

# # ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DENKLEŞTİRME

Yrd. Doç. Dr. Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL\*

## ÖZET

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

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

## ABSTRACT

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

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

\*\*\*

## GİRİŞ

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

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

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

Pay sahibinin haklarının genişletilmesi ve bu hakların kullanılmasının kolaylaştırılması pay sahipleri demokrasisinin<sup>1</sup> de sağlanması açısından büyük önem taşır. Böylelikle pay sahipleri, ortaklıkta daha aktif olabilme, ortaklık iradesinin oluşumuna katılabilme ve yönetimde dolaylı da olsa etkin olabilme imkanı bulurlar.

Yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) da, Avrupa Birliği (AB) müktesebatıyla uyumun sağlanması<sup>2</sup> ve Türk işletmelerinin uluslararası piyasanın bir parçası olması<sup>3</sup> amacıyla, pay sahibinin korunması bakımından, şeffaflık, kamuyu aydınlatma gibi klasik yöntemlerin<sup>4</sup> yanında, reform niteliğinde pek çok hüküm getirmektedir. TTK ile pay sahibine, birleşmede şirketten çıkma (TTK m. 141), özel denetim isteme (TTK m. 438), şarta bağlı sermaye artırımında önerilme (TTK m. 466), eşit işlemi isteme (TTK m. 357) gibi yeni haklar tanındığı ve pay sahibinin dava haklarının genişletildiği<sup>5</sup> görülmektedir. Öte yandan, kurumsal temsilci istemi (TTK m. 428, 429), temsilcinin genel kuruldan talimat alma zorunluluğu (TTK m. 428, 429), bilgi alma (TTK m. 200, 437) ve inceleme hakkı (TTK m. 437) gibi bazı hakların kullanılması daha etkili ve kolay hale getirilmiştir<sup>6</sup>. Bunun yanında, TTK m. 397 hükmüne göre denetime tabi olan şirketler açısından internet sitesi açma zorunluluğu (TTK m. 1524) ile pay sahipleri açısından şeffaflığı sağlayıcı araçlar artırılmış, oyda imtiyaz sınırlandırılmış (TTK m. 479), bağlam sistemi keyfilikten kurtarılmış (TTK m. 493, 495), yönetim kuruluna önemli bazı konularda beyanda bulunma ve rapor verme yükümlülüğü getirilmiştir.

TTK'nın getirdiği yeni düzenlemelerden bir diğeri de şirketler topluluğudur. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlenmenin amacı, ana ve yavru şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesinde kurala bağlanmasıdır<sup>7</sup>. Şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, ayrı bir tüzel kişiliği vardır. Ancak, topluluğun yönetiminde sadece o şirketin değil tüm topluluğun menfaatleri göz önüne alınır. Bu nedenle, topluluk içinde yer alan bir şirketin tümüyle bağımsız olduğunu ileri sürmek, yöneticilerin, özellikle azlık ve küçük pay sahiplerinin haksızlığa uğramasına zemin hazırlayacaktır<sup>8</sup>. Zira bir şirket, başka bir şirketin hakimiyeti altındaysa ve hakim şirketin talimatları kendi menfaatlerine aykırı olsa, hatta kendisine kayıp verse bile bu talimatları fiilen yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle TTK'daki düzenlenmenin amacı, bağlı şirket menfaatinin topluluk menfaatine karşı korunmasını sağlayarak, bağlı şirket menfaatinin feda edilmesi ihtimalinin olumsuz sonuçlarını gidermek ve hafifletmektir<sup>9</sup>.

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

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

<sup>2</sup> Genel Gerekeçe, N. 3.

<sup>3</sup> Genel Gerekeçe, N. 6.

<sup>4</sup> Genel Gerekeçe, N. 67.

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

<sup>6</sup> Genel Gerekeçe, N. 132.

<sup>7</sup> Genel Gerekeçe, N. 115.

<sup>8</sup> Gerekeçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.

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

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

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

## I. DENKLEŞTİRME KAVRAMI VE DENKLEŞTİRMENİN AMACI

### 1. Kavram

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması başlığı altında bulunan TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin hakimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanmayacağı düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması yasaklanmıştır. Öte yandan, kanun koyucu bu hükümde, hakim şirket bakımından esnek bir kurala yer vererek<sup>10</sup>, aynı zamanda hakim şirketin gerekli koşulları gerçekleştirilmesi kaydıyla, bağlı şirketin hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayba uğratılmasını hukuka uygun hale getirmektedir. Hakim şirket tarafından yerine getirilecek koşul ise denkleştirmedir. Gerçekten TTK m. 202'de kaybin o faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmesi durumunda veya kaybin nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkının tanınması yoluyla hakim şirketin hukuka aykırı maddi fiil veya hukuki işleminin bir anlamda telafisi öngörülmüştür. Kısmi hakimiyete ilişkin olan TTK m. 202 hükmünün yanı sıra, tam hakimiyet bakımından TTK m. 206'da da benzer koşullarla hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Denkleştirme, hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda, bağlı şirketin yaptığı veya yapmaktan kaçındığı fiil ve işlemler veya aldığı veya almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle ortaya çıkan kaybin giderilmesidir<sup>11</sup>. Başka bir ifadeyle denkleştirme, meydana gelecek muhtemel kaybin garanti altına alınarak, denkleştirilmesinin belli bir zaman dilimiyle sınırlı olmak üzere ertelenmesi ve bağlı şirket açısından aleyhte bir durum ortaya çıkmaksızın kaybin bertaraf edilmesidir<sup>12</sup>.

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

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

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

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

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

## 2. Amacı

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

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

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

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

<sup>15</sup> Koppensteiner, §311 N. 106.

<sup>16</sup> Altmeyden, N. 302.

<sup>17</sup> Altmeyden, N. 304.

<sup>18</sup> Altmeyden, N. 304.

### 3. Gerçekleştirilmesi

#### A. Denkleştiriminin Sağlanmasında Fayda

Denkleştirme bağı şirkete bir fayda ve avantaj sağlanması yoluyla yapılabileceği gibi, kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılığa ilişkin de olabilir<sup>19</sup>. Başka bir ifade ile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunda, kayba uğrayan bağı şirket ekonomik bir fayda sağlamalıdır. Sağlanacak fayda ile meydana gelen kayıp arasında bir bağlantı olmasına gerek yoktur<sup>20</sup>. Örneğin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda bir ihaleye girilmemesi nedeniyle doğan kayıp, denk değerde bir taşınmazın devri yoluyla sağlanacak bir fayda ile giderilebilir. Bunun yanında, denkleştirmede sağlanacak faydanın, ortaya çıkan kaybı giderecek, denk bir değerde olması gereklidir<sup>21</sup>. Bu nedenle, daha öncede de belirtildiği gibi topluluğun bir parçası olmaktan kaynaklanan örneğin bağı şirketin kredibilitésinin artması gibi pasif bir fayda, denkleştirmenin sağlanması açısından uygun değildir<sup>22</sup>.

Kural, kayba neden olan işlem ya da fiilin hakim şirket tarafından denkleştirilmesi olmakla birlikte, bağı şirketin söz konusu kaybı, denk değerde bir faydayla denkleştirildiği sürece denkleştirme, diğer bir bağı şirket ya da üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir<sup>23</sup>.

Denkleştirilmede sağlanacak faydanın aynen ortaya çıkan kayıpta olduğu gibi mutlaka ölçülebilir olması gereklidir<sup>24</sup>. Öte yandan, faydanın bilançoya yansıtılması şart olmamakla<sup>25</sup> birlikte, bilançoya yansımış bir kaybın denkleştirilmesi söz konusu olduğunda, fayda da aynı şekilde bilançoya yansıtılmalıdır<sup>26</sup>.

