



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen yılda iki kez yayımlanan uluslararası
ve hakemli bir dergidir.



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet
hukukuna dair herhangi bir konuda,

- Makale,
 - Çeviri,
 - Karar Tahlili,
 - Kitap Değerlendirmeleri ve
 - Diğer Akademik Çalışmalarınızı
- bekliyoruz.

We invite you to submit your

- Articles,
- Translations,
- Case Reviews,
- Book Reviews and
- Other Academic Works

related to commercial and intellectual
property law.

Web Sitesi/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>

ULAKBİM Dergipark : <http://www.tfmdergisi.com>

İletişim/Contact : tfm@ybu.edu.tr

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

*Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.*

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)

Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK • Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU

Yayın Kurulu/Editorial Board

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Dr. Süleyman KIRAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule İŞİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Öğr. Gör. Furkan Batuhan İPEK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen yılda iki kez yayımlanan uluslararası ve hakemli bir dergidir.
Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku alanlarına katkı sağlamayı ve bu alanlarda bilimsel çalışmayı teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at contributing to the fields of commercial and intellectual property law and promoting academic works in these fields.*

Kapsam: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla ilgili bilimsel nitelikteki her türlü makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalara yer vermektedir.

Scope: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) presents articles, translations, case reviews and other academic works related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

Basım Yeri/Printed in: Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312.397.00.31 - **Belgegeçer/Fax:** 0312.397.86.12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Design: Safure Arslan

Basım Tarihi/Date of Publication: Aralık/December 2018

Yayın Türü/Publication Type: Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik-Keçiören/ANKARA

Tel : +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax: +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: <http://www.aybu.edu.tr/hukuk>

E-posta/E-mail: tfm@ybu.edu.tr

DANIŐMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Christoph ANN
Technische Universitt München, Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum, München/Deutschland
Technical University of Munich, Department Economy an Intellectual Property Law, Munich/Germany

Prof. Dr. Mehmet Emin BILGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye
Ankara Sosyal Bilimler University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Mertol CAN
ankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye
ankaya University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Christoph Van der ELST
Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İŞletme Hukuku Bölümü, Tilburg/Hollanda
Department of Business Law, Tilburg University Law School, Tilburg/Netherlands

Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD
Universitt zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Köln/Deutschland
Cologne University, Faculty of Law, Departments of Civil Law and Economy Law, Cologne /Germany

Prof. Dr. Seldağ GÜNEŐ PESCHKE
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Jan LIEDER
In haber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Albert - Ludwigs - Universitt Freiburg, Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Albert- Ludwigs-Universitt Freiburg, Freiburg/Deutschland
Professor of Civil Law, Commercial Law and Business Law at Albert Ludwigs University of Freiburg, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg, Freiburg/Germany

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye
Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Enrique Moreno SERRANO

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid/Spain
Rey Juan Carlos University, Madrid/Spain

Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS

Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Regensburg/Deutschland
Regensburg University, Department of Civil Law and Commercial Law, Regensburg/Germany

Prof. Dr. Sreenivasulu Neeruganti SHANMUKA

Hukuk Bilimleri Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kolkata/Hindistan
National Law School, National University of Juridical Sciences (NUJS), Kolkata/India

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Rektörü, Eskişehir/Türkiye
Eskişehir Osmangazi University Rector, Eskişehir/Turkey

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektör Yardımcısı – Hukuk Fakültesi Dekanı, Ankara/Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University Vice-Rector – Dean of Faculty of Law, Ankara/Turkey

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir/Türkiye
Yaşar University, Faculty of Law, İzmir/Turkey

EDİTÖRDEN

Kıymetli Okuyucular,

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi'nin (TFM) 4. cildinin 2. sayısını (2018/2) sizlerle buluşturmanın mutluluğu içerisindeyiz. Bu sayımızda da ticaret ve fikri mülkiyet hukuk dallarını ilgilendiren kıymetli çalışmalara yer veriyoruz.

Bizi mutlu eden diğer bir husus TFM'ye olan ilginin artmış olmasıdır. Değerli bilimsel çalışmalarını yayımlatmak üzere bize ileten meslektaşlarımıza ve araştırmacılara teşekkür ediyoruz. Yayımlanacak makalelerin tespitinde objektif ve bilimsel süreçler işletmek için azami gayret sarf ettiğimiz bilginizi isteriz. Bu vesileyle hakemlik talebimizi geri çevirmeyen ve TFM'nin bilimselliğine önemli katkıları olan meslektaşlarımıza da teşekkürlerimizi arz ediyoruz.

TFM bu sayısında kıymetli evrak hukuku, rekabet hukuku, taşıma hukuku, sermaye piyasası hukuku, anonim şirketler hukuku ve ticari işletme hukukuna ilişkin kıymetli bilimsel çalışmaları ihtiva ediyor. Bu çeşitliliği sizlere ulaştırabilmenin sevincini yaşıyor ve iyi okumalar diliyoruz.

TFM Yayın Kurulu

EDITORIAL

Dear Readers,

We are glad to bring the 2nd issue of the 4th volume (2018/2) of "Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)" to your attention. In this issue, we present you valuable works regarding commercial and intellectual property law.

We are also happy that the interest in our Journal has increased. We thank our colleagues and researchers, who have sent their valuable works for publishing. We would like to express that we employ the maximum effort to apply objective and scientific procedures in determining the articles that are going to be published. We hereby would also like to express our sincere thanks to our colleagues, who have accepted our refereeing requests and contributed to the scientific qualification of the TFM.

In this issue, the TFM consists of precious works related to negotiable instruments, competition, transportation, capital market, corporate and business enterprise law. We are happy to present you this variety and hope you enjoy reading the Journal.

TFM Editorial Board

TFM YAZIM, YAYIM VE ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) yılda iki defa yayımlanan, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veri Tabanında, Heinonline ve Asos Index'te taranan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe başta olmak üzere her dilde makaleler yayımlanır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının araştırma ve yayın etiğine uygun olması gerekir. Yazarların bu kapsamda yazılarının denetimini yapmış oldukları bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır.
4. Yazılara dair ilk değerlendirme Yayın Kurulu tarafından yapılır. Bilimsel kriterlere uymayan ve normalin üzerinde yazım yanlışı içeren yazılar, Kurul tarafından geri çevrilir.
5. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adı/adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazarlar sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar düzeltmeyi talep eden hakemin denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayımlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına/yazarlarına e-posta yoluyla iletilir.
6. Her yazıda 250 kelimeyi geçmeyecek şekilde özet ve 3 adedi geçmeyecek şekilde anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce dilinde de gönderilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
8. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk Yazarlarına aittir.
9. Yazılar, tfm@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
10. Yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve Yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayımlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır. Üniversite bu hakkını kendi bünyesindeki herhangi bir fakülte, enstitü, merkez vb. adına kullanabilir.
12. Yazara, yayımlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayımlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında; kitap, karar veya mevzuat tahlili veya bilgilendirici notlara da yer verilir.
14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, 12 punto Times New Roman yazı tipinde, iki yana yaslı olmalıdır.

16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

A. KALIN ve TÖMÖ BÖYÖK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına gÖre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.

18. Yayınlarımızın resmi web adresi <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm> adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri MÖlkiyet Hukuku Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. ÖzgÖn bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yÖntem tÖm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde aşağıdaki atıf kuralları uyarınca tÖm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sÖrdürÖlmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin adının kısaltılmış hali belirtilerek (Yazarın Soyadı, Eserin Adının Kısaltılmış Hali, atıf yapılacak sayfa) ve kısaltmanın hangi şekilde yapıldığı kaynakçada gÖsterilerek atıf yapılmalıdır.
6. Kaynakçada ise aşağıdaki atıf kurallarına uygun olarak ancak son kısımdaki atıf yapılacak sayfa numarası çıkarılarak kaynaklar yazarın soy isimlerine gÖre sıralanmalıdır.
7. "A" işareti o kaynak tÖrÖnde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2009) TÖrk Sosyal GÖvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 29.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı & **2. Yazarın Soyadı**, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Acer**, YÖcel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 46.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Dülger**, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya, Sayram, s. 31.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk & Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 19.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap Adı, Baskı, Şehir, Yayınevi), Sayfa Numarası.

Örnek: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth) Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost), s. 43.

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt:, Sayfa Numarası (Kaynakçada ise: İlk ve Son Sayfa, Sayfa Aralığı).

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s. 27.

Kaynakçada: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi' , ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Uşan, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı,' e-akademi <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, 'Tebliğin Başlığı': Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans İsmi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, 4-7 Mayıs 2014, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Tez Başlığı' (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü, Sayfa Numarası.

Örnek: **Kılınç**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 158.

Mahkeme Kararı

Merci İlgili Daire, Tarih, Esas, Karar (Kaynak).

Örnek: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası).
Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, s. 3)

İnternet Adresi

Yazarın Soyadı, Adı, Mecra, Başlık <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

Raporlar

Yazarın Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No; <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Keser Berber**, Leyla & **Kaya**, Mehmet Bedii, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku & TEPAV (2014), Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, <http://www.tepav.org.tr/upload/files/1421853130-9.Turkiyede_Kisisel_Verilerin_Korunmasinin_Ekonomik_ve_Hukuki_Analizi.pdf> s.e.t. 24.11.2018.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KAMBİYO SENETLERİNDE BİLE BİLE BORÇLU ZARARINA HAREKET
ACTS TAKEN DELIBERATELY TO THE DETRIMENT OF DEBTOR IN BILL OF EXCHANGE IN LIGHT OF THE SUPREME COURT DECISIONS

DOÇ. DR. BURAK ADIGÜZEL.....129-148

TÜRK REKABET HUKUKUNDA ÖZEL HUKUK CEZASI
PUNITIVE DAMAGES IN TURKISH COMPETITION LAW

ARŞ. GÖR. BÜŞRA CÖMERT AKBAY149-174

EŞYA TAŞIMALARINDA REFAKAT BELGELERİ (BİLGİLERİ) VE BUNLARDAN DOĞAN SORUMLULUK
ACCOMPANYING DOCUMENTS (INFORMATION) IN TRANSPORT OF GOODS AND LIABILITY ARISING FROM THEM

ARŞ. GÖR. DR. SÜLEYMAN KIRAN.....175-186

SERMAYE PİYASASI HUKUKU AÇISINDAN ASİMETRİK BİLGİ SORUNLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI
ASYMMETRIC INFORMATION PROBLEMS IN CAPITAL MARKET LAW AND SOLUTION PATHS

ARŞ. GÖR. AHMET FEVZİ KİBAR187-210

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE MURAHHASLARIN GENEL KURULA KATILMASI
THE PARTICIPATION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS AND MANAGING DIRECTORS TO THE GENERAL ASSEMBLY AT THE JOINT-STOCK COMPANY

DR. ÖĞR. ÜYESİ NURDAN ORBAY ORTAÇ & DR. ÖĞR. ÜYESİ ŞENGÜL AL KILIÇ211-238

TİCARET UNVANLARINDA EK KULLANIMI
THE USE OF ADDITIONS IN TRADE NAMES

ÖĞR. GÖR. DR. AHMET FATİH ÖZKAN239-262

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KONTROLÜ KAVRAMI-YÖNETİM KONTROLÜNDE DEĞİŞİKLİK
OLMASI VE BUNA BAĞLANAN SONUÇLAR
CONCEPT OF CORPORATE CONTROL OF PUBLICLY HELD CORPORATIONS- CHANGE IN MANAGERIAL CONTROL AND THE CONSEQUENCES ATTACHED

DR. YUSUF ZİYAEDDİN SÖNMEZ263-325

PUBLICATION AND CITIATION GUIDE

OF THE JOURNAL OF COMMERCIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

1. The Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year and cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database, Heinonline and ASOS Index.
2. Writings primarily in Turkish, yet in any language can be published in the TFM.
3. The Writings submitted by the authors to the TFM must be in compliance with the research and publication ethics. It is also assumed that authors have reviewed their writings and therefore accepted them to be published as they are.
4. The first review of the writings is conducted by the Editorial Board. Writings, nonconforming with scientific criteria and including misspelling above average, are refused by the Editorial Board.
5. After the Editorial Board's first review, writings are reviewed by two referees by removing the author name/s according to blind peer-review system. Upon the request of correction in the referee reports, the author/s can make amendments only within the scope of this reports. The writing can be resent to the same referees for review depending on the report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. The referee reports for writings that have not been qualified for publication are sent to the author/s by e-mail.
6. Each writing should include an abstract of 250 words at most and 3 keywords at least. The title, abstract and keywords should also be written in English.
7. The writings which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The authors are considered solely liable for any opinions in their writings published in the journal.
9. All writings should be emailed to tfm@ybu.edu.tr. Authors should also send their title, institution, contact address, phone number and e-mail address.
10. Whether the writing is going to be published is determined in accordance with the peer-reviewing as a result of the assessment of the Editorial Board. The authors are notified by e-mail.
11. All rights of publication for the writings accepted to be published, including the right to publish full text electronically, belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are assumed to have accepted to transfer copyrights such as processing, dissemination and replication rights to the University. The University may use these rights on behalf of any of its faculties, institutions, centres, etc.
12. The authors will not be made any royalty payments for any rights that the author has allowed the University to use for publication. The authors who sent his writing to the journal are assumed to have accepted this.
13. Apart from articles peer-reviewed, the TFM may include book reviews, legislative assessments and informative remarks.
14. The writings, which have not been peer-reviewed in time by the referee, are assessed for the next issue of the journal unless stated otherwise by the author.

15. The writings should be written in Times New Roman as the font type and in 12-font size, in the "Microsoft Word" program.
16. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 1. Only First Letters Capital and Bold
 - a. Only First Letters Capital and Bold
 - i. Only First Letters Capital and Bold
17. Bibliography should be provided at the end of the writings based on the references in an alphabetical order by the surname of the authors. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Citation Rules.
18. Official website of our publications is: <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>.

CITATION RULES

1. The articles to be published in the TFM should be written according to the Citation Rules detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. In case that there is no rule in this citation system, the OSCOLA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system should be referred.
4. If necessary to refer to a unique work (like archive documents, etc.), once-preferred method should be used in a consistent way throughout the article.
5. Once referring to a resource for the first time, all details about this resource should be indicated in the citation; while all the following references for this resource should be made with the abbreviation such as "author's surname, the page to be cited". If reference is made to more than one work by the same author, citation should be made thereby also indicating the shortening phrase for this resource as "author's surname, the short phrase of the resource, the page to be cited" in order to distinguish the work provided that the shortening phrase for this work is indicated in the bibliography.
6. In bibliography, resources which should be written without page numbers in accordance with the citation rules below, should be in order by the authors' surnames.
7. If there is any more information about the resource, the sign "^" refers to the requirement to indicate the relevant information.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p. 29.

In case of Multiple Authors:

Author's Surname, Name & **2. Author's Surname**, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Acer**, Yücel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin, p. 46.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Dülger**, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram, p. 31.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article Title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book Title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk & Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications, p. 19.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Title, Edition, City, Publisher), Page Number.

Example: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost), p. 43.

Electronic Books

Author's Surname, Name (^Year) Book's Title, <WEBPAGE> Date of Last Access.

Example: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor Law in Turkey

<earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813"652813> 10.08.2015.

Article

Author's Surname, Name (Year), 'Article's Title' Journal's Title, Issue: ^Volume; Page Number. (In Bibliography: The first and last page).

Example: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p. 27.

In Bibliography: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Author's Surname, Name (^Year), 'Article's Title', ^Journal's Title <WEBPAGE> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy <http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm> 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, 'Title of the Communiqué': Editor's Surname, Name (Editor), Conference Title, Date, Place.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, 4-7 May 2014, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Title' (Type: Masters-PhD), University, Institute, Page Number.

Example: **Kılınç**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University, Institute of Social Sciences, p. 158.

Court Decision

Court's Name Relevant Circuit, ^Case Name, ^Application No, Date;, E;, K: (Citation).

Example: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası).

Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, p. 3).

Web Address

Author's Surname, Name, Authority, Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> 07/27/2015.

Reports

Author's Surname, Name, Institution (Year), Report's Title, ^Report No., <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Keser Berber**, Leyla & **Kaya**, Mehmet Bedii, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku & TEPAV (2014), Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, <http://www.tepav.org.tr/upload/files/1421853130-9.Turkiyede_Kisisel_Verilerin_Korunmasinin_Ekonomik_ve_Hukuki_Analizi.pdf> s.e.t. 24.11.2018.

Makaleler

Articles

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KAMBIYO SENETLERİNDE BİLE BİLE BORÇLU
ZARARINA HAREKET**

**ACTS TAKEN DELIBERATELY TO THE DETRIMENT OF DEBTOR IN BILL OF EXCHANGE
IN LIGHT OF THE SUPREME COURT DECISIONS**

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL*

ÖZET

Kambiyo senetlerinde devir şekli bakımından nama yazılı poliçe, nama yazılı bono ve nama yazılı çek dışında, düzenleyen ile lehdar arasındaki ilişkide var olan şahsi defiler, senedi sonradan devralan hamile karşı ileri sürülemez. Bunun istisnası hamilin senedi devralırken bile bile borçlu zararına hareket ederek devralmış olmasıdır. “Bile bile borçlu zararına hareket” kavramı hakkında doktrinde tartışma olduğu gibi, Yargı kararlarında da kavram bir istikrara kavuşmamıştır. Bu kavramın ne anlama geldiğinin tespit edilmesi ve özellikle şahsi defiler bakımından bu konuda mahkeme önüne en sık gelen durumlar üzerinden bu kavramın somutlaştırılması önem taşımaktadır. Bunun dışında söz konusu kavramın ispatı, bilhassa kavramın hangi delillerle ispatlanacağı da ehemmiyetlidir.

Anahtar Kelimeler: *Kambiyo senedi, bile bile borçlu zararına hareket, faktoring, hatir senedi, mal satış sözleşmesi, ayıplı ifa, teminat senedi, ispat.*

ABSTRACT

Personal exceptions in not to order instruments which exist between arranger and beneficiary cannot be set forth to the person who took over the voucher later. The exception of this is when bearer makes knowingly to the detriment of debtor. Not only to “make knowingly to the detriment of debtor” concept is discussed in doctrine, but also this is a concept in Supreme Court decisions, which is under debate. It is important to fix what this concept is and especially from the standpoint of personal exceptions and the most discussed phenomenon in courts to make this concept concrete. Except this, the proving of this concept is important, especially with which evidences and how the proving will be executed is crucial.

Keywords: *Bill of exchange, act into the debtor’s disadvantage on purpose, factoring, accommodation note, good sale contract, defective performance, delcredere bond, proof.*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-mail: burakadiguzel@gmail.com). (Geliş Tarihi: 04.09.2018 / Kabul Tarihi: 28.09.2018).

I. GİRİŞ

Kıymetli evrakın hamile yazılı senetler kısmında borçlunun defileri başlıklı TTK m. 659/2'de "*Borçlu ile önceki hamillerden biri arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan defilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde geçerlidir*" denilmektedir.

Kıymetli Evrak kitabının "Kambiyo Senetleri" kısmında ise, poliçe ve bono için TTK m. 687/1'de, şahsi defilerin hamile karşı ileri sürülmeyeceğinden bahsedilmekte, bunun istisnasının ise, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olması olduğu ortaya konulmaktadır. Aynı hüküm çek için de, TTK m. 818/1 (e) atfıyla söz konusudur. Bunun yanında, TTK m. 824-831 arasında düzenlenen, "Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler" başlıklı beşinci kısımda TTK m. 825/2'de "*Borçlu ile önceki hamillerden biri veya senedi düzenleyen kişi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan defilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde caizdir*" hükmü konulmuştur.

Bütün bu hükümler, nama yazılı kıymetli evrak dışındaki emre ve hamile yazılı kıymetli evrakta geçerlidir. Bu düzenlemeler, emre ve hamiline yazılı kıymetli evrakta senedi devralanın önceki hamile karşı var olan şahsi defilerin ileri sürmesini engellemek, böylelikle de kıymetli evrakın ödenmesini sağlayarak borçluya zarar vermek amacıyla senedi devraldığının ispatlanması zorunluluğunu esas almaktadır.

Her ne kadar TTK m. 659/2 ve TTK m. 825/2'de, genel anlamda hamile ve emre yazılı kıymetli evrak için bile bile borçlu zararına hareket kavramının var olduğu kabul edilmiş olsa da, bu kavram esas olarak kambiyo senetlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim kambiyo senetleri için bu konuda özel hükümler konulmuştur.

Kambiyo senetlerinde kamu itimatına mazhar olma ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmış olan şahsi defilerin sonraki hamillere ileri sürülememesinin bir istisnası olan bu kavramın ne olduğu ve

hangi hâllerin bunun içine girdiği açık değildir¹. Doktrinde bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüş olsa da, kavramın ne olduğu ve bunun nasıl ispatlanacağı ancak yargı kararları ile netleşmektedir. Zira her somut durum için bile bile borçlu zararına hareket edilip edilmediği ayrıca ele alınacak bir mesele olmaktadır.

Kavramın iyiniyet kuralı ile ilişkisinin varlığı ve iyiniyetin, var olup olmadığının her somut olayda ayrı ayrı belirlenmesi, bu kavramın içeriğinin somut durumların özelliğine göre farklılaşmasına yol açmaktadır.

Öncelikle bu kavramın doktrin ve yargı kararlarına göre ne anlama geldiğinin anlaşılması, daha sonra da yargı kararları çerçevesinde kavramın en çok karşılaşılan olaylarda nasıl ele alındığına bakılması gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle kavramın, hamile karşı ileri sürülecek şahsi defiler bağlamında daha iyi açıklanması mümkün olabilecektir. Özellikle yargı kararlarında en sık rastlanan olayların ele alınması, bu açıklamada yardımcı bir nitelik taşıyacaktır.

Bunun yanında, önemli hususlardan birisi de bile bile borçlu zararına hareketin varlığının nasıl ispatlanacağıdır. Çünkü ispat da her somut durum bakımından farklı özellikler gösterebilmektedir.

II. BORÇLU ZARARINA HAREKET KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

İlk olarak TTK'nın üçüncü kitabı olan Kıymetli Evrak bölümünde "*Hamile Yazılı Senetler*" kısmında TTK m. 659/2'de ele alınan bilerek borçlu zararına hareket kavramı, Kanunda açıklanmamakta, doktrin ve içtihatlar ile içi doldurulmaktadır². Gerçekten de her somut duruma göre de

¹ Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, bile bile borçlu zararına hareket kavramı kıymetli evrakın mücerret olması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu yönde; Kinacıoğlu, Naci (1999), Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara, s. 87, Poyro, Reha/Tekinalp, Ünal (2013), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Baskı, İstanbul, s. 39-40.

² Yılmaz, Lerzan (2017), Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul, 2. Baskı, s. 494. Alman hukuku bakımından da

bilecek bir nitelik arz eden bilerek borçlu zararına hareket edilmesi kavramı için bir tanımlama yapılmaması doğru bir tercihtir. Zira kıymetli evrakın zilyedi olan hamilin iyiniyetli olup olmadığının, kıymetli evrakı borçlunun zararına olacak şekilde elinde tutup tutmadığının anlaşılması her somut olayda, o somut durumdaki faktörler esas alınarak belirlenebilir.

Bununla birlikte doktrinde ve yargı kararlarında yine de bilerek borçlu zararına hareket kavramı tanımlanmaya çalışılmış, bu tanım üzerinden kavramın anlaşılması ve buna göre somut durumda var olup olmadığının tespitinin yapılması gereği üzerinde durulmuştur.

B. YABANCI DOKTRİNDE

Alman hukukunda imparatorluk dönemi mahkeme içtihatlarında, bile bile borçlu zararına hareketin varlığı için ciro eden ile ciro yoluyla devralan arasında borçlunun def'ilerini ileri sürmesini engellemek maksadıyla hileye dayalı bir anlaşma olması aranmaktaydı³. Buna göre, tarafların kasten kambiyo senedi borçlusunu zarara uğratmak konusunda anlaşma yapmış olmaları gerekiyordu. Yani sadece senedi elinde tutan hamilin böyle bir şahsi def'inin varlığını bilerek senedi devralmış olması yeterli değildi.

Daha sonra bile bile borçlunun zarar görmesi ibaresinin yorumunda bir değişiklik meydana gelmiş, kast yanında devir işleminin muhtemel kastla (*bedingter Vorsatz*) gerçekleştirilmesi, hâsılı senedi devralanın bilerek devralması ve bunun kasten olması gerekli görülmüştür⁴.

Esasen bu konuda, açıkladığımız şekilde Alman doktrininde iki görüş ortaya çıkmıştır. Bunlarda biri hile anlaşmasını arayan *Kollusionstheorie* (*Hile teorisi*), diğeri ise bilerek devralmayı öngören *Kenntnistheorie* (*Bilme teorisi*). Bilme

teorisi, temelde devralanın borçlunun def'ilerini engellemek için bilerek hareket etmesini aramaktaydı⁵. Daha sonra, doktrinde bilme teorisi geliştirilerek, borçlunun ileri sürebileceği def'ilerin bilinmesiyle birlikte, borçlunun zararına hareket etme iradesinin var olması hâlinde bunun kasti bir nitelik taşıdığı benimsenmiştir⁶. Yani borçluya zarar verecek şekilde hareket etme iradesi, aslında kastın varlığına karinedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'na kaynaklık eden dolayısıyla bizim Kanunumuz hükümleri için de kaynak olduğunu söyleyebileceğimiz 1934 tarihli Cenevre Yeknesak Kuralları hazırlanırken, komisyon hile teorisinin katılığı ile bilme teorisi arasında bir orta yol bulmaya çalışmış, senet devredilmeden önce borçlunun def'inin mevcut olmasını ve hamil senedi devralırken kendinden önceki hamile karşı ileri sürülebilecek şahsi def'ileri biliyor olması şartını benimsemiştir⁷.

İsviçre hukukunda ise, Alman hukukundaki bilme teorisine karşın, iki durumun var olmasının bile bile borçlu zararına hareketin varlığı için yeterli olduğu ileri sürülmüştür. Birincisi kambiyo senedine karşı şahsi def'inin varlığının kesin olarak bilinmesi, ikincisi senedin vadesi veya ödeme günü gelinceye kadar bu bilinmenin devam ediyor olmasıdır⁸. Buna göre senet borçlusunu zarara uğratma kasti olmasa da, bile bile borçlu zararına hareket oluşacaktır. Buna karşılık def'inin varlığı bilinse dahi, böyle bir def'inin ileri sürülmeyeceğine dair inançla devralan hamilin zarar verme kasti söz konusu olmayacaktır⁹. Bu hususta bir başka görüşe göre ise, senedin hamili olma anında, ya da diğeri bir deyişle senet üzerinde zilyetlikte hakkı kazanma anında iyiniyetli olmak ve bu iyiniyetle beraber bile bile borçlu zararına hareket etmemek gereklidir. Borçlu zararına hareket etmek, senet hamile devredilirken hamilin borçlunun şahsi def'ilerini ileri

aynı yönde, Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang (2000), Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22., neubearbeitete Auflage, München, WG Art. 17, Rn. 95, Bülow, Peter (2013), Wechselgesetz und Scheckgesetz Kommentar, 5. Auflage, München, WG Art. 17, Rn. 126.

³ Baumbach /Hefermehl, WG Art. 17, Rn. 95.

⁴ Baumbach /Hefermehl, WG Art. 17, Rn. 95, Bülow, WG Art. 17, Rn. 129.

⁵ Yılmaz, s. 494.

⁶ Bülow, WG Art. 17, Rn. 128.

⁷ Yılmaz, s. 495.

⁸ Meier Hayoz, Arthur/von der Crone, Caspar Hans (2000), Wertpapierrecht, Bern, § 4, N. 108-109.

⁹ Meier Hayoz /von der Crone, § 4, N.106.

sürmesinin imkânsızlaştığını bilmesi ve bunun için senedi devralmasıdır¹⁰.

İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da doktrinle aynı doğrultuda, bile bile borçlu zararına iktisabın varlığının kabulünde def'ilerin tek başına bilinmesinin yetmediği aynı zamanda bu bilmenin, devir anında borçlu zararına hareket amacıyla kullanılmasının da gerektiği, yani devir anında hamil tarafından def'ilerin esasının ve onların kesin olarak bilindiğinin ortaya konulmasını içerdiği belirtilmektedir¹¹. Yani devralan hamil devredene karşı senet borçlusunun bir şahsi def'i sahibi olduğunu senedi devralırken biliyor olacak ve senedi devralmasının bu şahsi def'inin ileri sürülmesini ortadan kaldıracığını bilecektir¹².

Almanya'da ise, Federal Mahkeme kararlarında, def'ileri ileri sürenin, senedi devralmada hamilin ağır ihmali olduğunu ortaya koyması yetmediği, hamilin açıkça zarar verici bir özensizlikle davranarak senedin hamili olduğunu göstermesi gerektiği belirtilmiştir¹³. Bunun yanında, senedin borçlusu senedi hamilinin devralırken senetle ilgili olarak kendisine ait ileri sürebileceği def'ileri bildiğini de ispatlamalıdır¹⁴.

C. TÜRK DOKTRİNİ VE YARGI KARARLARINDA

1. Türk Doktrininde

Türk hukukunda bile bile borçlu zararına hareket bakımından baskın bir görüş olduğunu söylemek zordur. Bir görüşe göre, bile bile borçlu zararına hareket, Alman hukukunda olduğu gibi, hamilin iktisap anında borçlunun def'ilere sahip olmasını bilmeyi yeterli görmemeli, borçluya zarar verme yönünde bir şüura sahip olmasını aramalı

veya bu neticeye ulaşmayı kendisi için önemsiz addetmelidir¹⁵. Yani burada mağdur etme iradesinin varlığı, borçlu zararına hareket etme kastı gerekmektedir¹⁶. Mağdur etme iradesi senet devralırken olmalıdır¹⁷. Hukuki görünüşe itimat teorisi gereğince hamil kendisine karşı sadece kişisel def'ilerin ileri sürülebileceğini bildiğinden, ancak mağdur etme kastıyla hareket ederse, bilerek borçlu zararına hareket etmiş olur ve kanun bunu bu yüzden korumamıştır¹⁸.

Bir diğer görüş ise bile bile borçlu zararına hareket etmenin iyiniyetli olmamakla aynı şey olduğunu söylemekte, ancak ortada hakkın kazanılması olmadığı için iyiniyetten bahsedilmediğini, onun için bilerek borçlu zararına hareket kavramının konulduğunu, bundan dolayı da kavramın iyiniyetten ayrıldığı ileri sürmektedir¹⁹.

Bu görüşün yanında, diğer bir görüş söz konusu kavramın kötü niyet olmadığını ondan öte bir kavram olduğunu, zira TMK m.3'deki kötüniyette hakkın geçişine engel olacak bir hukuki eksikliği bilmek veya bilecek durumda olması gerektiğini, burada ise üçüncü kişinin senedi bile bile borçlu zararına devraldığını beyan etmektedir²⁰. Bu görüşe göre, iyiniyetli hamilin korunması hususunda, hamilin kötüniyetli oluşu, TMK. m.3'deki "kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeme" anlamından daha geniştir²¹.

Başka bir görüşe göre ise, poliçe hamili ile ciranta arasında borçluyu şahsi itirazlardan yoksun bırakmak maksadıyla hileli bir işbirliğinin gerçekleşmiş olması hâli, bile bile borçlu zararına iktisap durumunu doğurur²².

¹⁰ Kuhn, Hans (2012), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich, Art. 979, N. 3.

¹¹ BGE 99 Ia 7, Meier-Hayoz /von der Crone, § 4, N. 108.

¹² BGE 77 II 360, 366, Further, Robert (2012), Basler Kommentar (BSK), Wertpapierrecht, Herausgeber Honsel Heinrich/Vogt Peter Nedim/Watter Rolf, Art. 979, N. 8, Meier-Hayoz /von der Crone, § 4, N. 109.

¹³ BGH WM 58, s. 1104 ve BGH WM 74, s. 900, Baumbach /Hefelmehl, WG Art. 17, Rn. 95.

¹⁴ BGH WM 86, s. 449; Baumbach /Hefelmehl, WG Art. 17, Rn. 95.

¹⁵ Arslanlı, Halil (1959), Ticaret Senetler Dersleri, İstanbul, s. 127, Kınacıoğlu, s. 169.

¹⁶ Öztan Fırat (1997), Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s.242, İmregün Oğuz (2003), Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, s. 24.

¹⁷ Öztan, s. 242, Yılmaz, s. 497.

¹⁸ Yılmaz, s. 496.

¹⁹ Türk, Ahmet (2006), Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, s. 289-290.

²⁰ Pulaşlı, Hasan (2018), Kıymetli Evrak Hukukun Esasları, 6.Baskı, Ankara, s. 62.

²¹ Erdoğan, Şirin Mehmet (1999), Kambyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması, TBB Dergisi, S. 2, s. 380.

²² Doğanay, İsmail (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, 4. Basi, İstanbul, s. 1839 ve 1847-1848.

2. Yargıtay Kararlarında

Yargıtay'ın bile bile borçlu zararına hareket kavramı konusundaki kararlarında bir yeknesaklık yoktur.

Yargıtay bir Hukuk Genel Kurulu kararında, *“Poliçeyi edinen hem borçlunun, poliçeyi devredene karşı ileri sürebileceği itirazın varlığını hem de devredeninin poliçe üzerinde bir itirazı önleyecek bir tasarruf yapmağa yetkili olmadığını biliyor idiye, o zaman, borçlunun zararına hareket etmiş olur”*²³ demiştir. Buna göre hamilin, borçlunun önceki hamile karşı bir def'i ileri sürülebilmesi için, hamilin def'inin varlığını bilmesi ve aynı zamanda da devir hâlinde, bu def'iyi bertaraf edecek imkânının bulunmadığını bilmesi, borçlunun bile bile zararına hareket etmesi bakımından şarttır. Bu karar, İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme kararları ile aynı yönde bir bile bile borçlu zararına hareket nitelendirmesi yapmaktadır.

Buna karşılık, Yargıtay bir başka kararında *“Davacıyla senet lehdarı arasındaki ilişkiyi bilmesi yeterli olmayıp sırf borçluyu ızzar etmek maksadıyla hareket etmiş başka bir deyişle bu amaçla senet lehdarıyla gizli anlaşma içerisine girmiş olması da gerekir”* demiştir²⁴. Yargıtay'ın eski tarihli bu kararda önceki doktrinden etkilenecek zarar verme kastının hile anlaşması olarak anladığı ve bunun varlığını şart olarak aradığı görülmektedir.

Son zamanlardaki Yargıtay kararlarında da, bile bile borçlu zararına hareket kavramının, hamilin iyiniyetli olup olmaması esasına dayandırıldığı görülmektedir. Örneğin bir kararında, hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket edip etmediğinin tespiti lazım gelen ihtilaf-ta uyuşmazlığın, davalı-alacaklının iyiniyetli hamil olup olmadığı noktasında toplandığından bahsetmiştir²⁵. Yine bir başka kararında uyuşmazlığın

eldeki davada, hamilin senedi iktisap ederken bile bile keşidecinin zararına hareket ettiği, başka bir anlatımla kötünietli hamil olduğunun kanıtlanıp kanıtlanmadığı noktasında toplanmaktadır demektir²⁶. Bu yakın tarihli iki kararda senede hamil olan kişinin, senedi devralırken kötü niyetli olmasının bile bile borçlu zararına hareket açısından gerekli ve yeterli olduğunun Yargıtay tarafından benimsendiği anlaşılmaktadır.

D. KAVRAM HAKKINDAKİ GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımızca TTK m. 686/2'de yer alan kötü niyetli veya ağır kusurlu iktisap kavramı²⁷, bile bile borçlu zararına hareket kavramının açıklanmasında önemlidir. Çünkü her iki kavram birlikte ele alındığında bile bile borçlu zararına hareket daha iyi anlaşılmaktadır.

TTK m. 686/2'de yer alan hükme göre, *“Poliçe herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil, ancak poliçeyi kötünietle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde o poliçeyi geri vermekle yükümlüdür.”*

Bu hüküm, maddenin ilk fıkrasına atf yapmakta ve poliçeyi düzgün bir ciro silsilesi ile ele geçirmiş olan hamilin, poliçe isterse önceki hamilin elinden rızası dışında çıksın, kendisinin kötünietli veya ağır kusurlu olarak poliçeyi elde ettiği ispatlanmadıkça, poliçenin gerçek hamili olarak kabul edileceğini ortaya koymaktadır.

Söz konusu kötünietli veya ağır kusurlu olarak iktisap kavramı, bile bile borçlu zararına hareket ile aynı kavram değildir. Her ne kadar bile bile borçlu zararına harekette de kötü niyetli bir davranış bulunsa da, bu iki kavramdaki iyiniyetli

²³ Y. HGK 25.12.1963 tarih 1963/78 E. 1963/41 K. sayılı ilamı, Batider, C. 3, S. 1, 1965, s. 178.

²⁴ Y.11. HD. 29.02.1982 tarih 1982/5728 E. 1982/5726 K. sayılı ilamı, Gürbüz, A. Hulusi (1984), Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul, s. 951-953. Aksi görüş, Öztan, s. 243.

²⁵ Y. HGK. 22.04.2015 tarih 2013/12-1948 E. 2015/1247 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com. Benzer şekilde, “6102 Sayılı TTK'nun 687. maddesi (mülga 6762 sayılı TTK m. 599) gereğince davacının şahsi defilerini davalı hamil ...'a karşı

ileri sürebilmesi için, davalının çeki iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğini, yani kötünietli olduğunu kanıtlaması gerekir” şeklindeki 19. HD. 13.06.2016 tarih 2016/2545 E. 2016/10534 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

²⁶ Y. HGK. 25.03.2015 tarih 2013/19-2238 E. 2015/1062 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

²⁷ Benzer hüküm TTK m. 680'de açık poliçenin anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulduğu iddiasının hamile karşı ileri sürülebilmesinde, TTK m. 792'de ise çekin iktisabında tanınmıştır.

kazanımın niteliği, özelliği ve şartları bakımından farklar bulunmaktadır²⁸.

Bir kere, bile bile borçlu zararına hareket kavramının düzenlendiği hükümler, senet borçlusunun, düzenleyen veya önceki hamille arasındaki doğrudan ilişkileri konu alan defileri ele almaktadır²⁹. Bu nedenle hamilin iktisabında bilmeden ağır kusurlu olması veya eksiklik durumunu bilmesi aranmaz³⁰. Oysa kötü niyetli veya ağır kusurlu olarak iktisap kavramının düzenlendiği TMK m. 3'de yer alan iyiniyetli kazanımdır³¹. Çünkü hüküm, kötü niyetli olmayan kazanımda var olan iktisaptaki eksikliğin iyiniyet ile doldurulmasını karine olarak belirtmekte, ağır kusuru ise yine iyiniyetli olmamakla eş tutarak onun da iktisaba engel olan bir hâl olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer bir husus, kötü niyetli veya ağır kusurlu harekette, kambiyo senedini devralırken, devralanın kim olduğuna veya devredeninin yetkili olup olmadığına bakılmaz, devralanın devir anında iyiniyetli olması kâfidir³². Buna karşın bile bile borçlu zararına harekette, senede kanuna uygun bir şekilde hamil olmayan kimsenin iyiniyetli olduğunu ileri sürmeye hakkı olmaz. Zira bu kişi alacaklı sıfatını ve alacaklıya tanınan hakları iktisap etmiş olmaz³³.

Kanımızca bilerek borçlu zararına hareket kavramında şahsi defilere karşı senetteki hakkın ileri sürülmesi esas alındığında aranan iyiniyet, TMK m. 3'den daha geniş nitelikte olan ve kıymetli

evrak hukukuna özgü bir iyiniyettir³⁴. Hâlbuki TTK m. 686/2'de açıkça kötü niyetli iktisaptan bahsedilmiş, hamilin TMK m. 3 anlamında iyiniyetli olarak senedi iktisap ettiği karine olarak kabul edilmiştir. Yani burada senedin şeklen hamili görünen kişi, senedi iktisap ederken iyiniyetli ya da ağır ihmalli bir davranışı söz konusu değilse, senedin hukuken iktisap etmiş kişidir.

Dolayısıyla, bile bile borçlu zararına hareket kavramını açıklarken Alman hukukundaki bilme teorisini temel almak gerekmektedir. Ancak burada tek başına bilmek yetmemeli, senetteki hakları süren kişi kötü niyetli olarak kambiyo senedini devralırken borçlunun şahsi defilerini ileri sürme imkânını kaybedeceğini de idrak etmiş, bu idrake bağlı olarak da iradesini bu yönde tecelli ettirmiş olmalıdır³⁵. Söz konusu idrak ve iradenin senet kendisi tarafından devralınırken bulunması şarttır³⁶.

III. BİLE BİLE BORÇLU ZARARINA HAREKETİN UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN BAZI HÂLLERİ

A. GENEL OLARAK

Hamilin bile bile senet borçlusu zararına hareket ederek, senedi devralması farklı somut olaylarda ve farklı şekillerde tezahür edebilir. Bununla birlikte, Türk hukuk uygulamasında bu konu ile ilgili olarak sık karşılaşılan ihtilaflar bulunmaktadır. Bunlar özellikle faktoring şirketlerine kambiyo senetlerinin devrinde, ticari hayattaki hatır senedi uygulamalarında, ticari satışlarda mala karşılık ifa amacıyla verilen kambiyo senetlerinin devrinde ve teminat senetlerinde görülmektedir. Belirttiğimiz bu hususların hepsinde de esasında şahsi bir def'i olarak kambiyo senedinin bedelsizliği³⁷ ileri sürülmektedir.

²⁸ Aynı yönde, Bialluch, Madeleine Stephanie (2016), Der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht, Juristische Ausbildung, 5, s. 466. Her iki kavramın da aynı anlama geldiği yönündeki beyanlar için bkz. Türk, Ahmet (2005), Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, DEÜHFD, C. 7, Prof. Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan, İzmir, s. 324. Buna karşılık yazar, makalesinin başka bir yerinde ise, iktisabında kötü niyetli ve ağır kusurlu olmamak kavramında iyiniyet aranırken, bile bile borçlu zararına iktisapta iyiniyet şartının olmadığından bahsetmektedir, s. 364-365.

²⁹ Aynı yönde, Further; BSK, Art. 979, N. 7.

³⁰ Brox, Hans (2005), Handels- und Wertpapierrecht, 18. Auflage, München, Rn. 591, s. 315-316.

³¹ Bialluch, s. 466-467.

³² TMK m. 988 ve 990 açısından da aynı şekilde iktisap anı esastır. Bu hususta, Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami (2015), Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Baskı, İstanbul, s. 249 ve 252.

³³ Öztan, s. 217. Benzer yönde, Bialluch, s. 467.

³⁴ Bu hususta, Bialluch, s. 467, Bülow, WG Art. 17, Rn. 128, Kuhn, Art. 979, N. 3.

³⁵ Baumbach /Hefermehl, WG Art.17, Rn. 95, Bülow, WG Art. 17, Rn. 129

³⁶ Kuhn, Art. 979, N. 3 ve Art. 1007, N. 12, Further; BSK, Art. 979, N. 8,

³⁷ Bedelsizlik, bir kambiyo senedinin ihdasına neden olan temel alacağın herhangi bir nedenle mevcut olmamasıdır. Mevcut olmama durumu alacağın hiç doğmamış olması, senedin hükümsüz olması veya alacağın sona ermesi gibi hâlleriyle gerçekleşebilir. Bu yönde, İnan, Nurdut (1969), Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara, s. 16.

B. FAKTORİNG ŞİRKETLERİNE DEVİR

Factoring sözleşmesi, factoring şirketinin müşterisi olan sözleşmenin diğer tarafından onun alacaklarını temlik yoluyla devralarak asıl alacaklı olarak tahsili içeren bir sözleşmedir³⁸.

Factoring sözleşmesiyle, factoring şirketine devredilen alacakların ifası veya teminatı olarak düzenlenen kambiyo senetlerinin de devri söz konusu olur. Bu devir hâlinde kambiyo senedi ciro yoluyla devralınmakta, asıl alacak ise aynı zamanda temlik yoluyla devralınmaktadır.

Factoring şirketlerine ilişkin olarak 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun³⁹ 9/2. maddesine göre, "Factoring şirketi Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilemeyen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir alamaz veya tahsilini üstlenemez. Aynı faturaya dayalı birden çok factoring şirketine yapılan kısmi temliklerin toplam tutarı fatura tutarını aşamaz."

Bu düzenlemeden önce, BDDK tarafından 2006 tarihinde çıkarılmış olan Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik'in 22/2. maddesinde aynı yönde bir hüküm bulunmaktaydı. Bu hükme bağlı olarak doktrinde bir görüş, factoring şirketlerinin alacak olarak kambiyo senetlerini devralırken alacağın bir mal ve hizmet satışından doğan faturalı bir alacak olduğunu araştırma yükümlülüğünün olduğu, bu araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek kambiyo senetlerinin devralınmasının factoring şirketi için bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin karinesi

olarak kabul edilmesi lazım geldiği kabul etmekteydi⁴⁰.

İkinci bir görüş, factoring şirketine verilen kambiyo senetlerine karşı borçlunun alacaklıya karşı itiraz ve def'ilerini her zaman ileri sürebileceği, burada alacağın temlik hükümlerinin uygulanması lazım geldiği yönündeydi⁴¹. Burada borçlunun ayrıca bile bile borçlu zararına hareket olgusunu ispatlaması aranmamaktaydı.

Diğer bir görüş ise, factoring şirketinin temel borç ilişkisinden ayrı mı yoksa temel borç ilişkisi ile aynı mı alacağı devraldığı ayrıma bakarak, faktörün temel borç ilişkisinden doğan alacağı kambiyo senedi ile birlikte devralması hâlinde şirkete karşı temel borç ilişkisinden doğan def'ilerin sürülebileceği, diğer durumda ise bunun mümkün olmayacağı yönündeydi⁴². Bu görüşe göre de, o dönemki Yönetmelik hükmüne aykırılık, bile bile borçlu zararına hareket edildiğine karine oluşturmuyordu.

Yargıtay'ın bu konuda görüşü ise o dönemde değişiklik arz etmekteydi. Bazı kararlarında bile bile borçlu zararına hareketin ispatını ararken⁴³,

³⁸ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 38/1 uyarınca, "Factoring sözleşmesi; mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, factoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya factoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir."

³⁹ 13.12.2012 tarihli ve 28446 sayılı RG.

⁴⁰ Altop, Atilla (2009), Factoring'de Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Factoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Factoring Derneği, İstanbul, s. 48, Teoman, Ömer (2010), Kambiyo Senetlerine İlişkin Bedelsizlik Savının Bunları Ciro Yoluyla Devralan Factoring Şirketlerine Karşı İleri Sürülüp Sürülemediği Sorunu, Yargı Dünyası, S. 179, Kasım, s. 15-16.

⁴¹ Özakman, Cumhur (2009), Factoring'de Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Factoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Factoring Derneği, İstanbul, s. 41

⁴² Altay, Sıtkı Anlam (2010), Emre Yazılı Kambiyo Senetlerinde Kişisel Def'ilerin Factoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu; Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXIV, 10-11 Aralık, s. 325 vd., Akın, Murat Yusuf (2011), Factoring İlişkisinde Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi ve Buna İlişkin Diğer Bazı Güncel Soru(n)lar, İÜHFD, Yıl 10, C. 10, S. 10, s. 266.

⁴³ Y. 13. HD. 17.01.2002 tarih 2001/11343 E. 2002/337 K, Y. 19. HD. 04.12.2003 tarih 2002/10455 K. 2003/12107 K, Y. 19. HD. 09.12.2005 tarih 2005/2061 E. 2005/12330 K. sayılı ilamları, Altay, s. 313-315 ve s. 315-318 arasındaki diğer kararlar. Bundan başka yakın tarihli bir 19. HD kararı da, factoring şirketinin belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca alacağı temlik alabileceğini, factoring işleminin alacağın

bazı kararlarında ise, kişisel defilerin bile bile borçlu zararına iktisap ispatı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceğini öngörmüştü⁴⁴.

Buna karşın, 6361 sayılı Kanun, önceki düzenleme olan Yönetmelikten farklı olarak 9. maddede bu konuyla ilgili olarak bir başka hüküm daha getirmiştir. 6361 sayılı Kanun m. 9/3'e göre, "bir kambiyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri hâlinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan defileri faktoring şirketine karşı ileri süremez; meğerki, faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun."

İşte bu hüküm, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya çıkan görüş farklılıklarını ortadan kaldıracı bir mahiyet arz etmektedir. Zira hükümle, artık temel borç ilişkisinden doğan defilerin kambiyo senedini elinde tutan faktoring şirketine karşı bile bile borçlu zararına hareket aranmaksızın ileri sürülebileceği yönündeki görüşleri ve Yargıtay'ın bahsettiğimiz yöndeki kararlarının önünü kapatmıştır.

Nitekim bu düzenlemeden sonra Yargı kararları özellikle hükme atıf yaparak, bile bile borçlu zararına hareket ispatlanmaksızın kişisel defilerin faktoring şirketine karşı ileri sürülemeyeceği yönünde olmuştur⁴⁵.

temlik hükümlerine tabi olduğundan davacı kambiyo borçlusu, temlik eden durumundaki önceki alacaklısına karşı yani satıcı şirkete karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları direkt olarak faktoring şirketine karşı da ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Y. 19. HD. 13.11.2014 tarih 2014/11664 E. 2014/16177 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁴⁴ Y. 19. HD.09.07.2004 tarih 2003/11608 E. 2004/8248 K. sayılı ilamı, Altay, s. 319-320.

⁴⁵ "Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 9/3 maddesine göre; "Bir kambiyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri halinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya varolan ilişkilere dayanan defileri faktoring şirketine karşı ileri süremez; meğerki faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun. "Belirtilen yasa hükmü faktoring işleminin tarafları olan faktoring şirketi, temlik eden önceki alacaklı ve borçlu dışındaki kambiyo borçluları yönünden uygulanması gereken bir hüküm olup, somut olayda; davacıA.Ş., fak-

Bununla birlikte doktrinde, 6361 sayılı Kanun m. 9/3 hükmüne rağmen, kambiyo senetlerinin faktoring şirketine devrinde faktoring ilişkisinin özelliklerinin dikkate alınarak bile bile borçlu zararına hareket kavramının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁶. Bu görüşe göre, borçlu zararına hareket kavramının ispatı güç olduğundan, müşteri ile faktoring şirketi arasındaki ilişkinin somut olaya göre bile bile borçlu zararına karine oluşturup oluşturmadığının tartışılması ve faktoring şirketinin çoğunlukla müşterisinin temel borç ilişkisini ifa edip etmediğini bilecek durumda olduğu, buna göre somut durumda göz önüne tutulmak kaydıyla bile bile borçlu zararına harekete yönelik bir karinenin varlığı kabul edilebilecektir⁴⁷. Burada, fatura ile belgelenmeyen alacakların kambiyo senedi ile devralınması hâlinde borçlu zararına hareketin karine olması gerektiği de iddia edilmiştir.

Alman Hukukunda, faktoring şirketinin alacağı devralmasında, bile bile borçlu zararına hareket iddiasının ileri sürülüp sürülememesi bakımından faktoring işleminin gerçek olup olmaması ayrımı yapılmıştır⁴⁸. Esasen Alman Hukukunda faktoring işlemleri için özel bir düzenleme yoktur. Alman Banka Genel İşlem Şartları m. 15/2'de, bankaya devredilen kambiyo senetlerinin

toring işleminin tarafı olmayıp keşideci sıfatıyla kambiyo borçlusu durumunda olduğundan keşideci ile lehtar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan şahsi defilerin davalı ... şirketine karşı ileri sürülebilmesi kambiyo senedinin faktoring şirketi tarafından iktisap edilirken bile bile borçlunun zararına hareket edildiği hususunun kanıtlanması koşulunu bağlı olup, davacı bu hususa dair yeterli kanıt sunamadığından yazılı şekilde karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin yerinde görülmemeyen bütün temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına" şeklindeki Y. 19. HD. 07.04.2016 tarih 2015/13801 E. 2016/6060 K. sayılı ilamı.

⁴⁶ Kazmacı, Uzun Özge (2013), Faktoring Sözleşmesi, İstanbul, s. 174.

⁴⁷ Kazmacı, s. 175, eski düzenleme açısından benzer yönde Atalay, s. 306-307.

⁴⁸ Faktoring şirketini borçlunun ödeme güçsüzlüğü riskini üstlendiği, yani bir bakıma garanti sorumluluğunun olduğu faktoring işlemleri gerçek faktoring, garanti sorumluluğun olmadığı işlemleri ise gerçek olmayan faktoring olarak anılmaktadır. Gerçek faktoring de, faktoring şirketi devraldığı alacağı borçludan tahsil edemediği takdirde alacağı devredene rücu edememektedir. Bu nedenle alacak kayıtsız ve şartız olarak devrolunmuş kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Kazmacı, s. 17-21.

esasını bankaya temlik edilen alacakların teşkil ettiği, bir alacağın temlikinin vuku bulduğu anın, alacağı ispatlayan belgelerin (örneğin borç kayıtları veya alacağı belgeleyen ticari senetler) bankaya teslim edildiği zaman olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bile bile borçlu zararına hareketin ispatlanmasının, daha doğrusu kişisel def'ilerin ileri sürülmesi, ilgili belgelerin teslim edilmemesi hâlinde, banka karşı ileri sürülmesi mümkündür.

Ancak bu durumun faktoring işlemlerinde uygulanması konusu Alman Hukukunda açık değildir. Gerçek olmayan faktoringde, alacağı devralan ile devreden arasında ticari ilişkiden doğan ekonomik birlikteliği ispatlamak mümkün ve bu konuda fiili bir karine oluşurken, gerçek faktoring açısından bu mümkün olamaz⁴⁹. Gerçek faktoringde tam tersine, alacağı devralanın iyiniyetli olduğu karine olarak kabul edilir.

Kanımızca, faktoring işleminde kambiyo senetlerini devralan faktoring şirketine karşı, bile bile borçlu zararına hareketin ileri sürülmesi bakımından Yönetmelik dönemine dönüş mümkün değildir. 6361 sayılı Kanun m. 9/3, TTK m. 687/2'de yer alan hükümden farklı değildir⁵⁰. Ancak 6361 sayılı Kanunun 9/2. maddesi ile m. 9/3 birlikte değerlendirildiğinde, kambiyo senetlerine dayalı alacaklarda, düzenleyenden ya da hamilden devralınma hâlinde alacağı ispatlayan belgelerin, sadece aralarındaki ilişki bakımından faktoring şirketinde varlığının mutlaka aranması, bile bile borçlu zararına hareketin karine olarak kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Düzenleyen dışındaki hamillerden devralınan kambiyo senetleri bakımından, ilk muameleye veya sonraki hukuki

muamelelere yönelik olarak böyle bir şartın aranmayacağını, muamelelere ilişkin belgelerin faktoring şirketinde olmamasının bile bile borçlu zararına hareketin bir karinesi olarak kabul edilmeyeceğini belirtmek gerekmektedir⁵¹.

Buna göre, kambiyo senetlerinin faktoring şirketine devrinde, kambiyo senetlerinin düzenlenmesindeki alt ilişki olan alacağı devreden dışındaki kişilerden kambiyo senetlerini alan üçüncü kişi olan faktoring şirketi karine olarak iyiniyetli sayılacak, bile bile borçlu zararına iktisap iddia eden kişi somut ilişki bakımından belgelerin devri şartına dayanamayacaktır⁵².

C. HATIR SENETLERİ

Hatır senetleri, ticari hayatta karşılıksız kambiyo senedi düzenlemesi olarak karşılaşılan bir durumdur. Gerçekte borçlu olmamakta birlikte, lehine kambiyo senedi düzenlediği kişinin kredi alması ya da mali durumunu daha iyi göstermesini sağlamak amacıyla senedi düzenlemişse, bu kambiyo senedi hatır senedi olarak anılmaktadır⁵³. Hatır senetleri de tedavül kabiliyetine sahip bir

⁴⁹ Bülow, WG Art. 17, Rn. 12.

⁵⁰ 6361 sayılı Kanun m. 9/3'ün gerekçesi şu şekildedir: "Faktoring şirketlerinin müşterilerine finansal hizmetler vermeleri, mal ve hizmet satımının tarafı olmamaları nedeniyle, ciro yoluyla faktoring şirketine devredilen bir kambiyo senedinden dolayı kendisine başvurulmuş kişinin, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri faktoring şirketine karşı ileri sürmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken, bile bile borçlunun zararına hareket etmiş ise bu hüküm uygulanmayacaktır. Bu bağlamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "Def'iler" başlıklı 687 nci maddesi ile paralellik sağlanması hedeflenmiştir.

⁵¹ "6361 S. Kanun'un 9/3. maddesindeki hüküm, faktoring işleminin tarafları olan borçlu, önceki alacaklı ve temlik alan faktoring şirketi dışındaki kambiyo senedinde ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından getirilmiş bir hükümdür. Kanunun 9/3 maddesi hükmünün, faktoring işleminin tarafları arasında yer almayan kambiyo borçlularını ilgilendirdiği madde gerekçesinden de anlaşılabilir. Zira gerekçenin son cümlesinde "Bu bağlamda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun def'iler başlıklı 687. maddesiyle paralellik sağlanması hedeflenmiştir." denmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 687/2 maddesinde "Alacağın temlik hükümleri saklıdır." hükmü yer almaktadır. 6361 Sayılı Kanun'un 9/2. maddesi hükmünden hareketle faktoring sözleşmelerinde de alacağın temlik hükümleri uygulanacağından, gerek 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 687/2. maddesi, gerekse 6361 Sayılı Kanun'un 9/2. maddesi karşısında faktoring işleminin taraflarından olan kambiyo borçluları hakkında alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağı, aynı kanunun 9/3 maddesi hükmünün ise faktoring işleminin tarafı olmayan ve ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından uygulanabileceği anlaşılmaktadır" yönündeki Y. 19. HD. 24.05.2016 tarih 2015/18300 E. 2016/9294 K. sayılı ilamı. www.kazanci.com.

⁵² Aksi görüş, Azarkan, Necat (2017), Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi, DÜHFD, C. 22, S. 36, s. 103-104.

⁵³ İnan, s. 59 vd, Öztan, s. 1010, Türk, Menfi Tespit, s. 299.

kambiyo senedir. Ancak borçlu tarafından hatır için kabul edilmiştir ve düzenleyen için bir karşılık ilişkisi olmaksızın düzenlenmiştir⁵⁴.

Burada kambiyo senedini düzenleyen ile senet lehine düzenlenen kişi arasında hatır anlaşması söz konudur. Poliçede ise düzenleyen ile kabul eden arasında böyle bir anlaşma söz konusu olacaktır. Hatır anlaşması gereği, bono ve çekte kambiyo senedi lehine düzenlenen kişi senet borçlusundan ödeme talebinde bulunmamayı taahhüt etmektedir⁵⁵. Poliçede, ise muhatap, düzenleyen ile aralarında bir karşılık ilişkisi olmaksızın senedi hatır için kabul etmektedir⁵⁶.

Hatır senetleri düzenleniş amacı bakımından ikiye ayrılmaktadır. Birincisi senedin tedavül etmesi esas alınarak düzenlemesi ki, bu hâlde taraflar arasındaki anlaşma inancı işlem kabul edilmektedir. İkincisi ise tedavül etme amaçlı değil, lehdarın ticari itibarını arttırma amaçlı düzenlenmesi hâlinde de muvazaa amaçlı olduğu belirtilmektedir⁵⁷. Tedavül amaçlı olmayan senetlerde senet lehdarı, senedi devretmemeyi iç ilişki bakımından taahhüt etmiş durumdadır⁵⁸. Tedavül amaçlı senetlerde, senet kredi sağlamak amacıyla üçüncü kişilere teminat verilmekte veya üçüncü kişilere iskonto ettirilmek için devredilmektedir. Her iki durumda da, senedi düzenleyen ile lehine düzenlenen kişi arasında göreceli bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bu güven ilişkisinde düzenleyen hatır için verdiği kambiyo senedinin lehdarının senedi elinden çıkarmayacağını ya da senet tedavül etse bile bir şekilde senetteki borcu ödeyeceğine itimat etmektedir⁵⁹.

Hatır senetleri, Türk Hukukunda da geçerli bir kambiyo senedi türü olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Bu senetlere karşı senedin hatır senedi niteli-

ğinde olduğu def'i, şahsi bir def'i olup, sadece ilgisine karşı ileri sürülebilir. Senedi devralan kişiye karşı hatır senedi def'inin ileri sürülebilmesi senedi devralırken, bu senedin hatır senedi olduğunu bilerek borçlu zararına hareket etmek amacı taşınması hâlinde mümkündür⁶¹. Bir görüşe göre ise, tedavül amaçlı hatır senedinde, senedi devralanın bile bile borçlu zararına hareket ettiği iddiası dahi ileri sürülemez⁶². Bu görüşe göre, tedavül amaçlı hatır senedi tarafların bilgisi dâhilinde iskonto ettirilmek için verildiğinden, bu senedin üçüncü kişiye devri düzenlenme amacına uygundur. Üçüncü kişinin bunun hatır senedi olduğunu bilmesi bu yüzden bile bile borçlu zararına hareket sayılamaz⁶³. Kanımızca bu düşünce, senedi devralanın borçlu zararına hareketi ile devraldığı senedin hatır senedi olduğunu bilmesinin aynı anlama geldiğini göz ardı etmektedir. Zira bir senedi devralanın bilerek borçlu zararına hareket etmesinde, bu senedin hatır bonusu olduğunu bilmesi esastır. Çünkü senet devralana teminat amaçlı veya kredibilite için verilmektedir. Senedi devralan, borçlu zararına hareket etmiyorsa, o senedin hatır için düzenlendiğini değil, devreden düzenleyen veya kendinden önceki hamilden bir alacağına karşılık aldığı düşüncesi içinde bunu devralmaktadır.

Bu nedenle, hatır senedi yönündeki şahsi def'i senet ister tedavül amaçlı isterse tedavül amaçlı olmaksızın düzenlensin, senedi devralanın senedin hatır senedi olduğunu bildiğini yani bile bile borçlu zararına hareket ettiğini ortaya koyduğu takdirde hatır senedi def'inin ileri sürülebilecek-

amacıyla düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Baumbach /Hefermehl; WG Art. 17, Rn. 70, Bülow; WG Art. 17, Rn. 80. Ancak tedavül niteliği olmayan sırf, lehine düzenlenen kişinin ticari itibarını arttırma amaçlı senetlerin kendi aralarındaki ilişki bakımından muvazaa nedeniyle geçersiz olacağı yönünde, Öztan, s. 1011, Türk, s. 300.

⁵⁴ Jakobi Ernst (1977), Wechsel- und Scheckrecht: Unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Berlin, s. 293.

⁵⁵ Brox, s. 323, İnan, s. 64-65, Öztan, s. 1010, Poroy/Tekinalp, s. 258, Türk, Menfi Tespit, s. 299.

⁵⁶ Jakobi, s. 293.

⁵⁷ İnan, s. 116, Öztan, s. 1010, Türk; Menfi Tespit, s. 299.

⁵⁸ Yılmaz, s. 476.

⁵⁹ Jakobi, s. 293.

⁶⁰ Öztan, s. 1010, Poroy/Tekinalp, s. 261. Alman hukukunda da hatır senedinin, aradaki hatır anlaşması nedeniyle taraflar arasında bir borç niteliği taşımamakla birlikte, geçerli bir senet niteliğinde olduğu, kredi ve finansman

⁶¹ İnan, s. 58, Jakobi, s. 293, Poroy/Tekinalp, s. 261-262, Yılmaz, s. 476.

⁶² İnan, s. 59, Karayalçın, Yaşar (1970), Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler, 4. Bası Ankara, s. 326, Türk, s. 301. Bu hususta, "hatır bonusunun esasen karşılıksız olduğu, üçüncü kişinin senedin hatır bonusu olduğunu bilmesinin hileli anlaşma olmadığı, hatır bonusuna karşı hileli anlaşma nedeniyle hukuki anlamda bedelsizlik ileri sürülemeyeceği yönündeki, Y. TD. 26.11.1951 tarih, 1951/5251 E. 1951/ 5897 K. sayılı ilamı, Karayalçın, s. 147-148, dn. 43a.

⁶³ Brox, s. 323, Türk, Menfi Tespit, s. 301-302.

tir⁶⁴. Yargıtay da 1951 tarihli kararından sonra, yakın tarihli içtihatlarında belirttiğimiz görüşte kararlar vermiştir⁶⁵.

D. SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE MALIN TESLİM EDİLMEMESİ VEYA MALDAKİ AYIP

Tüketici işlemi hariç olmak üzere⁶⁶, tacir olsun ya da olmasın kambiyo senedi düzenleyen tarafların aralarında bir satış sözleşmesi vaki ise, yani kambiyo senedi satış sözleşmesinde semen olarak veya semen karşılığı verilmiş ise, satış sözleşmesinin diğer edimi olan malın teslim edilmesi ya da malda ortaya çıkan ayıbın, kambiyo senedi alacaklısına karşı ileri sürülmesi bir şahsi def'i niteliğindedir.

Dolayısıyla, malı satın ve teslim alan, bunun karşılığında da satıcıya kambiyo senedi veren alıcı,

⁶⁴ Aynı yönde, Poroy/Tekinalp, s. 261, Yılmaz, s. 476.

⁶⁵ Y. 19. HD. 31.03.2003 tarih 2003/1265 E. 2003/10764 K. ve 01.03.2001 tarih 2000/7245 E. 2001/1611 K. sayılı ilamları, www.kazanci.com.

⁶⁶ TKHK m. 4/5 uyarınca, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu hükme aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir. Bu durumda hükme göre söz konusu senetler emre düzenlense bile kambiyo senetlerinin özelliklerini taşımayacak ve bile bile borçlu zararına hareket kavramına dayanma zorunluluğu olmayacaktır. Ancak bu konuda bir görüş, kambiyo senedinin böyle bir durumda geçersiz olmayacağını, hükme aykırılığın temel ilişkisinin tarafları arasında kişisel bir def'i oluşturacağını ileri sürmüştür. Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan (2014), Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, s. 130. Senedin nama yazılı olması halinde zaten bile bile borçlu zararına hareket iddiasında bulunmaya gerek kalmaz. Fakat senetler hükme rağmen emre yazılı olursa, bu hükmün sadece tüketici açısından geçerli olacağı, lehdar ve ciro edilen kişiler açısından geçerli olmayacağını söylemek daha doğrudur. Aynı yönde, Aslan İ. Yılmaz (2015), 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa, s. 396, Zevkliler, Aydın/ Aydoğdu, Murat (2004), Tüketicinin Korunması Hukuku – Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, s. 180. Bu görüşlere karşın bir başka görüş ise, tüketicinin kişisel def'ilerini ileri sürebilmesi bakımından genel hükümlerde öngörülen sınırlamaya kanundan kaynaklanan bir istisna tanındığı şeklinde yorumlamanın en doğru olduğu hususunda, Kendigelen, Abuzer (2007), Çek Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, s. 126, Yeşiltepe Önder Salih (2014), 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜFHAD, C. 20, S. 2, s. 42.

malın teslim edilmemesi veya ayıplı çıkmasından dolayı kambiyo senedine karşı bedelsizlik iddiasını satıcıya karşı ileri sürebilirken, kambiyo senedini devralan kişiye karşı ileri süremez. Kambiyo senedini devralan üçüncü kişiye karşı mal tesliminin ifa edilmemesi ya da ayıptan dolayı bedelsizlik iddiasının ileri sürülebilmesi ancak hamilin senedi bile bile borçlu zararına devralması hâlinde mümkündür⁶⁷.

Mal satış sözleşmelerinde ayıplı ifa dolayısıyla semenin indirilmesi hakkını kullanan borçlu, alacaklının iddia ettiği kadar borçlu olmadığını, ifa etmeme ya da ayıplı ifa nedeniyle dönme hakkını kullanan borçlu ise hiç borcu bulunmadığının tespitini istemektedir⁶⁸.

Mal satış sözleşmelerinde kambiyo senedi düzenlenmesi açısından önemli olan hususlardan biri kambiyo senedine "malen" kaydının konulmasıdır. Bu kaydın esasında önemi, kendisinden senet bedeli talep edilen borçlunun temel ilişkiye dayalı def'ileri öne sürmesinin mümkün olduğu hâllerde ispat açısındandır⁶⁹. Zira senedin satış sözleşmesi karşılığında ödeme amacıyla lehdara verildiği bu kayıt ile ortaya konulmaktadır. Ya da daha doğru bir deyişle, aksi alacaklı tarafından iddia edilmediği sürece temel alacağın bedel kaydında gösterilen sebepten doğduğuna bir karine oluşmaktadır⁷⁰. Böylece bedel kaydı içeren bononun lehdarı, artık senedin "kayıtsız ve koşulsuz bir borç ikrarı olduğu" yolundaki soyutluk kuralına dayanamaz. Ancak borç ilişkisinin bir sözcükle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez. Bedel kayıtları daha çok keşideci ile lehdar arasındaki ilişki yönünden ve ispat konusunda önem taşır. Kişisel def'i nedenlerinin varlığının kanıtlanmasını kolaylaştırır⁷¹.

Buna karşın, senedi devralana karşı malen kaydının varlığı, sadece bile bile borçlu zararına

⁶⁷ Bu yönde Y. 19. HD. 21.05.2014 tarih 2014/5695 E. 2014/9554 K. sayılı ilamı. www.kazanci.com.

⁶⁸ Türk, Menfi Tespit, s. 137.

⁶⁹ Türk, Menfi Tespit, s. 291.

⁷⁰ Türk, Menfi Tespit, s. 294.

⁷¹ Y. HGK. 17.04.2015 tarih 2013/19-1622 E. 2015/1238 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

hareket ederek satış sözleşmesi konusu malın teslim edilmediği veya ayıplı teslim edildiğini bildiğinin ispatlanması açısından önem taşır. Senedi devralan hamilin, senedin düzenlenmesi sebebinin bilmediği iddiası artık dinlenemez⁷². Zira senet üzerindeki malen kaydına, senedi devralan tarafından devralınma sırasında vakıf olunmaktadır. Fakat senedi düzenleyen, hamilin senedin düzenlenme sebebinin bildiğini, yani düzenleyen ile lehdar arasındaki kambiyo senedi düzenlenmesine sebep olan ilişkinin ne olduğunu ispatlamasına gerek olmamakla birlikte, yine de hamilin malın teslim edilmediğini veya ayıplı olduğunu bildiğini, buna rağmen düzenleyen zararına hareket ederek senedi devraldığını ispatlaması gerekmektedir⁷³. Bu da hem yazılı belge ile malın teslim edilmediği ya da ayıplı çıktığı için sözleşmeden dönüldüğünün ispatlanması hem de devralan hamilin bu hususu bilerek zarara uğratmak maksadıyla senedi devraldığının ortaya konulması şeklinde olacaktır.

Bu hususta önemli bir konu da Yargıtay, malın ayıplı olduğunu senedi devralan hamilin bilmesi bakımından, aralarında mal satış sözleşmesi olan düzenleyen ile lehdar arasında gerekli işlemlerin, yani malın ayıplı olduğu ihbarının yapılmış olmasını da aramasıdır⁷⁴. Yani bu ihbarın yapılmamasının hamile karşı bile bile borçlu zararına hareket ederek malın ayıplı olduğunu bilerek senedi devraldığı iddiasının dinlenmesine engel kabul etmiştir⁷⁵.

E. TEMİNAT SENETLERİ

Kambiyo senetleri içinde yer alan poliçe ve bono, teminat niteliği taşıyarak düzenlenmesi hukuken mümkün olan senetlerdir. Buna karşın çekin ödeme aracı niteliği teminat senedi olarak düzenlenemeyeceğini belirlemektedir. Ancak, uygulamada,

çekin taraflar arasındaki sözleşme gereği teminat niteliği taşıyır şekilde ve ileri tarihli (*postdate*) düzenlenmesi söz konusu olmaktadır.

Çek Kanunu geçici madde m. 3/5 uyarınca, 31.12.2020 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazının geçersiz olması, çekin ileri tarihli düzenlenmesini yasal olarak da mümkün kıldığından, çekin teminat amacıyla kullanılmasını da hukuki olarak da sağlar hale gelmiştir.

Kambiyo senetlerinde teminat niteliği iki şekilde verilebilir. Bunlardan birincisi, kambiyo senedinin üzerine teminat için olduğu yönünde bir kaydın düşülmesi, ikincisi ise kambiyo senedi düzenleyen tarafların aralarında yaptıkları bir sözleşmede düzenlenen kambiyo senedinin teminat niteliğinde düzenlendiğinin belirtilmiş olmasıdır. İleri tarihli çeki kanuni zemin oluşturulmasından sonra, her üç kambiyo senedinin de teminat amacıyla düzenlenmesi mümkün hâle gelmiştir. İkinci durum olan ayrı bir sözleşmede yer alan teminat kaydı, kambiyo senedinin üzerinde bir kayıt şeklinde gösterilmediğinden kambiyo senedinin geçerliliğine halel getirmez. Kambiyo senedine bakıldığında bu senedin teminat senedi niteliği hiçbir şekilde anlaşılmaz.

Bunun yanında kambiyo senetlerinin üzerine düşülen teminat kaydı bakımından doktrinde üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Birincisi teminat kaydının asıl borç ilişkisine atıf yapar mahiyette düzenlenmesi ki, buna sebebe bağlı teminat kaydı denebilir. İkincisi, asıl borç ilişkisine bağlanamayan nitelikte düzenlenen yani mücerret teminat kaydıdır. Üçüncüsü ise bu iki teminat kaydı dışında, asıl borç ilişkisini gösteren ve senette belli bir meblağın ödemesini şartla bağlamayan kayıtlardır⁷⁶.

Birinci şekildeki teminat kaydının şartlı nitelikte olduğu ve senedin kambiyo senedi vasfını ortadan kaldıran bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla hamile karşı mutlak bir def'i oluşturduğu doktrin-

⁷² Aynı yönde Türk; Menfi Tespit, s. 294.

⁷³ Bu yönde, Y. 19. HD. 01.03.2006 tarih 2005/7233 E. 2006/1962 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁷⁴ Y. 11. HD. 03.07.2001 tarihli 2001/4488 E. 2001/6142 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁷⁵ Buna karşın bir başka kararında Yargıtay, ayıplı mala karşı ayıp ihbarında bulunmama hali ile bile bile borçlu zararına hareket etme iddialarını birbirinden ayırarak ayrı ispat konuları olduğunu içtihat etmiştir. Y. 19. HD. 15.04.2002 tarihli 2002/5843 E. 2002/2847 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁷⁶ Boztosun, Odman Ayşe N. (2007), Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, Legal Hukuk Dergisi, S. 53, s. 149, Sarıkaya, Merve (2018), Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul, s. 103.

de kabul edilmektedir⁷⁷. Nitekim Yargıtay da, teminat vasfının senet üzerinde, ayrı bir sözleşmeye atf yapar biçimde belirtildiği durumlarda, düzenlenen kambiyo senedinin mücerret borç ikrarı niteliği taşımadığını içtihat etmiştir⁷⁸. İkinci ayırım

olan sadece teminat kaydını içeren, asıl borç ilişkisine atf yapmayan mücerret teminat kaydır. Bu kaydın, doktrinde senedin kambiyo senedi olma niteliğini etkilemediği, çoğunlukla da yazılmamış sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁹.

Fakat bununla birlikte, Yargıtay'ın eski bazı kararlarında teminat senedi niteliğindeki bu biçimde düzenlenmiş kambiyo senedinin düzenleyen ile lehdar arasındaki ilişkide kambiyo senedi vasfı olmadığı, daha sonra üçüncü kişiye geçmesi halinde, bu senedin kıymetli evrak niteliğinin bulduğuna karar vermesi⁸⁰ açık bir çelişkidir. Zira bir kambiyo senedi olarak düzenlenmiş bir senedin düzenlendiği anda kambiyo senedi vasfı olmaması halinde onun sonradan bir devir işlemiyle kambiyo senedi vasfı kazandığı kabul edilemez⁸¹. Dolayısıyla kambiyo senedinin teminat kaydı bile olsa kambiyo senedi niteliği, düzenlendiği andan itibaren kabul edilmelidir.

Doktrinde, üçüncü ayırım olarak ele aldığımız asıl borç ilişkisini göstermekle birlikte senette belirli bir meblağın ödenmesini şarta bağlamayan teminat kaydının varlığının geçerli olduğu ve bunun hamillere karşı ileri sürülebilen şahsi bir def'i olduğu belirtilmektedir. Bu teminat kaydının varlığının iyi niyeti ortadan kaldırdığı düşüncesinin yerinde olmadığı, buna dayalı olarak hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁸². Bu husus Yargıtay'ın, bazı kararlarında senet üzerindeki teminat senedi kaydının senedi sonradan devralan hamil bakımından bile bile borçlu zararına hareket sayılacağını esas almasına dayalı olarak ortaya

⁷⁷ Arslanlı, s. 47, Baumbach /Hefelmehl, WG Art. 17, Rn. 87, Boztosun, s. 1493, Deryal, Yahya (2009), Karşılıklı Düzenlenen Hatır Çeklerinde Borçlu-Keşidecinin Teminat Çeki İddiasıyla Menfi Tespit (İptal) Davası Açması ve Bir Örnek Olay İncelemesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, s. 657, Sarıkaya, s. 134-135, Kendigelen, s. 134, Pulaşlı, s. 291, Ülgen/Helvacı /Kendigelen / Kaya, s. 148, Öztan, s. 1076, Yılmaz, s. 477.

⁷⁸ "İstem arka yüzünde "İnşaat sözleşmesine aittir. İnşaatın bitimine kadar ödenecektir" şeklinde kayıt bulunan bono ile girilen kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin şikâyet yoluyla iptaline ilişkindir. İcra ve İflas Kanununun 168. maddesinin 1. bendine göre "İcra memuru senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir". Somut olayda alacaklı, arka yüzüne sözleşmeye ve ödeme zamanına dair kayıt düşülmüş bonoya dayalı olarak takibe girişmiş ve icra müdürü de anılan yasal düzenleme çerçevesinde borçluya (örnek 10) ödeme emri tebliğ etmiştir. Bu durumda öncelikle takip dayanağı belgenin kambiyo senedi vasfını haiz olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 776. maddesine göre bononun senet metninde "bono" veya "emre yazılı senet" kelimesi ve senet Türkçe'den başka bir dille yazılmışsa, o dille bono veya emre yazılı senet karşılığı olarak kullanılan kelime, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadi, vade, ödeme yeri, kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adı, düzenleme tarihi ve yeri ile düzenleyenin imzası bulunmalıdır. Bu çerçevede belirlilik (muayyenlik) kambiyo senetlerinin temel unsurlarından biridir. Tedavül kabiliyeti de dikkate alındığında bononun bütün unsurlarının açık, net, yoruma elverişli olmayacak biçimde belirgin olması gerekir. Öztan'ın da ifade ettiği gibi poliçe ve bono keşidesi "şart kabul etmeyen" bir işlemdir (Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. b., Ankara 1997, s. 451). Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 777. maddesi zorunlu unsurları taşımayan senedin bono niteliğinde olmadığını belirttikten sonra vade, keşide ve ödeme yeri konusunda da yedek hukuk kuralı getirerek oluşabilecek boşlukları doldurmuş ve belirlilik ilkesini bu şekilde desteklemiştir. Avizo, bedel, faiz, protestodan muafiyet ve yetki şartı gibi kayıtların konulması kabul edilmekte ise de illetten mücerretlik veya muayyenlik vasfını ortadan kaldıran kayıtların bono üzerine konması, onun kambiyo senedi vasfını ortadan kaldırır. Somut olayda takip konusu edilen bononun arkasına "İnşaat sözleşmesine aittir. İnşaatın bitimine kadar ödenecektir" şeklinde konulan ibare ödemeyi başka bir olayın vukuuna bağlamış ve bu haliyle bononun muayyenlik unsurunu ve dolayısıyla kambiyo senedi vasfını ortadan kaldırmıştır. Nitekim keşideci borçlu da (ancak yargılama ile belirlenebilecek biçimde) inşaatın tamamlanmadığını ve henüz ödeme zamanının gelmediğini ileri sürmüştür. Bono vasfı bulunmayan belgeye dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapılamayacağına

dair kural da (İİK. m. 168/1) dikkate alındığında borçlu aleyhine bu yolla takip yapılması doğru değildir." şeklindeki Y. HGK 07.06.2017 tarihli 2017/12-330 E. 2017/1088 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁷⁹ Boztosun, s. 1491, Kendigelen, s. 137, Öztan, s. 1076, Tekinalp, Ünal (1994), Geriye Ciro ve Teminat Senedi Sorunları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.II, Ankara, s. 194, Ülgen/Helvacı/ Kendigelen/ Kaya, s. 148-149.

⁸⁰ Y. 12. HD. 27.05.1992 tarihli 1992/221 E. 1992/7321 K. ve 14.12.1992 tarihli 1992/8214 E. 1992/16141 K. sayılı ilamları, Tekinalp, s. 193.

⁸¹ Aynı yönde, Tekinalp, s. 194-195.

