Gerekeçede, “işletme” sözcüğünün “teşebbüsü” veya benzeri diğer kavramları kapsadığı nedeniyle bilinçli seçildiği belirtilmektedir<sup>24</sup>. Diğer bir istisna da, 198. maddenin 1. fıkrasında yer almakta olup, bildirim yükümünün kapsamına şahıs şirketlerindeki paylar da girmektedir. Nihayet, şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticari işletme de bulunabilir (m. 195/6)<sup>25</sup>. Anılan son hükümde, tepede bulunan ve bağlı şirketlere talimat veren kişinin tacir sayılacağı ve dolayısıyla Tasarının 18. maddesinde öngörülen tacir olmanın hükümlerine tâbi

<sup>21</sup> Bkz. **Schmidt**, AktG § 312 hükmünde, hakim ortak değil, hakim işletme (*herrschendes Unternehmen*) esasının benimsendiğini belirtmektedir (Tekinalp’e Armağan, s. 671-72). **Raiser**, *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 51, N. 4. **Liebscher**, *Beck’sches Handbuch der AG*, § 14, N. 26 vd.. Ayrıca, **Gerekeç 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

<sup>22</sup> TTK’nın 9.11.2005 tarihli Bakanlar Kurulu Tasarısında, “sermaye şirketi” kavramı benimsenmiş, ancak daha sonra Alt Komisyon’da şirketler topluluğuna derinlik kazandırılabilmesi için “ticaret şirketi” benimsenmiştir.

<sup>23</sup> Yasada sermaye şirketi esasının benimsenme sebebi *Gerekeçe* şöyle açıklanmaktadır. “Şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen bir ülkenin “işletme” gibi geniş, sınırları kolay belirlenmeyen bir kavramı esas almasının güçlükler yaratabileceği düşünülmüştür. Türk sistemi yirmi madde ile oluşturulmuştur. Almanya, beheri birçok uzun ve yoğun paragraftan oluşan yüz ellinin üzerinde maddede yer vermiştir. Şirketler topluluğu hukukumuzda ilk defa düzenlenirken, işletmelere dayanılamayacağı gibi çok ayrıntılı, yoğun ve girift bir sistem de tercih edilemezdi. Türk sisteminin düşünce temelleri oluşturulurken ve teorisi üzerinde çalışılırken, şirketler topluluğunun ülkemizde en çok rastlanılan aktörlerinin sermaye şirketleri olduğu, kollektif ve komandit şirketlerin toplulukta nadiren yer aldıkları, tek kişi ticarî işletmelerin ise hemen hemen hiç toplulukta bulunmadığı gerekeği de göz önünde tutulmuştur” (s. 135).

<sup>24</sup> m. 195, s. 475.

<sup>25</sup> **Gerekeç 2008**, m. 195, fık. 5, s. 137.

olacağı açıktır. Böylece, bu kişilerin iflâsı istenebileceği gibi, bu kişiler özen borcu açısından da basiretli iş adamı hakkındaki hükümlere tâbi olur.

## **V. GENEL OLARAK GÜVEN SORUMLULUĞU SORUNU**

Holding, kozern ve şirketler topluluğu çatısı altında bulunan tüzel kişiliği haiz şirketler, esas sözleşmelerinde öngörülen faaliyet konuları içinde serbestçe bizzat haklar edinebilir ve borçlar yüklenebilirler. Bunun için ana şirketin onayının alınmasına gerek yoktur. Ana şirketin hakimiyeti altında bulunan şirketlerin bağımlılık ilişkisi, ana şirket ile yavru şirket arasında bir iç ilişki sorunu olup, doğal olarak üçüncü kişileri de ilgilendirmemektedir. Bu nedenle, yavru şirketin borçlarından veya yükümlülüklerinden dolayı ana şirketin sorumlu olması da söz konusu değildir. Ancak bazı hallerde yavru şirket yaptığı bir işlemin ana şirketin himayesinin altında olduğu hususunda üçüncü kişilerde bir güven yaratmakta ve ana şirkette buna seyirci kalmaktadır. Bu gibi durumlarda holding, kozern ve şirketler topluluğuyla ilgili önemli sorunlardan biri de güven sorumluluğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde şirketler topluluğunun yasal çerçevesi ilk kez Tasarıda çizilmiş ve sorumluluk durumu da ana şirket yavru şirket ilişkisi dikkate alınarak özgün bir yapıda düzenlenmiştir.