#### B. Denkleştirme Miktarının Belirlenmesi

Denkleştirmede sağlanacak faydanın doğan kaybı giderecek nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla, denkleştirmenin tam olarak sağlanması için kaybın ve faydanın karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken izlenecek iki adım vardır. Bunlardan ilki, söz konusu kaybın, kaybı doğuran işlemle yapıldığı ya da önlemin alındığı ve alınmasından kaçınıldığı zaman göz önüne alınarak belirlenmesidir<sup>27</sup>. Kaybın belirlenmesinin ardından ikinci adım olarak, belirlenen kayıp ile sağlanacak fayda karşılaştırılır ve denkleştirilmenin miktarı değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken, bağı şirketin içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alınmalıdır<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

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

<sup>21</sup> *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39.

<sup>22</sup> *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 116.

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

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

<sup>25</sup> *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

<sup>26</sup> *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

<sup>27</sup> *Müller*, §311 N. 51.

<sup>28</sup> *Müller*, §311 N. 51.

#### 4. Sınırı

TTK m. 202 bakımından denkleştirmenin söz konusu olabilmesi için doğan kaybın ölçülebilir nitelikte olması gereklidir. Ancak bazı istisnai hallerde değeri ölçülemeyen kaybın, yine değeri ölçülemeyen bir fayda ile denkleştirilmesi söz konusu olabilir<sup>29</sup>. Bu gibi durumlarda, denkleştirilmenin sağlanması için her somut olayın özelliklerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Bunun yanında, TTK m. 202 hükmünde, hakimiyetin kullanılması nedeniyle ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile hakimiyetin kullanılması dışında ortaya çıkan kayıplar bu hükmün kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, denkleştirme yükümlülüğüne neden olan, kayıp doğurucu işlem ve fiiller hakim şirketin, bağlı şirketlerin ya da şirketler topluluğunun menfaati için yapılmalıdır. Üçüncü kişilerin menfaati için bağlı şirket bir işlem ya da fiili gerçekleştirmişse, burada ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır<sup>30</sup>.

## II. DENKLEŞTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kaynak metin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) § 311'de düzenlenen şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliğine ilişkin, Alman hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre şirketler topluluğunda denkleştirme, tazminat hukukunda yer alan zarar görenin elde ettiği yararın mahsubu<sup>31</sup> (compensatio lucri cum damno) niteliğindedir<sup>32</sup>. Fakat tazminat hukukuna ilişkin zararın denkleştirilmesi, ancak zararın mağdura aynı zamanda ekonomik fayda sağlaması durumunda söz konusu olur. Zarar, bu faydanın zarardan düşülmesiyle yoluyla belirlenir. Şirketler topluluğunda denkleştirme söz konusu olduğunda denkleştirme sağlandıktan sonra, denkleştirilemeyen zarar açısından tazminat yükümlülüğü devam eder. Diğer bir ifade ile denkleştirme, tazmin edilecek zarardan az ise, tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaz<sup>33</sup>.

Başka bir görüşe göre şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi, hakim şirketi tazminat yükümlülüğünden kurtaran “edimi değiştirme yetkisidir<sup>34</sup>” (facultas alternativa<sup>35</sup>). Böylece hakim şirket zararı tazmin etmek yerine, kaybı denkleştirdiği noktada sorumluluktan kurtulacaktır. Hakim şirketçe sağlanan denkleştirme, zarardan az olsa bile hakim şirketin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ancak bu iki görüş eleştirilmiş, APOK § 311'de kayıp ve denkleştirme, APOK § 317'de ise zarar ve tazminat kavramlarının düzenlendiği, bu kavramlara kanun koyucu tarafından verilen anlamların farklı olduğu, dolayısıyla kayıp ve zarar ile denkleştirme ve tazminatın birbirleri ile özdeş olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş<sup>36</sup> ve bu nedenle söz konusu görüşler Alman hukukunda kabul görmemiştir.

<sup>29</sup> Müller, §311 N. 52.

<sup>30</sup> Habersack, § 311 N. 60; Hüffer, §311 N. 43; Koppensteiner, §311 N. 102.

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

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

<sup>33</sup> Altmeppen, § 311 N. 310.

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

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

<sup>36</sup> Altmeppen, § 311 N. 311.

Alman hukukundaki hakim görüşe göre, APOK § 311 ile § 317 arasındaki ilişki denkleştiriminin hukuki niteliğini belirlemek açısından önem taşımaktadır. APOK § 311 hükmüne göre denkleştiriminin süresi içinde sağlanması durumunda, APOK § 317'de yer alan tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla, hakim şirket kaybın denkleştirmesini sağlayarak, tazminat yükümlülüğünü bertaraf edebilmektedir. Bu bakımdan denkleştirme, kendine özgü bir ifa (Kompensationsleistung sui generis) niteliğindedir<sup>37</sup>. Bağlı şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin talep hakkı olmadığına göre, hakim şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin doğrudan doğruya bir denkleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, gerek yararın mahsubunun gerek edimi değiştirme yetkisinin, şirketler topluluğunda denkleştiriminin hukuki niteliği olarak belirlenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira, TTK m. 210/I/a kaybın tamamıyla denkleştirilmesi gerekliliğini düzenlemekte ve denkleştirme sonucunda tazminat sorumluluğu, dolayısıyla, zarar ortadan kalkmaktadır. Hâlbuki yararın mahsubunda, mahsup edilen miktar sonrasında tazminat yükümü devam eder. Edimi değiştirme yetkisinde asıl edimin imkansız olması halinde yedek edim yetkisi de sona erer<sup>38</sup>. Ancak şirketler topluluğunda istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştiriminin hakim şirketin veya edim borçlusunun kusuru olmaksızın yerine getirilmediği durumlarda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir<sup>39</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, TTK m. 202/I/a hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, yasaklayıcı nitelikte emredici bir hükümdür. Bu hüküm ile, faaliyet yılı içerisinde yapılacak denkleştirme ya da kaybın ne zaman ve nasıl gerçekleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete tanınacak denk değerinde istem hakkı ile hakim şirketin maddi fiilinin ya da hukuki işleminin hukuka aykırı olması durumu ortadan kalkmakta, söz konusu fiil ya da işlem hukuka uygun hale gelmektedir. Faaliyet yılı içinde denkleştirme fiilen yerine getirilmez ya da faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirket hakim şirketten, şirketin zararının tazminini isteyebilir (TTK m. 202/I/b). Ancak bağlı şirket, kaybı nedeniyle hakim şirkete denkleştirme yapılması talebinde bulunamaz. Dolayısıyla denkleştirme, hukuka aykırılığın ortadan kalkması için hakim şirket açısından hem bir külfet, hem de bağlı şirket pay sahiplerince denkleştiriminin sağlanamaması halinde zararın tazminine ilişkin bir istem hakkının doğması nedeniyle bir borçtur<sup>40</sup>.

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

<sup>37</sup> Habersack, § 311 N. 61; Hüffer, §311 N. 37; Müller, §311 N. 28.

<sup>38</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 818.

<sup>39</sup> Koppensteiner, §311 N. 115.

<sup>40</sup> Habersack, § 311 N. 61

Şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi Türk hukukunda yeni olup, Türk sorumluluk hukukuna farklı bir boyut kazandırmaktadır<sup>41</sup>. Kayıp ile zararın ve denkleştirme ile tazminatın farklı kavramlar olmaları, bağlı şirketin kural olarak faaliyet yılı süresince denkleştirmeye ilişkin bir talep hakkının bulunmaması, şirketler topluluğunda denkleştirmenin dogmatik açıdan farklı statüsünü ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, hukuki anlamda bir sınıflandırma kapsamında yer almamakla birlikte Alman hukukunda şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliği olarak benimsenen kendine özgü ifa görüşünün TTK hükümleri kapsamında da kabul görebileceği kanaatindeyiz.