⁸² Boztosun, s. 1494-1495.

konulmuştur⁸³. Bu görüş, karşısında ifade edilen diğer görüşe göre ise, senetteki asıl borç ilişkisine atıf yapan teminat kaydı her halükârda senedi kambiyo senedi olmaktan çıkarır ve bu durum mutlak def'i olarak herkese karşı ileri sürülebilir⁸⁴. Sadece mücerret teminat kaydı şahsi bir def'i doğuracak ve lehdar harici yetkili hamillere karşı bile borçlu zararına iktisabın ortaya konması gerekecektir⁸⁵.

Kambiyo senetlerinin teminat senedi niteliği bakımından ise Yargıtay, ikili ayrımı esas almıştır. Bunlar da senetteki teminat kaydının mücerret olması veya asıl borç ilişkisine atıf yapar şekilde olmasıdır. Yargıtay mücerret teminat kaydının yazılmamış kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte, diğer teminat kaydının ise senedin kambiyo senedini vasfını ortadan kaldırdığı şeklinde ele almaktadır⁸⁶.

Bunun birlikte Yargıtay, kambiyo senedinde teminat kaydı varsa da neyin teminatı olduğu belirtilmediğinden bu ibarenin senedin mücerretlik vasfını ortadan kaldırmayacağını da içtihat etmiştir⁸⁷.

Yargıtay'ın bu kararına göre, kambiyo senedinin teminat amaçlı verildiğinin kabul edilebilmesi için, neyin teminatı olarak verildiğinin ya bononun önündeki veya arkasındaki yazılar veya ayrı bir belge (İİK'nun 169/a maddesinde öngörülen) ile kanıtlanması gerekir.

Teminat senedi olarak düzenlenmiş olan kambiyo senedinin düzenleyen ile lehdar arasındaki ilişki dışında üçüncü kişiye devri halinde, bu üçüncü kişi hamile karşı senedin teminat senedi niteliğini bu kişinin bildiğini ve buna rağmen senedi devraldığının ispatlanması gerekmektedir. Yani yine bile bile borçlu zararına hareketin varlığı iddia ve ispat edilecektir. Çünkü bir kambiyo senedinin teminat senedi olduğu iddiası bir şahsi def'i niteliğindedir. Bu def'i de bedelsizlik iddiası üzerine kuruludur⁸⁸.

Kanımızca da kambiyo senedindeki teminat kaydının kambiyo senedinin ödenmesinde şarta bağlı bir durum meydana getirmesi senedi hükümsüz kılar⁸⁹, senetteki veya senet dışında olup senede yansımamış mücerret teminat kaydı geçerli bir kayıt olacak, kambiyo senedi vasfını etkilemeyecektir.

Lehdar dışındaki hamile karşı bu husus, ancak bile bile borçlu zararına hareket ispatlandığı takdirde ileri sürülebilir.

Senet üzerinde olan teminat kaydı mücerret ise, yok sayılması gerekir. Kambiyo senedinin üzerindeki sözleşmeye bağlı olduğu sonradan kabul edilen onun teminatı olduğu yönündeki mücerret teminat senedinin⁹⁰ doğrudan hamilin

⁸⁸ İnan, s. 27-28, Sarıkaya, s. 132.

⁸⁹ Benzer yönde, Boztosun, s. 1492.

⁹⁰ Y. 11. HD. 21.09.1990 tarihli 1990/5088 E. 1990/5623 K. sayılı ilamında, "Dava konusu 10.1.1987 vade tarihli 8.000.000 liralık senedin, davacı tarafından davalılardan Cezmi A.'e şifahi sözleşme ile satışı yapılan (...) plaka sayılı otobüsün satışının ve bedelinin teminatı olarak düzenlendiği ve senet arkasına meşruhat verildiği hususunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmadığı, davacının, davalıya sattığı otobüsü davalı Cezmi'ye teslim ettiği, ancak davalının satış bedeline karşılık verdiği senetleri ödemediğini iddia etmiş, davalıya gönderdiği 28.5.1986 ve 15.12.1986 tarihli ihtarnamelerinde satış bedeline karşılık verilen bonolar ödendiği takdirde davalı adına gerekli satış işlemini yapılacağını bildirmiştir. Davalı Cezmi A. sözü edilen otobüsün satış bedeli peşinatı olarak 8.000.000 liranı davacıya nakden ödeyerek dava konusu bonoyu aldığı iddia etmiş ve 2.1.1987 tarihine kadar trafikte devir işlemi yapılmadığından satış akdinin fesholunduğunu ve teminat bonosunun geçerlik kazandığını savunmuş ve 27.5.1987 tarihli ihtarnamesinde de toplam değeri 5.500.000 lira olan bonolardan 600.000 liralık kısmını davacı tarafından tahsil olduğunu açıklamıştır. Buna bağlı olarak senet metninde yazılı teminat şartı, ciro ile hamil olan diğer davalı Nuri Ö.'e ileri sürülebilir." belirtilen hu-

⁸³ Y. 15. HD. 15.02.2016 tarihli 2015/5536 E. 206/951 K. sayılı ilamı ve 24.12.2014 tarihli 2014/695 E. 2014/7528 K. sayılı ilamları, www.kazanci.com.

⁸⁴ Sarıkaya, s. 134-135,

⁸⁵ Sarıkaya, s. 107, Yılmaz, s. 479.

⁸⁶ Bu yönde, Y. 12 HD'nin 22.03.2018 tarihli 2017/3121 E. 2018/2955 K, 15.12.2018 tarihli 2018/656 E. 2018/1384 K. sayılı ilamları. Bu kararlar HGK'nın 14.03.2001 tarihli 2001/12-233 E. 2001/257 K. ve 20.06.2001 tarihli 2001/12-496 E. 2001/534 K. sayılı ilamlarına dayanmaktadır. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.

⁸⁷ Y. HGK 28.03.2018 tarihli 2017/12-1140 E. 2018/563 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com. Buna karşın, "Ticaret Hukuku hükümlerine dayalı senetlerin, teminat kaydı içerdiğinde, poliçe, bono veya çek olsun vasfını kaybettiği, geçerli olmadığı bilinmektedir" yönündeki 9. HD. 14.09.2015 tarihli 2015/22036 E. 2015/25564 K. sayılı ve 7. HD. 19.06.2014 tarihli 2013/18315 E. 2014/13838 K. sayılı ilamları bunun aksine bir nitelik taşımaktadır. www.kazanci.com.

bile bile borçlu zararına hareket ettiği yönünde bir karine meydana getirmesi söz konusu olamaz⁹¹. Zira kambiyo senedi üzerine bu kaydın tedavül sırasında her zaman için yazılmış olması mümkündür. Aksi durum senedin kambiyo senedinin tedavül etme yeteneğini ortadan kaldıracağı açıktır⁹². Hâlbuki kambiyo senetlerinin temel özelliklerinden biri budur. Dolayısıyla senedin hamiline karşı teminat senedi kaydı senet üstünde yer alsın ve sonradan teminat senedi hususu devreden taraftan kabul edilse de, hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin ispatlanması gerekmektedir.

IV. BİLE BİLE BORÇLU ZARARINA HAREKETİN İSPATLANMASI

Kambiyo senetleri, adı üstünde senet oldukları için bunlara karşı olan iddiaların HMK m.200 uyarınca istisnalar dışında yine senetle ispatlanması gerekmektedir. Özellikle bile bile borçlu zararına harekette konu edilen bedelsizlik iddiasının da kesin delille ispatı söz konusudur⁹³. Bunu da dava isterse icra takibine karşı açılmış bir menfi tespit davası olsun iddia eden ispatlayacaktır⁹⁴.

Bir görüşe göre, kötü niyetle iktisap ve iktisapta ağır kusur, bile bile borçlu zararına hareketten daha kolay ispatlanır⁹⁵. Bu görüş, kişisel ve kişisel olmayan nisbi def'iler ayrımına göre, kötü niyetle iktisap ve iktisapta ağır kusurda kişisel olmayan nisbi def'ilerin ileri sürülmesi nedeniyle böyle bir iddiada bulunmaktadır⁹⁶. Bu ayrımda, bilerek borçlu zararına harekette ancak kişisel def'iler ileri sürülebildiği için, bunun devralan hamile karşı ispatı çok zordur. Hâlbuki kişisel olmayan nisbi def'iler olan senedin rıza dışında

suslar, teminat vasfının şahsi def'i niteliği ile bağdaşmaktadır. Bu hükümde bile bile borçlu zararına iktisap hususuna da hiç girilmemiştir. Ancak karar metni ciro ile devralan hamilin bilerek borçlu zararına hareket ederek senedi devraldığı yönünde bir düşünce içermektedir.

⁹¹ Benzer görüşte, Boztosun, s. 1494, Sarıkaya, s. 140.

⁹² Aynı yönde, Boztosun, s. 1494.

⁹³ Yüksel, Bozkurt Ebru Armağan (2008), İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri, C. XXIV, S. 3, Batider, s. 522.

⁹⁴ Türk, Menfi Tespit, s. 288.

⁹⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 70.

⁹⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 68.

elden çıkması, iradeyi sakatlayan haller, kamu düzenine aykırı amaçla senedin düzenlenmesi, kumar ve bahis borcuna dayalı senet düzenlenmiş olması gibi durumlar herkese karşı ileri sürülüp her türlü delille kanıtlanabileceğinden ispat daha kolaydır⁹⁷.

Bununla birlikte bile bile borçlu zararına hareketin niteliği gereği, bu hareketin varlığının senetle ispatı bir zorunluluk değildir. Yani, borçlu, hamil olan davalılara karşı kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğini, kambiyo senedinin bedelsiz olduğunu bilebilecek durumda olduğunu tanık dâhil her türlü delille ispat edebilir⁹⁸. Bile bile borçlu zararına hareketin ispatı için senede karşı senetle ispat kuralı aranmamakla birlikte, ispat yükü senet borçlusunun üzerinde olup, borçlu tarafından hem def'ilerin varlığı hem de bunların senedi iktisap ederken hamil tarafından bilindiğinin ispatlanması gerekmektedir⁹⁹. İşte bu nedenle def'inin varlığının ispatlanmasında yazılı belge ile ispat zorunluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir kambiyo senedinin düzenleyenden sadır bir belge olması nedeniyle, mücerret borç içeren bu senedin başka bir sebeple düzenlediği iddiasının HMK m.200'e göre yazılı belge ile ispatının aranması gerekecektir¹⁰⁰.

Yargıtay, takip hukuku açısından hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğinin geçerli yazılı bir belge ile kanıtlanması gerektiğini de kararlarında dile getirmiştir¹⁰¹. Bunun sebebi, iddianın görüldüğü mahkeme olan icra mahkemesinden kaynaklanmaktadır¹⁰².

⁹⁷ Bu hususta, Y. 19. HD. 06.02.2018 tarih 2016/13484 E. 2018/422 K. ve 26.10.2017 tarih 2016/12679 E. 2017/7343 K. sayılı ilamları, www.kazanci.com.

⁹⁸ Y. 19. HD. 26.10.2017 tarih 2016/12679 E. 2017/7343 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁹⁹ Yılmaz, s. 495. Ancak doktrinde zarar kastının bulunduğu ispatının kesin bir şekilde aranmasının, borçlunun bunu ispatlamasını hemen hemen imkânsız kıldığı, bu sebeple senedin devralındığı sırada hamilin şahsi def'ilerin varlığını bildiğinin ispatlamasının yeterli sayılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Öztan, s. 242.

¹⁰⁰ Kendigelen, s. 40.

¹⁰¹ Y. 12. HD. 26.01.2018 tarih 2016/26992 E. 2018/673 K., 12.12.2017 tarih 2016/24731 E. 2017/15452 K. ve 28.12.2016 tarih 2016/31079 E. 2016/26316 K. sayılı ilamları, www.kazanci.com.

¹⁰² Aynı hususta, Sarıkaya, s. 158.

Zira icra mahkemelerinde yapılan inceleme, ancak İİK m.169/a uyarınca resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge üzerindedir. Ancak burada da aslında şahsi def'inin ispatlanması açısından yazılı belgenin istendiğini söylemek gerekmektedir.

Bunun yanında takip hukukunda açılan bir dava olmasa da, devralan hamile karşı bilerek borçlu zararına hareket edildiği iddiasında, senedin bedelsiz olduğu ve bu hamilin bu bedelsizliği bildiği ileri sürüldüğünden, bedelsizliğe konu olan durumu ve bu durumu bilerek hamilin senedi devraldığı birlikte iddia edilmek zorunda olduğundan, hamile karşı belirtilen hususun ispatında yazılı belge ile ispat zorunlu hale gelmektedir.

Bu çerçevede senedin teminat senedi niteliğinde olmasına bağlı olarak, bilerek borçlu zararına hareket iddialarında Yargıtay bir sözleşmeye bağlı olarak verilmiş teminat senetleri bakımından, ilgili senedi gösteren yazılı delilin varlığını aramaktadır.¹⁰³ Ancak bile bile borçlu zararına hareket sadece bu yazılı delil yetmez, aynı zamanda senedi devralanın bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin ispatı gereklidir. Yazılı delil sadece senedin teminat senedi olduğunu ortaya koymaktadır. Yine kambiyo senedinin hatır senedi olduğu iddiası da Yargıtay'a göre, yazılı delil ile ispatlanmalıdır.¹⁰⁴ Malın teslim edilmediği veya malın ayıplı olduğu yönündeki iddiası da senet borçlusuna tarafından ancak yazılı delille ispatlanabilir.¹⁰⁵ Bu husus hamile karşı ileri sürüldüğünde de hem yazılı delil, hem de bunun devralan hamil tarafından devralma anında bilindiğinin ispatlanması gerekmektedir.

Ancak yapılacak iş karşılığı olmak üzere verilen ancak işin yapılmadığı iddiasının (bedelsizlik) senedi devralan hamile karşı yazılı belge ile ispatlanması gerektiği yönündeki hüküm yerinde değildir.¹⁰⁶ Zira bu yöndeki bir kararda "dava konusu çekin boya-badana işçiliği karşılığı verildiği ve tarafların bu bedel üzerinde anlaşmalarının kabulü zorunludur" denildikten sonra "Yazılı bu belgeler

karşısında davacı kooperatifin davalı Selami'nin işi yapmadığına ilişkin iddiaları yerinde değildir" denilmesi hatalı olmuş olup, işin yapıp yapılmadığının mahkemece tespiti mümkündür. Dolayısıyla bu davada kambiyo senedi borçlusuna hem işin yapılmadığını, hem de hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiğini yazılı belge olmaksızın ispatlayabilir.

Buna karşılık Yargıtay'ın, "Mahkemece yapılan incelemede Suat tarafından herhangi bir işin yapılmadığı belirlenmiş olup çekler bu nedenle karşılıksız kalmıştır. Diğer taraftan ciranta Suna'nın söz konusu çeklerden dolayı alacaklı olmadığı temyiz edilmeyen mahkeme kararıyla belirlenmiş olup, Suat'ın yapmış olduğu icra takip masraflarının ciranta Suna tarafından verilmiş olmasının hayatın olağan akışına aykırı bulunduğu, çeklerin T... Ltd. ile A... Ltd. Şirketlerinin ticari defterlerinde kayıtlı olmadığı, her iki şirket defterlerinde Suat adına açılmış bir hesabın bulunmadığı, söz konusu çeklerin Suat'a verilme nedeni olarak gösterilen T... Ltd. Şti. adına Suna ile davalı Suat arasındaki 10.11.2004 tarihli sözleşmenin her zaman hazırlanması mümkün olup; ana sözleşme bedelinden de fazla olduğu, yapılması gereken imalatların cinsine, miktarına ve boyutlarına uymadığı, Suat tarafından U... Kent Kooperatifi'nde yapılan veya yapılmakta olan herhangi bir ahşap imalatının mevcut bulunmadığı..." hususlarıyla bilerek borçlu zararına hareketin varlığını kabul etmesi, olguların araştırılması ve vakaların ispatı bakımından doğru bir karar niteliğindedir.¹⁰⁷

Bununla birlikte Yargıtay bir kararında hem bedelsizlik hem de borçlu zararına hareket iddiası var ise bu her iki iddianın da ayrı ayrı kanıtlanması gerektiğini, bunlardan borçlu zararına hareket iddiasının tanıkla kanıtlanabileceğine hükmetmiştir.¹⁰⁸

Ancak, böyle bir iddia düzenleyenden değil de bizzat bile bile borçlu zararına hareket ettiği iddia edilen kişi tarafından ileri sürülürse, bu du-

¹⁰³ Bu hususta, Kendigelen, s. 38, Sarıkaya, s. 24-28

¹⁰⁴ Yılmaz, s. 475, Y. 19. HD. 02.05.2017 tarih 2016/14940 E. 2017/3487 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

¹⁰⁵ Öztan, s. 1008, Türk, Menfi Tespit, s. 292.

¹⁰⁶ Y. 15. HD. 22.09.2003 tarih 2003/1133 E. 2003/4142 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

¹⁰⁷ Y. HGK. 04.11.2009 tarih 2009/19-357 E. 2009/469 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

¹⁰⁸ Y. 11. HD. 13.05.1982 1982/1781 E. 1981/22640 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

rumda TMK m.6 uyarınca ispat külfetinin bu kişiye geçtiği kabul edilmelidir¹⁰⁹. Örneğin hamil “malen” kaydı olan bir kambiyo senedinde, malın teslim edilmemesi, malın ayıplı çıkmasına bağlı bir iddiada, senedin borç para karşılığı düzenlendiğini iddia ediyorsa senedin düzenlenişini talil (nedene bağladığı) ettiği için ispat külfeti kendisine düşecektir¹¹⁰.

Kambiyo senedi hatır senedi niteliği halinde ise, borçlu senedin hatır senedi olma niteliğini, yani düzenleyen ile lehdar arasında senet düzenlenirken, bu senedin düzenlenmesinde bir alt ilişki olmadığı, senedin düzenlenmesinde illiyet bağının bulunmadığını¹¹¹ ve hamilin bunu bilerek senedi devraldığını ispatlamalıdır.

Hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiğini ispat, ancak senet ciro ile devredilmişse söz konusu olacaktır¹¹². Düzenleyen ile lehdar arasındaki senet bakımından buna gerek olmadığı gibi, senedin alacağın temliki ile devrolması ya da miras yoluyla intikali halinde buna gerek kalmaz¹¹³.

Bilerek borçlu zararına harekette, kambiyo senedi borçlusunun ileri sürdüğü defileri açıklaması, defilerin içeriği olan ve hamilin talep hakkını ortadan kaldıran hukukî engelleri veya hukukî yoklukları ortaya koyması gerekmektedir¹¹⁴.

Senet borçlusunun kendisine ait defileri hamilin bildiğinin ve hamilin bu yöndeki kastının varlığının ispatlanmasında hayat tecrübeleri esas alınacaktır¹¹⁵. Hakim bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olacak ve her somut olayı özelliği ile ele alacaktır¹¹⁶.

Nitekim bile bile borçlu zararına hareket bakımından Yargıtay’ın senedin lehdarı ile hamili arasındaki yakın akrabalık¹¹⁷, iş ilişkisi¹¹⁸ ya da senedin niteliğini bilerek devralma açısından lehtar ile hamil arasındaki kuvvetli bağa bakarak¹¹⁹, bu durumun varlığına karar verdiği görülmektedir. Yargıtay bilerek borçlu zararına harekette zayıf nitelik gösteren olguları ise bilerek borçlu zararına hareket kapsamında görmemektedir. Örneğin sırf kambiyo hukukuna dayalı olarak takip edilecek kişilerin bazılarının takip edilememesini (cirantanın takip edilmemesi) bilerek borçlu zararına hareket kapsamında ele alınmaması gerektiğini içtihat etmiştir¹²⁰.

SONUÇ

Bile bile borçlu zararına hareket kavramı hakkında gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında farklı görüşler olsa da, bu kavramın ortaya konulmasında kanaatimizce bilme teorisinin esas alınması gerekmektedir. Buna göre, senedi devralan hamil senet borçlusunun ileri sürebileceği defileri devralma anında biliyor olacak, aynı zamanda borçlunun zararına hareket etme iradesi bulunacak ve bu kasti bir nitelik taşıyacaktır. Senet borçlusuna zarar verecek şekilde hareket etme iradesi ise kastın varlığına karine niteliğindedir. Burada hamil kambiyo senedini devralmasıyla borçlunun şahsi defilerini ileri sürme imkânını kaybedeceğini biliyor olmalı ve bunu isteyerek senedi devralmalıdır.

Bilerek borçlu zararına hareket kavramında borçlunun ileri sürebileceği şahsi defilere karşı, bile bile borçlu zararına hareket olmaması için hamilde var olması gereken iyiniyet, TMK m. 3’ten

¹⁰⁹ Kendigelen, s. 40.

¹¹⁰ Aynı yönde, Öztan, s. 1007, Türk, Menfi Tespit, s. 292. Bu hususta Y. 19. HD. 04.04.2018 tarihli 2016/16348 E. 2018/1815 K. sayılı ve Y. 19. HD. 16.05.2017 tarihli 2016/18170 E. 2017/3831 K. sayılı ilamları. www.kazanci.com.

¹¹¹ Hatır senedinde düzenleyen ile lehdar arasındaki bu yöndeki bağ bakımından, Jakobi, s. 293.

¹¹² Aynı yönde; Türk, Menfi Tespit, s. 290.

¹¹³ Pulaşlı, s. 57, Türk, Menfi Tespit, s. 290.

¹¹⁴ BGH WM 1994, s. 903, Bülow, WG Art. 17, Rn. 132.

¹¹⁵ Hayat tecrübe kuralları hakkında, Başözen Ahmet (2010), İlk Görünüş İspatı, Ankara, s. 158 vd. Aynı şekilde Alman hukukunda ZPO § 286’nın uygulanacağı yönünde, Bülow, WG Art.17, Rn. 129.

¹¹⁶ Yılmaz, s. 497.

¹¹⁷ Y. 11. HD. 03.04.2010 tarihli 2008/11925 E. 2010/3675 K. sayılı ilamı ile Y. 12. HD. 09.06.2015 tarih 2015/12988 E. 2015/16086 K. ve Y. 3. HD. 19.06.2003 tarih 2003/7662 E. 2003/7762 K. sayılı ilamları, www.kazanci.com.

¹¹⁸ Y. 14. HD. 18.07.2011 tarihli 2011/8995 E. 2011/9420 K. sayılı ilamı ve Y. 12. HD. 05.03.2014 tarih 2014/3437 E. 2014/6336 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

¹¹⁹ Y. 12. HD. 23.09.2013 tarih 2013/20867 E. 2013/29631 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

¹²⁰ Y. 19. HD. 05.06.2003 tarih 2002/8940 E. 2003/5964 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

daha geniş nitelikte olan ve kıymetli evrak hukukuna özgü bir iyiniyettir.

Uygulamada bile bile borçlu zararına hareketin tartışma konusu olduğu en sık karşılaşılan durumlara bakıldığında, bu hususların hamil tarafından senet devralınırken biliniyor olması ve buna rağmen senedin devralınmasının söz konusu olduğu görülmektedir.

Bu en sık karşılaşılan durumlarda, Yargıtay bu durumların var olduğunun ve senet hamilinin bunu bildiğinin ispatlanmasını esas almaktadır. Bahsettiğimiz bu durumlar bakımından Yargıtay yazılı delil ararken, bile bile borçlu zararına hareketi ise ispatlama da her türlü delilin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla aslında bile bile borçlu zararına hareketin belirlenmesinde şahsi def'i, senede karşı senetle ispat kuralı gereği yazılı delille ispatlanmak zorunda iken, hamilin

senedi devralırken bu husus bildiği ve buna rağmen senedi ödenmesini sağlamak için devraldığını ispatlamak her türlü delille mümkündür.

Hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin belirlenmesinde hayat tecrübeleri esas alınacaktır. Hâkim bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olup, her olayı bu çerçevede değerlendirir ve buna göre borçlu zararına hareket edilip edilmediğini tespit eder.

Yargıtay'ın kararlarında da bu çerçevede senedin lehdarı ile hamili arasındaki yakın akrabalık, iş ilişkisi ya da senedin niteliğini bilerek devralma açısından lehtar ile hamil arasındaki kuvvetli bağa bakarak bazı kriterler tespit edilmiş olup, bunlar somut duruma göre, bile bile borçlu zararına hareketin varlığının belirlenmesinde rol oynamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akın**, Murat Yusuf (2011), Faktoring İlişkisinde Şahsi Defilerin İleri Sürülmesi ve Buna İlişkin Diğer Bazı Güncel Soru(n)lar, İÜHFD, Yıl 10, C. 10, S. 10, s. 255-271.
- Altay**, Sıtkı Anlam (2010), Emre Yazılı Kambiyo Senetlerinde Kişisel Defilerin Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu; Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyunu-XXIV, 10-11 Aralık, s. 291-333.
- Altop**, Atilla (2009), Faktoring’de Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Faktoring Derneği, İstanbul, s. 32-59.
- Arsılanlı**, Halil (1959), Ticaret Senetler Dersleri, İstanbul.
- Aslan**, İ. Yılmaz (2015), 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa.
- Azarkan**, Necat (2017), Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Defilerin İleri Sürülmesi, DÜHFD, C. 22, S. 36, s. 89-107.
- Baumbach**, Adolf/Hefelmehl, Wolfgang (2000), Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22., neubearbeitete Auflage, München.
- Bialluch**, Madeleine Stephanie (2016), Der Einwendungsausschluss im Wertpapierrecht, Juristische Ausbildung /5, S.459-471.
- Brox**, Hans (2005), Handels- und Wertpapierrecht, 18. Auflage, München.
- Odman Boztosun**, Ayşe N. (2007), Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, Legal Hukuk Dergisi, S. 53, s. 1487-1499.
- Bülöw**, Peter (2013), Wechselgesetz und Scheckgesetz Kommentar, 5. Auflage, München.
- Doğanay**, İsmail (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, 4. Bası, İstanbul.
- Erdoğan**, Şirin Mehmet (1999), Kambiyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması, TBB Dergisi, S. 2, s. 364-394.
- Further**, Robert (2012), Basler Kommentar (BSK), Wertpapierrecht, Herausgeber Honsel Heinrich/Vogt Peter Nedim/Watter Rolf.
- Gürbüz**, A. Hulusi (1984), Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul.
- İmregün**, Oğuz (2003), Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul.
- İnan**, Nurkut (1969), Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara.
- Jakobi**, Ernst (1977), Wechsel- und Scheckrecht: Unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Berlin.
- Karayağın**, Yaşar (1970), Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler, 4. Bası Ankara.
- Kazmacı Uzun**, Özge (2013), Faktoring Sözleşmesi, İstanbul.
- Kendigelen**, Abuzer (2007), Çek Hukuku, 4. Baskı, İstanbul.
- Kınacıoğlu**, Naci (1999), Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara.
- Kuhn**, Hans (2012), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich.
- Meier Hayoz**, Arthur/von der Crone, Caspar Hans (2000), Wertpapierrecht, Bern.

Oğuzman, Kemal/**Barlas**, Nami (2015) Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul.

Özakman, Cumhur (2009), Faktoring'de Hukuksal Boyut, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısının Faktoring İşlemlerine İlişkin Düzenlemeleri ve Güncel Hukuki Sorunlar, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Faktoring Derneği, İstanbul, s. 10-22.

Öztaş, Fırat (1997), Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal (2013), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, İstanbul.

Pulaşlı, Hasan (2018), Kıymetli Evrak Hukukun Esasları, 6. Baskı, Ankara.

Sarıkaya, Merve (2018), Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul.

Teoman, Ömer (2010), Kambiyo Senetlerine İlişkin Bedelsizlik Savının Bunları Ciro Yoluyla Devralan Faktoring Şirketlerine Karşı İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu, Yargı Dünyası, S. 179, Kasım, s. 11-17.

Türk, Ahmet (2005), Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, DEÜHFD, C. 7, Prof. Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan, İzmir, s. 307-381.

Türk, Ahmet (2006), Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara. (Menfi Tespit).

Deryal, Yahya (2009), Karşılıklı Düzenlenen Hatır Çeklerinde Borçlu-Keşidecinin Teminat Çeki İddiasıyla Menfi Tespit (İptal) Davası Açması ve Bir Örnek Olay İncelemesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, s. 653-662.

Tekinalp, Ünal (1994), Geriye Ciro ve Teminat Senedi Sorunları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, s. 185-199.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/ **Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan (2014), Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, İstanbul.

Yeşiltepe, Önder Salih (2014), 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜFHAD, C. 20, S. 2.

Yılmaz, Lerzan (2017), Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul.

Yüksel Bozkurt, Ebru Armağan (2008), İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri, C.XXIV, S. 3, Batider, s. 501-535.

Zevkliler, Aydın/ **Aydoğdu**, Murat (2004), Tüketicinin Korunması Hukuku – Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara.

PUNITIVE DAMAGES IN TURKISH COMPETITION LAW

Arş. Gör. Büşra CÖMERT AKBAY*

ÖZET

Rekabet hukukunda rekabet normlarını ihlal eden teşebbüslerin yol açtığı zararların tazmininin zarar görenlerce talep edilmesi rekabetçi bir piyasanın oluşumunda ve bunun devamında önemli bir rol oynar. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesi de zarara uğrayanların bu zararlarını telafi edebilmeleri için dava açma hakkını düzenlemektedir. Bu madde incelendiğinde, zarar görenlerin "üç katı oranında tazminat" talep edebileceklerine ilişkin bir düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. Söz konusu düzenleme, Türk sorumluluk hukukunun temelini oluşturan ilkelerden sapmaktadır. Bu çalışmanın amacı söz konusu düzenlemenin hukuki niteliğinin tespiti ve mevcut sorunlara yönelik çözüm önerileri sunmaktır.

Anahtar kelimeler: Özel hukuk cezası, üç katı tazminat, Türk rekabet hukukunun icrası, 12 banka kararı.

ABSTRACT

The private enforcement of competition law has potential to play an important role in achieving undistorted competitive markets. Regarding this, the Act No. 4054 on the Protection of Competition article 58 allows victims of unlawful acts of undertakings that infringe the competition norms to bring damages actions cases before the courts. According to article 58, it is possible to request treble damages via private litigation. Due to the fact that this right is not in line with the philosophy behind Turkish liability law system, the purpose of this study is to detect the features of this norm and to bring solutions to current problems caused.

Keywords: Punitive damages, treble damages, private enforcement of competition law in Turkey, the decision of the board of Turkish Competition Authority regarding 12 banks.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-mail: busracomert@gmail.com) (Geliş Tarihi: 27.06.2018 / Kabul Tarihi: 26.10.2018).

I. GİRİŞ

Piyasalarda rekabetçi düzenin oluşturulması ve bu düzenin devam etmesi amacı ile yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") rekabet normlarının ihlal edilmesinin özel hukuk alanındaki etkisine ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. RKHK'nin 58. maddesinde de teşebbüslerin bir piyasadaki rekabeti engelleyici, bozucu, ortadan kaldırııcı davranışları sonucu verdikleri zarar dolayısıyla zarar görenlerin zararlarının tazminini talep edebileceği düzenlenmiştir. Fakat bu maddede düzenlenen "üç katı oranında tazminata hükmedilebileceğine" ilişkin ibare bazı tartışmalara yol açmaktadır. Bu konudaki en önemli tartışmalardan biri, bu hükmün hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkindir. Bu makale ile öncelikle özel hukuk cezası kavramına değinmeyi hedefliyoruz. Daha sonra, Türk rekabet hukukunda tazminata hükmedilen ender kararlardan biri olan ilk derece mahkemesi kararına yer verip sorumluluğun hangi şartlarda ve nasıl doğduğunu incelemeyi amaçlamaktayız. Tüm bunların değerlendirilmesini takiben ise söz konusu hükmün özel hukuk cezası olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşmayı planlamaktayız.

II. ÖZEL HUKUK CEZASI

A. KAVRAM

Yabancı doktrinde "punitive damages" veya "exemplary damages" olarak adlandırılan özel hukuk cezası, hukuk mahkemelerinin (veya jüri mekanizmasının yer aldığı hukuk sistemlerinde jürilerin) hukuka aykırı fiil dolayısıyla kişinin uğradığı zarardan daha fazlasının tazminine hükmetmesidir^{1,2}. Tanımdan da anlaşılacağı üzere

tazmin edilen kısım kişinin gördüğü zarardan daha fazlasını teşkil etmektedir. Burada, mahkemenin neden söz konusu zarardan daha fazlasına hükmedeceği sorusu sorulabilir. Zira sorumluluk hukukunda tazminat davası ile amaçlanan, sadece uğrılan ve ispat edilmiş zararın tazminidir. Tazminatla telafi edilmesi amaçlanan kısmı aşan bir tazminatın hangi gerekçeye dayanılarak düzenlenmiş olduğu merak uyandırmaktadır. Biz, çalışmamızda bu soruya cevap vermeden önce, kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için belli başlı ülkelerdeki konuya ilişkin düzenlemelere değinmeyi amaçlıyoruz.

B. "COMMON LAW" VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE ÖZEL HUKUK CEZASI

Özel hukuk cezası esasen "common law" hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde yer alan bir yaptırım türüdür³. İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda özel hukuk cezası yaptırımının hukuk sisteminin bir parçası olduğu ülkelere örnek olarak gösterilebilir⁴. Bunun yanında, örneğin Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire ve Washington olmak üzere beş eyalet dışında ABD'de de jüri (bazı istisnai hallerde yargıç) kişinin kasten veya bilinçli olarak, dikkatsizce davranmak suretiyle başka bir kimsenin haklarını ihlal

¹ Owen, David G. (1994), 'A Punitive Damages Overview: Functions, Problems And Reform', Villanova Law Review, C. 39, s.363-413, s. 364, Tomillo, Manuel Gomez (2013), 'Punitive Damages: A European Criminal Law Approach, State Sanctions and The System of Guarantees', Eur J. Crim Policy Res., C. 19, s. 215-244, s. 215.

² Özel hukuk cezasının ceza hukuku anlamındaki ceza olduğu, devletin cezayı gerektiren fiillerin her birini kovuşturamayacağı gerekçesiyle bireyleri bu tür bir düzenleme ile dava açmalarına teşvik edebileceği ve böylece hukuka aykırı fiilleri işleyenlerin cezalandırılmalarının sağlanacağı görüşü için bkz. Mallor, Jane/ Roberts, Barry S.

(1999), 'Punitive Damages: Toward a Principled Approach', Hastings L.J., C.50, s. 969-999, s. 979 (bkz. Tomillo, s. 218 d. 12). Özel hukuk cezasının sadece cezalandırıcı fonksiyona sahip olduğunu içeren görüşler için bkz. Romero, Leo M. (2008), 'Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits', Connecticut Law Review, C. 41 S. 1, s. 109-160, s. 124, Tomillo, s. 218. Özel hukuk cezasının hem telafi hem de cezalandırma, caydırma amaçları sebebiyle yarı-cezai (quasi-criminal) niteliğe sahip olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Kimberly, A. Pace (1997), 'Recalibrating the Scales of Justice through National Punitive Damage Reforms', Am. U. L.Rev., C. 46, s. 1573-1638, s. 1580, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform', s. 375, Dobbs, s.837, Gotanda, John Y. (2004), 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', Colum. J. Transnat'l L., C. 42 S. 2, s. 391-444, s. 441.

³ Gotanda, John Y. (2007), 'Charting Developments Concerning Punitive Damages Is the Tide Changing?', Colum. J. Transnat'l L., C. 45, s. 507-528, s. 510.

⁴ Gotanda, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', Colum. J. Transnat'l L., s. 397.

etmesi halinde özel hukuk cezasına karar verebilmektedir⁵.

Özellikle ürün sorumluluğu ve haksız rekabet davalarında hükmedilen özel hukuk cezası ABD’de farklı şekillerde uygulanmaktadır⁶.

Michigan gibi eyaletlerde özel hukuk cezası, doğrudan doğruya cezalandırma amacı taşımadan zarar verenin başka bir kimsenin onurunu kırması, ona hakaret etmesi ve onu incitmesi durumlarında o kimsenin uğradığı zararı telafi amacı güder⁷. Bu anlamda “özel hukuk cezası” terimi aslında tazminat hukuku anlamında telafi amacını karşılamakta ve kişinin uğradığı manevi zararın tazminini hedeflemektedir⁸. Güney Carolina gibi eyaletlerde ise, özel hukuk cezası, kişilik hakkına tecavüz hallerinde uğranılan zararın telafisinden ziyade zarar gören kişinin onurunun tesisine hizmet eder⁹. Yani özel hukuk cezası burada “vindication of private rights” olarak tabir edilen ve bizim de “kişilik haklarını tesis etme” şeklinde ifade ettiğimiz fonksiyona sahiptir¹⁰. Bu hakların tesisi, özel hukuk cezası vasıtası ile telafi amacını aşacak bir biçimde hükmedilen parasal tazminatla söz konusu olmaktadır¹¹. Bu amacın aşılmasının, aynı zamanda cezalandırma amacını beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, zarar verenin parasal yaptırıma maruz bırakılması, zarar görenin zararının tazminin önüne geçmektedir¹².

ABD’de özel hukuk cezasına yüklenen bir diğer fonksiyon ise caydırma fonksiyonudur. Bu caydırıcılık hem hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişileri hem de toplumu bu tür hukuka aykırı fiilleri işlemekten caydırmayı kapsamaktadır¹³.

“Common law” hukuk sistemini benimsemiş ve özel hukuk cezası yaptırımını kabul eden bir diğer ülke ise İngiltere’dir. İngiltere’de özel hukuk cezası yaptırımının kapsamı Rookes v. Barnard davası ile belirlenmiştir¹⁴. Buna göre; İngiltere’de özel hukuk cezası yaptırımı, “kamu görevlilerinin zalimce, keyfi veya anayasaya aykırı davranışları”, “hukuka aykırı davranışta bulunanın bu davranışından elde edeceği kârın sebep olduğu zararın tazminini aştığı hesabı ile hareket etmesi hali” ve “kanunda açıkça belirtilen haller” olmak üzere üç durumda söz konusu olur¹⁵. Özel hukuk cezasına hükmedilebilmesi için bu üç kategoride de sağlanması gereken bazı kriterler mevcuttur¹⁶. Buna göre, bir mahkeme özel hukuk cezasına ancak hukuka aykırı fiili işleyen kişiyi cezalandırmanın yetersiz olduğu ve başka kimselerin de bu tür kınanan bir davranışta bulunmalarının önlenmesi amacının taşındığı hallerde hükmedebilir¹⁷. Zarar verenin hukuka aykırı davranışı sonucu kişi zarara uğramış olmalıdır¹⁸. Kişi, aynı hukuka aykırı davranış sebebi ile cezaya mahkûm edilmemiş olmalıdır¹⁹. Zarar verenin hukuka aykırı davranışı, iyi niyet (“good faith”) iddiasının yerinde olması sebebi ile hukuka uygun kabul edilmemelidir²⁰. Ancak bu kriterlerin sağlanması halinde ve yukarıda daha önce belirtilen üç kategoriden birine giren hallerde özel hukuk cezası yaptırımı söz konusu olur.

⁵ **Sebok**, Anthony J., ‘Punitive Damages in the United States’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Springer-Verlag, para. 1.

⁶ **Sebok**, para.4.

⁷ **Koziol**, Helmut (Editör) (2009) ‘Punitive Damages: Admission Into The Seventh Legal Heaven Or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 8.

⁸ **Koziol**, para. 8.

⁹ **Koziol**, para. 9.

¹⁰ **Sebok**, para. 43.

¹¹ **Sebok**, para. 41.

¹² **Sebok**, para. 41.

¹³ **Koziol**, para. 11.

¹⁴ Rookes v. Barnard, 1964 A.C. 1129 (H.L.) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 399, **Goudkamp**, James/**Katsampouka**, Eleni (2018), ‘An Empirical Study of Punitive Damages’, Oxford Journal of Legal Studies, C. 38 S. 1, s. 90-122, s. 93.

¹⁵ **Wilcox**, Vanessa (Editör) (2009), ‘Punitive Damages in the United States’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 5.

¹⁶ **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402.

¹⁷ Cassell & Co., Ltd. v. Broome, 1972 A.C. 1027 (H.L.), 1126 bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 60.

¹⁸ Rookes v. Barnard, 1964 A.C. 1129 (H.L.), 1227 bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 61.

¹⁹ Archer v. Brown, 1Q.B. 401, 423 (1985) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 62.

²⁰ Holden v. Chief Constable of Lancashire, 1987 Q.B. 380, 388 (C.A.) bkz. **Gotanda**, ‘Punitive Damages: A Comparative Analysis’, s. 402 dn. 64.

İngiltere’de durum özetle bu şekilde olmakla birlikte, sorumluluk hukukunda tazminatın sadece zararın tazmini yolu ile telafisinin amaçlandığı Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkeler, bu sebeple özel hukuk cezası yaptırımını desteklememektedir²¹. Örneğin, Fransız Medeni Kanunu’na bakıldığında özel hukuk cezasına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir²². Avusturya Medeni Kanunu’nda da özel hukuk cezasını kapsamına alan bir hüküm mevcut değildir²³. Alman hukukunda da özel hukuk cezasına yaklaşımın olumsuz olduğu söylenebilir. Çünkü Alman hukukunda sadece uğranılan zararın tazmin edilebileceği kabul edilmiştir. Aksi bir düzenleme, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda yer alan “cezanın kanuniliği” hükmüne aykırılık teşkil edecektir²⁴. Özel hukuk cezasına ilişkin yabancı bir kararın tanıma ve tenfizi için yapılan başvurunun, bu kararın uygulanmasının Alman hukukunun temel ilkelerine ve Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’na aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla tanıma ve tenfizinin kamu düzenini (“ordre public”) ihlal edeceği gerekçesiyle reddedilmesi, Alman mahkemelerinin de özel hukuk cezasına olan olumsuz yaklaşımını göstermektedir²⁵.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere “common law” hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerin aksine Kıta Avrupası sisteminde kural, telafiyi aşan tazminata hükmedilemeyeceğidir.

C. ÖZEL HUKUK CEZASININ ULAŞMAK İSTENİLEN AMAÇ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi için onun ne amaçla düzenlendiğinin incelenmesi gerekir. Bu sebeple, biz bu başlık altında özel hukuk cezasının düzenlenmesine gerekçe olan caydırma amacını, cezalandırma amacını ve telafi amacını inceleyeceğiz.

1. Caydırma Amacı

Özel hukuk cezasının düzenlenmesindeki amaçlardan biri onun caydırıcı olmasıdır²⁶. Özel hukuk cezası ile benzer ve tekrarlanan davranışların önüne geçilmesi hedeflenmektedir²⁷. Caydırıcılığın temel olarak özel caydırıcılık (“specific deterrence”) ve genel caydırıcılık (“general deterrence”) olmak üzere iki alanda sonuç verdiği ileri sürülmektedir. Özel caydırıcılıkta, o hukuka aykırı fiili işleyen, özel hukuk cezası sebebi ile tekrar söz konusu davranışta bulunmasının engellenmesi söz konusu olur²⁹. Genel caydırıcılıkta ise benzer davranışlarda bulunmanın toplumun genelinde “bu tür hukuka aykırı davranışın şu tür ağır sonuçları olacaktır” algısı uyandırılmakta, gelecekte toplum fertlerinin belli tür davranışlarda bulunmasının önüne geçilmesi hedeflenmekte ve kişiler bu şekilde hukuka aykırı davranışlarda bulunmaktan caydırılmaktadır³⁰. Fakat bu fonksiyonun gerçekleştirilmesi için öncelikle hukuka aykırı fiillerde bulunanın tespit edilmesi gerekmekte ve diğerlerinin o davranışın olumsuz sonuçları doğuracağını da anlayabilmeleri gerekmektedir³¹. Böylece hem

²¹ Koziol, para. 21.

²² Borghetti, Jean-Sébastien (2009), Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Wien, Springer-Verlag, para. 1.

²³ R. Reischauer in: Rummel, ABGB. II/1 (2002) §1293 no. 1c. (bkz. Koziol, para. 28 dn. 41)

²⁴ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası madde 103 fıkra 2, Koziol, para. 26.

²⁵ Fiebig, Andre R. (1992), ‘The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments’, GA. J. Int’l & Comp. L., C. 22 S.3, s.635-657, s. 644, BGHZ 118, 312 NJW 1992 3096 bkz. Koziol, para. 29, BGH 46 Westpapier-Mitteihunger 1992 1451, 1461 bkz. Fiebig, s. 648, dn. 80.

²⁶ Ellis, Dorsey D., Jr. (1982), ‘Fairness and Efficiency in The Law of Punitive Damages’, Southern California Law Review, C. 56, s. 1-78, s. 3, Schwartz, Gary T. (1982), ‘Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment’, Southern California Law Review, C. 56 S. 1, s. 133-153, s. 135, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377, Dobbs, Dan B. (1989), ‘Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence- Measured Remedies’ Ala. L. Rev., C. 40, s. 831-917), s. 856.

²⁷ Owen, ‘A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377, Dobbs, s. 844.

²⁸ Dobbs, s. 844-846.

²⁹ Dobbs, s. 844.

³⁰ Dobbs, s. 845-846.

³¹ Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377.

bireysel olarak hem de toplum genelinde belli tür davranışlarda bulunulmasının önüne geçilmesi istenmektedir. BMW of North America, Inc. v. Gore davasında da Alabama Yüksek Mahkemesi, devletin özel hukuk cezasına hükmedilmesinde hukuka aykırı davranışların cezalandırılması ve bu tür davranışların önlenmesinde menfaati olduğunu belirtmiş, özel hukuk cezasının ceza hukukundaki cezalandırma amacına benzer olduğunu, bu tür davranışların özel hukuk cezası yolu ile önleneneğine değinmiştir³².

Özellikle ürün sorumluluğunda özel hukuk cezasının caydırıcılığının öne çıkacağı belirtilmektedir³³. Çünkü ülke geneline ulaşan, ayıplı üretilen ve satılan mallar dolayısıyla tüketicilerin uğrayacağı zararın özel hukuk cezası sayesinde önüne geçileceği ve ayıplı mal üreticilerinin, tüketicileri bu şekilde zarara uğratmaktan caydırılmış olacağı açıktır³⁴.

Sonuç olarak söylenebilir ki, özel hukuk cezası ile zarara uğrayanın bu zararından daha çok cezaya hükmedilmesindeki amaç, bu şekilde hukuka aykırı davranışta bulunanların ve toplumun diğer fertlerinin aynı davranışı tekrarlamasının önüne geçilmesidir.

2. Cezalandırma Amacı

Özel hukuk cezasının bir diğer amacı ise cezalandırmadır³⁵. Buna göre, hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu fiili sebebiyle cezalandırılmalıdır. Çünkü zarar veren, zarar verdiği kişinin özgürlüğünü ve kanunların kişilere eşit değerinde tanıdığı hakları ihlal etmiştir³⁶. Herkesin kendine ait, sınırları çizilmiş ve içinde yaşadığı bir haklar kümesi vardır ve bu küme içerisinde herkes

istediğini yapma özgürlüğüne³⁷ sahiptir³⁸. Bu sınırları çizilmiş hak kümesi onlara ayrıca bu kümeye dışarıdan herhangi bir müdahale³⁹ olmayacağı garantisini de vermektedir⁴⁰. Tüm bunlara rağmen bir kimse diğerinin haklar kümesine müdahalede bulunursa, bunun sonucunda ortaya çıkan zarar tazmin edilmeli ve müdahalede bulunan kimsenin cezalandırılması gerekmektedir⁴¹. Ancak bu şekilde zarar görenin insan olmaktan kaynaklanan öz değeri ve özgürlüğü tesis edilebilir⁴². Özel hukuk cezası bu sebeple ceza benzeri, yarı-ceza ("quasi-criminal")⁴³ bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir. Çünkü sadece uğranılan zararın telafisi yeterli görülmemekte, topluma da örnek teşkil etmesi için başkasının hukuki alanına hukuka aykırı bir şekilde tecavüz eden kimsenin cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴. Buna göre, özel hukuk cezasının cezalandırma fonksiyonunun temelinde de

³² BMW of N. America, INC. v. Gore 1996 517 US 559, 568 bkz. **Romero**, s. 125 dn. 91.

³³ **Owen**, David G. (1976), 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', Mich. L. Rev., C. 74, s. 1257-1371, s. 1260.

³⁴ **Owen**, 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', s. 1260.

³⁵ **Romero**, s. 124, **Ellis**, s. 3, **Özden Merhacı**, Selin (2013), Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s.88, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform' s. 375.

³⁶ **Owen**, David G. (1989), 'The Moral Foundations of Punitive Damages', Ala. L. Rev., C. 40, s. 705-739, s. 711-713.

³⁷ Yazara göre özgürlük, bireylerin kendi kaderlerini kontrol etme yeteneği ve hakkına sahip olmasıdır. Bkz. **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 708. Kant'a göre doğuştan gelen tek bir hak vardır bu da özgürlüktür. Bu hak kişiye başkasının zorlayıcı iradesinden müstakil olma hakkını tanıır. Özgürlük, toplumun bir arada yaşayabilmesinin temeli olan ortak ahlaki paydadır. Kişi başkasının özgürlüğünü ihlal etmediği sürece istediği gibi düşüncelerini açıklayabilir. Kendi amaçlarını gerçekleştirmeyi isteyen bireylerin birbirlerinin özgürlüklerini ihlal etmeksizin bir arada yaşamaları için Kant, evrensel bir hukuk yasası oluşturmayı amaçlar. Böylelikle genel bir yasa altında herkes kendi özgürlük hakkına dayanarak istediği gibi davranma olanağına sahip olur. Bkz. **Beysan**, Nazime (2015), Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, s. 127, 129.

³⁸ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

³⁹ Yine yazara göre, özgürlüğe müdahale ile kastedilen, devletin ya da bireylerin hukuka aykırı davranışta bulunmalarıdır. Bkz. **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 708. Kant'a göre de bireyin özgürlüğünün sınırları, diğerinin özgürlüğünün başladığı yer oluşturmaktadır. Dolayısıyla özgürlüğün müdahalesi, bireyin kendi amacını gerçekleştirebilmek için başkasının özgürlük sınırını ihlal etmesidir. Bkz. **Beysan**, s. 129.

⁴⁰ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

⁴¹ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

⁴² **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 712.

⁴³ **Gotanda**, 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', s. 441, **Dobbs**, s. 837, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform', s. 375.

⁴⁴ **Owen**, 'The Moral Foundations of Punitive Damages', s. 711.

“öç” yatmaktadır⁴⁵. Bunu bir hırsız örneğiyle açıklamak gerekirse; bir hırsız başka birine ait bir malı çaldığında çalma fiili hem mal sahibine hem de topluma karşı gerçekleştirilmiş olur⁴⁶. Bir taraftan bireyin ve toplumun sebepsiz yere zarar görmesi, diğer taraftan hırsızın sebepsiz olarak zenginleşmesi nedeniyle hırsız cezalandırılmalıdır⁴⁷. Ancak bu şekilde zarara uğrayan birey ve toplumun durumu eski haline getirilmiş olur⁴⁸ ve hırsızdan bu davranışının öcü alınmış olur.

Tüm bunlar ışığında özetle söylenebilir ki özel hukuk cezası ile hukuka aykırı fiilde bulunan bireyin ve toplumun haklar kümesinin ihlal edilmesi sebebi ile öç alınması ve söz konusu kişinin cezalandırılması amaçlanmaktadır.

3. Telif Etme Amacı

Cezalandırma ve önleme amaçlarına ek olarak özel hukuk cezası ile zarara uğrayanın zararının telifi de amaçlanmaktadır⁴⁹. Fakat buradaki telifi, ispatının imkânsız veya çok zor olduğu veya özel hukukta telifi kabil olmayan zararların tazminidir⁵⁰. Örneğin, hukuka aykırı bir fiille zarar gören ve bir süre fiziksel olarak hareket edemeyen bir kişinin kaçırdığı ve tespiti mümkün olmayacak fırsatlar, kazanç kayıpları, geliştiremediği iş ilişkilerinin tazmini söz konusu olmamaktadır⁵¹. İşte, özel hukuk cezası ile normalde telifi edilmesi mümkün olmayan bu zararların da telifi edilmesinin amaçlandığı, bu sebeple de özel hukuk cezasının telifi fonksiyon ve amacı olduğu belirtilmektedir^{52,53}.

⁴⁵ (1957), ‘Exemplary Damages in the Law of Torts’, Harvard Law Review (Notes), C. 70 S. 3, s. 517-533, s. 521, **Gül**, İbrahim (2015), ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, 1. Bası, Yetkin Yayınları, s. 203, bkz. dn. 892, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 375.

⁴⁶ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 375.

⁴⁷ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 377.

⁴⁸ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378.

⁴⁹ **Ellis**, s. 3, **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378, **Dobbs**, s. 857, **Gül**, s. 200.

⁵⁰ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378-379, **Merhacı Özden**, s. 93.

⁵¹ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378.

⁵² **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 378, Fakat özel hukuk cezasının hem cezalandırma hem önleme hem de telifi fonksiyonlarını

D. ÖZEL HUKUK CEZASINA TÜRK SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Özel hukuk cezası kavramına, bu kavramın gelişimine ve düzenlenmesindeki amaca değindikten sonra Türk sorumluluk hukukuna temel teşkil eden esas ilkelere değinmek özel hukuk cezasının Türk sorumluluk hukukundaki yerini tespit için gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple, özel hukuk cezasının bu açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce biz sorumluluk hukukunun düzenlenmesinde esas teşkil eden üç amaca kısaca değineceğiz.

1. Sorumluluk Hukuku ve Amacı

Sorumluluk Hukuku, zararın telifi⁵⁴, zararın önlenmesi⁵⁵ ve hakkın takibi⁵⁶ olmak üzere üç temel amaca hizmet eder. Zararın telifi ile amaçlanan, zarar görenin durumunu eski haline getirmektir^{57,58}. Böylece hukuka aykırı bir fiille malvarlığı veya şahıs varlığı zarara uğrayan kişinin bu zararının zarar verene aktarılması söz konusu olur⁵⁹. Şayet hukuka aykırı davranışta bulunan kimse zararı tazmin edemiyorsa, zarar görenin zararı ona en yakın olan kişiye yani adam çalıştıran veya sigortacıya yükletilir⁶⁰.

içermesinin, özel hukuk cezasının farklı açılardan farklı ölçülere tabi olarak hesaplanmasının karışıklığına da bu sebeple işaret edilmektedir. bkz. **Dobbs**, s. 849.

⁵³ Özel hukuk cezasının telifi amacı ile manevi tazminatın amacının giderim olduğunu kabul eden görüşün benzer özellikler taşıdığı söylenebilir. Şöyle ki, bu görüşe göre aynen telifi mümkün olmayan manevi zararın, nakdi tazminatla giderilmesi amaçlanmaktadır. Her ne kadar ihlale uğrayanın şahıs varlığı ve kişisel değerlerinde oluşan zararının nakdi tazminatla tamamen telifi mümkün olmasa da bu yaptırımın zarar görene bir koruma sağladığı açıktır. Bkz. **Eren**, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükmeler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 808 bkz. dn. 232.

⁵⁴ **Kozioł**, Helmut (2012), Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 1. Baskı, Viyana, Jan Sramek Verlag, s. 75, BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 7-8, s.e.t. 28.03.2018, **Eren**, s. 535.

⁵⁵ BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 9-11, s.e.t. 28.03.2018, **Eren**, s. 536.

⁵⁶ **Eren**, s. 537.

⁵⁷ **Eren**, s. 797 bkz. dn. 192.

⁵⁸ **Eren**, s. 797.

⁵⁹ **Wright**, Cecil A. (1944), ‘Introduction to the Law of Torts’, The Cambridge Law Journal, C. 8, S. 3, s. 238-246, s. 248.

⁶⁰ **Eren**, s. 536, BeckOK BGB/Förster, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 823 Rn. 9-11, s.e.t. 28.03.2018.

Sorumluluk hukukunun bir diğer amacı ise zararı önleme amacıdır⁶¹. Hukuka aykırı bir davranışta bulunanın zararı tazmin yükümlülüğü, kişilerin zarar verici davranışta bulunmalarını engelleyen, onları daha dikkatli davranmaya davet eden bir fonksiyona sahiptir⁶². Tazminat sorumluluğu ile karşılaşmak istemeyen kişiler böylece kusur sorumluluğunda kusurlu ve hukuka aykırı davranışta bulunmaktan kaçınırken, kusursuz sorumluluk hallerinde ise gerekli özeni göstermeye çabalarlar⁶³.

Optimal önleme/caydırıcılık fonksiyonu görüşünü (“optimal deterrence”) savunanlar bu çabanın temelinde ekonomik kaygıların yattığını ve tazminat sorumluluğu ile toplumun refahının ve zenginliğinin maksimize edilmesinin amaçlandığını ileri sürmektedirler⁶⁴. Bu da ancak zarar gören kişinin haksız fiil sonucu uğradığı zarardan daha azına hükmedilmemesi yolu ile mümkün olur⁶⁵. Zararın tazmini yükümlülüğü böylece kişilerin bu tür davranışlarda bulunmaması için teşvik edici niteliktedir⁶⁶.

Sorumluluk hukukunun üçüncü amacının ise “hakkın takibi” olduğunu belirtmiştik⁶⁷. Buna göre, sorumluluk hukuku, zarar görene tazminat talep hakkı tanıyıp “ikame fonksiyonunu” haizdir⁶⁸. Böylece ihlal edilen hak yerine kişinin tazmin talebinde bulunma hakkı geçmektedir⁶⁹.

2. Değerlendirme

Özel hukuk cezası bakımından bizim için önemli ve vurgulanması gereken husus, Kıta Avrupası hukuk sisteminde haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta, zararın tazmini bakımından

telafi amacının temel alındığı noktasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere özel hukuk cezasının tartışılmasının sebebi, zararın tazminini hedef alan sorumluluk hukukuna yarı-ceza niteliğini haiz özel hukuk cezasının uymamasıdır. Tazminatın üst sınırını uğranılan zararın oluşturduğu bir sistemde, cezalandırma ve öç fonksiyonunun ön plana çıktığı özel hukuk cezası sadece telafiyi aşan bir miktara hükmedildiği için değil, ceza hukuku- özel hukuk arasındaki çizgiyi belirsizleştirilmesi, kişilerin aynı fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılması tehlikesine yol açması, suçların ve cezaların kanuniliği ilkeleri ile bağdaşmaması tehlikelerinden dolayı da eleştirilmektedir.

a. Özel Hukuk Cezasının Ceza Hukuku ve Özel Hukuk Arasındaki Çizgiyi Ortadan Kaldırması Tehlikesi Yönünden Değerlendirme

Ceza hukuku-özel hukuk arasında keskin bir çizgi olduğunu iddia edenlere göre, yarı-cezai nitelikteki özel hukuk cezası bu keskin sınırlarla belli edilmiş iki ayrı alan arasında olduğu için kabul edilmemektedir⁷⁰. Yine bu görüşe göre hukuk mahkemelerince hükmedilen özel hukuk cezasının bu cezai niteliği, özel hukuk-ceza hukuku ayrımı ile çelişmektedir⁷¹. Zira her alan kendine özgü bazı özellikleri içerisinde barındırmaktadır ve bu alanlardaki terimler, bu alanların fonksiyonları kendilerine has özellikler taşımaktadır⁷². Özel hukuk-ceza hukuku ayrımı kanun hükümlerine ve uygulamaya hatta fakültelerdeki ders kataloglarına yansımıştır⁷³.

Bu iki alan arasındaki çizginin grileşmesi başlı başına bu kurumun eleştirilmesi için yeterli bir sebep değildir. Kanaatimizce her iki hukuk dalının özelliklerini taşıyan bir yaptırıma sırf bu çizgiyi ortadan kaldırdığı için itiraz yeterli bir gerekçe olarak ileri sürülmemelidir. Fakat cezai niteliğe sahip özel hukuk cezasının hukuk mahkemelerince, hukuk muhakemesi kurallarına dayana-

⁶¹ Eren, s. 536.

⁶² Eren, s. 536.

⁶³ Eren, s. 515.

⁶⁴ Shmueli, Benjamin (2015), ‘Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice’, U. Mich. J. L. Reform, C. 48, S. 3, s. 745-812, s. 754, Sanlı, Kerem Cem (2007), ‘Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi’(Doktora), İstanbul, Arkan Yayınevi, <https://www.bilgi.edu.tr/media/uploads/resume/publication/attachment/618/doktora-tezi-17-nisan-basim-oncesi_qXakV7S.pdf > s.e.t. 06.09.2018, s. 194,198.

⁶⁵ Shmueli, s. 755.

⁶⁶ Shmueli, s. 755.

⁶⁷ Eren, s. 537.

⁶⁸ Eren, s. 537.

⁶⁹ Eren, s. 537.

⁷⁰ Rendleman, Doug (2009-2010), ‘Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?’, St. Thomas Law Journal, S. 71, s. 1-24, s. 2, Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382.

⁷¹ Rendleman, s. 2.

⁷² Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382.

⁷³ Rendleman, s. 2.

rak hükmedilmesi sonucu olumsuz bir durum ortaya çıkabilir⁷⁴. Hakkında özel hukuk cezası uygulanan kişinin ceza usulü kurallarına göre değil de hukuk muhakemesi kurallarına göre yargılanması onu hukuken mağdur duruma sokabilir⁷⁵. Bu sebeple, bu kişiye de şüpheye yer bırakmayacak delil, aynı suçtan iki kere yargılanmama ve kişinin kendi aleyhine tanıklık etmemesi gibi ceza usul kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶.

b. Özel Hukuk Cezasının Hukuk Güvenliğini Tehdit Etmesi İhtimali Yönünden Değerlendirme

Özel hukuk cezasının bazı hallerde hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı hususuna da işaret edilmektedir⁷⁷. Kanunilik ilkesi; yaptırımların kapsamının, türünün, “bunun hesaplanması, dönüştürülmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile bu nedenlerin uygulanması usulleri”nin de kanun tarafından öngörülmesini gerektirmektedir⁷⁸. Ceza benzeri niteliği sebebi ile özel hukuk cezası uygulanırken kanunilik ilkesine uyulması gerektiği söylenebilir. Bu ne anlama gelmektedir? Kanunilik ilkesine uyulması, özel hukuk cezasının uygulanabilmesi için varlığı gerekli unsurların tespitine yönelik kriterlerin kanun koyucu tarafından somutlaştırılması anlamını taşımaktadır. Örneğin, 4054 sayılı RKHK’ye göre özel hukuk cezasının iki katı veya üç katı olarak belirlenmediği hallerde, tazminat miktarının ceza davalarında hükmedilene aşma ihtimali her zaman söz konusu olabilir⁷⁹. Üst sınırın bu şekilde belirlenmediği hukuk sistemlerinde dahi belirsizliğin mümkün olabileceği ve bunun hukuk güvenliğini tehdit edeceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Kanunilik ilkesi, belli bir miktar tazminata hükmedilirken mahkemenin dikkate alması gereken kriterlerin tespitinin mümkün olmasını gerektirir. Örneğin,

Yüksek Mahkeme BMW of North America, Inc. v. Gore davasında özel hukuk cezasının tespitinde dikkate alınacak üç kriter belirlemiştir⁸⁰. Şöyle ki, özel hukuk cezası hesaplanırken davalının hukuka aykırı davranışı (“the nature of wrongful conduct”) ve bunun davacı ve diğerleri üzerindeki etkisi, zararın telafisi amacı ile ödenen tazminatın miktarı ve ödenmiş veya ödenecek olan idari para cezaları, cezalar, başka zarar kalemleri dikkate alınır⁸¹. Her ne kadar bizim hukuk sistemimizde bir tazminat davasında ceza mahkemesinin vereceği hüküm tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimi bağlamasa da⁸² tazminatı aşan bir değere hükmedildiğinde, belirlenmiş kriterlerin hukuk güvenliğini sağlayıcı, belirsizliği ortadan kaldıracı nitelikte olduğu da göz ardı edilemez. Bu sebeple, bizim görüşümüz, hem özel hukuk cezası hesaplanırken bu hesabın belli kriterlere göre yapılması hem de üst sınırın belirlenmesi yönündedir.

Özel hukuk cezasının eleştirilmesinin sebeplerinden birinin de aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılma tehlikesi olduğu söylenebilir⁸³. Aynı suçtan iki kere cezalandırılmama ilkesi ceza hukukuna has bir ilkedir⁸⁴. Bu sebeple, bir kişinin hukuka aykırı davranışı yüzünden hem cezai hem de hukuki sorumluluğa tabi olması bu ilkenin ihlali anlamına gelmez⁸⁵. Fakat, daha önce belirtildiği üzere özel hukuk cezası, cezalandırma fonksiyonunu da ihtiva etmektedir. Peki böyle bir durumda

⁸⁰ BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559, **Tomillo**, s. 231.

⁸¹ BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559, **Tomillo**, s. 231.

⁸² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 74. maddeye göre, “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz”. Bu hüküm, hâkimin tazminat miktarına karar verirken ceza mahkemesince verilen kararı ve yapılan değerlendirmeleri göz önüne almayacağı anlamına gelmez. Bkz. **Eren**, s. 849.

⁸³ **Tomillo**, s. 231.

⁸⁴ (1966), ‘The Imposition of Punishment by Civil Courts: A Reappraisal of Punitive Damages’, N.Y.U. L. Rev., S. 41, s. 1158-1185, s. 1181-1182.

⁸⁵ (1966), ‘The Imposition of Punishment by Civil Courts: A Reappraisal of Punitive Damages’, N.Y.U. L. Rev., S. 41, s. 1158-1185, s. 1181-1182.

⁷⁴ **Rendleman**, s. 2.

⁷⁵ **Owen**, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform’, s. 382-383, **Rendleman**, s. 2.

⁷⁶ **Rendleman**, s. 2.

⁷⁷ **Tomillo**, s. 231.

⁷⁸ **Katoğlu**, Tuğrul (2014), ‘Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler’, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s. 395-411, s. 398.

⁷⁹ **Tomillo**, s. 231.

aynı suçtan iki kere cezalandırılmama ilkesine aykırılık söz konusu olur mu? Bu soru yerinde bir sorudur. Çünkü ceza hukukunun caydırma ve cezalandırma işlevi ile özel hukuk cezasının caydırma ve cezalandırma işlevi paralellik göstermektedir. Aynı hukuka aykırı davranıştan dolayı hem cezai sorumluluğu hem de özel hukuk cezası sorumluluğuna tabi olmak caydırma ve cezalandırma fonksiyonları dolayısıyla tartışmalara yol açmaktadır. Bu husus özellikle, teşebbüslerin haklarında hem idari para cezasına hem de özel hukuk cezasına hüküm verildiği durumlarda söz konusu olur. Bu konuya ikinci bölümde ayrıntılı olarak değinileceğinden burada sadece bahsetmekle yetiniyoruz.

III. TÜRK REKABET HUKUKUNDA ÜÇ KATI TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK

Türk Hukukunda rekabet ihlallerine bağlanan özel hukuk sonuçlarından biri haksız fiil sorumluluğudur⁸⁶. Teşebbüsler, hukuka aykırı davranışları sonucu verdikleri zararlardan sorumludurlar. Teşebbüslerin bu sorumluluğu RKHK'nin 58. maddesinde belirtilmiştir: *“Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”*. Bu maddeden

de anlaşılacağı üzere Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden dolayı, zarar görenlerin “üç katı oranında” tazminat talebinde bulunabilmesi ve hâkimin bu talebi kabul etmesi mümkündür.

İlk bölümde belirttiğimiz üzere, sorumluluk hukukunda esas amaç meydana gelen zararın tazminidir. Telifi amacı dışında cezalandırma gibi bir amaç söz konusu değildir. Fakat neden RKHK'nin 58. maddesinde uğranılan maddi zararın veya zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminat düzenlenmiştir? Bu tazminatın hukuki niteliği nedir?

Bunlara cevap verebilmek için öncelikle rekabet hukukunun icrasının hangi amaca hizmet ettiğine göz atmak gerekmektedir. Çünkü rekabet hukukunun icrasının bir ayağını da rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat yaptırımını oluşturur. Zarar görenlerin öngörülen üç katı tazminatı talep etme hakkı da bunun bir parçasıdır. Bu sebeple, söz konusu amaçların incelenmesi üç katı tazminatın fonksiyonunun ve hukuki niteliğinin anlaşılmasından önemlidir.

B. REKABET HUKUKUNUN İCRASI İLE İZLENEN AMAÇ

Rekabet hukukunun icrasında iki temel amaç vardır⁸⁷. Bunlar caydırma ve telifidir. Bu bölümde rekabet hukukunun icrasında gerçekleşmesi istenen bu amaçları kısaca inceleyeceğiz.

1. Caydırma Amacı

Rekabet hukukunun icrasının en önemli amaçlarından biri caydırma amacıdır. Bu amaç rekabet hukuku normlarının teşebbüsler tarafından ihlalini önlenme gayesini ihtiva eder⁸⁸. Bu da ihlal sonucu teşebbüslere yaptırım uygulamak

⁸⁶ **Sanlı**, Kerem Cem, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', Rekabet Kurumu (Düzenleyen), Perşembe Konferansları, Mart 2008, Ankara, s. 3, **Şahin**, Murat (2017), 'Rekabet Hukukunda Tüketici Zararları ve 3 Katı Tazminat Davası', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul, s. 18, **Kara**, İlhan (2017), 'Bankaların Tüketicilerden Aldıkları Haksız Masraflar, Mevduat Faizi ve Kredi Faizi ve Kredi Faizinin İstirdatı ile Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul, s. 10, **Tekinalp**, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları, **Odman Boztosun**, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 259-265, s. 261.

⁸⁷ Rekabet hukukunun icrasında caydırma ve telifi amacına ek olarak yorum (“interpretation”) amacı olduğu da ileri sürülmektedir. Fakat konumuzla bağlantılı olmadığı için biz burada sadece caydırma ve telifi amacına değinmeyi gerekli buluyoruz. Yorum amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wils**, Wouter P.J. (2007), 'The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages', *Concurrences*, N°4, s. 1-13, s. 2.

⁸⁸ **Wils**, Wouter P.J. (2003), 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', *World Competition*, S.26 (3), s. 473-488, s. 478.

aracılığıyla gerçekleşir. Bu yaptırımlar; idari para cezaları, tazminat kararları, bazı ülkelerde hapis cezası olarak karşımıza çıkmakta olup bu yaptırımlarla teşebbüslerin, normları ihlal edici davranışlardan caydırılması hedeflenir⁸⁹. Hukuk sistemimizden örnek vermek gerekirse, RKHK'nin 16. maddesinde Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylemde bulunan veya hâkim durumlarını kötüye kullanan teşebbüsler hakkında idari para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde teşebbüsler üzerinde cezai yaptırımlar da uygulanabilmektedir. Örneğin, ABD'de hâkim durumunu kötüye kullanan veya kartel ilişkisi içerisine giren teşebbüslerdeki yöneticiler hapis cezasına çarptırılmaktadır⁹⁰. Cezai, idari ve hukuki olarak karşımıza çıkan bu yaptırımların iki amacı vardır: Rekabet normlarını ihlal eden teşebbüsün o normları tekrar ihlal etmesini önlemek ve diğer teşebbüslerin de o normları ihlalini önlemek⁹¹. Özellikle son yıllarda bu amacın gerçekleşmesi için idari para cezalarının yetersizliği görülmekte olup zarar görenlerin tazminat davası açmaları yönünde teşvik edilmeleri söz konusudur. Hatta, rekabet hukukunun icrasının tazminat sorumluluğu ayağının güçlendirilmesi ve tazminat davalarının sayısının artırılması için Avrupa Birliği'nde yıllar süren çalışmalar sonucu bir Direktif hazırlanmış ve bu Direktif, 2014 yılında yürürlüğe girmiştir⁹². Rekabet Hukukunun icrasında sorumluluğa önem verilmesi ve hukuki imkânların güçlendirilmesinin temelinde caydırma amacının yattığı açıktır⁹³.

⁸⁹ **Wils**, 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', s. 478.

⁹⁰ Sherman Act, 15 U.S.C. §1, Sherman Act, 15 U.S. Code § 2.

⁹¹ **Schoneveld**, Frank R. (2003), 'Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation', World Competition, C. 26 S. 3, s. 433-471, s. 437.

⁹² Council Directive 2014/104/EU On Certain Rules Governing Actions For Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

⁹³ **Monti**, Mario, 'Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation' (IBA – 8th Annual Competition Conference, 17.10.2004) <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en > s.e.t. 15.07. 2014.

2. Telifi Amacı

Caydırma amacına ek olarak rekabet hukukunun icrasındaki diğer amaç ise telifidir⁹⁴. Rekabet hukuku normlarının ihlali ile sadece rekabetçi piyasadaki kamu yararının zarar görmesi söz konusu olmaz. Ayrıca kişiler somut olarak bu ihاللerden dolayı zarara uğrayabilirler. İşte rekabet hukukunun icrası ile kişilerin bu zararlarının telif edilmesi istenir. Bu ise açılacak tazminat davaları ile mümkündür. Rekabet ihاللlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat talebi RKHK'nin 57. ve 58. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Daha önce belirttiğimiz üzere, AB'de de rekabet hukukunun icrasındaki telif amacının gerçekleşmesi ve kişilerin tazminat taleplerinin teşvik amaçlı ile yıllar süren çalışmalar sonucu⁹⁵ Direktif⁹⁶ dü-

⁹⁴ Commission of the European Communities (2005), 'Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules', SEC (2005) 1732, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf> s.e.t. 09.05.2018, s. 6, **Wils**, 'The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages', s. 5, **Schoneveld**, Frank R., s. 437, **Ferguson**, Rebecca (2017), 'Private Enforcement of Competition Law in the UK', Business Law Review, C. 38 S. 3, s. 123-124, s. 124.

⁹⁵ Çalışmalar için bkz. Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C (2013) 3440, 11.6.2013, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> s.e.t. 09.05.2018, Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union SWD (2013) 205, 11.6.2013, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> s.e.t. 09.05.2018, White Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008 COM (2008), 165 final, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008D0165&from=EN> s.e.t. 09.05.2018, Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules, Brussels, 2.4.2008 SEC(2008) 404, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EN> s.e.t. 09.05.2018, **Clark**, Emily/ **Hughes**, Mat/ **Wirth**, David (2004), 'Study On The Conditions Of Claims For Damages In Case Of 'Infringement Of EC Competition Rules Analysis Of Economic Models For The Calculation Of Damages', <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf> s.e.t. 09.05.2018.

⁹⁶ Council Directive 2014/104/EU On Certain Rules Governing Actions For Damages Under National Law for Infrin-

zenlenmiş olup bu direktif üye ülkeler tarafından iç hukuklarına aktarılmıştır⁹⁷.

C. TÜRK REKABET HUKUKUNDA ÜÇ KATI TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Üç katı tazminatın hukuki niteliğinin sistematik olarak telafi ve caydırıcılık amaçlarından sonra incelenmesinin sebebi bu amaçların hukuki nitelik tespitinde bize yol gösterici olmasıdır. Buna ek olarak, hangi merciinin tazminata hükmedebileceği de bu tespitten sonraki değerlendirmede önem teşkil etmektedir. Şöyle ki, RKHK'nin 58. maddesinin düzenlediği üç katı tazminata özel hukuk mahkemeleri hükmetmekte olup teşebbüslerin rekabet hukuku normlarını ihlal etmesi de bu Kanuna göre haksız fiil sorumluluğuna yol açmaktadır⁹⁸. Dolayısıyla, ortaya çıkan zararın tazminine de özel hukuk mahkemeleri karar vermektedir. Peki bunun yukarıda belirtilen amaçlarla bağlantısı var mıdır? Rekabet hukukunun icrasındaki telafi ve özellikle caydırma amacının üç katı tazminat düzenlemesinde temel alındığı ileri sürülebilir. Çünkü üç katı tazminata kadar karar verebilmek, uğrılan zararın telafisine ek olarak, bu zararı aşan bir tazminata hükmetmek demektir. Bu da teşebbüsleri caydırma fonksiyonuna sahiptir. Fakat üç katı tazminata hükmetmenin telafi ve caydırmaya ek olarak başka bir fonksiyonu olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu da cezalandırma fonksiyonudur. Rekabet hukuku ihlallerinin nitelikleri gereği tespitlerinin zor olması, bu sebeple telafi edici bir yaptırıma hükmedilmesine ilişkin engeller herhangi bir tespit durumunda örnek de teşkil etmesi amacıyla kanunu ihlal edenlerin cezalandırılmaları gerekliliğini ortaya çıkarmıştır⁹⁹. Böylece hem

caydırıcılık amacına hizmet edilmekte hem de bireyin uğradığı kişisel zarardan ziyade toplumun da zarara uğraması dolayısıyla teşebbüslerin tekrar aynı davranışlarda bulunulması önlenmeye çalışılmaktadır.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, RKHK'nin 58. maddesinde düzenlenen üç katı tazminatta, özel hukuk yaptırımı olan maddi tazminattaki telafi amacına ek olarak caydırma ve cezalandırma fonksiyonlarının da ön planda olduğu^{100,101} tespit

yumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 256, **Kesici**, Buğra (2017), Rekabet Hukukunun İhlâlinde Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 283-284.

¹⁰⁰ RKHK madde 58'deki yaptırım, Türk hukukunda telafiyi aşan ve caydırma-cezalandırma amaçlarını taşıyan yaptırıma verilebilecek tek örnek değildir. Hukuki nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte Türk hukukunda bu tür yaptırımlara örnek olarak TBK madde 438'in üçüncü fıkrası, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ("İş Kanunu") 5. maddesinin altıncı fıkrası yine aynı kanunun 17. maddesi ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ("FSEK") 68. maddesi örnek olarak verilebilir. TBK madde 438'in ilk fıkrasında, haksız fesih olmasaydı yani işveren belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih için öngörülen sürele uyarak fesihte bulunsaydı ya da belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme süresinden önce sözleşmeyi sona erdirmeseydi işçinin kazanabileceği miktarın işverenden talep edebileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin cezalandırma-caydırma fonksiyonunu içeren üçüncü fıkrasında, iş güvencesi altında olmayan işçilerin hizmet sözleşmelerinin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde hâkimin işçinin altı aylık ücretinden fazla olmayacak şekilde işveren aleyhine tazminata hükmedebileceği öngörülmüştür. Bu maddenin ilk fıkrasında öngörülen tazminat "ücret kaybı tazminatı" olarak karşımıza çıkmaktadır. [Bkz. **Senyen Kaplan**, E. Tuncay (2016), 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan), Sayı:1 Cilt: 15, s. 313- 353, s. 334] Gümüş, "ücret kaybı tazminatı"nın "gelir ikamesi" olarak ifade etmektedir. [Bkz. **Gümüş**, Alper (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 535.] Bunun sebebi, işçinin uğradığı ücret kaybının telafisinin amaçlanmasıdır. [Bkz. **Senyen Kaplan**, 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması', s. 334.] Maddenin üçüncü fıkrasındaki "hâkimin takdirine bağlı olarak işçinin altı aylık ücretinden fazla olmayacak şekilde tazminata hükmedileceğine" ilişkin hükmün amacının ise işverenin caydırılması ve bu davranışı sebebi ile cezalandırılması olduğu ileri sürülmektedir. [Bkz. **Senyen Kaplan**, 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması', s. 335, **Gümüş**, s.534, **Senyen Kaplan**, E. Tuncay (2010) 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler', Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara, s. 213-229, s. 225, **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş (2014), İş Hukuku,

gements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union.

⁹⁷ 6 Haziran 2018 tarihi itibarıyla tüm üye devletler bu direktifi iç hukuka aktarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> s.e.t. 15.10.2018.

⁹⁸ Aksi görüş için bkz. İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi E: 2016/152 K: 2017/172, T: 09.05.2017.