Tasarının m. 209 hükmünde, bir konzernin toplumda yarattığı güvenden doğan sorumluluğu düzenlenmektedir<sup>26</sup>. Bu maddenin esin kaynağını, İsviçre Federal Mahkemesinin *Wibru/Swissair* kararındaki<sup>27</sup> düşünce teşkil etmektedir. Anılan maddeye göre, *bir hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketicilere güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*. Konzern hukukuna ilişkin bu özel sorumlulukta, “Konzern güveninden doğan sorumluluk” (*Haftung aus Konzernvertrauen*), şirketler topluluğunda, hâkim şirketin bağlı şirketinin borçlarını ödeyeceğine dair “koruma veya himaye açıklaması”<sup>28</sup> (*Patronatserklärung*) gibi bazı temel kurum ve kavramlar yer almaktadır. Bu itibarla söz konusu sorumluluğun unsurlarının tespiti ve çerçevesinin sınırlarının iyi çizilebilmesi için, öncelikle anılan bu hukukî kavramların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

<sup>26</sup> Güven sorumluluğunun dogmatik temeli, Medeni kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kuralıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gürpınar**, Damla, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Ögüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, İzmir, 2006, s. 214 vd.

<sup>27</sup> BGE 120 II 331.

<sup>28</sup> **Gerekeç 2008'** de bu, “*paronaj açıklaması*” şeklindedir (m. 209, s. 80).

## VI. HAKİM ŞİRKETİN GÜVEN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI

Güven sorumluluğu teorisinin hukuki dayanağı, zarar veren ile zarara gören kişi arasında fiilen meydana gelmiş bir “nitelikli güven ilişkisinde” (*qualifiziertes Vertrauensverhältnis*), zarar gören kişiyi yüksek derecede korunmaya değer görülmesi düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre, nitelikli güven ilişkisi “kişi varlığı hakları” (*Rechtsgut*) olarak anlaşılmalı ve hukuken korunmalıdır. Eğer “hukuki güvene ilişkin bir sorumluluğun ifası” söz konusu ise, menfaat ifasının tazmininde (pozitif sözleşme menfaati) koruma gereksinimi ortaya çıkabilir<sup>29</sup>. Özellikle *culpa in contrahendo* ve koruma yükümünün ihlâli hallerinin dahil olduğu “güvenden doğan zarar sorumluluğu”nda, olumsuz menfaatin tazmini ön plana çıkmaktadır<sup>30</sup>. Başka bir deyişle, güvenen kişinin, hiç güvenmeseydi malvarlığı ne durumda bulunacak idi ise, o duruma getirilmelidir<sup>31</sup>. Bir güven ilişkisinin özel olarak korunmaya değer bulunmasındaki en önemli unsur, insanlar arasında günlük normal hayatta olağan olan sosyal günlük ilişkilerdeki güven olgusunun aşılı olarak, “hukuki özel bir bağlantı” (*rechtlcihe Sonderbindung*) kurulabilmesi mümkün olsun<sup>32</sup>.

Güven sorumluluğunun söz konusu olduğu nitelikli güven ilişkisi, eski dogmatik düşünce teorisindeki “haksız fiil benzeri” (*Quasidelikt*) veya “sözleşme benzeri” (*Quasivertag*) bir sorumluluk değil, aksine nevi şahsına münhasır “yasal borç ilişkisi”dir (*gesetzliche Schuldverhältnis*)<sup>33</sup>.