### III. DENKLEŞTİRMENİN KAYNAĞI VE KOŞULLARI

#### 1. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da, hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı düzenlendikten sonra, hakim şirketin, bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halleri sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır<sup>42</sup>. Bu halleri iki kategoride toplamak mümkündür. Bunlardan ilki bağlı şirkete yaptırılan iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler ile tesisleri yenilememek gibi maddi fiillerdir. Gereğede sayılan söz konusu haller sınırlı sayıda olmadığı için, farklı bir durumun ortaya çıkması halinde somut olayın özelliklerine göre karar verilecektir. Bu noktada, madde metninde sayılan hallerden farklı bir durumun ortaya çıkması halinde göz önüne alınması gereken ölçüt, hukuka aykırılığı doğuran bu hukuki işlem ve maddi fiillerin bağlı şirket bağımsız olsa idi, bağlı şirketin yöneticilerinin özen borcunun ihlalini oluşturup oluşturmayacağıdır. Gerçekten TTK 202/I/d'de kayba sebebiyet veren işlemin aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde sorumluluğun ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.

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

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

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

Çalışmamızın konusu kapsamında birinci kategori incelenecektir.

<sup>41</sup>TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>42</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.



## 2. Sözleşmesel ve Fiili Konzernler<sup>43</sup>

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

Bağlı şirketin ekonomik bağımsızlığını kısmen koruduğu fiili konzernlerde ise, pay sahiplerinin ve alacaklıların korunması kaybın denkleştirilmesiyle (APOK § 311), kayıp denkleştirilmediği takdirde zararın tazmini ile gerçekleşir<sup>44</sup> (APOK § 317). Fiili konzernlere ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hükümler dahilinde boşluk bulunduğu takdirde, sözleşmesel konzernlere uygulanan hükümler kıyasen fiili konzernlere de uygulanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda sözleşmesel konzern ve fiili konzern olmak üzere ikili bir ayırım yapılmamıştır<sup>45</sup>. Dolayısıyla bu değerlendirme, Türk hukuku açısından uygulama imkanı bulmayacaktır.

## 3. Hakimiyetin Türüne Göre Denkleştirmenin Koşulları

### A. Kısmi Hakimiyette

Kısmi hakimiyet, bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmamasına karşın hakimiyeti elinde bulundurmasıdır<sup>46</sup>. TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri kısmi hakimiyet temelinde oturtulmuş, TTK m. 202'de kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak tam hakimiyet halinde de (tam hakimiyete ilişkin özel durumlar dışında) hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 202/I hükmü uygulanır<sup>47</sup>.

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

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

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

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

<sup>46</sup> *Okutan Nilsson*, s. 160.

<sup>47</sup> *Okutan Nilsson*, s. 160.

## a. Kayıp

### aa. Kavram ve Sınırları

Malvarlığında ya da şirketin kârlılığı açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, hakim şirketle bağlı şirket arasındaki hakimiyet ilişkisinden kaynaklanmalıdır<sup>48</sup>. Bağlı şirketin devamlılığını ciddi derecede tehlikeye sokan ya da şirkete büyük risk getiren önlem ve hukuki işlemler, hukuka uygun değildir<sup>49</sup>. Dolayısıyla denkleştirilmesi gereken bir kaybın ortaya çıkmasına neden olur. Bu çerçevede kayıp, bir şirketin malvarlığını veya kârlılığını azaltan ya da riske sokan her türlü maddi fiil veya hukuki işlemidir<sup>50</sup>.

TTK m. 202/1/a'da da hakimiyetin kullanılması sonucu bağlı şirket açısından kayıp yaratabilecek maddi fiil ve hukuki işlemler sınırlı sayıda olmaksızın sayılmış, malvarlığını azaltan işlem ve fiillere örnek olarak bağlı şirketi iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri yapmaya yönlendirmek, bağlı şirketin kârlılığını azaltmaya ya da aktarmaya, malvarlığını aynı veya kişisel nitelikteki haklarla sınırlandırmak verilmiştir. Bu işlem ve fiiller özellikle malvarlığının azalması konusuna örnek oluşturur. Öte yandan, malvarlığının yalnızca hakim şirketin maddi fiil ve hukuki işlemleri ile azalması değil, aynı zamanda hakim şirketçe, bağlı şirketin kazanç sağlayabilecek olanaklardan mahrum edilerek kârlılığının ve verimliliğinin artırılmasının önlenmesi de kayıp kavramı içinde değerlendirilmelidir<sup>51</sup>. Gerçekten madde metninde yer alan, hakim şirketin haklı bir sebep olmaksızın bağlı şirketin tesislerini yenilememesi, yatırımlarını kısıtlaması veya durdurması gibi faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler bu kapsamdadır. Bunun yanında, tanımdan da anlaşılacağı üzere malvarlığının veya kârlılığın riske sokulması hali de kayıp oluşturan fiil ya da işlem olarak nitelendirilir<sup>52</sup>. Söz konusu kapsamda henüz sonuçlarını ortaya çıkarmamış olsa dahi, bağlı şirketin garanti, kefalet ve aval gibi sorumluluklar yüklenmesi yoluyla riske sokulması da hükümden kayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir.

TTK m. 202/1/a maddesinde örnek olarak gösterilen fiil ve işlemlerin sonuçlarının doğmuş olması şart değildir<sup>53</sup>. Başka bir ifade ile işlemin kayba sebebiyet vereceğinin ikna edici bulgular ve çıkarımlarla anlaşılması yeterlidir<sup>54</sup>. Gereğede bu konuya örnek olarak, bir ihaleye girilmemesi ve ihale şartlarından bazılarını gerçekleştirebilecekken bundan bilinçli olarak kaçınılması verilmiş, bunun için devri olduğu belirtilerek, önemli olanın ihale konusunun amaçlanan şirket tarafından kazanılmamış olması değil, kaybın şartlarının hakim şirket tarafından hazırlanması olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda kayıp oluşturan işlemin sonuçlarının doğmuş olmasının şart olmadığından yola çıkılarak yapılabilecek başka bir değerlendirme ise, işlemin sonuçlarının bilançoya yansımamış olmasının da, söz konusu işlemin kayıp olarak nitelendirilmesi açısından bir ölçüt olmamasıdır<sup>55</sup>.

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

<sup>49</sup> Bödeker, §311 N. 16.

<sup>50</sup> Habersack, § 311 N. 39, aynı yöndeki açıklamalar için bkz. Koppeneiner, §311 N. 36; Hüffer, §311 N. 36; Müller, §311 N. 27; Altmeppen, § 311 N. 158.

<sup>51</sup> Okutan Nilsson, s. 228.

<sup>52</sup> Habersack, § 311 N. 39.

<sup>53</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>54</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>55</sup> Habersack, § 311 N. 51.

TTK m. 202/I/a'da sayılan söz konusu işlem ve fiillerin gerçekleşmiş olması, doğrudan denkleştirilmesi gereken kayıbın ortaya çıkmasına neden olmaz. Esasen madde metninde sayılan bu işlem ve fiillerin hiçbiri hukuka aykırı olmayıp, bu işlem ve fiillerin bağlı şirketçe gerçekleştirilmesi, hakim şirketin hakimiyetini kullanılmasından kaynaklanıyor ve kayıp ortaya çıkıyor ise hukuka aykırılık söz konusu olur<sup>56</sup>. Bunun yanında Alman hukukunda hakim olan görüşe göre kayıp, işlem ya da fiilin aynı ve benzer şartlar altında bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından yapılmayacak ya da yapılmasından kaçınılabilecek olması durumunda ortaya çıkar<sup>57</sup>. Bu ölçüt Türk hukuku açısından ileride incelenecektir.

### bb. Kayıp ve Zarar Kavramları Arasındaki Fark

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

TTK m. 202 hükmünde yer alan kayıp ve zarar kavramları borçlar hukuku anlamında birbirinden farklı olup, kayıp kavramı, zarardan daha geniş ve onu kapsayacak niteliktedir<sup>58</sup>. Gerçekten de kayıp, fiil ya da işlemin yapıldığı tarihten itibaren ileriye dönük (ex-post) olarak belirlenir<sup>59</sup>. Başka bir ifadeyle kayıp, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması sonucu gerçekleşen maddi fiil veya hukuki işlemin yapıldığı tarihten itibaren doğması muhtemel, yani öngörülebilir sonuçlara göre değerlendirilir<sup>60</sup>. Kayıp, fiil ve işlem gerçekleştiği sırada bilinen hususlara göre belirlenir. Buna karşılık zarar, kayıbın tam tersi geriye dönük olarak tazminata hükmedildiği andan

<sup>56</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

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

<sup>58</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>59</sup> *Habersack*, § 311 N. 45.