⁹⁹ Üç katı tazminata hükmedilmesindeki birincil amacın zarar görenlerin zararlarının tazmini olmadığı; asıl amacın cezalandırma ve caydırıcılığı tesisi hakkında bkz. **Sanlı**, Kerem Cem, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempo-

edilmekte olup bu sebeple de söz konusu yaptırı-

6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 350, dn. 879]. Bu sebeple de bu tazminatın hukuki niteliğinin “medeni ceza” olduğu belirtilmektedir. [Bkz. **Gümüş**, s. 529.] Ayrıca Gümüş bu tazminatın sui generis bir tazminat olduğunu ileri sürmektedir. [Bu görüş ve diğer görüşler için bkz. **Gümüş**, s. 534, dn. 2603-2605]. İş Kanunu madde 17’ye göre fesih hakkının kötüye kullanılmak sureti ile iş akdinin feshedilmesi halinde, işveren, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu yaptırımda da telafi amacının aşıldığı görülmektedir. Bunun sebebi, işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının önüne geçilmesinin istenmesidir. [Bkz. **Oğuzman**, M. Kemal (1955) Türk Borçlar Kanunu ve iş mevzuatına göre hizmet ‘iş’ akdinin feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s.282.] Bu yüzden, kanun koyucunun böyle bir düzenleme ile işvereni korkutmayı ve onu bu davranıştan caydırmayı amaçladığı ileri sürülebilir. [Bkz. **Oğuzman**, s. 282. Bu fonksiyonları sebebi bu yaptırımın “hususî ceza (medeni ceza)” olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ripert**, Georges (1935), La regle morale dans les obligations civiles, 3. Bası, Paris, s. 361 (bkz. **Oğuzman**, s. 282 dn. 207, bkz. **Sarper**, Süzek (1976) İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları, s. 163, dn. 6)] İş Kanunu’nun 5. maddesi de Türk hukuk sisteminde tazminatta ‘caydırma ve cezalandırma’ amaçlarını (bkz. **Özden**, Merhacı, s. 212) ihtiva eden düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. [Bkz. **Gül**, s. 375.] Bu maddeye göre işveren işçilerle arasındaki iş ilişkisinde tüm işçilere eşit davranmakla yükümlüdür. Kısaca, iş ilişkisinde değil iş ilişkisinin sona ermesinde de geçerli olan bu yasak işverenin işçiler arasında dil, din, ırk vb. sebeplerle ayrımcılık yapmasını yasağını içermektedir. [Bkz. **Sarper**, Süzek (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s. 493] Bu yasağın ihlalinin yaptırımı olarak İş Kanunu’nun 5. maddesinin 6. fıkrasında işçinin dört kata kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı istenebileceği düzenlenmiştir. Bu tazminatın tutarı olayın özellikleri, işçinin iş yerindeki konumu ve kıdemi göz önüne alınarak belirlenmektedir. [Bkz. **Sarper**, s. 494] Ayrımcılık tazminatına, eşit davranma yasağına aykırı işlem veya davranışın varlığı yeterli olması sebebi ile işçinin zarara uğraması şartı aranmaksızın hükmedilebileceğinden bu tazminatın teknik anlamda bir tazminat olmadığı ileri sürülmektedir. [Bkz. **Gül**, s. 375, **Mollamahmutoğlu / Asartarlı/Baysal**, s. 746] Tüm bunlara ek olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (“FSEK”) 68. maddesinin ilk ve ikinci fıkrasındaki mali haklara tecavüz halinde tecavüz edenin talep edebileceği üç kat tazminat miktarı düzenlenmesinde telafi amacından ziyade failin cezalandırılmasının ön planda olduğu ileri sürülmektedir. [Bkz. **Demirbaş**, Ali (2015), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., s. 84] Bu düzenlemenin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **Demirbaş**, s. 83-87, **Özden**, Merhacı, s. 198-200, **Gül**, s. 340-346).

¹⁰¹ Türk hukukunda cezalandırma-caydırma amacını ihtiva eden ve hukuki nitelikleri tartışmalı diğer düzenlemeler için bkz. **Gül**, s. 307-417.

mın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız^{102, 103}.

Türk rekabet hukukundaki üç katı tazminata kaynak teşkil eden ABD’ye bakmak gerekirse, tazminat sorumluluğunun düzenlenmesinde kongre üyelerinin amacının rekabet hukuku normlarını ihlal edenlerin davranışları sonucu zarar görenlerin tazminat taleplerinde bulunmalarını teşvik etmek olduğu söylenebilir¹⁰⁴. Bu zararların çoğu zaman tazmin edilememesi de bu teşvike temel teşkil etmiştir¹⁰⁵. Tüm bu sebeplerle, tazminat hakkı Clayton Act’te¹⁰⁶ tanınmış ve üç katı tazminat (“treble damages” adı altında) düzenlenmiştir.

¹⁰² **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256.

¹⁰³ Doktrinde söz konusu hükmün hukuki nitelendirilmesinde farklılıklara rastlanmaktadır. Bir görüş bunun **cezai tazminat** olduğunu ileri sürmektedir. [Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı (2004), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu 3. Dönem Uzmanlık Tezi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/uzmanlik-tezleri?listedeAra=aksoy>s.e.t. 10.09.2018, dn. 193] Diğer bir görüş bunu **cezalandırıcı tazminat** olarak vasıflandırmaktadır. [Bkz. **Başoğlu**, Başak (2016), ‘Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II), C. 15 S. 1, s. 617-637, s. 625-627, **Kesici**, s. 289] Başka bir görüş bunun **cezai şart** olduğunu ileri sürmektedir. [Bkz. **Topçuoğlu**, Metin (2009), Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Yıldırım, Fadıl M./Atay Ender E. (Editörler) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 8] Diğer bir görüş ise bu yaptırımı **medeni ceza** olarak nitelendirmektedir. [Bkz. **İnan**, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükmelerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Nisan 2004 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, s. 52, **Gül**, s. 308]. Bir diğer görüşe göre söz konusu hüküm **özel hukuk cezası** olarak vasıflandırılmalıdır. [Bkz. **Gürzumar**, s. 169, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256]. Tüm bu vasıflandırmaların ortak özelliği, tazminatın caydırıcı ve cezai fonksiyonu haiz olduğunun savunulmasıdır. Fakat bu yaptırım türünü en doğru şekilde ifade eden kavramın “özel hukuk cezası” olduğu kanaatindeyiz. Bu vasıflandırmanın üç katı tazminat yaptırımının telafi-cezalandırma-caydırma fonksiyonlarını en iyi şekilde yansıttığı görüşünü taşımaktayız.

¹⁰⁴ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, Wm. Mitchell L. Rev., C. 9, s. 435-457, s. 437.

¹⁰⁵ (1983), ‘The Antitrust Treble Damages Remedy’, s. 439.

¹⁰⁶ Clayton Act § 4, 15 U.S.C. § 15.

Bunlara ek olarak Yüksek Mahkeme¹⁰⁷ de üç katı tazminatın temelindeki felsefeye açıklık getirmiştir. Mahkeme, zarar görenlerin zararlarını tazmin için hükmedilen üç katı tazminatı iki ana sebebe dayandırmaktadır: İhlalde bulunan teşebbüsü cezalandırmak ve teşebbüsleri gelecekte gerçekleşmesi muhtemel ihlallerden caydırmak¹⁰⁸. Yüksek Mahkemenin üç katı tazminatın sebeplerini cezalandırma ve caydırma olarak temellendirmesi, Türk Hukukundaki üç katı tazminatın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hususunda bağlayıcı olmasa da bize yol gösterici olabilir.

2. Üç Katı Tazminatın Şartları

Rekabet hukuku normlarının ihlalinin özel hukuka ilişkin sonuçları olduğunu ve bu ihlalin haksız fiil sorumluluğuna yol açtığını belirtmiştir. Şimdi ise bir mahkemenin üç katı tazminat kararı verebilmesi için gerekli olan şartlar incelenecektir.

a. Hukuka Aykırı Fiil Şartı

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için zarar verenin hukuka aykırı fiilinin olması gerekir (TBK m. 49). Hukuka aykırı fiil; fiil ve fiilin hukuka aykırılığı olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Fiil, olumlu veya bir davranış yükümlülüğünü yerine getirmeme şeklindeki olumsuz bir insan davranışdır¹⁰⁹. Hukuka aykırılık ise, kişilerin şahıs varlığını veya malvarlığını koruyan hükümleri ihlal olarak karşımıza çıkar¹¹⁰. Bu iki unsurun

varlığı halinde ancak doğan zararın tazmini söz konusu olabilecektir.

Rekabet normu ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda da bu iki unsurun varlığı aranır. RKHK'nin 57. maddesine göre "*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur*". Buna göre; haksız fiilin fiil unsurunu "eylem, karar, sözleşme ve anlaşma"lar¹¹¹ oluşturmaktadır. Sorumluluğun doğmasına yukarıda sayılan fiiller yol açmakla birlikte bu fiillerin mutlak malvarlığı veya şahıs varlığı hakkını ihlal etmemesine rağmen neden hukuka aykırı fiil sayıldığı sorusu sorulabilir. Çünkü Türk sorumluluk hukukunda kabul edilen objektif görüşe göre dar anlamda haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin kişilik hakkı veya mutlak malvarlığı hakkı ihlal edilmişse doğar¹¹². Mutlak hakların ihlali "başkalarının mutlak haklarını ihlal etmeme konusunda genel bir davranış yükümü"nü ihlali anlamına gelir¹¹³. Tüm bu açıklamalardan hareketle sadece mutlak hakların ihlali halinde hukuka aykırılığın söz konusu olabileceği çıkarımında bulunulsa da böyle bir sonuca ulaşmak yanlış olur. Mutlak hak ihlali niteliğinde olmayan "salt malvarlığı değerleri ihlalinde"¹¹⁴ bu ihlali yasaklayan "özel davranış kuralları"¹¹⁵ mevcutsa, zarar gören bu zararının tazminini talep edebilir. RKHK ile korunmak istenen değerlerin ihlali mutlak hak ihlali anlamına

¹⁰⁷ (1983), 'The Antitrust Treble Damages Remedy', s. 440 bkz. dn. 23.

¹⁰⁸ (1983), 'The Antitrust Treble Damages Remedy', s. 440 bkz. dn. 23. Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assocs., Inc., 483 US 143, 151, **Bruckner**, W. Joseph / **Salzwedel**, Matthew R., 'Plaintiff's Remedies', Foer Albert A. (Editör) / Cuneo, Jonathan W. (Editör) 2010, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Glos/Massachusetts, s. 200, dn. 200.

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Hâluk (2010), Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 12, **Kılıçoğlu**, M. Ahmet (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi, s. 362.

¹¹⁰ **Tandoğan**, s. 18, **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre (2017), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 116, **Kılıçoğlu**, s. 365, **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, 2017, s. 16, **Eren**, s. 614.

¹¹¹ RKHK m. 4'teki "anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları" kastedilmektedir. Bkz. **İnan**, s. 49, **Gürzumar**, Osman Berat, 'Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun', Abdullahzade, Cavid (Editör), 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, 7-8 Ekim 2005, Ankara, s. 143.

¹¹² **Tandoğan**, s. 18, **Hatemi/Gökyayla**, s. 116, **Kılıçoğlu**, s. 365, **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul, s. 16, **Eren**, s. 614.

¹¹³ **Hatemi/Gökyayla**, s. 116.

¹¹⁴ **Antalya**, Gökhan (2015), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, s. 53.

¹¹⁵ **Antalya**, s. 53.

gelmeyeceğinden, ancak ve ancak bu değerleri (“mutlak hak konusu dışında kalan iktisadi menfaatler”)¹¹⁶ koruyan hükümlerin varlığı ile haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir. Peki söz konusu hükümler hangileridir? RKHK’nin 4. maddesine göre “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır”. Bir diğer hükümse, mal veya hizmet piyasasında hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumunu tek başına veya başkalarıyla anlaşarak kötüye kullanmasını yasaklayan 6. maddedir.

Kısacası “iktisadi menfaatleri”¹¹⁷ korumak amacı ile ihdas edilmiş bu normların teşebbüslerce ihlali Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca hukuka aykırı sayıldığı için, tazminat sorumluluğu doğmaktadır.

b. Kusur

Türk Hukukunda, dar anlamda haksız fiilde, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar vermesi sonucu sorumluluğunun doğabilmesi için, fiili gerçekleştirenin kusurlu olması gerekir (TBK m. 49). Kusur, kişinin o fiili ile gerçekleştirecek hukuka aykırı sonucu istemesi veya bu sonucu istememiş olmakla beraber bu davranışından kaçınmak için iradesini gereği gibi kullanmamasıdır¹¹⁸. Şayet kişi bu hukuka aykırı fiili ile zarar vereceğini biliyor ve bunu istiyorsa burada kast söz konusu olur¹¹⁹. Fakat kişi zararlı sonucu bilmeseyse bunu istemesi de gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne rağmen bu tedbirleri almamış, özensiz davranmış ise burada da ihmal söz konusu olur¹²⁰.

RKHK’ye göre sorumluluğun doğması için kusur unsuru aranıp aranmadığı sorusu sorulabilir. Her ne kadar RKHK’nin 57. maddesinde kusur unsurundan bahsedilmese de rekabet normlarının

ihlalden kaynaklanan sorumluluk kusur sorumluluğudur¹²¹. Kusursuz sorumluluk halleri kanunda açıkça belirtilmek zorunda olup Türk hukukunda kural¹²² da kusura dayanan haksız fiil sorumluluğudur. Bu yüzden teşebbüsün zarardan sorumlu tutulabilmesi için ona isnat edilebilen bir fiilinin olması gerekmektedir.

Kanun koyucu üç katı tazminata hükmedilebilmesi için ise ihlal “ tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa” (RKHK 58. madde) demek sureti ile kusurun ağır ihmal veya kasıt derecesinde olmasını aramıştır¹²³.

Fakat burada özellikli bir durum söz konusudur. Çünkü “Rekabet Hukuku bakımından kusur ve hukuka aykırılık unsuru iç içe geçmiştir”¹²⁴. Şöyle ki, uyumlu eylem içerisinde bulunan teşebbüslerin veya kartel anlaşması yapan teşebbüslerin bu eylemleri ile bir piyasadaki rekabetin sınırlandırılmasına, engellenmesine ve ortadan kalmasına yol açacağını bilmemeleri imkansızdır. Bu “davranışlar, niteliği icabı, failin kusurlu davranmış olmasını gerektirir”¹²⁵. Zaten, rekabet ihlallerinin niteliğine bakıldığında, bu davranışların kusura dayanmaksızın mevcut olduğu düşünülemez¹²⁶. Bir kartel anlaşması sonucunda tarafların bir piyasada rekabetin bu şekilde bozulabileceğini öngörememeleri söz konusu olmaz¹²⁷.

Dolayısıyla, rekabet normlarının ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun bir unsurunun kusur olduğunu, üç katı tazminat talep edebilmek için de teşebbüsün kastının veya ağır ihmalinin ispat edilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir¹²⁸.

¹²¹ Gürzumar, s.152.

¹²² Kılıçoğlu, s. 412.

¹²³ Madde hükmündeki “ tarafların anlaşması ya da kararı” ibaresi ve bu ibarenin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Kesici, s. 297-298.

¹²⁴ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 232.

¹²⁵ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 232; Gürzumar, s. 153.

¹²⁶ Gürzumar, s. 153.

¹²⁷ Gürzumar, s. 154.

¹²⁸ Rekabet ihlalinin kanıtlanması ile kusurun da ispat edilmiş sayılması, aksinin ispatının davalıya yüklendiğine ilişkin görüşler için bkz. Gürzumar, s. 154.

¹¹⁶ Gürzumar, s. 143.

¹¹⁷ Gürzumar, s. 143.

¹¹⁸ Oğuzman/ Öz, s. 54, dn. 136, Hatemi/ Gökyayla, s. 147.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, s. 406.

¹²⁰ Kılıçoğlu, s. 406.

c. Zarar

Kişinin rızası olmadan malvarlığı değerlerinde meydana gelen eksilmeye zarar denir¹²⁹. Haksız fiilden kaynaklanan bir zarar yoksa kişinin bu fiilden dolayı haksız fiil sorumluluğuna gidilemez. Zarar; fiili zarar veya mahrum kalınan kazanç (kâr) olarak ortaya çıkabilir¹³⁰. RKHK’de zarar 57. ve 58. maddede düzenlenmiştir. RKHK’nin 57. maddesi, zarar görenlerin her türlü zararını talep edebileceğini, RKHK’nin 58. madde ise kasıt veya ağır ihmal halinde talep üzerine “uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebileceğini” içermektedir.

Zarar, zararın ve zarar görenlerin kapsamı olmak üzere iki açıdan incelenmelidir. Zarar, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsten alım yapan bir kişinin normalde ödeyeceğinden yüksek bir bedeli ödemek zorunda olması örneğindeki gibi uğranılan fiili zarar olarak karşımıza çıkabileceği gibi; piyasadaki rekabetin bozulması sebebi ile piyasa dışına itilen teşebbüsün uğradığı kazanç kaybı şeklinde de karşımıza çıkabilir¹³¹.

Zarar görenler ise rakip teşebbüsler, ihlalde bulunan teşebbüslerin hukuki ilişki içerisinde bulunduğu ve normun koruma amacının kapsamına giren diğer teşebbüsler ile tüketiciler olarak karşımıza çıkar¹³². Doktrinde zararlarının tazminini talep edip edemeyecekleri en tartışmalı grup dolaylı alıcılardır¹³³. Rekabetin ihlal edildiği bir

piyasadan mal alıp bu malı daha yüksek bir fiyatla son alıcıya sattığında son alıcının-ki bu son alıcı bazı hallerde tüketicilerdir-, ödediği fazla bedelden oluşan zararın tazmininin talebinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır¹³⁴. Buna olumsuz yanıt veren görüş bu zararın kapsamının ve zarara katılma oranının belirlenmesindeki zorluğu temel almaktadır¹³⁵. Kartel oluşumu barındıran bir piyasadan mal tedarik eden teşebbüsün, kartel sebebi ile uğradığı zararı ondan satın alan tüketiciye yansıttığı bir durumda kimin, ne kadar zarara uğradığının tespit edilmesindeki zorluk, zararın kapsamının belirlenmesindeki engelleme olarak gösterilebilir¹³⁶.

Bunun yanında, yansıma zararların talep edilebilir olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Rekabet normu ihlallerinden zarar gören teşebbüslerin iş ilişkisi içerisinde buldukları kişiler bu ihlal sebebi ile uğradıkları zararı talep edebilecekler midir? Bu soruya cevap vermeden önce yansıma zararlarının ne anlama geldiğini kısaca açıklamak gerekir. “Hukuka aykırı fiile maruz kalan kimse-den başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı zarar”¹³⁷ anlamına gelen yansıma zararın tazmininin talep edilebilmesi için normun koruma amacının bu kimselerin bu sebeple uğradıkları zararın tazminini de ihtiva etmesi gerekir. Konumuza dönersek, ihlal sonucu zarara uğrayan teşebbüslerin ilişki içerisinde bulunduğu kişilerin bu sebeple zarara uğramaları hallerinde tazminat talebinde bulunabilmeleri için kanunda bu kimseleri koruyucu bir hüküm bulunması gerekmektedir. Fakat RKHK incelendiğinde böyle bir korumanın söz konusu olmadığı görülmektedir.

¹²⁹ Oğuzman/ Öz, s. 38.

¹³⁰ Oğuzman / Öz, s. 41.

¹³¹ Gürzumar, s. 161-162.

¹³² Gürzumar, s. 156-157, 166-167.

¹³³ Dolaylı alıcılar için bkz. Roth, Henning-Wulf, ‘Private Enforcement of European Competition Law, Recommendations Flowing from the German Experience: Basedow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, s. 74, Hellwig, Martin, ‘Private Damages Claims and the Passing on Defense in Horizontal Price-fixing Cases- An Economist’s Perspective’, Basedow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, s. 140, Özsunay, Ergun, ‘Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK’daki Çözümlerin Değerlendirilmesi’: Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Geliş-

meler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadiaküldarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 117-155, s. 121, Gündüz, Hale/Bozkuş, Sinan (2012), ‘Rekabet ihlallerinden doğan zararın hesaplanması: AB uygulaması bağlamında genel yaklaşımlar’, Rekabet Dergisi 13(1), s. 51-102, s. 67.

¹³⁴ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 226.

¹³⁵ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 227.

¹³⁶ Sanlı, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 227.

¹³⁷ Oğuzman/ Öz, s. 19.

Tazmini kabil zararlar ve tazmin talebinde bulunabilecek kimseler bu şekilde olmakla birlikte, 58. maddede bahsi geçen ve kaynağını Amerikan hukukundan alan¹³⁸ üç katı tazminat, teşebbüslerin kast¹³⁹ veya ağır ihmalleri sonucu zarara sebebiyet vermeleriyle zarara maruz kalanların talebi sonucu hükmedilir. Burada tartışılan husus zarar gören tarafın üç katı tazminat talebinde bulunması sonucu hâkimin mutlak olarak “*uğranılan maddi zararın*” ya da ihlalde bulunan teşebbüslerin “*elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların*” üç katına mı hükmedeceği; yoksa takdir yetkisini kullanarak üç katına kadar hükmedip hükmedemeyeceği hususudur. Her ne kadar madde hükmünde “üç katı kadar” ifadesi geçse de bir kısım görüş ve Yargıtay bu konuda hâkimin takdir yetkisinin olduğu ve bu sebeple hâkimin dilerse iki katına kadar da hükmedebileceği kanaatindedir.^{140,141}

Sonuç olarak, zarar, rekabet normlarının ihlalinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için olmazsa olmaz unsurdur. Rekabet hukukunun kendine özgü niteliği sebebi ile hem zararın kapsamı hem de zarar görenlerin tespiti tipik haksız fiil sorumluluğu unsurlarının tespitine göre özellik teşkil etmektedir.¹⁴²

¹³⁸ Özsunay, s. 144.

¹³⁹ Maddenin lafzında geçen “ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı” ile anlaşılması gerekenin “kasıt” olduğu, hükmün ulaşmak istediği amaçla lafzının aynı olmadığı savunulmaktadır. bkz. **Gürzumar**, s. 170, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 256.

¹⁴⁰ **Gürzumar**, s. 170, **Sanlı**, ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, s. 257.

¹⁴¹ İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinin önüne rekabet ihlali sebebi ile 3 katı tazminat talebiyle gelen davada, mahkeme bu ibareyi 3 katına kadar yorumlayıp, 1 katı tazminata hükmetmiştir. İlerleyen başlıklar altında bu karar daha ayrıntılı olarak işlenecektir. Bu yüzden biz burada bu hususa sadece değinmekle yetiniyoruz.

¹⁴² Zararla ilgili olarak değinilmesi gereken bir husus da hesaplanmasındaki zorluktur. Rekabet normlarının ihlali sonucu doğan zarar miktarının hesaplanması genel haksız fiil sorumluluğunu doğuran zararların hesaplanmasından farklılık gösterir. Bu zararların niteliği gereği, zararların tespiti için iktisadi ve finansal teorilerden yararlanmak gerekebilmektedir. Söz konusu zararların hesaplanmasındaki bazı yaklaşımlar şu şekilde sıralanabilir: karşılaştırmaya dayalı yaklaşım, yardsticks metodu (a. before-after metodu, b. difference in difference metodu), finansal analize dayalı yaklaşım ve market yapısına dayalı yaklaşım. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gündüz/Bozkuş**, s. 75-84.

d. Uygun İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir. Uygun illiyet bağı hayatın olağan akışında bir fiilin o zararlı sonucu doğurup doğurmayacağı sorusunu cevaplar¹⁴³. Tersten gidersek, bir zarar doğduğunda yaşam deneyimlerine göre o zararlı sonucu hangi fiile bağlayacağımız uygun illiyet bağı ile tespit edilir¹⁴⁴.

RKHK’ye bakıldığında, illiyet bağının özellik göstermediğini, Türk borçlar hukuku ilkelerine göre ihlal edici davranışla zarar arasında uygun illiyet bağının varlığına dayanarak zarar görenin tazminat talebinde bulunabileceği söylenebilir.

3. Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılan Üç Katı Tazminat Davası

a. Olay

Rekabet Kurulu’nun, 12 bankanın 2007-2011 tarihleri arasında mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve uyumlu eylemde buldukları dolayısıyla RKHK’nin 4. maddesini ihlal ettikleri tespiti¹⁴⁵ üzerine söz konusu bankalardan birinden taşıt kredisi çeken bir müşterinin bu yüzden uğradığı zararın üç katını talep etmek üzere açtığı dava, İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde karara bağlanmıştır¹⁴⁶.

b. Mahkeme Kararı

Mahkeme, gerekçeli kararında Rekabet Kurulu’nun kararına¹⁴⁷ atf yaparak davalının eyleminin hukuka aykırı olduğunu, bu eylem sonucunda davacının zarar gördüğünü, zararlar bu eylem arasında illiyet bağının bulunduğunu, davalının kusurlu olduğunu belirtmiştir¹⁴⁸. Mahkeme ayrıca davalının diğer bankalarla kartel ilişkisinde bulunması sonucu piyasadaki faiz oranlarına etki

¹⁴³ **Oğuzman/Öz**, s. 45.

¹⁴⁴ **Kılıçoğlu**, s. 398, **Oğuzman / Öz**, s. 45.

¹⁴⁵ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁴⁶ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁴⁸ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

ettiğini ve davacının hakim durumunu kötüye kullanarak RKHK madde 6'yı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Piyasada bozulan rekabet sebebi ile ortaya çıkan zararın da RKHK'nin 57. maddesi gereğince zarar görenler tarafından talep edilebileceği de eklenmiştir. Mahkeme tazminat miktarını belirlerken, RKHK'nin 58. maddesinde yer alan “üç katı oranında tazminata hükmedebilir” hükmünü esas alarak tazminat miktarının belirlenmesinin hâkimin takdir yetkisinde olduğunu belirtip davalıyı iki katı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

c. Kararın Özel Hukuk Cezası Açısından Değerlendirilmesi

Bu kararın en önemli özelliği, rekabet ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu sonucunda tazminata hükmedilmesi konusunda verilmiş ender kararlardan olmasıdır. Çünkü son birkaç yıla kadar rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarından tazminat sorumluluğuna uygulamada rastlanmamaktaydı. Dolayısıyla, teşebbüsler idari para cezasına çarptırılmış olsa da teşebbüslerin verdikleri zararın tazminine ilişkin sorumlulukları gündeme gelmemekteydi. Fakat Rekabet Kurulu'nun 2013 yılında verdiği 12 bankaya ilişkin kararını¹⁴⁹ takiben teşebbüslerin tazminat sorumluluğunun doğması için birden çok tazminat davası açıldığı görülmüştür¹⁵⁰. Karar incelendiğinde, mahkemenin Rekabet Kurulu'nun verdiği kararı temel aldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, 58. maddede düzenlenen tazminata ilişkin herhangi bir hukuki nitelendirme yapmamış ve takdir yetkisine dayanarak iki katı tazminata hükmetmiştir.

Her ne kadar bu karar üç katı tazminata hükmedilen ender bir karar olma özelliğini taşısa ve rekabet ihlallerinin caydırıcılığına hizmet etmesi açısından önem arz etse de bu karar birkaç yönden eleştirilebilir. Şöyle ki; gerekçeli karar okunduğunda mahkemenin, Rekabet Kurulu'nun verdiği ihlal kararını temel alarak Kurul'un yaptığı gibi ayrıntılı

bir “hukuka aykırı fiil” unsuru analizine girmediği görülmektedir. Şayet böyle bir analiz yapılmışsa da bu gerekçeli karara yansımamıştır. Bunun önemi şuradadır: Haksız fiilden dolayı tazminata hükmedilebilmek için hukuka aykırı fiil unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Sadece telafi değil aynı zamanda cezalandırma fonksiyonu taşıyan bu tazminata hükmedildiği için hukuka aykırı fiil analizinin daha ayrıntılı yapılması ya da en azından gerekçeli kararda buna daha ayrıntılı değinilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, “hukuka aykırı” bir fiilden söz ederek bu fiilin yol açtığı zararın tazminine hükmedilebilmesi için nisbi hakkı ihlal edilen bu kişinin uğradığı zararın tazmin edileceğini öngören özel bir koruma normuna ihtiyaç bulunmaktadır. Fakat bu eleştirinin mahkemelerin Rekabet Kurulu kadar konu hakkında bilgi sahibi olmadığı bunun zamanla davaların mahkeme önüne daha sık gelmesi sureti ile aşılabacağı savunması ile bertaraf edilebileceğini de söyleyebiliriz.

Bir diğer eleştiri noktası ise hâkimin neden iki katı tazminata hükmettiğini daha başka bir ifade ile neden bir katına ya da üç katı tazminata hükmetmediği konusunda herhangi bir gerekçe göstermemesidir. Her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da diğer benzeri davalarda örnek olabilecek bu kararda bu tür bir gerekçelendirme yapılmaması hukuk güvenliğini tehlikeye sokacak niteliktedir.

Bu karar, rekabet ihlalleri sonucunda zarar görenlerin zararlarının tazmin edilebileceği hükmünün uygulamaya yansımaları sebebi ile önem arz etmektedir. Çoğu zaman ispat zorlukları sebebi ile ihlalinin bile tespit edilmediği durumlarda tüm zararı yüklenen zarar görenler için bu karar değer taşımaktadır. Bu, ayrıca, sadece idari para cezası ile kurtulduklarını düşünen teşebbüslerin rekabeti ihlal eden davranışlardan kaçınmaları için de caydırıcı bir örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar eleştirilere açık olsa da karar, rekabet normlarının ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun uygulamaya yansımaları açısından temel teşkil etmektedir.

¹⁴⁹ Rekabet Kurulu K: 13-13/198-100, T: 08.03.2013.

¹⁵⁰ **Sanlı**, Kerem Cem (2018), ‘Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler’, LHD, C. 16, S. 183, s. 1089-1158, s. 1092.

4. Üç katı Tazminat Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

Zarar görenlerin -Rekabet Kurumu'nun soruşturma açmaması halinde- ihlalde bulunan teşebbüsün hukuka aykırı fiilini ve fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına ispatı çok zordur. Bunun temel sebebinin zararın hesaplanmasındaki ve ispatındaki zorluk olduğunu söyleyebiliriz. Zararın hesaplanmasında hangi metoda başvurulacağı konusundaki belirsizlik ve bunu tespit edecek uzman kişilerin mevcut olmaması, ihlallerin niteliğini ispat aşamasında zorluk yaratmaktadır. Bu durum zarar görenleri mağdur duruma sokmakta, nasılsa hakkında tazminat davası açılmayacak olduğunu düşünen teşebbüsün rekabeti ihlal edici davranışlarda bulunmaya devam etme ihtimalini doğurmaktadır¹⁵¹. İspatın mümkün olduğu hallerde üç katı tazminata hükmetmek caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirir.

Üç katı tazminatın yerinde bir tazminat sistemi olduğunu savunan bir görüşe göre, teşebbüslerin kasten ve gizli bir şekilde rekabet ihlallerinde bulunmaları, onların "ihlali sağlayacağı ilave kâr" (tekel kârı) ve "ihlalin beklenen maliyet" (tazminat ve/veya idari para cezası) hesabı yapmaları sonucu ihlale başlamaları veya ihlale devam etmeleri "zarar veren fiilden fayda sağladığı ve gizlenme riski olduğu için, takdir edilecek tazminatın zarardan fazla olması" gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵². Burada teşebbüs, ihlale sebep olacak davranışın maliyeti ile ihlalden elde edeceği fayda arasında bir değerlendirme, hesaplama yapıp buna göre gizli bir şekilde ihlalde bulunur¹⁵³. Bu sebeple, her on ihlalden sadece birinde yakalanan teşebbüs-

sün zarar hesabının on ile çarpılarak bulunması gerektiğine ilişkin bir görüş dahi ileri sürülmektedir¹⁵⁴.

Caydırma fonksiyonunun gerçekleşebilmesi için bu tazminatın/yaptırımın en az verilen zarara ve buna eklenecek sosyal maliyete eşit olması gerektiği belirtilmektedir (örneğin tazminat, "tekelci fiyatlandırmadan dolayı kişilerin ödedikleri fazla bedel" + "ilgili piyasadan çıkan tüketicilerin zararı"na eşit olmalıdır)¹⁵⁵. Zarardan daha fazla bir tazminata hükmedilmesi bu şekilde gerekçelendirilmektedir.

Fakat her ne kadar üç katı tazminatla, belirtilen mevcut sorunlar aşılmaya çalışılsa da Türk hukukundaki düzenleme birkaç açıdan eleştirilebilir¹⁵⁶. Şöyle ki, üç katı tazminatın özel hukuk cezası niteliği taşıması sebebiyle cezalandırma amacına hizmet ettiği açıktır. Bu yüzden bu tazminata hukuk mahkemelerince hükmedilmesi mevcut düzenlemeye yöneltilecek eleştirilerden birini oluşturmaktadır.

Deliller açısından buna açıklık getirmek gerekirse, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". Buna *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesi de denilmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla, hiç kimse kendisi veya yakınları aleyhine delil vermeye zorlanamaz. Bir kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunma ve bu yolda delil göstermeye zorlanmaması ilkesi adil yargılanma hakkının da bir parçasıdır¹⁵⁸. Bu aynı zamanda susma hakkı ile de doğrudan bağlantılıdır. Kişi, bu hak çerçevesinde, suç-

¹⁵¹ Zararın hesaplanmasındaki belirsizliğin teşebbüsler açısından da olumsuz sonuçlar doğurabileceği ileri sürülebilir. Sonuçta aleyhlerine sonuçlanabilecek bir tazminat davasında, dava sonucunda ifa etmekle yükümlü oldukları zararın miktarının tespitine temel teşkil edecek unsurların belirsizliği onlar için de bir risk faktörü oluşturabilir. Fakat bu belirsizliğin zarar görenlerin dava yoluna başvurmalarını baştan engelleme ihtimalini doğurması, zarar görenlerin teşebbüslerin rekabet normlarını ihlal edici davranışları sonucu uğradıkları zararlarını bu yüzden belki de hiç talep edememelerine yol açması sebebi ile mağdurları teşebbüslere nazaran daha zor durumda bırakabileceği ileri sürülebilir.

¹⁵² **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵³ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵⁴ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

¹⁵⁵ **Sanlı**, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', s. 13.

Üç katı tazminata hükmetmenin caydırıcılık açısından yerinde bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. **Topçuoğlu**, s. 24, dn. 54.

¹⁵⁷ **Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan (2015), Ceza Muhakemesi Hukukun Giriş, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 83, **Gedik**, Doğan/ **Topaloğlu**, Mahir (2014), Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 31.

¹⁵⁸ **Ünver/ Hakeri**, s. 83.

landığı konularla ilgili susma hakkına sahiptir¹⁵⁹. Susma hakkının kullanılması halinde de söz bu durum da onun aleyhine kullanılamaz¹⁶⁰. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) madde 219’a göre, taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. HMK madde 220’ye göre ise “belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir”. Bu maddelerden de anlaşılacağı üzere, belgelerin ibrazı zorunlu tutulmuş, kişinin kendi aleyhine de olsa delilleri verme zorunluluğu kanunen düzenlenmiştir. Davalı bu sebeple, kendi aleyhine olan delilleri de ibraz etmek zorunda kalmaktadır. Aksi takdirde yaptırıma maruz bırakılabilir.

Cezalandırıcı özelliği sebebi ile üç katı tazminat HMK’ye tabi olduğu için teşebbüslerin, kendilerini zor duruma sokacak delilleri ibraz zorlanması söz konusu olabilir. Bu durum da kişinin adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Bahsi geçen bu deliller pişmanlık programlarına başvuran teşebbüslerin kendi elleri ile kuruma sundukları belgelerden oluşabileceği gibi, RKHK 14., 15. ve 44. maddeleri kapsamında ihlalin mevcut olup olmadığının araştırılması için raporörlerden oluşan bir heyetin yerinde inceleme yaparak -ki çoğu zaman bu teşebbüslere baskın yapmak sureti ile söz konusu olmaktadır-, elde ettiği belgelerden de oluşabilir. Teşebbüslerin kendi aleyhlerine olan delilleri vermek istememesi üzerine sulh ceza hâkimi kararı ile bu belgeleri vermek zorunda oldukları hallerde elde edilen delillerin de mahkemede sunulması onların adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) Menarini v. Italy davasında, rekabet ihlalleri sonucu rekabet otoritelerinin verdikleri idari para cezalarının cezai ve caydırıcı nitelikleri dolayısıyla ceza niteliğini

haiz olduğu ve bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) 6. maddesi olan adil yargılanma hakkı bakımından incelenebileceği belirtmesi de bu savımızı desteklemektedir¹⁶¹¹⁶². Bu da göstermektedir ki cezai ve caydırıcı fonksiyonları içeren üç katı tazminat hakkında da adil yargılanma ilkesi uygulanmalıdır. Dolayısıyla, üç katı tazminat delillerin sunulması açısından adil yargılanma hakkının ihlali tehlikesine yol açması sebebi ile eleştirilebilir.

Üç katı tazminata yönelik eleştirilerden biri de rekabet otoritelerinin idari para cezasına hükmetmelerinin yanı sıra bir de hukuk mahkemelerince üç katı tazminata hükmedilmesi durumunda karşılaşılabilecek gereğinden fazla tazminat (“over-deterrence”) sorunudur¹⁶³. Söz konusu durumun aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine (“ne bis in idem”) de aykırılık teşkil edebileceği ihtimali de ayrıca gündeme gelebilir. Şöyle ki, ceza hukuku yaptırımlarında olduğu gibi idari yaptırımlarda da “esasen ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine uyulması gerektiği kabul edilmektedir^{164,165}. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu’nun idari yaptırım kararı alma

¹⁵⁹ Ünver / Hakeri, s. 83.

¹⁶⁰ Gedik / Topaloğlu, s. 47.

¹⁶¹ A. Menarini Diagnostics S.R.L. V. Italie (2011) 43509/08, Information Note on the Court’s case-law, No: 114 2011, s. 9.

¹⁶² Bu karara göre iç hukukta cezai olarak nitelendirilmeyen bir fiili içeren uyuşmazlıkta AHİM ‘in Engel ve Diğerleri ve Hollanda kararında belirtilen kriterleri sağlamaktaysa söz konusu fiil cezai sayılıp uyuşmazlıkta AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi uygulama alanı bulur. Bu kriterler “a. İç hukuktaki sınıflandırma b. Suçun niteliği c. İlgili kişinin karşılaşılabileceği cezanın ağırlığıdır”. Engel ve Diğerleri ve Hollanda, AİHM, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, K. T. 8.6.1976 bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü, ‘İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2014, s. 7.

¹⁶³ Hukuka aykırılık analizinin başarılı bir biçimde yapılmadığı durumlarda aynı zamanda idari yaptırım uygulanmasının gereğinden fazla tazminat sorunu oluşturacağına dair görüş için bkz. Sanlı, ‘Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış’, s. 21.

¹⁶⁴ Öztürk v. Germany ECHR Application No: 8544/79, 21.02.1984 davasında AİHM, hakkında dikkatsiz araba kullanmaktan dolayı idari yaptırım uygulanmasının yaptırımın cezai niteliğini ortadan kaldırmayacağını bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının uygulanacağına karar vermiştir.

¹⁶⁵ Katoğlu, s. 397; Ulusoy, Ali (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, s. 116.

sürecinde bu temel ilkeleri göz önüne alacağı konusunda bir tereddüt olmaması gerekir. Bu noktada tartışılması gereken husus üç katı tazminata hükmedilirken gündeme gelip gelmeyeceği sorudur. Özel hukuk cezası olarak nitelendirdiğimiz üç katı tazminatta telafi kadar cezalandırma ve caydırma amaçları ön plandadır. Mahkemelerce hükmedilen ve davacının zararının aşan her değer, fiili işleyeni cezalandırma fonksiyonunu yerine getirir. Sırf bu fonksiyonu sebebi ile mahkemenin ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine uygun olarak yargılamayı sürdürmesi gerektiğini ileri sürebilir mi? Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”) madde 223/b.7’ye göre “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” hükmü üç katı tazminata hükmedilirken de uygulanabilir mi? Bahsi geçen soru ve madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususu özellikle, hakkında rekabet otoritesi tarafından idari para cezasına hükmedilen bir teşebbüs aleyhine mahkemede üç katı tazminat talebinde bulunulduğunda önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, idari yaptırımlar kamu düzeni ile ilgiliyken, haksız fiil sonucu hükmedilen tazminat, zarar görenin zararının telafisi ile ilgilidir. Burada korunan menfaatler de farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla, aynı anda bir kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilirken, onun haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilmektedir^{166,167}. Fakat buradaki problem, telafi amacını aşan kısma hükmedilmesi durumunda karşımıza çıkar.

Üç katı tazminattaki cezalandırma ve caydırma amacının, idari yaptırımlardaki cezalandırma ve caydırma amaçları ile kesişme ihtimali mevcuttur. Belirtmek gerekir ki daha önceki bölümler-

de kısaca değindiğimiz, Türk hukukunda karşımıza çıkan hukuki nitelikleri tartışmalı olan fakat amaçları cezalandırma ve caydırma olan telafiyi aşan yaptırımların hiçbirinde ayrıca idari para cezasına hükmedilme durumu söz konusu değildir. Bu yüzden için böyle bir tartışma onlar için gündeme gelmemektedir. Fakat üç katı tazminat açısından hem gereğinden fazla caydırıcılık ihtimali ile *ne bis in idem* ilkesinin ihlali tehlikesi sorunu mevcuttur. Sorumluluk hukukundaki caydırıcılığın sadece verilen zarar kadarken, idari para cezasının varlığı halinde ayrıca mahkemenin zararı aşan bir değere hükmetmesi ihtimalinde; idari para cezası ile zarardan fazlaya hükmedilen değer için caydırıcılık ve cezalandırma amaçları doğrultusunda belli bir noktada kesişim kümesi oluşturma söz konusu olabilir. Bu sebeple hem gereğinden fazla caydırıcılık hem de bahsi geçen ilkenin ihlali¹⁶⁸ durumu ortaya çıkabilir. Nitekim bu ilke ile bağlantılı olarak, İngiliz Yüksek Mahkemesi, *Devenish etc. v. Vitamin* davasında *ne bis in idem* ilkesini uygulayarak davacının zararı aşan değeri talebini reddetmiştir¹⁶⁹. Yargıç Lewison’a göre, “*ne bis in idem*” ilkesi Avrupa Birliği hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır¹⁷⁰. Her ne kadar, Komisyon’un karara bağladığı idari para cezası ile mahkemece hükmedilen zararı aşan değer için takip ettikleri amaçların farklı olduğuna dair görüşler ileri sürülmekte ise de yargıç, iki yaptırımın da amacının caydırma ve cezalandırma olduğunu ileri sürerek buna karşı çıkmaktadır¹⁷¹. Yargıç ayrıca, her iki yaptırımın anti-rekabetçi fiilleri cezalandırmayı ve söz konusu fiillerden teşebbüsleri caydırmayı fonksiyonuna sahip olduğunu da belirtmektedir¹⁷². Dolayısıyla, bu davada talep edilen zarardan fazla değere hükmedilmesi

¹⁶⁶ Bir kişi hakkında hem cezai yaptırım hem de idari yaptırım uygulanabileceğine ilişkin Danıştay kararı için bkz. Danıştay, E. 2002/521, K. 2003/4772, K. T. 05.12. 2003.(bkz. **Uran**, Emre (2012), Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık A.Ş., s. 96-97.

¹⁶⁷ Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyorsa, “*sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*”.

¹⁶⁸ **Del Olmo**, Pedro, ‘Punitive Damages in Spain’, Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), (2009), ‘Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives’, Springer-Verlag, s. 139, para. 6, dn. 10

¹⁶⁹ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007.

¹⁷⁰ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007, para. 40.

¹⁷¹ *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K.T. 19.10.2007, para. 46-47.

¹⁷² *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), K. T. 19.10.2007, para. 48.

halinde *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edileceği gerekçesiyle davacının talebi reddedilmiştir.

Tüm bunlar ışığında, yaptırımlar arasında cezalandırma ve caydırıcılık amaçları kapsamında bir kesişim kümesi olabileceği, bu sebeple her ne kadar bir ceza hukuku ilkesi olsa da ceza hukuku ilkesi olan aynı suçtan iki kere yargılanamaz ilkesinin göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Üç katı tazminat telafi amacının yanında caydırma ve cezalandırma amaçlarını ihtiva ettiğinden, sorumluluk hukuku sistemimizden farklılık arz ettiği için dikkatle uygulanması gereken bir yaptırım türüdür. Somut bir olayda, “ne bis in idem” ilkesinin aşılabılmesine ilişkin olarak, hukuk mahkemelerinin rekabet otoritesinin kararını bekletici sorun yapması veya idari para cezasına hükmedilirken mahkemelerin hükmettiği kararların rekabet otoritesince dikkate alınması önerileri yapılabilir¹⁷³. Hatta her ne kadar pek mümkün görünmese de rekabet ihlalinde bulunan teşebbüslerle bundan zarar görenler henüz mahkeme sürecine girilmeden aralarında yapacakları müzakerelerle orta bir yol bulmaları başka bir çözüm önerisi olarak da sunulabilir.

Bir diğer eleştiri konusu durum ise, üç katı tazminata hükmedilmesi için gerekli kriterlerin belirsizliğidir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin sonuçlarından biri de belirlilik ilkesidir. Belirlilik ilkesi hem suç teşkil eden fiillerin hem de bunların yaptırımlarının kapsamının, hesaplanmasına yönelik kriterlerin açıkça belirtilmesi zorunluluğunu içerir¹⁷⁴. Hangi fiillerin suç niteliğini taşıdığını, cezanın hangi kriterlere göre nasıl belirleneceğinin açık olması gerekir. Aynı durum üç katı tazminat yaptırımı için de geçerlidir. Ceza benzeri

niteliği dolayısıyla ceza hukuku ilkelerinden suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesinin burada da uygulama alanı bulması gerektiği açıktır. Bu ilke ışığında RKHK'nin 58. maddesine bakıldığında üç katı tazminata hükmedilmesinde dikkate alınacak kriterlerin belirlenmediği açıktır. İhlalin özel hukuk sonuçlarından birinin haksız fiil sorumluluğu olarak düzenlenmesi sebebi ile hâkimin tazminata karar verirken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre dikkate alacağı hususların burada da dikkate alınabileceği ileri sürülebilse de üç katı tazminatta telafi amacını aşan cezalandırma amacını taşıyan kısımda ne olacağı belirsizdir. Nitekim bir önceki başlıkta bahsi geçen mahkeme kararından da anlaşılabilir gibi mahkeme¹⁷⁵ iki katı tazminata hükmederken sadece takdir hakkı olduğu gerekçesi ile bir hüküm vermiştir. Fakat belirlilik ilkesi ışığında, kanaatimizce burada hâkimin neden iki katı tazminata hükmettiğine ilişkin bir gerekçelendirme yapması gerekirdi. Bu sebeple, idari yaptırımlarda olduğu gibi burada da üç katı tazminatın “hesaplanması, dönüştürülmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler ile bu nedenlerin uygulanması usulleri”¹⁷⁶ nin belirtilmesi gerektiğini savunmaktayız. Aksi takdirde, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin açıkça ihlali söz konusu olur. Bu da hukuk güvenliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurur.

Tüm bunlar göz önünde bulundurularak söylenebilir ki, üç katı tazminatın cezai niteliğinin hukuk sistemimizle uyumsuz olduğu aşikârdır. Bu uyumsuzluğun temel sebeplerinden biri, tazminat miktarı olarak, uğranılan zararın üç katına hükmedilmesinin, sadece uğranılan zararın tazmininin amaçlandığı Türk sorumluluk hukukuna aykırılık oluşturmasıdır. Üç katı tazminatın temelindeki caydırıcılık fonksiyonu rekabet ihlallerinin ve zararların tespitindeki ve ispatındaki zorluklar sebebi ile anlaşılabilenekte ise de ceza benzeri yapısı onu haksız fiil sorumluluğundan uzaklaştırmakta ve ceza yaptırımı niteliğine yakınlaştırmaktadır. Bu da ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulanması gereğini doğurur. Bu gereklilik sebebi ile

¹⁷³ Örneğin, ECA'nın (“European Competition Authorities”) maddi yaptırımlara ilişkin 2008 yılında yayınladığı bağlayıcı olmayan ilkelerde, rekabet otoritelerinin idari para cezasına hükmederken söz konusu teşebbüsün rekabet normlarını ihlal ederek verdiği zararları tazmin etmesi durumunu göz önüne alarak hükmedeceği para cezasında indirim gitmesi önerilmiştir. European Competition Authorities (ECA), The Principles for Convergence on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law, http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principle_s_uk.pdf s.e.t. 10.10.2018, para. 18.

¹⁷⁴ **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan (2015), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara, Seçkin, s. 53.

¹⁷⁵ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E: 2015/1008 K: 2017/1325, T: 12.12.2017.

¹⁷⁶ **Katoğlu**, s. 398.

mevcut düzenlemeye bakıldığında, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin, adil yargılanma ilkesinin ve *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktayız. Bu durum Alman Yüksek Mahkemesince de hükmedildiği üzere kamu düzenine de aykırılık teşkil etmektedir¹⁷⁷. Bu nedenle, üç katı tazminat kurumunun Türk Hukuk Sisteminin temel ilkeleri ile bağdaşmadığını, gerekli düzenlemelerle mevcut hukuka aykırılığın düzeltilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

IV. SONUÇ

Temelini “common law” sisteminden alan özel hukuk cezası; cezalandırma, caydırma ve telafi amaçlarını gerçekleştirmek üzere hukuk mahkemelerince uğranılan zarardan daha fazlasına hükmedildiği ve bu sebeple cezai niteliği haiz bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurum, tazminatın üst sınırını meydana gelen zararın oluşturduğu Kıta Avrupası hukuk sistemi ile bu yüzden bağdaşmamaktadır. Her ne kadar Türk hukuku Kıta Avrupası hukukuna tabi olsa da RKHK'nin 58. maddesinde üç katı tazminata hükmedilebileceğine dair bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu norm Türk sorumluluk hukukunun benimsediği sistemden farklılık gösterdiği için kafalarda soru işareti yaratmaktadır. Dolayısıyla, bu kurumun hukuki niteliğinin tespit edilmesi uygulama açısından da önem arz etmektedir. Bu tespit yapılırken ise söz konusu düzenlemenin arkasında yatan amacın öncelikle belirlenmesi gerekir.

Bu inceleme sonucunda, üç katı tazminatın telafi, caydırma ve cezalandırma amaçlarına hizmet etmesi sebebi ile bu yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiği çalışmamızda tespit edilmiştir. Bu sonuca ulaşılması ise uygulamadaki bazı sorunları gün yüzüne çıkarmaktadır. Nitekim mevcut düzenlemeye bakıldığında zarara hükmedilirken dikkate alınacak kriterlerdeki belirsizlik, ihlalde bulunan teşebbüsler hakkında HMK hükümlerinin uygulanması sonu-

cu oluşabilecek mağduriyet, aynı anda uygulanacak idari para cezası ve üç katı tazminat; suçların ve cezaların kanuniliği, ayrıca aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama ilkelerini ihlal etme tehlikesini doğumuna yol açabilecektir. Bu yüzden, söz konusu düzenlemenin mahkemeler tarafından dikkatle uygulanması gerektiği, buna ek olarak, söz konusu hüküm uygulanırken, mahkemelerin hukuka aykırılık analizini ayrıntılı bir şekilde yapıp karara konu olan gerekçeleri de somutlaştırması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak bu şekilde Türk sorumluluk hukukunda farklılık arz eden bu kurum düzenleme sebebine hizmet edebilir.

¹⁷⁷ BGHZ 118, 312 NJW 1992 3096, **Koziol**, para. 29, BGH 46 Westpapier-Mitteilhunger 1451, 1461 (1992), **Fiebig**, s. 648.

KAYNAKÇA

- (1957), 'Exemplary Damages in the Law of Torts', *Harvard Law Review (Notes)*, C.70 S.3, s. 517-533, doi:10.2307/1337816.
- (1983), 'The Antitrust Treble Damages Remedy', *Wm. Mitchell L. Rev.*, C. 9, s.435-457.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Bölümü, 'İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü), 2014.
- Aksoy**, M. Nazlı (2004), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu 3. Dönem Uzmanlık Tezi,
 ≤<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/uzmanlik-tezleri?listedeAra=aksoy> ≥ s.e.t. 10.09.2018.
- Antalya**, Gökhan (2015), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul.
- Başoğlu**, Başak (2016), 'Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt II), C. 15 S. 1, s. 617-637.
- Borghetti**, Jean-Sébastien (2009), Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.
- Bruckner**, W. Joseph/ **Salzwedel**, Matthew R., 'Plaintiff's Remedies', Foer Albert A. (Editör)/ Cuneo, Jonathan W. (Editör) 2010, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Glos/ Massachusetts.
- Del Olmo**, Pedro, 'Punitive Damages in Spain', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), (2009), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Springer-Verlag.
- Demirbaş**, Ali (2015), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A. Ş.
- Dobbs**, Dan B. (1989), 'Ending Punishment in "Punitive Damages: Deterrence- Measured Remedies' *Ala. L. Rev.*, C. 40.
- European Competition Authorities ("ECA"), The Principles for Convergence on Pecuniary Sanctions Imposed on Undertakings for Infringements of Antitrust Law,
 ≤http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf ≥ s.e.t. 10.10.2018.
- Ellis**, Dorsey D., Jr. (1982), 'Fairness and Efficiency in The Law of Punitive Damages', *Southern California Law Review*, C. 56, s. 1-78.
- Eren**, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ferguson**, Rebecca (2017), 'Private Enforcement of Competition Law in the UK', *Business Law Review*, C. 38, S. 3, s. 123-124.
- Fiebig**, Andre R. (1992), 'The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments', *GA. J. Int'l & Comp. L.*, C. 22 S. 3, s. 635-657.
- Gedik**, Doğan/ **Topaloğlu**, Mahir (2014), Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Goudkamp**, James/ **Katsampouka**, Eleni (2018), 'An Empirical Study of Punitive Damages', *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 38 S. 1, s. 90-122.
- Gotanda**, John Y. (2007), 'Charting Developments Concerning Punitive Damages Is the Tide Changing?', *Colum. J. Transnat'l L.*, C. 45 S. 2, s. 507-528.
- Gotanda**, John Y. (2004), 'Punitive Damages: A Comparative Analysis', *Colum. J. Transnat'l L.*, C. 42, S. 2, s. 391-444.
- Gül**, İbrahim (2015), ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, 1. Bası, Yetkin Yayınları.
- Gümüş**, Alper (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Hatemi, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre (2017), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Hellwig, Martin, 'Private Damages Claims and the Passing on Defense in Horizontal Price-fixing Cases- An Economist's Perspective', Base-dow Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

İnan, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Nisan 2004 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını.

Kara, İlhan (2017), 'Bankaların Tüketicilerden Aldıkları Haksız Masraflar, Mevduat Faizi ve Kredi Faizi ve Kredi Faizinin İstirdatı ile Rekabet Kurulu Kararlarının Bu Alandaki Etkisi', Bal-kuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul.

Katoğlu, Tuğrul (2014), 'Ceza Hukukçusu Gözüyle Rekabet Hukuku Mevzuatında Yapılması Öngörülen Değişiklikler', Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 395-411.

Kesici, Buğra (2017), Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha.

Kılıçoğlu, M. Ahmet (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Turhan Kitabevi.

Koca, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan (2015), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara, Seçkin.

Koziol, Helmut (2012), Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, 1. Baskı, Viyana, Jan Sramek Verlag.

Koziol, Helmut (Editör) (2009) 'Punitive Damages: Admission Into The Seventh Legal Heaven Or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.

Mallor, Jane/ **Roberts**, Barry S. (1999), 'Punitive Damages: Toward a Principled Approach', Hastings L.J., C.50, s. 969-999.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/ **Astarlı**, Mu-hittin/ **Baysal**, Ulaş (2014), İş Hukuku, 6. Bası, Ankara.

Monti, Mario, 'Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation' (IBA – 8th Annual Competition Conference, 17.10.2004) ≤http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-403_en.htm?locale=en s.e.t. 15.07.2014.

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul.

Oğuzman, M. Kemal (1955) Türk Borçlar Kanunu Ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Owen, David G. (1976), 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', Mich. L. Rev., C.74, s. 1257-1371.

Owen, David G. (1989), 'The Moral Foundations of Punitive Damages', Ala. L. Rev., C. 40, s. 705-739, s. 711-713.

Owen, David G. (1994), 'A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform', Villanova Law Review, C. 39, s. 363- 413.

Özden Merhacı, Selin (2013), Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özsunay, Ergun, 'Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi': Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 117-155.

Rendleman, Doug (2009-2010), 'Common Law Punitive Damages: Something for Everyone?', St. Thomas Law Journal, S. 71.

Romero, Leo M. (2008), 'Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits', Connecticut Law Review, C. 41, S. 1, s. 109-160.

Roth, Henning-Wulf, 'Private Enforcement of European Competition Law, Recommendations Flowing from the German Experience: Based on Jürgen (Editör) (2007), Private Enforcement of EC Competition Law, 1. Bası, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

Şahin, Murat (2017), 'Rekabet Hukukunda Tüketici Zararları ve 3 Katı Tazminat Davası', Balkuvvar, Ege/Çakır, İsmail/ Kara, Ertuna, 6. Tüketici Hukuku Kongresi 3 Kat Tazminat Davası Oturumu Ses Çözümleri, Tüketici Hukuku Enstitüsü, Aristo Yayınevi, İstanbul.

Sanlı, Kerem Cem (2007), 'Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi'(Doktora), İstanbul, Arıkan Yayınevi, <https://www.bilgi.edu.tr/media/uploads/resume/publication/attachment/618/doktora-tezi-17-nisan-basim-onesi_qXakV7S.pdf> s.e.t. 06.09.2018.

Sanlı, Kerem Cem, 'Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış', Rekabet Kurumu (Düzenleyen), Perşembe Konferansları, Mart 2008, Ankara.

Sanlı, Kerem Cem, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, Kayseri.

Sanlı, Kerem Cem (2018), 'Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler', LHD C. 16, S. 183, s. 1089-1158.

Sarper, Süzek (1976), İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları.

Sarper, Süzek (2015), İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Schoneveld, Frank R. (2003), 'Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation', World Competition, C. 26, S. 3, s. 433-471.

Schwartz, Gary T. (1982), 'Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment', Southern California Law Review, C. 56, S. 1, s. 133-153.

Sebok, Anthony J., 'Punitive Damages in the United States', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Springer-Verlag.

Senyen Kaplan, E. Tuncay (2016), 'İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan), C. 15, S.1, s. 313- 353.

Senyen Kaplan, E. Tuncay (2010), 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler', Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara, s. 213-229.

Shmueli, Benjamin (2015), 'Legal Pluralism in Tort Law Theory: Balancing Instrumental Theories and Corrective Justice', U. Mich. J.L. Reform, C. 48, S. 3, s. 745-812.

Tandoğan, Hâluk (2010), Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tekinalp, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasasına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları: Odman Boztosun, N. Ayşe (Editör) Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, 2005, Kayseri, s. 259-265.

Tomillo, Manuel Gomez (2013), 'Punitive Damages: A European Criminal Law Approach, State Sanctions and The System of Guarantees', Eur J. Crim Policy Res, C. 19, s. 215-244.

Topçuoğlu, Metin (2009), Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Yıldırım, Fadıl M./Atay Ender E. (Editörler) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara.

Ulusoy, Ali (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık.

Uran, Emre (2012), Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, 1.Baskı, İstanbul ,12 Levha Yayıncılık.

Wilcox, Vanessa (Editör) (2009), 'Punitive Damages in the United States', Koziol, Helmut (Editör) ve Wilcox, Vanessa (Editör), 'Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives', Wien, Springer-Verlag.

Wils, Wouter P. J. (2007), 'The Relationship Between Public Antitrust Enforcement And Private Actions For Damages', Concurrences, N°4, s. 1-13.

Wright, Cecil A. (1944), 'Introduction to the Law of Torts', The Cambridge Law Journal, C. 8, S. 3, s. 238-246.

Mahkeme Kararları

Cassell & Co., Ltd. v. Broome, 1972 A.C. 1027 (H.L.).

Archer v. Brown, 1Q.B. 401, 423 (1985).

Holden v. Chief Constable of Lancashire, 1987 Q.B. 380, 388 (C.A.).

BMW of N. America, INC. v. Gore, 517 US 559.

Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assocs., Inc., 483 US 143.

Özturk v. Germany ECHR Application No: 8544/79, 21.02.1984.

Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc., [2007] EWHC 2394 (Ch), K.T.19.10. 2007.

Engel ve Diğerleri ve Hollanda, AİHM, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, K. T. 8.6.1976.

Danıştay, E.2002/521, K.2003/4772, K. T. 05.12. 2003.

Mevzuat

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

AİHS

Council Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

**EŞYA TAŞIMALARINDA REFAKAT BELGELERİ (BİLGİLERİ) VE BUNLARDAN
DOĞAN SORUMLULUK**

**ACCOMPANYING DOCUMENTS (INFORMATION) IN TRANSPORT OF GOODS
AND LIABILITY ARISING FROM THEM**

Arş. Gör. Dr. Süleyman KIRAN*

ÖZET

Taşıma sözleşmesi taraflarının nihai amacı; eşyanın zamanında ve teslim alındığı haliyle varma yerine götürülmesidir. Amaçlanan bu durumu gerçekleştirmek için taşıyıcı bazı bilgi ve belgelere ihtiyaç duymaktadır. Bu bilgi ve belgelerden bazılarının resmî makamlarca sorgusunun yapılması karşısında resmî makamlara cevap verebilmek üzere varlığı aranmaktadır. Bunların yokluğu, eksikliği veya yanlış kullanımı halinde bazı zararlı sonuçlar meydana gelmektedir. Refakat bilgi ve belgeleri kavramı ve kapsamı konusunda doktrinde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Refakat bilgi ve belgeleri kavramı ve bunların kapsamı bu çalışmada ele alınacaktır. Bu çalışmada refakat bilgi ve belgelerinden taşıyıcının ve gönderenin sorumlulukları da değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Refakat Bilgileri, Refakat Belgeleri, Eşya Taşıma.

ABSTRACT

Ultimate purpose of contract of carriage's parties is transportation of goods that is on time and as it is taken for delivery. In order to achieve these goals carrier needs some information and documents. Some of these information and documents are required to respond to the public authority's questions. Absence, lack or misusing of these information and documents can cause some harmful consequences. There are different considerations about concept and scope of accompanying information and documents. Concept and scope of accompanying information and documents will be discussed in this article. Additionally, liability of carrier and sender based on accompanying information and documents will be discussed in this article.

Keywords: Accompanying Information, Accompanying Documents, Transport of Goods.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Dr. (e-mail: skiran.law@gmail.com) (Geliş Tarihi: 27.06.2018 / Kabul Tarihi: 09.08.2018).

I. REFAKAT BELGESİ KAVRAMI

Refakat belgelerini düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ m. 860 hükmüne bakıldığında, madde kenar başlığı “Refakat belgeleri” olmakla birlikte madde metninde yalnızca “belge” değil, belgenin yanı sıra “bilgi”den de söz edildiği görülmektedir. Dolayısıyla mezkûr hükümden hareket edilecek olunursa; refakat belgeleri kavramının hükümde tasvir edilen belge ve bilgilerden oluştuğu söylenebilir. Gerçekten bu şekilde kabul edilip edilemeyeceği hususu ise, bir incelemeyi gerektirmektedir.

A. BELGE VE BİLGİ KAVRAMLARI

Sözlükte bilgi; insan aklının kavrayabileceği olgu, gerçek ve ilkelerin tümü olarak tanımlanmaktadır². Bu anlamda insanın anlamaya ve anlamlandırmaya muktedir olduğu her şey bu kapsamda yer alır. Bilginin kişilere; sözlü, beden diliyle ifade etme gibi görsel olarak veya harf, işaret veya resimlerden oluşmak suretiyle yazılı olarak aktarılması mümkündür. Sözlük anlamıyla belge kavramından ise; bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film gibi dokümanlar anlaşılır³. Bu tanımlardan hareketle “bilgi”nin esas itibariyle “belge”yi de anlamsal olarak bünyesinde barındırdığı söylenebilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴ m. 199’da “belge” kavramı “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları...” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda medeni usul hukukunda belge; bilgiyi somutlaştırarak taşınmasına imkân veren materyaller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilgi, cisimleşmiş ve taşınabilir hale gelmiş ise belge adını almaktadır.

TTK m. 860/1 hükmü “Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşı-

yıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır.” şeklindedir. Can’a göre; bu cümledeki “gerekli bulunan **bilgileri**” ifadesi eksiktir. Zira bu hükümden gönderenin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 864/1-d’de “belge ve bilgi” kavramları birlikte kullanılmıştır⁵. Ancak cümledeki “...**gerekli bulunan... söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır.**” ifadesi gözden kaçırılmamalıdır. Bu şekilde değerlendirildiğinde, kanunun lafız itibarıyla eksik olmadığı görülmektedir. Cümlelerin bu şekilde düzenlenmesi, kanun koyucunun refakat belgelerinin taşıyıcının tasarrufuna bırakılmasını yeterli kabul etmesinin sonucudur.

Mehaz olarak değerlendirilen Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch- HGB) § 413/1 ve Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Sözleşme (CMR)⁶ m. 11/1 hükümlerine bakıldığında da bilgi (die Auskunft/ information) ve belge (die Urkunde/ document) kavramlarına ayrı ayrı yer verildiği görülmektedir. Mehaz çevirisi dolayısıyla bilgi ve belge kavramlarının TTK metninde ayrı ayrı yer aldığı görülmektedir.

B. RESMÎ BİLGİ VE BELGE KAVRAMLARI

TTK m. 860/1’de “...**resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak...**” ifadesine yer verilmektedir. Bu hükme bakıldığında, “resmî nitelik taşıyan belge” ve “resmî nitelik taşıyan bilgi” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği yoruma muhtaçtır.

¹ RG. 14.02.2011, S. 27846.

² www.tdk.gov.tr, s.e.t. 06.04.2018.

³ www.tdk.gov.tr, s.e.t. 06.04.2018.

⁴ RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ Can, Mertol (2017), CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. I, Ankara, s. 48.

⁶ 19.05.1956 tarihli Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Sözleşme (Convention on the Contracts for the International Carriage of Goods by Road). Sözleşme uygulamada genellikle Fransızca “*Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route*” başlığından kısaltılmış olarak kullanılmaktadır. 1956 tarihli CMR, 05.07.1978 tarihli Protokol ile bir kez değişikliğe uğramıştır. Türkiye, CMR ve CMR Protokolüne taraftır. Her iki metin için bkz. 22161 sayılı RG. 04.01.1995.

Bilgi ve belgelerin resmî nitelik taşıması lafzî olarak yorumlanırsa, TTK m. 860/1 hükümdeki ifade “resmî bilgi” ve “resmî belge” şeklinde anlaşılabilir. Bu ifadeler; Bakanlar Kurulu tarafından 2004/8125 karar numaralı olarak yayınlanan Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'te⁷ tanımlanmıştır. Yönetmeliğin tanımlar başlıklı m. 4'te resmî bilginin; kamu kurum ve kuruluşlarının kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişilerle iletişimlerinde sırasında metin, ses ve görüntü şeklinde oluşturdukları, gönderdikleri veya sakladıkları bilgileri ifade ettiği belirtilmektedir. Yine aynı maddede, resmî belgenin; kamu kurum ve kuruluşlarının kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişilerle iletişimlerini sağlamak amacıyla oluşturdukları, gönderdikleri veya sakladıkları belirli bir standart ve içeriği olan belgeleri ifade ettiğine yer verilmektedir.⁸ Bu tanımlamalara göre bu bilgi ve belgeler; kamu kurumlarının kendi aralarında ve diğer kişilerle olan iletişimlerini sonucu ortaya çıkmaktadır. Kamu kurumu niteliğini haiz olmayanların ise, kendi aralarında bunları üretmesi mümkün gözükmemektedir.

Refakat belgelerini düzenleyen TTK m. 860 hükmünün mehzazını HGB § 413 oluşturmaktadır⁹. HGB § 413/1'de; gönderenin taşıyıcıya resmî işlemler, özellikle gümrük işlemleri için gerekli olan tüm belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakması ve taşıyıcıya gerekli olan bilgileri sağlaması gerektiğine yer verilmiştir¹⁰.

CMR m. 11/1'de; gönderenin eşyanın tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için gerekli

belgeleri taşıma senedine ilâştirmesi veya taşıyıcıya vermesi ve taşıyıcının talep ettiği diğer belgeleri kendisine sağlaması gerektiği düzenlenmektedir¹¹. Bu hükümde, resmî işlemlerden bahsedilmemekle birlikte “gümrük ve diğer formaliteler”den bahsedilmektedir. Mezkûr hükümde resmî işlemler ifadesine yer verilmemesi sebebiyle hükmün daha geniş yorumlanmaya müsait olduğu söylenebilir. Ancak gümrük işlemleri örneği dikkate alındığında bilgi ve belgelerin resmî işlemler için gerekli olduğundan şüphe duyulmamalıdır. O halde “gümrük ve diğer formaliteler” ifadesinden; taşıma konusu eşyanın taşınabilmesi için taşıma güzergâhı üzerinde bulunan ülkelerin mevzuatları gereğince varlığı aranan ve idari sorgulaması yapılması muhtemel olan bütün idari formaliteler anlaşılmalıdır¹². Bunlara örnek olarak; gümrük beyannamesi, fatura, çeki listesi, bitki ve bitkisel ürünler için bitki sağlık sertifikası, hayvansal ürünler için orijin ve veteriner sağlık sertifikası, zorunlu standarda tâbi ürünlerde standart kontrol belgesi, orman ürünleri için üretim yerinden verilen nakliye tezkeresi, ihracı izne tabi ürünler için izin belgesi, tekele tâbi ürünler için tekel makamı tarafından verilen nakliye tezkiresi, ATR dolaşım belgesi ve EURO-1 belgesi gösterilebilir¹³.

Refakat belgeleri, TTK m. 860 hükmünün gerekçesinde ise; gümrük beyannameleri, sağlığa, güvenliğe, terminallere veya polise ilişkin belge ve raporlar olarak örneklendirilmiştir. Bu örneklere bakıldığında refakat belgelerinin, ilgili mevzuatları gereğince resmî işlemler için gerekli olan veya

⁷ RG. 02.12.2004, S. 25658.

⁸ Bu yönetmelik 2014/7074 karar numaralı Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 34). Bu yönetmelikte, resmî belge ve resmî bilgi kavramları tanımlanmamıştır.

⁹ TTK m. 860 hükmünün gerekçesinde; “Hükümün kaynağı CMR'nin 11 inci maddesidir. Alm TK m. 413'de hükmün sınırlarının çizilmesinde dikkate alınmıştır. Şöyle ki, hüküm CMR'den aynen aktarılmıştır.” denilmektedir. Oysaki hükme bakıldığında CMR'den değil HGB'den aynen aktarıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁰ HGB § 413/1: “Der Absender hat dem Frachtführer alle Urkunden zur Verfügung zu stellen und Auskünfte zu erteilen, die für eine amtliche Behandlung, insbesondere eine Zollabfertigung, vor der Ablieferung des Gutes erforderlich sind.”

¹¹ CMR m. 53/2 hükmü gereğince; eşdeğer olarak geçerli olan iki dilden biri olan İngilizce CMR metninin 11/1 hükmü şu şekildedir: “For the purposes of the Customs or other formalities which have to be completed before delivery of the goods, the sender shall attach the necessary documents to the consignment note or place them at the disposal of the carrier and shall furnish him with all the information which he requires.”

¹² Karan, Hakan (2011), Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon- CMR Şerhi, Ankara, s. 201; Eminoğlu, Cafer (2015), “Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, , S. 3, s. 41.

¹³ Erdil, Engin (2015), Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku- İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul, s. 114, dn. 129; Karan, s. 202; Eminoğlu, s. 41.

yetkili resmî makamlar tarafından sorgusunun yapılması muhtemel olan belgeler olacağı sonucuna varılabilir. Gerekçede yer verilen örnekler, refakat belgelerine ilişkin olsa da bu tanımlamaya paralel olarak refakat bilgileri; ilgili mevzuatları gereğince resmî işlemler için gerekli olan veya yetkili resmî makamlar tarafından sorgusunun yapılması muhtemel olan bilgiler olarak tanımlanabilir.

Refakat bilgi ve belgeleri, resmî makamların mevzuatları gereği istemeye yetkili oldukları bilgi ve belgelerdir. Resmî makamların yetkisinde olmamakla birlikte yetkilerini aşarak talep ettikleri bilgi ve belgeler, refakat bilgi ve belgeler olarak değerlendirilemez¹⁴.

II. REFAKAT BELGELERİNİN KAPSAMI

Refakat bilgi ve belgelerinin neler olduğunun her taşıma işi için ayrıca değerlendirilmesi gerekir¹⁵. Söz konusu olacak taşıma işi dikkate alındığında varlığı aranacak olan belge veya bilgiler, refakat bilgi ve belgeleri olarak kabul edilmelidir. Refakat bilgi ve belgelerinin tespitinde gönderenin kişilik özelliklerinin ve bu arada tacir olup olmadığının bir önemi yoktur. Önemli olan taşıma sözleşmesinin tarafları arasında kararlaştırılan taşımanın özellikleridir. Kararlaştırılan dışında başka bir şekilde taşımanın gerçekleştirilmesi durumunda ise; kararlaştırılan taşıma için aranmayacak herhangi bir belge fiilen gerçekleştirilen taşımada aranmış ise taşıyıcı, bu durumda gönderenin refakat belgesini vermediğinden bahisle herhangi bir hak talep edemeyecektir. Zira böyle bir talep 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁶ m. 2'ye aykırılık teşkil eder. Örneğin; somut taşıma için normal şartlar altında gidilmesi gereken yolda aranmayan resmî bir evrak, taşıyıcının taşıma sırasında başka yollardan gitmesi halinde aranmış-

sa gönderen bu durumda ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmamalıdır¹⁷.

Refakat bilgi ve belgelerinin taşıma konusu eşya için de uygun olması aranır. Bunun yanında refakat bilgi ve belgeleri, tarafların aralarında anlaştıkları taşıma güzergâhı ve taşıt için uygun olmalıdır¹⁸. Eğer taraflar arasında belli bir güzergâh belirlenmemişse, gidilebilecek bütün güzergâhlar dikkate alınarak verilmesi gereken refakat bilgi ve belgeleri belirlenmelidir¹⁹.

TTK m. 856'ya göre; taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine üç nüsha halinde düzenlenir. Bu nüshalardan biri eşyaya eşlik, yani; refakat etmektedir. Bundan hareketle *Seven*, taşıma senedinin refakat belgesi olduğu görüşündedir²⁰. Kanatımızca; taşıma senedinin nüshalarından birinin sırf eşyaya eşlik ettiği için taşıma senedini refakat belgesi olarak değerlendirmek isabetli olmayacaktır. Bir belgenin refakat belgesi olarak değerlendirilebilmesi için o belgenin yetkili resmî makamlar tarafından sorgusunun yapılması veya yapılmasının muhtemel olması da gerekmektedir. Diğer bir deyişle, mevzuatları gereğince resmî işlemler için gerekli olan bir bilgiyi de bünyesinde barındırması gerekmektedir. Oysaki taşıma senedi genellikle resmî işlemlerde kullanılmaktan ziyade taşıma

¹⁷ TTK m. 864/3'e göre; zararın veya giderlerin doğmasında taşıyıcının davranışlarının da etkisi olmuşa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; TTK m. 864/1'de refakat belgelerinin "yokluğundan kaynaklanan" zararları ve giderlerini tazminle yükümlü olduğuna yer vermektedir. Bu durumda refakat belgelerinin yokluğundan değil, zarar taşıyıcının fiilinden kaynaklanmaktadır.

¹⁸ **Bellerdita**, Alessendro (2010), *Der Absender im frachtlichen Schuldverhältnis und seine Haftung*, Mannheim, s. 143; **Koller**, § 413, Rn. 2; **Schlüter**, Andreas (2005), *Heymann Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage, Band 4, Berlin, § 413, Rn. 2.

¹⁹ **Reuschle**, Fabian (2015), *Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Strohn Handelsgesetzbuch*, Band 2, §§ 343-475h, *Transportrecht, Bank- und Börsenrecht*, München, § 413, Rn. 4.

²⁰ **Seven**, Vural (2012), 6102 Sayılı TTK (m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Ankara, s. 150. Ülgen de, 6762 sayılı TTK'nın yürürlüğü döneminde bu kanunun 768. maddesinin 2. fıkrasına göre refakat belgesinin kapsamını belirleyerek taşıma senedini refakat belgesi olarak kabul etmiştir; **Ülgen**, Hüseyin (1988), *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul, s. 59.

¹⁴ **Koller**, Ingo (2013), *Transportrecht Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, 8. Auflage, München, § 413, Rn. 2.

¹⁵ **Adıgüzel**, Burak (2018), *Taşıma Hukuku - Deniz Ticareti Hariç*, Ankara, s. 117.

¹⁶ RG. 22.11.2001, S. 24607.

sözleşmesinin tarafları için ispat belgesi olarak kullanılmak üzere düzenlenmektedir²¹.

Taşıma senedinin içeriğini düzenleyen TTK m. 857/1-m'de "Eşyanın gümrük ve diğer resmî işlemlerine ilişkin talimatlar" a yer verilmiş olursa da bu durum kanun koyucunun refakat bilgilerinin taşıma senedine yazılmasını arzu etmesinden ibarettir²². Ancak taşıma senedi bir ispat belgesi olduğundan, refakat bilgilerine yer verilmediğinde bu belge yine taşıma senedi olarak değerlendirilir²³. Bunun yanında somut olaya göre; sözlü olarak verilmesi gerekli olan bir refakat bilgisi verilmekle birlikte, bu bilgi taşıma senedine yazılmamış olabilir. Bu durum refakat bilgisinin eksikliğine yol açmamaktadır.

Taşıma senedinin refakat belgesi olmadığına diğer bir kanıtı ise; gönderenin kusursuz sorumluluğu için taşıma senedinin eksikliği (TTK m. 864/1-b) ile refakat belgelerinin eksikliğinin (TTK m. 864/1-d) ayrı hükümlerde düzenlenmiş olmasıdır. Eğer taşıma senedi refakat belgesi olarak değerlendirilebilseydi refakat belgelerinin eksikliğinin yanı sıra taşıma senedine ilişkin eksikliğin ayrıca düzenlenmesine gerek olmayacaktı.

Refakat belgelerinin taşıma senediyle birlikte teslimi zorunlu olmadığı gibi refakat belgelerinin neler olduğunu taşıma senedinde saymak suretiyle belirtilmesi de zorunlu değildir²⁴. Refakat belge ve bilgileri taşıma senediyle birlikte taşıyıcıya verilmese de zaman itibarıyla yetkili makamlarca sorgusu yapılabildiği kadar verilebilir²⁵. O halde, taşıma senedi doğrudan refakat belgesi olarak değerlendirilmemelidir. TTK m. 857/1-m hükmünün gereği yerine getirilmediği ve daha sonradan bu eksikliğin giderilmediği durumlarda başlı başına bu bilgi eksikliği refakat bilgisi eksikliği olarak değerlendirilmelidir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus ise; TTK'nın 861'inci maddesidir. TTK m. 861/1 hükmüne göre; "Tehlikeli eşya taşıyıcısına gönderen, taşıyıcıya zamanında açık, anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde, tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bildirimde bulunmakla yükümlüdür.". Dolayısıyla taşımanın konusunu tehlikeli eşyanın oluşturduğu hallerde yazılı olarak taşıyıcıya bir bildirim yapılması gerekmektedir. Bildirimde bulunmama her zaman için refakat belgelerinin eksikliği anlamına gelmemektedir²⁶. Bu hüküm, taşıyıcının bilgisizliği sonucu oluşabilecek tehlikeli eşyadan kaynaklanan zararları önlemeye yöneliktir. Oysa refakat belgesinin mevzuatın öngördüğü şekilde ve resmî makamlara yönelik olarak düzenlenmesi gerekir. Eğer gönderen tarafından taşıyıcıya verilen belge; açık, anlaşılabilir içerikte, yazılı şekilde düzenlenmiş ve tehlikenin türü ile gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bilgi içermekle birlikte mevzuatın öngördüğü şekilde ve resmî makamlara yönelik olarak düzenlenmemişse söz konusu belge refakat belgesi olarak kabul edilemez. Bu halde gönderen refakat belgesini taşıyıcının tasarrufuna bırakmadığından ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır²⁷.

III. REFAKAT BİLGİ VE BELGELERİN-DEN GÖNDERENİN SORUMLULUĞU

Refakat bilgi ve belgelerinden gönderenin sorumluluğu TTK m. 860/1'de refakat bilgi ve belgelerinin temin edilmesinden kaynaklanan sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda refakat bilgi ve belgelerinin temini bu başlık altında incelenmelidir.

²¹ Bkz. TTK m. 856 gerekçe.

²² Refakat bilgileri sözlü, yazılı veya bilgisayar programları aracılığıyla verilebilir, **Bellerdita**, s. 150; **Schlüter**, Rn. 6; **Koller**, § 413, Rn. 10.

²³ Bir belgeye taşıma senedi denilebilmesi için TTK m. 857'de yer verilen tüm unsurların bulunmasına gerek yoktur, **Adigüzel**, s. 94-95.

²⁴ **Koller**, § 413, Rn. 3. Taraflar isterse refakat belgelerinin neler olduğunu da taşıma senedinde belirtebilirler (TTK m. 857/2).

²⁵ **Bellerdita**, s. 146.

²⁶ Refakat belgeleri tehlikeli eşya taşımaya ilişkin de olabilir, **Müglich**, Andreas (1998), Das neu Transportrecht, Köln, § 413, Rn. 2; **Fremuth**, Fritz (2000) (**Fremuth**, Fritz /**Thume**, Karl- Heinz), Kommentar zum Transportrecht, Heidelberg, § 413, Rn. 6; **Schlüter**, § 413, Rn. 3; **Reuschle**, § 413, Rn. 3.

²⁷ Refakat belgelerinin eksikliğinden doğan zararlardan sorumluluk TTK m. 864/1-d hükmünde, tehlikeli eşyanın tehlikeli niteliği hakkında bildirimde bulunmaktan doğan zararlardan sorumluluk ise TTK m. 864/1-c'de düzenlenmiştir. Her iki sorumluluk ayrı ayrı düzenlenmiş olmakla birlikte aynı maddede aynı sorumluluk rejimine tabi olarak düzenlenmiştir.

