

Kitap İncelemesi

*Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden
schweizerischen Privatrecht, XLIII+382 S,
Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1994.*

Handschin'in bu çalışması, 1992 yılı sonunda Basel Üniversitesi Hukuk Fakülte-
nde (İsviçre) doçentlik tezi olarak kabul edilmiştir.

İktisadi faaliyette bulunan teşebbüsler açısından bir organizasyon şekli olarak
pratikte büyük öneme sahip olmasına rağmen konzern hukukuna ilişkin normlar İsviçre
Özel Hukuku'nda yer almamaktadır. Diğer bir ifade ile İsviçre Hukuku konzerni düzen-
lememiştir. Önem taşıyanları İsviçre Paylı Ortaklıklar Hukuku'na ilişkin yeni düzenleme
ile yürürlüğe giren, konzern hukukuna ilişkin hükümler ise sadece bazı konuları düzen-
lemektedir. Eski düzenlemede de mevcut olan iki hüküm (OR 671.4 ve 708) sadece hol-
dinglere ilişkindir.

İsviçre'de paylı ortaklıklar hukukuna ilişkin yeni düzenleme ile getirilen temel
norm (OR 663e) bir konsolide bilançonun yapılması yükümlülüğü öngörmektedir. Bu
yükümlülük oy çokluğu veya diğer bir şekilde bir veya birden fazla şirketi tek bir idare
altında toplayan şirketler için geçerlidir. Bu norm ile kanun koyucu aynı zamanda şirket-
ler hukukuna ilişkin bir konzern kavramı ortaya çıkarmıştır. Tek bir idareden ne anlaşıl-
ması gerektiği (potansiyel veya efektif) kasten açık bırakılmış, bunun cevabı öğretiyeye
kalmıştır. Tam açık olmamasına rağmen bu norm İsviçre Konzern Hukuku açısından çok
önemlidir. Çünkü Konzern kavramına yer vermesi ve konsolide konzern bilançosunu dü-
zenlemesi yanında ayrıca İsviçre Özel Hukuku'nun konzerni temelde bir bütün olarak ele
aldığını (Einheitsbehandlung) göstermektedir.

Handschin, çalışmasında yürürlükte olan İsviçre Konzern Hukuku'nu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Yazar zaman zaman ele aldığı yasal düzenlemeler ve mahkeme kararları yanında, esas olarak özel hukukun özellikle de şirketler hukukunun temel ilkeleri ve kanun hükümlerinin yorumu ve uygulanması yoluyla özel bazı ilkeleri (Einzelne Prinzipien) ve kuralları belirlemeye çalışmıştır.

İsviçre Konzern Hukuku'nun kanun koyucu tarafından öngörülmuş bir modele değil de uygulamaya dayanması dolayısıyla bu araştırmada sadece uygulamada ortaya çıkan ve tipik olarak nitelendirilen konzernler ele alınmıştır.

Handschin'in kitabı başlıca dört bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümü oluşturan girişte daha sonraki bölümlerin anlaşılmasına yardımcı olacak bilgiler verilerek, konunun çerçevesi çizilmiştir.

İkinci bölümde "konzern" kavramı analiz edilerek, hukuki niteliği incelenmektedir. Bir şirkete hakim olan kişi, tüzel olabileceği gibi gerçekte olabilir. Bu nedenle Handschin, bir konzernde ana şirket yerine ana teşebbüs (Mutterunternehmen) ve yavru şirket yerine de yavru teşebbüs (Tochterunternehmen) kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı görüşündedir. Burada ana teşebbüsün yavru teşebbüsü doğrudan hakimiyeti altına almasıyla oluşan "tek düzen konzern" (einheitlicher Konzern) olarak ifade edilebilir konzernler ile birden fazla yavru teşebbüsün biraraya gelerek serbets iradeleri ile oluşturdukları korporatif konzernlerden (körperschaftlicher konzern) söz edilmektedir. Korporatif konzernleri tek düzen konzernlerden ayrılan özellik, yavru şirketlerin aynı zamanda ana şirketin üyeleri olmasıdır. Demokratik bir devlet ile karşılaştırma yapmak gerekirse, bir yandan halk tarafından idare edilen bir devletin diğer yandan halkı idare etmesi gibidir. Bu tür konzernlerde, faaliyetlerinde tek el idaresi altında buldukları ana şirketin üyeleri olarak yavru şirketler, ana şirket üzerinde üyelikten kaynaklanan kontrol hakkını kullanmaktadırlar. İsviçre'de korporatif konzernlerin en belirgin örneği, birden fazla kooperatifin bir kooperatif birliği çatısı altında bir araya gelerek meydana getirdikleri kooperatif konzernlerdir (Genossenschaftskonzern)

Üçüncü bölüm ise konzern iç hukukuna diğer bir ifadeyle ana teşebbüs ile yavru teşebbüs arasındaki ilişkiler ile bunların pay sahipleri ile ilişkilerini düzenleyen özel hukuk kurallarına ilişkindir. Handschin bu bölümde konzern içi ilişkilere ilişkin çeşitli konuları ele almaktadır. Konzern idaresi yükümlülüğü ve konzern içi sözleşmeler yanında, örneğin Alman Hukuku'nda yasal olarak düzenlenmiş olan "hakimiyet altına alma" (Beherrschungsverträge) veya hakimiyetten kurtarma" (Entherrschungverträge) sözleşmelerinin İsviçre Hukuku'nda da mümkün olup olmadığını inceleyerek, ayrıca konzern içinde azınlık pay sahiplerinin durumunu, tek elden idarenin şekli ve maddi sınırlarını ve azınlığı koruyan hükümleri tesbite çalışmıştır.