Konzern güveninden doğan sorumluluk (*Haftung aus Konzernvertrauen*) olarak son yıllarda özellikle İsviçre uygulama ve öğretisinde çok tartışılan bir konudur. Aslında, “konzern güveninden doğan sorumluluk” şeklinde kendine özgü bir hukukî figür yoktur. Öğretide daha çok, doksanlı yıllarda Alman hukukundan alınan *güven sorumluluğunun* koşullarının mevcut olup olmadığı sorusunun araştırılması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>34</sup>. Özellikle böyle bir durum konzern olgusunda –dışarıya karşı birden fazla ortaklığın tek bir elden yönetilmesi halinde– bağlı şirket ile hukukî ilişkiye giren kişilere karşı hâkim şirketin ediminde, bir güvenin tesis edildiği söz konusu olmamaktadır<sup>35</sup>. Bir konzernin hâkim şirketi için güven

<sup>29</sup> **Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, Dritte, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, Basel Genf 2004, § 18, N. 249 ve dn. 375’de anılan Alman literatürü.

<sup>30</sup> **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 377’de anılan literatür.

<sup>31</sup> **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 378’de anılan literatür.

<sup>32</sup> **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 379’de anılan literatür.

<sup>33</sup> **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 250. BGE 8.Haziran 1998, SJ 1999, s. 117.

<sup>34</sup> Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 476. BGE 123 III 231.

<sup>35</sup> Bkz. BGE 124 III 297 ve **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 476.

sorumluluğunun doğması için, İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretinin tespit ettiği aşağıda anılan dört şartın tamamının söz konusu olayda mevcut olması gerekir. Bunlar;

- 1) Hâkim şirketin *açıklaması*, güvenli olarak gelecekteki belirli bir davranışı taahhüt ediyorsa, bu açıklama, “açıklamayı yapan kişi” ile bu açıklamanın “yapıldığı “kişi” arasında «*özel bir ilişki*» içinde cereyan etmiş olmalıdır.
- 2) Karşı tarafın davranışının uyandırdığı bu güven, *korunmaya değer* olmalıdır.
- 3) Hâkim şirketin söz konusu açıklaması, açıklamanın yapıldığı kişinin daha sonra zararlı sonuç doğuracak özel bir şeyi yapmasına veya yapmamasına *sebeplendirilmelidir*.
- 4) Hâkim şirket, açıklama yapılan kişide haklı olarak meydana getirdiği güveni, özen yükümlülüğüne uymamak suretiyle ihlâl etmiş olmalıdır<sup>36</sup>.

## **VII. KONZERNİN HİMAYE VE KORUMA AÇIKLAMASINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU**

İsviçre bilimsel öğretilerde kısaca “*patron açıklaması*” olarak anılan “koruma veya himaye açıklaması” (*Patronatserklärung*), *Böckli*’nin tabiriyle, hukukî bir bukalemun olup, bağlı şirkete kredi verecek bankalar ile konzern yönetimi arasındaki çıkar çatışmalarından ortaya çıkmaktadır<sup>37</sup>. Söz konusu açıklamalar çeşitli şekillerde ortaya çıkar, örneğin bir ana şirketin, bir banka ile kredi sözleşmesi akdecek yavru şirketinin *bu işleminden haberdar olduğuna* ilişkin yalın teyiti (*Letter of Awareness*); aynı şekilde, yavru şirketleri mümkün olduğu kadar korumanın, kendi politikası olduğu şeklindeki açıklama da bu anlamdadır<sup>38</sup>. Bu ilişkide daima, bir konzern yavru şirketinin özellikle kredi ihtiyacının karşılanmasında hâkim şirketin bir kefaleti veya garantisi olmaksızın hukukî bağlantısının bulunması söz konusu olmaktadır<sup>39</sup>. Böyle bir bağ icabı halinde –katılanların kasdının aksine– sorumluluk sebebi hakkında uyandırılan güvenden çıkarılabilmektedir. Doğal olarak (belirli bir kapsamda olmak üzere sınırlı veya hatta sınırsız) formel nitelikteki garanti veya kefalet de söz konusu olmaktadır<sup>40</sup>. Aşağıda önemine binaen İsviçre Federal Mahkemesinin 120 II 331 kararı (olay ve gerekçeler) kapsamlı olarak verilecektir<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 477.

<sup>37</sup> Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 496 ve BGE 101 II 328; 111 II 279; 113 II 428. 125 III 309/310.

<sup>38</sup> **Handschin**, Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, s. 291.