1. Refakat Bilgi ve Belgeleri Kimin Tarafından Temin Edilmeli

Eşya hakkında en iyi bilgiye gönderenin sahip olduğu düşüncesinden hareketle refakat bilgi ve belgelerinin “gerekli” olup olmadığı noktasında karar kural olarak gönderene aittir²⁸. Refakat bilgi ve belgelerinin sağlanmasından gönderen sorumludur. Taşıma faaliyetinin taşıma işleri komisyoncusu aracılığıyla gerçekleşmesi halinde refakat bilgi ve belgeleri kural olarak taşıma işleri komisyoncusu tarafından sağlanmalıdır (TTK m. 918/1-c). Bununla birlikte taşıma sözleşmesinin tarafları, aralarında anlaşma yapmak suretiyle refakat bilgi ve belgelerinin taşıyıcı tarafından sağlanmasını kararlaştırabilirler²⁹.

Gönderenin sorumluluğu bakımından önemli olan husus; söz konusu olacak taşıma için gerekli olan refakat bilgi ve belgelerin zamanında taşıyıcının tasarrufunda olmasıdır. Bu nedenle, refakat bilgi ve belgelerinin zamanında gönderen veya gönderenin temsilcisinin dışında kalan kişiler tarafından taşıyıcıya temin edilmesi de göndereni sorumluluktan kurtarır.

2. Refakat Bilgi ve Belgeleri Kime Temin Edilmeli

Gönderen, refakat bilgi veya belgelerini taşıma sözleşmesini akdettiği taşıyıcıya vermekle yükümlüdür. Buna karşın; taşıyıcının taşıma işini yürütmekle görevli yardımcısına bilgi veya belgelerin verilebileceğini kabul etmek gerekir³⁰. Örneğin; taşıtın şoförüne zamanında verilen bilgi veya belgeler zararın refakat bilgi veya belge eksikliğinden kaynaklanmasına engel olur³¹.

Taşıma işi, asıl taşıyıcı tarafından bir başka kişiye bırakılmış ve bu sebeple başkası tarafından icra ediliyorsa, refakat bilgi veya belgelerinin taşıma işini fiilen yürüten taşıyıcıya verilmesi de mümkündür³². Zira bu halde de zararın refakat bilgi veya belgelerin eksikliğinden kaynaklanmasının önüne geçilmiş olunacaktır. Ancak bu halde taşıma işinin icrasının başka bir taşıyıcıya bırakılması sebebiyle refakat bilgi ve belgelerinin gerekliliğinin ortaya çıkmaması gerekir. Gereklilik bakımından eşyanın tesliminden önceki durumun yani ilk taşıma ilişkisinin dikkate alınması gerekir³³. Aksi halde, belki de alt taşımadan haberi bile olmayan ilk gönderen sonraki taşımalarından yükümlü tutulmuş olunur. Ayrıca bu konuya ilişkin özel bir kanuni düzenleme olmadığından ve sonraki taşıyıcılar ile ilk gönderen arasında bir sözleşme bulunmadığından sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince sonraki taşıyıcılar, ilk gönderenden talepte bulunamaz.

Refakat bilgi ve belgelerinden kaynaklanan zararlarda gönderenin sorumluluğunun mevcudiyetinin tespiti bakımından taşıyıcının kişilik özelliklerinin bir önemi yoktur. Refakat bilgi ve belgelerinin tespitinde önemli olan söz konusu taşıma işinin özellikleridir. Bu bakımdan herhangi bir taşımada alt taşıma ilişkisinin bulunması gönderenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Ancak bir taşıyıcı sadece bizzat sözleşme akdetmiş olduğu gönderenin sorumluluğuna gidebilir. Alt taşıma ilişkisi sebebiyle kendinden önce bir gönderen bulursa dahi taşıyıcı TTK m. 860 ve TTK m. 864 hükümlerine göre bu gönderenlere zararı için başvuramaz.

3. Refakat Bilgi ve Belgelerinin Temin Edilme Zamanı

Refakat belgelerine ilişkin TTK m. 860 hükmü “eşyanın tesliminden önce” ifadesine yer vermektedir. Mezkûr hüküm, sadece lafzî olarak

²⁸ **Möglich**, § 413, Rn. 2; **Schlüter**, § 413, Rn. 2; **Bellerdita**, s. 143.

²⁹ **Koller**, § 413, Rn. 3; **Adigüzel**, s. 117.

³⁰ Bu halde, taşıyıcı ile taşıma işini yürütmekle görevli yardımcısı arasında bir temsil ilişkisi mevcuttur (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 40 vd.). Taşıyıcının tacir olarak kabul edildiği hallerde taşıyıcının taşıma işini yürütmekle görevli yardımcısı ticarî vekil olarak kabul edilir (TTK m. 551).

³¹ Belirtmek gerekir ki; TTK m. 860/1 de yer verilen refakat belgelerini “taşıyıcının tasarrufuna bırakmak”, gerekli olduğunda taşıyıcının bu belgelere rahatça ulaşabilmesi anlamına gelir. Bu halde taşıyıcının bizzat kendisine bu belgeler verilmesi de şoför gibi bir yardımcısına refakat belgelerinin sağlanması da yeterlidir. Buna karşın bu bel-

gelerin, örneğin; taşıyıcının taşıma işletmesinin kapıcısına veya muhasebecisine bırakılması sonucunda bir zararın ortaya çıkması halinde, taşıyıcının gerektiğinde bu belgelere ulaşamayacak olması sebebiyle zararın gönderen tarafından giderilmesi gerekmektedir.

³² **Schlüter**, § 413, Rn. 4; **Koller**, § 413, Rn. 3.

³³ **Reuschle**, § 413, Rn. 4.

yorumlandığında; refakat bilgi ve belgelerinin mutlaka eşyanın tesliminden önce taşıyıcının tasarrufuna bırakılması gerektiği düşünülebilir. TTK m.860 hükmünün gerekçesine bakıldığında; *“...Anılan belgeler gönderen tarafından eşyanın tesliminden önce taşıyıcının tasarrufuna bırakılmamalıdır... Bilgi ve belgelerin tasarrufa bırakılması için belli bir zaman öngörülmemiştir. Amaçlanan eşyanın taşınmak için alınmasından teslimine kadar geçecek süre içinde gerekli olan anda bilgi ve belgenin tasarrufa hazır olmasıdır...”* ifadeleri refakat bilgi ve belgeleri konusunda kafa karışıklığına yol açmaktadır. Zira gerekçe, bir taraftan; refakat belgelerinin eşyanın tesliminden önce taşıyıcının tasarrufuna bırakılması gerektiğine yer verirken, diğer taraftan; tasarrufa bırakılmaları için belli bir zaman öngörülmediğine yer vermektedir.

Gönderenin sorumluluğu bakımından; zararın refakat bilgi ve belgelerinin temin edilmemesinden kaynaklanması gerektiği düzenlenmektedir (TTK m. 864/1-d). Gönderen eşyanın tesliminden önce refakat bilgi ve belgelerini taşıyıcının tasarrufuna bırakmamış olabilir. Ancak gönderen, refakat bilgi ve belgelerini taşıyıcı için gerekli olduğu anda, yani; sorgularının yetkili resmî makamlar tarafından yapılmasından önce taşıyıcıya temin edebilir. Bu halde bir zarar ortaya çıksa da ortaya çıkan bu zarar refakat bilgi ve belgelerinin yokluğundan veya eksikliğinden kaynaklanmış olmayacaktır. Örneğin; eşyanın teslim anından önce taşıyıcıya verilmeyen gerekli bir bilgi, henüz yetkili resmî makamlar tarafından sorulmadan telefon, e-mail veya başkaca bir iletişim aracılığıyla taşıyıcıya bildirilmiş olabilir. Böyle bir durumda bu bilginin eksikliğinden veya yokluğundan kaynaklanan bir zarar ortaya çıkmayacaktır.

Gönderen tarafından taşıyıcıya verilmesi gerekli olan bir bilgi veya belge verilmediğinden yetkili resmî makamların sorgusunda bu durum bir taşıma engeli oluşturabilir. Ancak sonrasında alınan talimat sonucu gerekli eksiklik giderilmiş ve bir zarar ortaya çıkmamışsa, gönderenin bundan dolayı sorumlu olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bundan hareketle, hüküm amaçsal yorumlanarak; refakat bilgi ve belgelerinin en geç kullanılması

için gerekli olan ana kadar taşıyıcının tasarrufuna bırakılması gerektiği sonucuna varılmalıdır³⁴.

Gönderen tarafından verilen bir talimat ile doğrudan taşıma güzergâhı değiştirilebileceği gibi başka bir gönderilene eşyanın teslim edilmesi gibi bir talimatla dolaylı olarak da taşıma güzergâhı değiştirilebilir (TTK m. 868). Taşıma güzergâhının gönderen tarafından değiştirildiği durumlarda, yeni taşıma güzergâhı için başkaca refakat bilgi ve belgeleri gerekli ise, gönderen yetkili resmî makamlar tarafından sorgusu yapılmadan bunları taşıyıcıya sağlamalıdır.

4. Refakat Bilgi ve Belgelerinin Temin Edilme Şekli

Gönderen, resmî işlemlerde kullanılmak üzere taşıyıcının yönelttiği tüm soruları doğru ve eksiksiz cevaplamak zorundadır³⁵. Gönderenin refakat bilgileri kapsamında değerlendirilen bir soruyu cevapsız bırakması halinde de gönderenin sorumluluğu ortaya çıkabilir.

Refakat bilgi ve belgelerinin; eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra yetkili makamlarca sorgusu yapılmaya kadar temin edilmesi mümkün olsa da söz konusu bilgi ve belgelerin mevzuatın öngördüğü şekliyle temin edilmesi gerekir. Örneğin; yazılı olarak ve bazı onayların alınması gerektiği bir belgenin içeriğinin sözlü olarak telefonla taşıyıcıya bildirilmesi veya gerekli onaylar alınmaksızın taşıyıcıya temin edilmesi gönderenin sorumluluğuna yol açabilecektir.

5. Refakat Bilgi ve Belgelerinin Temin Edilmesinden Kaynaklanan Sorumluluktan Kurtulma

Refakat bilgi ve belgelerindeki eksiklerin, gerçeğe aykırılıkların veya bilgi ve belgelerin yokluğunun tespiti, kural olarak gönderenin bu durumdan kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir³⁶. Ancak TTK m. 864/4'e göre; gönderenin tüketici olduğu durumlarda, gönderen kusuru halinde sorumlu tutulabilir. İster gönderen tüketici olsun ister olmasın taşıyıcının

³⁴ Bellerdita, s. 146; Koller, § 413, Rn. 10; Adigüzel, s. 117-118.

³⁵ Bellerdita, s. 149; Koller, § 413, Rn. 9.

³⁶ Karan, s. 204.

davranışlarının da etkisi olmuşsa, tazmin yükümlülüğü ile ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde, bu davranışların ne ölçüde etkili oldukları da dikkate alınır (TTK m. 864/3).

Gönderen tüketici sıfatını haiz değilse, refakat bilgi ve belgelerini bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bu durumda gönderenin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur (TTK m. 864). Ancak gönderenin tüketici olması durumunda, taşıyıcı refakat belgelerine ilişkin bilgilendirme yapmamış ise; bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı mevcuttur (kıyasen TTK m. 896). Taşıyıcının refakat belgelerine ilişkin bilgilendirme yapması durumunda ise; gönderen refakat bilgi ve belgelerine sahip olmadığını veya sahip olmakla birlikte taşıyıcıya vermesi gerektiğini bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

IV. REFAKAT BİLGİ VE BELGELERİN-DEN TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Taşıyıcının refakat bilgi ve belgelerinden bir sorumluluğunun doğduğundan bahsedebilmek için her şeyden önce gönderen tarafından temin edilmeleri gerekir. Böyle bir temin söz konusu değilse, taşıyıcının da TTK m. 860/2 anlamında herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³⁷. Ancak kendisine refakat bilgi veya belgesi temin edilen taşıyıcının doğdu an itibarıyla sorumluluğunu iki başlık altında incelemek mümkündür.

A. REFAKAT BİLGİ VE BELGELERİNİN TEMİNİ ESNASINDA ORTAYA ÇIKAN TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Taşıyıcının refakat bilgi ve belgelerinin temini esnasında ortaya çıkan sorumluluğu gerekli olan bilgi ve belgeler konusunda göndereni aydınlatma ile kendisine temin edilen bilgi ve belgelerin doğru ve eksik olup olmadığını denetleme yükümlülüğü bağlamında ele alınmalıdır.

TTK'daki taşınma eşyasını düzenleyen bir hüküm olan m. 896/3'te; gönderenin tüketici oldu-

ğu durumlarda taşıyıcı göndereni uyulması gerekli gümrük kuralları ve yönetime ilişkin diğer hükümler konusunda bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmektedir. Dolayısıyla taşıyıcının taşınmanın konusunu taşınma eşyası taşıması oluşturuyorsa³⁸ ve gönderen tüketici ise³⁹, gerekli olan belgeler konusunda göndereni aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak aynı hükümde taşıyıcının gönderen tarafından tasarrufuna sunulan bilgi ve belgelerin doğru ve eksiksiz olduğunu denetlemekle yükümlü olmadığı da düzenlenmektedir. Gönderen tüketici olsun veya olmasın taşınma eşyası taşınmasında taşıyıcı refakat belgelerin yeterli olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

CMR m. 11/2'de her taşıma için geçerli olan taşıyıcının refakat belgelerinin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda olmadığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir. Ancak TTK'da taşınma eşyası taşıması dışında kalan diğer taşımalara ilişkin ise taşıyıcının teslim aldığı refakat belgelerinin doğruluğu ve eksikliği konusunda göndereni bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan bu konuda, TTK m. 896/3 hükmünün taşınma eşyası taşıması niteliğinde olmayan diğer taşımalar bakımından da kıyasen uygulanması isabetli olacaktır⁴⁰. Zira aksi halde; taşıyıcı refakat belgelerinin doğruluğunu ve yeterliliğini incelemek zorunda kalacaktır ki; bu da TTK m. 864 gereğince kural olarak gönderenin kusursuz sorumlu olduğu refakat belgelerinin eksikliği, gerçeğe aykırılığı veya yokluğu durumunu taşıyıcıya yüklemek anlamına gelir. Buna karşın, refakat belgelerindeki bilinen veya açıkça anlaşılan eksikliği, gerçeğe aykırılığı veya refakat belgelerinde bildiği yokluğu taşıyıcı, gönderene bildirmediği hallerde meydana gelen zararlardan taşıyıcının da sorumluluğu ortaya çıkabilir⁴¹. So-

³⁸ Bir evden, bürodan veya benzeri bir yerden alınıp benzeri bir yere taşınan eşya "taşınma eşyası"dır (TTK m. 894/1).

³⁹ Sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla akdeden bir gerçek ya da tüzel kişi tüketici olarak kabul edilmektedir (TTK m. 894/1).

⁴⁰ Adıgüzel, taşıyıcının refakat belgelerini inceleme ve bilgiler yeterli değil ise, gönderene bildirme yükümlülüğü bulunduğu kanaatindedir, **Adıgüzel**, s. 117.

⁴¹ **Koller**, § 413, Rn. 4-5; **Fremuth**, § 413, Rn. 9; **Schlüter**, § 413, Rn. 5; **Bellerdita**, s. 148; **Karan**, s. 202.

³⁷ **Karan**, s. 209.

rumluluğunun olmaması için taşıyıcı bilinen veya açıkça görülen eksikliği ya da aykırılığı gönderenin gidermesini talep etmelidir. Gönderen eksikliği ya da aykırılığı gidermediği ve böyle yola çıkılmasını talep ettiği hallerde taşıyıcı kural olarak yola çıkmak zorundadır. Zira gönderen, TTK m. 868/1 hükmü uyarınca taşımanın yapılması için talimat verebilir. Buna karşın, bu talimat taşıyıcının işletmesi için sakıncalıysa veya diğer gönderenlerin ve gönderilenlerin eşyaları için bir zarar tehdidini beraberinde getiriyorsa, taşıyıcı talimatı yerine getirmek zorunda değildir. Böyle bir durum ortaya çıkmışsa taşıyıcı eşyayı taşımaktan imtina edebilir.

Taşınma eşyası taşınması dışındaki taşımalar için TTK m. 896/3 hükmünde olduğu gibi taşıyıcının gerekli refakat belgeleri konusunda bir bilgilendirme yükümlülüğü de düzenlenmemiştir. Gönderenin tüketici olmadığı hallerde, gönderen genellikle taşıma işleri konusunda bilgi sahibi olabilmekle birlikte tüketici olduğu durumlarda bilgi sahibi olmayabilir. O halde, eğer gönderen tüketici ise, taşınma eşyası taşınması dışındaki diğer taşımalar bakımından da taşıyıcının göndereni bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda yine kıyasen TTK m. 896/3 hükmünü uygulamak uygun olur.

B. REFAKAT BİLGİ VE BELGELERİ TEMİN EDİLDİKTEN SONRA ORTAYA ÇIKAN TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Taşıyıcıya refakat bilgi ve belgelerini temin edildikten sonra taşıyıcının sorumluluğu; refakat bilgi ve belgelerinin zıyaı, hasarı, yanlış kullanılması veya kullanılmamasından doğan sorumluluğudur. Bu husus TTK m. 860/2'de düzenlenmiştir.

1. Refakat Bilgi ve Belgelerinin Zıyaı, Hasarı, Yanlış Kullanılması veya Kullanılmaması

TTK m. 860/2; *“Taşıyıcı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasarından veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumludur.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümde ifade edilen zıya kavramından; refakat belgelerinin yetkili resmî makamlara teslim edilemeyecek durumda olması anlaşılmalıdır. Bu durum; refakat belgelerinin çalınması, kaybedilmesi, başka bir yerde veya

kişide bırakılması ya da tamamen yanması gibi sebeplerle ortaya çıkabilir. Refakat belgelerinin hasarı ise; belgenin parçalanması, çizilmesi, karlanması gibi sebeplerden kaynaklanabilir⁴². Refakat belgelerinin hasarı halinde; eşyanın hasarında olduğu gibi belgelerde maddi kötüleşme olmakla birlikte, ekonomik değer azalması şartı aranmamalıdır. Zira bu belgeler ispat belgeleridir. Çoğu zaman ekonomik değer ifade etmemektedirler. Taşıyıcının sorumluluğuna yol açması bakımından önemli olan zararlı sonucun yetkili resmî makamların sorgusu halinde taşıyıcıdan kaynaklanan sebeplerle belgenin bulunmaması veya bulunmakla birlikte yeterli kabul edilemeyecek olmasıdır.

Taşıyıcının refakat belgelerini yetkili resmî makamlara geçerli bir şekilde ibraz edememesine ilişkin husus refakat bilgilerine de kıyasen uygulanır. Ancak refakat bilgilerinin zıyaı, taşıyıcının hafızasını kaybetmesi veya başka bir şekilde unutulması gibi bir durum için söz konusu olsa da hasarı mümkün gözükmemektedir.

Refakat bilgi ve belgelerinin yetkili resmî makamlarca sorgusunun yapılması üzerine bulunmaması veya yetersiz kalması değil, bunların mevcut olmakla birlikte taşıyıcı tarafından kullanılmaması veya yanlış kullanılması halinde de ortaya çıkan zararın taşıyıcı tarafından tazmini gerekir⁴³. Yetkili resmî makamları kandırmak için verilen yanlış bilgiler de bu kapsamda kabul edilmelidir.

2. Tazminat Talebinde Hak Sahipleri

Taşıyıcının refakat bilgi ve belgelerinin zıyaı, hasarı, yanlış kullanılması veya kullanılmamasından doğan sorumluluğunda tazminatın kimin tarafından talep edileceğine ilişkin herhangi bir sınır getirilmemiştir (TTK m. 860/2). Bu halde hak sahibi olan herkes tarafından zararın giderilmesi talep edilebilir. Taşımanın kısmen veya tamamen

⁴² Koller, § 413, Rn. 15.

⁴³ Esasen TTK m. 860/2'de açıkça belgelerin kullanılmamasından bahsedilmemektedir. Ancak hükmün amacının gönderen tarafından taşıyıcıya verilen refakat belgelerinin yetkili resmî makamlar tarafından sorgusu sırasında bir kasıt veya ihmalle tamamlanamayarak zararlı sonuca yol açılması durumunda zararın giderilmesini sağlama olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

üçüncü bir kişi olan taşıyıcı, yani; fiili taşıyıcı tarafından yerine getirildiği durumlarda da hak sahipleri bu kişilere karşı tazminat talebinde bulunabilir. Örneğin; eşya sahibi, fiili taşıyıcı ile aralarında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmasa da refakat belgesinin zıyayı sebebiyle resmi makamlara ödemek zorunda kaldığı bedeli fiili taşıyıcıdan talep edebilir.

3. Sorumluluğun Sınırlı Olması

Taşıyıcının refakat bilgi ve belgelerinin zıyayı, hasarı, yanlış kullanılması veya kullanılmamasından doğan sorumluluğu, eşyanın tam zıyayı hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarının üç katı ile değil, eşyanın zıyayı hâlinde ödenecek miktarıyla sınırlıdır (TTK m. 860/2). Oysa TTK m. 884'te; taşıyıcının taşıma işinin yapılmasında, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle meydana gelen ve eşyanın zıyaından, hasarından veya taşıma süresinin aşılmasından kaynaklanmayan ve eşya veya kişi zararları dışında kalan zararlardan, eşyanın tam zıyayı hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarının üç katı ile sınırlı olmak üzere sorumlu olduğu düzenlenmiştir. TTK m. 860/2 hükmü, TTK m. 884 hükmüne göre özel hüküm (lex specialis) niteliğindedir⁴⁴. Buna karşın; zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacak, bu halde taşıyıcı meydana gelen tüm zarardan sorumlu olacaktır (TTK m. 886)⁴⁵.

Taşıyıcı, zararın oluşmasına, gönderenin veya gönderilenin bir davranışının sebep olduğu durumlarda tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğunu dikkate alınmasını sağlayabilir (TTK m. 875/2)⁴⁶. Taşıyıcı, refakat bilgi ve belgelerinden kaynaklanan sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, bunlardan kaynaklanan zararın kaçınmayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durum-

lardan kaynaklandığını ispat etmelidir (TTK m. 860/2).

V. SONUÇ

Belge kavramı, her ne kadar bilginin cisimleşmiş halini ifade etse de cisimleşmemiş olan ve doğrudan veya bir araç kullanılarak dolaylı olarak taşıyıcıya aktarılan bilgileri de kapsar şekilde "refakat belgeleri" kavramı da TTK'da kullanılmaktadır⁴⁷. Her ne kadar "belge" kavramı cisimleşmemiş bilgileri ifade etmese de refakat belgeleri ifadesinin bulunduğu hallerde "bilgiler" de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yapılacak olan bir mevzuat değişikliğinde, refakat belgeleri kavramı yerine sözlü bildirimleri de bünyesinde barından "refakat bilgileri" ifadesinin kullanılması daha isabetli bir tercih olacaktır.

TTK m. 860/1'de yer verilen "resmî nitelik taşıyan" ifadesi "resmî işlemler için kullanılması öngörülen" şeklinde anlaşılmalıdır. Refakat belge ve bilgileri eşitler arası, yani; kişilerin kişilerle olan işlemleri için veya kamu kurumları arasında kullanılmak üzere değil, kişilerden devletin memurlarının mevzuatları gereğince sorgusunu yapabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgelerdir.

Refakat bilgi ve belgeleri tarafların aralarında kararlaştırdıkları taşımaya ve özellikle taşıma konusu eşyaya, taşıma güzergâhına ve taşıta uygun olmalıdır. Kararlaştırılan dışında örneğin; kararlaştırılan taşıma güzergâhı için gerekli olmayan bir belge fiilen taşınan güzergâh için gerekli olmuş ve bu sebeple zarar ortaya çıkmış ise gönderen ortaya çıkan zarardan sorumlu değildir.

Taşıma senedinin sırf bir nüshasının eşyaya refakat etmesi sebebiyle taşıma senedini refakat belgesi olarak değerlendirmek isabetli değildir. Zira taşıma senedi, resmî işlemler için kullanılmaktan ziyade tarafların taşıma sözleşmesinde kararlaştırdıkları hususları ispat etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bir refakat bilgisine taşıma senedinde yer verilmesi, mevzuatın mümkün kılması, yani; mevzuat gereğince başka bir şekil şartının

⁴⁴ Koller, § 413, Rn. 16.

⁴⁵ Koller, § 413, Rn. 16.

⁴⁶ TTK m. 860 hükmü gerekçesine göre; taşıyıcının refakat belgelerinden kaynaklanan sorumluluğu için "875 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanabilir."

⁴⁷ Bkz. TTK m. 860 ve 896 madde kenar başlıkları ile TTK m. 891/1.

aranmaması durumunda söz konusu olabilir. Bir refakat bilgisine yer verilmemesi TTK m. 864/1-d hükmü değil, TTK m. 864/1-b hükmü gereğince gönderenin sorumluluğuna yol açabilir.

Tehlikeli eşya taşımaya ilişkin bildirim yapılması, bu konudaki refakat belgelerinin tam olduğu anlamına gelmemektedir. Bildirimin yapılması ile mevzuatın öngördüğü şekilde ve resmî makamlara yönelik düzenlenen belgelerin mevcut olduğunu da kabul edilebiliyor isek, gönderen ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmayacaktır.

Refakat bilgi ve belgelerinin eşyanın tesliminden önce, eşyanın teslimiyle birlikte veya tesliminden sonra taşıyıcının tasarrufuna bırakılması mümkündür. Ancak herhalde refakat bilgi ve belgelerinin yetkili resmî makamlarca sorgusunun yapılmasından önce taşıyıcıya temin edilmesi gerekmektedir. Aksi halde ortaya çıkan zarar, refakat belgelerinin eksikliğinden veya yokluğundan kaynaklanmış olacak ve bu sebepten dolayı gönderen sorumlu tutulabilecektir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak (2018), Taşıma Hukuku - Deniz Ticareti Hariç, Ankara.

Bellerdita, Alessendro (2010), Der Absender im frachtlichen Schuldverhältnis und seine Haftung, Mannheim.

Can, Mertol (2017), CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. I, Ankara.

Eminoğlu, Cafer (2015), “*Türk Ticaret Kanunu’nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, , S. 3, s. 25-53.

Erdil, Engin (2015), Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku- İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul.

Fremuth, Fritz (2000), **Fremuth**, Fritz / **Thume**, Karl- Heinz Kommentar zum Transportrecht, Heidelberg.

Karan, Hakan (2011), Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon- CMR Şerhi, Ankara.

Koller, Ingo (2013), Transportrecht Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 8. Auflage, München.

Möglich, Andreas (1998), Das neu Transportrecht, Köln.

Reuschle, Fabian (2015), Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Strohn Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, München.

Schlüter, Andreas (2005), Heymann Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 4, Berlin.

Seven, Vural (2012), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Ankara.

Ülgen, Hüseyin (1988), Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul.

SERMAYE PİYASASI HUKUKU AÇISINDAN ASİMETRİK BİLGİ SORUNLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

ASYMMETRIC INFORMATION PROBLEMS IN CAPITAL MARKET LAW AND SOLUTION PATHS

Arş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR*

ÖZET

Doğru ve tam bilgi ile güven, sermaye piyasasının temel yapı taşlarıdır. Güvenin olmadığı bir piyasada yatırım olmaz. Bu sebeple bilgi yatırımcının güvenine ulaşmak için açılan bir yoldur. Yatırımcı güveni ile ihraççının sermaye isteği arasındaki uzak mesafeleri kavuşturan yol bilgidir. Bilgi, olmayan güveni ortaya çıkarır; mevcut güveni ise, korur. Netice olarak bilgi, güven içindir. Asimetrik bilgi diğer bir tabirle bilgi eksikliği, piyasadaki beklenen verimin alınmasına engel olur. Piyasa verimsiz ve meyvesiz bir ağaca döner. Asimetrik bilgi kuramı, yanlış, hileli veya eksik bilginin piyasayı nasıl etkilediğini ortaya koyan ve bu duruma çözüm yolları sunan modern bir görüştür. 1970 yılında ortaya atılan bu kuram, iktisat alanıyla ilgilenen birçok çevrede geniş yankı uyandırmış, iktisadi ve hukuki çevrelerde üzerinde uzun soluklu düşüncüler meydana getirmiştir. Bu düşüncüler asimetrik bilgi kavramını, bir teoriden öteye taşımış ve asimetrik bilgi iktisadi alanda vazgeçilmez bir temel unsur haline gelmiştir. Ayrıca asimetrik bilgi, sermaye piyasasının temel ilkesi olarak kabul edilen yatırımcının korunması ilkesine de apayrı bir yorum getirmiş; yatırımcının bilgi eksikliğinin giderilmesinin sermaye piyasası için ne kadar önemli olduğunu ortaya koymuştur. Asimetrik bilginin temel bir unsur olarak kabul edilmesi üzerine yatırımcının bilgi eksikliğini gidermek, böylece piyasaya olan mevcut güveni korumak ve olmayan güveni inşa etmek için Türk hukukunda çeşitli çözüm yolları geliştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Asimetrik Bilgi, Yatırımcının Korunması İlkesi, Piyasa Denetimi.

ABSTRACT

Accurate and complete information and trust are the basic building blocks of the capital market. There is no investment in a market that is not trustworthy. For this reason, information is the way to build the trust of investors. It is the path that links the distances between investor's trust and the issuer's capital demand. Knowledge brings non-trust to light, while preserving existing trust. As a result, information is for trust. Asymmetric information, in other words the lack of information, prevents to get the efficiency of the expected yield from the market. The market turns inefficient and fruitless. In the framework of asymmetric information theory, it is a modern view that reveals how wrong, fraudulent or incomplete information affects the market and offers solutions to this situation. This theory, which was put forward in 1970, has created wide repercussions in many circles interested in the field of economics and has brought long-term thoughts on economical and judicial circles. These thoughts carried the asymmetric information position beyond the theoretically so that asymmetric information become an indispensable element in the economic field. In addition, asymmetric information has brought a new approach to the principle of investor protection, which is regarded as the fundamental principle of the capital market. In this direction, it has been revealed how important it is for the capital market to resolve the investor's lack of information. Asymmetric information has been regarded as a fundamental element and various solutions have been developed in Turkish law to resolve investor's lack of knowledge so as to maintain existing trust in the market and solve the non-trust.

Keywords: Asymmetric Information, Investor Protection Principle, Market Control.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
(e-mail : ahmetfevzikibar@gmail.com) (Geliş Tarihi: 07.05.2018 / Kabul Tarihi: 01.10.2018).

GİRİŞ

Çalışmamızın asıl konusu asimetrik bilginin sermaye piyasası hukuku açısından incelenmesidir. Asimetrik bilgi kuramı, sermaye piyasasında meydana gelen durgunluk ve daralmaları dolayısıyla kriz çıkmazlarını engellemeyi amaçlarken, diğer yandan bunun yatırımcının bilgi eksikliğinin giderilmesiyle mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Doğru bilgi, doğru yatırım; doğru yatırım ise, yatırımcının aldatılmasının önlenmesini doğurur. Dolayısıyla asimetrik bilgi kuramının ortaya koyduğu çözüm yatırımcının korunması ilkesine dayanmaktadır.

Yatırımcının korunması ilkesi sermaye piyasasıyla birlikte doğmuş ve gelişmiştir. Ancak asimetrik bilgi kuramı yatırımcının korunması ilkesine ayrı bir soluk getirmiştir. Zira bu kurama göre yatırımcının bilgi eksikliği doğrudan piyasayı etkilemekte ve kendisinden beklenen verim ve neticenin elde edilmesine engel olmaktadır. Bu sebeple yatırımcının doğru şekilde bilgilendirilmesi hem piyasanın istikrarı hem de yatırımcının korunması açısından öğretideki görüşler¹ tarafından kabul edilmiş bir kuramdır. Buna binaen önce yatırımcının korunması ilkesini inceleyeceğiz.

I. YATIRIMCININ KORUNMASI İLKESİ

A. ÖNEMİ

Sermaye piyasaları büyümenin ve iktisadi kalkınmanın temel birleşenlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan, sermaye piyasaları ihraççılar² ve yatırımcılar³ için çok sayıda ve çeşitli

yatırım olanakları sunmaktadır. Öte yandan, güçlü ve etkin sermaye piyasası düzenlemeleri veya hukuku ise, bu piyasaların gelişimi ve piyasaya olan güvenin sağlanması bakımından hayati önem taşımaktadır.⁴

Sermaye piyasasına yönelik hukuki düzenlemelerin temel amacı ve en önemli konularından birisi yatırımcıların korunmasıdır.⁵ Siyasal sistemler sermaye piyasalarındaki işlemlerin düzenlenmesi gereğini kabul etmişler ve bu düzenlemelerde yatırımcının korunması geleneksel amaç olmuştur.⁶

Sermaye piyasası şirketlerin fon ihtiyacını karşılamak amacıyla doğmuştur. Bu fonu sağlayacak olanlar yatırımcılardır. Yatırımcı bulunamazsa yahut mevcut yatırımcının piyasaya olan ilgi ve güveni kırılırsa, piyasaya sıcak para akışı sağlanamaz. Böylece sistem meyvesiz ağaca döner. Dolayısıyla yatırımcıyı ve güvenini korumak sermaye piyasasını işler halde tutmanın ön şartıdır. Bir diğer deyişle; güven yoksa para yok, para yoksa sermaye yok; sonuç olarak güven yoksa sermaye yoktur denilebilir. Aksi ifadeyle söylemek gerekirse; ne kadar güven, o kadar sermaye diyebiliriz. Sermaye piyasasında güven ile sermaye akışı arasında böyle çok sıkı bir bağ mevcuttur.

veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanuna tabi yatırım fonlarını, (m.3/h), Kurul: Sermaye Piyasası Kurulunu (SPK), (m. 3/n) ifade eder (6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (30.12.2012), 28513 sayılı Resmî Gazete).

³ Yatırımcı (*Investor*): Bir yatırım şirketine yatırım faaliyeti kapsamında nakit veya finansal araçlarını emanet eden gerçek veya tüzel kişiyi, Avrupa Birliği Konseyi (ABK) madde 1 gereğince ise, gelirini artırmak amacıyla, fon ihtiyacı içinde olan şirketlerce sunulan sermaye piyasası araçlarını satın alan kişi, kurum ve işletmeleri ifade etmektedir (**İhtiyar**, Mustafa (2006), Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, 1.Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., s. 107).

⁴ **Çetin**, Nusret, "Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011, s. 3-4.

⁵ **Ünal**, Oğuz Kürşat (1988), Menkul Kıymetler (Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler), 1.Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 1.

⁶ **Stigler**, George (1971), 'The Theory of Economic Regulation' Bell Journal of Economics and Management Science, Spring: pp. 3-21.

¹ G.A. **Akerlof** & M. **Spence** & J. **Stiglitz** vd.

https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/popular.html.

² İhraç (*ing. issue, emission*): sermaye piyasası araçlarının ihraççılar (özellikle anonim ortaklıklar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışını ifade eder (m.3/ğ),

İhraççı: Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan

Sermaye Piyasası, üç ayaklı bir masa gibidir. Bu masanın tabii iki ayağı şirketler ve yatırımcılar idi. Ancak 1930 Buhranında iki ayaklı olarak kurulan masa devrilmiş, üzerindeki birikimler dağılmıştır. Bu durum, masanın denge unsuru olacak ve her iki tarafın menfaat ve yararını gözetecek, birbirlerine zarar vermelerini engelleyecek bir denetçi ayağa olan ihtiyacı göstermiştir. Nitekim masanın zayıf ayağını güçlendirmek diğer sağlam ayağın da menfaatinedir, zira masanın çöküşü her bir ayağı yıkıma götürür. Bu sebeple yatırımcının korunması sermaye hukukunun doğmasında ve gelişmesinde esaslı bir işleve sahiptir.

Buhran sonrası farkına varılan durum üzerine, ABD’de çıkarılan 1934 tarihli yasada,⁷ gerek menkul kıymetler borsalarında ve gerekse borsa dışı piyasalarda menkul kıymet alım satım işlemleri, yatırımcıların ve genelde kamuoyunun çıkarlarını korumak amacıyla çeşitli hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hükümler, yanlış tanıtmaya (misrepresentations), aldatma (deceit), piyasa dolandırıcılığı (market manipulation) ve diğer hileli işlem ve uygulamaları önlemeye; açık, dürüst ve düzenli (open, fair and orderly) bir piyasanın oluşmasını sağlamak üzere, adil ve eşit (just and equitable) ticaret ilkelerini geliştirmeye, sürdürmeye ve böylece yatırımcıyı korumaya yöneliktir.⁸ Bir diğer örnekse, ABD’de sermaye piyasasında aracı kurum ve komisyoncuların ödeme güçlüğüne düşmesi ve iflas etmesi nedeniyle yatırımcıların bu durumdan zarar görmesi üzerine, 1970 yılında Menkul Değerlere Yatırım Yapanların Korunmasına İlişkin Yasa (Securities Investor Protection Act of 1970-SIPA) çıkarılmıştır.⁹

Ülkemizde, yaşanan ‘bankerler krizi (80’ler)’ ve 90’larda yaşanan sarsıntılar¹⁰ yatırımcının

korunmasının gerekliliğini ve önemini ortaya koymuştur. Bu durum kendini sonrasında yapılan hukuki çalışma ve düzenlemelerde göstermiştir. Örnek olarak kısaca SerPK’nın ilk maddesini gösterebiliriz: “Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.”¹¹ Bu madde genel olarak sermaye piyasası hukukunun temel esaslarını ve felsefesini özetlemektedir.

Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu Örgütü (The International Organization of Securities Commissions, IOSCO) tarafından yayımlanan Sermaye Piyasası Düzenlemelerinin Amaçları ve İlkeleri (Objectives and Principles of Securities Regulation) adlı raporda, sermaye piyasası düzenlemelerinin üç temel esas üzerine olduğu ifade edilmektedir. Bu esaslar; yatırımcının korunması, piyasaların adil, etkin ve şeffaf oluşunun sağlanması ve sistemik riskin azaltılmasıdır. Bu üç esas arasında süreklilik arz eden yakın bir ilişki mevcuttur.¹²

Çetin,¹³ sermaye piyasası düzenlemelerinin bu üç temel esası arasında aslında öncelik-sonralık

Bu durum, piyasaya ve aracılık yapan kuruluşlara olan güveni sarsmıştır. Sarsılan güvenin yeniden sağlanması için 28.07.1981 tarihinde 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, yatırımcıların hak ve yararlarının korunması amaçlanmıştır (Mülga SerPK m.1). Fakat anılan düzenlemeler de tek başına yatırımcının korunması için yetersiz kalmıştır. Nitekim, 1994’te meydana gelen ve sermaye piyasalarını da etkileyen ekonomik kriz, çok sayıda aracı kurumun iflasına sebep olmuş ve yatırımcılar aracı kurumlarda bulunan menkul kıymetlerini ve nakitlerini alamamışlardır. Yatırımcıların uğradığı zararların bir kısmının karşılanması için, SerPK’ya 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanununun 23. maddesi ile eklenen 46/A hükmü ile “Yatırımcıları Koruma Fonu”nun kurulması öngörülmüştür” (Kaytaç, Ali İhsan (2016), “6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi”, MÜHF HAD, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 1628).

⁷ Menkul Değerlerin Alım Satımı Yasası (Securities Exchange Act Of 1934), ABD.

⁸ **Küçüksözen**, Cemal (1999), Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, s. 35

⁹ **Küçüksözen**, s. 43

¹⁰ “1980’li yılların başında bankerlerin tahvil vb. menkul kıymetleri kullanarak para toplamaları ve bunu yönetemeleri Türkiye’de sermaye piyasasını etkileyecek büyüklükte bankerler krizine sebep olmuştur. Bunun sonucunda birçok banker ve banka batmış, binlerce yatırımcı zarar görmüştür.

¹¹ SerPK m. 1.

¹² **Çetin**, s. 4; Detaylı bilgi için bakınız: The International Organization of Securities Commissions, IOSCO, “Objectives and Principles of Securities Regulation”, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>, s.e.t. 28.09.2018.

¹³ **Çetin**, s. 4.

ilişkisinin bulunmadığı kabul etmekle beraber, yatırımcının korunması esasının diğerlerine oranla sermaye piyasası düzenlemelerinin merkezinde yer aldığını savunmak da mümkündür. Nitekim yatırımcının korunması, sermaye piyasalarında düzenleme yapmanın en önemli gerekçelerinden biridir. Yatırımcılar, sermaye piyasalarındaki faaliyetleri açısından üç farklı role sahiptirler: Bir ihracçının menkul kıymetlerine yatırım yaptıklarında katılımcı¹⁴ sıfatına, ikincil piyasalarda¹⁵ menkul kıymetlerin alım satımını yaparken piyasa oyuncusu sıfatına, finansal aracı kuruluşlarca sağlanan hizmetleri tüketirken bu kuruluşların müşterisi sıfatına haiz olurlar. Yatırımcının katılımcı sıfatıyla hareket etmesi neticesinde ortaya çıkan temel problem, yatırımcılar ile ihracçılar arasındaki asimetric bilgi sorunudur.¹⁶

İhraççıların, yatırımcılara nazaran kendileri ve ihrac ettikleri menkul kıymetler hakkında iyi ve yeterli bilgiye sahip oldukları açıktır. Bazı ihracçılar, sözü edilen konularını kötüye kullanarak, yatırımcılar için hayati önemi haiz bazı bilgileri gizlemek veya yanlış ve yanıltıcı bilgileri kamuya açıklamak suretiyle, yatırımcıları yanıltmaya, dolayısıyla onların bilgiye dayalı/bilgilenmiş bir şekilde yatırım kararı almalarını engellemeye çalışmaları ihtimal dâhilindedir. Bu asimetric bilgi sorununun yanı sıra, özellikle halka açık anonim ortaklıkların pay sahipleri, ortaklık kontrolünün ele geçirilmesi, el değiştirmesi ve buna ilişkin gelişmeler konusun-

da hassas ve zayıf durumdadırlar. Bu hassasiyet, bir yandan yatırımcıların ortaklığın kontrolüne ilişkin bilgilere erişimi konusunda asimetric bilgi sorununu oluştururken, diğer taraftan ortaklık kontrolünde meydana gelen değişimler sonucunda, yatırımcıların söz konusu değişimler karşısında çaresiz kalması, haksız uygulamalara maruz bırakılması gibi sorunlara da neden olabilmektedir.¹⁷

B. TEORİLER

Yatırımcının korunmasının amaç edinildiği hukuki düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken nokta; yapılan düzenlemelerin piyasada bulunan ihracçılara aşırı bir maliyet yükü çıkarmamasıdır. Lakin her ne kadar yeterli ve doğru bilgi yatırımcılara sunulsa da, yatırımcının yapacağı işlemlerde kârın yanında bir riskin de bulunduğu ticaretin yadsınamaz bir gerçeği olduğu unutulmamalıdır.¹⁸ Bu gerçeklerden hareketle yatırımcıyı korumada iki farklı yaklaşıma ulaşılmıştır: Liyakat ve Kamuyu Aydınlatma yaklaşımlarıdır. Kanımızca bu iki teoriyi sırasıyla önleyici ve uyarıcı yaklaşım olarak vasıflandırabiliriz.

Önleyici nitelik arz eden liyakat yaklaşımına göre, kanunen görevlendirilen kamu kuruluşu riski yüksek yatırımların piyasaya çıkmasını önler ve henüz yatırım yapmadan önce yatırımcıyı korumayı amaç edinir.¹⁹ Kamuyu aydınlatma yaklaşımında ise yatırımcıya yatırımın içerdiği risk derecesini değerlendirmesine olanak sağlayacak düzeyde bilgi verilmesi amaçlanır. Bu ilkeye göre yatırımcının, hem yatırım yapma anında hem de yatırım yaptıktan sonra bilgilendirilme yoluyla korunması amaçlanmaktadır.

Liyakat yaklaşımına göre, sermaye piyasası araçları, henüz piyasaya sürülmeden önce ilgili kamu kurumunca değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu değerlendirme sonucunda, sermaye piyasası aracını piyasaya sürmek isteyen şirketin yeter-

¹⁴ Bu katılım ilişkisi sayesinde yatırımcılar, ihracçıların finansman ihtiyacını gidermeye katılmaktadırlar. Ancak, bu katılım ilişkisi neticesinde ortaya çıkan hukuki münasebetler, elde edilen menkul kıymetin niteliğine göre değişmektedir. Şöyle ki; pay senetlerine yatırım yapılması halinde, hissedarlık ilişkisi ortaya çıkarken, tahvil, bono gibi menkul kıymetlere yatırım yapılması halinde ise ihracçı ile yatırımcılar arasında alacaklı- borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır (Çetin, s. 5).

¹⁵ Birincil piyasalar; yeni ihrac olunan sermaye piyasası araçlarının, bu araçları satın alan kimselere (yatırımcılara), bedelleri karşılığında teslim edildiği piyasalara verilen addır. İhraççının sermaye piyasasından fon elde etmesi birinci el piyasalarda olur. İkincil piyasalar; daha önce çıkarılmış olan sermaye piyasası araçlarının alınıp satıldığı piyasalardır. İkincil piyasa, menkul kıymetlerin likiditesini artırarak birincil piyasaya talep oluşturur ve onun gelişmesini sağlar (Memiş, Tekin & Turan, Gökçen (2015), Sermaye Piyasası Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 23-24).

¹⁶ Çetin, s. 4.

¹⁷ Çetin, s. 6.

¹⁸ İhtiyar, s. 92 vd.

¹⁹ Küçüksözen, s. 15; Kaytaz, Ali İhsan (2010), 'Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması', (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 39.

lilik, karlılık ve verimlilik durumu ile yatırımın risk analizi yapılmaktadır. Bu değerlendirmeler kamu kuruluşu tarafından olumlu görülürse şirketin halka arz işlemine izin verilmektedir. Kamuyu aydınlatma ilkesine göre ise, piyasayı denetleyen ilgili kamu kuruluşu risk analizini yatırımcının kendisine bırakmaktadır. Bu ilkeye göre ilgili kamu kuruluşunun görevi, halka arz ile ilgili doğru, tam ve uygun zamanda bilgi verilip verilmediği hususunu denetlemektir. Böylece ilgili mevzuata uygun şekilde bilgilendirmede bulunan her şirket (hatta şirket iflas durumunda olsa bile) sermaye piyasası araçlarını halka arz edebilecektir.²⁰

Liyakat yaklaşımı, yatırımcıyı korumak amacıyla ileri sürülen ilk yaklaşımdır.²¹ Ancak günümüzde kamuyu aydınlatma yaklaşımı esas alınmaktadır. Türk Hukukuna ise 1992 tarihli kanun değişikliğiyle²² girmiştir.

Kamuyu Aydınlatma Yaklaşımı'nın Temel Felsefesi; yatırım risklerini ortadan kaldırmak değil (ki bu durum sermaye piyasasının temel karakteriyle uyumsuz, bu piyasaya giren herkes karın yanında riskin de olduğunu tabii olarak bilir ve bilmelidir) tasarruf sahibini yapacağı yatırımlar hakkında bilgilendirmektir.

Kamuyu aydınlatma yaklaşımının üç farklı işlevi vardır. **Aydınlatıcı** işlevinde, yatırımcının kamuya açıklanan ve kolayca erişebileceği bilgiler üzerinden karar verebilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. **Koruyucu** işlevde, piyasadaki hile ve aldatmacalara karşı yatırımcının korunması fonksiyonunun yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. **Caydırıcı** işlev ile de piyasada gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunan hile ve aldatmacalara karşı yatırımcıyı daha baştan uyarmak hedeflenmektedir.²³

²⁰ İhtiyar, s. 109; Kaytaç, s. 39 vd.

²¹ 1900'lü yılların ilk çeyreğinde, ABD'nin çeşitli eyaletlerinde çıkarılan "Blue Sky Laws" düzenlemelerinde kabul edilen yaklaşımdır. Ayrıca Türk hukukunda 2499 sayılı Kanun değişikliğe uğramadan önce bu yaklaşımı esas almaktaydı (Memiş & Turan, s. 50).

²² 2499 sayılı Kanun'da 3794 sayılı Kanun'la yapılan değişikliktir.

²³ İhtiyar, s. 260; Kaytaç, s. 43.

Kanaatimizce yatırımcının korunması için temel ilke kamuyu aydınlatma yaklaşımı olmakla birlikte liyakat yaklaşımı da büsbütün terkedilmemeli asgari düzeyde de olsa uygulanmalıdır. İflasın eşliğindeki şirketlerin piyasaya dâhil olmasının önüne geçilmelidir. Çünkü sermaye piyasası bir güven ilişkisinin mahsulüdür. Bu güven bir bütün olarak sistemin sükûti tarafından tesis edilir, kolektif bir faaliyettir. Sistem içerisinde güven ve yatırımdan beklenen bilinç uzun zamanda tesis edilmektedir. Ancak bu güven birkaç şirketin meydana getireceği krizlerle yıkılıp, bütün sistemi bertaraf edebilir. Yani birkaç şirketin yapacağı yanlış, hile veya dolandırıcılık kendileriyle sınırlı kalmaksızın bütün bir sistemdeki varlık sükûti etkisi altına alacaktır.²⁴

Yatırımcının korunması sermaye hukukunun temel amaçlarından olduğu gibi bu amaca ulaşmak için ortaya konulan araçlardan birisi de kamuyu aydınlatma ilkesidir.²⁵ Aralarında amaç-araç ilişkisi söz konusudur. Ayrıca bu ilke birazdan üzerine yoğunlaşacağımız asimetrik bilgi sorunsalının çözümünde de bize yol gösterecektir.

II. ASİMETRİK BİLGİ (ASYMETRIC INFORMATION)²⁶

Uzun süredir iktisat literatüründe yoğun tartışmalara sebep olan, asimetrik ve eksik bilgi-

²⁴ Bir şirketin faaliyetlerinin bütün sistemi etkilemesine Enron, Worldcom, Lehman Brothers Skandalları örnek olarak verilebilir. Enron Skandalı ile ilgili detaylı bilgi için bakınız;

<http://www.hidrokarbonadam.com/global/enron-skandalı-bir-devin-cokusu/> , s.e.t. 27.09.2018; Worldcom haberi için bakınız; <http://www.amerikaninsesi.com/a/a-17-a-2002-06-27-8-1-87863442/797186.html> , s.e.t. 27.09.2018; Lehman Brothers detaylı bilgi için bakınız; <http://odatv.com/lehman-brothersin-iflas-etmesine-neden-goz-yumuldu-3009081200.html> , s.e.t. 27.09.2018.

²⁵ Kamuyu aydınlatma ilkesiyle ilgili detaylı bilgi için bakınız: İhtiyar, Mustafa (2006), Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.

²⁶ Kendine has yapısı gereği sermaye piyasasında iktisat ve hukuk öğretisi çok sıkı bir irtibat içindedir. Asimetrik bilgi kavramını da akademiye, iktisadi alanda çalışmalar yürüten akademisyenler kazandırmıştır. Kavram ilk olarak G.A. Akerlof'un "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and Market Mechanism (1970)" makalesi ile bilim sahasına adım atmıştır.

lendirme konularının, piyasa başarısızlığına neden olduğu artık neredeyse tüm iktisat akademilerinde kabul edilmiş bir gerçektir.²⁷ Asimetrik bilginin pek çok modellemeleri mevcuttur. Bu modellemeler genelde 2001 yılında Nobel ödülü kazanan *Akerlof, Stiglitz ve Spence*'in²⁸ düşünceleri temel alınarak geliştirilmiştir.²⁹ Asimetrik bilgi kuramı, yaşanan finansal krizleri açıklamayı amaçlayan, hastalığın sebebini teşhis etmeye çalışan modern bir teoridir.

Klasik anlamda asimetrik bilgi, herhangi bir işlem, olay ya da durumla ilgili olarak taraflardan birinin sahip olduğu bir bilgiye diğer tarafın sahip olmaması,³⁰ bir diğer deyişle taraflar arasındaki bilgi düzeyinin eşit olmaması yahut bilginin taraflar arasında simetrik dağılmaması durumudur. Sermaye piyasası açısından ise, asimetrik bilgi özetle, piyasada işlem yapmak isteyen tarafların, işlem konusu mal ve hizmetler hakkında aynı düzeyde bilgi sahibi olmamaları olarak ifade edilebilir. Örneğin, genellikle finansal bir sözleşmedeki tarafların sahip oldukları veya olabilecekleri bilgi eşit seviyede değildir. Borç alan (veya ihraççı), borç verene (veya yatırımcıya) göre daha avantajlıdır. Çünkü borç alan parayı aktardığı yatırımlar hakkında borç verenden daha fazla bilgiye sahiptir. Yani borç alan ve borç verenin elindeki bilgiler simetrik değildir. Bu durum borç verenin, yapacağı yatırıma güvensizliği sonucunu doğurur. Diğer bir ifadeyle az bilgi, az güveni; az güven ise, az parayı getirir. Netice itibarıyla; bilgi ne kadar az olursa piyasaya akan para da o kadar az olur. Sonuç olarak; ne kadar bilgi, o kadar sermayedir.

²⁷ **Alp, Salih & Karakaş, Adem** (2008), "Asimetrik Bilgi Teorisi Karşısında Hayek'in Ekonomik Yaklaşımları: Karşılaştırmalı Bir Analiz", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı: 51-52, s. 215.

²⁸ *Spence*'in yazıları işgücü piyasasında ki 'sinyal' problemleri üzerine olmakla birlikte *Akerlof* daha çok limon piyasa modeline odaklanmıştır. *Stiglitz* ise perdeleme-ayırma (screening) üzerine yoğunlaşmıştır. *Stiglitz* ve *Akerlof* daha sonraları özellikle piyasa başarısızlığı ve asimetrik bilgi arasındaki bağlantı konusundaki çabalara odaklanmışlar ve bu akıma yön vermişlerdir. **Boottke, Peter J.** (2002), 'Information and Knowledge: Austrian Economics in Search of its Uniqueness', *The Review of Austrian Economics*, 15: 4, s. 269.

²⁹ **Alp & Karakaş**, s. 219.

³⁰ **Çetinkaya, Şahin** (2012), "Asimetrik Bilginin Piyasalara Etkileri ve Finansal Krizlerdeki Rolü", *Sakarya İktisat Dergisi*, 1(2), s. 48.

Asimetrik bilgi yaklaşımına göre finansal kriz, finansal piyasalardaki bilgi akışının aksadığı ve bu yüzden finansal piyasaların görevlerini yapamadığı bir durumdur.³¹ Bunun sonucu olarak fonlar verimli yatırımlara dönüşemez, yatırımlarından dönüt alamayan yatırımcı yatırımlarını azaltır ve sermaye akışının azalması da ekonominin daralması neticesini verir.

A. TARİHÇESİ

18'inci yüzyıldan itibaren iktisat ilmine değer katmış birçok iktisatçı,³² ekonomi üzerinde eksik bilginin ne denli büyük sonuçlar doğuracağına vakıf olmuştur. Örneğin; *A. Smith*, piyasadan para akışını sağlamak adına faiz oranlarını yükselten firmaların beklediğinin aksine, borçluların piyasadan çekildiğini gözlemlemiştir.³³ Bu durum mantıken çözümlenememiştir. Bir diğer deyişle, yüksek faiz daha büyük bir kar getirecek olmasına rağmen tarafları cezbetmek yerine korkutup kaçırmıştır. Zira piyasada yeterli bilgi mevcut değildir ve kişiler böyle yüksek bir faize şüphe ile yaklaşmaktadır. Böylece bu dönem iktisatçıları bilgilendirme problemlerinin farkına varmış ancak tam olarak bu durumu belirli bir disiplin altına da alamamışlardır.

20'nci yüzyılın 2'nci yarısına kadar, piyasadaki bilgilendirme problemi, piyasa başarısızlığının bir delili olarak ortaya konulmamıştır. Bu döneme kadar daha çok kamu malları (public good) ve dışsallıklar bir piyasa başarısızlığı olarak kabul edilmekteydi.³⁴ Ancak *G. A. Akerlof* un "*The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and Market Mechanism (1970)*"³⁵ makalesi ile asimetrik bilginin bir piyasa başarısızlığı olduğu iktisat literatürüne girmiştir. İlk olarak ikinci el (limon) piyasalarında ardından sigortacılık sektöründe örneklerle 'ters seçim' ve 'ahlaki tehlike' temelinde şekillendirilen asimetrik bilgi kuramı diğer akademik çevrelerin

³¹ **Mishkin, Frederic S.** (1999), "Lessons from the Tequila Crisis" *Journal of Banking & Finance* 23, 1521-1533, s. 1523.

³² *Adam Smith, A. Marshal, Weber, Sismondi* gibi.

³³ **Alp & Karakaş**, s. 216.

³⁴ **Alp & Karakaş**, s. 217.

³⁵ [https://www.sas.upenn.edu/~hfang/teaching/socialinsurance/readings/fudan_hsbac/Akerlof70\(2.1\).pdf](https://www.sas.upenn.edu/~hfang/teaching/socialinsurance/readings/fudan_hsbac/Akerlof70(2.1).pdf), s.e.t. 27.09.2018.

de katılımıyla diğer birçok alanda (örneğin, hukuk) gözlemlenebilir hale gelmiştir³⁶.

Sonuç olarak asimetrik bilgi kavramı, ters seçim (*adverse selection*) ve ahlaki riziko (*moral hazard*) olarak iki tür probleme yol açar. Ters seçim, finansal işlemde önce; ahlaki riziko ise, finansal işlemde sonra meydana gelir.

1. Ters Seçim: Limon (Lemons) Problemi

Ters seçim probleminin finansal piyasanın işleyişine nasıl etki ettiği G. A. Akerlof'un ünlü makalesinde³⁷ anlatılmıştır. Problemin limon olarak adlandırılmasının sebebi; araba piyasasındaki sorunlu arabaların³⁸ neden olduğu problemlere benzer nitelikte olmasındandır.

a. Genel Olarak

G. A. Akerlof'a göre, bu piyasada otomobil satıcısı potansiyel bir alıcıdan daha fazla bilgiye sahiptir ve bu bilgilendirme farklılığı bir 'ters seçim' (adverse selection) kaynağıdır. Akerlof, otomobil piyasasında 4 çeşit arabayı varsaymıştır: Henüz kullanılmamış 1. el arabalar, kullanılmış olan 2. el arabalar, iyi durumda olanlar ve limonlar (kötü durumdaki arabalar). Yeni bir otomobil, iyi veya limon olabilir. Aynı durum kullanılmış araçlar için de geçerlidir. Piyasadan otomobil almak isteyen kişiler, arabanın iyi mi yoksa limon mu olduğunu bil(e)meden bir otomobil satın alırlar. Bu şartlarda araçların durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan potansiyel alıcı, ortalama kalitedeki bir araca verilebilecek ortalama bir fiyat ödemeye kendisini hazır edecektir. Böylece otomobilleri iyi nitelikte olan satıcılar, araçlarını ortalama fiyattan satmak istemeyecekleri için piyasadan araçlarını çekeceklerdir. Ancak otomobillerinin limon niteliğinde olduğunu bilen satıcılar için bu ortalama fiyat, gayet iyi bir teklif olacak ve araçlarını satacaklardır. Sonuçta iyi nitelikteki otomobiller piyasayı terk edip kötü nitelikteki otomobiller (limonlar) piyasaya hâkim olacaktır. Kötü arabalar piyasaya hâkim olunca da ters seçim

problemi doğacaktır.³⁹ Böylece kötü nitelikteki arabalar hak ettiği değer üzerinde ödemeye hazır alıcıyı bulurken; iyi nitelikteki araç için, hak ettiği değeri ödeyen alıcı bulunamayacaktır.

Örnekte görüldüğü üzere ters seçim problemi taraflar arasında yapılması planlanan işlem yapılmadan önce (örneğin, satış sözleşmesi akdedilmeden önce) ortaya çıkmaktadır.⁴⁰ Problemin doğmasına sebep olan şey ise, bilgi eksikliğinin bizatihi kendisidir. Eğer taraflar simetrik (eşit) bilgiye sahip olsalardı (örneğin, alıcılar satıcılar kadar araçlar hakkında bilgi sahibi olsaydı) iyi araçlara yüksek fiyatlar, kötü araçlara düşük fiyatlar teklif edilecekti. Böylece iyi araçlar piyasadan çekilmeyecek ve piyasadan beklenen verim elde edilecekti.

b. Finansal Piyasada

Akerlof, yukarıda izah edildiği üzere araba piyasasında ortaya çıkan durumun, finansal piyasalarda da olabileceğini ileri sürmüş ve sigorta piyasasını örnek göstermiştir. Örneğin, 65 yaşın üzerindeki insanların sağlık sigortası yaptırmak istemedikleri bilinen bir gerçektir. Zira artan sağlık riski sigortacıları yüksek primler belirlemeye sevk etmektedir. Ortaya çıkan bu durum için doğası gereğidir ve başlangıçta mantıklı olan da bu çözüm gibi durmaktadır. Ancak sigorta fiyatları, riski karşılayacak kadar yüksek belirlenirse ters seçim etkisi ortaya çıkacaktır.⁴¹

Sigortanın fiyatı arttıkça, sigorta yaptırmak isteyen kişiler gerçekten sigortalanmaya ihtiyacı olduğunu hisseden insanlar olacaktır. Nitekim bu durum sigorta yaptıran kişilerin, sağlık durumu ortalamadan daha kötü olan insanlar olması neticesini doğuracaktır. Zira sigorta yaptıracak şahıslar kendi sağlık risklerini, sigorta şirketinden daha iyi bilmektedirler. Böylece sigorta şirketi riski karşılamak amacıyla fiyatları yükselttikçe, fiyat yüksekliğinden çekinen daha sağlıklı insanlar sigorta yaptırmaktan vazgeçecektir. Netice itibarıyla sigorta yaptırmak isteyenler sadece sağlık riski yüksek

³⁶ Sarıkaya, Murat (2002), "Asimetrik Bilgi Çerçevesinde Müzayedeler" Cumhuriyet Üniv. İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, s. 99.

³⁷ The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and Market Mechanism (1970).

³⁸ ABD'de konuşma dilinde bu tür otomobiller limon diye adlandırılmaktadır.

³⁹ Akerlof, George A. (1970), The Market For 'Lemons': Quality Uncertainty And The Market Mechanism, Vol. 84, No. 3, s. 489 vd.

⁴⁰ Sarıkaya, s. 100.

⁴¹ Akerlof, s. 492.

olan kişiler olacaktır.⁴² Bu durum ise, sigorta şirketinin aleyhine sonuçlanacaktır.

Limon problemi, borç piyasaları ve pay senedi piyasaları gibi finansal piyasalarda da ortaya çıkabilir. Pay senedi almayı düşünen potansiyel yatırımcıların geneli,⁴³ kâr getirisi yüksek ihtimalli ve düşük riskli (iyi) bir pay senedi ile kâr getiri ihtimali düşük ve yüksek riskli (kötü) bir pay senedi arasındaki farkı ayırt edemez. Bu sebeple yatırımcının ödemeye hazır olduğu fiyat, ortalama kalitedeki (kâr getirisi ve riski dengede olan) bir pay senedi fiyatı kadar olacaktır. Bu fiyat, kötü kalitede hisse senedi ihraç eden firmanın hisse senedinin fiyatı ile iyi kalitede pay senedi ihraç eden firmanın hisse senedinin fiyatı arasındaki bir fiyat olacaktır. Bu durumda pay senetlerinin iyi kalitede olduğunun farkında olan (iyi) ihraççılar senetlerini bu fiyattan satmaya razı olan şirketler ise, elinde kötü kalitede pay senedi bulunan (kötü) ihraççılar olacaktır. Böylece taraflar arasında oluşan bilgi düzeyindeki eşitsizlik nedeniyle finansal piyasada ters seçim etkisi piyasasının etkin çalışmasına engel olacaktır.

Yatırımcının bilgi eksikliği firmaların sermaye piyasasından bekledikleri verimi elde edememesi sonucunu doğuracaktır. Bu durum firmaların, yatırımcıdan daha büyük bir zarar görmelerini netice verecektir. Piyasaların etkin düzeyde çalışmaması, ayrıca ülke ekonomisini olumsuz yönde etkileyecektir. Dolayısıyla yatırımcının bilgi eksikliğinin giderilmesi kamusal bir yarardır. Sanılanın aksine, sözleşmenin zayıf tarafı görünen, güçlü görünenden etki gücü olarak daha güçlüdür.

Sonuç olarak; meşhur bir atasözü olan ‘*insanı yaşat ki devlet yaşasın*’ sözünü burada ‘*yatırımcıyı koru ki piyasa işlesin*’ olarak revize edebiliriz.

2. Ahlaki Riziko

Ahlaki riziko, taraflar arasında işlem gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan bir asimetric bilgi problemidir. Borç verenler (veya yatırımcı), borç alanların (veya ihraççının) yatırım projelerinin

kalitesini belirleme güçlüğü yaşarlar. Borç alanlar, borç vereni zarara uğratabilecek, riskli ve temerrüt olasılığını artıran faaliyetlerle uğraşma güdüsüne sahiptirler.⁴⁴ Ahlaki tehlike sorunlarına kredi ve finans piyasalarında oldukça sık rastlanabilmektedir. Bu noktada kredi alan (veya ihraççı), kredi verene (veya yatırımcıya) karşı ahlaki olmayan (arzu edilmeyen) faaliyetlerde bulunarak, kredi verenin çıkarını zedelemektedir. Yatırımcının bilgisi dışında yapılacak bu riskli davranış ve faaliyetler, yatırımcının sağladığı krediyi geri ödenme riski altına sokmaktadır. Ahlaki riziko durumunda, krediyi alan ihraççı kısa zamanda çok kazanç elde edilebilecek ancak riski yüksek projelere yatırım yapmaktadır. Böylece proje başarılı olursa yüksek kar elde edecek ve bundan kazançlı çıkacaktır ancak eğer sermayeyi kaybederse kaybın getireceği zararın büyük kısmına yatırımcı katlanacaktır.⁴⁵

Sonuç olarak: Eksik bilgi, sahibinin ters seçim (adverse selection) yapmasına ve fazla bilgi sahibi bakımından da bunun kötüye kullanılmasına (moral hazard) zemin hazırlar. Öte yandan, bu problem profesyonel yönetim ilişkilerinde (özellikle anonim şirket yönetimlerinde), yöneticinin sahip olduğu asimetric bilgiyi, kendi lehine, fakat şirket aleyhine kullanması problemine de kapı aralamaktadır.⁴⁶

B. ASİMETRİK BİLGİYİ DOĞURAN ESAS SEBEPLER⁴⁷

1. Yatırımcının Bilgi Eksikliği

a. Finansal Okur-yazarlığın Eksikliği (İç Etken)

Büyük bir ekonomik değişim alanı olan sermaye piyasası “*profesyonel*” nitelikte bilgi gerektiren bir alandır. Zira mali tablo ve raporların, izahname gibi bilgi araçlarının gereği gibi anlaşılıp

⁴² Akerlof, s. 493.

⁴³ Bu değerlendirme yatırımcıların büyük çoğunluğunun finansal okuryazarlık seviyesinin düşük olduğu göz önünde bulundurulmuş yapılmıştır.

⁴⁴ Mishkin (1999), s. 1523 vd. ; ayrıca detaylı bilgi için bakınız: Mishkin, Frederic. S. (1990), “*Asymmetric Information and Financial Crises: A Historical Perspective*”, NBER Working Papers Series, Working Paper No. 3400, pp. 1-38.

⁴⁵ Aras, Güler & Müslümov, Alövsat (2004), “*Kredi Piyasalarında Asimetric Bilgi ve Bankacılık Sistemi Üzerindeki Etkileri*”, İktisat, İşletme - Finans Dergisi, Sayı: 222, s. 57.

⁴⁶ Memiş & Turan, s. 35.

⁴⁷ Zikrettiğimiz ve hakkında açıklama yaptığımız sebepler, esas sebepler olup tahdidi değil tadadi bir izah söz konusudur.

değerlendirilebilmesi için öncelikle yatırımcı belli başlı bazı bilgilere sahip olmalıdır. Bu sebeple, piyasada işlem yapmak isteyen yatırımcının kamuyu aydınlatma ilkesi kapsamında piyasaya sunulan bilgileri değerlendirebilecek eğitime sahip olması gerekir.⁴⁸ Nitekim bu piyasa sağladığı büyük kârın yanında büyük riskleri de bünyesinde barındırmaktadır. Ancak uygulamaya bakıldığında kolektif yatırımcıların aksine bireysel yatırımcıların genelinde finansal okuryazarlık seviyesinin⁴⁹ düşük olduğu gözlemlenmektedir. Bu durum ise kamuyu aydınlatma ilkesinin arzu edilen neticeyi (asimetrik bilgi sorununu ortadan kaldırmak) sağlamasına engel olmaktadır.

Ülke ekonomisinin refahı bireylerin refahını doğrudan etkilediği gibi bireylerin de refahı ülke ekonomisini doğrudan etkilemektedir. Bu durum inkâr edilemez bir gerçektir. Nitekim finansal okur-yazarlığın artması sadece bireysel refahı değil, toplumsal refahı da beraberinde getirecektir. Bir başka açıdan bakıldığında, finansal okuryazarlığın eksikliği asimetrik bilgiyi, asimetrik bilgi ise yanlış ve verimsiz yatırımlara neden olacağı için bireylerin tasarruflarını yitirmesi ile sonuçlanacaktır. Tasarruflarını verimsiz yatırımlara sarf eden bireylerin refah seviyesi düşecektir. Bu durum ise sermaye piyasasına yapılabilecek sonraki yatırımların önünü kesecek ve dolayısıyla sermaye piyasasında, nihayetinde ülke ekonomisinde zarara sebep olacaktır.

⁴⁸ **İhtiyar**, s. 113.

⁴⁹ "İnsanların gelişen ve değişen günümüz sosyoekonomik koşullarından, kullanılabilir finansal ürün/hizmetlerin artan çeşitliliği ve karmaşıklığı ile baş edebilmek ve hayatta kalabilmek için finansal okuryazarlık becerilerini geliştirmeleri kaçınılmaz hale gelmiştir. Finansal okuryazarlık becerilerine sahip olmak, hem finansal problemleri çözmek hem de bunları daha önceden öngörüp kaçınabilmek için önemlidir. Bireyler hayatlarının her anında çeşitli kararlar almaktadır. Finansal kararlar ise bireyin geleceğini şekillendiren önemli kararlardır. Parası olan herkes küçük ya da büyük olsun finansal karar almak zorundadır. Burada önemli olan bilinçli ve doğru kararlar alabilmektedir. Bilinçlenmek, tecrübeyle olabileceği gibi eğitime de olabilmektedir. Ancak tecrübeler her zaman iyi sonuçları netice vermeyebilir." (Öztürk, Elvan & Demir, Yusuf (2015), "Finansal Okuryazarlık ve Para Yönetimi: Süleyman Demirel Üniversitesi Akademik Personel Üzerine Bir Uygulama", Muhasebe ve Finansman Dergisi (MUFAD), Ekim 2015 sayısı, s. 114) Bu sebeple pratiğe dönük eğitimler, finansal bilinçlenmeyi netice verebilecek en etkili çözümlerdendir.

Son yıllarda finansal okur-yazarlığın önemi gelişmiş ülkelerde fark edilmiştir. Bireyler hayatları boyunca en basit tasarruflarında⁵⁰ dahi finansal kararlar almak zorundadırlar. Bu kararlar sadece bireyi değil toplumu ve ülke ekonomisini topyekün olarak etkilemektedir. Dolayısıyla finansal okur-yazarlık seviyesinin toplum genelinde artmasında ihraççıların ve devlet ekonomisinin büyük menfaati vardır.

b. Dış Etkenler

Dış etkenler, yatırımcıların kendilerinden kaynaklanmayan bilgi eksikliğidir. Özellikle ihraççılar, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkesi gereği kamuya sunmaları gereken belge ve bilgileri sunmalarını yahut eksik, hatalı, yanlış olarak sunmaları sonucu, asimetrik bilginin ortaya çıkmasına sebebiyet verirler. Ayrıca ahlaki riziko probleminde de izah edildiği üzere ihraççıların yapılan yatırımları tehlikeye atacak riskli işler yapabilmesi ve ihraççı şirketlerin yöneticilerinin kendi menfaatleri lehine yatırımcıların aleyhine işlemler yürütebilmesi ve bu durumların yatırımcılar tarafından takip edilememesi asimetrik bilginin ortaya çıkmasında diğer bir boyutu teşkil eder.

2. Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)

Piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) kavramının, üzerinde uzlaşılmış, genel kabul gören evrensel bir tanımı mevcut değildir. Manipülasyon Fransızca kökenli bir kelimedir. Türkçede karşılığı olarak öngörülen sözcük "yönlendirme"⁵¹dir. Ancak yönlendirme kelime anlamı bakımından olumlu bir manayı haizdir. Halbuki manipülasyon kavramı mana olarak olumsuz bir işlemi nitelemektedir. Dolayısıyla "yönlendirme" kelimesi, manipü-

⁵⁰ Mesela bir öğrenci daha küçük yaşlardayken bir kalemi hangi kırtasiyeden alacağına ve hangisinden aldığına daha karlı çıkacağına karar vermektedir. Kırtasiyenin ayakta kalabilmesi için öğrencilerin kendinden alışveriş yapması gerekmektedir. Öğrenciler alışverişleriyle kırtasiyenin geleceğini şekillendirmektedirler. Bu sebeple kırtasiyeciler öğrencilerin kendisinden alışveriş yapılmasını cazip hale getirmelidir. Eğer küçük yaşlardayken, o küçük görünen alışverişlerin neleri netice vereceği kendisine öğretilbilirse olgun bir birey haline geldiğinde tasarruflarını daha etkin ve verimli kullanabilecektir.

⁵¹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bacc0a3ee25b4.58533102, s.e.t. 27.09.2018.

lasyon kavramını istenilen şekilde karşılayamamaktadır.⁵² Bu sebeple öğretilerde, manipülasyonun karşılığı olarak; “*sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek hileli hareketler yapmak*”⁵³ tanımlamaları karşımıza çıkmaktadır. Ancak manipülasyon sadece hareketlerle yapılmaz. Bazen hareketsiz kalınarak da manipülatif neticeler ortaya konabilir. Bu sebeple 6362 sayılı SerPK’ da “*manipülasyon*” terimi yerine “*piyasa dolandırıcılığı*” kavramı kullanılmaktadır.

Piyasa dolandırıcılığının (manipülasyonun) hukuki unsurları özellikle ABD yargı kararlarında olmak üzere öğretilerde tartışmalıdır.⁵⁴ Piyasa dolandırıcılığının maddi unsurunu hareket noktası kabul eden kararlar olduğu gibi manevi unsurunu esas alan görüşler de mevcuttur. Ancak özü itibarıyla piyasa dolandırıcılığı; serbest piyasada arz ve talebe göre fiyat oluşumunu engelleyen, fiyat oluşum mekanizmasına hileli olarak müdahalede bulunan işlemlerdir. Gerçek arz ve taleple bağlantılı olmadığı halde piyasada belli bir yönde hareket olduğu şeklinde yanlış izlenim oluşturma sonucu doğuran veya salt fiyatlarla oynama amacı taşıyan işlemler, manipülatif kabul edilmiştir. Piyasa dolandırıcılığını sadece görünürdeki işlemlerle sınırlı olarak değerlendirmemek gerekir. Görünürde manipülatif nitelik taşımadığı, dolayısıyla gerçek bir piyasa işleminden farklı görünmediği halde, işlem yapanın amacı, fiyatı yükseltmek veya düşürmek olduğunda bu işlemler de manipülatif kabul edilmektedir.⁵⁵ Böylece piyasa dolandırıcılığı, yanlış ve hileli bilgilerin piyasaya karışmasına sebep olduğu için asimetrik bilgiye sebep olmaktadır.

Piyasa dolandırıcılığına benzer bazı kavramlar mevcuttur. Örneğin; fiyat istikrar işlemleri de manipülatif niteliktedir. Zira fiyat istikrar işlemleri de piyasada yapay bir fiyat oluşumuna sebep olur ve yatırımcıyı aldatabilecek bir durum oluşturmaktadır. Ancak fiyat istikrar işlemlerini piyasa dolandırıcılığından ayıran özellik olumsuz anlamda yönlendirme olmayışıdır. Çünkü bu işlemler fiyatı yükseltmek ya da düşürmek amacıyla değil, düşüşü engellemek saikiyle yapılmaktadır.⁵⁶ İki kavramı birbirinden ayırmak adına, ABD hukukunda, hilenin, piyasa dolandırıcılığının zorunlu bir unsuru olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷

Sermaye piyasasının gelişimini ve güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyen en önemli etken, piyasanın kötüye kullanılması yönündeki işlemlerdir. Bu sebeple piyasa fiyatının korunması kamusal bir görev olarak kanunkoyucu tarafından öngörülmüştür. Piyasa fiyatının yapay ve yanlış olarak oluşmasına sebep olan manipülatif işlemleri önlemek için hukuki, cezai ve idari yaptırımlar⁵⁸ Sermaye Piyasası Kanunu’nda öngörülmüştür.

3. Bilgi Suistimali (İçerden Öğrenenlerin Ticareti)

Yatırımcılar, finansal piyasada işlem yapmadan önce sahip oldukları yahut yatırım yapmak istedikleri sermaye piyasası araçlarının değerini doğrudan yahut dolaylı biçimde etkileyebilecek bilgileri ve spekülasyonları öncelikle göz önünde bulundururlar. Yatırım kararları açısından sermaye piyasası aracına yahut ihraççısına dair bilgiler son derece önemlidir. Bu sebeple ihraççının faaliyetlerine ilişkin bilgiler düzenli olarak halka açıklanmaktadır.⁵⁹ Bu bilgilendirme faaliyeti kamuyu aydınlatma ilkesi gereği aynı zamanda bir kanuni zorunluluk⁶⁰ teşkil etmektedir.

⁵² **Manavgat**, Çağlar (2008), Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 7, 89.

⁵³ **Evik**, Ali Hakan (2004), Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 76.

⁵⁴ Bu konuda detaylı bilgi edinmek için bakınız: **Manavgat**, Çağlar (2008), Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Bankacılık ve Ticaret H. A. E.

⁵⁵ **Manavgat**, s. 11 vd.

⁵⁶ **Manavgat**, s. 47.

⁵⁷ **Manavgat**, s. 55.

⁵⁸ SerPK m. 107, m. 104; İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmelik (8 Aralık 2012 tarihli ve 28491 sayılı Resmi Gazete) m. 23, 24, 53/d; detaylı bilgi için bakınız: **Şensoy**, Deniz (2013), “Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s. 369-402.

⁵⁹ **Esen**, M. Fevzi (2015), “Finansal Piyasalarda Bilgi Asimetrisi Kaynakları ve İçerideki Bilgi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, cilt: 8, sayı: 40, s. 703.

⁶⁰ SerPK m. 4 ve 14.

İhraççı veya sermaye piyasası araçlarına dair bilgiler sermaye piyasalarında ekonomik getiri ve kayba kolayca dönüşebilmektedir. Bu sebeple henüz kamuya açıklanmamış “içerideki bilgi”lere⁶¹ kolayca erişebilecek veya erişim sağlayan şahısların,⁶² bu bilgileri kullanarak menfaat elde etmeye çalışması sonucunda, piyasada bilgi asimetrisi oluşmaktadır. Öğretide içerden öğrenenlerin ticareti olarak isimlendirilen faaliyet, Sermaye Piyasası Kanunu’nda bilgi suistimali suçu (m. 106) olarak düzenlenmektedir.

Piyasalardaki bilgi kaynaklı problemlerden olan içeriden öğrenenlerin ticareti, piyasada şeffaflık ilkesinin uygulanmasını engellemekte, yatırımcıların eşit şartlarda, aynı bilgilere sahip olarak rekabet etmesinin önüne geçmekte, bunun sonucu olarak yatırımcıların piyasaya olan güvenini sarsmaktadır.

Örneğin, bilgi asimetrisine sebebiyet veren bu tür bilgi suiistimalleri dolayısıyla ABD ekonomisi her yıl altı yüz milyar doların üzerinde bir zarara uğramaktadır. Manipülasyonlar, içerden öğrenenlerin ticaretleri gibi bilgi asimetrisine sebebiyet veren problemlerin, ekonomide meydana getirdiği bu denli büyük hasarlar dikkate alındığında, piyasanın ihtiyacı olan doğru, tam ve amaca uygun bilginin sermaye piyasası için ne denli gerekli bir temel yapı taşı olduğu anlaşılabilir.⁶³

C. SİMETRİK BİLGİYİ ve YATIRIMCININ GÜVENİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK ÇÖZÜMLER⁶⁴

Sermaye piyasası sistemine dâhil olan ihraççı, yatırımcı ve diğer tarafların aralarındaki doğru ve tam bilgi aktarımını sağlayabilecek güvenli yolların geliştirilmesi ile piyasalarda ortaya çıkabilecek bilgi asimetrisi asgari seviyeye indirebilecektir. Bundan maksat, hem sermaye piyasasına katılan tarafların (özellikle zayıf konumdaki yatırımcının) haklarını korumak hem de piyasaya dâhil edilmeye çalışılan atıl fonları ülke ekonomisinin gelişmesine katkı sağlayabilecek verimlilikte kullanabilmektir.⁶⁵ “Günümüzde ekonomiler için sermaye piyasaları, sermaye piyasaları için de anlamlı ve doğru bilginin önemi her geçen gün artmaktadır. Sermaye piyasalarının etkin bir şekilde çalışabilmesi için fon arz edenlerle fon talep edenler arasında bilgi alışverişinin tam ve kusursuz olması gerekmektedir.”⁶⁶ Tam ve kesin bilgiyi sağlamak bir idealdir. Çoğu zaman bu kadar kesin ve tam bilgi aktarımı sağlanamamaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki eksikliği tamamlayacak yegâne unsur yatırımcıya temin edilecek yahut yatırımcıda oluşturulacak güvendir. Çoğu zaman yatırımcıda oluşturulacak güven bilgiden daha önemli hale gelmektedir. Yatırımcıların çok azı finansal okur-yazarlığına dayanarak araştırma yapıp yatırım kararı almaktadır. Oysaki yatırımcıların çoğunluğu kendisinde güven oluşturan ihraççıyı seçerek yatırım yapmaktadır.

1. Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık İlkeleri

Sermaye piyasası hukukunun en temel ilkelerinden biri kamuyu aydınlatma ilkesi, bir diğeri de şeffaflık ilkesidir. Bu ilkeler, bir yandan sermaye piyasasından beklenen verimi alabilmenin aracı

⁶¹ “Sermaye piyasasında, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen en önemli unsurlardan birisi bilgidir. Fiyat üzerinde etkili olabilecek, kamuya açıklanmamış bir bilgiye daha önce sahip olan ve bunu kullanan kişi ve kurumların, diğer yatırımcıların aleyhine haksız kazançlar elde etmesi mümkündür. Bunun önüne geçmek için, yatırımcılara tam, doğru ve ayrıntılı bilgilerin eş zamanlı olarak sunulmasını ve yatırımcıların da bu bilgiler ışığında karar vermelerini sağlayan kamuyu aydınlatma ilkesi kabul edilmiştir.” Kaytaç, s. 138.

⁶² Kanunda sayıldığı üzere; “a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, d) Sahip oldukları bilginin bu fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler” (SerPK m. 106).

⁶³ Esen, s. 706.

⁶⁴ Çalışmamızda ifade ettiğimiz çözümler tahdidi değil taddidir. Asimetrik bilgi sorunsalını çözmeye yönelik hukuki tedbir ve düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir ve sınırlı da kalmayacaktır. Sermaye piyasası düzenlemeleri her geçen gün üzerine katarak ilerleyen bir hukuki alandır.

⁶⁵ Çörtük, Orcan & Erten, Mustafa (2016), “Türkiye’de Kamuyu Aydınlatmanın Sermaye Piyasasına Etkisi”, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1, s. 65.

⁶⁶ Çörtük & Erten, s. 66.

iken, diğer yandan sermaye piyasası hukukunun birer amacıdır. Zira yatırımcının hür iradesiyle yatırım kararı alabilmesi ancak şeffaf bir ortamın sağlanması ile mümkün olabilecektir.⁶⁷ Nitekim kamuyu aydınlatma ilkesi ve şeffaflık ilkesi öngörülüş amaçlarına uygun kullanıldıklarında, piyasada faaliyet göstermek isteyenlerin gerçekleştireceği işlemlere ilişkin kamunun erişimine sunulması gereken bilgiler gerçekte olduğu gibi aktarılacak olacaktır.

İki ilke her ne kadar birlikte zikredilse de birbirlerinden ayrıldıkları yönleri mevcuttur. İki ilkenin amacı da asimetrik bilgi sonucu oluşan olumsuzluğu gidermek ise de; kamuyu aydınlatma, belirli bilgilerin kanunen öngörülmüş şekillerde kamuya aktarılmasını sağlarken, şeffaflık ise, piyasa işlemlerinde işlemlerin ve işlemleri icra edenlerin bilinebilmesi ve anlaşılabilmesine hizmet eder. Bu sebeple şeffaflık ilkesi; yatırımcıya tasarrufta bulunacağı sermaye piyasası aracının iyi ve kötü yanlarını aynı anda sunmayı gerektirir.⁶⁸

Uygulamada daha çok kamuyu aydınlatma ilkesinin aktif olarak işletildiği göze çarpmaktadır. Şeffaflık ilkesi henüz bu kadar gelişmemiştir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Genel Gereğesininin 68. paragrafında şu şekilde bir analiz yapılmıştır: “Kamuyu aydınlatma esasında yılsonu finansal tabloları bağlamında ortaya atılmış ve gelişmiş bir öğretilerdir. Daha sonra anonim şirketlerle ilgili her konuda uygulanır bir kapsam kazanmıştır. Kamuyu aydınlatma bugün yerini oldukça büyük bir oranda daha anlaşılır bir kavram olan şeffaflığa bırakmıştır. Şeffaflığın yöneldiği hedef kitleler daha geniştir. Şeffaflık halka açık anonim şirketleri merkez alan bir anlayışın değil, bilgi toplumu yaklaşımının bir ürünüdür. Her iki terimde son elli yıldan beri anonim şirketler hukukunda gün geçtikçe ağırlığını artıran değerleridir.”⁶⁹ Gereğesinden de anlaşılacağı üzere şirketler kamuyu aydınlatma ilkesi gereği yükümlü oldukları izahname gibi hukuki araçları kamuya sunmakla hukuki mesuliyetlerinden kurtulurlar. Kamuya sunulan bu hukuki izahlar kamunun bilgilendirilmesi konusunda şirketler

esas alınarak öngörülmüştür. Ancak yatırımcıların birçoğunun finansal okur-yazarlık seviyesi bu izahları anlamaya yetmeyebilir. Bu sebeple kamuya sunulan bilgilerin bir kesim yatırımcıya değil, geneline hitap etme amacıyla kaleme alınması ve şekillendirilmesi, şeffaflık ilkesinin gereğidir. Yani şeffaflık ilkesi kamunun bilgilendirilmesinde yatırımcıyı esas alır.

Şeffaflık kavramı, “sermaye piyasaları açısından, açıklanan bilginin ilgilileri tarafından karar verme süreçlerine yardımcı olacak şekilde, zamanında, doğru, eksiksiz, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük maliyetle kolay erişilebilir ve eşit bir biçimde kamunun kullanımına sunulmasıdır.”⁷⁰ İdeal manasının bu şekilde ifade edildiği şeffaflık kavramının, piyasalarda kendisinden beklenen olumlu etkinin doğabilmesi için bazı ön şartlar mevcut olmalıdır. Bunlardan biri, piyasaya bilgilendirme yapanların bu konuda yeterli ve istekli olmalarıdır. Bir diğer şart ise, bilgilendirmenin muhatabı olan tarafların, sunulan bilgiler vasıtasıyla bilgilendirme yapan tarafı kolaylıkla değerlendirebilmesidir.⁷¹

“Öğretide, kamuyu aydınlatma ilkesini ifade etmek üzere; ‘halkın ayrıntılı bir biçimde aydınlatılması’, ‘aleniyeti de içeren genel, toplayıcı bir kavram’, ‘üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyan bir ilke’, ‘sermaye piyasasının özünü ruhunu oluşturan bir hukuki müessese’, ‘menfaat sahiplerinin özel bilgi alma hakkı’ şeklinde açıklamalar yapılmaktadır.”⁷² Ancak İhtiyar’a⁷³ göre bu ifadeler, bütünü kapsamak yerine kavramın çeşitli yönlerini ele almaktadır ve bu sebeple yeterli değildir.

Her ne kadar birbirlerinden ayrı fonksiyonlar içerseler de kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkeleri birbiriyle ilişkili kavramlardır. Bildirimi yapanlar açısından şeffaflık özümzendikçe yapmış oldukları bildirimler nitelik ve nicelik yönünden gelişim gösterecektir. Diğer yandan, sermaye piyasalarını düzenleyici ve denetleyici otoriteler tarafından, bildirimlerin kamuya duyurulma yöntemi

⁶⁷ Memiş & Turan, s. 33.

⁶⁸ Memiş & Turan, s. 33-34.

⁶⁹ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Gereğesi – no: 068.

⁷⁰ Çörtük & Erten, s. 68.

⁷¹ Çörtük & Erten, s. 68.

⁷² İhtiyar, s. 60

⁷³ İhtiyar, s. 61

ve içeriği belirlenerek etkinliği artırıldıkça, şirketlerin şeffaflık düzeyleri de artacaktır.⁷⁴

Sermaye piyasasında faaliyet gösteren kurum, kuruluş ve şirketler bu iki ilkeye ne kadar uygun hareket ederlerse sermaye piyasası o kadar verimli işler. Bu ilkeler, asimetrik bilgiyi en aza indirmek amacıyla ortaya konulan en etkili çözümlerendir.

Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkesinin iki önemli aracı vardır. Bunlar izahname ve izahnamenin özetidir.

a. İzahname

Yatırımcıların piyasaya sürülen (halka arz edilen) sermaye piyasası araçları ve bunların ihraççıları hakkında bilgi sahibi olabileceği en önemli kamuyu aydınlatma araçlarından biri olan izahname,⁷⁵ SPK tarafından içeriği tespit edilen ve piyasa araçlarının halka arzında açıklanması gereken bilgileri yatırımcıya sunan bir belge niteliğindedir.⁷⁶ Ayrıca izahnamenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır.⁷⁷

İzahnamede yer alan bilgiler yatırımcılar tarafından kolaylıkla anlaşılabilir ve değerlendirilebilecek şekilde sunulmalıdır (SerPK m. 4/2). İzahname, ihraççıya ve ihraç edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin bilgiler ile bir özet bölümü de içermek üzere bir veya birden fazla belge şeklinde düzenlenebilir. Özet bölümü ihraççıya, varsa garantöre, garantinin niteliğine ve ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarına ilişkin temel özellik, hak ve riskleri içerecek şekilde kısa, açık ve anlaşılır ifadelerden oluşmalıdır (SerPK 4/4).

İzahname açısından vurgulanması gereken en önemli husus; *“izahname menkul kıymetlerin halka arzında kullanılması gereken en önemli kamuyu aydınlatma aracıdır. Yatırımcının aldatılmasının önlenmesinde en etkili yol, sağlıklı karar vere-*

*bilmesini sağlayıcı bilgilerle donatılmış bir izahnamenin eline geçmesinin sağlanabilmesidir.”*⁷⁸ İkinci önemli husus ise izahnameyle yatırımcının buluşma anıdır. Zira izahnamenin yatırımcıyla buluşmaması kamuyu aydınlatma ilkesine aykırı olduğu gibi izahnamenin yatırımcının eline öngörülen vakitte ulaşmaması da ilkeye ters düşen bir durumdur. Çünkü bu durumda da yatırımcı, yatırım kararını eksik bilgilerle verecek ve zarara uğrama riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu sebeple izahname, *“yatırım kararı verilmeden önce ve ihraççı şirket tarafından sermaye piyasası aracı satış teklifinin yapıldığı anda yatırımcıya tevdi edilmelidir.”*⁷⁹

İhraççı tarafından sermaye piyasası araçları halka arz edilmeden önce, sermaye piyasası kurulunun belirlediği usul ve esaslara uygun şekilde bir izahname hazırlanması zorunludur (SerPK m.5). *“Kurul, İzahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen izahname standartlarına göre eksiksiz olduğunun tespiti halinde izahnamenin onaylanmasına karar verir”* (SerPK m.6). İzahnamelerin hepsinde bulunması gereken ortak hususlar şunlardır:⁸⁰

i. Ortaklık Hakkında Bilgiler: Şirketin ticaret unvanı, kuruluş tarihi, süresi, merkezi ve şubeleri ile ortak sayısı gibi bilgilerdir. Bu bilgiler arasında, şirketin mevcut sermaye yapısı ve paylarına ilişkin hususlar da bulunmalıdır. İhraççının hangi sermaye sistemini kabul etmiş olduğu bilgisi de bu bölümde yatırımcıya sunulmalıdır.

ii. Artırılan Sermaye Payları ve Halka Arza İlişkin Bilgiler: Bu kısımda hisse senetlerinin tertibi, türleri, toplam tutarı, imtiyazlı hisse senedi ihraç edilecek ise, bunlara tanınan imtiyazların niteliği gibi konularda izahnamede yeterli bilgi yer almalıdır. Ayrıca mevcut ortakların yeni pay alma haklarını hangi usul ve esaslara uyarak kullanacakları ve mevcut ortaklara hisse senedi dağıtımından

⁷⁴ Arsoy, A.P. (2008), *“Kurumsal Şeffaflık ve Muhasebe Standartları”* Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt: X, Sayı: II, s. 24.

⁷⁵ Çatakoğlu, Buket (2016), *“Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk”*, Kastamonu Üniversitesi İ.İ.B.F.D., Cilt: 11, Sayı:1, s. 118.

⁷⁶ İhtiyar, s. 121.

⁷⁷ Bu tartışmalar için bakınız: İhtiyar, s. 122, dipnot 16; Çatakoğlu, s. 120 vd.

⁷⁸ Somer, Mehmet (1990), *Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerindeki Etkileri*, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 75.

⁷⁹ Kabaalioglu, Haluk A. (1985), *Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, 1. Baskı, İstanbul, s. 156.

⁸⁰ İzahnamelerde bulunması gereken ortak hususlar yazılırsa; İhtiyar, s. 124 vd.’ dan yararlanılmıştır. Detaylı bilgi için bakınız: İhtiyar, s. 124 vd.

sonra kalan payların halka ne şekilde arz edileceği hususu da ayrıntılı olarak belirtilmelidir.

iii. Satış Hakkında Bilgiler: İzahnamenin bu kısmında halka arz sürecine yönelik ayrıntılar ve özellikle satış işlemi hakkında bilgiler bulunmalıdır. İlk olarak, satış fiyatı ile fiyat tespiti yöntemleri açıklanmalıdır. Özellikle hisselerini ilk kez halka arz edecek ihraççılarda fiyatlandırma ciddi bir sorundur.⁸¹ Ayrıca, aracılık yapan kurumların Unvanı, adresi, yetki belgelerinin tarih ve numarası ile sermaye durumları belirtilmeli ve aracılığın niteliği,⁸² aracı kuruma ödenecek komisyon miktarı da gösterilmelidir. Belirtilen husulara ek olarak satış sonucunda elde edilebilecek gelir tahmini ve bu gelirin hangi alanlarda kullanılacağı da yatırımcıların bilgisine sunulmalıdır.

iv. Mali Durum Bilgileri: Yatırımcıların belki de en merak ettiği konu ihraççının mali durumudur. Hiç kimse finansal olarak düşüşte olan yahut batık durumdaki bir ihraççının sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmak istemez. Dolayısıyla ihraççı kendine ait bilanço ve gelir tablosunu genel kabul görmüş muhasebe ilke ve esaslarına göre yatırımcıya izahnamenin ilgili bölümünde sunmalıdır. Kurulca hazırlanan izahname örneklerinde bilanço ve gelir tabloları ihraççının son üç yılını kapsamaktadır. Ancak kamuya sunulan bu bilgiler ne kadar uzun süreyi kapsarsa asimetrik bilgi sorunsalını çözmede o kadar faydalı olacaktır.

v. Mali Tablolara İlişkin Bilgiler: İzahnamenin bu kısmında, mali tablo kalemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi verilerek tablolarda yer alan her bir unsurun karşılıkları ayrı ayrı gösterilmelidir. Özellikle amortismanlar, kıdem tazminatları, sigorta primleri, personel giderleri gibi hususlar net miktarlar şeklinde gösterilmelidir. Öte yandan, şirketin sahip olduğu kaynaklar gösterilerek bunların öz ve yabancı kaynak olup olmadığı da belirtilmelidir.⁸³ Bu kısımda ayrıca belirtilmesi gereken ve yatırımcının büyük önem verdiği husus, ihraççının dağıtmış olduğu geçmiş dönemlere ait kâr miktarıdır.

Bunun yanında sunulan bilgilerin doğruluğuna olan güveni sağlamak için bağımsız denetime ilişkin bilgiler de sunulmalıdır. Denetçinin kim olduğu ve ne kadar ücret aldığı konusunda yatırımcı bilgilendirilmelidir. Son olarak ihraççının dâhil olduğu iştirakler varsa bunlar da ayrıntılı olarak yatırımcıların bilgisine sunulmalıdır.

vi. Mali Analize İlişkin Bilgiler: Bu kısımda, yatırımcılara ihraççı hakkında finansal analiz yapmayı sağlayacak bilgiler sunulur. Ancak bu analizleri yapabilmek finansal okur-yazarlığa bağlı olduğundan bu bilgiler, bireysel yatırımcılardan ziyade kurumsal yatırımcılara hitap etmektedir.

vii. Yönetime İlişkin Bilgiler: Bu kısımda ihraççının yönetim ve temsilinde görev alan kişiler yatırımcının bilgisine sunulur. Yönetim kurulu üyelerinin kimliği, görevi, mesleği, özgeçmişleri kamuya açıklanmalıdır. Bu kısımda açıklanan bilgilerde yatırımcıların ilgisini çekmektedir. Çünkü yatırımcılar, yaptıkları yatırımın mesleğinde uzman kişilerce yönetilip kendilerine kâr olarak dönmesini isterler. Yönetici olan kişilerin kamuya verdiği güven, yatırımcıların, yatırım kararı almalarında büyük etkiye sahip olmaktadır. Ayrıca yöneticilere, ihraççı tarafından tanınan imkânlar da belirtilmelidir. Eğer şirket yeni kurulmuşsa yöneticilerden ziyade kurucuların kamuya verdiği güven yatırımcının karar vermesini etkileyecektir. Bu sebeple, yeni kurulan şirketlerde kurucular da yatırımcılara tanıtılmalıdır.

viii. İhraççının Faaliyet Alanı Hakkında Bilgiler: İhraççı faaliyet gösterdiği sektörü, sektördeki durumu (varsa rakiplerine kıyasla başarıları, başarısızlıkları), faaliyet konuları ve teknolojik seviyesini bu kısımda kamuya açıklamalıdır. İhraççının, şirketin planladığı yeni ürün ve geliştirmek istediği teknolojiler hakkında da bilgi vermesi gerekmektedir. Ancak bu bilgiler abartıya kaçmadan riskleri ve güçlükleri de anlatılarak ifade edilmelidir. Aksi halde bu durum asimetrik bilgiyi ortadan kaldırmak yerine piyasa dolandırıcılığına sebep olur ve yatırımcının iradesi abartılı ve yanıltıcı beyanlarla yönlendirilmiş olur. Yatırımcı, yatırımından büyük kârlar beklerken aksi bir durum ortaya çıkabilir. Bu durum yatırımcının piyasaya küsmesine sebep olabilir. Bunlara ek olarak, ihraççının sahip olduğu malvarlığı değerleri (fabri-

⁸¹ İhtiyar, s. 128.

⁸² Aracılığın türleri; 'Tam Aracılık', 'Kesin Bağlantı Aracılığı' ve 'En İyi Gayret Aracılığı' olarak üçe ayrılmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Çağlar **Manavgat**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, s. 64-66.

⁸³ İhtiyar, s. 131.

kalar, tesisler, taşınır ve taşınmazlar, ürünler, varsa marka, patent vs.) açıklanmalı ve ihraççı kuruluş istihdam ettiği çalışan sayısını ve son üç yıldaki çalışan değişiklikleri hakkında da bilgi vermelidir. Son olarak belirtilmesi son derece önemli olan bilgiler ise ihraççının uyumsuzluklarıdır. Zira bu uyumsuzluklar sonucunda ihraççı kuruluş aleyhine önemli miktarlarda tazminat veya vergi borcu ödemek zorunda kalabilir. Bu durum ise, ihraççının ekonomik yapısı üzerinde olumsuz sonuç doğurur. Bu sebeple bu uyumsuzlukların seyri ve ihraççı üzerinde doğurabileceği ekonomik külfetler hakkında en kötü ihtimaller değerlendirilerek belirtilmelidir. Nitekim birçok ihraççının üzerinde birikmiş yüklü miktarda vergi borcu bulunabilmektedir. Hatta bu durum ihraççıyı iflasa kadar götürebilmektedir.

ix. Grup Bilgileri: Şirket bir grup içinde yer alıyorsa grubun faaliyet alanı ve ihraççının gruptaki konumu hakkında izahnamede gerekli açıklamalar yapılmalıdır. Grup içindeki ticari ilişki de ortaya konulmalıdır. Şirketler arası mali bağlar, grup içi yönetim de bilgilendirme kapsamına alınmalıdır.

x. Vergilendirilmeye İlişkin Esasların Bilgileri: Piyasada faaliyette bulunan tüm yatırımcılar, dağıtılan kâr ve temettü avansları sebebiyle vergi mükellefi konumuna gelebilirler. Bu sebepten ötürü belirtilen vergilendirme işlemleri hakkında izahnamede yeterli bilgiler yer almalıdır.⁸⁴

xi. Diğer Hususlar: Bu kısımda şirket esas sözleşmesi, faaliyet raporu, denetim raporu ve mali tabloların incelemeye açık tutulduğu yerler gösterilmeli, ayrıca yapılan beyanlar şirket yöneticileri, aracı kurum yetkilileri ve bağımsız denetim elemanlarınca imzalanarak sorumluluk üstlenen kişiler belirtilmelidir.⁸⁵

Kamuyu aydınlatma ilkesi açısından izahnameyi hazırlayan ihraççı şirketin yönetimi, izahnamedeki bilgilerin doğru, dürüst, yalandan ve abartıdan uzak, açık ve anlaşılır olmasına, içerisinde muğlak ve kesinliği tartışılır bilgilere yer veril-

memesine dikkat etmelidirler. Ayrıca şirket yöneticileri bu konuda yeterli bilince sahip olmalı ve sermaye piyasasının özünü teşkil eden yatırımcının güvenini kazanmak için kurulca şart koşulmamış bilgileri dahi, bilgi eksikliğini ortadan kaldırarak güveni tesis etmek için izahnameye eklemelidirler.

b. İzahnamenin Özeti

İzahname, ihraççıya ve ihraç edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin bilgiler ile bir özet bölümü de içermek üzere bir veya birden fazla belge şeklinde düzenlenebilir. Özet bölümü ihraççıya, varsa garantöre, garantinin niteliğine ve ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarına ilişkin temel özellik, hak ve riskleri içerecek şekilde kısa, açık ve anlaşılır ifadelerden oluşur (SerPK m. 4/4). Birçok yatırımcı için çok uzun gelen ve değerlendirilmesi için finansal okur-yazarlık seviyesi gerektiren izahnamenin böyle bir özet bölümünde kısaltılarak yatırımcıya sunulması gayet akıllıcadır. Böylece uzun izahnameyi okumak istemeyen yatırımcılar, izahnamenin özetini okuyarak yatırım yapmak istedikleri sermaye piyasası aracı hakkında bilgi sahibi olabilmektedirler.⁸⁶

2. Kurumsal Yönetim İlkesi

Kurumsal yönetim, işletmelerin tüm paydaşların haklarının eşit ve adil oranda korunduğu bir yönetim anlayışıyla yönetilmesini esas alan ilkeler bütünüdür.⁸⁷

Günümüz işletmecilik anlayışında artık işletmeleri pay sahipleri değil profesyonel yöneticiler yönetmektedir. Bu durum beraberinde asimetric bilgi ve temsil problemlerini doğurmaktadır. “*Smaili ve Labelle*” ye göre, yöneticilerin mevcut pozisyonlarını kullanarak finansal raporlamada usulsüzlük ve hile yaparak piyasaya sunulacak bilgileri manipüle etmeleri sonucunda ters seçim, şirket sözleşmesinde belirlenen projeler dışındaki projeleri üstlenmeleri durumunda ahlaki riziko proble-

⁸⁴ Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: **Akbulak, Sevinç & Akbulak**, Yavuz (2004), Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, 1.Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.

⁸⁵ **İhtiyar**, s. 138.

⁸⁶ Örnek bir izahname özeti için bakınız: https://www.ziraatbank.com.tr/yatirimciliskileri-ZB/duyurular-ve-aciklamalar/OzelDurumAciklamalari/YurticiBorclanmaAracihracinailiskinSPKTarafındanOnaylananOzet_13022017.pdf , s.e.t. 27.09.2018.

⁸⁷ **Karğın**, Mahmut & **Aktaş**, Rabia & **Arıcı**, Nuray Demirel (2015), “*Kurumsal Yönetimin Finansal Raporlama Kalitesindeki Rolü: Borsa İstanbul Üzerine Karşılaştırmalı Bir Uygulama*”, Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 501.

mi ortaya çıkacaktır.⁸⁸ İşletmenin yönetiminin pay sahipleri dışındaki üçüncü bir kişiye bırakılmasının ortaya çıkarabileceği ters seçim ve ahlaki riziko problemleri piyasalardaki güven ortamını zedelemektedir. Nitekim bu durum piyasalardan beklenen verimi düşürmektedir. Bu problemlere bir çözüm sunmak adına "*kurumsal yönetim*" kavramı ileri sürülmüş ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından 1999 yılında geliştirilmiş ve 2004 yılında güncellenmiştir.⁸⁹

Modern kurumsal yönetim anlayışına göre, işletmelerin yönetim ve faaliyetlerindeki amaç genişlemiştir. Geleneksel işletme anlayışında amaç, işletmenin kâr elde edebilmesi ve pay sahipleri arasında kâr paylaşımıydı. Oysa kurumsal yönetim ilkesi bu geleneksel anlayışa, işletmeyle ilişki içerisindeki tüm kişilerin menfaatlerinin ve haklarının korunması gayesini katmayı amaçlamaktadır. İşletme ile ilişki içerisindeki kişilere örnek olarak kısaca; pay sahipleri, çalışanlar, müşteriler, yatırımcılar, kredi verenler sayılabilir.⁹⁰ Ancak kurumsal yönetim anlayışına nihai açıdan bakıldığında bir bütün halinde toplumun menfaatini gözetmeyi esas alır. Kurumsal yönetim anlayışı belirtilen bu amaca ulaşmak için şeffaflık, adillik, hesap verilebilirlik ve sorumluluk adı altında dört etik ilke üzerine kurulmuştur.⁹¹

Kanun koyucu kurumsal yönetim ilkesinin uygulanabilmesi adına birçok düzenleme yapmıştır. Örneğin, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na, 657 Sayılı KHK ile 2011 yılında 22/1-z hükmü eklenmiştir. Eski düzenleme döneminde, kurumsal yönetim ilkelerini uygulamayan şirketlerin, bunun gerekçelerini açıklaması yeterliydi. Ancak yeni düzenlemeye göre, borsada işlem

gören halka açık anonim ortaklıklar kurumsal yönetim ilkelerine uymakla yükümlü tutulmuştu. Nitekim 2012 yılında kabul edilen yeni Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK m. 17/2) de aynı ideal üzerine düzenlenmiştir. Ayrıca kurumsal yönetim ilkelerinden bazıları, kurumsal yönetimden beklenen faydayı sağlamak amacıyla emredici nitelikte öngörülmüştür. Örneğin; birisi, hem icrada görevli olan ve hem de olmayan üyelerin yönetim kurulunda bulunması ancak yönetim kurulunun çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması ilkesidir. Ayrıca bir diğer önemli ilke, yönetim kurulunda bulunacak icrada görevli olmayan üyelerin içinde hiçbir etki altında kalmadan görevini yapabileme niteliğine sahip bağımsız üyelerin bulunmasıdır. Bir diğer önemli ilke ise, yönetim kurulunun sağlıklı şekilde görev ve sorumluluklarını yürütebilmesi için şartlar elverişliliği ve şirket gerekleri göz önünde bulundurularak yeterli sayıda komite ve komisyonların oluşturulmasıdır.⁹²

Kurumsal yönetimde öngörülen etik ilkeler ve kanunda yer alan emredici hükümler, asimetric bilginin iki türü olan ters seçimi ve ahlaki rizikoyu ortadan kaldırmak için öngörülmüş etkili çözümlerdir. Öngörüldüğü gibi uygulanırsa bu konuda sermaye piyasasına büyük katkı sağlayacak ve vizyon katacaktır. Örneğin; şeffaflık ilkesi gereği ihraççı şirketlerin internet ortamına bilgileri aktarma ve web sitesi kurma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk yatırımcıların bilgiye daha kolay ve hızlı erişimini sağlayarak taraflar arasındaki bilgi eksikliğini giderilmesine katkı sağlayacaktır. Hesap verilebilirlik ilkesi gereği yönetimin, yaptığı işlemlerle ilgili kararlarını açıklayabilmesi, bu işlemleri haklı sebebe dayandırması gerekecektir. Böylece ahlaki riziko sorununun çözümüne katkı sağlayacaktır. Ayrıca SerPK (m. 17) ve SPK tarafından çıkarılan Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56)'da,⁹³ yönetimde bağımsız üyelerin bulunması ve komisyonların oluşturulması ve komisyonlarda bağımsız üyelerin ağırlığını öngören hüküm-

⁸⁸ Karğın & Aktaş & Arıcı, s. 502.

⁸⁹ G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, OECD'nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, Ankara, Eylül 2015, s. 4; "İyi kurumsal yönetim kendi başına bir amaç değildir. Uzun dönemli yatırım için öz sermayeye erişime ihtiyaç duyan şirketler için gerekli olan piyasa güveninin ve iş dürüstlüğünün yaratılması için bir araçtır.", s. 3, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf> s.e.t. 10.03.2018.

⁹⁰ Öztürk, Mutlu Başaran & Demirgüneş, Kartal (2008), "*Kurumsal Yönetim Bakış Açısıyla Entelektüel Sermaye*", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 19, s. 396.

⁹¹ Bu dört kolonun izahı için bakınız: Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe, no: 89.

⁹² Aksoy, Mehmet Ali (2013), "*Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Sayı: 1-2, s. 45.

⁹³ 03.01.2014 tarihli, 28871 sayılı Resmî Gazete.

lerin bulunması yönetimdeki şahısların keyfi ve gayri ahlaki fiil ve işlemlerine set olma noktasında gayet makul çözümlerdir. Bu çözümler asimetrik bilgi sonucu yatırımcı aleyhine bozulan ekonomik dengeyi sağlamaya yöneliktir.

3. Piyasanın Denetimi

Sermaye piyasasının çeşitli yollarla denetime tabi tutulması öngörülmüştür. Bunlardan başlıcaları; SPK'nın kamusal denetimi, bağımsız denetim kuruluşlarınca bağımsız denetimi ve piyasada faaliyet gösteren kuruluşların meslek ilke ve kurallarına uygunluğunun öz düzenleyici kuruluş tarafından denetimidir.

a. Kamusal Denetim

Sermaye piyasasının güven, şeffaflık, istikrar içinde ve adilane bir ortamda işlemesi, yatırımcıların piyasada eşit şartlar altında işlem yapabilmesi ve haklarını koruyabilmesi ancak piyasanın öngörüldüğü şekilde işlemesi için getirilen kurulların uygulanıp uygulanmadığının devamlı ve ciddi bir şekilde denetlenmesiyle mümkün olabilir. Sermaye piyasasıyla ilgili kanun ve hükümlerinin uygulanması ile her türlü piyasa faaliyetinin denetim yetkisi kanunen Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiştir. Kurul, bu denetimi yetkili ve uzman kadrolarıyla gerçekleştirir (SerPK m. 88).

Kurul, öncelikle halka arz aşamasında izahnameyi denetleme ve onaylama yetkisine (SerPK m. 4,5,6); izahnameye ilişkin ilan ve reklamların denetlenme yetkisine (m. 8), ihraççılara ilişkin finansal tabloları denetleme yetkisine (m. 14) sahiptir. Bu denetimlerin sayısı Kanun'da fazladır. Kurul'un asıl denetim yetkisine ilişkin düzenlemeler ise, SerPK m. 88 ve devamı hükümlerinde izah edilmiştir. Kamusal denetimin öngörülmesinin esas sebebi şudur: İhraççılar ticarete kâr elde etmek saikiyle kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ederler. Kendi menfaatini gaye edindiği için yatırımcıların menfaatlerini göz ardı edebilirler. Bu ihtimal, ihraççı ve yatırımcının menfaatini dengeleyecek ve böylece ekonomik dengeyi muhafaza edecek kamusal bir kuruma olan ihtiyacı doğurmaktadır. Ayrıca asimetrik bilgiyi ortadan kaldırmak için kanunen öngörülen çözümlerin nasıl uygulanacağını usul ve ilkelerini belirlemek,

bu çözümlerin kanuna uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini denetlemek ve bu çözümleri uygulanabilir kılmak için yöntemler sunmak amacıyla böyle bir kamusal denetim sistemi öngörülmüş ve Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur. Yukarıda sermaye piyasasını üç ayaklı bir masaya benzetmiştik. İşte bu masada diğer iki ayak arasındaki menfaat dengesini sağlayan denetim ayağının en önemli unsurlarından biri, Türk hukukunda SPK'dır.

b. Bağımsız Denetim⁹⁴

Eski TTK⁹⁵ döneminde halka açık anonim şirketlerin denetimi kendi bünyelerindeki denetim organı tarafından yapılmaktaydı. Ancak bu sistem kendisinden beklenen faydayı gösteremedi. Bu sebeple yeni TTK döneminde, denetime tâbi halka açık anonim şirketlerin denetim işlemlerinin, şirketten bağımsız birimler tarafından yapılması öngörülmüştür. Nitekim bağımsız denetim sistemi, milletlerarası kabul gören denetim ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirildiği için daha objektif ve sağlıklıdır.⁹⁶

SerPK'nda da bağımsız denetime yer verilmiştir. "İhraççılar düzenleyecekleri finansal tablo ve raporlardan Türkiye Muhasebe Standartları kapsamında Kurulca belirlenenleri, bu Kanun uyarınca listeye alınan bağımsız denetim kuruluşlarına, Türkiye Denetim Standartları çerçevesinde

⁹⁴ "Enron şirketi, Amerika Birleşik Devletlerinin yedinci büyük şirketi ve yeni ekonominin adeta simgelerinden biriydi. 2001 yılında kurulan şirket, 16 yıl içinde aktiflerini 10 kat artırarak 63,4 milyar dolara çıkarmıştır. Çok hızlı bir şekilde büyüyen bu şirket yine beklenmedik bir şekilde iflas etmiştir. Amerikan ekonomisinde ciddi bir kayba sebep olmuştur. Enron-Anderson Skandalı; başlangıçta büyümesi tamamen gerçekçi iken bir süre sonra piyasaya rakiplerin girmesiyle başlayan pazar sıkışması karşısında, Enron büyümesini spekülasyon olarak gerçekleştirme çabalarına girmiştir. Bu büyüme, Enron'un bağımsız denetim firması olan Arthur Anderson tarafından da göz ardı edilmiştir. Bağımsız denetçi Anderson' şirketin ayrıca danışmanlığını yaptığı ve gelirinin büyük bir kısmının Enron tarafından karşılanması sebebiyle Enron'a bağımlı hale gelmiş ve bağımsızlığını kaybetmiştir. Bu durum Anderson'un bu spekülasyon büyüme görmesinden gelmesindeki en büyük etkidir." (Memiş & Turan s. 117-118)

⁹⁵ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 29.06.1956 tarihli 9353 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁶ Memiş & Turan, s. 114.

bilgilerin gerçeği doğru ve dürüst bir biçimde yansıtması ilkesine uygunluğu bakımından inceleyerek bir bağımsız denetim raporu almak zorundadır” (m. 14/3). Ayrıca “Bağımsız denetim kuruluşları ile derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları, faaliyetleri neticesinde düzenledikleri raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla yatırımcıların ve alacaklıların zararına sebep olurlarsa bu zararlarından dolayı sorumlulukları vardır” (m. 63).

Bağımsız denetimler, Kanun’da öngörülen şekle uygun olarak doğru ve dürüst bir şekilde yapıldığı takdirde, ihraççılar tarafından piyasaya doğru bilgilerin sunulmasını sağlayabilecek sağlıklı bir yöntemdir. Piyasaya çıkan doğru bilgiler yatırımcıları doğru ve verimli yatırımlara yönlendirmede faydalı olacaktır. Böylece ters seçim sorunu minimize edilebilir. Dolayısıyla bağımsız denetim asimetrik bilgi sorunsalına karşı sunulan önemli çözümlerden biridir. Ancak bu denetimler Kanun’da öngörüldüğü şekilde yapılmadığı takdirde piyasada ciddi piyasa dolandırıcılıklarına ve krizlere yol açabilirler.⁹⁷

c. Öz Düzenleyici Kuruluşların ve Borsanın Denetimi

Öz düzenleyici kuruluşların⁹⁸ ve borsanın denetimi, kamusal ve bağımsız denetim kadar etkili olmasa da piyasada faaliyette bulunmak isteyen kuruluşları belli noktalarda dikkatli davranmaya ve kurallara uymaya sevk etmektedir. Örneğin, yatırım kuruluşları borsaya üye olmadan işlem yapamamaktadırlar. Bu sebeple, yatırım kuruluşu üye olduğu borsanın üyelik şartlarına sıkı bir şekilde uymak zorundadır. Aksi halde borsada faaliyet göstermesi zorlaşır veya ortadan kalkabilir. Bu durum yatırım kuruluşlarının faaliyetlerini özenle ve yatırımcıların hak ve menfaatlerini öngörerek yerine getirmelerinde önemli bir role sahiptir. Sermaye piyasasında, öz düzenleyici kuruluşlar ve borsalar vasıtasıyla oluşan bu ilke ve gözetimler,

yatırımcının piyasaya olan güvenini artırmaktadır. Ayrıca üyelerinin Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB)’nin verdiği kararlara uymamasına karşın SerPK m. 103/5’de idari yaptırım cezası öngörülmüştür. Böylece TSPB’nin üyeleri üzerindeki etkisi artırılmaya çalışılmıştır.

4. Yatırımcının Tazmini

Sermaye piyasasının temel felsefesi yatırımcının korunmasıdır. Bu nedenle sermaye piyasası mevzuatında yatırımcının korunması için birçok tedbir öngörülmüştür. Ancak bütün önleyici tedbirlere rağmen yatırımcı zarara uğrayabilir. Kanunda öngörülen şartların gerçekleştiği belli hallerde⁹⁹ bu zararın Kanun’da öngörülen azami miktarla¹⁰⁰ sınırlı olarak tazmin edilmesi amacıyla bir merkez¹⁰¹ ve ayrı bir fon teşkil edilmiştir. Kanun’da tazmin süreci detaylandırılmıştır. Böyle bir yapılanmaya gidilmesinin esas gayesi, yatırımcıların Kanun’da öngörülen şartların varlığı halinde zararlarının karşılanarak sermaye piyasasına olan güvenlerinin korunmasıdır.

5. Kolektif Yatırım Kuruluşları

Kolektif yatırım kuruluşları piyasada profesyonel yatırım hizmeti sunan sermaye piyasası kurumlarıdır. Bu kuruluşlar bireysel yatırımcıların kendi güvenlerine sunduğu sermayeyi belli bir portföy (cüzdan) veya birden fazla farklı cüzdanlarda biriktirirler. Bundan maksat, yatırım riskini azaltmak ve kâr miktarını azami seviyede tutabilmektir.¹⁰² Bir diğer deyişle, kolektif yatırım kuruluşlarının amacı, yatırımcılardan toplanan sermayeyle oluşturulan cüzdanın, riskin en aza indirgenmesi prensibiyle uzmanlar tarafından işletilmesidir.¹⁰³ Böylece piyasada yatırım yapmak isteyen ancak piyasa hakkında bilgisi zayıf, finansal okuryazarlık seviyesi düşük olan yatırımcılar, kolektif yatırım kuruluşları aracılığıyla verimli yatırımlar

⁹⁹ SerPK m. 82.

¹⁰⁰ Azami tazmin tutarı yüz bin Türk Lirasıdır (m. 84/5).

¹⁰¹ Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM).

¹⁰² Memiş & Turan, s. 158.

¹⁰³ Nomer Ertan, Füsün (2013) “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHF, Cilt: 71, Sayı: 2, s. 131.

⁹⁷ Örneğin; Enron Skandalı ve sonrasında ekonomide ortaya çıkan finansal krizde olduğu gibi.

⁹⁸ Örneğin, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB) (SerPK m. 74), Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği (SerPK m. 76) gibi.

yapabilmektedir. Bu durum ise asimetrik bilgi sonucu piyasada oluşabilecek olumsuzluklara bir çözüm sunmaktadır.

6. Sermaye Piyasası Hukukunda Öngörülen Tedbir, Kabahat ve Suçlar

a. Tedbirler

Kurul, meslek personelleri aracılığıyla yapacağı denetimler sonucunda tespit edilen ihlaller ve hukuksuzluklar konusunda, cezai sorumluluk hükümlerinden ayrı olarak, çeşitli tedbirler almaya da yetkili kılınmıştır. Kanun’ da Kurul’ un alabileceği tedbirler ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir (SerPK m. 91 - m. 101). Bu tedbirler doğrudan yahut dolaylı yoldan ters seçim ve ahlaki rizikoyu azaltmaya katkı sağlayacak hukuki önlemler içermektedir. Örneğin, madde 91’ de, kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihraç ettiği veya buna teşebbüs ettiği tespit edilenler hakkında Kurul, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir istemeye yetkili kılınmıştır. Ayrıca ilgili madde fıkra 2 ve 3’ de Kurul’a, Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçları ortadan kaldırması için bazı yetkiler tanınmıştır. Böylece Kanun, piyasaya kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası araçlarının girmesine engel olmak veya kanuna aykırı şekilde piyasaya girmiş araçların ortadan kaldırılması amaçlamaktadır. Kanun’un 99. maddesinde ise izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinde uygulanacak tedbirler öngörülmüştür. Kuruldan izin almaksızın gerçekleştirilen faaliyetler ve işlemlerin doğurduğu sonuçların iptali ve nakit veya sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için dava açma yetkisi gibi tedbirler ilgili maddede Kurul’a tanınmıştır. Böylece Kanun, piyasada izinsiz faaliyet ve işlemlerin yapılmasına ve bu faaliyet ve işlemlerin doğurduğu sonuçları ortadan kaldırarak yatırımcının hak kaybına engel olunması amaçlamaktadır. SerPK’ nın kamuyu aydınlatma (m. 14-15) ve şeffaflık (m. 1) ilkelerini esas alarak sermaye piyasası araçlarının ihracını düzenlediği gerçeği göz önüne alındığında; kanuna uygun ihraçların asimetrik bilgi oluşumunu engelleyici, kanuna aykırı ihraç ve izinsiz piyasa faaliyet ve işlemlerinin ise asimetrik bilgi oluşumunu tetikleyici olduğu çıkarımına varılacaktır. Nitekim kanuna aykırı ihraçlara ve izinsiz piyasa faaliyet ve işlemlerine karşı

bahsi geçen tedbirlerin öngörülmesi de asimetrik bilgi oluşumunu engellemeye yönelik bir tutumdur.

b. Kabahat ve Suçlar¹⁰⁴

Kabahat deyiminden, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 2. maddesine göre; “*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır*”. Bir diğer deyişle, suç kabul edilecek ağırlıkta olmayan lakin cezasız (yaptırımsız) bırakılmayacak ağırlıkta olan kamu düzenini bozucu fiiller, kabahat olarak görülmektedir ve bu fiillere bir nevi ceza hükmünde idari yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁰⁵ Bu bağlamda SerPK’ da idari yaptırıma tabi kabahatler, idari para cezası gerektiren fiiller başlığı altında toplanmıştır (m. 103 vd.).¹⁰⁶

SerPK’ da öngörülen konumuz açısından önem arz eden kabahatlerden biri “*piyasa bozucu eylemler*” dir (m.104). Bu kabahatin öngörülmesinin amacı, asimetrik bilgi sorununun esas sebeplerinden olan piyasa dolandırıcılığının her türlüsüne engel olabilmektir. Bir diğer deyişle, öngörülen bu kabahat ve yaptırımı ile piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamına girecek ağırlıkta olmayan lakin piyasa dolandırıcılığına benzer şekilde piyasayı etkileyen fiillere engel olabilmektir. Bir diğer önemli kabahat ise, 103. maddenin 6. fıkrasında öngörülen, “*belli nitelikteki örtülü kazanç aktarımları*” dir. Öngörülen bu kabahat ile amaçlanan, halka açık ortalkılar ve kolektif yatırım kuruluşlarının, yatırımcı aleyhine ahlaki riziko doğurabilecek ihmallerine engel olabilmektir.

SerPK’ da öngörülen ve konumuz açısından önem arz eden suçlardan “*bilgi suiistimali suçu*” ile “*piyasa dolandırıcılığı*” suçunu yukarıda incelediğimiz için tekrara düşmemek adına burada değinmeyeceğiz. Bu iki suç dışında konumuz açısından

¹⁰⁴ Bu kısımda sadece asimetrik bilgi sorununa doğrudan çözüm sunan kabahat ve suçlara değineceğiz.

¹⁰⁵ Bu konuda öğretilerde mevcut kavramsal tartışmalarla ilgili bakınız: **Erdinç**, Burcu, “*İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012 (2), s. 239-276; **Gişi**, Selçuk (2017), “*Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu*”, İnÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1, 129-152.

¹⁰⁶ **Memiş & Turan**, s. 194.

önem arz eden suçlar; “*usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti*” ile “*görevi kötüye kullanma*”dır. Bu suçların öngörülmesinin asimetrik bilgi oluşumuna nasıl engel olacağı ilgili başlıkları altında değerlendirilecektir.

i. Piyasa Bozucu Eylemler (m. 104)

Piyasa bozucu eylemler, 6362 sayılı SerPK m. 104 ile mevzuatımıza kazandırılmış bir kavramdır. Piyasa bozucu eylemler, piyasa dolandırıcılığı suçu teşkil edecek boyutta olmayan ancak yine de piyasanın sağlıklı işleyişini bozan fiillerdir. Bu eylemler, eylemleri yapanlar lehine piyasayı bozmaktadır. Zira bu eylemler sonucu yatırımcıların yatırım iradeleri, bu eylemleri gerçekleştirenler lehine değişmektedir. Bu sebeple bu tür eylemler kabahat kapsamında değerlendirilmekte ve tespit edildikleri hallerde idari para cezası yaptırımını netice vermektedir. Böylece piyasanın sıhhatli işleyişini bozan ancak suç kapsamına girmediği için cezasız kalacak bu tür eylemler hukuki anlamda engellenmeye çalışılmıştır.¹⁰⁷ Kanunkoyucu m. 104’te piyasa bozucu fiiller hakkında “*makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamama*” ölçütünü koymuştur. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nde de, piyasa bozucu eylemler dört çeşit sınıflandırmaya¹⁰⁸ tâbi tutulmuştur.

ii. Belli Nitelikteki Örtüle Kazanç Aktarımları

SerPK m.103/6’ya göre, “*Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasının sağ-*

lanması hâlinde ilgili tüzel kişiye Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı elde edilen menfaatin iki katından az olamaz”. Fıkraya göre, bu kabahat, ihmali hareketler ile işlenebilmektedir.

iii. Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyeti Suçları (m. 109)

SerPK m. 109/1’ e göre, “*Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*”. İlgili maddenin 1. Fıkrasında usulsüz halka arz suçunun nasıl olacağı belirtilmiştir. Fıkraya göre, kamuyu aydınlatma ilkesi kapsamında öngörülen izahname yayımlama yükümlülüğünün korunması amaçlanmaktadır. Böylece piyasada halka arz edilen araçlar hakkında yatırımcılar doğru ve tam bilgi sahibi olabilecektir. Bunun sonucunda yatırımcı ile ihraççı arasında mümkün mertebe simetrik bir bilgi düzeyi oluşabilecektir.

Madde 109/2’ de ise, piyasada izinsiz faaliyette bulunanlar hakkında hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Böylece simetrik bilgiyi sağlamak gayesi taşıyan kanuni izinlere ihraççıların riayet etmesi sağlanacaktır.

iv. Görevi Kötüye Kullanma Suçu (m. 110)

SerPK m. 110’da sermaye piyasasında işlem gören kurumlara (halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşu gibi) yatırımcılar tarafından tevdi edilen varlıkların, yatırımcıların bilgisi ve rızası dışında başka işlemlerde kullanılması ve örtülü kazanç aktarımı, güveni kötüye kullanma suçunun sermaye piyasasındaki görünüm şekillerindedir.¹⁰⁹ Madde 110/1-a’ da yatırımcı varlıkları üzerindeki izinsiz tasarrufların oluşturduğu güveni kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. SerPK m. 21’ de öngörülmüş örtülü kazanç aktarımı yasağının, 110/1-b ve c bentlerinde aktif fiillerle işlenmesi güveni kötüye kullanma suçunun önemli görünüm şekillerinden biridir. Güveni kötüye kullanma

¹⁰⁷ Memiş & Turan, s. 201; Çetin, Nusret & Töremiş, Hatice Ebru & Cantimur, Zeynep (2014), 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ nun Sistemik Analizi, Ankara, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 228.

¹⁰⁹ Tebliğe göre piyasa bozucu eylemler; 1- İçsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler, 2- Emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler, 3- İletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler, 4- Diğer piyasa bozucu eylemler olmak üzere dört ayrı gruba ayrılmıştır.

¹⁰⁹ Memiş & Turan, s. 214.

suçunun bahsi geçen iki tür görünüm şekli de asimetrik bilgi kuramının işlem sonrası görünüm biçimi olan ahlaki rizikoya sebebiyet verebilmektedir. Nitekim bu iki durumun suç olarak Kanunda düzenlenmesi ahlaki rizikoyu engellemek adına önemli bir yaptırımdır.

SONUÇ

Çalışmamızda, asimetrik bilgi sonucu piyasada ortaya çıkabilecek ters seçim ve ahlaki riziko problemleri yukarıda detaylı olarak izah edilmiştir. Bu problemleri doğuran esas sebeplerin yatırımcının bilgi eksikliği, piyasa dolandırıcılığı ve bilgi suiistimali olduğunu belirtmiştik. Simetrik bilgiyi ve yatırımcının güvenini sağlamak amacıyla Türk hukukunda öngörülen temel çözümler ise; kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkeleri doğrultusunda izahname ve izahname özeti hazırlanması zorunluluğu, kurumsal yönetim ilkesi, piyasanın kamusal ve bağımsız denetimi, yatırımcının tazmini kurumu, kolektif yatırım kuruluşları ve sermaye piyasası hukukunda düzenlenen tedbir, kabahat ve suçlardır.

Çalışmamızda ulaştığımız bazı sonuç ve değerlendirmelerimiz mevcuttur. Yatırımcının bilgi eksikliği probleminin iç etkeni olarak görülen finansal okur-yazarlık eksikliğini gidermek amacıyla bireylere finansal okur-yazarlık eğitiminin küçük yaşlardayken temel bilgi düzeyinde verilmesi etkili bir çözüm olabilir. Bu durum aynı zamanda hukuken asimetrik bilgiyi ortadan kaldırmaya yönelik olarak öngörülen çözümleri¹¹⁰ daha etkin hale getirecektir. Zira unutulmamalıdır ki hukuki düzenlemeler ne kadar iyi olursa olsun, kanunu işler kılabilecek bireyler yetişmedikçe faydasızdır.

Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkeleriyle ilgili değerlendirmemiz sonucunda asimetrik bilginin failinin yatırımcıdan ziyade ihraççılar olduğu kanaatine varmaktayız. Bu sebeple yatırımcıdan daha fazla ihraççıların bilinçlenmeye ve bilinçlendirilmeye ihtiyacı vardır. Zira sermaye piyasalarında asimetrik bilgi sonucu oluşan zararlardan yatırımcıdan daha fazla kendileri zarar görmektedir.

Yatırımcılar küçük meblağlar kaybederken, ihraççılar milyonları hatta milyarları¹¹¹ kaybedebilmektedir. Ayrıca bu konuda yapılan çalışmalar sonucu kamuyu daha fazla aydınlatan şirketlerin paylarının kurumsal yatırımcılar tarafından daha fazla tercih edildiği de ortaya konulmuştur.¹¹² Diğer bir araştırma ise, 97 şirket üzerinde yapılmıştır. Çalışmada şirketlerin kamuyu aydınlatma düzeyleri arttıkça şirket hisselerinin getirilerinde, kurumsal yatırımcılar tarafından daha fazla tercih edildiği ve hissenin likidite düzeyinde artışlar olduğu gözlemlenmiştir.¹¹³ Sonuç olarak, yukarıdaki değerlendirmeler ışığında geleceğe yönelik öngörümüz şudur ki; eğer yatırımcı ve özellikle ihraççılarda arzu edilen bilinçlenme uyanırsa, sermaye piyasası pratikte bilgiyi talep eden, arayan yatırımcıdan, bilgiyi sunan, bilgiye ulaşmayı kolaylaştıran ihraççıya doğru süratli bir gidişin içine girecektir. Gelecekte şirketlerin vizyonu; müşterilerine (yatırımcılarına) bilgiyi, çay, kahve ikram eder gibi sunmak olacaktır.

İzahname ve izahname özeti hakkındaki değerlendirmemiz sonucunda, bilgi asimetrisini minimize edebilmek için izahname özetleri üzerinde durulmalı ve bu konuda daha fazla hukuki düzenleme ve araştırma yapılmalıdır. Zira internet çağında yaşayan günümüz insanı, internetin yaygınlaşmasıyla farklı bir bilgi edinme karakterine sahip olmuştur. Günümüz insanların çoğu bilgiye ulaşmanın kolay ve kısa yollarını sevmektedir. Hukuki hükümler ise, toplumun geneli göz önünde bulundurularak düzenlenir. Genelin dışındakiler için istisnalar öngörülür. Bu sebeple kısa ancak öz bilgilerin yatırımcıya özet bilgiler halinde sunulması esas kabul edilip, kurumsal yatırımcılar gibi finansal okuryazarlık seviyesi yüksek yatırımcılar için de izahnamenin kendisi kamuya sunulmalıdır.

¹¹¹ Enron şirketi gibi.

¹¹² **Bushe**, B. J. & **Noe**, C. F. (2000), "Corporate disclosure practices, institutional investors, and stock return volatility", *Journal of Accounting Research*, 38, s. 171-202.

¹¹³ **Heally**, P.M., **Hutton**, A. P., **Palepu**, K.G. (1999), "Stock performance and intermediation changes surrounding sustained increases in disclosure", *Contemporary Accounting Research*, 16 (3), s. 485-520.

¹¹⁰ Örneğin, kamuyu aydınlatma ilkesi gereği kamuya açıklanan bilgiler.

Kurumsal yönetim ilkeleri hakkındaki değerlendirmemiz sonucunda, bu ilkenin en çok da yatırımcılara güven temin ederek asimetric bilginin ortaya çıkardığı sorunlara engel olduğu kanaatindeyiz. Zira kurumsal kimliğin varlığı, yatırımcıda, ihraççı lehine bir güven tesis etmektedir. Özellikle finansal okur-yazarlığı zayıf olan yatırımcılar için bu kimlik önemli bir tercih sebebi olabilmektedir. Bu sebepten ötürü, ihraççıların kurumsal kimlik vizyonlarını artırmaları yatırımcıların kendilerini tercih etmeleri sonucunu doğuracaktır. Yeterli bilgi sonucu ortaya çıkan güven yahut doğrudan güveni temin eden unsurlar ile asimetric bilgi sonucunda ortaya çıkan sorunlar ortadan kaldırılabilir. Bazen bilgiden ziyade yatırımcıda

oluşturulacak güven dahi tek başına bu sorunları ortadan kaldırmaktadır (Bu ihtimal, özellikle finansal okur-yazarlığı zayıf olan bireysel yatırımcılar için söz konusudur. Zira bu durumdaki yatırımcılar bilgiden ziyade güvene dayanarak tasarruflarda bulunurlar).

Son olarak, Kanunda asimetric bilgi problemlerini engellemek ve ortadan kaldırmak için öngörülen temel çözüm yolları (her kanunda olduğu gibi bazı aksaklıkları olmakla beraber) eğer gereği gibi işletilir, yatırımcı ile ihraççıda gereken bilinç düzeyi oluşturulur ve sermaye piyasasının denetçi ayağı görevini layıkıyla yerine getirirse asimetric bilgi problemlerinin ortay çıkma ihtimalinin en aza indirgeneceği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akerlof**, George A. (1970), “*The Market For Lemons: Quality Uncertainty And The Market Mechanism*”, Vol. 84, No. 3, pp. 488-500.
- Akbulak**, Sevinç & **Akbulak**, Yavuz (2004), Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, 1.Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.
- Aksoy**, Mehmet Ali (2013), “*Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Sayı: 1-2, s. 45-76.
- Alp**, Salih & **Karakaş**, Adem (2008), “*Asimetrik Bilgi Teorisi Karşısında Hayek’in Ekonomik Yaklaşımları: Karşılaştırmalı Bir Analiz*”, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı: 51-52, s. 215-230.
- Aras**, Güler & **Müslümov**, Alövsat (2004), “*Kredi Piyasalarında Asimetrik Bilgi ve Bankacılık Sistemi Üzerindeki Etkileri*”, İktisat, İşletme-Finans Dergisi, Sayı: 222, s. 55-65.
- Arsoy**, A.P. (2008). “*Kurumsal Şeffaflık Ve Muhasebe Standartları*”, Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt: X, Sayı: II, s. 17-35.
- Boottke**, Peter J. (2002), “*Information and Knowledge: Austrian Economics in Search of its Uniqueness*”, The Review of Austrian Economics, 15: 4, s. 263-274.
- Bushé**, B. J. & **Noe**, C. F. (2000), “*Corporate disclosure practices, institutional investors, and stock return volatility*”, Journal of Accounting Research, Vol. 38, pp. 171-202.
- Çatakoğlu**, Buket (2016), “*Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk*”, Kastamonu Üniversitesi İ.İ.B.F.D. , Cilt:11, Sayı:1, s. 118-132.
- Çetin**, Nusret (2011), “*Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt. XV, Sayı: 1, s. 1-23.
- Çetin**, Nusret & **Töremiş**, Hatice Ebru & **Cantimur**, Zeynep (2014), 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ nun Sistematik Analizi, Ankara, 1. Baskı, Yetkin Yayınları.
- Çetinkaya**, Şahin (2012), “*Asimetrik Bilginin Piyasalara Etkileri ve Finansal Krizlerdeki Rolü*”, Sakarya İktisat Dergisi, 1(2), s. 60-82.
- Çörtük**, Orcan & **Erten**, Mustafa (2016), “*Türkiye’de Kamuyu Aydınlatmanın Sermaye Piyasasına Etkisi*”, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1, s. 65-77.
- Erdinç**, Burcu (2012) “*İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, s. 239-276.
- Esen**, M. Fevzi (2015), “*Finansal Piyasalarda Bilgi Asimetrisi Kaynakları ve İçerideki Bilgi*” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 40, s. 700-707.
- Evik**, Ali Hakan (2004), Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Gişi**, Selçuk (2017), “*Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu*”, İÜHF, Cilt:8, Sayı:1, s. 129-152.
- G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, OECD’nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, Ankara, Eylül 2015, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf> s.e.t. 10.03.2018
- Heally**, P.M. & **Hutton**, A. P. & **Palepu**, K.G. (1999), “*Stock performance and intermedia-tion changes surrounding sustained increases in disclosure*” Contemporary Accounting Research, 16 (3), pp. 485-520.
- İhtiyar**, Mustafa (2006), Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.
- Kabaalioglu**, Haluk (1985), Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi, 1. Baskı, İstanbul.
- Karğın**, Mahmut & **Aktaş**, Rabia & **Demirel Arıcı**, Nuray (2015), “*Kurumsal Yönetimin Finansal Raporlama Kalitesindeki Rolü: Borsa İstanbul Üzerine Karşılaştırmalı Bir Uygulama*”, Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 501-519.

Kaymaz, Ali İhsan (2016) “6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazimin Sistemi”, MÜHF HAD, Cilt:22, Sayı:3, s. 1625-1648.

Kaymaz, Ali İhsan (2010), ‘Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması’, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Küçüksözen, Cemal (1999), Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, İlk Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu.

Manavgat, Çağlar (2008), Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Manavgat, Çağlar (1992), Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Memiş, Tekin & **Turan**, Gökçen (2015), Sermaye Piyasası Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Mishkin, Frederic. S. (1990), “Asymmetric Information and Financial Crises: A Historical Perspective”, NBER Working Papers Series, Working Paper No. 3400.

Mishkin, Frederic S.(1999), “Lessons from the Tequila Crisis”, Journal of Banking & Finance 23, s. 1521-1533.

Nomer Ertan, Füsün (2013), “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İÜHFİM, Cilt:71, Sayı:2, 131-143.

Öztürk, Elvan & **Demir**, Yusuf (2015), “Finansal Okuryazarlık ve Para Yönetimi: Süleyman Demirel Üniversitesi Akademik Personel Üzerine Bir Uygulama”, Muhasebe ve Finansman Dergisi (MUFAD), Ekim 2015, Sayı: 68, 113-134.

Öztürk, Mutlu Başaran & **Demirgüneş**, Kartal (2008), “Kurumsal Yönetim Bakış Açısıyla Entelektüel Sermaye”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, sayı: 19, s. 395-411.

Ünal, Oğuz Kürşat (1988), Menkul Kıymetler Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Sarıkaya, Murat (2002), “Asimetrik Bilgi Çerçevesinde Müzayedeler” Cumhuriyet Üniv. İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 99-110.

Somer, Mehmet (1990), Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerindeki Etkileri, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.

Stigler, George (1971), “The Theory of Economic Regulation”, Bell Journal of Economics and Management Science, Spring: 3-21.

Şensoy, Deniz (2013), “Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, s. 369-402.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr.

The International Organization of Securities Commissions, IOSCO, “Objectives and Principles of Securities Regulation”,

<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCO-OPD154.pdf>.

Tyson, William C. (1985), “Legal Aspects of Securities Regulation in United States”, Recent Developments in Capital Markets in Turkey: Proceedings of the OECD-CMB Conference in 1985, Ankara CMB

Seven, Vural (2012), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Ülgen, Hüseyin (1988), Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası.

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE MURAHHASLARIN
GENEL KURULA KATILMASI**

**THE PARTICIPATION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS AND
MANAGING DIRECTORS TO THE GENERAL ASSEMBLY AT THE JOINT-STOCK COMPANY**

Dr. Öğr. Üyesi Nurdan ORBAY ORTAÇ*

Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ**

ÖZET

Makalede yönetim kurulu üyelerinin ve murahasların anonim şirket genel kuruluna katılımı hem hak hem yükümlülük boyutu ile incelenmektedir. Ayrıca çalışmada, yönetim kurulu üyelerinin katılacağı genel kurul toplantı türleri hakkında açıklamalarda bulunulmuş ve genel kurula katılma hak ve yükümlülüğünün ihlalinin neticelerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Murahhas Üye, Genel Kurula Katılım.

ABSTRACT

In this paper, the participation of the members of the board of directors to the general assembly at the joint-stock company is analyzed both in terms of right and obligations. In addition, in this paper, types of general assembly meetings to be attended by board members and the conclusions of breach of the right and obligation to participate in the general assembly have been discussed.

Keywords: Joint-Stock Company, Board of Directors, Managing Director, Participation to The General Assembly

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Dr. Öğr. Üyesi. (e-mail: nurdanortac@kku.edu.tr)

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Dr. Öğr. Üyesi. (e-mail: sengulal@gmail.com) (Geliş Tarihi: 19.09.2018 / Kabul Tarihi: 17.10.2018).

I. GİRİŞ

01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)¹ pek çok konuda olduğu gibi, özellikle anonim şirketler hukuku alanında da önemli değişiklikler ve yenilikler getirdiğini söylemek mümkündür. Bunlardan biri de, 407'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan düzenleme kapsamında yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul toplantılarına katılmasıyla ilişkindir.

Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² (eTTK) böyle bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiş³ olmasına rağmen, "*Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik*"in (Komiserler Yönetmeliği)⁴ 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, *genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kendilerinin⁵ hazır bulunmasının esas olduğu* ifade edilmiş; aynı hükmün 2'nci fıkrasında ise, *olağan genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinden en az bir üye ile denetçilerden de en az birisi hazır bulunmadıkça toplantı yapılamayacağı* belirtilmişti. Bu düzenlemeden hareketle hem sayılan ilgililerin *olağan genel kurul toplantısında bizzat hazır bulunmaları gerektiği* hem de "*olağanüstü*" genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerden en az birinin dahi bulunması şartının aranmayacağı sonucuna varılabilmektedir⁶.

Komiserler Yönetmeliği'nin 31'inci maddesinin (c) bendinde ise, komiserlerin olağan genel kurul toplantısı öncesi yapması gerekenler arasında, *yönetim kurulu üyelerinden en az bir üye ile denetçilerden de en az birinin toplantı yerinde olup olmadığını araştırma yükümlülüğü* sayılmış; hükmün son fıkrasında ise, toplantıya katılmaya yönelik aranan bu şartın sağlanmadığı hallerde, *durumun bir tutanakla saptanması ve toplantının açılmaması⁷ gerektiği* vurgulanmıştı⁸ (Bkz., Yönetmelik m. 31/3). Ancak eTTK'da öngörülmemiş olan böyle bir yaptırımın, Komiserler Yönetmeliği ile öngörülmesi, normlar hiyerarşisine uygun olmadığı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiş; ayrıca bu şekilde bir müeyyide ile yönetim kurulu ve denetçilerin, genel kurul toplantılarına kasıtlı olarak katılmamaları suretiyle, genel kurul

Yönetim kurulu ile denetçilerin, olağan genel kurul toplantılarına ilişkin görevlerinin, olağanüstü genel kurul toplantılarında da geçerli olduğu, bu nedenle Yönetmelik'te yalnızca "*olağan genel kurul toplantıları*" bakımından bir düzenleme yapılmış olmasının sebebinin anlaşılacağı yönünde bkz., **Helvacı**, Mehmet, (1997), "*Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik*" Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İstanbul, s. 45, dn. 96.

⁷ Toplantının başlamasından sonra, yönetim kurulu ya da denetçilerin sözü geçen üyelerinin toplantıyı terk etmesi ihtimalinde, yapılan toplantının akibetinin ne olacağı sorusuna ise, bahsi geçen Yönetmelik'te herhangi bir yanıt verilmemiştir.

⁸ eTTK m. 353, m. 361, m. 375 gereğince, genel kurul toplantılarında hazır bulunması gereken yönetim kurulu, toplantıya katılmamasının, alınan karar üzerinde bir geçersizliğinin olmadığı, bununla birlikte zararın meydana gelmesi halinde sorumluluklarına gidilebilmesi sözü konusu olduğundan, bahsi geçen Yönetmelik'te "*Komiserlerin toplantıyı açmaması*" şeklinde bir yaptırıma yer verilmesinin yerinde olmadığı yönündeki isabetli görüş için bkz., **Helvacı**, s. 42-43. Ayrıca bkz., **Teoman**, s. 25-26 (*Yazar tüm bu açıklamalara ilave olarak, yönetim kurulunun genel kurul toplantısına katılmaması halinde, ayrıca pay sahiplerinin bilgi alma haklarını yeterince kullanamadıklarını gerekçe göstererek alınan genel kurul kararı aleyhine iptal davası da açabileceğini ifade etmiştir*); **Teoman**, Ömer, (2012), "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılmak Yükümü Var mıdır?", Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul, s. 420 (Bizzat Katılma Yükümü); **Bahtiyar**, Mehmet, (2007), "Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamaları ve Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmaları Nedeniyle Komiserlerin Toplantıyı Açmamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar)", Maltepe ÜHFD, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2007/1, s. 373-374.

¹ R.G. Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846 (Farklı tarihlerde yürürlüğe girecek düzenlemeler hakkında ayrıca bkz. TTK m. 1534).

² R.G. Tarih: 09.07.1956, Sayı: 9353.

³ eTTK'da yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarına katılmalarını zorunlu kılan bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının uygulamada meydana getirebileceği sorunlar hakkında bkz., **Teoman**, Ömer (2009) "Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar", Prof. Dr. Reha Poroy Anısına Armağan, BATİDER, C. XXV, S. 4 (Aralık 2009), s. 22-23.

⁴ R.G. Tarih: 07.08.1996, Sayı: 22720.

⁵ Esasında "*kendilerinin*" ifadesi ile kastedilenin yönetim kurulu üyelerinin (ve denetçilerin), genel kurul toplantılarına temsilci aracılığıyla katılmayacakları olduğu, bu nedenle de hükümde geçen "*kendilerinin*" ibaresi yerine "*bizzat*" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönündeki haklı görüş için bkz., **Teoman**, s. 24, dn. 9.

⁶ **Pulaşlı**, Hasan (2011) *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Adana, s. 255 (Şirketler).

toplantılarının yapılmasına engel olmalarının mümkün olabileceği ifade edilmişti⁹.

Her ne kadar eTTK'da bu hususta açık bir düzenleme bulunmasa da, Kanun'un bazı hükümlerinden (eTTK m. 375, m. 376, m. 361/2 gibi) hareketle doktrinde, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarında bizzat hazır bulunmakla yükümlü olduğu savunulmuştur¹⁰. Bu noktada özellikle yönetim kurulunun, genel kurul toplantısının yürütülmesi ile ilgili olarak (*örneğin oy kullanmaya yetkili olanları saptamak, hazirun cetvelini düzenlemek gibi*) birçok görevi bulunduğu ve bu görevleri bir temsilci aracılığıyla yerine getirmesinin Kanun'un ruhuna aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüş; şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından, yönetim kurulu üyesinin de vekil gibi işi bizzat yapmakla ve bizzat hesap vermekle yükümlü olduğunun altı çizilerek, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarında bulunmalarının zorunlu olduğu neticesine varılmıştır¹¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 407'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan düzenleme ile birlikte, yönetim kurulu ve denetçilerin genel kurul toplantılarına katılmakla yükümlü olup olmadıklarının tespiti noktasında var olan belirsizlikler giderilmek istenmiştir.

Çalışmamızın amacı, ilk defa 6102 sayılı TTK ile kanunî bir hüküm halini alan yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılması ile ilgili düzenlemenin getiriliş amacının ve kapsamının tespit edilmesi; aranılan bu şarta riayet edilmemesinin hüküm ve sonuçlarının ortaya konulmasıdır. Esasında TTK m. 407/2 hükmünün kapsamına, yalnızca murahhas üyelerle yönetim kurulu değil;

aynı zamanda denetçiler de dâhildir. Ancak, çalışmamızın konusu murahhas üyeler ve yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı olduğundan, TTK m. 407/2 hükmü bu çerçevede ele alınacak ve bundan sonra yapılacak olan başlıklandırmalar ile açıklamalar da bu doğrultuda olacaktır.

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 407'NCİ MADDESİNİN 2'NCİ FIKRASININ ÖNGÖRÜLME AMACI

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin 2'nci fıkrası, eTTK'da yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu fıkranın kaleme alınmasında, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 118 (3)¹² hükmünden yararlanılmıştır¹³. Düzenlemenin öngörülme amacı açıklanırken, yönetim kurulu üyesi ve varsa murahhasların "*genel kurulda hazır bulunma yükümlülüğü*" ve "*genel kurulda hazır bulunma hakkı*" açısından ikili bir ayrıma gidilmesinde fayda bulunmaktadır.

Şöyle ki, TTK m. 407/2'ye göre, *murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunması şarttır*. Bir diğer ifade ile en az bir yönetim kurulu üyesi ile (varsa) murahhas üye(ler) bakımından genel kurula katılım bir *yükümlülüktür*¹⁴. Böyle bir yükümlü-

⁹ **Helvacı**, s. 43-45; **Teoman**, s. 25, dn. 10, ayrıca bkz., s. 26; **Bahtiyar**, Mehmet, (2008), "Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı III", Birinci Gün (4 Şubat 2008), Birinci Oturum, Tartışmalar, s. 849- 850 (Tartışmalar).

¹⁰ **Teoman**, Bizzat Katılmak Yükümü, s. 417-418; **Teoman**, Ömer, (2012), "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına "Dinleyicilerin" Katılması", Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul, s. 245 (Dinleyicilerin Katılması); **Kaya**, Arslan, (2001), Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, s. 185; **Helvacı**, s. 42.

¹¹ **Teoman**, s. 23.

¹² Her ne kadar TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesinde, bu fıkranın hazırlanmasında AktG § 118 (2)'den esinlendiği ifade edilmişse de bahsi geçen hüküm 30.07.2009 tarihinde değişikliğe uğramış ve ilgili madde iki fıkradan üç fıkraya çıkarılmıştır. Bu nedenle TTK m. 407/2'nin mehzarı da bu değişiklikten sonra AktG § 118 (3) halini almıştır. Ayrıca bkz., "Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.7.2009, BGBl. I S. 2479".

¹³ Bkz., TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesi.

¹⁴ Bununla birlikte, Alman doktrininde bazı yazarlarca, AktG § 118 (3)'de yer alan "...sollenteilnehmen." ibaresinin, ilgililerin "*genel kurula mutlaka katılma yükümlülüğü*" anlamına gelmediği, aksine yönetim kurulunun, bu yükümlülüğü yerine getirmeye (genel kurula katılmaya) zorlanamayacağı da ifade edilmektedir. Bu yönde bkz., **Reger**, Gerald (Editor: Bürgers, Tobias/Körber, Torsten), (2014), Aktiengesetz, 3. neu bearbeitete Auflage, München, § 118, s. 986, N. 8]. Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz., **Bahtiyar** Mehmet/**Hamamcioğlu**, Esra, (2014), Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul, s. 75. Aksi yönde bkz., **Liebscher**, Thomas (Editör: Henssler, Martin/Strohn, Lutz), (2016), Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 2016, § 118, N. 14; **Zöllter-Petzoldt**, Irka, (2013), "Zum Teilnahmerecht des Vorstands und des Aufsichtsrats an Vollversammlungen einer Aktiengesellschaft", NZG 2013,

lüğün öngörülmesinin sebebi, genel kurula katılan pay sahiplerinin, yönetim ve şirketin işleri hususunda cevaplandırılmasını istedikleri sorularda kendilerine bir muhatap bulabilmelerinin sağlanmasıdır¹⁵. Bu anlamda TTK m. 407/2 c. 1 hükmünün, “*murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurula katılma yükümlülüğü*” çerçevesinde, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının düzenlendiği TTK m. 437 ile de yakından ilgili olduğunun belirtilmesi gerekir¹⁶. Nitekim TTK m. 437/2’de, pay sahibinin “*genel kurulda*” yönetim kurulundan şirketin işleri hakkında bilgi¹⁷ isteyebileceği¹⁸ ve madde gerekçesinde de bilgi almanın, ilan edilen gündem maddeleri ile sınırlı olmadığı düzenlenmiştir. Pay sahibinin bu hakkı, yönetimde yer almaması sebebiyle bilgi sahibi olamadığı şirket işleri hususunda, bizzat işin mu-

hataplarından bilgi alması bakımından önem arz etmektedir¹⁹. Böylece pay sahibi genel kurulda oyunu kullanırken daha bilinçli davranabilecektir²⁰.

Verilecek bilgilerin, yasak savuşturma amacından uzak, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun bir biçimde olması kanun koyucunun bu husustaki beklentisini oluşturmaktadır (Bkz. TTK m. 437/2, c. 3)²¹.

Bilgi alma hakkı (TTK m. 437/2) kapsamında, pay sahiplerinin genel kurulda layıkıyla bilgi sahibi olabilmelerinin sağlanabilmesi için, murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin yapılan genel kurul toplantısında hazır bulunmasının Kanun’da bir şart olarak öngörülmesi (TTK m. 407/2, c. 1) sayesinde, pay sahiplerine verilen bir hak, başka bir hükümlerle uygulanabilir hale getirilmekte; bir diğer ifade ile hakkın uygulanması bu şekilde güvence altına alınmaktadır²².

Görüldüğü üzere TTK m. 407/2 hükmünün ilk ve esaslı amacı, şirketin idaresi ve işleri ile ilgili (varsa) murahhas üye/lere ve yönetim kuru-

s. 608; **Mayrhofer**, Thomas (Editör: Wachter, Thomas), (2014), AktG Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Köln, § 118, s. 688; N. 19-20; **Mülbert**, Peter O. (Editör: Hirter, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth Markus), (2018), Aktiengesetz Großkommentar, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin, § 118, s. 39, N. 44.

1937 tarihli AktG § 102 (2)’de ise, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantısına, yalnızca katılabileceklerine dair bir düzenlemenin yer aldığı (“...dürfen... teilnehmen.”) ve bu katılma hakkının genel kurulu kim toplantıya çağırıyor, niçin bu işlemi yaptığını da genel kurulda açıklayabilmesine imkân sağlamak amacıyla getirildiği hususunda ayrıca bkz. **Zölter-Petzoldt**, s. 608; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 41, N. 48.

¹⁵ **Tekinalp**, Ünal, (2011), Tek Kişilik Ortaklık I (Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık), İstanbul, s. 168; **Pulaşlı**, Hasan, (2018), Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara, s. 917 (C. I); **Üçışık**, Güzin/**Çelik** Aydın, (2013), Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara, s. 269; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, (2013), Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa, s. 299; **Eriş**, Gönen, (2017), Ticari İşletme ve Şirketler, C. II (m. 64-451), 3. Bası, Ankara, s. 2121. Ayrıca bkz., **Teoman**, s. 23; **Karasu**, Rauf, (2005), “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, BA-TİDER, C. XXIII, S. 2, s. 76.

¹⁶ **Şener**, Oruç Hami, (2017), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, s. 519. Ayrıca bkz., TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesi.

¹⁷ Verilecek bu bilgi kural olarak sözlü niteliktedir, ancak etkisinin kuvvetlendirilmesi adına yazılı bir biçimde verilmesi de talep edilebilir (Bkz., TTK m. 437/2 hükmünün madde gerekçesi).

¹⁸ İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 697 (2)’den farklı olarak, pay sahibinin bilgi alma hakkının kullanılması, hakkın kullanılmasının tehlikeye düşebileceği kaygısıyla, “*pay sahipliğinin kullanılmasına şartına*” da bağlanmamıştır (Bkz., TTK m. 437/2 hükmünün madde gerekçesi). Bu konuda ayrıca bkz., **Karasu**, s. 87.

¹⁹ Alınan bu bilgilerin pay sahipleri tarafından, genel kurulda bilinçli bir biçimde oy kullanma, önerilerde bulunma, yatırımlarına bilinçli bir şekilde yön verebilme, şirkette ortak olmaya devam edip etmeme ve sermaye artırımında rüçhan hakkını kullanıp kullanmama gibi pek çok alanda değerlendirme yapılırken kullanılacak olmasından ötürü, verilen bilgilerin “*nitelikli*” ve “*yeterli*” olması gerektiği hususunda ayrıca bkz., **Narbay**, Şafak, (2010), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul, s. 60; **Narbay**, Şafak, (2007), “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 300 (Tasarıya Göre Özel Denetim). Kanunda bilgi alma hakkının öngörülme gerekçeleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz., **Kaya**, s. 21 vd.

²⁰ Ayrıca bkz., **Teoman**, s. 23.

²¹ Bkz., TTK m. 437/2 hükmünün madde gerekçesi. Ayrıca bkz., **Karasu**, s. 83; **Can**, Ozan, (2015), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Ankara 2015, s. 81-83; **Narbay**, Tasarıya Göre Özel Denetim, s. 300.

²² Bu çerçevede, pay sahiplerinden herhangi birine, “*genel kurul dışında*” bir konu hakkında verilmiş olan bilginin, diğer pay sahiplerince “*genel kurulda*” talep edilmesi halinde de, yönetim kurulunun gündemde madde olmasa dahi, bu konu hakkında, toplantıda bilgi isteyen pay sahiplerine bilgi vermekle yükümlü olduğu ve yönetim kurulunun, şirket sırları ya da şirketin korunması gereken menfaatlerinin varlığına sığınarak bilgi vermekten kaçamayacağına da ayrıca belirtilmesi gerekir (TTK m. 437/2, c. 4).

luna, şirketin gidişatı ile ilgili olarak genel kurulda yöneltilen soruların cevaplandırılmasında, pay sahiplerinin kendilerine en azından bir muhatap bulabilmesinin sağlanmasıdır. Bundan dolayıdır ki, TTK m. 407/2 c. 1 hükmünde belirtilen kişilerin yapılan genel kurul toplantısına katılmaları, kendi inisiyatiflerine bırakılmamış ve bir yükümlülük olarak kaleme alınmıştır²³.

Bununla birlikte, TTK m. 407/2, c.1'de her ne kadar genel kurula katılmakla yükümlü olanlar, (varsa) Murahhas üye/ler ve en az bir yönetim kurulu üyesi şeklinde sıralanmış olsa da bu düzenlemenin, bahsedilen bu kişiler açısından ayrıca *genel kurula katılma hususunda bir hak bahsettiği* de gözden kaçırılmamalıdır. Bu anlamda düzenlemenin çift taraflı bir etkiye sahip olduğunu; bir diğer ifade ile bir yanıyla yükümlülük öngören düzenlemenin diğer taraftan bakıldığında aynı

kişiler açısından bir hak da verdiğini söylemek mümkündür²⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun 407'inci maddesinin 2'inci fıkrasında öngörülen kişilerin genel kurula katılma hakkı, pay sahipliği sıfatına bağlı olmayan, tamamen Murahhas üye ya da yönetim kurulu üyesi olmalarından kaynaklanan bir haktır²⁵. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesinin genel kurulda oy kullanabilmesi için pay sahibi olmasının şart olduğu da gözden kaçırılmamalıdır (Bkz. TTK m. 434).