<sup>60</sup> *Habersack*, § 311 N. 45.

itibaren, maddi fiilin ya da hukuki işlemin gerçekleştiği zamana kadar ortaya çıkan tüm olayları kapsayacak şekilde değerlendirilir<sup>61</sup>.

## cc. Kayıp Doğurabilecek Özel Nitelikteki İşlemler

### aaa. Topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi

Alman hukukunda konzern finansmanı açısından alınacak önlemlerden olan topluluk içi borçlanmalar ve merkezi nakit yönetiminin (zentral cash management) kayıp doğurucu nitelikte olup olmadığı ve bu işlemlerin gerçekleştirilmesinin sermaye şirketlerinde malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlere (APOK § 57 – sermayenin iadesi yasağı, § 62- pay sahiplerinin haksız elde ettikleri edimleri geri ödeme yükümlülüğü) aykırı olup olmadığı tartışılmıştır<sup>62</sup>. Ancak konzernele ilişkin APOK § 311’de, hakim şirkete denkleştirmenin sağlanması kaydıyla bağlı şirketi kayba uğratabilme olanağının verilmiş olması, APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanmasını gerekli kılar<sup>63</sup>. APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanması nedeniyle, konzernele açısından, topluluk içi borçlanma sisteminin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

Topluluk içi borçlanmalar, topluluk açısından finansman kontrolü sağlar<sup>65</sup>. Topluluk içi borçlanma söz konusu olduğunda bağlı şirketin, sağladığı kredinin tam olarak ifa edilmesi ve bu borca ilişkin faiz ödenmesi konusunda talep hakkı vardır<sup>66</sup>. Söz konusu borcun teminat altına alınmaması, bu borcu kendiliğinden kayıp doğurucu bir işlem haline getirmez. Zira kayıp doğurucu bir işlemden bahsetmek için şirketin malvarlığında ya da karlılığında azalma olması gerekir. Borcun teminat altına alınmamasının bir kayba yol açıp açmayacağı, bağlı şirketin yöneticileri tarafından özen yükümlülüklerine uygun olarak denetlenmelidir<sup>67</sup>.

Alman hukukunda topluluk içi borçlanmalarda, nakitlerin denkleştirilmesi anlamına gelen merkezi nakit yönetimi uygulanmaktadır. Böylece topluluk şirketlerine ilişkin nakit genelde bir finansman şirketine ait hesapta toplanmakta ve nakit havuzu (cash pooling) şeklinde bir araya getirilmektedir<sup>68</sup>. Merkezi nakit yönetiminin konzernele açısından en önemli faydası, nakit ihtiyacı olan ve toplulukta yer alan şirketlerin, bankalardan yüksek faizle kredi almasına gerek kalmaksızın, bu nakit havuzundan söz konusu ihtiyaçlarını giderme olanağı sunmasıdır<sup>69</sup>. Ancak bu sistemin kayıp doğurmaması için borcun eğer gerekliyse teminat altına alınması, piyasa koşullarına

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

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

<sup>63</sup> *Habersack*, § 311 N. 47.

<sup>64</sup> *Habersack*, § 311 N. 48; *Altmeyden*, § 311 N. 239.

<sup>65</sup> *Okutan Nilsson*, s. 237.

<sup>66</sup> *Müller*, § 311 N. 42.

<sup>67</sup> *Müller*, § 311 N. 42.

<sup>68</sup> *Altmeyden*, § 311 N. 225.

<sup>69</sup> *Altmeyden*, § 311 N. 230.

uygun faiz oranı belirlenmesi ve söz konusu borçlanmanın bağlı şirketin nakit durumunu olumsuz etkilememesi gerekir<sup>70</sup>.

### **bbb. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı**

6335 sayılı Kanunla<sup>71</sup> yapılan değişiklikten önce, TTK m. 358 hükmü, pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacağını düzenlemekteydi<sup>72</sup>. Bunun gerekçesi olarak da, hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemlerde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmekteydi<sup>73</sup>.

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına iki istisna getirilmmişti. Bunlardan ilki, borcun şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olması, ikincisi ise, işlemin emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulmuş olması idi. TTK m. 202 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete, denkleştirme yapması koşuluyla kayba uğratici işlemler gerçekleştirilmesine imkan tanınması, oysaki TTK m. 358 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete borçlandırılan tüm işlemlerinin, işlemin yapıldığı sırada emsallerine uygun olmasını bir koşul olarak ileri sürmesi ve bu nedenle hakim şirketçe kayıp doğuran bir işlemin yapılmasının da söz konusu olmaması nedeniyle, TTK m. 358 hükmünün şirketler topluluğunu düzenleyen genel sistemle uyum sağlamadığı, dolayısıyla TTK m. 202'nin, TTK m. 358 karşısında özel bir hüküm olduğu ileri sürülmüştü<sup>74</sup>.

6335 sayılı Kanun m. 15 ile getirilen değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı bir anlamda yumuşatılmış, ancak kaldırılmamıştır<sup>75</sup>. TTK m. 358'in yeni düzenlemesine göre, *“Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* Dolayısıyla, TTK m. 358 kapsamında pay sahiplerinin şirkete borçlanma imkanı doğmuş, ancak bu husus iki koşula bağlanmıştır. Bunlar, pay sahibinin sermaye taahhüdü nedeniyle vadesi gelmiş borçlarının ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Böylece şirkete nakit sermaye getirmeyi taahhüt etmiş bir pay sahibi, TTK m. 344 kapsamında tescilden önce payların itibari değerinin dörtte birini ödemekle şirkete borçlanabilecektir.

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

<sup>70</sup> Habersack, § 311 N. 47-48.

<sup>71</sup> RG. 30.06.2012, S.28339.

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

<sup>73</sup> Bkz. TTK m. 358, madde gerekçesi.

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

<sup>75</sup> Bkz. 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gerekçesi.

*ihitiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır*<sup>76</sup>.”

TTK m. 358’de yapılan değişiklikle bu hükme getirilen istisnaların amacı şirketin zarara uğramasının önüne geçmektir. Oysaki, TTK m. 202 hükmü hakim şirkete, denkleştirmenin yapılması koşuluyla bağlı şirketi kayba yol açan işlemleri yapmaya ya da maddi fiilleri gerçekleştirmeye yönelme konusunda bir anlamda yetki vermektedir. Denkleştirme yapılmadığı takdirde hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. Bunun yanında, topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi şirketler topluluğu açısından uygulanan yöntemlerdir. Dolayısıyla, her ne kadar pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı yumuşamış da olsa, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 358 hükmüne göre özel bir hüküm olduğu, şirketler topluluğu açısından getirilmiş özel düzenlemenin bertaraf edilmemesi gerektiği<sup>77</sup> göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmünün, hakim şirketin, bağlı şirkete borçlanması halinde uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilecektir.

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

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

TTK m. 395/I yönetim kurulu üyelerinin kendisi veya başkası adına şirketle işlem yapamayacağını, böyle bir işlem yapıldığı takdirde, şirketin yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebileceğini belirtmektedir. Bu hükmün uygulanması şirketler topluluğunun getirdiği sisteme tümüyle aykırıdır. Bunun nedenini tüzel kişi olarak, topluluk içindeki bağlı şirketlerin ve hakim şirketin birbirlerinin yönetim kurulu üyeliklerinde yer alması ve bu şirketlerin hepsinin birbirleriyle işlem yapması gerçeği oluşturur<sup>78</sup>. Bu durum göz önüne alınarak, TTK m. 395/III’e “TTK m. 202 madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler” hükmü getirilmiştir. Ancak şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, mal veya hizmet ya da ödünç sözleşmesi gibi başka işlemleri de aralarında gerçekleştirmeleri ticaret hayatının bir gereğidir<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gerekçesi.