<sup>39</sup> **A.Meier-Hayoz/Forstmoser**, P. Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Bern 2004, § 23, N. 72.

<sup>40</sup> **Meier-Hayoz/Forstmoser**, Gesellschaftsrecht, 2004, § 23, N. 72

<sup>41</sup> Bu kararın özeti ve incelemesi için bkz. **Gürpınar**, s. 213 vd.

## VIII. KONUYA İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN KARARI (BGE 120 II 331)

### *Olay:*

«İsviçre Havayolları Anonim Şirketi Swissair, Temmuz 1987’de İGR Holding AŞ’yi kurar. İGR daha sonra ticaret unvanını, IGR Holding Golf und Country Residences AŞ olarak değiştirir. İGR Holding sözleşme partnerlerine hem İsviçre’de hem de yabancı ülkelerde golf sahalarının yakınında lüks konaklama olanağı sunacağını taahhüt eder ve 30.000 ilâ 90.000 İsv. Frank’ı (CHF) “ön kira ödeme” karşılığında üyelik<sup>42</sup> teklifinde bulunur. Üyeler, kırk yıl süreli sözleşme boyunca her yıl peşin ödediği ön ödemesinin bir bölümü karşılığında tesislerde konaklamak veya istediği kişileri konaklatmak hakkına sahiptirler. Üyelik, firmalara da açıktı. Wibru holding, 22. 12 1988 tarihinde 90.000. (CHF) peşin kira kira ödemesi yaparak, İGR’in 2291 numaralı üyesi olmuştu. 16 Şubat 1989 tarihinde IGR, üyelerine *Euroactividade AŞ* ile birlikte çalışma olanağı hakkında bilgi verir ve 26. Nisan 1989 tarihli yazısında da, *Euroactividade*’ye ilişkin plânını açıklar ve Mayıs 1989’da da Euroactividade AŞ’nin yavru şirketi olarak devam edeceğini ve bu şirkette de Swisair İştirakleri AŞ’nin azınlık hakkı iktisap edeceğini ve ayrıca üyelere sunacağı hizmet paketindeki konsept değişikliklerini de bildirir. 23 Ağustos 1989’da bay M. “Euroactividade Grubunun başkanı” olarak üyeler yazdığı mektupta, *IGR AŞ’nin Euroactividade AŞ*’ye devredildiğini ve bu arada yapacağı genişleme plânını hakkında da bilgi verir. IGR 7 Mart 1990 tarihli yazısında, üyelere yeni bir konsept sunacak durumda olmadığını ve

<sup>42</sup> *Kırca, Çiğdem Wibru AŞ’nin IGR AŞ’nin “ortağı” olduğunu ve IGR AŞ’nin iflasında payların değersiz kaldığını (dolayısıyla ortaklık hakkı ödenmediği için) 97.808. İsv. Frank’ı tutarında tazminat davası açtığını belirtmektedir (Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 148-149). Yazarın bu tespiti açıkça orijinal metni yanlış anlaması ve yanlış bir tercümesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, «Die IGR wollte ihren vertragspartnern luxuriöse unterkünfte nahe an Golfplätzen... zur Verfügung halten» ifadesinden, Wibru Holding AŞ, IGR AŞ’nin ortağı değil, aksine sözleşme partneri olarak golf sahası yakınında vereceği lüks konaklama hizmetinden yararlanacak olan bir üyesidir ve IGR AŞ’ye yaptığı 90.000. CHF tutarındaki ödeme de pay karşılığı değil, lüks konaklama ediminin karşılığı olan bir “kira ön ödemesi”dir. (Wibru Holding leistete in der Folge eine Mietvorauszahlung von 90.000.) Ayrıca, bir anonim şirkette süreli (olaydaki gibi 40 yıl) paysahipliği ilişkisinin kurulması da mümkün değildir, olaydaki söz konusu hizmet süresi ise, kiracı konumunda olan Wibru Holding AŞ’nin alacağına ilişkin bir süredir. Nihayet, IGR AŞ iflâs ettiğinde, ortakların paylarının karşılığını ana şirketten istemeleri de anonim şirketler hukuku açısından mümkün değildir. Kaldı ki, olaydan da anlaşılacağı üzere, IGR Holding AŞ’nin paylarının %100’üne Euroactividade AŞ sahip olduğuna göre, Wibru Holding AŞ ile IGR AŞ arasında bir paysahipliği ilişkisinin kurulması da mümkün değildir. Bu kararın doğru özeti için bkz. **Gürpınar**, s. 212-213 ve dn. 647.*