Türk Ticaret Kanunu m. 407/2, c. 1'in yanı sıra kanun koyucu ayrıca, genel kurula katılma yükümlülüğüne tâbi olan Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesi dışındaki diğer yönetim kurulu üyelerinin de, pay sahibi olsun olmasın yapılan genel kurul toplantısına katılabilmelerine (Bkz. TTK m. 407/2, c. 2) ve görüş bildirmelerine imkân sağlayarak (Bkz. TTK m. 407/2, c. 4), esasında onlara da, pay sahiplerinin soruları ve varsa şüphe ile yaklaştıkları konular hakkında açıklama yapma fırsatını vermektedir²⁶. Bu anlamda düzenlemenin bir diğer amacının da, pay sahibi olsun olmasın ya da toplantıya katılma yükümlülüğü altında bulunsun bulunmasın tüm yönetim kurulu üyelerinin, özellikle kendilerinin sorumluluklarına

²³ Ayrıca bkz., TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesi. Oysa İsviçre hukuku açısından, yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılması konusunun düzenlendiği OR Art. 702a'da, yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılmaları "hak" bağlamında ele alınmış; bu noktada onlara bir yükümlülük getirilmemiştir. İlgili hükmün orijinal metni şu şekildedir: "Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen. Sie können Anträge stellen." OR Art. 702a hükmü, 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme öncesinde, yönetim kurulu üyelerinin, aynı zamanda pay sahibi olmaları gerektiğinden (Bkz. aOR Art. 707, Abs. 1), zaten genel kurul toplantısına katılma haklarının da olduğu kabul edilmiş ve bu nedenle yönetim kurulu üyeleri bakımından genel kurula katılma hakkı ile ilgili özel bir hükme yer verilmemiştir. Ancak daha sonra yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunluluğu Kanun metninden çıkarıldığı için, yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma hakkı olduğu OR Art. 702a maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Dubs**, Dieter, (2008), "Die GV-Teilnahmebefugnis für Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 702a OR – Materieller Gehalt und (praktisch keine) Folgen in der Praxis", GesKR- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, s. 254 vd. (Yazar, yönetim kurulunun genel kurulda yerine getirmesi gereken yükümlülüklerinden hareketle, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantısına kural olarak katılma yükümlülüklerinin bulunmasının türetilebileceğini ifade etmiştir. Bkz., s. 256. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter, (1996), Schweizerisches Aktienrecht, Bern, § 23, s. 216, N. 93). Ayrıca bkz., **Sommer**, Patrick/**Oberholzer**, Dominik (Editör: **Kostewicz/Nobel/Schwander/Wolf**), (2009), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Zurich, s. 1534-1535, N. 1-2.

²⁴ **Spindler**, Gerald (Editor: **Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus**), (2010) Aktiengesetz Kommentar, Band I, 2. Auflage, Köln, § 118, s. 1570, N. 36; **Zöllner-Petzoldt**, s. 607; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 40, N. 47; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, (2018), Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Bursa, s. 230 (2018). Hem yönetim kurulu üyelerinin hem de pay sahiplerinin genel kurula katılma haklarının, özüne dokunulamayacak haklar arasında yer aldığı hususunda ayrıca bkz. **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 39, N. 43.

²⁵ Ayrıca bkz., **Reger** (Editor: **Bürgers/Körber**), § 118, s. 986, N. 8; **Koch, Jens** (Editör: **Hüffer, Uwe/Koch, Jens**), (2016), Aktiengesetz, 12. Auflage, München, § 118, s. 844, N. 21.

²⁶ Bu anlamda TTK m. 407/2'nin, eTTK'da düzenlenmeyen bir yeniliğe yer verdiği hususunda bkz. **Teoman**, s. 27. TTK m. 407/2'de "en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır" ifadesine yer verildikten sonra, "diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabirler" ibaresinin gereksiz olduğu, zira en az bir yönetim kurulu üyesinin katılmasının gerektiği hallerde, diğer yönetim kurulu üyelerinin tamamının zaten katılabileceği yönündeki eleştiri için ayrıca bkz. **Ayhan**, Rıza, (2008), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşümüz", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, TBB Yayınları, s. 74 http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Turk_Ticaret_Kanunu.pdf, (E.T. 23.08.2018); **Bahtiyar**, Tartışmalar, s. 849.

gidilebileceğinin düşünüldüğü hallerde, kendilerini savunabilmelerine, görüş bildirmelerine, yaptıkları işlem ve kararların gerekçelerini açıklayabilmelerine imkân verilmesi suretiyle, pay sahipleri nezdindeki konumlarını güçlendirmek olduğu ifade edilebilir²⁷.

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 407'NCİ MADDESİNİN 2'NCİ FIKRASI KAPSAMINDA GENEL KURUL TOPLANTISINA KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VEYA HAKKI BULUNAN YÖNETİCİLER²⁸

Yönetim kurulu üyeleri bakımından, genel kurul toplantısına katılma, TTK m. 407/2 çerçevesinde hem bir hak hem de bir yükümlülük teşkil etmektedir²⁹. Türk Ticaret Kanunu m. 340 hükmü de dikkate alındığında, esas sözleşme ile TTK m. 407/2'de sayılan ilgililerin genel kurul toplantılarına katılmalarını yasaklayan veya sınırlandıran düzenlemelerin geçersiz olduğu rahatlıkla ifade edilebileceği gibi; bu hakkın kullanılmasının, başka vasıtalarla uygulanamaz hale getirilmesi de mümkün değildir³⁰.

"Genel kurula katılma" ifadesi, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulda hazır bulunmasının yanı sıra, (*gündem maddesi hakkında düşüncelerini açıklama, bu konularda öneride bulunma gibi*) istişarelere katılması anlamını da taşımaktadır³¹. Bu çerçevede, genel kurula katılma ibaresinin, pay sahiplerinin haiz olduğu genel kurula katılma

hakkı ile (*oy kullanma hakkı haricinde*) benzer olduğu ifade edilebilir³². Ancak murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda görüş ve düşüncelerini açıklaması bakımından bir sınırın var olduğu ve bu hakkın sınırını, şirket ile arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi ile sır saklama yükümlülüğünü ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınmasının oluşturduğunu vurgulamak gerekir³³.

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin 2'nci fıkrası çerçevesinde genel kurula katılma hak ve yükümlülüğüne sahip olanları şu şekilde sıralamak mümkündür:

A. MURAHHAS ÜYE/LER

Anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna ait olmakla beraber (TTK m. 365) Türk Ticaret Kanunu'nda hem yönetim hem de temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerinden bir ya da birkaçına veya üçüncü bir kişiye devri mümkün kılınmıştır³⁴ (TTK m. 367, m. 370/2). Yönetim ve temsil yetkisinin ayrı ayrı devri mümkün olduğu gibi; her ikisinin aynı kişi ya da kişilere devri de mümkündür. Ayrıca yönetim yetkisi ta-

²⁷ Ayrıca bkz. TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesi.

²⁸ Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere çalışmamızın konusu murahhas üyeler ve yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı olduğundan, TTK m. 407/2 hükmü bu çerçevede ele alınmıştır ve başlıklarıyla açıklama da bu doğrultuda yapılmıştır. Bu nedenle her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesi gereği denetçilerin de genel kurul toplantısında hazır bulunması şartsa da bu konu, çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁹ Bkz. TTK m. 407/2 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

³⁰ Spindler (Editor: Schmidt/Lutter), § 118, s. 1570, N. 37; Hüffer, Uwe, (2010), Aktiengesetz, 9. Auflage, München, § 118, s. 630, N. 10.

³¹ Koch (Editör: Hüffer/Koch), § 118, s. 844, N. 20; Ansay, Tuğrul, (1970), Anonim Şirketler Hukuku, 3. Bası, Ankara, s. 153; Reger (Editor: Bürgers/Körber), § 118, s. 984, N. 6; Mülberr (Editör: Hirter/Mülberr/Roth), § 118, s. 41, N. 51.

³² Kubis, Dietmar, (2013), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 118-178, 3. Auflage, § 118, N. 100; Dubs, s. 258-259.

Pay sahiplerinin genel kurula katılma hakkı ve bu hakkın kapsamı hakkında ayrıca bkz. Schlupe, Walter Rene, (1955), Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Polygraphischer Verlag AG, Zürich und St. Gallen, s. 147 vd.

³³ Spindler (Editor: Schmidt/Lutter), § 118, s. 1570, N. 38; Kubis, § 118, N. 100; Mülberr (Editör: Hirter/Mülberr/Roth), § 118, s. 41-42, N. 51.

³⁴ Bunların şartları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, (2013), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, s. 599 vd. ve s. 627-630; Doğan, Beşir Fatih, (2011), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul, s. 119 vd.; Doğan, Beşir Fatih, (2012), "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Cilt: 18 / Sayı: 2, 2012, s. 625 vd.; Demirel, Duygu, (2017), "Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri", Hacettepe HFD, 7 (2) 2017, s. 226 vd.

mamen devredilebileceği gibi; kısmen de devredilebilir³⁵ (TTK m. 367). Ancak temsil yetkisinin devrinin söz konusu olduğu hallerde en az bir yönetim kurulu üyesinin de temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m. 370/2, c.2). Bu anlamda temsil yetkisinin sadece, şirketin yönetim kurulu üyesi olmayan, üçüncü bir kişiye bırakılması mümkün değildir.

Yönetim ve/veya temsil yetkisinin devredildiği üyeler “*murahhas üye*”, üçüncü kişiler ise, “*murahhas müdür*” olarak adlandırılmaktadır.^{36,37}

Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci maddesinin 2’nci fıkrasında açıkça “*murahhas üyelerin*” genel kurul toplantılarına katılmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak her ne kadar hükümde “*üyeler*” ibaresi kullanılmış olsa da *murahhas üye* atandığı hallerde sayılarının mutlaka birden fazla olması gerekmediğinden, yalnızca bir *murahhas üye*nin varlığı halinde, doğal olarak sadece onun genel kurul toplantısına katılması gerekecektir.

Bununla birlikte birden fazla *murahhas üye* atanmış ise, TTK m. 407/2, c. 1’in lafzından hepsinin genel kurul toplantısında hazır bulunmasının şart olduğu sonucu çıkarılmaktadır³⁸. Kanun koyucu yönetim kurulunun birden fazla üyeden oluştu-

ğu hallerde genel kurula katılma yükümlülüğünü en az bir üye bakımından öngörmüşse de, *murahhas üyeler* bakımından böyle bir düzenlemeye yer vermemiş; birden fazla *murahhasın* atandığı hallerde de, tamamının yapılan genel kurul toplantısında hazır bulunması şartını aramıştır. Dolayısıyla sadece belirli yetkilerin devredildiği özel yetkili *murahhas üyeler*, genel kurul toplantı gündeminde kendi yetki alanları ile ilgili bir madde bulunmadığı gerekçesiyle toplantıya katılmaktan imtina edemeyecek; gündemde hangi madde bulunursa bulunsun, yetki devri gerçekleştirilen *murahhas üyelerin* tamamı yapılan genel kurul toplantısında hazır bulunacaktır³⁹.

B. MURAHHAS MÜDÜR/LER

Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci maddesinin 2’nci fıkrasının 1’inci cümlesinde açıkça *murahhas üyelerin* genel kurul toplantısına katılması emredici olarak düzenlenmişken *murahhas müdürler* bakımından bir hükme yer verilmemiştir. Bu halde *murahhas müdürler bakımından böyle bir yükümlülüğün olup olmadığı* sorusu ile karşılaşılması mümkündür. Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek, hükmün amacı nazara alındığında yerinde olmayacaktır. Zira anılan düzenlemenin amacı, daha da önce belirttiğimiz üzere⁴⁰, öncelikle genel kurula katılan pay sahiplerinin yönetim ve şirketin işleri hususunda cevaplandırılmasını istedikleri sorularda kendilerine bir muhatap bulabilmelerini sağlamaktır. Dolayısıyla yönetim ve/veya temsil yetkisinin *murahhas müdür/lere* bırakıldığı hallerde, pay sahiplerinin şirket işleri hususunda en sağlıklı bilgiyi alabilmeleri bakımından muhatapları da, söz konusu bu *murahhas müdür/ler* olacaktır. Atanmış olan *murahhas müdürün/lerin* TTK m. 407/2, c. 1’in kapsamına dâhil edilmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi gibi görülmediği düşüncesini taşımaktayız. Aksi-

³⁵ Ancak yönetim yetkisinin devredildiği durumlarda dahi, TTK m. 375 hükmünde sıralanan devredilemez görev ve yetkiler başta olmak üzere, yönetim kurulunun kurul olarak hareket edeceği devredilemez görev ve yetkilerin, yönetim kurulunda kalmaya devam edeceği gözden kaçırılmamalıdır (Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. I, s. 598).

³⁶ Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu’nun temsil yetkisine ilişkin 370’inci maddesinde “*murahhas*” ibaresine yer verilmişse de, doktrinde bu ibarenin yönetim yetkisinin devredildiği kişileri tanımlarken de kullanıldığı görülmektedir [Şener, s. 369; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. I, s. 594-595; Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal), (2014), Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, s. 448; Göktürk, Kürşat, (2014), “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu”, TBB Dergisi, 2014 (114), s. 181 vd.; Doğan, Sempozyum, s. 624; Ünal, Mehmet, (1982), “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, BATİDER 1982, C. XI, S. 3, s. 50].

³⁷ Terminolojiye ilişkin tartışmalar için bkz. Akdağ Güney, Necla, (2016), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, s. 81-82. İsviçre hukuku açısından ayrıca bkz., Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, s. 314, N. 149, dn. 86.

³⁸ Bilgili/Demirkapı, s. 299; Eriş, s. 2121; Pulaşlı, C. I, s. 917.

³⁹ Ayrıca bkz., TTK m. 437/2 hükmünün madde gerekçesinde, özellikle bilgi alma ve inceleme hakkının, ilan edilen gündem maddeleri ile sınırlı olmadığına dair yer alan açıklamalar.

⁴⁰ Bkz. yukarıda “II. Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci Maddesinin 2’nci Fıkrasının Öngörülme Amacı” başlığı altında yer alan açıklamalar.

nin kabulünün hükmün amacı ile bağdaşmayacağı aşikârdır. Bu nedenle her ne kadar TTK m. 407/2, c. 1’de açıkça yer almasa da, yönetim kurulu tarafından murahhas müdür/ler atanmışsa, onların da genel kurul toplantısına katılmasının zorunlu olduğunun kabulü⁴¹ ve *de lege ferenda* açısından hükümde yapılacak bir değişiklikte m. 407/2, c. 1’in “*Murahhas üye ve/veya müdürler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunması şarttır*” şeklinde kaleme alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİ

Türk Ticaret Kanunu’nun, genel kurula en az bir yönetim kurulu üyesinin katılması şartını koşan m. 407/2, c. 1 hükmünün mefhumu muhalifinden birden fazla üyesi olan yönetim kurulunda (Bkz., TTK m. 359/1), bu yükümlülüğün tüm üyeler için söz konusu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Oysa TTK m. 407/2 hükmünün mehzarını oluşturan AktG § 118 (3)’de,⁴² tüm yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantısına katılmasından söz edildiği görülmektedir⁴³.

Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci maddesinin 2’nci fıkrasının 1’inci cümlesinde yer alan “*Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesi-*

nin...” ifadesinden birden fazla yönetim kurulu üyesinin olduğu hallerde, devredilebilir yetki ve görevlerin tamamen bir ya da birkaç murahhas üyeye devredilmiş olsa dahi, yine de en az bir yönetim kurulu üyesinin toplantıda bulunmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır⁴⁴. Dolayısıyla devredilebilir yetki ve görevlerin tamamen devredildiği hallerde dahi, bu yetki kendisine devredilmemiş diğer yönetim kurulu üyelerinden en az birinin de genel kurulda hazır bulunması şartı aranacaktır.

Anılan düzenleme, genel kurula katılması zorunlu olan o bir üyenin, kimin tarafından ve nasıl belirleneceği hususlarında barındırdığı belirsizlik nedeniyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁵. Kanaatimizce, birden fazla üyesi olan yönetim kurulunda hangi üyenin toplantıda hazır bulunacağını yönetim kurulu, TTK m. 390 hükmüne göre alacağı bir kararla tespit edebilir⁴⁶. Böyle bir belirlemenin yapılması durumunda, söz konusu üye açısından genel kurul toplantısına katılma zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Yönetim kurulunun bu belirlemeyi yapmada ihmalkâr davranması ve hiçbir yönetim kurulu üyesinin de genel kurul toplantısına katılmamış olması ihtimalinde ise, her bir üye açısından, genel kurulda hazır bulunma şartı ayrı ayrı aranacağından, katılmama nedeniyle oluşan zararlardan hepsinin müteselsilen sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴⁷. Yönetim kurulu tarafından genel kurula hangi yönetim

⁴¹ TTK m. 407/2 hükmünde, murahhas müdürlerin atanması halinde onların da genel kurul toplantısına katılmasını şart koşan bir ifadeye yer verilmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak kabul eden ve olması gereken hukuk açısından, murahhas müdürlerin de bu yükümlülük altında olduğunun kabulü gerektiğini savunan görüş için bkz., **Teoman**, s. 28. Karş. **Bilgili/Demirkapı**, 2018, s. 230 [*Yazar Kanun lafzına göre, murahhas müdürlerin toplantıya katılma yükümlülüğü olmadığını belirttiikten sonra, olması gereken hukuk bakımından onların bu kapsama dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır*].

⁴² Bkz. dn. 12’de yer alan açıklamalar.

⁴³ Doktrinde *Teoman*, anonim şirketler tarafından “*murahhas üye (ya da müdür)*” atanmasının bir zorunluluk değil, bir imkân olarak Kanun’da düzenlendiğini; anonim şirketin böyle bir belirleme yapmamasının da söz konusu olabileceğini ve hiçbir yönetim kurulu üyesinin murahhas üye olarak belirlenmediği bir olasılıkta, yönetim kurulu üyelerinin tamamının değil de en az birinin genel kurul toplantısında hazır bulunmasının yeterli görülmesini haklı gösterecek bir sebebin bulunmadığını ileri sürerek, TTK m. 407/2, c. 1’de, tüm yönetim kurulu üyelerinin değil de en az birinin toplantıda hazır bulunmasının şart olarak aranmasını haklı bir biçimde eleştirmektedir. Bkz., **Teoman**, s. 29.

⁴⁴ Türk Ticaret Kanunu’nun 375’inci maddesinde yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri sayılmıştır. Anılan hükmün (f) bendinde, genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında zikredildiğinden, Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci maddesinin 2’nci fıkrasında yer almasa dahi yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır bulunması 375’inci madde hükmü gereğidir.

⁴⁵ **Teoman**, s. 29.

⁴⁶ Aksi yönde bkz., **Teoman**, s. 29 [*Yazar, genel kurula katılacak olan yönetim kurulu üyesinin kim tarafından nasıl belirleneceği noktasında Kanun’da (makalenin kaleme alındığı tarih itibarıyla Tasarı’da) bir açıklık bulunmadığından, bu belirlemenin yönetim kurulu kararı ile yapılmasının mümkün olmadığı görüşündedir*].

⁴⁷ Ayrıca bkz., **Teoman**, s. 30.

kurulu üyesinin katılacağına alınan bir kararla belirlenmediği, ancak yönetim kurulu üyelerinden birinin de yapılan genel kurul toplantısında hazır bulunduğu hallerde ise, TTK m. 407/2, c. 1'de aranan şart sağlanmış olacağından, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilecek bir durumun kalmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Tüm bu açıklamalar bir kenara bırakılacak olursa, TTK m. 407/2, c. 1 kapsamında genel kurulda hazır bulunacak yönetim kurulu üyesinin nasıl belirleneceği noktasında kanun koyucunun sessiz kalmasının uygulamada farklı yaklaşımları da beraberinde getirebileceğini söylemek mümkündür. Bu sorunun önüne geçilebilmesi için ise, *de lege feranda*, mehz Alman hukukuna benzer bir biçimde, Kanun'da, tüm yönetim kurulu üyelerinin (*katılmamaya ilişkin meşru bir mazeretleri olmadığı müddetçe*) genel kurulda hazır bulunmalarını arayan bir düzenlemeye yer verilmesinin daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız⁴⁸. Zira murahhas üye belirlemesinin yapılmadığı ve birden fazla yönetim kurulu üyesinin bulunduğu bir anonim şirkette, genel kurul toplantılarına, adeta yasak savuşturma şeklinde, yapılan işlemler ile ilgili yeterince bilgisi bulunmayan bir yönetim kurulu üyesinin katılmış olması gibi bir ihtimalde, elbette TTK m. 407/2, c. 1'deki şart şeklen sağlanmış gibi görülecektir. Ancak bu şekildeki bir katılım, TTK m. 437'de düzenlenen ve TTK m. 407/2'ye ait madde gerekçesine göre, TTK m. 407/2 ile de uygulanabilirliği sağlanılan bilgi alma hakkına tam manasıyla hizmet etmeyecektir. Bu durumun önüne geçilebilmesi için, mevcut yönetim kurulu üyelerinin tamamının genel kurul toplantılarında hazır bulunması şartının aranması yerinde olacaktır.

Bu konuda *Teoman* haklı olarak en azından, yapılacak olan genel kurul toplantısının gündeminin belirlendiği yönetim kurulu toplantılarında, gündemin oluşturulmasına dair alınan karara muhalif kalan yönetim kurulu üyesinin de, o genel kurul toplantısına katılmasını zorunlu kılan bir

düzenlemeye Kanun'da yer verilmesinin ve bu üyenin pay sahiplerine niçin karara muhalif kaldığını açıklaması hususunda bir yükümlülük getirilmesinin, pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ulaşmalarına daha çok hizmet edeceğini fikrindedir⁴⁹.

D. DİĞER YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

Türk Ticaret Kanunu m. 407/2'ye göre, birden fazla üyesi olan yönetim kurulunun genel kurula katılması kararlaştırılan üyesi dışında kalan diğer üyeler de genel kurula katılabilir ve görüş bildirebilir. Ancak bu üyeler bakımından, genel kurula katılma Kanun gereğince, bir yükümlülük değil⁵⁰; bir hak şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Bu hakkın kullanılabilmesi, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmaları şartına bağlı olmayıp, tamamen buldukları konum neticesinde kendilerine bahşedilen bir imkândır⁵¹. Madde gerekçesinde böylece diğer üyelerin bu haklarını kullanarak genel kurula katılıp yaptıkları işlem ve kararları açıklayarak kendilerini savunup, sorumluluk yönünden konumlarını güçlendirebilecekleri belirtilmiştir.

E. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ SONA EREN KİŞİLER

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddenin 2'nci fıkrası gereğince genel kurul toplantısına katılma yükümlülüğüne ya da hakkına sahip olanlar, hâlihazırda görevinin başında olan murahhas üyeler ile yönetim kurulu üyeleri şeklinde sıralanmıştır. Bununla birlikte yönetim kurulu üyeliği sona eren üyelerin genel kurula katılması bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu anlamda söz konusu kişiler bakımından kural olarak ne genel kurula katılma hakkından ne de yükümlülüğünden söz edilebilir.

⁴⁸ Aynı yönde bkz., *Teoman*, s. 31 (Yazar, bu durumu aynı zamanda yönetim kurulu ile anonim şirket arasındaki vekalet ilişkisine ve vekilin bizzat hesap verme yükümlülüğü ile de açıklamaktadır); *Bahtiyar/Hamamcioğlu*, s. 73.

⁴⁹ *Teoman*, s. 30.

⁵⁰ *Teoman*, s. 29; *Pulaşlı*, C. I, s. 917, dn. 263; *Altaş*, Soner, (2015), Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 6. Bası, Ankara, s. 127.

⁵¹ *Liebscher* (Editör: *Henssler/Strohn*), § 118, N. 14; *Reger* (Editor: *Bürgers/Körber*), § 118, s. 986, N. 8; *Dubs*, s. 255.

Her ne kadar bu kişilerin, genel kurula katılma hak ve/veya yükümlülükleri bulunduğu ilişkin Kanun'da açık bir hüküm olmasa da, izin alınması suretiyle, misafir ya da dinleyici olarak genel kurula katılmalarına bir engel bulunmadığı söylenebilir⁵². Bunun yanında yönetim kurulu üyelikleri sona eren üyelerin, özellikle yönetim kurulunda üye oldukları döneme ilişkin olarak, o dönemde yapılan işlemlerin adeta bir artçı etkisi olarak, genel kurulda bir karar alınması gereken hallerde, istisnai olarak genel kurul toplantısına katılma yükümlülüklerinin olduğunun kabulü gerektiği düşüncesindeyiz⁵³. Zira görev süreleri sona ermiş olmasına rağmen önceki yönetim kurulu üyelerinin, sona eren görev ilişkisinin devam eden yan yükümlülükleri nedeniyle genel kurula katılmaları ve genel kurulda bilgi alma hakkını kullanmak isteyen pay sahipleri için bilgi sunmaları, yapılan genel kurulun amaca uygun bir biçimde gerçekleşmesi ve kararlar alınabilmesi için büyük önem arz etmektedir⁵⁴.

Kanaatimizce, yukarıda yapılan açıklamalar, yönetim kurulu üyeliğinin herhangi bir nedenle boşalması üzerine *yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilen, ancak yapılan ilk genel kurul toplantısında, genel kurul tarafından yönetim kurulu*

geçici üyeliği onaylanmadığı için, görevi sona eren kişiler bakımından da geçerli olmalıdır (Bkz., TTK m. 363). Bu kişiler de, geçici olarak seçimlerinin ardından yapılan işlemlerle sınırlı olmak üzere, her ne kadar yönetim kurulu üyelikleri devam etmese de, gerektiğinde genel kurul toplantılarına katılmakla yükümlü olmalı ve bilgi alma hakkının etkin olarak kullanılmasına katkı sağlamalıdır. Aynı şekilde, bu kişilerin yapılan işlemler nedeniyle kendilerini savunabilmeleri için de, (*pay sahibi ya da genel kurula katılma hakkı olan kişilerden biri olmasalar dahi*) ilgili konuların görüşüldüğü genel kurula katılma haklarının olduğunun kabulü gerekir.

F. TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA KATILIMIN SÖZ KONUSU OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 390'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası hükmünde, yönetim kurulu toplantıları bakımından, *yönetim kurulu üyelerinin birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri ve toplantılara vekil aracılığıyla katılamayacakları* açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen⁵⁵; TTK m. 407/2 hükmünde *murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısına bizzat katılmakla yükümlü olduklarına veya temsilci aracılığıyla toplantıya katılmalarının yasak olduğuna dair* açık bir ifadeye yer verilmemiştir (Ayrıca bkz. Bakanlık Temsilcileri Yönetmeliği m. 17). Ancak buna rağmen, TTK m. 407/2 hükmü pay sahiplerinin bilgi alma haklarını kuvvetlendirmek için öngörüldüğünden; bu hakkın layığıyla kullanılabilmesi için bilginin bizzat muhatabından alınması gerekliliğinden ve anılan hükümde yer alan *"... hazır bulunmaları şarttır"* ifadesinden hareketle, *murahhas üyelerle, en az bir yönetim kurulu üyesinin, yapılan genel kurul toplantılarına, bir temsilci aracılığıyla katılmalarının veya birbirlerini*

⁵² Koch (Editör: Hüffer/Koch), § 118, s. 845, N. 21; Liebscher (Editör: Henssler/Strohn), § 118, N. 14. Karş. Pulaşlı, C. I, s. 917.

Ayrıca bkz., TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar (*Burada genel kurula katılma hakkına sahip olmayanların, genel kurula izinle katılabileceğinden söz edilmiştir*).

⁵³ Aynı yönde bkz. Hüffer, § 118, s. 630, N. 10; Spindler (Editör: Schmidt/Lutter), § 118, s. 1570, N. 36; Liebscher (Editör: Henssler/Strohn), § 118, N. 14; Mülberr (Editör: Hirter/Mülberr/Roth), § 118, s. 37, N. 35 ve s. 45, N. 60 (Yazar, yönetim kurulu üyeliği sona eren ancak buna rağmen istisnai olarak katılım yükümlülüğü devam eden kişilerin bu yükümlülüğünü ihlal etmeleri halinde, bundan kaynaklı oluşan zararlardan ötürü sorumluluklarına gidilebileceğini; ancak böyle bir ihlalin, genel kurulda alınan bazı veya tüm kararların iptaline sebebiyet vermeyeceğini ifade etmiştir); Kubis, § 118, N. 99.

Ancak böyle bir durum söz konusu değilse, önceki yönetim kurulu üyeleri ve murahhas üyelerin (*pay sahibi olmaları hali hariç olmak üzere*), genel kurula alınmaları gibi bir zorunluluk söz konusu değildir [Bkz., Reger (Editor: Bürgers/Körber), § 118, s. 986, N. 8]. Ayrıca bkz. ve karş. Pulaşlı, C. I, s. 917.

⁵⁴ Koch (Editör: Hüffer/Koch), § 118, s. 845, N. 21; Reger (Editor: Bürgers/Körber), § 118, s. 986, N. 8.

⁵⁵ Yönetim kurulu toplantıları bakımından TTK m. 390/2'de öngörülen bu temsil yasağının nedeni, anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan güven faktörünün son derece önem arz etmesi ve bu nedenle de seçilen yönetim kurulu üyelerinin toplantılara ve müzakerelere bizzat katılması gerekmesinden kaynaklanmaktadır. Bu hususta bkz., Kirca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. I, s. 494; Pulaşlı, C. I, s. 1328.

bu toplantıda temsilen hareket edebilmelerinin söz konusu olamayacağı sonucuna varılacaktır⁵⁶. Zira murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesi açısından bir yükümlülük şeklinde kaleme alınan TTK m. 407/2 hükmünün işlevsel hale getirilebilmesi ve hükümde öngörülen amaca erişilebilmesi, bu yükümlülüğün ancak ilgililerce bizzat yerine getirilmesi koşulu ile sağlanabilecektir. Bizzat yerine getirilmesi gereken bu yükümlülük, sadece kendisinin önemli bir hastalığı, yakın akrabalarından birinin ağır hastalığı veya ölümü ya da mutlaka katılması gereken ve ertelenmesi mümkün olmayan bir iş gezisi gibi geçerli bir mazeretin varlığı halinde gerçekleştirilmeyebilir⁵⁷. Fakat bu ihtimalde dahi, geçerli mazeret, genel kurula katılma yükümlülüğünün temsilci aracılığıyla yerine getirilmesi sonucunu doğurmayacak; yalnızca geçerli mazereti nedeniyle genel kurul toplantısında hazır bulunamamadan kaynaklanan bir sorumluluktan söz edilemeyecektir.

IV. MURAHHAS ÜYELERLE EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN BULUNMASI GEREKTİĞİ GENEL KURUL TOPLANTILARI

TTK m. 407/2 c. 1’de *murahhas üye/ler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmasının şart olduğu* ifade edilmiş; ancak bahsi geçen genel kurul toplantısının türü bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Hal böyle olunca, hükümde bahsi geçen ilgililerin hazır bulunması gereken ya da katılabilecekleri toplantıların hangi tür genel kurul toplantı-

sı olduğunun belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Aşağıda yer alan alt başlıklar bu minvalde oluşturulmuştur.

A. OLAĞAN-OLAĞANÜSTÜ GENEL KURUL TOPLANTILARI BAKIMINDAN TÜRK TİCARET KANUNU’NUN 407’NCİ MADDESİNİN 2’NCİ FIKRASI HÜKMÜNÜN YORUMLANMASI

Anonim şirketlerde genel kurul toplantıları, toplantının yapılacağı zaman bakımından olağan ya da olağanüstü genel kurul toplantısı olarak ikiye ayrılmaktadır (TTK m. 409). Anonim şirketin olağan genel kurul toplantısı, her faaliyet dönemini izleyen üç ay içerisinde yapılırken (TTK m. 409/1); olağanüstü genel kurul toplantıları ise, herhangi bir zamana bağlı olmaksızın gerektiğinde, toplanıp karar alınmasına ihtiyaç duyulan zamanlarda yapılmaktadır (TTK m. 409/2). Bu çerçevede, olağan genel kurul toplantısı yılda bir kez gerçekleştirilirken; olağanüstü genel kurul toplantı sayısına dair kanun koyucunun bir alt ya da üst sınır öngörmediği görülmektedir.

Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin TTK m. 407/2’ye göre katılması gereken genel kurul toplantısının, olağan genel kurul toplantısı mı yoksa olağanüstü genel kurul toplantısı mı olduğu hususunda madde metninde ya da madde gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmediği gibi; “*Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik*”in⁵⁸ “*Toplantıda bulunma zorunluluğu*” üst başlıklı 17’inci maddesinde de yapılacak olan genel kurul toplantısı bakımından olağan ya da olağanüstü genel kurul ayrımlarına gidilmediği görülmektedir.

Oysa söz konusu bu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan “*Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik*”in⁵⁹ 20’nci maddesinin 2’nci fıkrasında – 6762 sayılı mülga TTK’da bu konuda açık bir

⁵⁶ Aynı yönde bkz., **Reger** (Editör: **Bürgers/Körber**), § 118, s. 986, N. 8; **Koch** (Editör: **Hüffer/Koch**), § 118, s. 844, N. 21; **Spindler** (Editör: **Schmidt/Lutter**), § 118, s. 1571, N. 39; **Teoman**, Bizzat Katılma Yükümü, s. 418; **Pulaşlı**, C. I, s. 917; **Hüffer**, § 118, s. 630, N. 10; **Liebscher** (Editör: **Henssler/Strohn**), § 118, N. 14; **Kubis**, § 118, N. 101. Ayrıca bkz. **Tekinalp**, Ünal, (2015), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, s. 279; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 39-40, N. 44 ve s. 41, N. 48.

⁵⁷ **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 688, N. 20; **Spindler** (Editör: **Schmidt/Lutter**), § 118, s. 1571, N. 39; **Liebscher** (Editör: **Henssler/Strohn**), § 118, N. 14; **Kubis**, § 118, N. 101.

Doktrinde, bu hallerin, ilgili kişinin katılma yükümlülüğünü ortadan kaldıran haller olmadığı; yalnızca yükümlülüğün ihlal edildiği sonucunun ortaya çıkmasına engel olduğu da savunulmuştur. Bu yönde bkz., **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 40, N. 44, ayrıca bkz., s. 43, N. 55.

⁵⁸ R.G. Tarih: 28.11.2012, Sayı: 28481.

⁵⁹ R.G. Tarih: 07.08.1996, Sayı: 22720.

düzenlemeye yer verilmediği halde – yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin “olağan genel kurul toplantılarında” bulunması gerektiğinden, aksi takdirde bahsi geçen olağan genel kurul toplantısının yapılamayacağından söz edilmiş; bu düzenleme ile de olağanüstü genel kurul toplantılarında mutlaka bir yönetim kurulu üyesinin bulunması şartının aranmayacağı şeklindeki yorumun önü açılmıştı⁶⁰.

Kanaatimizce, hem TTK m. 407/2 hükmünde ve madde gerekçesinde hem de “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” m. 17 düzenlemesinde, yapılacak olan genel kurul toplantıları bakımından bir ayrıma gidilmemiş olması ve hükmün öngörülme amacı da dikkate alındığında, Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin bulunmasının şart olduğu genel kurul toplantısı, olağan genel kurul toplantısı olabileceği gibi⁶¹; olağanüstü genel kurul toplantısı da olabilecektir⁶². Her iki tür toplantı bakımından, Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin toplantıda hazır bulunması şarttır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasının ilgililer bakımından birtakım hukuki sonuçları doğacaktır⁶³.

B. ÇAĞRILI-ÇAĞRISIZ GENEL KURUL TOPLANTILARI BAKIMINDAN TÜRK TİCARET KANUNU’NUN 407’NCİ MADDESİNİN 2’NCİ FIKRASI HÜKMÜNÜN YORUMLANMASI

Anonim şirketlerde genel kurul toplantıları, belirli bir çağrı prosedürüne uyulup uyulmaması

bakımından “çağrılı” ve “çağrısız” genel kurul toplantıları olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. TTK m. 410 ilâ 414 hükümleri çerçevesinde yetkili kişiler eliyle⁶⁴, usulünce yapılan bir çağrı işleminin ardından gerçekleştirilen genel kurul toplantıları “çağrılı genel kurul toplantıları” olarak nitelendirilirken; TTK m. 416’daki şartların yerine getirilmesi üzerine çağrı merasimine uyulmaksızın yapılan genel kurul toplantıları ise, “çağrısız genel kurul toplantıları” olarak adlandırılmaktadır.

Çağrı prosedürü işletilerek yapılan çağrılı genel kurul toplantılarında, Murahhas üye/üyeler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin hazır bulunmasının şart olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yer almamaktadır.

Bununla birlikte, TTK m. 407/2 kapsamında genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şart olan Murahhas üye/ler ve yönetim kurulu üyelerinden en az biri bakımından öngörülen yükümlülüğün çağrısız genel kurul toplantılarını da kapsayıp kapsamadığı sorusu ayrıca irdelenmesi gereken konulardan birini oluşturmaktadır. Zira TTK m. 416 hükmüne bakıldığında, genel kurula katılmaya ve toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın bir genel kurul toplantısı yapılabilmesi için, bütün payların sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması, hiçbirinin bu şekilde toplantı yapılmasına itiraz etmemesi ve bu nisapla genel kurul olarak toplanılması gerekir. Toplantı nisabı var olduğu sürece, bu şekilde toplanılan genel kurulda, kararlar alınabilmesi mümkündür. Görüldüğü üzere, çağrısız genel kurul toplantılarının yapılabilmesi bakımından kanun koyucunun aradığı esaslı şart, “bütün payların sahiplerinin veya temsilcilerinin, aralarından birinin itirazda bulunmaması şartıyla, genel kurul olarak toplanması”dır. Ancak, bu şekilde yapılan toplantılarda da, TTK m. 407/2, c. 1 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu Kanun’da cevapsız bırakılmıştır.

⁶⁰ 6762 sayılı TTK dönemindeki bu düzenleme ve doktrindeki tartışmalar bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz., yukarıda “I- Giriş” kısmında yer alan açıklamalar.

⁶¹ Yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma haklarının en azından olağan genel kurul toplantıları bakımından olması gerektiği, zira bu toplantılarda yönetim kurulunun ibrası yönünde karar alınacağı, alınan bu karara karşı yönetim kurulunun açıklamada bulunma ve olası itirazlarını ileri sürebilme imkânı olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Zöllter-Petzoldt, s. 608.

⁶² Bu yönde ayrıca bkz., Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 487.

⁶³ Bu konuda bkz. aşağıda “VI. Türk Ticaret Kanunu’nun 407’nci Maddesinin 2’nci Fıkrasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları” üst başlığında yer alan açıklamalar.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Narbay, Şafak, (2006), “TTK Tasarısı’nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, HPD 2006, S. 7, s. 168 vd.

Kanaatimizce bu soruya cevap aranırken, “*murahhas üye/ler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır bulunma yükümlülüğü*” ve “*yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma hakkı*” bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir.

Murahhas üye/ler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır bulunmalarını şart koşan TTK m. 407/2, c. 1 hükmünün ilk ve esaslı amacının pay sahiplerinin bilgi alma haklarını layıkıyla kullanmaları olduğu madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiş ve bu hususta ayrıca TTK m. 437 hükmüne de göndermede bulunulmuştur. Ancak çağrısız bir biçimde toplanan tüm pay sahipleri veya temsilcileri, bilgi alma hakkını sağlamaya yönelik olarak kaleme alınan TTK m. 407/2, c. 1'deki şart bakımından, murahhas üye/ler ile yönetim kurulu üyelerinden en az birini toplantıya katılım yükümlülüğünden muaf tutmayı seçmiş ve yapılan çağrısız genel kuruldan, bahsi geçen fıkradaki ilgili kişileri haberdar etmemişlerse, artık bu kişilerin genel kurul toplantısında hazır bulunmadıkları gerekçesi ile sorumluluklarına gidilememesi ya da pay sahiplerinin, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanamadıkları gerekçesi ile genel kurulda alınan kararlar aleyhine iptal davası açamamaları gerekir⁶⁵.

Fakat çağrısız bir şekilde toplanacak olsalar dahi, pay sahiplerinin yapılacak genel kurul toplantısından yönetim kurulu üyelerini ve varsa murahhas üye/leri makul bir süre öncesinden haberdar ettikleri bir varsayımda⁶⁶, TTK m. 407/2,

c. 1 kapsamındaki yükümlülüklerinin devam edeceği ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin sonuçlarına da katlanmaları gerekeceği unutulmamalıdır.

Yönetim kurulu üyeleri (ve varsa murahhas üye/üyeler) açısından, genel kurul toplantısına katılmanın aynı zamanda bir hak teşkil ettiği daha önce de ifade edilmişti⁶⁷. Çağrılı genel kurullarda, çoğu kez yönetim kurulu eliyle şekillendirilen çağrı prosedürü nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulda bulunma hakkı sağlanmış olmaktadır. Ancak çağrısız genel kurul toplantılarının yapıldığı hallerde -yönetim kurulu üyeleri aynı zamanda o şirkette pay sahibi değilse- pay sahipleri veya temsilcilerinin, yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma hakkının ihlal edilip edilmediği hususu ile çoğu kez ilgilenmedikleri ve böyle bir toplantıdan onları haberdar etmeden toplantı yapma yolunu tercih edebildikleri görülmektedir⁶⁸. Böyle bir durumda pay sahiplerinin bilgi alma hakkını kullanmayı tercih etmedikleri ifade edilse dahi, acaba buna rağmen yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantısına katılma haklarının ihlal edildiğinden söz edilebilecek midir?

Kanaatimizce, TTK m. 407/2'nin madde metninde ve madde gerekçesinde de açıkça yer verildiği üzere, yönetim kurulunun genel kurula katılması hem bir hak hem de bir yükümlülük şeklinde tanımlanmıştır. Bu gerçek karşısında, çağrısız genel kurul toplantıları bakımından dahi, yönetim kurulunun genel kurula katılma hakkının ihlal edilmemesi ve gerektiğinde genel kurulda, özellikle kendileri hakkında alınacak kararlar bakımından açıklama yapabilme ve kendilerini savunabilme imkânının verilmesi amacıyla, yapılacak toplantıdan yönetim kurulunun makul bir süre öncesinde haberdar edilmesi gerekir⁶⁹. Böylelikle

⁶⁵ Ayrıca bkz., **Zöllter-Petzoldt**, s. 608-609 (Yazar ayrıca, çağrısız genel kurul toplantılarında yönetim kurulu eliyle yapılan bir çağrının söz konusu olmadığını; pay sahiplerinin genel kurulda yönetim kurulundan kural olarak bilgi alma hakkının bulunduğunu, ancak bu hakkı her hâlükârda ve mutlaka kullanmaya da zorlanamayacaklarını; pay sahiplerinin yönetim kurulunu genel kurulda dinleme gibi bir yükümlülüklerinin olmadığını ifade ederek, yönetim kuruluna haber vermeyerek, yalnızca pay sahipleri veya temsilcileri arasında çağrısız genel kurul toplantısı yapılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir).

⁶⁶ Çağrı prosedürüne uyulmadan yapılan genel kurul toplantısı hakkında murahhas üye/üyeler ile en az bir yönetim kurulu üyesini haberdar edip etmedikleri noktasında uygulamada çıkabilecek ispat sorunlarının önüne geçilebilmesi amacıyla, yönetim kuruluna bu bildirim yazılı biçimde yapılmasında fayda olacaktır.

⁶⁷ Bkz. yukarıda “II. Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci Maddesinin 2'nci Fıkrasının Öngörülme Amacı” başlığı altında yer alan açıklamalar.

⁶⁸ **Zöllter-Petzoldt**, s. 607.

⁶⁹ Aynı yönde bkz., **Zöllter-Petzoldt**, s. 609; **Mülberr** (Editör: **Hirter/Mülberr/Roth**), § 118, s. 41, N. 50 (Yazar, ayrıca tek kişilik anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında da aynı kuralın geçerli olduğunu ifade etmiştir). Ayrıca bkz., **Koch** (Editör: **Hüffer/Koch**), § 118, s. 845, N. 21. İsviçre hukuku bakımından karşı, **Dubs**, Dieter/**Truffer**, Roland (Editör: Honsell/Vogt/Watter), (2012), Obligationen-

yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantılarına katılma hakkı, etkin bir biçimde sağlanmıştır. TTK m. 407/2'deki ilgililere, yaklaşan çağrısız genel kurul toplantısına dair bildirim, onların toplantıya katılmasına imkân verecek makul bir süre içinde ve usulünce yapıp yapılmadığı her somut olayın özelliğine göre tespit edilmiştir⁷⁰.

C. GENEL KURUL TOPLANTILARINA FİZİKİ YA DA ELEKTRONİK ORTAMDA KATILIM BAKIMINDAN TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 407'NCİ MADDESİNİN 2'NCİ FIKRASI HÜKMÜNÜN YORUMLANMASI

Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin, yapılacak anonim şirket genel kurul toplantısına katılımının mutlaka fiziki olarak mı gerçekleştirilmesi gerektiği, bir diğer ifade ile bahsi geçen ilgililerin yapılan fiziki toplantıya elektronik ortamda iştirak edip edemeyeceği sorusuna da cevap aranmasında fayda bulunmaktadır. Bu sorunun cevabı için öncelikle genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılması imkânının olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Elektronik toplantılar doktrinde, *fiziki kurula elektronik ortamda katılım* ve toplantının tamamen elektronik ortamda yapıldığı *sanal kurul* olmak üzere iki tür olarak kabul edilmektedir⁷¹.

recht II, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel, Art. 701, s. 951, N. 1 ve Art. 702a, s. 964, N. 4 (Yazarlar, çağrısız genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyelerinin bulunmasının gerekli olmadığını savunmaktadırlar).

⁷⁰ Pay sahiplerinin, çağrısız genel kurul toplantısından yönetim kurulu üyelerini ve varsa murahhas üye/leri haberdar etmeyerek, onların genelle kurula katılma hakkını ihlal etmeleri halinde, bu durumun hukuki sonuçlarının ne olacağı meselesi ise, aşağıda "V. B. Murahhas Üyelerle Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurula Katılma Hakkının İhlalinin Hukuki Sonuçları" başlığı altında ele alınacaktır.

⁷¹ **Pulaşlı**, s. 876; **Falcioğlu**, Mete Özgür, (2016), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Ankara, s. 50 vd; **Yayla**, Ümit, (2013), Anonim Ortaklık Genel Kurulları/Elektronik Genel Kurullar, İstanbul, s. 42; **Arı**, Zekeriyya, (2009), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükmü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul", EÜHFD, 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 191 vd.; **Bahtiyar**, Mehmet (Editörler: **Teoman**, Ömer/**Hamamcıoğlu**, Esra/ **Karmanlıoğlu**, Argun/**Görmez**, Onur), (2014), "6102 sayılı

Türk Ticaret Kanunu'nun "Elektronik ortamda kurullar" başlıklı 1527'nci maddesi hükmünde de bazı kurulların, tamamen elektronik ortamda (*sanal olarak*) yapılabileceği açıkça zikredilmiştir. Nitekim anılan maddenin ilk fıkrasına göre, yönetim kurulu toplantılarının **tamamen** elektronik ortamda yapılabilmesi mümkündür. Bu düzenleme Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, TBMM'nde görüşüldüğü sırada Tasarı'ya eklenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi ise TBMM Genel Kurul Toplantı Tutanağı'nda şu şekilde ifade edilmiştir; "...birinci fıkrasında yapılan değişiklikle; bir yönetim veya müdürler kurulu toplantısının tamamen elektronik ortamda, yani fiziki toplantı hiç yapılmadan icra edilmesiyle, toplantının kısmen fiziken kısmen de elektronik ortamda katılım yoluyla gerçekleştirilmesi halinde birbirinden açıkça ayrılması ve iki halin de kanunen mümkün olduğunun açıkça belirtilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, toplantının bu olanaklardan biri kullanılarak yapılması halinde nisaplarda hiçbir değişiklik olmayacağı açıkça hükme bağlanarak, olası tereddütler bertaraf edilmiştir. Şu husus da açıkça belirtilmelidir; kısmen fiziken kısmen de elektronik ortamda katılım suretiyle yapılan toplantılarda, fiziken mevcut bulunan üyelerin toplantı nisabını oluşturmuş bulunmalarına veya tersine gerek yoktur. Toplantıya bir üye fiziken gelmişse, diğer üyeler toplantıya elektronik ortamda katılabilirler ya da tersi olabilir. Birinci fıkranın son cümlesi bu ve benzeri sorunları çözüme bağlamak amacıyla öngörülmüştür"⁷². Ancak belirtmek gerekir ki, bu hüküm sadece yönetim kurulu ve müdürler kurulu toplantılarını kapsar.

Genel kurul toplantılarına ilişkin TTK m. 1527/5'de "Anonim şirketlerde genel kurullara

TTK ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-1", Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu (15 Aralık 2012), Ankara 2014, s. 114 (Elektronik Sistem); **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 147; **Bulut**, Abdulkadir, (2014), Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2014, s. 71 vd.; **Kayihan**, Şaban, (2003), "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet", BATİDER, C. XXII, S. 1, s. 102.

⁷² https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_birlesim_baslangic?P4=20839&P5=H&page1=125&page2=125 (E. T. 03.08.2018).

elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fiziki katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur” hükmüne yer verilmiş ancak genel kurulun tamamen elektronik ortamda *-sanal genel kurul şeklinde-* yapılabileceğine ilişkin (TTK m. 1527/1’de olduğu gibi) açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nda elektronik yönetim kurulu toplantıları ile elektronik genel kurul toplantılarına ilişkin ayrı fıkralarda farklı düzenlemelere yer verilmesi, genel kurulun fiziki ortamda katılım olmaksızın sadece sanal olarak toplanmasının mümkün olup olmayacağı hususunda tartışmalara yol açmıştır.

6102 sayılı Kanun henüz Tasarı aşamasında iken konuyu ele alan *Ari*’ya göre, her ne kadar Tasarının genel gerekçesine ve 1527’nci maddenin gerekçesine bakıldığında sanal genel kurulun öngörülmediği izlenimi ortaya çıksa da madde metnine bu durum yansımadığından ve metinde *“elektronik ortam”* ibaresine yer verilerek herhangi bir kısıtlama getirilmediğinden genel kurulun tamamen elektronik ortamda yapılması mümkündür⁷³.

Bahtiyar ve Hamamcıoğlu ise, TTK m. 1527/5 hükmünde *“genel kurullara elektronik ortamda katılma”* dan söz edildiği, yönetim kurulu toplantısında olduğu gibi açıkça sanal genel kurula izin verilmediği gerekçesi ile genel kurul toplantısının tamamen elektronik ortamda yapılmasının mümkün olmadığı sadece fiziki genel kurula elektronik ortamda katılımın mümkün olduğu görüşündedir⁷⁴.

Aynı görüşte olan *Üçışık ve Çelik*, bu görüşlerini inceleme konumuz olan TTK m. 407/2 hükmü ile de desteklemektedirler. Anılan yazarlara göre, TTK m. 407 gereğince murahhas üyeler ile en az bir yönetim kurulu üyesinin, denetçinin ve Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantısında hazır bulunması zorunluluğu *“fiziki olarak”* bir genel kurul toplantısı yapılmasını da zorunlu kılmaktadır⁷⁵.

Mevcut düzenlemeler kapsamında sanal genel kurul toplantısı yapılamayacağı görüşünde olan *Pulaşlı* ise, bu görüşünü *“Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik”* in 9’uncu maddesi hükmüne dayandırmaktadır⁷⁶. İlgili hükme göre, *“Genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılır...”*.

Kanaatimizce de, TTK m. 1527/5 hükmünün düzenlenme şekli nazara alındığında, genel kurul toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılabilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, elektronik kurullara ilişkin 1527’nci maddede yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları bakımından farklı fıkralarda farklı esaslar benimsenmiştir. Anılan maddenin 1’inci fıkrasında, yönetim kurulu toplantılarının fiziki toplantıya elektronik ortamda katılım şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi; tamamen elektronik ortamda yapılabileceği de açıkça vurgulanmıştır. Bu fıkra söz konusu ekleme, Tasarı’nın Meclis görüşmeleri esnasında yapılmış ve madde gerekçesinde, olabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla, fıkra metnine açıkça tamamen elektronik (sanal) ortamda yönetim kurulu toplantıları yapılabileceğinin eklendiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere esasında kanun koyucu da, elektronik kurul bakımından, doktrinde de benimsendiği üzere, iki tür kabul etmiştir: Sanal kurul ve fiziki kurula elektronik ortamda katılım.

Ancak elektronik ortamda genel kurul bakımından TTK m. 1527/5’te sadece *genel kurula elektronik ortamda katılmadan* söz edilmiş; ayrıca genel kurulun tamamen elektronik ortamda (sanal

⁷³ **Ari**, s. 196. Aynı yönde bkz., **Kendigelen**, Abuzer, (2016), Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, s. 600-601; **Falcıoğlu**, s. 183.

Bilge ise, internet kullan(a)mayan ortakların genel kurula katılma ve ortaklık haklarını kullanma olanağını elinden alacağı için tamamen sanal bir genel kurula izin verilmesi gerektiği görüşündedir (**Bilge**, Mehmet Emin, (2003), Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılım, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul, s. 225).

⁷⁴ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 13. Ayrıca bkz., **Bahtiyar**, Elektronik Sistem, s. 119-120.

⁷⁵ **Üçışık/Çelik**, s. 224.

⁷⁶ **Pulaşlı**, s. 876, dn. 210.

genel kurul) yapılabileceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Meclis görüşmeleri esnasında tereddütleri giderme adına TTK m. 1527/1 hükmüne ekleme yapılırken; 5'inci fıkrada böyle bir değişiklik yapılma gereği de duyulmamıştır. Yine anonim şirket genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy kullanmaya ilişkin usul ve esasların düzenlendiği “Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik” hükümlerinde de sadece **genel kurula elektronik ortamda katılmadan** söz edildiği; ancak genel kurulun tamamen elektronik ortamda yapılmasından bahsedilmediği görülmektedir. Anılan Yönetmelik'in tanımlar başlıklı 4'üncü maddesinde “Elektronik ortamda katılma: Anonim şirket genel kurul toplantılarına EGKS'den katılmayı, görüş açıklamayı, öneride bulunmayı ve oy kullanmayı ifade eder” hükmüne yer verildikten sonra 9'uncu maddesinde “Genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılır” ifadesine yer verilmiştir. Tüm bu hükümler ve Tasarı'nın kanunlaşma sürecindeki gelişmeler birlikte değerlendirildiğinde, hali hazırda mevzuatımızın sanal genel kurula müsaade etmediği neticesine varılmaktadır⁷⁷.

⁷⁷ Ancak günümüz teknolojisindeki gelişmeler de nazara alındığında sözü edilen düzenlemelerin tekrar gözden geçirilerek, sanal genel kurul toplantıları yapılabilmesinin önünün açılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca bkz., **Kaya**, Mustafa, İsmail, (2003), “Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması”, AÜHF, C. 52, S. 4, s. 211 ve s. 217-218 (Yazar, 6762 sayılı Kanun döneminde kaleme aldığı makalesinde, anonim şirketlerin gerekli alt yapıyı hazırladıktan ve esas sözleşmelerini buna uygun hale getirdikten sonra, genel kurullarını sanal bir ortamda yapabilmeleri gerektiğini savunmaktadır); **Kayhan**, s. 102 (Yazar, 6762 sayılı Kanuna göre, tamamen sanal/virtüel genel kurul toplantısı yapılmasının de lege lata mümkün olmadığını belirttiğinden sonra; bu imkânın önüne set çekilmesinin yerinde olmadığını, böyle bir düzenlemeye Kanunda yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir). Nitekim İsviçre hukukunda da giderek artan eğilimin, pay sahiplerinin fiziken bir araya gelmeksizin tamamen sanal ortamda genel kurul toplantılarını yaparak karar alabilmesi olduğu ve bu nedenle de İsviçre Borçlar Kanunu'na (OR) ilişkin Tasarı metnine bunun yansıtıldığı görülmektedir. **23 Kasım 2016 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Tasarısı'nın** [Obligationenrecht Entwurf (Aktienrecht)] 701c maddesinde, “yönetim kurulunun, genel kurul toplantısının yapıldığı yerde bulunmayan pay sahiplerine, pay sahipliği haklarını elektronik yollar üzerinden kullana-

Bu açıklamaların ardından çalışma konumuz bakımından üzerinde durulması gereken husus ise, TTK m. 407/2 hükmüne göre genel kurula katılacak olan yönetim kurulu üyeleri ve varsa murahhas üye/lerin, genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılmalarının mümkün olup olmadığıdır. Bu meseleyi değerlendirirken, TTK m. 407/2, c. 1'e göre, genel kurulda hazır bulunma yükümlülüğü altında olanlar ile TTK m. 407/2, c. 2'ye göre, genel kurula katılma hakkı olanlar arasında bir ayrıma gidilmesi gerekir.

TTK m. 407/2, c.1'de yer alan “**murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır bulunması şarttır**” ifadesinden hareketle, genel kurul toplantısına katılma yükümlülüğü olan bu kişilerin, mutlaka fiziki ortamda yapılan genel kurul toplantısına katılmaları gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu anlamda genel kurul toplantısına katılma yükümlülüğünün aynı zamanda, genel kurul toplantısında fiziken bulunma yükümlülüğü olarak da anlaşılması gerekir⁷⁸. Nite-

bilmelerini öngörebileceği” düzenlendikten sonra; “Sanal Genel Kurul (Virtuelle Generalversammlung)” başlıklı 701d maddesinin 1'inci fıkrasında ise, “Esas sözleşmede bu durum öngörülmüşse ve yönetim kurulu, çağrıda bağımsız temsilcileri belirtmiş ise, genel kurul, toplantı yeri olmaksızın elektronik araçlarla yapılabilir” ifadesi ile genel kurulun tamamen sanal ortamda yapılabilmesine dair bir değişiklik getirilmek istenmektedir. Ayrıca bkz., **Pulaşlı**, Hasan, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 58 ve s. 73 (www.arslanlibilimarsivi.com- E.T. 06.09.2018).

⁷⁸ Aynı yönde bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 76; **Bulut**, s. 76 (Yazar, bu görüşünü TTK m. 407/2-3'ün yanı sıra TTK m. 409/3'de yer alan “Aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde genel kurul, şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanır” ifadesi ile de desteklemektedir). Mehaz Alman hukukunda da AktG § 118 (3)'de, toplantıya katılmaları gereken yönetim kurulu üyeleri (die Mitglieder des Vorstands) bakımından, ses ve görüntü aktarımı suretiyle genel kurula katılım imkânı kabul edilmezken; gözetim kurulu üyeleri açısından, (die Mitglieder des Aufsichtsrats) bu imkânın söz konusu olduğu düzenleme altına alınmıştır. Bu hususta ayrıca bkz., **Liebscher** (Editör: **Henssler/Strohn**), § 118, N. 14; **Reger** (Editor: **Bürgers/Körber**), § 118, s. 986, N. 9; **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 688, N. 21; **Kubis**, § 118, N. 104; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 44, N. 57-58 (Yazar, gözetim kurulu üyelerinin, genel kuruldaki pasif rollerinden ötürü, yönetim kuruluna nazaran genel kurulda fiziken bulunmalarının daha az önemli olduğunu, bu nedenle de esas sözleşme ile yalnızca gözetim kurulu üyelerinin görüntü ve ses aktarımı suretiyle katılmalarına imkân verilebi-

kim TTK'ya göre, tamamen sanal ortamda bir genel kurul toplantısı mümkün olmayıp; ancak fiziken yapılan toplantıya elektronik ortamda katılmadan söz edilebilmektedir. Bu noktada, fiziken yapılması gereken genel kurul toplantısında en azından (varsa) murahhas üye/ler, en az bir yönetim kurulu üyesi, denetçi ve Bakanlık Temsilcisi bulunması gerekmektedir. Bu sayılanlar dışındaki kişilerin ve pay sahiplerinin ise, mutlaka fiziki ortamda yapılan genel kurul toplantısına katılmalarını zorunlu kılacak bir düzenlemeye Kanun'da yer verilmemiştir⁷⁹.

Diğer yönetim kurulu üyeleri bakımından ise, genel kurula katılmanın bir hak şeklinde kaleme alındığı (Bkz. TTK m. 407/2, c. 2) da göz önünde bulundurulursa, genel kurula elektronik ortamda katılma hakkına sahip olan pay sahipleri gibi, onların da isterlerse fiziki ortamda isterlerse de elektronik ortamda bu katılımı gerçekleştirebileceklerini söylemek mümkündür. Nitekim TTK m. 1528'de yer alan "**Elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu**

leceğini; ancak esas sözleşmeye genel bir biçimde gözetim kurulu üyelerinin katılma yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir düzenleme yazılamayacağını ifade etmiştir).

Alman hukukundaki "gözetim kurulu sistemi" hakkındaki genel açıklamalar için ayrıca bkz., Ünal, s. 51 vd.

⁷⁹ Karş. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 14-15 (Yazar, tüm pay sahiplerinin elektronik olarak genel kurul toplantısına katılması ile toplantı yapılması halinde alınan kararların yokluk yaptırımına tâbi olduğunu ifade etmekte ve hatta bu toplantıda kararlar oy birliği ile alınmış olsa dahi sonucun değişmeyeceğini vurgulamaktadır).

Ancak kanaatimizce, pay sahiplerinden bazılarının elektronik ortamda genel kurula katılma imkânı verilirken, bazılarının mutlaka fiziki ortamda katılıma zorlamak, hem pay sahipleri arasındaki eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir hem de hangi pay sahiplerinin hangi toplantılarda fiziken bulunmaları gerektiğinin belirlenmesi bağlamında, bu belirmenin kim tarafından, nasıl ve ne kadar süreliğine yapılacağı gibi bazı sorunları ve belirsizlikleri beraberinde getirecektir. Bu nedenle pay sahiplerinin genel kurula elektronik ortamda katılma haklarını düzenleyen mevzuat hükümleri de dikkate alındığında, bazı pay sahiplerinin mutlaka genel kurul toplantısına fiziki ortamda katılmaları gerektiği ile ilgili bir yükümlülük getirilmesi, hakkın düzenleniş şekli ile bağdaşmayacaktır.

Özellikle yönetsel haklar bakımından pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Yıldız, Şükrü, (2004), Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, s. 99 vd.; Eminoğlu, Cafer, (2015), "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", TFM 2015/1, s. 80 vd.

üyeleri elektronik posta adreslerini şirkete bildirirler" ifadesinin de, genel kurul toplantısında mutlaka bulunması gereken yönetim kurulu üyeleri açısından değil; TTK m. 407/2, c. 2'de belirtilen ve genel kurul toplantısına katılma hakkına sahip olan yönetim kurulu üyeleri açısından geçerli olduğunun kabulü gerekir.

V. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 407'NCİ MADDESİNİN 2'NCİ FIKRASINA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

İlk defa TTK m. 407/2 ile kanuni bir hüküm halini alan yönetim kurulu üyeleri ve (varsa) murahhasların genel kurul toplantısına katılmaları ile ilgili düzenlemenin ihlalinin ne gibi hukuki sonuçlarının olacağı sorusu mutlaka cevaplandırılması gereken meselelerden bir diğerini oluşturmaktadır. Ancak bu soruya yanıt ararken, TTK m. 407/2'de belirtilen ilgililerden genel kurula katılma yükümlülüğüne tâbi olanlar ile genel kurula katılma hakkına sahip olanlar arasında bir ayrıma gidilmesinde fayda bulunmaktadır. Aşağıdaki başlıklardır bu düşünceden hareketle yapılmıştır.

A. MURAHHAS ÜYELERLE EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN GENEL KURULDA HAZIR BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Mahkeme Yoluyla Bilgi Alma Hakkının Kullanılması

Genel kurul toplantısı sırasında pay sahibinin, divan başkanı aracılığıyla yönetim kurulundan bilgi alma hakkı kapsamında bilgi talep ettiği ancak bu talebin *yönetim kurulu üyesinin ve (varsa) murahhas üyelerin toplantıda hazır bulunmaması sebebiyle kabul edilmediği* veya *cevapsız bırakıldığı* bir durumda, pay sahibinin, bilgi alma hakkına dair TTK m. 437/5 hükmüne başvurabileceği düşünülebilir. Zira anılan Kanun'unun 407'nci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere yönetim kurulu üyesinin toplantıda hazır bulunması şartı ile özellikle pay sahibinin yönetime ilişkin sorularının toplantıda cevaplandırılması amaçlanmaktadır. Yine gerekçede atf yapılan 437'nci maddenin 2'nci fıkrası hükmü de bu amaçla örtüşmektedir.

Anılan bu hükme göre de, “*Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir*”. Bu talebin cevapsız bırakılması, haksız olarak reddedilmesi ya da ertelenmesi nedeniyle bilgi alamayan pay sahibi TTK m. 437/5 uyarınca, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde ise, makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir⁸⁰. Bu halde, mahkeme bilginin genel kurulda verilmesi yönünde karar verebileceği gibi; genel kurul dışında verilmesini ve bunun şeklini de içerecek biçimde de hüküm kurabilir. Görüldüğü üzere, yönetim kurulu üyesinin ve varsa murahhasların genel kurul toplantısında hazır bulunması yoluyla sağlanmak istenen bilgi alma hakkı, bu kişilerin toplantıda hazır bulunmaması nedeniyle kullanılmamışsa, gidilebilecek ilk yol, mahkeme aracılığıyla bilgi alınması ve böylece TTK m. 407/2 ve m. 437 ile öngörülen amacın sağlanması mümkün olacaktır.

2. Murahhas Üyelerle En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Bulunmadığı Genel Kurul Toplantısında Alınan Kararların Akıbeti

6102 sayılı TTK m. 407/2 hükmünde, murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmalarının şart olduğu açıkça kaleme alınmış olmasına rağmen; ilgililerin bu hükme aykırı olarak genel kurulda bulunmaması halinde genel kurul kararının akıbetinin ne olacağı sorusu madde metninde cevapsız bırakılmıştır⁸¹. Bununla birlikte anılan

⁸⁰ Bu düzenleme sayesinde, bilgi alma ve inceleme hakkının, mahkeme yoluyla edinilmesi ve hakkın işlevsel hale getirilmesinin mümkün olduğu yönünde ayrıca bkz., **Karasu**, s. 97.

⁸¹ 6762 sayılı TTK döneminde ise, açıkça yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm sevk edilmemiş olsa da, mülga Kanun bakımından *Teoman* çeşitli sebeplerle yönetim kurulu üyelerinin genel kurul toplantısına bizzat katılması gerektiğini ancak buna zorlanamayacaklarını ifade ettikten sonra, bu yükümlülüğe aykırılığın, “*bir pay sahibi tarafından yeterli bilgi alınmadığı gerekçesi ile karara muhalif kalınıp, bir iptal davasına konu yapılabileceği ya da aynı olgunun bir sorumluluk davasına dayanak oluşturabileceği, nihayet özen ve sadakat yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile ilgili üyenin azli için haklı bir gerekçe olarak ileri sürülebilmesine olanak ya-*

hükümün madde gerekçesinde, bu yükümlülüğe aykırılığın genel kurul kararının geçersizliği neticesini doğurmayacağı ifade edilmiştir⁸². Hükümün lafzının emredici nitelik arz etmesine rağmen, böyle bir açıklamaya madde gerekçesinde yer verilmiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma şartına riayet etmemelerinin genel kurul kararlarının geçersizliği neticesini doğurmayacağına gerekçede ifade edilmesinin, düzenlemenin getiriliş amacı ile örtüşmediği ve öğretilerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vereceği vurgulanmıştır⁸³.

Nitekim TTK m. 407/2, c. 1 hükmüne aykırılığın akıbeti hususunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü de görülmektedir.

Örneğin *Teoman*, böyle bir aykırılığın doğrudan doğruya genel kurulda alınan kararların geçerliliğini etkilemeyeceğini, ancak pay sahiplerinin bilgi alma haklarını gereği gibi kullanamadıkları savunmasını açacakları iptal davasında kullanabilecekleri görüşünü ortaya koymaktadır⁸⁴.

ratabileceği” görüşünü benimsemişti. Yine mülga TTK açısından *Helvacı*, zorunluluğa rağmen genel kurul toplantısına katılmayan yönetim kurulu üyelerinin bu davranışının, genel kurul toplantısının devam ettirilmesine engel olmayacağını ve alınan kararların geçerliliğini etkilemeyeceğini; ancak verilen zarar nedeniyle sorumluluklarına gidilebileceklerini savunmuştu. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. “*- Giriş*” kısmında yer alan açıklamalar.

⁸² Bkz. TTK m. 407/2 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurula yalnızca katılma haklarının düzenlendiği, katılma yükümlülüğüne yer verilmediği OR Art. 702a hükmüne rağmen, İsviçre hukukunda bazı yazarlarca da, genel olarak özenli davranma ve hesap verme yükümlülüğünden hareketle, genel kurula katılma yükümlülüklerinin de bulunduğu savunulmuş (Bkz., **Dubs**, s. 256; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 23, s. 216, N. 93); ancak bu yükümlülüğe aykırılığın alınan kararların geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmiştir (**Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 23, s. 216, N. 93).

⁸³ **Kendigelen**, s. 306, ayrıca bkz. dn. 161.

⁸⁴ **Teoman**, s. 33.

Alman doktrinde de katılma yükümlülüğünün ihlalinin, o toplantıda alınan kararları doğrudan geçersiz kılmayacağı, ancak bu yükümlülüğün ihlalinin dolaylı bir sonucu olarak bilginin eksik alınması nedeniyle, kararların iptalinin istenebileceği kabul edilmiştir (**Reger** (Editor: **Bürgers/Körber**), § 118, s. 986, N. 8; **Koch** (Editör: **Hüfner/Koch**), § 118, s. 844-845, N. 21; **Spindler** (Editor: **Schmidt/Lutter**), § 118, s. 1571-1572, N. 41; **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 689, N. 23).

Konuyu bilgi alma hakkı bağlamında ele alan *Kaya* eserinde, yönetim kurulunun genel kurula katılmak sureti ile bilgi verme yükümünü yerine getirmemesinin somut gündem maddesi açısından iptal davasına konu olabileceği görüşünü serdetmiştir⁸⁵.

Pulaşlı, eserlerinde TTK m. 445'te yer alan genel iptal sebeplerinin yanı sıra, bazı maddelerde özel iptal sebeplerine de yer verildiğini belirttiikten sonra, TTK m. 407/2 hükmüne aykırılık halinin özel bir iptal sebebi sayılacağını ve pay sahiplerinin bu aykırılığa itiraz edip muhalefetlerini tutanağa geçirterek, finansal tabloların onaylanması, bilanço kârının kullanılması, yönetim kurulunun ibrası ve seçimi gibi *alınan tüm kararların* kanuna aykırı olduğu nedeniyle iptalini dava edilebileceğini ve bu noktada, dava açan pay sahibinin oy haklarının, alınan kararda etkili olup olmadığının araştırılmasına da gerek olmadığını ifade etmektedir⁸⁶.

Çamoğlu ise, TTK m. 407/2 hükmünün emredici nitelikte olması sebebiyle bu hükme aykırılığın genel kurul kararının geçersizliği neticesini doğuracağı görüşündedir⁸⁷. Ancak yazar, eserinde geçersizliğin derecesine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Moroğlu, TTK m. 407/2 hükmünde düzenlenen yükümlülük için bir yaptırım öngörülmemesinin doğru olmadığını belirtmiş; fakat hükmün gerekçesinde bu yükümlülüğün ihlali halinde genel kurul kararlarının geçerliliğinin etkilenmeyeceği belirtildiğinden, artık genel kurul kararının iptalinden de söz edilemeyeceğini savunmuştur⁸⁸. Nitekim *Bahtiyar*⁸⁹ ve *Bilgili/Demirkapı*⁹⁰ da, TTK

m. 407/2'ye aykırılık halinde, madde gerekçesinde yer alan açıklamaları da dikkate alarak, geçersizlikten değil; olsa olsa hukuki sorumluluktan söz edilebileceği görüşünü benimsemişlerdir.

Anonim şirket genel kurulunda en az bir yönetim kurulu üyesi bulunması şartını öngören TTK m. 407/2 hükmünün emredici nitelik taşıdığı aşikârdır. Her ne kadar hükmün gerekçesinde bu yükümlülüğe aykırılığın genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmişse de⁹¹, bu hükme aykırılığın, bazı hallerde pay sahiplerinin vazgeçilemez nitelikte olan bilgi alma hakkını ihlal edebileceği ortadadır ve dolayısıyla TTK m. 407/2'nin gerekçesinde yer alan bu ifadenin hükmün yorumlanmasında, mutlak bir biçimde dikkate alınması, bizi her zaman doğru sonuçlara götürmeyecektir.

Bununla birlikte, kanaatimizce TTK m. 407/2, c. 1 hükmünün ihlali halinde, o genel kurul toplantısında alınan kararların tamamının her hâlükârda geçersiz olacağını kabulü de, hem düzenlemenin amacını aşacak, hem de uygulamada kötüye kullanımlara sebebiyet verecektir. Bu nedenle, TTK m. 407/2, c. 1'e aykırılık durumunda, her koşulda değil; yalnızca ilgililerin hazır bulunmaması neticesinde pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki bilgi alma hakkının ihlal edildiği durumlarda ve bununla bağlantılı gündem maddeleri bakımından geçersizliğin kabulü yerinde olacaktır.

Böyle bir ihtimalde üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise, geçersizliğin türünün ne olacağı; Kanun hükmünün ihlalinin ardından, alınan kararların butlana mı tâbi olduğu yoksa iptal edilebilirliğinden mi söz edileceğidir.

Kanuna aykırı genel kurul kararlarının yaptırım bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu'nun düzen-

⁸⁵ **Kaya**, s 185.

⁸⁶ **Pulaşlı, Hasan**: "Anonim Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 889 (Genel Kurul); **Pulaşlı**, C. I, s. 917-918.

⁸⁷ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 487.

⁸⁸ **Moroğlu**, Erdoğan, (2014), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, s. 123-124. Bu anlamda yazar, TTK m. 407/2 hükmünün "lex imperfecta" (yaptırımsız) nitelikte olduğunu savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Moroğlu**, Ersin, (2016), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul, s. 222 (Değerlendirme ve Öneriler).

⁸⁹ **Bahtiyar**, Mehmet, (2017), Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, s. 168, dn. 230.

⁹⁰ **Bilgili/Demirkapı**, s. 299.

⁹¹ Belirtmek gerekir ki bağlayıcılık arz etmeyen "madde gerekçesi" kanun metnine dâhil olmayıp sadece kanun hükmünün konuluş amacını açıklamaya yardımcı olmaktır. Hükümde yer almayan bir hususa gerekçede yer verilmesi, "gerekçe"nin niteliği ile bağdaşmayacağı gibi; gerekçede yer alan bir hususun uygulanabilirliği ancak onun yasa hükmünde yer almasına bağlıdır. **Teziç**, Erdoğan, (1972), Türkiye'de 1963 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul, s. 58.

lemesinden ayrıldığı görülmektedir. Nitekim TTK m. 445 incelendiğinde, “kanuna aykırı” genel kurul kararlarının yaptırımının esasen “iptal edilebilirlik” olduğu rahatlıkla söylenebilir⁹². Bununla beraber TTK m. 447 hükmünde genel kurulun kanuna aykırı bazı kararları bakımından “butlan” yaptırımı da öngörülmüştür. Anılan düzenlemeye göre “(1) Genel kurulun, özellikle; a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, aşgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, b) **Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır**”⁹³.

Her ne kadar genel kurulda Murahhas Üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin olması, pay sahibinin bilgi alma hakkını ihlal edici nitelikte olsa da, bu halde genel kurulda pay sahibinin bilgi alma hakkını sınırlandıran yönde bir

karar alınmadığı, aksine ilgililerin (yapmama suretiyle) TTK m. 407/2, c. 1 kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemeleri söz konusu olduğu için, TTK m. 447/1, (b) anlamında, o genel kurulda alınan kararlar bakımından butlan yaptırımından söz edilmesi mümkün değildir. Ancak Murahhas Üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır olmaması, pay sahibinin gerekli bilgiyi alamaması nedeniyle oyunu hakkıyla kullanamamasına sebebiyet vermiş olabilir. Kanaatimizce bu gibi hallerde, yönetim kurulunun vereceği bilginin önem arz ettiği gündem maddelerine ilişkin olarak pay sahibinin, yönetim kurulu üyesinin toplantıda bulunmamasını gerekçe göstererek karara muhalif kalması ve durumu tutanağa geçirtmesi koşuluyla, söz konusu genel kurul kararının iptalini isteyebileceğini (TTK m. 446) kabul etmek gerekir⁹⁴. Toplantıya katılmamış olan pay sahipleri açısından ise, genel kurul toplantısından sonra, bu pay sahiplerinin Murahhas Üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmadığından bahisle, alınan kararlar aleyhine iptal davası açma imkânı olmamalıdır. Zira TTK m. 407/2 ve TTK m. 437/2 hükmünün öngörülme amacı, pay sahiplerinin genel kurul toplantısında bilgi alma haklarını layıkıyla kullanabilmelerini sağlamaktır. Toplantıya katılmayarak bu haktan yararlanmak istemeyen bir pay sahibinin, sonradan katılmadığı bu toplantı ile ilgili böyle bir iptal davası açabilmesine imkân vermenin, hükmün öngörülme amacı ile örtüşmeyeceği kanaatini taşımaktayız.

3. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Hukuki Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyesinin ve Murahhasların genel kurul toplantısında bulunmaması sebebiyle bilgi alma hakkı sağlanmadığı için genel kurulda oy hakkını bilinçli olarak kullanmadığını ve böylece zarara uğradığını iddia eden pay sahipleri ile katılma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle zarara uğradığını ileri süren anonim şirket tüzel kişiliği, ayrıca TTK m. 553 vd. hükümlerine göre, kusurlu davranan yönetim kurulunun ve Murahhasların

⁹² Genel kurul kararlarının emredici hükümlere aykırılığı halinde esas olarak iptal yaptırımının uygulanması gerektiği, butlan yaptırımının ikincilliği ilkesinden hareketle TTK m. 447 hükmünün madde gerekçesinde vurgulanmıştır. Nitekim gerekçeye göre; “Konusu itibarıyla bâtil olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pahasahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir. Bunun dışındaki bâtil genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği ilkesi uygulanır. Bu ilke, özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşır”.

Doktrinde de, genel kurul kararının iptal edilebilirlik mi yoksa butlan yaptırımına mı tâbi olduğu konusunda kesin bir yargıya varılamayan hallerde hukuki güvenlik ilkesi açısından iptal edilebilirliğin kabulü gerektiği savunulmaktadır (Moroğlu, s. 62, ayrıca bkz., s. 68-69; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 531; Pulaşlı, s. 896 (Genel Kurul); Üçışık/Çelik, s. 353. Ayrıca bkz. Kırcı, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, (2016), Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, s. 78).

⁹³ Türk Ticaret Kanunu’nun 447’nci maddesi sayesinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun uygulandığı dönemde kanuna aykırı genel kurul kararlarının hangi halde butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olduğu hususunda ortaya çıkan farklı uygulamaların sona erdirilmesi amaçlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 447’nci maddesinin örneklendirici ifadesi nedeniyle bu sorunun tam olarak çözülmüş olduğunu söylemek pek de mümkün değildir. Bu hususta bkz., Moroğlu, s. 62 vd..

⁹⁴ Aynı yönde bkz. dn. 82’de zikredilen yazarlar.

sorumluluğuna da gidebilir ve maddi tazminat davası açabilir⁹⁵.

Bununla birlikte yönetim kurulu, hangi üyenin genel kurul toplantısında hazır bulunacağı hususunda bir karar alarak toplantıya katılacak olan üyeyi ismen belirlemiş ise, bu halde yalnızca toplantıya katılması zorunlu olduğu halde katılmayan yönetim kurulu üyesinin sorumlu olacağını; böyle bir belirlemenin yapılmadığı hallerde ise, tüm üyelerin müteselsilen sorumlu olacaklarını söylemek mümkündür. Murahhaslar bakımından böyle bir ayırım yapılmamış, tüm murahhasların katılımı zorunlu kılınmıştır. Bu nedenle birden fazla murahhasın varlığı halinde toplantıya katılmayan her murahhas bakımından sorumluluğun doğması mümkündür.

4. Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Azli

Türk Ticaret Kanunu'nun 364'üncü maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler. Genel kurul toplantısına yönetim kurulu üyesinin, meşru bir mazereti bulunmaksızın katılmaması, kanuni bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelecektir. Bu durumun özellikle birkaç kez mazeretsiz bir biçimde tekrarlandığı hallerde, somut olayın özelliğine göre toplantılarda hazır bulunma yükümlülüğünün ihlali üyelerin, genel kurul tarafından azli için haklı bir sebep olarak kabul edilebilecek ve gündemde madde bulunmaksızın, azil işlemi gerçekleştirilebilecektir⁹⁶. Birden fazla üyesi olan

yönetim kurulunda, yönetim kurulu tarafından hangi üyenin toplantıda hazır bulunacağı konusunda karar alınarak toplantıya katılacak üye ismen belirlenmişse, mazeretsiz olarak toplantıya katılmayan o üye açısından; böyle bir belirleme yapılmamış, ancak tüm üyeler de mazeretsiz bir biçimde, genel kurul toplantısına katılmamış ise, hepsi bakımından haklı sebeple azil gündeme gelebilecektir.