<sup>77</sup> Okutan Nilsson, s. 243.

<sup>78</sup> Okutan Nilsson, s. 244.

<sup>79</sup> Okutan Nilsson, s. 245.

6335 sayılı Kanun m. 17 ile yapılan değişiklikten önce, TTK m. 395/II hükmü ile yönetim kurulu üyesinin, yakınlarının, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketlerinin ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin, şirkete nakit veya ayın borçlanamayacağı düzenlenmekteydi<sup>80</sup>. Bunun yanında şirketin, bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı hükme bağlanmaktaydı.

Söz konusu hüküm TTK m. 202'nin şirketler topluluğuna getirdiği sisteme tü-müyle aykırı olduğu ve bu hükmün uygulanması halinde bağlı şirketler arasında ticari hayatın gerekliliği olan işlemlerin hiçbirinin gerçekleştirilemeyeceği yönünde haklı olarak eleştirilmiş ve söz konusu hükmün şirketler topluluğuna uygulanamayacağı ifade edilmişti<sup>81</sup>.

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

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

Bağlı şirketler arasında gerçekleşen işlemler nedeniyle bir borçlanma ve bir kayıp söz konusu olduğunda (kayıp söz konusu olmasa bile), bağlı şirketin üçüncü kişi alacaklılarının, işlemin TTK m. 395/II'ye aykırı olduğunu ileri sürerek, hakim şirketçe denkleştirme yapılmasını beklemeksizin, şirketten olan alacakları dolayısıyla bağlı şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerini takip etmeleri mümkün olacaktır<sup>82</sup>. Bunun yanında şirket alacaklıları, TTK m. 202 hükmünde düzenlendiği şekilde şirketin zararının şirkete ödenmesini değil, doğrudan kendilerine ödenmesini talep edebileceklerdir<sup>83</sup>.

TTK m. 202 özgün bir düzenlemedir. TTK m. 395 ise bu özgün düzenlemenin amacıyla örtüşmemektedir. Dolayısıyla, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 395'e göre özel nitelikte bir hüküm olduğu belirtilmelidir<sup>84</sup>. Şirketler topluluğunda gerçekleşen her türlü borç doğurucu işlemin TTK m. 395 hükmünün kapsamı dışında olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>85</sup>.

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

<sup>81</sup> *Okutan Nilsson*, s. 244-247.

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

<sup>83</sup> *Okutan Nilsson*, s. 245.

<sup>84</sup> *Okutan Nilsson*, s. 247.

<sup>85</sup> *Okutan Nilsson*, s. 247.

## dd. Kaybın belirlenmesinin koşulları

### aaa. Özen yükümüne aykırılık

Alman hukukunda hakim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleşen bir fiil ya da işlemin kayıp doğurucu niteliği belirlenirken, bağlı şirketle aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız bir şirketin, dürüst ve tedbirli yöneticisinin varsayımsal davranışı ile karşılaştırma yapılır<sup>86</sup>. Buna göre, aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi, somut olayın özelliklerine göre bağlı şirketi kayba uğratan söz konusu fiili gerçekleştirecek ya da işlemi yapacaksa, bu durumda bu fiil ya da işlem hakim şirketin yönlendirmesiyle yapılsa ve de kayıp doğursa bile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü doğmayacaktır.

Kaybın belirlenmesinde Alman hukukunda uygulanan bu ölçüt, Türk hukukunda da uygulanabilecektir. Nitekim, TTK m. 202/1/d' de, *kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemeyeceği* düzenlenmiştir. Buna göre, aynı koşullardaki bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi, özen yükümlülüğü çerçevesinde kayba neden olan işlemi yapacak ya da yapılmasından kaçınılabilecek ise kayıp doğuran bir işlem olmadığı için hakim şirketin tazminat sorumluluğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu durum, hakim şirketin sorumluluğu doğmadığı için, denkleştirme yükümlülüğünün de olmadığı anlamına gelmektedir<sup>87</sup>.

Böylece, kayba sebebiyet veren ve bağlı şirketin yaptığı ya da yapmaktan kaçındığı işlem ya da fiil, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından da yapılacak ya da yapılmasından kaçınılacak ise bu durumda hakim şirketin denkleştirme yapma yükümlülüğü doğmayacaktır. Eğer bağımsız şirketin, bağlı şirketten başka bir davranış tarzı belirleyeceği tespit edilirse, bu durumda bağımsız şirketin varsayımsal davranış biçiminin şirketin malvarlığı ile karlılığı üzerindeki etkisi araştırılır ve bağlı şirketin davranış biçimi sonucunda malvarlığında meydana gelen değişiklikler bu varsayımsal sonuçla karşılaştırılır<sup>88</sup>. Bağlı şirket açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar kaybı oluşturur<sup>89</sup>.

Böylece bu varsayımsal karşılaştırma yöneticilerin özen yükümlülüğünün sınırını çizmekte, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış tarzı bulunmadığı hallerde, denkleştirilecek bir kaybın da olmadığı anlamına gelmektedir<sup>90</sup>.

AŞ yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TTK m. 369'da yer almaktadır. Yöneticiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar<sup>91</sup>. Tedbirli yönetici, nesnel ve

<sup>86</sup> Habersack, § 311 N. 41; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 30.

<sup>87</sup> Habersack, § 311 N. 41.

<sup>88</sup> Okutan Nilsson, s. 262.

<sup>89</sup> Okutan Nilsson, s. 262.

<sup>90</sup> Habersack, § 311 N. 40.

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



ideal bir değeri temsil eder<sup>92</sup>. Nesnellik ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır<sup>93</sup>. Yine yönetim kurulu üyelerinin nesnellığı değerlendirilirken, benzer işletmelerdeki yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır<sup>94</sup>.

Kaybın özen yükümlülüğüne aykırı olarak belirlenmesinde ve yapılacak varsayımsal karşılaştırmada iş adamı kararı kuralı (business judgement rule) dikkate alınmalıdır. Zira bazı işlem ve fiillerde yönetim kurulu üyelerinin takdir haklarını kullanmaları gerekebilir. Gereğede de tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı verebileceği anlamına geldiği ifade edilmektedir. TTK m. 374 hükmü de *yönetim kurulu şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir* ifadesiyle bunu desteklemektedir. Dolayısıyla, işletme konusu dahilinde, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözeten, kişisel ve üçüncü kişilerin menfaatlerini göz önüne almayan, fakat yanlış nitelikteki kararlar sorumluluk doğurmazdır<sup>95</sup>. Bu nedenle, yapılacak varsayımsal karşılaştırmada bağlı şirketin davranış tarzı belirlenirken, takdir hakkı kullanılarak alınmış, dürüstlük kuralına uygun bir karar olup olmadığı da incelenmelidir<sup>96</sup>.

### bbb. Kaybın Ölçülebilir Olması

Hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, kaybın ölçülebilir olması gereklidir. Kaybın niceliksel olarak belirlenememesi, kaybın ortadan kalkmasına ya da hukuka aykırı olan yönlendirmenin hukuka uygun hale gelmesine neden olmaz<sup>97</sup>. Böyle bir durumda hakim şirketin sorumluluğu devam eder ve eğer zarar ölçülebilir nitelikteyse hakim şirketin tazminat yükümlülüğü doğar. Denkleştirmenin sağlanmadığı ve zararın da ölçülemediği durumlarda, TTK m. 202/1/d'ye göre bağlı şirket pay sahipleri, paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasını mahkemeden isteyebilecekleri gibi, hakim duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilir<sup>98</sup>.