yönetim olarak bu şartlar altında üyelik aidatlarının alıkoymanın dürüstlikle bağdaşmayacağı nedeniyle mevcut üyeliklerin feshedileceğini ve yapılan ödemelerin %7 yıllık faiziyle geri ödeyeceğini bildirir. Wibru Holding çektiği ihtarlarla, yapılacak geri ödemeleri bekler ancak, hiçbir olumlu gelişme olmaması üzerine Swissair AŞ'ye yönelir. Swissair cevabında, IGR AŞ'nin Mayıs 1989 tarihinden beri Euroactividade AŞ'nin %100 oranlı yavru şirketi olduğu ve ayrıca IGR'in iflâs ettiğini Wibru AŞ'ye bildirir.

Wibru Holding AŞ, 28 Ekim 1991 tarihinde Züriç Kantonu Ticaret Mahkemesinde Swissair İştirakları AŞ'ya karşı 97.808. İsviçre Frank'ının kendisine geri ödenmesi hakkında dava açar. Mahkeme 8. Haziran 1993 tarihli kararında davayı reddeder. **Federal Mahkeme aşağıdaki gerekçelerle bidayet mahkemesinin bu kararını bozar.**

*Gerekçe 1:*

«IGR'in Swissair-Konzerniyle arasında bir bağlantı olduğu, çeşitli hususlardaki reklam ve ilânlarına ilişkin dökümanlardan açıkça ortaya çıkmaktadır. Davacı, sözleşmeyi akdederken IGR'in sermaye zayıflığına değil, aksine Swissair'in ve onun o zamanki güçlü finans imajına emin ve dürüstçe güvendiklerini ve bu güven olgusundan dolayı davalının sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedir. Davacı temyiz başvurusunda, davalının tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu olması yolundaki esas iddiasına artık dayanmamakta, daha çok davalının bizzat kendi davranışından sorumlu olduğu düşüncesindedir. Bu iddiasına gerekçe olarak da davacı, çeşitli hukuki dayanakları ileri sürmektedir. Bunlar; davalının kendisine karşı İsv. BK m. 111 anlamında sözleşmesel bir garanti üstlendiğini; ayrıca, davalının “çelişkili davranış yasağı” kuralına (*venire contra factum proprium*) tâbi olduğunu ve böylece ZGB m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralına aykırı davrandığını ve nihayet İBK m. 41'deki haksız fiilden sorumlu olduğunu ileri sürer ve zararının tazmin edilmesini talep eder».

*Gerekçe 2:*

Yüksek Mahkeme ikinci gerekçede özetle, bir konzern ana şirketinin kendisinin işlem yaptığı kişilere karşı yavru şirketiyle ilgili ”himaye açıklaması (*Patronatserklärung*) olarak anılan *beyanlarından* sorumlu olup olmayacağını tartışmaktadır. Sonuç olarak somut olayda, yavru şirketin aldığı kredilerin temin edilmesi amacıyla ana şirket tarafından üçüncü kişilere karşı yapılmış bir açıklamanın mevcut olmadığına, aksine IGR'in potansiyel

## *Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri*

müşterilerine karşı yöneltilen reklam amaçlı açıklamalarından dolayı bu hususta doktrinde geliştirilen ve genel kabul gören ilkelerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, reklam amaçlı açıklamaların da üçüncü kişilerde haklı beklentiler uyandıracığı ve böylece hukukî anlamda bir sorumluluk doğabileceği ifade edilmektedir.