Ana teşebbüsün yavru teşebbüsü yönetme gücünü sınırlayan hükümlerin dayandığı temeller (eşit ve işlem ve şirket çıkarı) kitabın sistematigi gereği kısmen ikinci bölümde incelenmiştir.

Handschin yürürlükteki hukukun azınlık haklarının korunması açısından yetersiz olduğunu belirtmektedir. Çünkü piyasa şartlarına göre işlem yapılan yavru teşebbüsün azınlık pay sahibi, onun konzern içine dahil edilmesiyle zarara uğramaktadır. Bu nedenle Handschin, ana teşebbüsün azınlık pay sahibinin paylarını "blok alıma" (Übernahmerecht) ilişkin düzenlemede olduğu gibi devralma yükümlülüğünün getirilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılmasını önermektedir.

İsviçre'de paylı ortaklıklar hukukunda yapılan revizyon ile, yavru şirket tarafından ana şirketin paylarının kazanılması kendi paylarına sahip olmasına eşit sayılmıştır. (OR 659b). Bu kural, ana şirketin yavru şirket üzerinde iktisap edilen bu paylara ilişkin oy hakkının kullanılmasını belirleyecek şekilde güce sahip olması halleri için geçerli olmakla beraber, Handschin aynı şeyin korporasyon konzernlerde olduğu gibi ana şirketin yavru şirketin sadece idaresini üstlendiği hallerde söz konusu olmadığını belirtmektedir.

Bu bölümde ayrıca, ana şirketin yavru şirket üzerinde sahip olduğu haklar ve tek elden idarenin bozulması sonucu yavru şirketin ana şirketin hakimiyetinden kurtulması ele alınmaktadır.

Dördüncü bölüm ise konzern dışı hukuki ilişkileri kapsamaktadır. Burada araştırılan, özel hukukun konzerni bir bütün, tek bir birim (Einheit) olarak ele alıp almadığı ve bunun ne dereceye kadar olduğudur. Konzern üyelerinin tüm konzern lehine veya aleyhine üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerin sonucu ve özellikle yavru şirketin sözleşmelerinden ana şirketin sorumlu kılınması ile ayrıca ana şirketin kendi ve yavru şirketinin faaliyetlerinden doğan haksız fiil sorumluluğu bu bölümün konusunu oluşturmaktadır.

Önce burada tek elden idare edilen ve hukuken bağımsız olmakla beraber, iktisaden bir birlik oluşturan konzernin hukuken de tek bir birim olarak kabulünün ve işlem görmesinin istisna olduğu vurgulanmaktadır.

Konzern dışı hukuk çerçevesinde, üçüncü kişilerle konzern tarafında yer alan şirketler arasında yapılan sözleşmelerin etkisi konusunda "gerçek konzern etkili sözleşmeler" ile (Verträge mit echter Konzernwirkung) "gerçek olmayan konzern etkili sözleşmeler" (Verträge mit unechter Konzernwirkung) birbirinden ayrılmaktadır. Sözleşmeye taraf olmamalarına rağmen diğer konzern üyelerine de etki eden sözleşmeler "gerçek konzern etkili sözleşmeler" olarak nitelendirilmektedir. Her bir konzern üyesi hukuken ayrı bir birim (juristische Einheit) olduğu için onun yaptığı her sözleşmede sadece onu ve karşı tarafı bağlar. Eğer herhangi bir konzern üyesi ile üçüncü bir kişi arasında yapılan sözleşme sadece sözleşme taraflarının değil de, sözleşmeye taraf olmamalarına rağmen

diğer konzern üyelerinin de lehine ve aleyhine sonuçlar doğuruyorsa, o takdirde bu "gerçek konzern etkili bir sözleşmedir" Buna karşılık diğer konzern üyelerinin yükümlülüğünün onların yaptıkları bir sözleşme veya işlemde kaynaklanması halinde ise "gerçek olmayan konzern etkili sözleşmelerden" söz edilmektedir; örneğin yavru teşebbüsün yaptığı bir sözleşmenin ifasının ana teşebbüs tarafından garanti edilmesi veya ana teşebbüsün kefil olması gibi.

Konzerne ilişkin yazılı bir düzenlemesi bulunmayan Türk Hukuku açısından da yararlı olacağına inandığım bu çalışma geniş çaplı bir araştırmadır.

Yrd. Doç. Dr. Veliye YANLI