#### i. Hukuki işlemlerde kaybın ölçülmesi

Özellikle hakim şirketin yönlendirmesi sonucu bağlı şirketçe yapılan ve kaybın doğmasına neden olan hukuki işlemlerde, bu işlemin şirket açısından ne miktarda bir kayıp oluşturduğu belirlenirken, söz konusu işlem, bağımsız şirketle yapılsaydı, bu bağımsız şirketin hangi durumda olacağı araştırılmalıdır<sup>99</sup>. Alman hukukunda bağımsız şirket ile bağımlı şirket arasında ortaya çıkabilecek bu farkın belirlenmesi açısından

<sup>92</sup> Tekinalp, Ü.: Tek Kişilik Ortaklık, İstanbul 2011, N. 12-118.

<sup>93</sup> TTK m. 369, madde gerekçesi.

<sup>94</sup> TTK m. 369, madde gerekçesi.

<sup>95</sup> Tekinalp, N. 16-75.

<sup>96</sup> Habersack, § 311 N. 41.

<sup>97</sup> Koppensteiner, §311 N. 54; Habersack, § 311 N. 43; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 40.

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

<sup>99</sup> Koppensteiner, §311 N. 62; Habersack, § 311 N. 54.

vergi hukukuna ilişkin örtülü kazanç aktarımıyla<sup>100</sup> ilgili kuralların uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Zira örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda hakim şirketin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde edim-karşı edim ilişkisi ile bağlı şirketle yaptığı işlemler arasındaki edim-karşı edim ilişkisi, bağlı şirketin aleyhine olmak üzere farklı matematiksel sonuçlar doğuracak ve bu durumda bağlı şirketin kaybı söz konusu olacaktır<sup>101</sup>. Türk hukuku açısından da bu sonucu benimsemek mümkündür<sup>102</sup>.

## ii. Maddi fiiller ve önlemlerde kaybın ölçülmesi

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayıp doğurucu önlemler ve maddi fiiller belirlenirken esas alınması gereken ölçüt bağımsız bir şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten tedbirli bir yöneticisinin davranışı biçimidir<sup>103</sup>. Dolayısıyla, TTK m. 202/1/a'da örnek olarak verilen bağlı şirketin tesisleri yenilemek ya da gerekçede gösterilen ihaleye girecekken, bağlı şirketin bundan alıyolunması gibi önlemlerde, bağımsız şirketin tedbirli yöneticisi de aynı yönde davranacaksa bu durumda, söz konusu önlem ve fiiller kayıp doğuran işlem ve önlem olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak tedbirli bir yöneticinin davranışı bile kaybın belirlenmesi ve ölçülmesinde çeşitli zorlukları beraberinde getirebilir. Nitekim, rekabetçi bir ortamda şirket yatırımlarına, personeline ya da organizasyonuna ilişkin kararların başarı sağlayacağı kesin değildir. Kaybın değerlendirilmesi de ileriye dönük bir bakış açısı ile yapıldığına göre, önlemin sonuçlarının yarattığı fırsatlar veya ortaya çıkardığı riskler ile önlemin alınmasına ilişkin karar arasındaki ilişki kopmuş olabilir<sup>104</sup>. Bu nedenle, maddi fiiller sonucunda doğan kaybın ölçülmesine ilişkin değerlendirme her somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira bir bağlı şirket, bir ihaleye girme fırsatından mahrum edilmekle birlikte, bağlı şirkete benzer şartlardaki başka bir ihaleye girme olanağı tanınmışsa, burada ölçülecek bir kayıptan da bahsetmek mümkün değildir.

<sup>100</sup>5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) (RG, 21.06.2006, S: 26205) m. 13 örtülü kazanç aktarımını, "kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır" olarak tanımlamaktadır.

<sup>101</sup> Habersack, § 311 N. 54.

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

<sup>103</sup> Habersack, § 311 N. 57.

<sup>104</sup> Habersack, § 311 N. 57; Hüffer, §311 N. 34; Koppensteiner, §311 N. 72; Altmeyen, § 311 N. 122.

### ee. Kaybın Belirlenmesinde Zaman

Kaybın ve kayıp miktarının belirlenmesinde esas alınacak zaman, hukuki işlemin gerçekleştiği ya da ilgili önlemin alındığı (ya da alınmasından kaçınıldığı) andır<sup>105</sup>. Bağlı ve hakim şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanacak raporların düzenlendiği TTK m. 199/III'de de (karş. APOK § 312 [3]) bu yönde hüküm bulunmaktadır. TTK m. 199/III'e göre: "Yönetim kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratıp uğratmadığını açıklar."

Kaybın belirlenmesinde ölçüt, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli yöneticilerinin, o anda elinde bulunan verilere göre hareket etmesidir. Başka bir ifade ile bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi işlem ya da önlemin gerçekleştiği anda elindeki verilere göre, bağlı şirket yöneticisiyle aynı yönde davranacaksa, kaybın doğduğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, TTK m. 202 kapsamında kaybın irdelelenmesinde, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin, işlemin gerçekleştiği anda öngörebileceği durumlar değerlendirilmeli ve ex-ante bir belirleme yapılmalıdır<sup>106</sup>. Bu nedenle, yöneticiler tarafından yapılan işlemler ya da alınan veya alınmasından kaçınılan önlemler bakımından sonradan ortaya çıkan etkenler ya da gelişmeler nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalma, kaybın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>107</sup>.

### b. Hakim Şirketin Yönlendirmesi

#### aa. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar ya da önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle hakim şirket açısından bir sorumluluğun doğması için kayba neden olan işlem ya da önlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda yapılması gereklidir. Yönlendirme tavsiye, teşvik, talimat gibi belirli bir davranış ya da beklenti gibi bir açıklama yoluyla bağlı şirketin işlemlerine etki etmektedir<sup>108</sup>.

Kaybın doğması bakımından, hakim şirketin yönlendirmesinin istisnai bir duruma ilişkin olması gerekmemektedir. Bunun yanında yönlendirmeden bahsetmek için, bunun belli bir önemde olması ya da bağlı şirket buna uygun olarak hareket etmediği takdirde çeşitli yaptırımların uygulanacağını ayrıca ifade edilmesi zorunlu değildir<sup>109</sup>. Yönlendirmenin belli bir şekilde ya da karar alınarak yapılması da gerekli değildir<sup>110</sup>. Yönlendirmenin varlığına ilişkin belirleyici nokta hakim şirketin hareket tarzının, bağlı şirket tarafından objektif olarak algılanması ve bağlı şirketin buna göre hareket etmesidir<sup>111</sup>.

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

<sup>105</sup> Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyden, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

<sup>106</sup> Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyden, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

<sup>107</sup> Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Müller, § 311 N. 29.

<sup>108</sup> Hüffer, §311 N. 16; Koppensteiner, §311 N. 3; Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

<sup>109</sup> Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

<sup>110</sup> Müller, § 311 N. 12.

<sup>111</sup> Müller, § 311 N. 14.

veya gerçekleştirilmesinde hakim şirket yönetim kurulunun oy gücü ile etkili olabileceği ya da baskı uygulamalarına girişebileceği, yöneltecek ibaresinin bütün bu pratikleri kapsadığı belirtilmiştir<sup>112</sup>.

TTK m. 202 (karş. APOK § 311) hükmünde yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapılmasını öngörmektedir. Her ne kadar yönlendirmeyi kural olarak hakim şirketin yetkili organın yani yönetim kurulunun yapacağı kabul edilse de, bu bir şart değildir. Dolayısıyla bağlı şirket, yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapıldığını düşündüğü sürece, bu fiilin hakim şirketin çalışanlarınca ya da üçüncü kişiler tarafından bile gerçekleştirilmesi mümkündür<sup>113</sup>. Benzer şekilde, hakim şirketin yönlendirme fiili bağlı şirketin yönetim kurulunu hedef alabileceği gibi çalışanlarına da yönelik olabilir<sup>114</sup>.

Denkleştirme kural olarak hakim şirket tarafından yapılır. Ancak esas olan kayıp doğuran işleme ya da fiile ilişkin yönlendirmeyi kim yaptıysa, denkleştirmeyi de onun yapmasıdır<sup>115</sup>. Bu husus özellikle, şirketin bir başka şirket üzerinde üçüncü kişiler aracılığı ile hakimiyet kurması olan dolaylı hakimiyette<sup>116</sup> önem kazanır. Dolaylı hakimiyette denkleştirme kural olarak, yönlendirmeyi yapan tarafından sağlanmalıdır<sup>117</sup>.