### *Gereke 3:*

«Bir ana şirketin yavru şirketin borçlarından dolayı sorumluluğunun ortaya çıkması, yavru şirketin sözleşme yaptığı kişiye karşı sözleşme ile yükümlülük üstlenmesi halinde söz konusu olur; örneğin İBK m. 111 anlamında bir garanti üstlenmesi gibi. Somut olayda bunun olup olmadığına gelince, ana şirketin açıklamasının güven ilkesine göre yorumlanmasında gerçek bir anlaşmanın eksikliği nedeniyle bu söz konusu olmamaktadır. Bir sözleşme bağı, açıklamanın muhatabının, ana şirketin hukukî işleme ilişkin bağlanma iradesinden dürüstlük ve sadakat kuralları uyarınca hareket edeceğini şart koşar. Burada söz konusu olan garanti, yavru şirketin önceden belirli olan veya en azından belirlenebilen yükümlülüğüne dayanmalıdır. Oysa ki, garanti sorumluluğunun bu kadar kolay kabul edilmemesi gerekir. Yavru şirketin işlem partneri ile ana şirket arasında bir garanti sözleşmesi özellikle istisnai olarak sadece, –somut olayda olduğu gibi– bireysel açıklamalarının karşılıklı alış verişini olmadan, aksine sözleşmeye ilişkin irade açıklamaları olarak sadece ana şirketin reklam açıklamaları ve bunların sözleşme akdedilmesi münasebetiyle yavru şirketin işlem tarafının örtülü “kabulü” ile meydana gelebilir.

Ticaret Mahkemesinin tespitlerine göre, IGR şirketinin mektup kağıtlarında ve reklam broşürlerinin başlıklarında tırnak içinde Swissair’in logosu ve “*IGR, Swissair’in bir işletmesidir*” yazısı bulunmaktadır. **Böylelikle, IGR’in reklamlara ilişkin tüm dökümanlarında Swissair ile bir bağlantı vurgulanmaktadır. Ticaret Mahkemesinin bozulan kararında örnek anlamda şu ifade yer almaktadır: “Nerede Uluslararası Golf ve Country Residens varsa, Swissair oradadır ve tâbi ki, onun arkasındadır.** Gerçi, IGR Swissair İştirakleri AŞ’nin bağımsız bir işletmesidir, fakat ana şirket gibi benzer işletme ilkelerine göre çalışmaktadır. Baştan itibaren IGR’de, uluslararasılık, misafirperverlik, özenli koruma ve güvenlik esas alınmaktadır”. Davalının, davacıya karşı bu ifadelerden uzak durduğuna ilişkin bir iddiası da yoktur ve IGR’in mektup ve reklam belgelerinin kendisinin rızasıyla düzenlenmediğini, sözleşmede

ortaya koyamamakta ve kanıtlayamamaktadır. Bu sebeple davalının, bu içerikteki açıklamalarından sorumlu olması gerekir.

Bu açıklamalardan, davacının düşüncesinin aksine, davalının IGR'in işlem partnerine karşı İGR'in yükümlülüklerinden sorumlu olacağı hususunda İBK m. 111 uyarınca bir garanti üstlendiği sonucu da çıkarılamaz. Zira, davalı bu türden sözleşmesel bağlayıcı bir irade açıklamasında bulunmamıştır. Özellikle hiçbir yerde davalının ana şirket olarak IGR'in yükümlülüklerini ifa edeceği yolunda bir garantisi de mevcut değildir... Bu sebeple, davalının bu konuda hiçbir sözleşmesel sorumluluğu yoktur.

*Gerekçe 4:*

«Aynı şekilde davalının İBK m. 41 anlamında haksız fiilden dolayı bir sorumluluğu da yoktur, çünkü davalının hukuka aykırı, yani genel olarak emredici yasal hükümlere veya yasaklara aykırı bir davranışı yoktur».