Türk Ticaret Kanunu m. 407/2, c. 1 gereğince, murahhas üyelerin (*ve dahi kanaatimizce atanmışsa murahhas müdürlerin*) de genel kurul toplantısında hazır bulunması şart olmakla birlikte, söz konusu murahhasların bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, murahhaslıktan azil işlemi, genel kurul tarafından değil; murahhasların atanmasını gerçekleştiren yönetim kurulu tarafından yapılmalıdır⁹⁷. Zira seçilen murahhasların azli (*görevden alınmaları*), TTK m. 375/1, (d) gereğince, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. Ancak murahhas üyeler bakımından şu husus gözden kaçırılmamalıdır: Bu kimselerin yönetim kurulu üyeliğinden azli genel kurulun yetkisinde iken; "*murahhaslık*" sıfatının sona erdirilmesi, yönetim kurulunun yetkisindedir.

Yönetim kurulunun birden fazla üyesinin bulunduğu hallerde, bir yönetim kurulu üyesi genel kurul toplantısına katılmış ancak pay sahibinin bilgi almak istediği hususlarda katılan yönetim kurulu üyesi hiçbir bilgi verememiş ya da yetersiz bilgi vermişse, acaba bu durum da söz konusu üyenin haklı sebeple azline sebebiyet verecek midir? sorusu ile karşı karşıya kalınabilir.

Bu halde, TTK m. 407/2 ve m. 437'nin öngörülme amacından hareketle bir sonuca ulaşılmada fayda bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenlemenin amacı, esasen pay sahibinin yönetim hakkında doğru ve eksiksiz bir biçimde bilgi almasını sağlamaktır. Yine aynı maddenin gerekçesi ile atfı yapılan 437'nci madde-

⁹⁵ **Moroğlu**, s. 124; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 75; **Reger** (Editör: **Bürgers/Körber**), § 118, s. 986, N. 8; **Koch** (Editör: **Hüffer/Koch**), § 118, s. 844-845, N. 21; **Spindler** (Editör: **Schmidt/Lutter**), § 118, s. 1571-1572, N. 41; **Hüffer**, § 118, s. 630, N. 10; **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 689, N. 23; **Kubis**, § 118, N. 103; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 43, N. 56; **Teoman**, s. 33.

⁹⁶ **Teoman**, s. 24; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 75; **Reger**, § 118, s. 986, N. 8; **Spindler** (Editör: **Schmidt/Lutter**), § 118, s. 1571-1572, N. 41; **Hüffer**, § 118, s. 630, N. 10; **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 689, N. 23; **Kubis**, § 118, N. 103; **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 43, N. 56.

⁹⁷ Ayrıca bkz., **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. I, s. 610.

ye dair açıklamalarda da bu bilginin gündemle sınırlı olmayacağı, verilecek bilginin özenli, gerçek ve hesap verme ilkesine uygun olması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır⁹⁸. Yukarıdaki gibi bir ihtimalde her ne kadar, yönetim kurulundan en az bir üyenin genel kurula katılması ile TTK m. 407/2'de öngörülen yükümlülük "şeklen" gerçekleşmiş olsa da, hem bu hükmün hem de TTK m. 437/2'nin kaleme alınma amacına uygun olarak pay sahipleri bakımından ihtiyaç duyulan bilgi paylaşımı gereği gibi gerçekleştirilememiş olacaktır. Böyle bir ihtimalde, bilgi talebinde bulunan pay sahibi ya da sahipleri elbette TTK m. 437/5 gereğince, mahkeme aracılığıyla bilgi alma kullanabileceklerdir. Ancak yönetim kurulunun, toplantıya bilinçli olarak bilgi istenecek hususlarda yeterli donanımına sahip olmayan yönetim kurulu üyesinin katılması yönünde bir tutum sergilediği haller de, dürüst, doyurucu ve özenli bilgi vermeye ilişkin kanuni yükümlülüğün (şekli anlamda olmasa dahi içerik bakımından) ihlali anlamına gelmeli ve şirket işleri ile ilgili yeterli bilgi sahibi olmadan toplantıya katılan bu üyenin ve gereğinde toplantılara katılarak, bilgi verme yükümlülüğünü layıkıyla yerine getirmekten imtina eden diğer üyelerin, genel kurul tarafından haklı sebeple azline sebebiyet verebilmelidir⁹⁹.

B. MURAHHAS ÜYELERLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN GENEL KURULA KATILMA HAKKININ İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Genel kurula katılma yükümlülüğünün düzelendiği TTK m. 407/2 hükmünün aynı zamanda toplantıda hazır bulunması gerekenler açısından bir hak teşkil ettiği; yine aynı fıkrada diğer yönetim kurulu üyeleri bakımından da genel kurula katıl-

manın bir hak şeklinde kaleme alındığı daha önce de ifade edilmişti. TTK m. 407/2'de sayılan kişilerin genel kurula katılma haklarının; toplantıya haksız bir biçimde alınmaması ya da (çağrısız genel kurul toplantılarında olabileceği gibi) toplantıdan hiç haberdar edilmemeleri suretiyle ihlal edilmesi halinde, bunun hukuki sonuçlarının ne olacağı da, çalışma kapsamında cevaplandırılmaya çalışılacak hususlardan bir diğerini oluşturmaktadır.

Böyle bir ihtimalde, hakkı ihlal edilen bu kişilerin, haklı nedenlere dayanarak istifa etmelerinin mümkün olduğunun öncelikle belirtilmesi gerekir¹⁰⁰. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin ve (varsa) Murahhas üyelerin genel kurula katılma hakkının ihlali neticesinde bir zarara uğramaları halinde, uğranılan bu zararın tazmini için şirkete ve toplantıya katılmalarına engel olan pay sahiplerine karşı tazminat davası açabilecekleri de söylenebilecektir.

Kanaatimizce, böyle bir hak ihlaline rağmen, yönetim kurulu üyelerinin, yapılan genel kurul toplantısında alınan kararların iptali için her koşulda dava açmaları söz konusu olmamakla birlikte; kendilerinin katılmalarına izin verilmeyen ya da toplantı yeri ve zamanından haberdar edemedikleri genel kurul toplantılarında alınan kararlar, aynı zamanda onların sorumluluğunu doğuracak nitelikte ise, bu tarz kararlar aleyhine, sorumluluğu doğacak olan üyelerin iptal davası açabilecekleri de ifade edilmelidir¹⁰¹.

⁹⁸ Bkz. TTK m. 437/2 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

⁹⁹ Ancak azledilen yönetim kurulu üyesi, yeterli, özenli ve dürüst bir biçimde pay sahibini, kendisinden talep edilen bilgi hususunda aydınlattığı halde, genel kurul tarafından haksız olarak azledildiği düşüncesinde ise, elbette, TTK m. 364/2 hükmü gereğince tazminat hakkı söz konusu olabilecektir.

¹⁰⁰ **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 42, N. 53 (Yazar, ayrıca yönetim kurulu üyelerinin diğer haklarının ihlalinde olduğu gibi, burada da hakkı ihlal edilen üyenin, şirkete karşı hakkın kullanılmasına yönelik bir ifa davası açabileceği görüşündedir. Bkz. § 118, s. 42, N. 52); **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 689, N. 22.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz., **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 42-43, N. 53 (Yazar, böyle bir ihtimalde iptal davasının organ olarak yönetim kurulu tarafından da açılacağıni savunmakta ancak bu durumda açılan davada, üyelerinin katılma hakkının ihlal edilmesi sebebine değil, üyeleri toplantıdan haberdar edilmediği için organ olarak yükümlülüklerin yerine getirilememiş olmasına dayanılacağını savunmaktadır. Ancak üyelerinin şahsen sorumluluğunu doğuracak nitelikte alınan kararların varlığı hallerde, münferit olarak üyelerin de bu davayı açabilecekleri düşüncesindedir); **Mayrhofer** (Editör: **Wachter**), § 118, s. 689, N. 22; **Kubis**, § 118, N. 102.

Özellikle çağrısız genel kurul toplantılarında, pay sahiplerinin tümünün veya temsilcilerinin hazır bulunması ve hiçbirinin itiraz etmemesi üzerine, çağrı prosedüründen vazgeçilse de (TTK m. 416), bu toplantılar bakımından da yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 407/2 anlamında katılma hakları devam etmektedir. Çağrı prosedürünün uygulanmaması, genel kurula katılma hakkına sahip olanların bu haklarının görmezden gelineceği anlamına gelmemektedir¹⁰². Bu nedenle, çağrılı bir genel kurul toplantısına alınmayan yönetim kurulu üyesi ile çağrısız bir genel kurul toplantısından haberdar edilmeyen yönetim kurulu üyesi arasında, hak ihlali bakımından bir fark olduğu söylenemeyecektir. Çağrısız da toplanacak olsa yapılacak genel kurul toplantısı ile ilgili olarak, yönetim kurulu üyeleri ile varsa Murahhas Üyelere, toplantıya katılmalarına imkân verecek makul bir süre öncesinden bir bildirim yapılması gerekir. TTK m. 407/2'de sayılan ilgililere böyle bir bildirim yapılmamış böylece yönetim kurulu üyelerinin genel kurula katılma hakkı ihlal edilmişse, bu durum doğrudan doğruya genel kurulda alınan kararların geçersizliğine sebebiyet vermeyecektir¹⁰³. Bu şekilde yapılan toplantıda, toplantıya katılma hakkı olanlar aleyhine sorumluluk doğuracak bir karar alındı ise, o karar aleyhine, ilgili yönetim kurulu üyeleri ve varsa Murahhas Üyeler iptal davası açabilecektir. Ancak, anonim şirkette Murahhas Müdürler atanmış ise, böyle bir ihtimalde onların iptal davası açabilip açamayacağı sorusuna, iptal davası açabileceklerin sıralandığı TTK m. 446 hükmü karşısında olumsuz yanıt verilmelidir. Hakları ihlal edilen Murahhas Müdürlerin, istifa ve tazminat davası açma hakları ise, varlığını koruyacaktır.

Bununla birlikte çağrısız genel kurul toplantısına katılan pay sahipleri veya temsilcilerinin, yönetim kurulu üyelerini toplantıdan haberdar etmedikleri halde, sonrasında, TTK m. 407/2'de sayılan kişilerin genel kurul toplantısında bulunmamlarından bahisle, genel kurulda alınan kararlar aleyhine iptal davası açma haklarının olmadığı-

nın da ayrıca vurgulanması gerekir. Zira yönetim kurulunun genel kurul toplantısında bulunmamasından kaynaklı bilgi alma hakkını kullanmadığını ileri süren pay sahibi, çağrısız genel kurul toplantısının sürdürülmesine pekâlâ itiraz edebilir ve toplantıyı terk ederek, o andan sonra karar alınmasının önüne rahatlıkla geçebilir¹⁰⁴ (Bkz. TTK m. 416). Söz konusu itirazın, her hâlükârda oy verme işlemi başlayınca kadar yapılması gerekir. Bu imkândan yararlanmamış olan bir pay sahibinin, sonradan, çağrısız genel kurul toplantısına yönetim kurulu üyelerinin katılmadığından bahisle iptal davası açması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecektir.

VI. SONUÇ

Anonim şirketlerde pay sahibinin en önemli haklarından birisi de bilgi alma hakkıdır. Bu hakkın etkin bir biçimde kullanılabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nda çeşitli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Çalışma konumuzu oluşturan TTK m. 407/2 de esasen bir yönü ile bilgi alma hakkı ile ilgili bir düzenlemedir. Zira pay sahibinin genel kurulda bilgi alma hakkını kullanabilmesi için haliyle bilgiyi verecek muhatapların genel kurulda hazır bulunması gerekir. Anılan hükme göre, bilgiyi verecek muhataplardan biri de, anonim şirketi yönetim ve temsile yetkili organ olan yönetim kurulu ve atanmışsa Murahhaslardır. Bunu nazara alan kanun koyucu TTK m. 407/2, c. 1 hükmü ile Murahhas Üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmalarını şart koşturmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki anılan düzenleme bir yönü ile de yönetim kurulu üyesine genel kurula katılma hususunda bir hak bahsetmektedir.

Yönetim kurulu üyeleri genel kurula katılma haklarını kullanmak sureti ile pay sahiplerinin

¹⁰² **Mülbert** (Editör: **Hirter/Mülbert/Roth**), § 118, s. 42, N. 53.

¹⁰³ **Zöllter-Petzoldt**, s. 609.

¹⁰⁴ **Zöllter-Petzoldt**, s. 610 (Ancak yazar, bazı pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin, yapılan genel kurul toplantısına katılmalarını bilinçli olarak engellediği ve bu nedenle diğer pay sahiplerinin yeterince bilgi alamamalarına sebebiyet verdikleri, söz konusu durumun da sonradan ortaya çıktığı bir ihtimalde, bu durumdan sonradan haberdar olan pay sahiplerinin alınan kararlar aleyhine iptal davası açabileceği görüşündedir).

sorularına ve varsa şüphe ile yaklaştıkları konulara ilişkin açıklama yaparak, kendilerine sorumluluk davası açılma ihtimalinin önüne geçme fırsatına sahip olacaklardır. Bu açıdan bakıldığında pay sahibi olsun olmasın yönetim kurulu üyelerine genel kurula katılma hakkı verilmek sureti ile bu kimselerin, pay sahipleri nezdindeki konumlarının güçlendirildiğini söyleyebiliriz.

Çalışma konumuz olan düzenlemenin sözü edilen olumlu yönleri olmakla beraber birtakim eksiklikler içerdiğini de belirtmek gerekir. Öncelikle TTK m. 407/2 hükmünde murahhas müdür/lerle ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi eksikliklerdir. Ancak hükmün konuluş amacı nazara alındığında her ne kadar anılan hükümde açıkça yer almasa da yönetim kurulu tarafından murahhas müdür/ler atanmışsa onların da genel kurul toplantısına katılmasının zorunlu olduğunun kabulü ve *de lege ferenda* açısından hükümde yapılacak bir değişiklikte murahhas müdürlerin de hükmün kapsamına alınması isabetli olacaktır.

Konuya ilişkin yöneltilebilecek bir diğer eleştiri ise, birden fazla üyesi olan yönetim kurulunda genel kurula katılması zorunlu olan üyenin, kimin tarafından ve nasıl belirleneceği hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Bu halde kanaatimizce yönetim kurulu, TTK m. 390 hükmüne göre bir karar almak suretiyle genel kurulda hazır bulunacak üyeyi tespit edebilir. Yönetim kurulunun bir karar almaması ve genel kurula hiçbir üyenin katılması halinde ise TTK m. 407/2 c.1'de öngörülen kanuni yükümlülüğün tüm üyeler için geçerli olduğunu kabul etmek gerekeceğinden, katılmama nedeniyle oluşan zararlardan tüm üyelerin birlikte sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte yönetim kurulunun genel kurula katılacak üyeyi tespit ettiği her durumda, TTK m. 407/2, c.1'deki yükümlülüğün yerine getirildiği sonucuna varılmamalıdır. Zira yönetim kurulu adeta yasak savuşturmak için, şirket işleri konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan bir yönetim kurulu üyesinin genel kurula katılmasına karar vermiş de olabilir. Bu halde her ne kadar “şekli olarak” TTK m. 407/2, c. 1'deki şart sağlanmış gibi

görülse de düzenlemenin esas amacı olan pay sahibinin sağlıklı biçimde bilgi alma hakkının tam manasıyla sağlanamayacağı aşikardır. Yönetim kurulunun genel kurula katılacak üyeyi tespitinde TTK m. 369 hükmünde öngörülen özen yükümlülüğüne uygun davranması gerekir. Aksi halde özen yükümlülüğün ihlali de yönetim kurulunun sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir. Uygulamada bu tarz sorunlarla karşılaşmamak için ise *de lege feranda*, mehz Alman hukukuna benzer bir biçimde, Türk Ticaret Kanunu'nda, tüm yönetim kurulu üyelerinin (*katılmamaya ilişkin meşru bir mazeretleri olmadığı müddetçe*) genel kurulda hazır bulunmalarını arayan bir düzenlemeye yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yönetim kurulu üyesinin genel kurula katılma yükümlülüğü bakımından Kanundaki belki de en önemli eksiklik bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonuçlarının ne olacağı sorusuna bir cevap verilmemiş olmasıdır. Özellikle en az bir yönetim kurulu üyesinin ve varsa murahhas üyenin/lerin genel kurul toplantısına katılmaması halinde söz konusu genel kurul kararının akibetinin ne olacağı sorusu önem arz eder. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmekle beraber kanaatimizce TTK m. 407/2, c. 1'e aykırılık durumunda, her koşulda değil; yalnızca ilgililerin hazır bulunmaması neticesinde pay sahibinin vazgeçilemez nitelikteki bilgi alma hakkının ihlal edildiği durumlarda ve bununla bağlantılı gündem maddeleri bakımından geçersizliği söz konusu olabilecektir. Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul kararları bakımından “*kanuna aykırılık*” kural olarak iptal sebebi olarak zikredilmiştir (TTK m. 445). İstisnai hallerde kanuna aykırılık butlan sebebi olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce TTK m. 407/2 c.1 hükmüne aykırılık Türk Ticaret Kanunu'nda butlan yaptırımına tâbi genel kurul kararlarına ilişkin 447'nci maddede sayılan hallerden birinin kapsamına girmediğinden bu gibi hallerde, yönetim kurulunun vereceği bilginin önem arz ettiği gündem maddelerine ilişkin olarak pay sahibinin, *yönetim kurulu üyesinin toplantıda bulunmamasını gerekçe göstererek karara muhalif kalması ve durumu tutanağa geçirtmesi koşuluyla*, söz konusu genel

kurul kararının iptalini isteyebileceğini (TTK m. 446) kabul etmek gerekir.

Türk Ticaret Kanunu m. 407/2'de sayılan kişilerin genel kurula katılma haklarının, toplantıya alınmaması ya da (*çağrısız genel kurul toplantılarında olabileceği gibi*) toplantıdan hiç haberdar edilmemeleri suretiyle ihlal edilmesi halinde genel kurulda alınan kararların akıbetinin ne olacağı da tartışılabilir. Kanaatimizce, bu halde genel kurula katılmalarına izin verilmeyen ya da toplantı yeri ve zamanından haberdar edilmeyen murahhas üye/ler ya da yönetim kurulu üyelerinden, genel kurul toplantılarında alınan kararlar nedeni ile sorumlulukları doğabilecek olanların, bu tarz kararlar aleyhine, iptal davası açabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu kişiler, gerekli şartların varlığı halinde, söz konusu hak ihlali nedeniyle tazminat davası açabilir veya haklı nedenle istifa yoluna başvurabilirler.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul.
- Altaş**, Soner (2015) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 6. Bası, Ankara.
- Ansay**, Tuğrul (1970) Anonim Şirketler Hukuku, 3. Bası, Ankara.
- Arı**, Zekerriya, (2009) “ Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı m. 1527) ve Sanal Genel Kurul”, EÜHFD, 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 177-198.
- Ayhan**, Rıza (2008) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Görüşümüz”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, TBB Yayını, Ankara, 2008, s. 3-96.
- Bahtiyar**, Mehmet (Editörler: Teoman, Ömer/Hamamcıoğlu, Esra/ Karamanlıoğlu, Argun/Görmez, Onur) (2014) “6102 sayılı TTK ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-1”, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu (15 Aralık 2012), Ankara, s. 113-132 (Elektronik Sistem).
- Bahtiyar**, Mehmet (2008) “Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı III”, Birinci Gün (4 Şubat 2008), Birinci Oturum, Tartışmalar, s. 849-850 (Tartışmalar).
- Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcıoğlu**, Esra (2014) Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul.
- Bahtiyar**, Mehmet (2007) “Anonim Ortaklıkta Denetçilerin Rapor Hazırlamaları ve Olağan Genel Kurul Toplantısına Katılmamaları Nedeniyle Komiserlerin Toplantıyı Açmamasının Sonuçları (Somut Bir Olaya İlişkin Notlar)”, Maltepe ÜHFD, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2007/I, s. 371-380 (Toplantının Açılmaması).
- Bahtiyar**, Mehmet (2017) Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul.
- Bilge**, Mehmet Emin (2003) Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılım, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, s. 219-235.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2018) Şirketler Hukuku Dersleri, 6. Bası, Bursa .
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2013) Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa.
- Bulut**, Abdulkadir (2014) Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara.
- Can**, Ozan (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Ankara.
- Çamoğlu**, Ersin/**Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal (2014) Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul.
- Demirel**, Duygu (2017) “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, Hacettepe HFD, 7 (2) 2017, s. 211-250.
- Doğan**, Beşir Fatih (2012) “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Cilt: 18/Sayı: 2, 2012, s. 609-640 (<http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/432> – E.T. 06.08.2018).
- Doğan**, Beşir Fatih (2011) 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul.
- Dubs**, Dieter/**Truffer**, Roland (Editör: Honsell/Vogt/Watter) (2012) Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel.
- Dubs**, Dieter (2008) “Die GV-Teilnahmebefugnis für Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 702a OR – Materieller Gehalt und (praktisch keine) Folgen in der Praxis”, GesKR- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, s. 254-262.
- Eminoğlu**, Cafer (2015) “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, TFM 2015/1, s. 79-88.
- Eriş**, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, C. II (m. 64-451), 3. Bası, Ankara.
- Falcoğlu**, Mete Özgür (2016) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Ankara.

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern.

Göktürk, Kürşat (2014) “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu”, TBB Dergisi, 2014 (114), s. 179-200.

Helvacı, Mehmet (1997) “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik” Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, İstanbul.

Hüffer, Uwe (2010) Aktiengesetz, 9. Auflage, München.

Karasu, Rauf (2005) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, BATİDER 2005, C. XXIII, S. 2, s. 71-114.

Kaya, Arslan (2001) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara.

Kaya, Mustafa İsmail (2003) “Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması”, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s. 211-228 (İnternet).

Kayhan, Şaban (2003) “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, BATİDER, C. XXII, S. 1, 2003, s. 79-109.

Kendigelen, Abuzer (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul.

Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara.

Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar (2016) Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara.

Koch, Jens (Editör: Hüffer, Uwe/Koch, Jens) (2016) Aktiengesetz, 12. Auflage.

Kubis, Dietmar, (2013), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 118-178, 3. Auflage.

Liebscher, Thomas (Editör: Henssler, Martin/Strohn, Lutz) (2016) Gesellschaftsrecht, 3. Auflage.

Mayrhofer, Thomas (Editör: Wachter, Thomas) (2014) AktG Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Köln.

Moroğlu, Erdoğan (2016) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul. (Değerlendirme ve Öneriler).

Moroğlu, Erdoğan (2014) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul.

Mülbert, Peter O. (Editör: Hirter, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth Markus) (2018) Aktiengesetz Großkommentar, 5. neu bearbeitete Auflage, Berlin.

Narbay, Şafak (2006) “TTK Tasarısı’nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, HPD 2006, S. 7, s. 168-181.

Narbay, Şafak (2007) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Birinci Cilt, İstanbul, s. 287-327 (Tasarıya Göre Özel Denetim)

Narbay, Şafak (2010) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul (Özel Denetim).

Pulaşlı, Hasan (2013) “Anonim Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 885-898 (Genel Kurul).

Pulaşlı, Hasan, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 1-76 (www.arslanlibilim-arsivi.com – E.T. 06.09.2018). (Elektronik Ortamda Genel Kurul).

Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara (C. I).

Pulaşlı, Hasan (2011) Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Adana (Temel Esaslar).

Reger, Gerald (Editör: Bürgers, Tobias/Körber, Torsten) (2014) Aktiengesetz, 3. neu bearbeitete Auflage, München.

Schluep, Walter René (1955) Die wolverworfenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Polygraphischer Verlag AG, Zürich und St. Gallen.

Sommer, Patrick/**Oberholzer**, Dominik (Editör:Kostiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (2009) OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Zurich.

Spindler, Gerald (Editor: Schmidt, Karsen/Lutter, Marcus) (2010) Aktiengesetz Kommentar, Band I, 2. Auflage, Köln.

Şener, Oruç Hami (2017) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara.

Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul.

Tekinalp, Ünal (2011) Tek Kişilik Ortaklık I (Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık), İstanbul (Tek Kişilik Ortaklık).

Teoman, Ömer (2012) “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına “Dinleyicilerin” Katılması”, Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul, s. 245-262 (Kısaltma: **Teoman**, Dinleyicilerin Katılması).

Teoman, Ömer (2012) “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Bizzat Katılmak Yükümü Var Mıdır?”, Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul, s. 415-421 (Kısaltma: **Teoman**, Bizzat Katılma Yükümü).

Teoman, Ömer (2009) “Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, Prof. Dr. Reha Poroy Anısına Armağan, BATİDER, C. XXV, S. 4 (Aralık 2009), s. 19-33.

Teziç, Erdoğan (1972) Türkiye’de 1963 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul.

Üçışık, Güzin/**Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara.

Ünal, Mustafa (1982) “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, BATİDER 1982, C. XI, S. 3, s. 49-90.

Yayla, Ümit (2013) Anonim Ortaklık Genel Kurulları/Elektronik Genel Kurullar, İstanbul.

Yıldız, Şükrü (2004) Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara.

Zöllter-Petzoldt, Irka (2013) “Zum Teilnahmerecht des Vorstands und des Aufsichtsrats an Vollversammlungen einer Aktiengesellschaft”, NZG 2013, s. 607-611

TİCARET UNVANLARINDA EK KULLANIMI

THE USE OF ADDITIONS IN TRADE NAMES

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN*

ÖZET

Tacirlerin ticaretlerinde kullandıkları isme "ticaret unvanı" denilmektedir. Kullanılmasını zorunlu tuttuğu ticaret unvanlarının oluşturulması açısından Türk Ticaret Kanunu (TTK), tacirlere kısmi bir serbesti tanımıştır. Buna göre ticaret unvanlarını oluştururken tacirler, ticaret unvanlarında kanunen bulunması gereken ibareleri mutlaka kullanmak ve bulunmaması gereken, başka bir deyişle bulunması yasak olan ibareleri kullanmaktan kaçınmak ve belli bir makamın iznine bağlı olan ibareleri izinsiz kullanmamak noktasında iki temel sınırlamaya tabi tutulmuşlardır. Ticaret unvanlarında ek kullanımı esasen tacirlerin takdirine bırakılmışsa da, TTK'da eklerin nasıl olabileceğine ve nasıl olamayacağına ilişkin yasal bir çerçeve çizilmiştir. Bu bağlamda ticaret unvanlarına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali isimlerden oluşan ekler eklenebilir. Diğer taraftan ekler, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamalı, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına neden olacak nitelikte bulunmamalıdır. Bu maddede ticaret unvanlarında ek kullanımına ilişkin TTK ve ilgili ikincil mevzuattaki yasal çerçeve incelenmektedir.

Anahtar sözcükler: Ticaret unvanı, Ek, Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ

ABSTRACT

The name that is used by merchants in their commercial transactions is called "trade name". The Turkish Commercial Code (TCC) requires the use of trade names and grants merchants partial freedom in forming their trade names. Accordingly, merchants are subject to two main limitations in that they must use the mandatory statutory expressions in their trade names in all cases and must refrain from using expressions that are either prohibited to use or cannot be used without prior permission of a certain authority. Although the use of additions in trade names is essentially at the discretion of merchants, the TCC envisages a legal framework on how additions may and may not be formed. In this respect, additions may define the features of the undertaking or describe the identity of the persons shown in trade names or simply be a fantasy name. On the other hand, additions shall not be contrary to reality or to the public order, nor shall they be misleading on the part of third parties. This article analyses the legal framework in the TCC and relevant secondary legislation on the use of additions in trade names.

Keywords: Trade name, Addition, Communiqué on Trade Names

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. PhD (University of Sussex/İngiltere), LL.M. (Ekonomi Hukuku/Bilkent Üniversitesi)
(e-mail: fatihozkan@gazi.edu.tr) (Geliş Tarihi: 06.09.2018 / Kabul Tarihi: 29.09.2018)

I. GENEL OLARAK TİCARET UNVANI

Arapça kökenli bir sözcük olan “unvan”; “san”, “ün” anlamına gelmektedir.¹ Sözcük anlamı itibarıyla “san”, “bir kimsenin işi, mesleği veya toplum içindeki durumu ile ilgili olarak kullanılan ad, unvan, titr” olarak tanımlanmaktadır.² Bu tanım uyarınca unvan, esasen bir “isim”dir. Kişi, kendi ismi ve soy ismi yerine veya ona ek olarak yaptığı işe (örneğin yönetim kurulu başkanı, dernek genel sekreteri vs.), mesleğine (örneğin kaymakam, avukat vs.) veya çoğu zaman nezakete yönelik bir hitap biçimi olarak toplum içindeki konumuna (örneğin ağa, İzmirli vs.) ilişkin olarak unvan kullanabilir veya bir unvanla anılabilir. Unvan, genel bir ibare olup, yapılan işe veya mesleğe göre çeşitli türleri de bulunmaktadır, örneğin “doçent”, “doktor” gibi akademik unvanlar veya “yüksek mühendis”, “iç mimar” gibi mesleki unvanlar. Unvan denilince akla en çok gelen örneklerden biri de şüphesiz “ticaret unvanı”dır. Ticaret erbabının, yani tacirlerin ticaretlerinde kullandıkları isme “ticaret unvanı” (*Firma; trade name, business name*) ismi verilmektedir.³ Her gerçek

kişinin isim ve soy isminden oluşan medeni bir ismi olduğu gibi tacirlerin de ticari yaşamda kendilerini tanıtan ve diğer tacirlerden ayırmaya yarayan ticaret unvanları vardır.⁴

Ticaret unvanı, tacirlerin ticari işlerinde kısaltılmış bir isme olan ihtiyaçları ve ticari işletme aracılığıyla kurulan ilişkileri koruma ve sürdürme hususundaki menfaatleri sonucu doğmuştur.⁵ Hukuk düzeninin kendisine birtakım sonuçlar bağlaması nedeniyle ticaret unvanlarına ilişkin esaslar mevzuatta çeşitli düzenlemelere tabi tutulmuştur. Ticaret unvanlarını düzenleyen temel kanun, 6102 sayılı TTK’dır.⁶ TTK’da ticaret unvanının tanımına yer verilmemiş olup, yalnızca tacirlerin ticaret unvanı kullanma ve bunu ticaret siciline tescil ettirme zorunluluğuna işaret edilmiştir. TTK’nın 18(1). maddesinde belirtildiği üzere “*tacir... kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek[le] yükümlüdür*”, 39(1). madde uyarınca “[h]er tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır”, yine 40(1). madde uyarınca “[h]er tacir... seçtiği ticaret unvanını... ticaret siciline tescil ve ilan ettirir”. Ticaret unvanı tacirler için geçerli olduğundan tacir olmayanların (örneğin esnafların) ticaret unvanından söz edilemez.⁷

¹ Arapça’dan Türkçe’ye geçen “unvan” sözcüğünü ifade etmek üzere günlük yaşamda kimi zaman “ünvan” şeklinde bir sözcüğe rastlansa da Türk Dil Kurumu’nun Yazım Kılavuzu uyarınca “ünvan” yanlış bir kullanımdır. Bununla birlikte günlük telaffuzda daha çok “ünvan” sözcüğü kullanılmaktadır.

² Kaynak: <http://www.tdk.gov.tr> s.e.t. 03.07.2018.

³ **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 391 (“[Ticaret unvanı], tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı ad[dır]”); **Arkan**, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları, s. 271 (“Ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı isimdir.”); **Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin (2017) Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 311 (“[Ticaret unvanını, tacirlerin, ticari işletmesine ilişkin işlemlerinde kullandıkları ad şeklinde tanımlayabiliriz.”); **Bahtiyar**, Mehmet (2017) Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Kitabevi, s. 129 (“Ticaret unvanı, tacirin ticari iş ve eylemlerinde kullandığı adıdır.”); **Aslan**, İ. Yılmaz (2018) Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 56 (“Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemlerini yaparken kullandığı ada denir.”); **Kayar**, İsmail (2017) Ticaret Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 163 (“Ticaret unvanı, taciri diğer tacirlerden ayıran ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlemlerinde kullandığı isimdir.”); **Kayihan**, Şaban & **Yasan**, Mustafa (2017) Ticaret Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 105 (“Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin iş

ve işlemlerinde kullandığı ve bu sayede taciri işaret eden, taciri diğer tacirlerden ayıran bir tanıtmaya aracıdır.”); **Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2018) Ticaret Hukuku Bilgisi, 13. Bası, Bursa, Dora Yayınevi, s. 111 (“Ticaret unvanı tacirin ticari adıdır.”); **Bozkurt**, Tamer (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Legem Yayıncılık, s. 240 (“Ticaret unvanı, tacirlerin ticaret alanında işletmeleri ile ilgili yaparken kullandığı, devredilebilen, ekonomik değeri olan addır.”).

⁴ **Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2017) Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları, s. 159.

⁵ **Boyacıoğlu**, Cumhur (1995) ‘Ticaret Unvanı’ (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 5.

⁶ TTK dışında ticaret unvanlarına ilişkin esaslar içeren yürürlükteki ikincil mevzuat, 14.02.2014 tarih ve 28913 sayılı Resmi Gazete’de (RG) yayımlanan Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ ile 27.01.2013 tarih ve 28541 sayılı RG’de yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği’nin (TSY) ilgili hükümleridir (m. 42-46).

⁷ TTK’nın 15. maddesinde TTK’nın uygulama alanı dışında kalan esnaflar hakkında da uygulanacak maddeler arasında ticaret unvanına ilişkin TTK m. 39 vd. hükümlerine atıfta bulunulmadığından, esnafların ticaret unvanı oluşturma ve kullanma zorunluluğu olmadığı sonucuna ulaşılır.

II. TİCARET UNVANLARINA İLİŞKİN TTK'DA BENİMSENEN SİSTEM

Öğretide ticaret unvanlarının belirlenmesine ilişkin TTK'da benimsenen sistem açıklanırken “*serbestlik sistemi*” (veya “tam serbestlik”), “*gerçeklik sistemi*” (veya “tam gerçeklik”) ve “*karma sistem*” şeklinde bir sınıflandırmaya yer verildiği görülmektedir. Bu sınıflandırmada serbestlik sistemi, ticaret unvanlarının hiçbir kısıtlama olmadan, tacirlerce serbestçe seçilebildiği ve İngiliz hukukunun dahil olduğu Anglo-Sakson hukuk sisteminde bulunan sistem; gerçeklik sistemi, ticaret unvanlarının tacirlerin gerçek durumunu yansıtmak zorunda olduğu ve Fransa'da bulunan sistem; karma sistem ise başta gerçek durumun yansıtıldığı, sonradan ortaya çıkan değişikliklerin ise ticaret unvanlarına yansıtılmasının gerek olmadığı ve TTK'da benimsenen sistem olarak tanımlanmaktadır.⁸ Sistemin karma olarak anılmasının nedeni olarak ise aşağıda inceleneceği üzere her ticaret unvanında bulunması gereken kısım olan asli unsur (çekirdek) açısından gerçeklik sisteminin, kullanımını tacirin takdirine bırakılan ekler açısından ise birtakım kurallara tabi olsa bile kural olarak serbesti sisteminin benimsenmesi gösterilmektedir. Buradan hareketle karma sistemin, bir bakıma “*kısmî serbesti sistemi*” olarak isimlendirilmesi mümkündür.⁹

Tacirler için öngörülen ticaret unvanı, TTK 39(1). maddesinde açıkça belirtildiği üzere kullanılması ihtiyari olmayıp zorunlu olan bir unvandır. Tacirlerin, ticaret unvanlarını kullanmaksızın ticaret yapmaları mümkün değildir. Kullanımı

zorunlu olan ticaret unvanlarının nasıl oluşturulacağı hususunda ise TTK'da tacirlere kısmî bir serbesti tanınmıştır. Buna göre tacirler, kendi ticaret unvanlarını yine kendileri oluşturabileceklerdir. Bu açıdan tacirler için örneğin bir havuzda devletçe önceden belirlenmiş ticaret unvanlarını seçmek gibi bir zorunluluk öngörülmemiş, bunun yerine tacirlerin ticaret unvanlarını bizzat kendilerinin oluşturmasına imkan verilmiştir. Diğer taraftan, ticaret unvanlarının serbestçe oluşturulması noktasında tacirler temelde iki sınırlamaya tabi tutulmuştur: ticaret unvanlarında kanunen bulunması gereken ibareleri mutlaka kullanmak ve bulunmaması gereken, başka bir deyişle bulunması yasak olan ibareleri kullanmaktan kaçınmak ve belli bir makamının iznine bağlı olan ibareleri izinsiz kullanmamak. Aşağıda inceleneceği üzere ticaret unvanlarında kanunen bulunması gereken ibareler, ticaret unvanlarının asli unsurunu oluşturmakta, ticaret unvanlarında bulunması yasak veya izne tabi olan ibareler ise çoğunlukla eklerle ilişkindir.

III. TİCARET UNVANLARININ OLUŞTURULMASI

A. ASLİ UNSUR (ÇEKİRDEK)

Kullanmak zorunda olduğu ticaret unvanını oluştururken her tacir, TTK uyarınca kısmî bir serbestiye sahiptir. Buna göre tacirler, ticaret unvanlarında birtakım ibareleri mutlaka kullanmak, birtakım ibareleri ise kullanmaktan kaçınmak zorundadırlar. Ticaret unvanı oluşturulurken mutlaka kullanılması gereken, başka bir deyişle kanunen ticaret unvanlarında bulunması icap eden bölüm “*asli unsur*” olarak tanımlanabilir. Asli unsur ibaresi TTK'da yer alan kanuni bir terim değildir.¹⁰ Öğretide asli unsuru ifade etmek üzere

labilir. Aynı yönde bkz. **Arkan**, s. 271; **Ülgen vd.**, s. 391; **Kayıhan & Yasan**, s. 106.

⁸ **Poroy**, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2010) Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 389-390; **Ülgen vd.**, s. 392; **Arkan**, s. 271-272; **Ayhan & Çağlar**, s. 306-307; **Bahtiyar**, s. 130; **Bilgili & Demirkapı**, s. 112; **Kayar**, s. 164; **Berzek**, Ayşe Nur (2016) Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Bası, İstanbul, Beta Kitabevi, s. 72; **Sumer**, Ayşe (2015) Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Beta Kitabevi, s. 44-45; **Dinç**, Serhan (2017) Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 110-111.

⁹ Bkz. **Şener**, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 516 (“*Çekirdek gerçeğe uygun olarak belirlenmelidir. Buna karşılık ekler bakımından kanun koyucu sınırlı da olsa bir serbesti tanımıştır. Ancak burada tam bir serbestiden söz edilemez...*”).

¹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 944(1). maddesinde asli unsuru ifade etmek üzere “*wesentlicher Inhalt*” ibaresi kullanılmaktadır. Ticaret unvanlarında asli unsura ilaveten ek alınabileceğini belirten ilgili madde, bu durumu “*neben dem vom Gesetze vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt*” şeklinde ifade etmektedir. Asli unsur ibaresi öğretilerde **Karayalçın** tarafından kullanılmaktadır. **Karayalçın**, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku I: Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları, s. 373 aktaran **Boyacıoğlu**, s. 147.

yaygın olarak “çekirdek”¹¹ ibaresi kullanılmakla birlikte, “ana unsur”,¹² “zorunlu kısım”,¹³ “esas eleman”¹⁴ gibi ibarelere de rastlanmaktadır. Asli unsur kullanılmadan ticaret unvanlarının oluşturulması mümkün değildir. Asli unsur ticaret unvanlarının asgari içeriğini belirlediğinden, asli unsurun yerine getirilmesiyle birlikte kural olarak ticaret unvanları tamam olur. Kısmî serbesti gereği asli unsur dışında ticaret unvanlarına başka ibarelerin eklenmesi de mümkün olup, aşağıda inceleneceği üzere asli unsura ek olarak ticaret unvanlarına eklenen ibarelere “ek” ismi verilmektedir (TTK m. 46).

TTK’da asli unsurun ne olduğu, tüm ticaret unvanları için yeknesak bir biçimde belirlenmiştir. Bunun yerine farklı tacir türleri göz önünde bulundurulurken, her bir tacir türü için asli unsurun neler olduğu ayrı ayrı belirlenmiştir. Zira bir tacir türü açısından asli unsur olabilecek bir ibare, diğeri açısından yalnızca ek niteliğini taşıyabilir. Dolayısıyla neyin asli unsur, neyin ek olduğu tacirler arasında değişiklik gösterecektir. TTK, ilk olarak gerçek kişi tacirler ile tüzel kişi tacirler arasında bir ayırım yapmış ve her biri için farklı esaslar koymuştur. Gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı, isim ve soyisimlerinin belirtilmesi esasına dayanmaktadır (TTK m. 41, TSY m. 43(1)). Tüzel kişi tacirler açısından ise TTK, tüzel kişi tacirlerin kendi içerisinde bir ayırım yapmış ve öncelikle şirketleri, dernek ve vakıflar ile tacir sıfatına sahip çeşitli kamu kuruluşlarından farklı esaslara tabi kılmıştır (TTK m. 44, TSY m. 43(2)). Bununla da yetinmeyen TTK, asli unsurun oluşturulması açısından şahıs şirketleri ile sermaye şirketlerini iki ayrı kefeye koymuştur (TTK m. 42-43, TSY m. 43(6)-(7)).

¹¹ Poroy & Yasaman, s. 391; Arkan, s. 272; Ayhan & Çağlar, s. 311; Bahtiyar, s. 130; Bozer & Göle, s. 159; Aslan, s.57; Şener, s. 501; Bilgili & Demirkapı, s. 112; Kayar, s. 165; Berzek, s. 73; Sumer, s. 45; Dinç, s.112. “Çekirdek” sözcüğünün Alman öğretisinde “Kern” olarak isimlendirildiği, Türkçe’ye de Almanca’dan geçtiği ifade edilmektedir. Boyacıoğlu, s. 147.

¹² Ülgen vd., s. 393.

¹³ Bozkurt, s. 242. Bozkurt, “çekirdek” ibaresini benimsemekle birlikte eş zamanlı olarak “zorunlu kısım” ibaresini de kullanmaktadır.

¹⁴ Edgü, Ekrem (1967) Ticaret Hukuku I, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 94, aktaran Boyacıoğlu, s. 147.

1. Gerçek Kişi Tacirler

Gerçek kişi tacirler için asli unsur, kişinin kısaltılmadan yazılacak isim ve soyisminden oluşmaktadır (TTK m. 41, TSY m. 43(1)). Bu doğrultuda gerçek kişi tacirler, ticaret unvanlarında kendi isim ve soyisimlerini mutlaka kullanmak zorundadırlar.¹⁵ Burada bir sınırlama öngörülmüş ve tacire ait isim ve soyismin kısaltılmadan yazılması aranmıştır. Buna göre gerçek kişi tacirlerin, isim ve soyisimlerini kısaltacak şekilde ibareler (harfler) kullanmaları yasaklanmıştır. Ayrıca isim ve soyisimlerin, ticaret unvanlarında Latin harfleriyle ifade edilmiş olması da şarttır.¹⁶ İsim ve soyisimlerine ek olarak gerçek kişi tacirler, kullanmalarına kanunen izin verilmiş ibareleri ticaret unvanlarında ek olarak kullanabilirler. TTK’da benimsenen kısmî serbesti ilkesi gereği ticaret unvanlarında gerçek kişi tacirlerin; yalnızca ismini veya yalnızca soyismini ya da kendinden başka birinin veya hayali bir kişinin isim ve soyismini (asli unsur olarak) kullanmalarına veyahut hiçbir isim ve soyisim kullanmamalarına izin verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki TTK’daki bu düzenleme gerek mehz İsviçre hukukundaki, gerek Alman hukukundaki, gerekse tam serbesti sisteminin benimsendiği İngiliz hukukundaki esaslardan oldukça farklıdır.

İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu’nun 945(1). maddesi uyarınca gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanlarında mutlaka soyisimlerini (*Familiennamen*) kullanmaları aranmaktayken, soyisimlerinin yanında isimlerini de belirtip belirtmemek konusunda tacirler serbest bırakılmışlardır.¹⁷

¹⁵ Gerçek kişi tacirlerin isim ve soyisimleri noktasında nüfus kütüğünde yer alan kayıtların esas alınması gerekmektedir. Ülgen vd., s. 393. Öğretideki hakim görüş, tacirin birden fazla isminin bulunması durumunda tüm isimlerinin ticaret unvanında yer alması gerektiğidir. Ülgen vd., s. 393; Bozer & Göle, s. 160; Şener, s. 502; Kayar, s. 168; Bilgili & Demirkapı, s. 113. Aksi görüş için bkz. Poroy & Yasaman, s. 393.

¹⁶ Gerçek kişi tacirlerin isim ve soyisimlerinin Latin harflerinden başka bir alfabeye (örneğin Japon alfabesi) yazılması mümkün değildir. Horn, Norbert (Editör) (1995) Heymann-Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): Erstes Buch, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 258.

¹⁷ Bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu’nda 16.12.2005 tarihinde yapılan bir kanun değişikliğiyle (*GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht*) 01.01.2008 tarihinden itibaren geçerli hale gelmiştir.

Böylece İsviçre hukukunda gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanları, isimleriyle birlikte soyisimlerinden veya isimleri bulunmaksızın yalnızca soyisimlerinden (*mit oder ohne Vornamen*) oluşabilmektedir. Alman hukukunda Alman Ticaret Kanunu'nun 17(1). maddesinde gerçek kişi tacirin ticaret unvanının "isiminden" (*Name*) oluşacağı belirtilmiş, ancak bunun ille de tacirin isim ve soyismini içermesi aranmamıştır. Bunun yerine 18(1). maddede, gerçek kişi tacirin ticaret unvanının "tacirin kimliğini gösterebilecek ve ayırt edici nitelikte olması" (*Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen*) gerektiği hükme bağlanmıştır.¹⁸ İngiliz hukukunda ise gerçek kişi tacirlerin, isim ve soyisimlerini kullanma zorunluluğu bulunmayıp, yalnızca işletme adı (*business name*)¹⁹ kullanmak suretiyle dahi faaliyet gösterebilmeleri mümkündür.²⁰ Üstelik, isim ve soyismin kısaltılmadan yazılmasına yönelik bir sınırlama da bulunmamaktadır.²¹

¹⁸ Alman Ticaret Kanunu'ndaki bu hüküm de, İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, kanunun ilk yürürlüğe girdiği halinde bulunmayıp, sonraki bir kanun değişikliğiyle (*Handelsrechtreformgesetz*) 01.07.1998 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. **Yongalık**, Aynur (2002) 'Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme', *BATIDER*, C:21, S:3, s. 5-30

¹⁹ Terminolojik olarak kişinin ticaretinde kendi isim ve soyismini kullanmaması durumunda "*business name*"den söz edilmemektedir. Şirketlerin ticaret unvanlarını ifade etmek üzere ise "*company name*" ya da "*partnership name*" kullanılmaktadır. Her ne kadar Türk hukukundaki "ticaret unvanı" gibi bir üst kavram İngiliz hukukunda bulunmasa da, ticaret unvanını ifade etmek üzere İngilizce'de "*trade name*" veya "*trading name*" ibarelerine rastlanmaktadır.

²⁰ İngiliz hukukunda gerçek kişi tacirler ("*sole traders*", Amerikan İngilizcesinde "*sole proprietors*"), isim ve soyisimlerini kullanarak faaliyet gösterebilecekleri gibi (örneğin "*Joe Smith*"), yalnızca isimlerini veya yalnızca soyisimlerini, hatta yalnızca bir işletme adı (örneğin "*Joe's Restaurant*" veya "*Eat at Joe's*") kullanarak da ticaret yapabilirler. İngiliz hukukunda önemli olan kişinin kendi isim ve/veya soyismini kullanmayıp yerine bir işletme adı kullandığı durumlarda İngiliz Şirketler Kanunu'ndaki (*Companies Act 2006*) esaslara tabi olması, kendi isim ve soyisimiyle faaliyet gösterdiğinde ise söz konusu kanuna tabi olmamasıdır. İngiliz Şirketler Kanunu'na tabi olan bir tacir, söz konusu kanunda istenilen bilgileri yetkili makamlarla paylaşma ve belli ölçüde kamuoyuna açıklama yükümlülüğü altındadır (m.1200 vd.).

²¹ İngiliz hukukunda böyle bir sınırlamaya yer verilmemesinin nedeni olarak Anglo-Sakson ülkelerinde kişilerin genellikle ikinci (orta) isimlerinin kısaltılarak yazılması (*initi-*

2. Tüzel Kişi Tacirler

a. Genel Olarak

TTK'da gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı, isim ve soyisimlerinin belirtilmesi esasına dayanmaktadır. Tüzel kişilerin haliyle isim ve soyisimleri bulunamayacağından, tüzel kişi tacirler için farklı bir esasın belirlenmesi icap etmektedir. Bu doğrultuda TTK'da, tüzel kişi tacirlerin türlerine göre farklı esaslar kabul edilmiştir. Ticaret unvanlarının oluşturulması bakımından TTK, tüzel kişi tacirleri üç grupta ele almıştır: (i) şirketler (ticaret şirketleri),²² (ii) amaçlarına varmak için ticari işletme işleten dernekler ile vakıflar, (iii) kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar. Ticari işletme işleten dernek ve vakıflar ile tacir sıfatına sahip kamu kuruluşlarının ticaret unvanlarının belirlenmesi noktasında akla uygun, basit bir esas belirlenmiş ve bunların ticaret unvanlarının isimlerinin aynısı olduğu hükme bağlanmıştır (TTK m. 44(1), TSY m. 43(2)).²³ Diğer taraftan, şirketler açısından ise TTK'da daha farklı esaslar kabul edilmiştir.

als, örneğin "*John F. Kennedy*") geleneğinin olduğu ileri sürülebilir. Ülkemizde ise kişilerin daha çok ilk isimlerinin kısaltıldığına rastlanmaktadır.

²² Ticaret şirketlerini, adi şirketten (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) ayırmak gerekmektedir. Tüzel kişiliği olmayan adi şirket, ortaklarından bağımsız bir hukuki varlık oluşturmamaktadır ve tacir sıfatı da bulunmayan adi şirketin ortakları, koşulları sağlamaları durumunda kendileri tacir sıfatını kazanabileceklerdir. Bu nedenle adi şirketin ticaret unvanının gerçek kişi tacir niteliğindeki ortaklarının kendi isim ve soyisimlerinin kullanılması suretiyle oluşturulması ve arzu edildiği takdirde adi şirketi gösterecek bir ibareye ek olarak yer verilmesi icap etmektedir. **Domaniç**, Hayri (1988) Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul, Temel Yayıncılık, s. 232. Konuyla ilgili bkz. **Kayar**, İsmail (2002) 'Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Teslili', Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C:1, İstanbul, s. 479-494.

²³ 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'un 2(a). maddesi uyarınca dernek ve vakıfların unvanlarında kamu kurum ve kuruluşlarının isimleri yer alamaz. Benzer biçimde, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 2(4). maddesi uyarınca da kooperatiflerin unvanlarında kamu kurum ve kuruluşlarının isimlerine yer verilemez.

b. Şahıs Şirketleri

Şirketlerin ticaret unvanlarının oluşturulması açısından TTK, 124(2). maddede yapılan şahıs şirketi (*Personengesellschaft*) - sermaye şirketi (*Kapitalgesellschaft*) ayırımına uygun olarak şahıs şirketleri ile sermaye şirketlerinin ticaret unvanlarını farklı esaslara tabi tutmuştur. Bu bağlamda şahıs şirketlerinden olan kollektif şirket ile komandit şirketler açısından ticaret unvanının asli unsuru, tüm ortakların veya ortaklardan en az birinin (komanditer ortaklar hariç) isim ve soyismi²⁴ ile şirketin türünü gösteren ibareden oluşmaktadır (TTK m. 42, TSY m. 43(5)-(6)).²⁵ Şahıs şirketlerinde şahısların ön planda olması nedeniyle ortakların isim ve soyisimlerinin, şirketin tüzel kişiliği haiz olmasına rağmen, asli unsur olarak şirketin ticaret unvanında yer alması yerindedir. Şu halde kollektif şirket ile komandit şirketlerin ticaret unvanlarını gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanlarından ayıran, asli unsurun bir parçası olan “kollektif şirket” ve “komandit şirket” ibareleridir. Zaten gerçek kişi tacirlerin, ortada bir şirket olmadığı halde şirketi çağrıştıran ibareleri ticaret unvanlarında ek olarak kullanmaları yasaktır (TTK m. 46(2), TSY m. 44(4)). Benzer bir düzenlemeye İsviçre ve İngiliz hukukunda da rastlanmaktadır.²⁶

²⁴ Kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanlarında her ne kadar ortaklarının isim ve soyisimlerinin kısaltılmadan yazılmasına ilişkin TTK’da bir hüküm bulunmasa da öğretilde, gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi, kollektif ve komandit şirket ortaklarının isim ve soyisimlerinin kısaltılmadan yazılması gerektiği ifade edilmektedir. **Ülgen vd.**, s. 397-399.

²⁵ Gerçek kişi tacirlerin yalnızca soyismini kullanmasına izin veren İsviçre Borçlar Kanunu, buna paralel olarak kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanlarında ortakların isimleri yer almaksızın yalnızca soy isimlerinin kullanılmasına da cevaz vermektedir (m. 947(1)-(3)). Ancak İsviçre hukukunda da kollektif ve komandit şirketlerin türünü gösteren ibarenin şirketin ticaret unvanında yer alması zorunludur.

²⁶ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 945(3). maddesinde tek başlarına ticaret yapan gerçek kişi tacirlerin, ticaret unvanlarında bir şirket veya ortaklığı çağrıştıracak nitelikte ekler kullanamayacakları hükme bağlanmıştır (“*Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet.*”). İngiliz hukukunda da gerçek kişi tacirlerin, bir şirketin veya benzer bir organizasyonun varlığını çağrıştıran ibareleri (örneğin “*limited*”, “*ltd*”, “*plc*” vb.) ticaret unvanlarında kullanmaları yasaktır (İngiliz Şirketler Kanunu m. 1197(1)(a)-(b)). Hatta İngiliz hukukunda buna aykırı olarak ticaret unvanı oluşturan kişiler için cezai yaptırım da öngörülmüştür (m. 1197(5)).

c. Sermaye Şirketleri

TTK, sermaye şirketleri arasında sayılan anonim ve limited şirketler ile kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarında şirketin işletme konusunun (iştilgal sahası) belirtilmesini esas almıştır. Buna göre anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarının asli unsuru, şirketin işletme konusu ile şirketin türünü gösteren ibareden oluşmaktadır (TTK m. 43, TSY m. 43(7)).²⁷ Sermaye şirketlerinde sermayenin ön planda olması ve şahıs şirketlerine oranla ortaklık yapısının kolayca değişebilmesi nedeniyle ortakların isim ve soy isimlerinin asli unsur olarak şirketin ticaret unvanında yer alması haklı olarak aranmamıştır. Belirtmek gerekir ki ortakların isim ve soyisimleri, asli unsuru oluşturmasa da ek olarak kullanılabilir, ancak bu durumda TTK m. 43(2) uyarınca şirketin türünü gösteren ibare kısaltılmadan yazılmalıdır.²⁸ Yine Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda sermaye şirketlerinin işletme konusunun yazılmasına, İngiliz hukukunda ise şirketin işletme konusu bir yana bazı durumlarda şirketin türünü gösterecek ibarenin dahi yazılmasına gerek bulunmamaktadır.²⁹ Şirketlerin ticaret unvanlarında

²⁷ Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4(5) uyarınca işletme konusunu gösteren ibarelerin kısaltılmadan yazılması gerekmektedir (örneğin “*Tic.*”, “*San.*”, “*Tur.*” biçiminde yazılamaz).

²⁸ TTK’daki bu düzenlemenin amacının kişilerin dikkatlerini şirket türüne çekerek, ticaret unvanında isim ve soyismi bulunan kişinin şahsen sorumlu olduğu şeklinde toplumda bir düşünce oluşmasının önlenmesi olduğu ifade edilmektedir. **Karayalçın**, s. 382 vd. aktaran **Can**, Mustafa (2007) ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Unvanı’, *Mevzuat Dergisi*, S:111, <<https://www.mevzuatdergisi.com/2007/03a/01.htm>> s.e.t. 10.07.2018.

²⁹ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 950. maddesinde anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarının, ticaret unvanlarının oluşturulmasına ilişkin genel kurallara tabi olmak kaydıyla, serbestçe oluşturulabileceği hükme bağlanmıştır (“*Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften können unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen.*”). Ancak 950. madde, her hâlükarde şirketin türünü gösteren ibarenin ticaret unvanında yer almasını aramaktadır. İngiliz hukukunda da şirketlerin işletme konusunu ticaret unvanında göstermeye ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Şirketin türünü gösteren ibarenin ise unvana eklenmesi genel kural olarak zorunludur, ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Örneğin Türk hukukundaki limited şirketin İngiliz hukukundaki karşılığı olan “*private limited company*” isimli şirketin tica-

belirtilen işletme konuları dışında faaliyet göstermeleri durumunda ehliyetsizlik durumunun (*ultra vires*) yeni TTK'yla birlikte kaldırılmasıyla işletme konusunu gösterme esasının önemini kaybettiği söylenebilir.³⁰

B. EK

Tacirlere tanınan kısmî serbesti gereği asli unsurun yerine getirilmesi koşuluyla ticaret unvanlarına başka ibarelerin eklenmesi de mümkün olup, asli unsura ek olarak ticaret unvanlarına eklenen ibarelere “ek” (*Zusatz; addition*) ismi verilmektedir (TTK m. 46). “Asli unsur” veya “çekirdek” ibarelerinin aksine, “ek” sözcüğü TTK'da kullanılan yasal bir terimdir.³¹ Ek, adı üzerinde, bir eklemedir, ilavedir. Tacirler kolay akılda kalmak, cazip sözcüklerle daha fazla müşteri çekebilmek, mesleğine ya da kimliğine ilişkin bilgiler vermek, faaliyette bulunduğu coğrafi yöre-

ye işaret etmek gibi düşüncelerle ek kullanabilmektedir.³² Kural olarak, ticaret unvanlarında ek kullanımını zorunlu değildir; ticaret unvanına istediği ibareleri eklemek tacirin takdirine bırakılmıştır. Aşağıda inceleneceği üzere, kullanımı isteğe bağlı (ihtiyari) eklerin nasıl olacağına veya olamayacağına ilişkin TTK ve ilgili ikincil mevzuatta birtakım kurallar bulunmaktadır. Bununla birlikte ek kullanımını, bazı durumlarda ise bir zorunluluktur. Bu zorunluluk bazen uygulamadaki pratik bir ihtiyaçtan (örneğin tacirin oluşturduğu ticaret unvanının aynısının daha önceden başka bir tacir tarafından tescil edilmiş olması), bazen de yasal bir düzenlemeyle kaynaklanabilmektedir.

1. TTK'da Ek Kullanımının Zorunlu Olduğu Haller

Öncelikle bir ticaret unvanının aynısının daha önceden başka bir tacir tarafından tescil edilmiş olması halinde, sonraki tacirin oluşturacağı ticaret unvanının ilk tacirin tescil edilmiş ticaret unvanından farklı olmasını sağlamak amacıyla sonraki tacir tarafından ek kullanmak bir zorunluluktur.³³ TTK'da bu durum “[b]ir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılır” şeklinde ifade edilmiştir (TTK m. 45; TSY m. 44(1)).³⁴ Burada ek kullanma zorunluluğu pratik bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır, zira tacirin ek kullanmaksızın yalnızca asli unsuru yerine getire-

ret unvanında, şirketin türünü gösteren “limited” veya “Ltd” ibarelerinin kullanılması gerekmektedir (İngiliz Şirketler Kanunu m. 59(1)). Ancak şirketin tescilli bir yardım kuruluşu (*charity*) olması (m. 60) veya bilim, sanat, din veya herhangi bir mesleğin geliştirilmesi amacıyla kurulması ve ortaklarına kâr payı dağıtmaması durumunda şirket, adı geçen ibareleri kullanmak zorunluluğundan muaftır (m. 62).

³⁰ 6762 sayılı eski TTK zamanında şirketlerin hak ehliyetleri işletme konularıyla sınırlandırılmış ve sınırı aşan hukuki işlemlerin, üçüncü kişiler iyi niyetli olsalar dahi, şirkete bağlamayacağı kabul edilmişti (m.137). Sermaye şirketlerinin işletme konularının ticaret unvanlarında gösterilmesi esas o dönemde bir anlam ifade etmekteydi. Zira işletme konusunun ticaret unvanlarında gösterilmesiyle şirketin işlem yapabileceği alanı belirlemek, işletme konusu dışında işlem yapılmasını önlemek, böylece şirketle ilişkiye giren kişileri korumak amaçlanmaktaydı. Hak ehliyetinin sınırlarını genişletebilmek adına şirketler ise uygulamada “ticaret”, “sanayi”, “turizm”, “inşaat” gibi geniş anlam taşıyan konuları ticaret unvanlarında kullanmaktaydı. **Boyacıoğlu**, s. 156. Dolayısıyla eski TTK döneminde bir anlam ifade eden “*ultra vires*” ilkesinin yeni TTK'yla birlikte ortadan kaldırılmasıyla birlikte, sermaye şirketlerinin ticaret unvanlarında işletme konularının tek tek sayılmasının da önemini kaybettiği ileri sürülebilir.

³¹ TTK'da değil ama TSY'de, “ek” sözcüğünü çağrıştıracak biçimde “ilave” ibaresine yer verildiği görülmektedir. TSY m. 44(3) uyarınca “[g]erçek kişi tacirlerin faaliyet konuları birbirinden farklı olan birden çok ticari işletmesinin bulunması halinde, ticaret unvanına her işletme dolayısıyla ayrı edici *ilaveler* yapılarak tescil olunur.” Ancak “ilave” ibaresinin, TTK'de hiç, TSY'de ise yalnızca bir kez kullanılmış olması, asıl terimin yine “ek” olduğu şeklinde yorumlanabilir.

³² **Boyacıoğlu**, s. 166.

³³ Ek kullanmanın zorunlu olduğu bu durumu nitelendirmek üzere öğretide “*ayırt edici ek*”, “*ayırıcı ek*” gibi ibarelerin kullanıldığı görülmektedir. **Ayhan & Çağlar**, s. 314; **Arkan**, s. 277-278; **Bozer & Göle**, s. 171; **Şener**, s. 522; **Bilgili & Demirkapı**, s. 117; **Kayar**, s. 166; **Sumer**, s. 48.

³⁴ Her ne kadar ilgili maddede temelde ek kullanımının zorunlu olduğu bir durumu ifade ediliyor olsa da maddenin zımnen vurguladığı başka bir husus da ticaret siciline tescil edilen ticaret unvanlarının, gerçek kişi-tüzel kişi tacir ayrımı yapılmaksızın tüm Türkiye çapında korunuyor olmasıdır. 6762 sayılı eski TTK'da ticaret unvanların tüm Türkiye çapında korunması yalnızca tüzel kişi tacirler için öngörülmüş, gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanları ise sadece dâhil oldukları ticaret sicili dairesinde korunmuş ve böylece sicil çevresi dışındaki koruma haksız rekabet hükümlerine bırakılmıştı. 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte eşitlik ilkesine aykırı olan bu ikilikten isabetli bir biçimde dönülmüş ve her iki tür tacir için aynı hüküm getirilmiştir. **Bozkurt**, s. 249.

rek oluşturduğu ticaret unvanını kullanması gerek fiilen, gerekse adı geçen madde sonucu hukuken mümkün değildir. Gerçekten, aynı işi yapabilecek tacirlerin ticaret unvanlarının asli unsurunun da aynı olabileceği nedeniyle ek kullanımı, isteğe bağlı olmaktan çıkıp bir zorunluluk haline dönüşebilmektedir.³⁵ Burada ek kullanımı zorunlu olmakla birlikte kullanılacak ek bizzat kanun tarafından belirlenmemiş, eklerin oluşturulmasına ilişkin kurallara tabi olmak üzere hangi ekin alınacağı tacire bırakılmıştır.

TTK'da ek kullanımının zorunlu olduğu diğer bir hal, ticari işletmelerde merkez-şube ilişkisi bağlamında şubenin ticaret unvanının oluşturulmasına ilişkindir. Buna göre her şube, kendi merkezinin ticaret unvanını kullanmak durumunda olup, bu unvana şube olduğunu belirten bir ibareyi eklemek zorundadır (TTK m. 48(1); TSY m. 43(8)).³⁶ Merkezin ticaret unvanını kullanan merkez dışında bir birimin, şube olduğunu belirtmesizin merkez ile aynı ticaret unvanını kullanması karışıklığa yol açabileceğinden, ticaret unvanına şubeye ilişkin bir ek alınması yine pratik bir ihtiyaçtan doğmaktadır. TTK'daki başka bir hal de tasfiye haline giren şirketlerin ticaret unvanlarıyla ilgilidir. Buna göre tasfiye haline girmeleri sonucu ehliyetleri bu sürecin sonuna kadar sınırlanan şirketlerin ticaret unvanlarına buna uygun olarak "tasfiye halinde" ibaresinin eklenmesi yasal bir zorunluluktur (TTK m. 269).³⁷ Bu örnekte zorunlu

olarak kullanılacak ekin içeriği ise bizzat kanun tarafından belirlenmiştir. Son olarak TTK'da düzenlenmemekle birlikte TSY'de yer verilen bir zorunlu ek kullanımı da gerçek kişi tacirlerin faaliyet konuları birbirinden farklı olan birden çok ticari işletmesinin bulunması durumunda, ticaret unvanına her işletme için ayrı ek yapma zorunluluğudur (TSY m. 44(3)).³⁸

2. TTK Dışı Mevzuatta Ek Kullanımının Zorunlu Olduğu Haller

Ticaret unvanlarını düzenleyen genel kanun niteliğinde olması nedeniyle, ek kullanımının zorunlu olduğu haller esas olarak TTK'da düzenlenmektedir. Bununla birlikte, diğer bazı kanunlarda da ticaret unvanlarına ilişkin birtakım kurallar bulunmaktadır. Bu kanunlarda genel olarak TTK'da öngörülmeleyen bir unsurun, ilgili ticaret unvanında mutlaka bulunması zorunluluğu aranmaktadır. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen ve anonim şirket şeklinde kurulan yatırım ortaklarının ticaret unvanlarında, adı geçen kanun uyarınca "yatırım ortaklığı" ibaresinin bulunması bir zorunluluktur (m. 49(1)(ç)). 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu'nun 3(2). maddesi uyarınca anonim şirket şeklinde kurulabilecek umumi mağazaların ticaret unvanlarında "umumi mağaza" ibaresi yer almalıdır. Sigorta Acenteleri Yönetmeliği uyarınca sigorta acentesi olarak faaliyet gösterecek gerçek veya tüzel kişilerin oluşturacakları ticaret unvanlarında "sigorta acenteliği" veya "sigorta aracılığı" ibarelerinden birinin bulunması zorunludur (m. 12).³⁹ TTK dışı bir mevzuat sayılmamakla birlikte bu bağlamda zikredilebilecek başka bir örnek de başlıca amacı başka işletmelere katılmak üzere kurulacak anonim

³⁵ Şener, s. 523 ("Gerçekten de salt çekirdekten ibaret ticaret unvanı oluşturulması... hemen hemen hiç ayırt edicilik sağlamayacağından, TTK 45'e göre zorunlu ek yapmadan ticaret unvanını kullanmak olanaksızdır.").

³⁶ Benzer bir düzenleme olarak, merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi zorunludur (TTK m. 48(3); TSY m.43(8)). İsviçre Borçlar Kanunu'nun 952(2). maddesinde de bu durum "[d]ie Firma der Zweigniederlassung eines Unternehmens, dessen Sitz sich im Auslande befindet, muss überdies den Ort der Hauptniederlassung, den Ort der Zweigniederlassung und die ausdrückliche Bezeichnung als solche enthalten" biçiminde ifade edilmiştir. TTK'daki bu düzenleme sonucu merkezi yabancı ülkede bulunan işletmelerin Türkiye'de oluşturacakları ticaret unvanlarında yabancı ülkedeki ticaret unvanlarının birebir aynısını kullanmasına izin verilmemiş ve şube olduğuna dair zorunlu bir ek kullanımı öngörülmüştür.

³⁷ Bu hükmün kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 793(1). maddesidir. Söz konusu madde uyarınca tasfiye haline

giren şirketlerin ticaret unvanlarına "in Liquidation" veya "in Liq." biçiminde bir ek eklenmesi zorunludur. Konkordato halinde ticaret unvanındaki değişim için bkz. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 309/c(2).

³⁸ Bu hüküm öğretilde eleştirilmektedir. Tartışmalar için bkz. Ülgen vd., s. 408; Kayar, s. 168.

³⁹ RG, tarih: 28.07.2016, no: 28980. Benzer biçimde, 27.05.2015 tarih ve 29368 sayılı RG'de yayımlanan Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği uyarınca sigorta ve/veya reasürans brokeri olarak faaliyet gösterecek gerçek veya tüzel kişilerin kullanacakları ticaret unvanlarında, ruhsat alınan bransa göre "sigorta brokerliği", "reasürans brokerliği" veya "sigorta ve reasürans brokerliği" ibarelerinden birinin bulunması zorunludur (m. 18).

şirketlerin ticaret unvanlarında “*holding*” ibaresine yer verme zorunluluğudur (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4(5)).⁴⁰

Aslında TTK dışı mevzuatta öngörülen bu gibi spesifik unsurların zorunlu bir ek mi, yoksa bizzat asli unsurun bir parçası mı olduğu tartışılabilir. Niteliği gereği özel bir kanun hükmüyle ticaret unvanlarında yer alması zorunlu tutulan bir unsurun, ilgili tüm tüzel kişilerin ticaret unvanlarında kanunen bulunması icap edeceğinden asli unsuru çağrıştırdığı ileri sürülebilir. Diğer taraftan, ilgili tüzel kişinin ticaret unvanının asli unsurunun nasıl oluşturulacağı konusundaki kurallar aslen TTK’da belirlendiğinden, farklı kanunlarda öngörülen hususların TTK’daki asli unsurlara yapılacak zorunlu bir eke benzediği de söylenebilir. Konuyla ilgili öğretide bir tartışmaya yer verilmediği gözlemlenmektedir.⁴¹ Gerçekten de ticaret unvanları için TTK dışı mevzuatta düzenlenen ibarelerin asli unsur mu yoksa zorunlu bir ek mi olduğu teorik bir tartışmadan ibaret olacaktır. Sonuç itibarıyla asli unsur da olsa, zorunlu ek de olsa, ilgili ticaret unvanında mutlaka yer alması gerekecektir. Bununla birlikte, TTK’ya tabi tacirlerin ticaret unvanları için TTK dışı mevzuatta birtakım ibareler düzenlenebilecekse de, “*mevzuattaki diğer hükümler saklıdır*” gibi bir hükmün TTK’ya eklenmesi hukuk tekniği açısından faydalı olurdu.

IV. TİCARET UNVANLARINDA KULLANILABİLECEK EKLER

Yukarıda ticaret unvanlarının asli unsur ve ekten oluştuğu, asli unsurun tamam olmasıyla birlikte tacirlerin arzu ederlerse ek kullanabilecek-

leri, istisnaen bazı durumlarda ise ek kullanmanın zorunlu olduğu açıklanmıştır. Zorunlu durumlar bir tarafa, ek kullanımı esasen tacirlerin takdirinde olmakla birlikte TTK ve ikincil mevzuatta eklerin nasıl olabileceğine ve nasıl olmayacağına ilişkin birtakım kurallar bulunmaktadır. Hatırlanacağı üzere kısmî serbesti ilkesi gereği tacirler, ticaret unvanlarında kanunen bulunması gereken ibareleri mutlaka kullanmak, bulunmaması gereken ibareleri ise kullanmaktan kaçınmak zorundadırlar. Ticaret unvanlarında mutlaka bulunması gereken ibareler, asli unsur ve zorunlu eklerden oluşmaktadır. Bunlar kanunda düzenlendiğinden ticaret unvanlarında tacirlerin bunları kullanmaktan kaçınmaları da söz konusu olamaz. Dolayısıyla ticaret unvanlarında bulunmaması gereken ibareler, daha çok isteğe bağlı (zorunlu olmayan) eklere ilişkindir. Bunların ticaret unvanlarında kullanılması tacirlerin takdirine bırakılmışsa da, nasıl olmalarına veya olmamalarına ilişkin yasal bir çerçeve çizilmiştir.

A. EKLERİN OLUŞTURULMASINA İLİŞKİN TTK’DAKİ YASAL ÇERÇEVE

Kullanımı isteğe bağlı eklerin oluşturulmasına ilişkin esasları içeren TTK’da yalnızca bir madde bulunmaktadır (m. 46). Durum böyle olunca konunun ayrıntılarının ikincil mevzuatta düzenlenmiş olabileceği akla gelebilirse de, eklerin oluşturulmasına ilişkin TTK’da çizilen ana çerçevenin ikincil mevzuatta fazlaca detaylandırılmamış olduğu görülmektedir. Gerçekten de TSY ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de, TTK’daki kuralın dışında fazla ayrıntı bulunmamaktadır. Eklerin oluşturulması bağlamında TTK ve ilgili ikincil mevzuatta, eklerin nasıl olabileceğine ve nasıl olamayacağına ilişkin iki ana kriter kabul edilmiştir. Buna göre tacirler, bir taraftan ticaret unvanlarında kullanacakları eklerin nasıl olabileceğine ilişkin kriteri göz önünde bulundurarak ticaret unvanlarını oluşturmak, diğer taraftan eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kriterine uygun olarak ticaret unvanlarında kullanılması yasak veya belli bir makamın iznine tabi olan ibareleri izinsiz kullanmaktan kaçınmak durumundadırlar.

⁴⁰ Eskiden kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarına ilişkin de özel bir düzenleme bulunmaktaydı. 6762 sayılı TTK’nın 485(2). maddesinde kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarında, şirketin sorumluluk şeklini gösteren bir ibarenin (sınırlı mı, sınırsız mı sorumlu olduğunun) yer alması bir zorunluluktan (örneğin “Sınırlı Sorumlu Yapı Kooperatifi”). Bu hüküm 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. **Ülgen vd.**, s. 400; **Arkan**, s. 274. Elbette sorumluluk türünü gösteren bir ibarenin şirketin ticaret unvanında ek olarak kullanılması mümkündür.

⁴¹ Öğretide konuyla ilgili bir tartışma olmamakla birlikte bir yazar TTK dışındaki mevzuatta öngörülen bu tarz ibareleri “zorunlu ek” olarak nitelendirmiştir. **Boyacıoğlu**, s. 173 vd.

TTK'nın 46(1). maddesi uyarınca “[t]acirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla; her ticaret unvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan ibaret olan ekler yapılabilir.” Bu maddeyi ikiye ayırarak incelemek mümkündür: noktalı virgüle kadar olan bölüm eklerin nasıl olamayacağını düzenlemekle, noktalı virgülden sonraki bölüm eklerin nasıl olabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla TTK, eklerin nasıl olabileceğine ve nasıl olmayacağına ilişkin esasları birlikte tek bir maddede düzenlemektedir. TTK'nın 46(1). maddesindeki bu hüküm, TSY m. 44(2)'de aynen tekrarlanmıştır. Bu açıdan TSY'de, TTK'ya ek olarak herhangi bir esas bulunmamaktadır. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de ise eklerin nasıl olabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemişken, eklerin nasıl olamayacağına ilişkin olarak TTK'ya ek birtakım esaslar belirlenmiştir.

B. EKLERİN NASIL OLABİLECEĞİNE İLİŞKİN TTK'DAKİ KRİTERLER

TTK'nın 46(1). maddesi uyarınca ticaret unvanlarına, “işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan ibaret olan ekler” eklenebilir. Mevzuatta TTK'nın 46. maddesini karşılayan hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 944(1). maddesidir.⁴² Söz konusu maddeye göre tacirler, ticaret unvanında bahsi geçen kişileri daha detaylı

tanımlayan (*näheren Umschreibung der darin erwähnten Personen dienen*) veya işletmenin yapısını gösteren (*die Natur des Unternehmens hinweisen*) ibarelere ya da imgesel (hayalî) isimlere (*Phantasiebezeichnung*) ticaret unvanlarında yer verebilirler. Dolayısıyla asli unsurun nasıl oluşturulacağına askine, ticaret unvanlarında kullanılacak eklerin nasıl olabileceğine ilişkin kriterler gerek Türk, gerekse İsviçre hukukunda birbirinin aynısıdır. Şu halde ticaret unvanlarında kullanılacak eklerin nasıl olabileceğine ilişkin olarak TTK'da üç farklı kritere yer verilmiştir. Hemen belirtelim, eklerin nasıl olabileceğine ilişkin TTK'da belirtilen bu kriterler, aşağıda görüleceği üzere, sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmak yerine, yol gösterici nitelikte kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, bu üç kriterden birine girmeyecek şekilde de tacirlerce ek belirlenmesi mümkündür.

1. İşletmenin Özelliklerini Belirten Ekler

Öncelikle ekler, “işletmenin özelliklerini” (*die Natur des Unternehmens*) belirtebilir. Gerçek kişi tacirin, tacir sıfatı sıfatını kazanması onun kısmen de olsa kendi adına bir ticari işletme işletmesine bağlandığından (TTK m. 12(1)), ortada bir ticari işletmenin bulunması gerekmektedir. Kollektif ve komandit şirketler yalnızca bir ticari işletme işletmek için kurulabileceğinden (TTK m. 211 ve m. 304) yine bir ticari işletme söz konusudur.⁴³ Anonim ve limited şirketler için bir ticari işletme şartı bulunmasa da, ticaret yapabilmek açısından çoğu zaman bir ticari işletmenin varlığına ihtiyaç duyulacaktır. Ağırlıklı olarak gerçek kişi tacirler ile kollektif veya komandit şirket ortakları, ticari işletmelerinin özelliklerini belirten ibareleri ek olarak ticaret unvanlarında kullanabilirler. Ticari işletmenin özelliğinden anlaşılması gereken, çoğu zaman işletme konusundan başka bir şey değildir. Bu bağlamda “Şinasi Eryürek Emlakçılık”,⁴⁴ “Ahmet Ökmen İlaç Fabrikası”,⁴⁵ “Organik Tarım Ahmet Kârsever”,⁴⁶ “Basri Batı Oto Galeri-

⁴² Türk hukukunda eklerin nasıl oluşturulacağına ilişkin kurallar TTK'nın 46(1). maddesinde ve her ne kadar TTK'daki esasların bir tekrarı niteliğinde de olsa TSY'de düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 944(1). maddesinin dışında, ticaret unvanlarında kullanılacak eklerle ilişkin İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde (*Handelsregisterverordnung*) herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun dışında, Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ gibi bir düzenlemeye İsviçre hukukunda rastlanmamaktadır. Ancak ticaret unvanlarının nasıl oluşturulacağına ilişkin İsviçre Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı 01.07.2016 tarihli bir rehber bulunmaktadır (*Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen*).

⁴³ Jabornegg, Peter (Editör) (1997) Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmengesetzbuch und Handelsmaklerrecht, Springer, s. 91.

⁴⁴ Ülgen vd., s. 403.

⁴⁵ Arkan, s. 276.

⁴⁶ Ayhan & Çağlar, s. 312.

si”,⁴⁷ “Burak Selimoğlu Nakliye Kollektif Şirketi”,⁴⁸ “Adalettin Hakyemez Gıda Pazarlama”⁴⁹ vs. öğretilerde örnek olarak gösterilmektedir.

2. Kişilerin Kimlikleri Gösteren Ekler

TTK’da kabul edilen ikinci kriter uyarınca ekler, “*unvanda yer alan kişilerin kimliklerini*” gösterebilir. Burada bahsi geçen “*kişileri*” (*Personen*) kimlerin oluşturduğunun belirlenmesi önemlidir. Ticaret unvanlarında eğer bir kişiye ait kimlik bilgileri bulunuyorsa, bu kişi çoğu zaman gerçek kişi tacirin kendisi veya ticaret şirketlerinin ortakları olacaktır. Zira ticaretin içinde olan bir kişi dışında başka bir kişiye ait kimlik bilgilerinin ticaret unvanlarında yer alması hayatın olağan akışına aykırıdır. Ancak maddede “*kişi*” ibaresi yerine “*tacir*” (*Kaufmann* veya *Kaufleute*) ibaresinin kullanılmamasının bir nedeni bulunmaktadır. Gerek şahıs, gerekse sermaye şirketlerinin ortaklarının kendileri tacir olmayıp, tacir sıfatı şirkete aittir. Bu bağlamda şirketlerin ortakları, tacir olmaktan çok birer “*kişi*”dirler. Eğer “*tacir*” ibaresi tercih edilseydi, hüküm sadece gerçek kişi tacirleri kapsayacak ve tüzel kişi tacirlerin ortaklarını dışlayacaktı. Şu halde maddede “*kişi*” ibaresinin kullanılması isabetlidir.