#### **bb. Birlikte Hakimiyette**

Birlikte hakimiyet<sup>118</sup> durumunda yönlendirme her bir şirket tarafından yapılabilir. Böyle bir durumda bağlı şirket açısından yönlendirme, hakim şirketler arasındaki anlaşmaya ya da koordinasyona bağlı olarak gelişeceğinden, söz konusu yönlendirme fiilinin tüm hakim şirketlerce kolektif olarak gerçekleştiği kanısı oluşacaktır<sup>119</sup>.

#### **cc. Kademeli Hakimiyette**

Kademeli başka bir ifade ile farklı seviyedeki hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda yönlendirme, alt seviyede yer alan şirketten gelebileceği gibi en üst seviyedeki şirketten de gelebilir. Burada değerlendirilmesi gereken en önemli nokta, alt seviyeden yapılan yönlendirmenin üst seviyedeki hakim şirketten gelip gelmediğidir<sup>120</sup>. Üst seviyedeki hakim şirketin genel politikalarından kaynaklı yönlendirme alt seviyedeki hakim şirket tarafından yapılıyorsa bu durumda yönlendirmenin üst seviyeden geldiği kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Ancak üst seviyedeki hakim şirketle bağlantısı bulunmaksızın, alt seviyedeki hakim şirketin yönetim ve takdir alanına bırakılan konularda bir yönlendirme söz konusuysa, bu yönlendirme alt seviyedeki şirketten gelmektedir<sup>122</sup>.

#### **dd. Yönlendirmenin İspatı**

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

<sup>112</sup>TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>113</sup>Habersack, § 311 N. 25; Hüffer, §311 N. 16; Müller, § 311 N. 15.

<sup>114</sup>Müller, § 311 N. 18.

<sup>115</sup>Okutan Nilsson, s. 296.

<sup>116</sup>Dolaylı hakimiyet için bkz., Habersack, § 17 N. 26; Hüffer, § 17 N. 26

<sup>117</sup>Koppensteiner, §311 N. 121.

<sup>118</sup>Birden fazla kişinin hakimiyeti birlikte kurmaları durumudur.

<sup>119</sup>Habersack, § 311 N. 26.

<sup>120</sup>Habersack, § 311 N. 26.

<sup>121</sup>Habersack, § 311 N. 26.

<sup>122</sup>Okutan Nilsson, s. 273

gerek bağlı şirket, gerek topluluk dışı pay sahipleri, gerekse alacaklılar açısından oldukça önem taşır. Öte yandan yönlendirmenin, çoğu zaman hakim şirketin benimsediği çeşitli prensipler ya da verdiği talimatlar ile gerçekleştirilmesi ve ispat aracı olarak kullanılabilir yazılı bir belgenin olmaması ihtimali oldukça yüksektir<sup>123</sup>. Dolayısıyla yönlendirmenin şirket defter ve kayıtlarına dayanarak ispatı da mümkün olmaz<sup>124</sup>. Bu durum ise özellikle topluluk dışı pay sahipleri ile alacaklılar açısından ispat konusunda zorluk teşkil eder. Dolayısıyla, özellikle bu kişiler açısından ispatın kolaylaştırılması gerekmektedir<sup>125</sup>.

Yönlendirmenin ispatı açısından, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle kayıp doğurucu bir işlemin var olduğu ortaya koyulmalıdır. Bunun yanında, kayıp doğurucu işlem hakim şirket, diğer bağlı şirketler ya da şirketler topluluğunun bütünü açısından bir fayda sağlamışsa, bu durumda kayba neden olan işlemin, hakim şirketin yönlendirmesiyle yapıldığı kabul edilmelidir<sup>126</sup>. Bağlı şirket açısından bu konuda en önemli ispat aracı, TTK m. 199'da düzenlenen bağlı şirketin yönetim kurulu tarafından hazırlanacak bağlılık raporu olacaktır. Zira bu rapor, bağlı şirketlerin kendi aralarındaki ve hakim şirketle aralarındaki ilişkileri ve ilişkilerin kayıp ve yarar olmak üzere sonuçlarını açıklar<sup>127</sup>. Gereğede açıklandığı gibi bu rapor, fayda/kayıp sonuçlarını açıkladığı için kayıp ve denkleştirme davaları yönünden de önem taşımaktadır<sup>128</sup>. Bağlılık raporunun bağlı şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanması ve yine bağlı şirketin, kayba yol açan işlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda gerçekleştiğini kendi hazırladığı rapora dayanak ispatlama olanağına sahip olması, bağlılık raporunun ispat bakımından objektifliği konusunda soru işareti uyandırmaktadır. Ancak şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerin genel amacı ve bağlı şirket açısından "ispat yükünün hafifletilmesi" ve "dolaylı ispata izin verilmesi"<sup>129</sup>, gereği bu soru işareti ortadan kaldırmaktadır. Hakim şirket bu durumun aksini ispat edebilir.

Bu kapsamda, birlikte hakimiyet halinde, kayba yol açan işlemin hakim şirketlerden en az birinin yararına olduğunun ileri sürülebildiği noktada, hakim şirketlerin yönlendirmeyi birlikte gerçekleştirdiklerinin kabulü ve aksi bir durum söz konusuysa bunun hakim şirketler tarafından ispatlanması gerekir<sup>130</sup>.

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

<sup>123</sup> Habersack, § 311 N. 32.

<sup>124</sup> Okutan Nilsson, s. 278.

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

<sup>126</sup> Okutan Nilsson, s. 278.

<sup>127</sup> TTK m. 199, madde gerekçesi.

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

<sup>129</sup> Okutan Nilsson, s. 278.

<sup>130</sup> Okutan Nilsson, s. 280.

bul edilebilmelidir<sup>131</sup>. Dolayısıyla kaybın denkleştirilmesinin bu iki şirketten biri tarafından sağlanmasıyla, denkleştirme yükümlüğü son bulur.

### ee. Nedensellik

Bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlemin kayıp doğurucu olarak nitelendirilmesi ve denkleştirme yükümlülüğüne neden olması için, söz konusu önlemin alınmasında (alınmasından kaçınılmasında) yönlendirmenin hakim şirket tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle hakim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlem arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir<sup>132</sup>. Bağlı şirket, hakim şirketin yönlendirmesi olmaksızın, yine aynı şekilde davranacak, başka bir ifade ile kayıp doğurucu önlemi alacak ya da almaktan kaçınacaksa, yönlendirme ile önlem arasında nedensellik bağı bulunduğundan bahsetmek mümkün olmaz<sup>133</sup>. Dolayısıyla hakim şirketin denkleştirmesi gereken bir kayıptan söz edilemez.

### B. Tam Hakimiyet

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

Talimatlara uyma zorunluluğu yalnızca tam hakimiyet için öngörülmektedir. Dolayısıyla kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin tam talimat serbestisi olmadığı gibi, bağlı şirket yönetim kurulunun da bu talimatlara uyma zorunluluğu yoktur<sup>134</sup>. Bununla birlikte kısmi hakimiyette kayba sebebiyet veren bir işlemin denkleştirme yoluyla gideriliyor olması, bağlı şirket yönetim kuruluna talimat serbestisi getirmektedir. Ancak bunun sınırı ise bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin dürüst ve tedbirli bir yönetici olarak, kayba sebebiyet veren işlemi yaparken, bunun hakim şirket tarafından denkleştirileceğini öngörmelerinin haklı bir nedene dayanmasıdır<sup>135</sup>. Aksi takdirde, hakim şirketin denkleştirme yapmayacağı somut olaydan anlaşılıyor ve yönetim kurulu üyelerince öngörülüyorsa, bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır. Oysa ki tam hakimiyet durumunda, yönetim organı talimatları kısmi hakimiyette olduğu gibi inceleme ve değerlendirme yükümlülüğü altında değildir.