*Gerekçe 5:*

«Ana şirketin konzern olarak sınıai birlik davranışıyla uyandırdığı güven, belirli şartların varlığında, haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda bir sorumluluk sebebi oluşturabilir. Bu, culpa in contrahendo'dan sorumluluk ilkelerinin genelleştirilmesinden ortaya çıkmaktadır. Öğretideki egemen görüş ve aynı zamanda uygulamada, culpa in contrahendo özel bir sorumluluk sebebi olarak kabul edildiğinden, benzer durumların sorumluluk hukuku açısından korumasız kalmaması gerekir. Culpa in contrahendo'nun temelinde, tarafların karşılıklı belirli, dürüstlük ve sadakat yükümlülükleri yer alır. Bu yükümlere dayanan sözleşme görüşmeleri ilişkisi, genel hukuk figürünün bir görünüm şeklidir. Konzern ilişkisinde, konzernin, sınıai birlik davranışında güven ve kredibilite hususlarında uyandırdığı güven, sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların karşılıklı açıklamalarının doğruluğu ve ciddiyeti ve eksiksiz olduğu bakımlardan birbirlerine karşı oluşturdukları güven kadar korunmaya değer niteliktedir. Konzern yapılanmasındaki ana şirketinin açıklamaları, yavru şirketin sözleşme tarafına karşı bu şekildeki bir güven uyanmasına sebep olursa, *sözleşme ilişkisine benzeyen bir özel bağlantı* söz konusu olur ve bu özel bağlantıdan dürüstlük kuralına dayanan koruma ve aydınlatma yükümleri ortaya çıkar. Bu yükümlerin ihlâli de tazminat talebine yol açabilir. Konzernin (sınıai birliğin) uyandırdığı güveninden çıkan sorumluluğun, –culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi– sıkı koşullara bağlanması gerekir. Her sözleşme görüşmelerindeki kişi gibi güvenen de, kendi menfaatlerini ilke olarak bizzat gözetmesi gerekir; yoksa



basitçe karşı sözleşme tarafının sebep olduğu hususları dikkate almamalıdır. Bu nedenle, yavru şirketin sözleşme tarafı, onun kredibilitesini ilke olarak bizzat kendisi değerlendirmelidir ve böylelikle ödeme gücüne ilişkin rizikoyu genel olarak basit şekilde ana şirketin sırtına yüklememelidir ( “*caveat creditor*” ilkesi)... Kim ki, sadece bizzat kendi özensizliğinin, güveninin veya genel işlem rizikolarının gerçekleşmesinin kurbanıdır, o kimse hukukî korumayı hak etmez. Bunun aksi sadece, haklı güveninin kötüye kullanılması halinde mümkündür. Sorumluluk sadece ana şirketin, konzern davranışlarına ilişkin belirli güven uyandırıp, daha sonra dürüstlük ilkesine aykırı olarak bunu boşa çıkarmasıyla gerçekleşir... Ana şirket bakımından haklı beklentilerin uyandırılıp uyandırılmadığına veya bunun boşa çıkıp çıkmadığına, somut olayın tüm koşulları değerlendirilerek karar verilir. Buradan (güvenin uyandırılması ve boşa çıkmasından), ihlâli güven sorumluluğuna sebep olan ve dürüstlük kuralına dayanan koruma yükümlülüklerinin türü ve kapsamı ortaya çıkar. Somut güven durumu sebebiyle, ana şirketin yavru şirketi ekonomik açıdan yeterince güvenli tutması, diğer bir ifade ile, beklenen gerçek risklerden kurtamak amacıyla dürüst kişiler açısından gerekli olan araçları sunması gerekir. Ayrıca, ana şirket için açıklama yükümlülüklerinin de ortaya çıkması mümkündür, özellikle ana şirket yavru şirketin sözleşme tarafına, yavru şirketin ekonomik durumu hakkında yanlış bilgiler verir veya onun işlerinin varlığını tehdit edecek boyutta ve etkideki gerçekleri gizlerse, açıklama yükümlerini de ihlâl etmiş olur. Bu durumda konzern güveninden sorumluluk, öğretilerdeki hâkim görüşe göre, *güven sorumluluğunun* bir uygulama alanı olarak anlaşılan, yanlış öğüt ve eksik bilgidir sorumluluk ile ilişkilidir».