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

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

<sup>131</sup> Bkz. Okutan Nilsson, s. 280

<sup>132</sup> Habersack, § 311 N. 38.

<sup>133</sup> Habersack, § 311 N. 38.

<sup>134</sup> Okutan Nilsson, s. 368.

<sup>135</sup> Okutan Nilsson, s. 422.

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

#### IV. DENKLEŞTİRME YÖNTEMİ

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

##### 1. Fiilen Denkleştirme

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

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

Denkleştirmede esas alınacak kıstas, şirketi kayıp doğmadan önceki haline geri getirmektir<sup>137</sup>. Denkleştirme yapılırken, kaybın tamamıyla giderildiğini belirleme konusunda, faydanın sağlanma anı önemli bir rol oynar. Başka bir ifade ile denkleştirmenin gereği gibi yapılmış olması, faydanın sağlanma anıyla yakından ilgilidir<sup>138</sup>. TTK m. 202 hükmünde denkleştirme için süre tanınmıştır. Dolayısıyla denkleştirme sağlanana kadar başka kayıpların ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle denkleştirmenin yapıldığı yani faydanın sağlandığı an ile kayıp doğurucu işlem ya da fiilin gerçekleştiği an arasında doğan ve öngörülebilir olan kayıpların da denkleştirme kapsamında olması gerekir<sup>139</sup>.

Bunun yanında denkleştirilebilir ayrı ayrı kalemlerin bulunması halinde, denkleştirmenin cari hesap sözleşmesiyle kayıt altına alınması ve denkleştirmenin bu esaslara göre sağlanması mümkündür<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

<sup>137</sup> Habersack, § 311 N. 68.

<sup>138</sup> Koppensteiner, §311 N. 13; Hüffer, §311 N. 22.

<sup>139</sup> Okutan Nilsson, s. 288.

<sup>140</sup> Habersack, § 311 N. 70.

Alman hukukunda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirirken, bağlı şirketin görüşünü alıp almayacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, denkleştirmenin nasıl yapılacağına ilişkin yetki hakim şirkette olmalıdır<sup>141</sup>. Hakim şirkete bağlı şirketi kayba uğratabilecek işlem ve fiillere sevk etme konusunda bir imtiyaz tanındığına göre, hakim şirket, kaybı yeterli değerinde bir fayda ile denkleştirmesi koşuluyla, denkleştirmenin içeriğine ve miktarına karar verebilmelidir<sup>142</sup>. Aksi görüşe göre, sağlanan faydanın bağlı şirketin işine yarayacak nitelikte olması gerekmektedir<sup>143</sup>. Dolayısıyla bu konuya ilişkin karar verme yetkisi sadece hakim şirkete bırakılmamalıdır<sup>144</sup>.

Türk hukuku açısından *Okutan Nilsson*, ilk görüşün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bağlı şirketin denkleştirme konusunda bir talep hakkının olmaması ile denkleştirmenin yapılması konusunda bağlı şirketten onay alınmasının tutarlı olmayacağını, bağlı şirket yönetim kurulunun ancak hesap yılının sonunda, yapılan denkleştirmenin uygun olup olmadığını değerlendirip rapor etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında, hakim şirketçe sağlanması önerilen denkleştirmenin, kaybı gidermeye uygun olup olmadığını yönetim kurulunca değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin çekince olduğu takdirde, yönetim kurulunun hakim şirket nezdinde bunları dile getirmesinin uygun olduğunu, böylece hakim şirkete sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme fırsatının tanınacağını belirtmektedir<sup>145</sup>.

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

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

<sup>141</sup> *Habersack*, § 311 N. 71; *Hüffer*, §311 N. 41

<sup>142</sup> *Habersack*, § 311 N. 71.

<sup>143</sup> *Koppensteiner*, §311 N. 123.

<sup>144</sup> *Koppensteiner*, §311 N. 123.

<sup>145</sup> Bkz. *Okutan Nilsson*, s. 289, 290.



## 2. Bağlı Şirkete İstem Hakkı Tanınması Yoluyla Denkleştirme

### A. Genel Olarak

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

Alman hukukunda talep hakkının bir sözleşme ile tanınması gerektiği görüşü hakimdir<sup>146</sup>. TTK m. 202 madde gerekçesindeyse, sözleşmenin denkleştirme için bir güvence olduğu belirtildikten sonra, sözleşmenin yerine hakim şirketin bir taahhüdünün de amaca hizmet edebileceği ifade edilmiştir.

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

Hakim şirket, taahhüdünde sağlanacak faydanın şeklini ve kapsamını belirtmelidir. Hakim şirket ile bağlı şirket arasında denkleştirmeye ilişkin sözleşmede ya da hakim şirketin taahhüdünde seçimlik bir borç belirlenmesi mümkündür<sup>147</sup>. BK m. 87'ye (karş. BGB § 262) göre: "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, söz konusu hukuki ilişki ve işin özelliği bakımından seçim yetkisinin bağlı şirkette olduğu kabul edilmelidir. Ancak, edimler arasında yapılacak seçim sonucu sağlanacak faydalardan herhangi biri kaybı tam olarak giderecek ise, seçim yetkisinin hakim şirket ya da üçüncü bir kişi tarafından kullanılması da mümkündür<sup>148</sup>.

TTK m. 202 hükmünde denkleştirmenin ne zaman yapılacağını belirtilmesi gerektiği düzenlenmiş ancak denkleştirmenin hangi tarihe kadar yapılması gerektiğine yer verilmemiştir. Esasen, denkleştirmenin yapılması için belirli bir takvim gününün belirlenmesine gerek yoktur<sup>149</sup>. Dolayısıyla, faydanın sağlanacağı, başka bir ifade ile ifa zamanının taahhüdün niteliğinden genel olarak anlaşılması yeterlidir. Bu nedenle, ifanın belli bir sürenin bitimine kadar ya da bir olayın gerçekleşmesi ile yerine getirileceği taahhüt edilebilir<sup>150</sup>. Öte yandan ifanın şarta, başka bir deyişle, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlanması TTK m. 202 hükmünün amacı dikkate alındığında kabul edilemez<sup>151</sup>. Bununla birlikte, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, talep hakkının kullanılmasının, beklenen faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılması gerekmektedir<sup>152</sup>.

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

<sup>146</sup> Habersack, § 311 N. 72; Hüffer, §311 N. 46; Koppensteiner, §311 N. 129.

<sup>147</sup> Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

<sup>148</sup> Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

<sup>149</sup> Habersack, § 311 N. 73; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 131.

<sup>150</sup> Okutan Nilsson, s. 293.

<sup>151</sup> Okutan Nilsson, s. 293.

<sup>152</sup> TTK m. 202, madde gerekçesi.

### B. İfanın İmkansızlaşması

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

BK m. 136'ya göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşsın, borç sona erer. Dolayısıyla, kusursuz imkansızlık borçluyu kendiliğinden borçtan kurtarır<sup>153</sup>. Borçlu edimin sonradan imkansız hale gelmesi nedeniyle sorumlu tutulamaz<sup>154</sup>. Türk borçlar hukukunda kural bu olmakla birlikte, Alman hukukundaki hakim görüş Türk Hukuku açısından da kabul edilmeli ve hakim şirketin kusuru olmaksızın denkleştirmenin konusu imkansızlaşsın hakim şirket bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira, hakim şirketin yükümlülüğü ancak kaybın fiilen denkleştirilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında denkleştirmenin amacı, bağlı şirketin, kayıp doğurucu işlem ya da fiil gerçekleşmeseydi hangi durumda bulunacaksa o duruma getirilmesi ve kayıp doğurucu işlem ya da fiillerin olumsuz sonuçlarının garanti altına alınmasıdır. Dolayısıyla denkleştirmenin konusu olan edimin imkansızlaşması, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü sona erdirmez<sup>155</sup>.

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

### SONUÇ

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

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

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

<sup>154</sup> Oğuzman/Öz, s. 591; Eren, s. 1289.

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

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

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

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

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

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

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

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