Yüksek Mahkemenin anılan kararındaki görüşe göre, bir ana şirket, yavru şirketin verdiği reklam ve yaptığı yazışmalara yoğun şekilde konzernin içinde bulunduğu ve hatta yavru şirketin girdiği her ilişkide ana şirket olarak “*arkasında olduğu*”na dair açıklamalara müsaade etmişse, bununla karşı tarafta ana şirketin sorumlu olacağı hususunda, haklı bir güven uyandırmış sayılır. Bu düşünce, Federal Mahkemenin başka bir kararında (BGE 123 III 231) “*obiter dictum*”<sup>43</sup> olarak (hüküm için önemli olmayan bir sorunun mütalaasında), «*belirli şartlar altında kendi ana şirketi hakkında bir yavru şirketin de bir güven olgusu yaratabileceği hususunun baştan itibaren hariç tutulmaması gerektiği*» ifadesiyle tekrar ve teyit edilmiş bulunmaktadır<sup>44</sup>.

43

44 **Meier-Hayoz/Forstmoser**, Gesellschaftsrecht, 2004, § 23, N. 73. Ancak Federal Mahkemenin başka bir kararında (BGE 124 III 297), konzern güvenine dayanan sorumluluk kabul edilmedi. İsviçre doktrininde de bu sorumluluk temelinin kapsamı yoğun şekilde tartışıldı ve birçok doktora tezinin

**Kısaca Tasarının m. 209 hükmünün amacı, şirketler topluluğu bağlamında, hâkim şirketin kamuoyunda veya daha dar bir çevrede tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde, bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır<sup>45</sup>.** Nitekim yukarıdaki Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda da olduğu gibi, sınıai birlik oluşturan bağlı şirketler, çoğu zaman üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklamlarda kullanmakta ve bu suretle de kendilerine müşteri bağlamakta, ticarî menfaat sağlamaktadırlar<sup>46</sup>.

Topluluk adının kullanarak ve onun adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükselmesinin temelinde, söz konusu topluluğun üyesi olan şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuoyuna açıklanan finansal tabloların ve belgelerin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu hususunda bir inanç ve güven yaratılmaktadır. İtibarın kullanılıp kullanılmadığının, her somut olaya göre belirlenmesi gerekir. Kullanılma için şirketler topluluğunun adının anılmış olması veya logosunun kullanılması şart değildir. Açıklanan tablolar, bilgiler ve kalite, uyandırılan güvene uymuyor ise, adının kullanılmasına ses çıkarmayan hâkim şirketin, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu olması gerekir. Bu nedenle, “*sorumluluk için önemli koşul, itibarın kullanılması*”dır. Ayrıca, bir şirketler topluluğunun bu kapsama girebilmesi için, toplumda ve tüketicide güven veren bir düzeye gelmiş olması gerekir<sup>47</sup>.

---

yazılmasına da neden oldu. Örneğin, B. **Brechbühl**, Haftung aus erweckten Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998; K. **Kumich**, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998). A. **Vogel**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder gundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen = St. Galler Studien 51. Kanımca bu konu, Türk hukukunda da şirketler topluluğu hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra genç araştırmacıların uğraşması gereken önemli bir temalardan biridir.

<sup>45</sup> **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 80.

<sup>46</sup> **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 80-81.

<sup>47</sup> **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 81.

**KAYNAKÇA**

- Druey, Jean Nicolas**, Der Entwurf für türkisches Konzernrecht in vergleichender Sicht, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 323-339.
- Böckli, Peter**, Schweizer Aktienrecht, Dritte, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, Basel Genf 2004.
- Brechbühl, Beat**, Haftung aus erweckten Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998.
- Gerekçe 2008**, Türk Ticaret Kanunu'nun Gerekçesi, Ankara- 2008.
- Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir, 2006.
- Handschin, Lukas**, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- Hüffer, Uwe**, Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002.
- Jäger, Axel**, Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, München 2004.
- Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kuzmic, Kristina**, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998.
- Meier-Hayoz. A./Forstmoser, P.** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Bern 2004.
- Liebscher, Thomas**, Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004.
- Raiser, Thomas**, Recht der Kapitalgesellschaften, München 2001.
- Schmidt, Karsten**, Zum Verständnis des konzernrechtlichen Abhängigkeitsberichts, (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003.s. 663- 672).
- Vogel, Alexander**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder gundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997.
- Würdinger, Hans**; Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1973

**BOŞ**