Diğer taraftan hükümde “*kimlik*” ile neyin kastedildiği de incelenmelidir. Hatırlanacağı üzere İsviçre Borçlar Kanunu’nda kimlik yerine, kişilerin tanımlanmasına (*Umschreibung der Personen*) vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda kimlik ile ifade edilmek istenenin yalnızca isim ve soyisim olmadığı ortadadır. Elbette isim ve soyisimler, asli unsuru oluşturmadığı sürece, ek olarak kullanılabilir (özellikle sermaye şirketlerinde). Kişilerin tanımlanmasına yardımcı olmak üzere kişilerin meslekleri (örneğin aslen mühendis olan bir kişinin, ürettiği bir ürünü kuracağı bir limited şirket bünyesinde ticarileştirmesi durumunda ticaret unvanına isim ve soyismini ve/veya “*mühendis*” ibaresini ekleyebilir) veya kişilerin memleketleri (örneğin “*İzmirli*”, “*Konyalı*” vs.) ya da kişileri tanımlayabilecek çeşitli lakap veya sıfatlar (örneğin “*hay-*

vansever”, “*muhteşem*” vs.) kullanılabilir. Bu bağlamda “*Kimyager Ahmet Kârsever İlaç Fabrikası*”,⁵⁰ “*Mühendis Ahmet Ökmen ve Ortakları İnşaat Kollektif Şirketi*”,⁵¹ “*Ayhan Aktaş Elektrik Aydınlatma Anonim Şirketi*”⁵² vs. öğretilerde örnek olarak gösterilmektedir.

3. Hayalî İsimlerden Oluşan Ekler

TTK’daki son kriter ise “*hayalî adlardan ibaret olan ekler*”dir (*Phantasiebezeichnung*). Sözlük anlamı itibarıyla “*hayalî*” (muhayyel, imgesel); gerçekte var olmayan, gerçek olmayan, fantastik, ütopyik anlamına gelmektedir.⁵³ Buradan hareketle, bu kriterin gerçekte var olmayan bir hususun ticaret unvanlarında kullanılmasını mümkün hale getirdiği sonucu varılabilirse de, aşağıda inceleneceği üzere, TTK’da eklerin nasıl olmamasına ilişkin kriterlerden birisi de eklerin gerçeğe aykırı olmayacağıdır. TTK’nın bir taraftan gerçek dışı, gerçekte var olmayan ibarelerin ek olarak kullanılmasına izin verirken, diğer taraftan eklerin gerçeğe aykırı olmayacağını düzenlemesi söz konusu olamayacağından, “*hayalî*” nitelikteki eklerin nasıl yorumlanması gerektiği önem kazanmaktadır. Öğretilerde ek kullanımına ilişkin örneklerin genel olarak verildiği, bu bağlamda hangi örneğin, hangi kriterin kapsamında verildiğinin çoğunlukla belirtilmediği gözlemlenmektedir. TTK’daki üç kriterin her biri için ayrı ayrı örnek verme yoluna giden nadir yazarlardan olan *Ayhan & Çağlar*, hayalî ek olarak “*Arzum Konfeksiyon Ahmet Kârsever*” örneğini vermektedirler.⁵⁴ *Boyacıoğlu* ise “*Bossa* Ticaret ve Sanayi İşletmeleri TAŞ” şeklindeki ticaret unvanında “*Bossa*” ibaresinin hayalî olduğunu ve bunun “*Birlik Olup Sanayi Sektörüne Atılım*” tımcisinin baş harflerinden oluştuğunu kaydetmiştir.⁵⁵

Ayhan & Çağlar’ın verdiği örnekte hayalî isim olarak işaret ettikleri ibare esasen bir “işletme adı”dır. Ancak yazarlar bu ibareyi, işletmenin özelliklerini belirten bir ek olarak değil, hayalî isme ilişkin bir ek olarak kullanmaktadırlar. *Boyacıoğlu*

⁴⁷ Bilgili & Demirkapı, s. 116.

⁴⁸ Kayıhan & Yasan, s. 108.

⁴⁹ Bozkurt, s. 242.

⁵⁰ Ayhan & Çağlar, s. 312.

⁵¹ Arkan, s. 276.

⁵² Kayıhan & Yasan, s. 109.

⁵³ Kaynak: <<http://www.tdk.gov.tr>> s.e.t. 16.07.2018.

⁵⁴ Ayhan & Çağlar, s. 312.

⁵⁵ Boyacıoğlu, s. 171.

lu'nun örneğinde ise kendi başına bir anlam ifade etmeyen bir kısaltmaya yer verilmiştir. Buradan hareketle hayalî isim kriterinin, ille de gerçek olmayan, fantezi ibareleri içermesi gerektiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Hayalî isim kriteri, kişilerin kimlikleri ve işletmenin konusu dışında kalan diğer tüm ibareleri içerecek kadar geniş yorumlanmalıdır. TTK'da eklerin nasıl olabileceğine ilişkin üç kriterin sınırlı sayıda olduğuna yönelik açık bir sınırlamanın bulunmaması da bu görüşü desteklemektedir. Bu kriterin sınırı, yine TTK'da öngörülen eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kurallar olmalıdır. Düşüncemize göre tacirle veya işletmesiyle ilgili olmayan ve TTK'ca yasaklanmamış her türlü ibare, hayalî isim bağlamında ek olabilir. Hayalî ismin bir anlamının olması da gerekmez.⁵⁶ Öğretide verilen “*Mutlu Tekstil ve Dokuma Anonim Şirketi*”,⁵⁷ “*Sel İnşaat Anonim Şirketi*”,⁵⁸ “*Tepe Filmcilik Ltd. Şti.*”⁵⁹ şeklindeki örnekler, bu bağlamda hayalî isim olarak nitelendirilebilir (veya sınırlı sayı ilkesi olmadığından üç kriter dışında kalan başkaca bir ek olarak değerlendirilebilir).

C. MARKALARIN EK OLARAK KULANIMI

Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin, diğer teşebbüslerin sunduğu mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayan, kişi isim ve soyisimleri dahil sözcükler, harfler, sayılar, şekiller gibi her türlü işarettir.⁶⁰ Özellikle içerisinde sözcük veya sözcükler içeren markalar, hak sahibi tacirlerce ticaret unvanı olarak da tescil edilmek istenebilir. Asli unsurlara ilişkin TTK'daki esaslar dikkate alındığında markaların ticaret unvanlarında asli unsur olarak kullanılmayacağı açıktır. TTK'da markaların ek olarak kullanılmasına ilişkin ise açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TTK'da bir hükmün olmaması, ticaret unvanlarında markala-

rının kullanılmayacağı anlamına da gelmemektedir. Gerçekten, uygulamada ticaret unvanlarında tescilli markaların yer aldığına sıklıkla rastlanmaktadır.⁶¹ Dolayısıyla markaların ticaret unvanlarında ek olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buradaki mesele kavramsal olarak markaların ticaret unvanlarında kullanılıp kullanılmayacağı değil, başkalarına ait tescilli veya tescilsiz markaların ticaret unvanlarında kullanılması ya da başkalarına ait ticaret unvanlarının marka olarak kullanılması⁶² gibi çoğunlukla hak sahipliğinin belirlenmesi ve yasal koruma kapsamı açısından önem arz eden, dolayısıyla da bu makalenin kapsamı dışında olan konulardır.⁶³

D. EKLERİN TÜRKÇE DIŞINDA BİR DİLDE KULLANILMASI

TTK'da belli kalıplar halinde belirlenen asli unsurların aksine eklerin tacirin takdirine bırakılması, Türkçe'den başka bir dilde ek kullanımının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bunun dışında, markaların ek olarak

⁶¹ Örneğin “*Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti.*”, “*Bookingdotcom Destek Hizmetleri Limited Şirketi*”, “*Domino's Pizza Restaurantları A.Ş.*”, “*Pfizer İlaçları Ltd. Şti.*”, “*Bausch & Lomb Sağlık ve Optik Ürünleri Tic. A.Ş.*”, “*Levi Strauss İstanbul Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.*” vs.

⁶² SMK m. 6(6) uyarınca tescil başvurusu yapılan bir markanın, başkasına ait ticaret unvanını içermesi durumunda, hak sahibinin itirazı üzerine başvuru Türkiye Patent ve Marka Kurumu tarafından reddedilebilecektir. Buna karşın, tescil başvurusu yapılan bir ticaret unvanının, başkasına ait bir markayı içermesi durumunda marka hakkı sahibine açık bir itiraz hakkı ne SMK'da, ne de TTK'da tanınmıştır. Her ne kadar TTK m. 34'te ilgililere sicil müdürünün kararlarına karşı itiraz hakkı verilmekteyse de sicil müdürünün kararlarının ilanı gibi bir uygulama bulunmadığından, bu maddenin tescil kararlarından habersiz marka sahipleri açısından bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle marka hakkı sahibinin başvurabileceği tek yolun, ticaret unvanının değiştirilmesi veya sicilden silinmesi yönünde dava açmak olacağı ifade edilmektedir. **Bilge**, Mehmet Emin (2015) ‘Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas’, TFM, S:2015/2, s. 20.

⁶³ Konuyla ilgili olarak bkz. **Aydoğan**, Fatih (2013) ‘Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi’, İÜHF, C: 71, S: 2, s. 27-50; **Korkmaz**, Şerife (2010) ‘Ticaret Unvanının Korunması ve Marka İle İlişkisi’ (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü; **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2006) ‘Ticaret Unvanının Korunması’, SÜHF, C: 14, S: 2, s. 119-150.

⁵⁶ **Guhl**, Theo & **Merz**, Hans & **Kummer**, Max (1991) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 23. Auflage, Zürich, Schulthess, s. 783 aktaran **Boyacıoğlu**, s. 172.

⁵⁷ **Ülgen vd.**, s. 403.

⁵⁸ **Bozer & Göle**, s. 164.

⁵⁹ **Şener**, s. 515.

⁶⁰ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 4.

ticaret unvanlarında kullanılabilmesi ve marka içerisinde yabancı dilde yazılı sözcüklerin yer alabilmesi nedeniyle de mesele önem kazanmaktadır. Globalleşme, pazarların entegre hale gelmesi, yabancı sermayenin teşviki gibi nedenler sonucu Türkçe olmayan ibarelerin pratikte ticaret unvanlarında kullanılabilme ihtimaline rağmen, ticaret unvanlarında yabancı dillerdeki sözcüklerin kullanılması konusu TTK'da düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin bir hükme "İç Ticaret 1995/1" sayılı Tebliğ'de rastlanılmaktaydı. Adı geçen tebliğ uyarınca anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarının (unvanlarda yer alan eklerin) Türkçe olması gerekmektedir. İç Ticaret 1995/1 sayılı Tebliği yürürlükten kaldıran "İç Ticaret 2003/3" sayılı Tebliğ'de de yine anonim ve limited şirketler bağlamında "[t]icaret unvanı Türkçe olarak tespit edilir. Unvanda yer alan muhayyel adlar da Türkçe olmalıdır." hükmü yer almaktaydı (m. 3 ve 4). TTK'da yer almayan bir sınırlamanın tebliğlerde öngörülmüş olması, normlar hiyerarşisi ve yasal dayanak yoksunluğu gibi nedenlerle öğretide eleştirilmektedir.⁶⁴

İç Ticaret 2003/3 sayılı Tebliğ uyarınca öngörülen ticaret unvanlarında Türkçe kullanım sınırlamasına yine aynı tebliğde birtakım istisnalar da getirilmişti. Buna göre "...şirketin faaliyet konusuna giren mal veya hizmetin tanıtıcı ad veya markasının yabancı dilde olması ve yabancı ortak bulunması halinde, ticaret unvanında yabancı kelime bulundurulmasına" izin verilebileceği belirtilmişti (m. 3 ve 4). Böylece Tebliğ, şirketin işletme konusunu tanıtıcı nitelikte sözcüklerin,⁶⁵ şirkete ait markanın veya şirketin yabancı ortaklarının isim ve soyisimlerinin yabancı dilde olmasını Türkçe kullanım sınırlamasının dışında tutmuştu. 6762 sayılı eski TTK'da olduğu gibi 6102 sayılı yeni

TTK'da da benzer bir sınırlamaya yer verilmemiş, tam tersine 46. maddenin gerekçesinde eklerin Türkçe olması sınırlamasına kanunda yer verilmediğinin özellikle altı çizilmiş ve bunun nedenleri izah edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesinin ardından kısa bir süre sonra yayımlanan yeni bir tebliğ⁶⁶ ile de İç Ticaret 2003/3 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla mevzuatta geçmişte birtakım sınırlamalara tabi tutulan bu konunun önünde bugün herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.⁶⁷

V. TİCARET UNVANLARINDA KULLANILAMAYACAK EKLER

Yukarıda TTK'nın 46(1). maddesi uyarınca ticaret unvanlarında işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali adlardan ibaret olan eklerin kullanılabilmesi, bunun dışında markaların ticaret unvanlarında yer alabileceği ve eklerin Türkçe dışında başka bir dilde de oluşturulabileceği açıklanmıştı. TTK'nın 46(1). maddesi eklerin nasıl olabileceğini düzenlemekle birlikte, aynı zamanda nasıl olamayacağına ilişkin de kriterler içermektedir. TTK dışında Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de de eklerin nasıl olamayacağına ilişkin birtakım esaslara yer verilmiştir. Mevzuatta eklerin

⁶⁴ **Kendigelen**, Abuzer (1996) 'Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İç Ticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi', İÜHFİM, C: 55, S: 1-2, s. 334; **Ülgen vd.**, s. 401; **Bozkurt**, s. 248.

⁶⁵ Örneğin kişi veya kuruluşların yemek ihtiyaçlarını karşılamak üzere yemek sağlama faaliyetinde bulunan bir şirketin "catering" ibaresini ticaret unvanında kullanması (DoCo İstanbul Catering ve Restaurant Hizmetleri Ticaret A.Ş.).

⁶⁶ Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, RG tarih: 15.11.2012, no: 28468.

⁶⁷ Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'in 4(1). maddesinde işletme konusu ile şirketin türünü gösteren ibarelerin Türkçe olması şartıyla ticaret unvanlarının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle, anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarında asli unsur olarak yer alacak işletme konusu ile "anonim şirket" ve "limited şirket" ibarelerinin Türkçe olması yasal bir zorunluluktur. Bunların dışında ticaret unvanlarına ilave edilecek ekler ise Türkçe dışında bir dilde oluşturulabilir. Tebliğde kolektif ve komandit şirketler için bir düzenleme bulunmamaktadır. Kolektif ve komandit şirketlerde yabancı ortakların bulunması veya şirketin işletme konusunun ticaret unvanında ek olarak gösterilmek istenmesi durumunda şirketin unvanına yabancı dilde sözcükler yazılması, gerek adı geçen tebliğde bu yönde bir sınırlamanın olmaması, gerekse mülga İç Ticaret 2003/3 sayılı Tebliğ'de dahi bu hususun serbest bırakılması göz önünde bulundurulduğunda, hukuken mümkündür. Ancak "kollektif şirket" ve "komandit şirket" ibareleri, herhâükarda Türkçe olmak zorundadır.

nasıl olamayacağına ilişkin kriterler niteliği itibarıyla yasaklayıcı olup, ek kullanımının kendi takdirlerinde olmasına rağmen tacirler ticaret unvanlarında bu tarz ekleri kullanmaktan kaçınmak zorundadırlar. Bunun dışında, ticaret unvanlarında kullanımı yasak olmasa da belli bir makamın iznine tabi ekler de bulunmaktadır. Böyle bir durumda ilgili makamın izni alınmaksızın tacirlerin oluşturacakları ticaret unvanlarında kullanmak istedikleri ekler yer vermeleri söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla ticaret unvanlarında kullanılacak ekler, kullanılması yasak olan ekler ile kullanımı izne tabi eklerden oluşmaktadır.

A. EK KULLANIMININ MÜMKÜN OLMADIĞI DURUMLAR VAR MIDIR?

Ticaret unvanlarında kullanılmayacak eklerle ilgili değinilmesi gereken ilk husus ek kullanımının mümkün olmadığı durumların olup olmadığıdır. Ek olarak birtakım ibarelerin kullanımına izin verilmediği veya yasaklandığı durumlar mevcut olup, bunlar aşağıda incelenecektir. Burada kastedilen kavramsal olarak ek kullanımının bizzat kendisine izin verilmediği, yani yalnızca asli unsurdan oluşması gereken durumların olup olmadığıdır. TTK'da konuyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ise TTK'daki hükümler yorumlanarak ek kullanımının zımnen mümkün olmadığına ilişkin durumlara yer verilmektedir. Örneğin *Bozer & Göle*, ticaret şirketlerinin ticaret unvanlarında ek kullanımının mümkün olduğunu, ancak aynı durumun dernek ve vakıflar ile kamu kuruluşları açısından geçerli olmadığını, zira bunların isimlerinin aynı zamanda ticaret unvanları olarak kabul edildiğinden unvanlarının kapsamının kanunen doğrudan belirlendiğini ileri sürmektedir.⁶⁸ Bu görüşün kabulü halinde dernek ve vakıflar ile kamu kuruluşlarının ticaret unvanlarında yalnızca asli unsur – ki o da isimlerinin aynıdır – bulunabilecek, ek kullanımı ise söz konusu olmayacaktır.

Bu bağlamda değerlendirilebilecek başka bir örnek de *Ülgen vd.* tarafından dile getirilmektedir. Yazarlar kolektif şirketin ortağı olmayan kişilerin isim ve soyisimlerinin şirketin ticaret unvanında yer almasına, TTK m. 47(2) istisnası dışında, kanunen izin verilmediğini ifade etmektedir.⁶⁹ Gerçekten TTK'da kolektif şirket ortaklarının en azından birinin isim ve soyisminin ticaret unvanında asli unsur olarak yer alması aranmışken (m.42(1)), ortak olmayan kişilerin isim ve soyisimlerinin unvanında ek olarak yazılıp yazılmayacağı düzenlenmemiştir. Ancak yazarlar burada bir yasaklama yerine, aşağıda inceleneceği üzere üçüncü kişilerde yanıltıcı olmama kriterine vurgu yapmaktadırlar. Kolektif şirkete ortak olmayanların, şahıs faktörü ön planda olan bu şirketin ticaret unvanlarında yer almasının üçüncü kişileri tacirin kimliği hakkında yanıltabileceğini belirtmektedirler. Buna rağmen yazarlar, şirkete ortak olmayan bir kişinin isim ve soyisminin unvanında yer almasına rağmen yine de üçüncü kişilerde yanıltmaya yol açılmayacak bir örneğe yer vermektedirler: “*Hacı Nuri Eryürek Oğlu Şinasi Eryürek ve Ortakları Kolektif Şirketi*”. Yazarlara göre “*Hacı Nuri Eryürek*” isimli kişinin şirketin ortağı olmadığı “*oğlu*” ekinden kolayca anlaşılabilir.⁷⁰

Ülgen vd. tarafından verilen yukarıdaki örnek, konuya üstünkörü bir yaklaşımın sergilenmemesi gerektiğini göstermek açısından önemlidir. Yazarlar, duruma göre kolektif şirketin ortağı olmayan kişilerin isim ve soyisimlerinin de ticaret unvanlarında yer alabileceğini açıkça göstermişlerdir. Buradan hareketle, ticaret unvanlarında ek kullanmak TTK uyarınca tacirin takdirine bırakıldığından, ek kullanımının bizatihi kendisine izin verilmemesi düşüncemize göre söz konusu olamaz. Ek kullanımının toptan yasaklanması değil, yalnızca denetlenmesi söz konusudur. Tacirin oluşturacağı ek, eklerin nasıl olmamasına ilişkin TTK'daki kriterlerle uyum sağladığı sürece serbestçe kullanılabilir. Dolayısıyla asıl üzerinde durulması gereken

⁶⁸ *Bozer & Göle*, s. 166. Yazarlar donatma iştirakının ticaret unvanı için de ek kullanımının mümkün olup olmadığının TTK'da belli olmadığını ifade etmekle birlikte, donatma iştiraki açısından unvanında ek kullanılabileceği görüşündedir.

⁶⁹ *Ülgen vd.*, s. 397. *Şener* de kolektif şirketlerin ticaret unvanlarında şirkete ortak olmayan kişilerin isim ve soyisimlerine, sanki onlar şirketin ortağıymış gibi yer verilemeyeceğini ileri sürmektedir. *Şener*, s. 506. Ancak yazar bunun gerekçesini açıklamamıştır.

⁷⁰ *Ülgen vd.*, s. 397.

hangi nitelikteki eklerin ticaret unvanlarında kullanılmasının yasak olduğudur. Dernek ve vakıflar için ek kullanılmayacağına ilişkin *Bozer & Göle*'nin görüşüne ise katılmak mümkün değildir. TTK dernek ve vakıflar için asli unsuru belirlemiş, ama ek kullanımını herhangi bir yasağa tabi tutmamıştır. Bu doğrultuda ek kullanımı pekala mümkündür, örneğin “Kanarya Sevenler Derneği *Beşevler* İktisadi İşletmesi”. Bu örnekte “*Beşevler*,” işletmenin özelliğini (coğrafi konumunu) gösteren bir ektir ve kullanılabilir.

B. KULLANIMI YASAK OLAN EKLER

Yukarıda değinildiği üzere eklerin nasıl olabileceğini düzenleyen TTK'nın 46(1). maddesi hükmü, aynı zamanda eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kriterlere de yer vermektedir. Bu madde uyarınca “[t]acirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla” ticaret unvanlarında ek kullanılabilir (ayrıca TSY m. 4(2)). Eklerin nasıl olamayacağına ilişkin maddede sayılan bu kriterlere aykırı eklerin ticaret unvanlarında kullanılması yasaktır. Mevzuatta TTK'nın 46(1). maddesini karşılayan hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 944(1). maddesidir. Söz konusu maddeye göre ekler; gerçeğe uygun olmalı (*der Wahrheit entsprechen*), yanlışya yol açmamalı (*keine Täuschungen verursachen*) ve kamu yararına aykırı olmamalıdır (*keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen*). Dolayısıyla eklerin nasıl olabileceğine ilişkin kriterler gibi, eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kriterler de Türk ve İsviçre hukukunda aynıdır.⁷¹ TTK'da belirtilen bu üç kritere ek olarak, Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de eklerin nasıl olamayacağına ilişkin başka kriterlere de yer verilmiştir.

1. Gerçeğe Aykırı Ekler

TTK'da eklerin gerçeğe uygun olması zorunlu tutulmuş, böylece gerçek olmayan, gerçeği yansıtmayan, gerçek dışı, kısaca gerçeğe aykırı olan eklerin ticaret unvanlarında kullanılması yasaklanmıştır. Aslında eklerin gerçeğe aykırı olamaması, pek de akla gelmeyecek bir kriter olmayıp, son derece anlaşılabilir niteliktedir. Zira gerçek dışı bir ibarenin, ticaret unvanı gibi tacirlerin ticaret siciline tescil ettirdikleri ve ticari işlerinde kullandıkları bir mecrada yer almasına hukuk düzeninin izin vermesi düşünülemez. Gerçeğe aykırılığın nasıl belirleneceği önemlidir. Gerçeğe aykırılık, gerçeği yansıtmayan eklerin ticaret unvanlarında yer alması şeklinde yorumlanacak olursa, hayali isimlerden oluşan ekler kriteri ile iltibas gündeme gelebilecektir. Örneğin “*Mutlu* Tekstil ve Dokuma Anonim Şirketi”⁷² şeklindeki bir ticaret unvanında “*mutlu*” ibaresi, şirketin ortağı bir kişinin ismi veya soyismi olabileceği gibi hayali bir isim de olabilir. Şirketin veya ortaklarından birinin “*mutlu*” mu “*mutsuz*” mu olduğu tartışması abesle iştigal etmek olacağından, bu örnekteki eki gerçeğe aykırılık kriterine tabi tutmak anlamsızdır. O halde gerçeğe aykırı eklerin, hayali isimlerden oluşan eklerden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Hayali isimlerden oluşan eklerden ayırt edebilmek için gerçeğe aykırılığın; yalan, yanlış, mesnetsiz bir durumu çağrıştırdığı kabul edilmelidir.⁷³

Bir örnek vermek gerekirse, “*Hacı Hasan Aslan ve Oğulları* Pasta ve Börek Evi” şeklindeki bir ticaret unvanındaki “*ve oğulları*” eki, eğer tacirin gerçekte hiç oğlu yoksa veya oğulları o ticari işletmeye dahil değilse, gerçeğe aykırı olacaktır. Bu örnekte gerçeğe aykırılık, hayali olmaktan çok yalan, yanlış, mesnetsiz bir duruma işaret etmektedir. Ancak yalan bir ibare, aynı zamanda aldatıcı, yanıltıcı da olabilir. Şayet gerçeğe aykırılık; yanıltıcı, yanlışya yol açan şekilde anlaşılacak olursa, bu sefer de diğer bir kriter olan eklerin üçüncü

⁷¹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 944(2). maddesi ise Türk hukukuna alınmamıştır. Söz konusu maddeye göre İsviçre Federal Meclisi'nin ticaret unvanlarında ulusal ve bölgesel köken belirtir nitelikteki ibarelere ilişkin olarak düzenleme yapabileceği belirtilmektedir.

⁷² *Ülgen vd.*, s. 403.

⁷³ Öğretide *Boyacıoğlu* da eklerin hangi hallerde gerçeğe aykırı, hangi hallerde hayali olduğunu belirlemenin zor olduğunu vurguladıktan sonra, her somut olayda ayrı bir değerlendirmenin yapılmasını savunmaktadır. *Boyacıoğlu*, s. 187.

kişilerde yanılma oluşturmama kriterinin kapsamına girme ihtimali doğacaktır. Bu iki kriteri birbirinden kesin çizgilerle ayırabilmek için gerçeğe aykırılık kriterinde yalan, yanlış ve mesnetsiz bir durumun varlığı aranmalı (bu durumun oluşmasında kişinin kusurlu olup olmadığı dikkate alınmaksızın), üçüncü kişilerde yanılma oluşturmama kriterinde ise gerçeğe uygunluk aranmalı, ancak buna rağmen üçüncü kişilerce yanlış anlaşılmaya elverişli bir durum söz konusu olmalıdır.⁷⁴ Öğretide Şener, bir anonim şirketin ticaret unvanında o şirketle ilgisi bulunmayan bir gerçek kişinin isim ve soyisminin ek olarak yer alması durumunda, bunun gerçeğe aykırı olabileceğini belirtmektedir.⁷⁵

2. Kamu Düzenine Aykırı Ekler

Kamu düzeni, hukukta sıkça kullanılan, ancak tanımlanması en zor kavramlardan biridir. Kamu düzeninin ticaret hukukundaki karşılıklarından biri de ticaret unvanları bağlamında kendisini göstermektedir. TTK m. 46(1) uyarınca ekler, kamu düzenine aykırı olamaz. Kamu düzenine aykırılık ile neyin kastedildiği maddede veya madde gerekçesinde ifade edilmemiştir. Bununla kastedilenin devletin ve milletin birliği ve bütünlüğü olduğu kadar, toplumun manevi ve ahlaki değerleri olduğu ileri sürülebilir.⁷⁶ Bu doğrultuda toplumda

yanık uyandırabilecek, toplumun birliğini ve bütünlüğünü zedeleyecek, toplumun ahlaki değerleriyle bağdaşmayacak veya küfür içeren ibarelerin ticaret unvanlarında ek olarak kullanılması mümkün olmayacaktır. “Oğlançı Can Tözer T-Shirtleri”, “Necmi Bayraktar Randevu Evi İşletmeciliği”, “Alevi Dostu İbrahim Şenkal Yayıncılık Limited Şirketi” gibi eklerin kamu düzenine aykırı olacağı söylenebilir. Öğretide Şener, etnik bir gruba, belirli bir din ve mezhep mensubiyetine ilişkin eklerin kullanımının kamu düzenine aykırı olacağını belirtmektedir.⁷⁷ Bozer & Göle, tarikatlarla ilgili sözcüklerin kullanılmasının 677 sayılı Kanun ile yasaklanması sonucu, tarikatı işaret eden bir ekin kullanılmasının kamu düzenine aykırı olacağı görüşündedir.⁷⁸

3. Üçüncü Kişilerde Yanılma Oluşturabilecek Ekler

Eklerin nasıl olamayacağına ilişkin TTK’da düzenlenen son kriter, “tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak” eklerdir. TTK, üçüncü kişilerde yanılmanın ne hakkında oluşabileceğini ifade etmiş ve bu bağlamda tacirin kimliğine ve işletmesinin özelliklerine işaret etmiştir. Maddede sayılanların örnek niteliğinde olduğu, sınırlı sayıda olmadığı kabulü gerekir. TTK’da yanılmanın ne hakkında olabileceği belirtilmişken, nasıl olacağı net değildir.⁷⁹ Yukarıda ifade edildiği üzere üçüncü

⁷⁴ Başlangıçta gerçeğe uygun olup da sonradan gerçeğe aykırı hale gelen (örneğin isim değişikliği yapılması, şirketten bir ortağın ayrılması vb.) ekler açısından ise, TTK’da kabul edilen sistem uyarınca bir değişiklik yapmaya gerek bulunmamaktadır (m.47). Yukarıda incelendiği üzere TTK’da gerçeklik sistemi kabul edilmemiştir. TTK m.47 hükmü bunu göstermesi açısından kayda değerdir. İlgili madde uyarınca tacirin veya ortakların ticaret unvanında yer alan ismi ve soyismi kanunen değişir veya yetkili makamlar tarafından değiştirilirse kullanmakta olduğu ticaret unvan olduğu gibi kalabilecektir. Burada ilk bakışta asli unsurun düzenlendiği düşünülse de, maddenin ekler için de uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Bunun dışında, kollektif veya komandit şirketlere yeni ortak veya ortakların girmesi durumunda da şirketin ticaret unvanının değiştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Söz konusu şirketlerden ayrılan ortak veya ortakların isim ve soyisimleri de yine şirketin unvanında kalabilir, ancak bunun için adı geçen ortakların yazılı izninin alınması yasal bir zorunluluktur.

⁷⁵ Şener, s. 510.

⁷⁶ Boyacıoğlu, s. 181 (“Muhteva itibarıyla ne gibi eklerin kamu düzenine aykırı sayılabileceğini önceden tesbit etmek zor da olsa, genel olarak Anayasa’da ifadesini bulan ülke-

nin, milletin bölünmezliği esasına veya demokratik ve laik cumhuriyet fikrine aykırı, dini, ahlaki, milli ve kültürel duyguları zedeleyici mahiyetteki ekler [kamu düzeni kriterine] dahil edilmektedir.”).

⁷⁷ Şener, s. 518.

⁷⁸ Bozer & Göle, s. 168.

⁷⁹ Üçüncü kişilerde yanılma oluşturabilecek ekler örnek niteliğinde TTK’da özel bir hüküm bulunmamaktadır: “Tek başlarına ticaret yapan gerçek kişiler ticaret unvanlarına bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak ekler yapamazlar” (TTK m. 46(2), TSY m. 44(4)). Bu hükümlerle ticari hayatta herhangi bir ortağı bulunmadan veya şirket çatısı olmadan ticaret yapan gerçek kişi tacirlerin, ticaret unvanlarında sanki ortağı varmış veya şirket çatısı altında faaliyet gösteriyormuş gibi ekler kullanmasına, üçüncü kişilerde yanılma oluşturma riski karşısında izin verilmemiştir. Aslında bu maddede de bir ölçüde gerçeğe aykırılık bulunmakla birlikte, maddenin kaleme alınış tarzındaki “izlenimi uyandırma” ibaresinden üçüncü kişilerde yanılmaya vurgu yapıldığı ileri sürülebilir.

kişilerde yanılma oluşturabilecek bir ek, aynı zamanda gerçek olmayan bir ek de teşkil edebilir. Burada ayırt edici husus, üçüncü kişilerde yanılma oluştursa bile ekin kısmen de olsa gerçeği yansıtır olmasıdır. Ticaret unvanındaki ek gerçektir, ancak ekin varlığı üçüncü kişilerde yanılmaya yol açmaktadır. Örneğin “Şükran Solmaz Yerli Kumaşları” şeklindeki bir ticaret unvanındaki “yerli” ekinin, eğer ticari işletme kapsamında yerli kumaşlarla birlikte yerli olmayan (örneğin Çin malı) kumaşlar da satılıyorsa, üçüncü kişilerde yanılma oluşturabileceği söylenebilir. Çin malıyla birlikte yerli malı da satıldığı için bu ekin gerçeğe aykırı olduğu söylenemez, ancak “yerli” ibaresi, yerli olmayan malların satılmadığı izlenimini verdiği için müşterilerde belli bir güven oluşturmaktadır. Çin mallarının da satıldığı fark eden müşteriler böylece yanıltılmış olacaklardır.

Aynı şekilde “taze”, “doğal”, “ev yapımı” gibi üretilen ürünü betimleyen ibareler ile “öz”, “has”, “hakiki” gibi üstünlük belirten ibarelerin ticaret unvanlarında kullanılmasına da, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına neden olabileceği gerekçesiyle, dikkatle yaklaşmak gerekir. Öğretide üçüncü kişilerde yanılma oluşturabilecek eklere örnek olarak *Bozer & Göle*, küçük bir imalathane işleten bir gerçek kişi tacirin, ticaret unvanında ek olarak “fabrika” sözcüğünü;⁸⁰ *Karayalçın*, eski tesisleri olan bir işletmenin “modern” sözcüğünü;⁸¹ *Şener* tek bir işletmeye sahip bir tacirin, ticaret unvanında “müesseseleri” ibaresini;⁸² *Canaris & Capella* ise bir hukuk doktorunun senatoryum işletirken “Dr.” ibaresini⁸³ kullanmasını göstermektedirler. Benzer biçimde *Şener*, “Prof. Dr. Ahmet Yılmaz ve Ortakları Buca Özel

Hastane Anonim Şirketi” örneğini vererek, unvanı adı geçen kişinin hukuk profesörü olması durumunda, söz konusu ticaret unvanının hem gerçeğe aykırı, hem de üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olduğunu ileri sürmektedir. Düşüncemize göre bu örnekte adı geçen kişi gerçek hayatta profesör ise gerçeğe aykırılıktan söz edilemez. Ancak “Dr.” ibaresinin bir hastane bağlamında kullanılması, kişinin tıp doktoru olarak algılanarak üçüncü kişilerde yanılmaya yol açabilecek niteliktedir.

4. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de Sayılan Diğer Hususlara Aykırı Ekler

TTK’nın 46(1). maddesinde eklerin gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olamayacağı, üçüncü kişilerde yanılma oluşturamayacağı ifade edilmiştir. TTK’da çizilen bu ana çerçeveye ek olarak, ikincil mevzuatta başka kriterlere de yer verilmiştir. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’in 4(3). maddesinde ticaret unvanlarında yer alan ibarelerin (eklerin), “ulusal çıkarlara ve ahlaka” aykırı olamayacağı, “kültürel ve tarihi değerleri” zedeleyecek şekilde oluşturulamayacağı belirtilmiştir. Burada ahlak, kamu düzeni kavramından ayrı olarak zikredilmiş, ayrıca ulusal çıkarlar, kültürel ve tarihi değerlere atıf yapılmıştır. Bu ibarelerle kastedilenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin menfaatlerini ihlal edebilecek, yabancı devletlerle olan ilişkilerini zorlaştırabilecek, uluslararası arenada güçsüz duruma düşürebilecek, eski Türk devletlerinin şanlı tarihini karalayabilecek veya tarihinde öne çıkmış kişileri ya da olayları küçük düşürebilecek nitelikte ekler olduğu söylenebilir. “Ermeni Soykırımı Anıtları Hediye Eşya Üretim A.Ş.,” “Hain Vahdettin Tütün ve Tütün Mamülleri Ltd. Şti.,” “Haçlı Şövalyesi Cevat Kansu” gibi eklerin maddede sayılan kriterlere aykırı olacağı düşünülebilir.

C. KULLANIMI BELLİ BİR MAKAMIN İZİNİNE TABİ EKLER

Yukarıda incelendiği üzere TTK m. 46(1)’da ticaret unvanlarında yer alacak eklerin gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olamayacağı, üçüncü kişilerde yanılma oluşturamayacağı ifade edilmiştir.

⁸⁰ **Bozer & Göle**, s. 167.

⁸¹ **Karayalçın**, s. 375 aktaran **Boyacıoğlu**, s. 184.

⁸² **Şener**, s. 516. Yazar, verdiği bu örneği bir Yargıtay kararına dayandırmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda davacının ticaret unvanında kullanılan “müesseseleri” ibaresinin, başkalarını yanlış düşünmeye yönlendirebileceği ve ayrı ayrı muhasebesi olan iki veya daha çok müessesenin var olduğu izlenimini uyandırabileceği ifade edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 29.11.1973, E: 1973/4778, K: 1973/4768 (**Şener**, s. 516).

⁸³ **Canaris**, Claus-Wilhelm & **Capella**, Karl-Hermann (1989) *Handelsrecht*, 21. Auflage, Münih, Verlag C.H. Beck, s. 148 aktaran **Boyacıoğlu**, 1995, s. 186.

Eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kriterleri içeren söz konusu maddeye aykırı eklerin tacirlerce ticaret unvanlarında kullanılması yasaktır. Bu nedenle eklerin nasıl olamayacağına ilişkin TTK'da ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de yer alan kriterler yasaklayıcı niteliktedir. TTK'da yer almayan sınırlamaların tebliğ düzeyinde getirilmiş olması, ikincil mevzuatın kanuna aykırı olup olmadığı tartışmasını gündeme getirebilecektir. Bunun dışında, ticaret unvanlarında kullanımı yasak olmayan ancak belli bir makamın iznine bağlı ekler de bulunmaktadır. Bu tarz eklerin ticaret unvanlarında kullanılması mümkündür, ancak unvan oluşturulmadan önce ilgili makamdan gerekli iznin alınması gerekmektedir. Kullanımı izne tabi ekler gerek TTK ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de, gerekse TTK dışı mevzuatta düzenlenmektedir. İsviçre⁸⁴ ve İngiliz hukukunda⁸⁵

da ticaret unvanlarında kullanılması belli bir makamın iznine tabi ekler bulunmaktadır. Aşağıda inceleneceği üzere kullanımı izne tabi eklerin sınırlı sayı ilkesine göre belirlendiği anlaşılmaktadır.

1. TTK'da Ek Kullanımının İzne Tabi Olduğu Durumlar

Kullanımı izne tabi olan eklere ilişkin olarak TTK'da tek bir madde bulunmaktadır. TTK'nın 46(3). maddesine göre "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" sözcükleri, ticaret unvanlarına ancak Cumhurbaşkanı kararıyla konulabilir.⁸⁶ Maddede sayılı sözcükler, Cumhurbaşkanı kararı olmaksızın ticaret unvanlarında kullanılmaz. TSY'nin 44(5). maddesinde aynı hükmün bir tekrarı yer verilmiştir. Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de ise konuyla ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" sözcükleri, Cumhurbaşkanı kararı olmaksızın ticaret unvanlarında "yalın, sade ve eksiz olarak" kullanılamaz. "Yalın ve sade" ibarelerinin eş anlamlı olduğu, dolayısıyla farklı kriterler olmadığı söylenebilir. Burada önemli olan "eksiz olarak" kriteridir. Bu düzenlemeyle amaçlananın "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" sözcüklerinin, bizzat bu halleriyle ticaret unvanlarında kullanılmasının izne tabi olduğunu vurgulamak olduğu düşünülebilir. Buradan hareketle ilgili sözcüklerin değiştirilerek veya başka sözcüklerle öbek oluşturacak biçimde kullanılmasına bir engel bulunmamalıdır. Örneğin "Canım Türkiyem Diyet Ürünleri Ltd. Şti.", "Türkün Gururu Eşofman Malzemeleri A.Ş." gibi eklerin Cumhurbaşkanı kararı olmaksızın kullanımı mümkün olmalıdır.

⁸⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nda, TTK m. 46(3) gibi bir hükme rastlanmamakla birlikte başka kanunlarla ticaret unvanlarında kullanımı belli bir makamın iznine tabi kılınan sözcükler İsviçre hukukunda da bulunmaktadır. Örneğin Birleşmiş Milletler'in ve Diğer Hükümetlerarası Kuruluşların İsim ve İşaretlerinin Koruması Hakkında Federal Kanun'da (*Bundesgesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischensstaatlicher Organisationen*) belirtilen bazı sözcüklerin ticaret unvanlarında izinsiz kullanımı mümkün değildir. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. İsviçre Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı 01.07.2016 tarihli rehber.

⁸⁵ Ticaret unvanlarının oluşturulmasında serbestlik sisteminin geçerli olduğu İngiliz hukukunda dahi ticaret unvanlarında kullanımı izne tabi birtakım sözcükler bulunmaktadır. İngiliz hukukunda bu türden sözcükleri ifade etmek üzere "sensitive words or expressions" (hassas sözcük veya ibareler) terimi kullanılmaktadır. İngiliz hukukunda hassas sözcük veya ibarelere ilişkin olarak daha derli toplu bir mevzuat bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak üç liste (*annex*) hazırlanmış ve ticaret unvanlarında kullanımı yasak veya izne tabi ibareler kategorilere ayrılmıştır. (A) listesinde ticaret unvanlarında kullanımı çeşitli devlet makamlarının iznine tabi ibareler düzenlenmiştir. Örneğin "accredited" (akredite olan, devletçe resmen tanınmış) ibaresini ticaret unvanında kullanmak isteyenler, Birleşik Krallık İş, Enerji ve Endüstriyel Strateji Bakanlığı'ndan izin almak zorundadır. (B) listesinde ticaret unvanlarında kullanımı işletme veya şirketin, bir merkezi veya yerel kamu kuruluşuyla bağlantılı olduğu izlenimini verebilecek sözcükler bulunmaktadır. Örneğin "Revenue and Customs" (gelir ve gümrükler) ibaresinin kullanımı için "HM Revenue and Customs"dan (Birleşik Krallık Gelir ve Gümrük İdaresi) izin alınmak zorundadır. (C) listesinde ise düzenlemelere tabi diğer sözcükler yer almaktadır. Örneğin "Anzac" sözcüğünün ticaret unvanlarında kullanımı yasaktır. Kaynak: <<https://www.gov.uk/government/publications/incorporation-and-names>> s.e.t. 16.08.2018. Ayrıca bkz. **Mayson, Stephen & French, Derek & Christopher, Ryan** (2017) *Company Law*, 34th Edition, Birleşik Krallık, Oxford University Press, s. 62-63.

⁸⁶ TTK m. 46(3) hükmü, Cumhurbaşkanlığı sistemine uyum süreci kapsamında yakın zamanda çıkarılan kanun hükmünde kararnamele (KHK) değişikliğe uğramıştır. 700 sayılı KHK'nın 192. maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" sözcüklerinin ticaret unvanlarında kullanılması "Bakanlar Kurulu'nun iznine tabiydi. Ancak TTK'da yapılan değişikliğe paralel bir değişiklik henüz TSY ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ için gerçekleştirilmediğinden, ikincil mevzuatta "Bakanlar Kurulu"na yapılan atıf devam etmektedir.

Maddede sınırlı sayıda sayılan sözcüklerin ticaret unvanlarında kullanılmasının hangi gerekçeyle izne tabi tutulduğuna ilişkin olarak Şener; “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” sözcüklerinin ticaret unvanlarında kullanılması durumunda devletle bu sözcükleri kullanan tacirler arasında bir bağ olduğu izleniminin yaratılabileceğini, kanun koyucunun bu sözcüklerin ticaret unvanlarında gereksiz, haksız ve yersiz olarak kullanılmasını önlemek için kamu menfaatiyle izne tabi kıldığını öne sürmektedir.⁸⁷ Benzer biçimde Boyacıoğlu da bu dört sözcüğün devletin, unvanında bu sözcüklere yer veren işletmelerle irtibatı bulunduğu izlenimi uyandırılabilmesi ve bu suretle işletmenin genişlik ve önemi hakkında kamuoyu nezdinde yanlış bir düşünce yaratacak nitelikte olması nedeniyle izne tabi kılındığını iddia etmektedir.⁸⁸ Düşüncemize göre bu dört sözcüğün tacir veya işletmenin devlet ile olan bağlantısını çağrıştırmaması nedeniyle ayrı bir düzenlemeye tabi olduğu açıktır, ancak bu tespitin ilgili kuralın bir gerekçesi olmak yerine doğrudan kuralın kendisi haline getirilmesi daha isabetli olacaktır. Bu doğrultuda bu dört sözcüğe ilişkin olarak “yalın, sade ve eksiz olarak” kullanma kriterinin, “tacir veya işletme ile devlet arasında herhangi bir bağlantı çağrıştırmama” kriteri olarak değiştirilmesi düşünülebilir.

Kriterin “tacir veya işletme ile devlet arasında herhangi bir bağlantı çağrıştırmama” olarak değiştirilmesiyle birlikte ilgili düzenlemenin *ratio legis* tacirler tarafından daha kolay anlaşılabilir ve Cumhurbaşkanı kararı olmaksızın kullanılması durumunda cezai yaptırım olan⁸⁹ bu sözcükleri ticaret unvanlarında kullanırken tereddüte düşebilecek tacirlere daha fazla öngörülebilirlik sağlanabilir. Bu kriter sayesinde örneğin tacirin ürettiği mal veya hizmete ilişkin olarak bu dört sözcüğün kullanılması durumunda Cumhurbaşkanı kararına gerek duyulmayacaktır. Mesela “Selmanlar Türk Kahvesi Üretim Ltd. Şti.” şeklinde bir unvandaki “Türk” sözcüğü, eksiz olarak kullanılmakla birlikte

devlet ile bir bağlantı çağrıştırmamakta, yalnızca üretilen malın cinsini göstermektedir. Yine bu kriterin kabulüyle birlikte mevzuatta halihazırda bir istisna olarak bu dört sözcüğün tacirin isim veya soyisiminde yer alması durumunda Cumhurbaşkanı kararının aranmayacağı kuralına da haliyle gerek kalmayacaktır.⁹⁰ Zira tacirin isim ve soyisiminin ticaret unvanında geçmesinin, o tacir ile devlet arasında bir bağlantı çağrıştırmayacağı açıktır. Ayrıca bu dört sözcüğün yabancı bir dilde kullanılması suretiyle düzenlemenin tacirlerce dolanılması da engellenebilecektir.⁹¹

Bunun dışında Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de de ticaret unvanlarında kullanımı izne tabi sözcüklere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Söz konusu tebliğin 4(6). maddesinde ticaret unvanlarında resmi olarak tanımlanmış yer isimlerinin (örneğin “Ankara”, “Kızılay”) kullanılabilmesi belirtilmiş, ancak ülke isimlerinin (örneğin “Fransa”) kullanılabilmesi için ilgili ülkenin yetkili makamlarından izin alınması gerektiği ifade edilmiştir. Yine “ticaret unvanı altında üretilen mal ve hizmetlere ilişkin olma” kriterinin burada da yardımcı olabileceği söylenebilir. Örneğin “Adil Yazgan Fransa Şarapları” şeklindeki bir ticaret unvanının oluşturulabilmesi için Fransız makamlarından izin alınmasına gerek bulunmamalıdır. Bunun dışında adı geçen tebliğin 4(7). maddesinde kamu kurum ve kuruluşları ile ulusal ve uluslararası kuruluşların isimlerinin ya da kısaltmalarının

⁹⁰ Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’in 4(4). maddesinde “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” sözcüklerinin asli unsuru oluşturacak nitelikte gerçek kişi tacirlerin isim veya soyisiminde yer alması durumunda (örneğin “Ahmet Türk”) Cumhurbaşkanı kararının aranmayacağı ortaya konulmaktadır.

⁹¹ “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” ibarelerinin kullanımı izne tabiyse de bu ibarelerin Türkçe dışında başka bir dilde kullanılması durumunda, örneğin “Turkish”, “Turkey” veya “National” şeklindeki İngilizce ibareler, bunun akıbeti net değildir. Düşüncemize göre bu dört sözcüğün yabancı dildeki karşılıklarının ticaret unvanlarında ek olarak kullanılması, TTK m. 46(3)’deki düzenlemenin dolanılması anlamına gelmektedir. Bunu mevzuatta açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Mevcut kural, kanunun bu şekilde dolanılmasını önleyememektedir. Ancak kriterin “tacir veya işletme ile devlet arasında herhangi bir bağlantı çağrıştırmama” şeklinde değiştirilmesi durumunda, bu sözcüklerin yabancı dillerdeki karşılıklarının da devlet ile bağı çağrıştırmaması nedeniyle, bu tarz kullanımlar engellenebilecektir.

⁸⁷ Şener, s. 519.

⁸⁸ Boyacıoğlu, s. 188-189.

⁸⁹ TTK m. 51(3) uyarınca TTK m. 46’yı ihlal edenler, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaklardır.

(örneğin “United Nations”, “KOSGEB”) ek olarak kullanılamayacağı belirtilmiş, ancak bu kurum ve kuruluşların işlettiği işletmeler ile ortağı oldukları şirketlerin ticaret unvanlarında isimlerini veya kısaltmalarını kullanabilmelerine imkan verilmiştir. Maddede bir izin prosedürü öngörülmemiş, yalnızca isimleri ve kısaltmaları üzerinde hak sahibi olan kuruluşların bunları kullanabileceği vurgulanmıştır.

Burada son olarak değinilmesi gereken bir konu da ticaret unvanlarında kullanımı toplumda çeşitli hassasiyetlere yol açabilecek veya kamuya mal olmuş ya da belli bir kesmin tekeline bırakılmayacak sözcüklerin durumudur. Örneğin “İslam”, “islami”, “helal”, “halk”, “millet”, “Osmanlı”, “Atatürk” vb. sözcüklerin ticaret unvanlarında kullanılmasını TTK’nın 46(3). maddesi izne tabi tutmamaktadır. Bu tarz sözcüklerin ticaret unvanlarında ek olarak kullanılmasının, başka bir kanunla yasaklanmadığı veya izne tabi kılınmadığı sürece, TTK ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’deki eklerin nasıl olamayacağına ilişkin genel kurallara tabi olduğu söylenebilir. Örneğin “Osmanlı Tulumbacı İsmail Hakkı Yıldırım” veya “Oğuzlar İslami Et Ürünleri Ltd. Şti.” gibi ekler içeren ticaret unvanları, normal şartlar altında toplumun belli bir kesiminin tekeline bırakılmayacak ibareler içerse de, kullanım tarzı açısından genel kurallara bir aykırılık oluşturmayacaktır. Diğer taraftan, “İslam Mücahidi Şaban Kılıçarslan Ofis Malzemeleri” örneğindeki “İslam” ekinin üretilen ürünle bir ilgisinin olmadığı, aksine dini duyguları sömürücü nitelikte olduğu, bu nedenle de genel kurallara aykırı olacağı iddia edilebilir.

2. TTK Dışı Mevzuatta Ek Kullanımının İzne Tabi Olduğu Durumlar

Ticaret unvanları asıl olarak TTK’da düzenlenmekteyse de, TTK dışı mevzuatta da ticaret unvanlarının nasıl oluşturulacağına, bu bağlamda ticaret unvanlarında hangi ibarelerin kullanılamayacağına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 1. maddesine 2013 yılında 6495 sayılı Kanunla eklenen 2. fıkra uyarınca “Diyanet İşleri Başkanlığı ve Başkanlığın izin verdiği vakıf, kurum ve kuruluşlar dışında, diğer

kurum ve kuruluşlar ile özel ve tüzel kişiler tarafından ‘Diyanet’ kelimesi isim, unvan ve marka olarak kullanılamaz.” Böylece “Diyanet” sözcüğünün ticaret unvanlarında kullanılması, Diyanet İşleri Başkanlığı’nın iznine bağlanmıştır. Bunun dışında, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 60. maddesinde iş bu kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında “banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri” kullanmanın yaptırım gerektirdiği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle “banka” veya bankayı çağrıştıran sözcüklerin kullanımının yalnızca 5411 sayılı Kanun uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundan “kuruluş izni” ve “faaliyet izni” alan bankalara ait olduğu anlaşılmaktadır (m. 6 vd.).⁹² Bu düzenleme sonucu “Hatice Arslan Bankaları” veya “Bankacı Emin Gürova” gibi eklerin kullanımı mümkün olmayacaktır.⁹³

VI. SONUÇ

Tacirlerin ticaretlerinde kullandıkları isme “ticaret unvanı” denilmektedir. TTK uyarınca tacirlerin ticaret unvanı kullanma ve bunu ticaret siciline tescil ettirme zorunluluğu bulunmaktadır. Kullanımı zorunlu olan ticaret unvanlarının oluşturulması açısından ise TTK’da benimsenen karma sistem sonucu tacirlere kısmî bir serbesti tanınmıştır. Buna göre ticaret unvanlarını oluştururken tacirler, ticaret unvanlarında kanunen bulunması gereken ibareleri mutlaka kullanmak ve bulunması gereken, başka bir deyişle bulunması yasak olan ibareleri kullanmaktan kaçınmak veya belli bir makamının iznine tabi olan ibareleri izinsiz kullanmamak noktasında iki temel sınırlamaya tabi tutulmuşlardır. Ticaret unvanlarında mutlaka bulunması gereken ibareler, asli unsurdan (çekirdek) ve zorunlu eklerden oluşmaktadır. Bunlar

⁹² Yine 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’nun 46(2). maddesi uyarınca da bu kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketi ibarelerinin kullanımı yaptırıma tabi tutulmuştur.

⁹³ Kaldı ki bankaların 5411 sayılı Kanun’un 7(a). maddesi uyarınca anonim şirket şeklinde kurulması zorunludur.

kanunda düzenlendiğinden ticaret unvanlarında tacirlerin bunları kullanmaktan kaçınmaları söz konusu değildir. Dolayısıyla ticaret unvanlarında bulunmaması gereken ibareler, daha çok zorunlu olmayan eklerle ilişkindir. Ticaret unvanlarında zorunlu olmayan eklerin kullanımı esasen tacirlerin takdirine bırakılmışsa da, TTK ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de eklerin nasıl olabileceğine ve nasıl olamayacağına ilişkin yasal bir çerçeve çizilmiştir.

Eklerin nasıl olabileceğini gösteren TTK’nın 46(1). maddesi uyarınca ticaret unvanlarına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali isimlerden oluşan ekler eklenebilir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 944(1). maddesine denk gelen TTK’nın 46(1). maddesinde sayılan bu üç kriter arasından ilki olan ticari işletmenin özelliğinden anlaşılması gereken, çoğu zaman işletme konusundan başka bir şey değildir. Unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ekler açısından, maddede “tacir” yerine “kişi” sözcüğünün tercih edilmesiyle birlikte gerçek kişi tacirlerin yanında tüzel kişi tacirlerin ortakları da kriterin kapsamına dahil edilmiştir. “Kimlik” ile ifade edilmek istenen ise yalnızca isim ve soyisim olmayıp, bu kriter sonucu kişilerin tanımlanmasına yardımcı olmak üzere kişilerin meslekleri, memleketleri veya kişilere ait lakap ya da sıfatlar ek olarak kullanılabilir. Diğer taraftan, “hayali isim” ile ille de gerçek olmayan, fantezi ibareler kastedilmemiş olup, bu kriter işletmenin özellikleri ve kişilerin kimlikleri dışında kalan ve TTK’ca yasaklanmamış her türlü ibareyi içerecek kadar geniş yorumlanmaya elverişlidir.

Eklerin nasıl olabileceğini düzenleyen TTK’nın 46(1). maddesi, aynı zamanda eklerin nasıl olamayacağına ilişkin kriterleri de içermektedir. Buna göre ekler, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamalı, üçüncü kişilerde yanlış bir görünüşün oluşmasına neden olacak nitelikte bulunmamalıdır. Eklerin gerçeğe uygun olması zorunlu tutulmuş, böylece gerçeğe aykırı eklerin kullanılması yasaklanmıştır. Bu noktada hayali isimlerden oluşan eklerden ayırt edebilmek için gerçeğe aykırılığın; yalan, yanlış, mesnetsiz bir durumu çağrıştırdığı kabul edilmelidir. Eklerin kamu düzenine

aykırı olamaması sonucu toplumun birliğini ve bütünlüğünü zedeleyecek, toplumun ahlaki değerleriyle bağdaşmayacak veya küfür içeren eklerin kullanılması yasaktır. Aynı zamanda eklerin varlığı, üçüncü kişilerde yanılmaya da neden olmamalıdır. Üçüncü kişilerde yanılmaya neden olmama kriterinin gerçeğe aykırılık kriterinden farklı olabilmesi için ek gerçeğe uygun olmalı, gerçek durumu yansıtmalı, ancak ilgili ekin varlığı yine de üçüncü kişilerde yanılmaya yol açmalıdır. Bunlara ek olarak, Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de eklerin, ulusal çıkarlara ve ahlaka aykırı olamayacağı, kültürel ve tarihi değerleri zedeleyecek şekilde oluşturulamayacağı da belirtilmiştir.

Ticaret unvanlarında kullanımı yasak olmasa da belli bir makamın iznine bağlı olan ibareler de bulunmaktadır. TTK’nın 46(3). maddesi uyarınca “*Türk*”, “*Türkiye*”, “*Cumhuriyet*” ve “*Milli*” sözcüklerinin ticaret unvanlarında kullanılması Cumhurbaşkanının kararına bağlıdır. Konuyla ilgili olarak TTK ve TSY’de yer almayan, ancak Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de düzenlenen kural uyarınca, söz konusu sözcüklerin Cumhurbaşkanı kararı olmaksızın ticaret unvanlarında yer alabilmesi için “yalın, sade ve eksiz olarak” kullanılmalrı gerekmektedir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak devletle bu sözcükleri kullanan tacirler arasında bir bağ olduğu izleniminin engellenmesi, bunların gereksiz, haksız ve yersiz olarak ticaret unvanlarında kullanılmasının önlenmesi olduğu öne sürülmektedir. Bu tespitin ilgili kuralın bir gerekçesi olmak yerine doğrudan kuralın kendisi haline getirilmesi daha faydalı olacaktır. Bu dört sözcüğün dışında da ticaret unvanlarında kullanımı toplumda çeşitli hassasiyetlere yol açabilecek veya kamuya mal olmuş ya da belli bir kesimin tekeline bırakılmayacak sözcükler de olabilecektir. Bu tarz sözcükler, TTK’nın 46(3). maddesindeki dört sözcüğün sınırlı sayıda belirtilmesi nedeniyle, eklerin nasıl olamayacağına ilişkin genel kurallara tabi olacaktır.

Belirtmek gerekir ki mehz mevzuatta eklerle ilişkin olarak sonradan bir değişiklik yapılmıştır. Mehz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki değişiklikler daha çok asli unsura ilişkin olup, bu değişikliklerin hiçbiri henüz TTK’da yerini alma-

mıştır. Dolayısıyla ticaret unvanlarına ilişkin olarak mehz mevzuatla uyum sağlanabilmesi açısından TTK'da yapılabilecek değişiklikler daha çok asli unsura ilişkin olacaktır. Bu bağlamda karma sistemden serbestlik sistemine geçişin başlatılması, gerçek kişi tacirlerin isim ve soy isimlerinin unvanda birlikte kullanılması esasının yumuşatılması, sermaye şirketlerinin işletme konularının unvanlarında yer alması zorunluluğunun kaldırılması gündeme gelebilir. Ekler açısından ise mevzuatta çözüm bekleyen acil, ciddi bir sorun bulunmamakla birlikte, asli unsura ilişkin yapılabilecek mevzuat değişiklikleri kapsamında eklere ilişkin de birtakım iyileştirmelere yer verilebilir. Bu bağlamda “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” sözcüklerine ilişkin olarak “yalın, sade ve eksiz” kullanma kriterinin, “tacir veya işletme ile devlet arasında herhangi bir bağlantı çağrıştırmama” kriteri olarak değiştirilmesi ve zorunlu ek kullanımına ilişkin olarak “mevzuattaki diğer hükümler saklıdır” gibi bir hükmün TTK’ya eklenmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arkan**, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları.
- Aslan**, İ. Yılmaz (2018) Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Aydoğan**, Fatih (2013) ‘Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi’, İÜHFM, C:71, S:2, s.27-50.
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin (2017) Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Bahtiyar**, Mehmet (2017) Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Kitabevi.
- Berzek**, Ayşe Nur (2016) Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Bası, İstanbul, Beta Kitabevi.
- Bilge**, Mehmet Emin (2015) ‘Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas’, TFM, S:2015/2, s. 7-22.
- Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2018) Ticaret Hukuku Bilgisi, 13. Bası, Bursa, Dora Yayınevi.
- Boyacıoğlu**, Cumhuri (1995) ‘Ticaret Unvanı’ (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2017) Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları.
- Bozkurt**, Tamer (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Legem Yayıncılık.
- Can**, Mustafa (2007) ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Unvanı’, Mevzuat Dergisi, S:111, <<https://www.mevzuatdergisi.com/2007/03a/01.htm>> s.e.t. 10.07.2018.
- Canaris**, Claus-Wilhelm & **Capella**, Karl-Hermann (1989) Handelsrecht, 21. Auflage, Münih, Verlag C.H. Beck.
- Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2006) ‘Ticaret Unvanının Korunması’, SÜHFD, C:14, S:2, s. 119-150.
- Dinç**, Serhan (2017) Ticaret Hukuku Bilgisi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Domaniç**, Hayri (1988) Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul, Temel Yayıncılık.
- Edgü**, Ekrem (1967) Ticaret Hukuku I, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Guhl**, Theo & **Merz**, Hans & **Kummer**, Max (1991) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 23. Auflage, Zürich, Schulthess.
- Horn**, Norbert (Editör) (1995) Heymann-Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): Erstes Buch, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter.
- Jabornegg**, Peter (Editör) (1997) Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenrecht und Handelsmaklerrecht, Springer.
- Karayalçın**, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku I: Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, BTHAE Yayınları.
- Kayar**, İsmail (2002) ‘Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili’, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C:1, İstanbul, s. 479-494.
- Kayar**, İsmail (2017) Ticaret Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kayıhan**, Şaban & **Yasan**, Mustafa (2017) Ticaret Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kendigelen**, Abuzer (1996) ‘Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İç Ticaret 1995/1 Sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi’, İÜHFM, C:55, S:1-2, s. 297-334.

Korkmaz, Şerife (2010) ‘Ticaret Unvanının Korunması ve Marka İle İlişkisi’ (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mayson, Stephen & **French**, Derek & **Christopher**, Ryan (2017) Company Law, 34th Edition, Birleşik Krallık, Oxford University Press.

Poroy, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2010) Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Sumer, Ayşe (2015) Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Beta Kitabevi.

Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Yongalık, Aynur (2002) ‘Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme’, BATIDER, C:21, S:3, s. 5-30.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KONTROLÜ KAVRAMI-YÖNETİM KONTROLÜNDE DEĞİŞİKLİK OLMASI ve BUNA BAĞLANAN SONUÇLAR*

CONCEPT OF CORPORATE CONTROL OF PUBLICLY HELD CORPORATIONS CHANGE IN MANAGERIAL CONTROL AND THE CONSEQUENCES ATTACHED

Dr. Yusuf Ziyaeddin SÖNMEZ**

ÖZET

Yönetim kontrolü, ortaklıklar topluluğunda, muhasebe hukukunda, banka hukukunda, rekabet hukukunda ve sermaye piyasası hukukunda kullanılan, kendisine önemli sonuçlar bağlanan bir kavramdır. Bu kapsamda, zorunlu pay alım teklifinde merkezi kavram da, ortaklıktaki yönetim kontrolünün değişmesidir.

Bu bağlamda, yönetim kontrolü iki farklı esasa göre belirlenebilir. İlk olarak maddi anlamda yönetim kontrolünde bir takım hukukî ve fiili olgular birlikte değerlendirilir. Bu düzenleme biçimi, fiili kontrolün dikkate alınmasını gerektirir. Buna karşılık, şekli anlamda yönetim kontrolünde, oy haklarının %30 veya %50'si gibi belirli bazı şekli ölçütler dikkate alınır. Bu yaklaşım, fiili değil, hukukî kontrolün esas alınmasını gerektirir.

Türk sermaye piyasası hukukunda maddi değil, şekli anlamda yönetim kontrolü anlayışı tercih edilmiştir. Bu tercihin işlevsel bakış açısıyla hukukî belirliliği sağladığı söylenebilir. Diğer yandan, bu yaklaşımın gerekli olan esnekliği sağlayıp sağlamadığı da sorgulanmalıdır. Pay alım teklifi yükümlülüğü yalnızca kontrol eşliğinin aşılması durumunda mı ortaya çıkmalıdır, yoksa fiili kontrol değişikliğinde de bu yükümlülüğün doğması gerekir mi? Başka bir deyişle, kontrol eşliğinden bağımsız bir biçimde başka ölçütlere göre yönetim kontrolü değişikliklerine bu sonucun bağlanması gerekli midir? Bu çalışmada bu hususların mevzuatımızda nasıl düzenlendiği ve uygulamada bu konularda karşılaşılan sorunlar ile konuya ilişkin çözüm önerileri değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Yönetim kontrolü, pay alım teklifi yükümlülüğü, dolaylı kontrol, birlikte hareket edenler, şekli anlamda yönetim kontrolü, maddi anlamda yönetim kontrolü

ABSTRACT

Corporate control is a concept to which significant consequences has been attached and it is used in corporate law, in accounting law, in banking law, in competition law and in capital market law. In this context, the central concept in the mandatory takeover bids is the change of corporate control.

In this regard corporate control can be determined in two different ways. First of all control can be determined based on a qualitative approach in which subjective-factual conditions are taken into account. So, qualitative approach is the result of considering de facto control. Secondly, it can be opted for a quantitative approach, which is based on a specific shareholding threshold such as 30% or %50 voting rights. The quantitative control approach requires de jure control rather than de facto control.

In Turkish capital markets law, it has been opted for the quantitative approach, instead of qualitative approach regarding mandatory bid provisions. From a functional point of view, this choice allows necessary legal certainty. However, it should also be questioned whether this preference gives the necessary flexibility as well. Should mandatory bid requirement arise only when the specified thresholds are exceed or also when change in de facto control occurs per se? In other words, should any change of control in the management without being subject to any percentage threshold set as another criterion triggering the mandatory bid obligation? In this survey, it is tried to evaluate how these issues are regulated in our legislation and how to solve the problems encountered in these issues and the solution proposal.

Keywords: Corporate control, mandatory bids, indirect control, acting in concert, quantitative approach, qualitative approach.

* Bu makale, 26 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen "III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur. Ancak, makalenin yayımlanmasına kadar geçen süre zarfında çıkan yeni yayınlar ve özellikle II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde yapılan değişiklik de dikkate alınmıştır.

** Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi Başkan Yardımcısı, (e-mail: yusuf.sonmez@spk.gov.tr) (Geliş Tarihi: 06.04.2016 / Kabul Tarihi: 16.06.2018).

I. I. ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KONTROLÜNÜN DÜZENLENİŞİ

A. YÖNETİM KONTROLÜ KAVRAMI

1. Anonim Ortaklıklarda Yönetim

Anonim ortaklıklarda yönetim, işlevsel ve örgütsel olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. İşlevsel anlamda yönetim, işletme konusunun elde edilmesi için gerekli işlemlerden ve alınması gerekli kararlardan meydana gelir¹. İşlevsel anlamıyla anonim ortaklıklarda yönetim, ortaklığın faaliyet konusu ile ilgili işlerin yürütülmesi ile ortaklığın işleyişi, pay sahipleri ve üçüncü kişiler ile ilişkilerini etkileyecek önemde stratejik ve geleceğe etkili düzenleyici nitelikte kararlar alınmasını da içeren bir bütündür².

Örgütsel anlamda yönetim ise, anonim ortaklığı yöneten örgütü ifade etmektedir³. Anonim ortaklıklarda yönetim örgütü kural olarak yönetim kuruludur⁴. Genel kurulun yönetsel yetkileri son derece sınırlıdır⁵. Ancak bu durum, yönetim kontrolünün münhasıran yönetim kurulunun yürütme organı olması itibarıyla yapısı ve oluşumu ile ilgili olduğu anlamına gelmemektedir. Gerçekten de, aşağıda görüleceği üzere, yönetim kontrolü örgütsel anlamıyla yönetim kurulunun yapısının nasıl oluştuğu ile sınırlı bir kavram olmayıp, bunun tam aksine işlevleri itibarıyla yönetimin işleyişin kimler tarafından yönlendirildiği ile ilgilidir. Hattâ, yönetim kontrolü kavramına, ancak işlevsel anlamıyla yönetimin nasıl ve kimler tarafından yönlendiril-

diği, kimlerin kontrolünde işlevsel anlamda yönetimin icra edildiği hususları tespit edilerek ulaşılabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü

a. Kavram

Yönetim kontrolü, yönetimi yönlendirebilme erki olarak tanımlanabilir⁶. Ancak, bu kavramın, yönetimi yönlendirebilme erkini sağlayan araçlar üzerinden tanımlanması da mümkündür. Bu yönüyle yönetim kontrolü ise, bir ortaklığın karar alma mekanizmaları üzerinde etki edebilme gücünü/imkânını veren hukukî araçlara sahip olunmasıdır⁷. Kontrolü sağlayan hukukî araçlara, kontrol öğeleri veya kontrol olguları adı da verilmektedir⁸. Kontrol olguları, esas itibarıyla, genel kurulda çoğunluğu sağlayacak payları elde buldurmak ya da yönetimde imtiyazlı paylar ile çoğunluğu elde edecek temsil kabiliyetine sahip olmak ile ortaya çıkar⁹. Ancak belirtmek gerekir ki,

⁶ *Paslı*, Kontrol, s. 345. Kontrol kelimesinin latince kökenli olduğu, İngilizce sözlüklerde bir şey üzerinde yetkili ve hükmedici, kısıtlayıcı ve yönlendirici etki kullanma özelliğine vurgu yapıldığı, Fransızca sözlüklerde ise, denetim özelliğinin belirtildiği hususunda bilgi için bkz. *Paslı*, Devralınma, s. 35, dn. 87. Kontrol ile hâkimiyet kavramları arasındaki ilişki hakkında ayrıca bkz. aşağıda dn. 25.

⁷ *Okutan Nilsson*, G.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 81. Öte yandan, yönetim kontrolünü kontrol kavramından ayrı, onun bir türü ve münhasıran yönetim organının ortaklık işleyişinde etkili olduğu pay sahiplerinin dağılık mülkiyet yapısı nedeniyle ortaklık işlerinde söz sahibi olmadığı yapıyı ifade etmek üzere daha dar bir anlamda kullanımı konusunda bilgi için bkz. *Şehirali Çelik*, F.: Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008, s. 12 vd.

⁸ *Tekinalp*, Ü.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul 2009, s. 1548.

⁹ Kontrol kavramının sahip olunan sermaye ve yönetimdeki söz sahipliği ile yakından ilgili olduğu hakkında bkz. *Şehirali Çelik*, s. 52; *Yeşiltepe*, S., Ö.: AB ve Türk Hukukunda Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması, İstanbul 2011, s. 150. Ancak, *Yeşiltepe*, aynı eserinde yönetim kontrolü sağlanmasının yönetim kurulu kararlarını almaya yetecek oranda yönetim kurulu üyesini belirleme imkânının elde edilmesi ile mümkün olabileceğini ifade ederek, sermaye çoğunluğunu elde etmeyi, yalnızca yönetim kurulunda temsil edilmeyi sağlayacak bir araç olarak değerlendirmiş, başka bir deyişle, yönetim kontrolünü yönetim kurulunda salt çoğunluk ile temsil edilmeye indirgemıştır (*Yeşiltepe*, Çağrı, s. 150). Buna karşılık, *Altay* ise, Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemeyi değerlendirirken, haklı olarak,

¹ *Tekinalp*, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, N. 12-28; *Kırca*, İ./*Şehirali Çelik*, F./*Manavgat*, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 527. Böyle bir ayrıma gitmeksizin yönetimin, iç ve/veya dış ilişkiye yönelik olarak ortaklık içindeki kararları alma ve uygulama gücü olarak tanımlanmasına ilişkin olarak bkz. *Paslı*, A.: Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İÜHFM, C. LXVI, 2008, S. 2, s. 345.

² Bkz. ve karşı. *Paslı*, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 25, 27.

³ *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-29.

⁴ Yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki ilişki hakkında geniş bilgi için bkz. *Kırca*/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 395, 396; *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-08.

⁵ Hattâ, *Tekinalp*, genel kurulun şirketin yönetimine ilişkin görev ve yetkilerinin bulunmadığı görüşündedir (Sermaye Ortaklıkları, N. 13-06. *Kırca*/Şehirali Çelik/Manavgat ise, hâl böyle olmakla birlikte, genel kurulun bazen işin niteliği gereği özü itibarıyla yönetimle ilgili bazı yetkileri kullanabildiğini belirtmektedir (s. 537).

kontrol olguları hukukî araçların yanında fiili olgular ile belli bir somut olaya özgü olarak kendiliğinde de oluşabilir. Örneğin yalnızca bir faaliyeti olan bir ortaklığın bu faaliyetin icrası ile ilgili olarak başka bir ortaklık ile yaptığı uzun süreli ve içinde rekabet yasağı da içeren bir tedarik sözleşmesi akdettiğini düşünelim. Böyle bir sözleşme, o ortaklığı, faaliyetleri ile ilgili stratejik kararları almasında, üretimini hangi miktar ve kalitede gerçekleştireceği gibi önemli konularda sözleşmenin karşı tarafının tercih ve yönlendirmelerine bağlı kılabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin karşı tarafı ne hâkimiyet sözleşmesi ile ne de ilgili ortaklıkta sermaye çoğunluğu ya da yönetim kurulunda mutlak çoğunluğu belirleme konusunda bir hak elde etmiştir. Bunların olmamasına rağmen, yönetim işlerinde belirleyici bir etki gücü elde edilmiş olabilir. Bunun gibi, ortaklıkta yalnızca %15 oranında paya sahip olan bir kimse, diğer ortakların yönetime ilgisizliği nedeniyle, tek başına kararları alabilecek bir konuma ulaşabilir.

Görüldüğü gibi, yönetim kontrolü esas itibariyle, fiili bir olguyu ifade eder. Bu ise, anonim ortaklığın yönetim ile ilgili tüm faaliyet, işlem ve kararları üzerinde belirleyici ya da hükmedici etkide bulunma imkânını elinde bulundurmaktır¹⁰. Böylelikle ortaklığın yönetim işlemleri kontrolü elinde bulunduranın doğrudan/dolaylı ya da açık/örtülü iradesi doğrultusunda yerine getirilir. Ortaklığın aldığı karar ve icra ettiği işlemlerde

kontrolü elinde bulunduranın istedikleri olur ve/veya istemedikleri olmaz¹¹.

Yönetim kontrolünden söz edebilmek için kontrol gücü elde edilmesi gereken yönetsel etkinliklerin çerçevesinin de çizilmesi önem arz eder. Doktrinde *Tekinalp*, şirketler topluluğu bağlamında kontrol olgusunun değerlendirilmesinde ortaklığın yönetilebilmesi için alınması şart olan kararlar ile ortaklık bakımından gerekli olan veya yararlı olan kararlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir¹². Benzer şekilde, *Göktürk* de, yine şirketler topluluğu bağlamında, orta ve uzun vadeli hedefleri belirleme, planlama, organizasyon, gözetim, işletmesel karar alma gibi stratejik yönetim faaliyetlerinde hâkim olmaya değinmektedir¹³. Bunun gibi, Alman hukukunda, *Emmerich/Habersack*, şirketler topluluğunda hakim ile bağlı işletme arasındaki bağlılık ilişkisinin çerçevesinin merkezi iş alanları (*in einem der zentralen Unternehmensbereiche*) üzerinde olduğunu belirtmekte ve bunlara işletmenin finansman, satın alma, satma, organizasyon yapısına ilişkin kararları örnek olarak göstermektedir¹⁴. Aynı şekilde, Avusturya hukukunda, *Eckhard* da ancak bir ortaklığın işletmesel, stratejik ve personele ilişkin kararları üzerinde belirleyici etki elde edilmesi durumunda yönetim kontrolünden söz edilebileceğini belirtmektedir¹⁵. Bu tür kararlar, hedef ortaklığın (üzerinde kontrol ilişkisi kurulan ortaklık) stratejik ekonomik davranışları (*strategische Wirtschaftsverhalten der Zielgesellschaft*) olarak adlandırılmaktadır¹⁶.

yönetim kurulunun karar alabileceği çoğunluğu belirleyebilmenin kontrolün sağlanması açısından yeterli görülmesinin yerinde olmadığını belirtmektedir (*Altay, S., A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler, (Equity Joint Ventures), İstanbul 2009, s. 388*).

¹⁰ Bkz. ve karşı. *Altay*, s. 429. Yazar, yönetim kontrol kavramının, çeşitli hukuk disiplinlerinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde "Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçlara, bir sözleşmeye veya fiili olgulara dayanarak belirli bir teşebbüsün kalıcı olarak faaliyet ve finans politikalarını belirleyebilme ve bu teşebbüsün organlarının belirlenen bu politikalar yönünde karar almasını sağlama gücü olarak tanımlanması gerektiğini belirtmektedir. *Şehirli Çelik* ise, yönetim kontrolünün elde bulundurulmasının şirketin yönetiminde veya şirket açısından önemli konularda söz sahibi olunması anlamına geldiğini belirterek, belirleyici ya da hükmedici etki yerine söz sahibi olma ifadesini tercih etmektedir (s. 52).

¹¹ *Paslı*, Devralınma, s. 37.

¹² *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 23-36.

¹³ *Göktürk*, K.: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015, s. 10, dn. 8.

¹⁴ *Emmerich, V./Habersack, M.: Aktien-und GmbH-Konzernrecht, München 2010, § 17, Nr. 9.*

¹⁵ *Eckhard, T.: Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle: Der Zusammenschlusstatbestand in den Europäischen, deutschen und österreichischen Zusammenschlussvorschriften, Dissertation, Universität Wien 2011, s. 25. http://othes.univie.ac.at/19076/1/2011-08.24_0415167.pdf*

¹⁶ *Eckhard*, s. 25. Yazar, bunlara örnek olarak üst yönetimin atanmasına, yenilenmesine, ortaklığın yeniden yapılandırılmasına veya finansal planlamasına, yatırım politikalarına ilişkin kararlar ile rekabet politikası, teknolojinin seçimi ve üretimin geliştirilmesi gibi kararları örnek olarak göstermektedir (s. 25-26).

Bu bakımdan, yönetim kontrolünden söz edebilmek için belirleyici ya da hükmedici etkinin icra edildiği yönetsel faaliyetleri, stratejik, temel yönetim politikaları üzerinde olması gerektiği söylenebilir, yoksa yalnızca gündelik işleyiş ile ilgili iş ve işlemlerde etkili olduğundan bahisle yönetim kontrolünün sağlandığını kabul etmek doğru değildir¹⁷.

Son olarak, yönetim kontrolünden söz edebilmek için yönetim işleri üzerindeki etki gücünün arızı ve geçici olmamasının arandığını da belirtelim¹⁸. Buna göre, belirleyici ya da hükmedici etkinin süreklilik arz etmesi gerekir. Kontrol olgularının büyük bir kısmı genel kurul ve yönetim kurulunda temsil gücü elde edilmesi ile sağlandığından, arızı olarak bir defalık oy gücü elde edilmesi kural olarak yönetim kontrolü kapsamında değerlendirilmez. Aynı husus, sözleşmesel ilişkiler ile sağlanan yönetim kontrolünde de geçerlidir.

Bütün bu açıklamaların ışığında, yönetim kontrolünü şu şekilde tanımlamak mümkündür: Yönetim kontrolü, yönetim kontrolünü sağlayan olgulara sahip olmak suretiyle ve bu olgulara sahip olmanın vermiş olduğu güce/yetkiye dayalı olarak, anonim ortaklık işlerinin, yani ortaklığın stratejik yönetimine ilişkin karar ve uygulamaların kontrole sahip olan kişi veya kişilerin iradesi doğrultusunda, yani onların hükmedici veya belirleyici etkisi altında yürütülmesidir.

b. Türleri

i. Genel Olarak

Yönetim kontrolü kavramını, kapsamına, kontrolü elinde bulunduranların sayısına, kontrolü elinde bulundurmanın süresine göre farklı türler altında değerlendirmek mümkündür.

Yönetim kontrolü ile ilgili tür ayrımlarından biri veya birkaçı, bu kavramın şirketler toplu-

luğu, rekabet, kamuyu aydınlatma, pay alım teklifi yükümlülüğü, muhasebe vb. kısaca hangi amaçlarla ve ne şekilde düzenlendiğine bağlı olarak esas alınmış, buna çeşitli hukukî sonuçlar bağlanmıştır.

ii. Maddî-Şekli Yönetim Kontrolü¹⁹

Maddî anlamda yönetim kontrolü, kontrolü sağlayan hukukî araçlarına sahip olmanın o ortaklık üzerinde yaptığı etkinin mahiyetini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, maddî anlamda kontrolde, yönetim kontrolü, yönetim kontrolünü sağlayan hukukî araçların ne olduğu üzerinden değil, kontrolün sağladığı etkinin ne olduğu üzerinden tanımlanmaktadır²⁰. Maddî anlamda yönetim kontrolünde önemli olan husus, yönetim üzerindeki etkinin niteliği olup, bu etkinin hangi hukukî veya fiilî araçlarla sağlandığı, kural olarak, ikinci derecede önemdedir²¹. Böyle olunca, maddî

¹⁹ Belirtmek gerekir ki, maddî-şekli yönetim kontrolü terimleri Alman ve Avusturya hukukunda kullanılmaktadır. Örneğin Alman hukukunda *Cahn, A.: Der Kontrollbegriff des WpÜG*, Institute for Law and Finance, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series No:128, 10/2011, s. 5,7; Avusturya hukukunda bkz. *Koschier, V.: Die Kontrollerlangung im Übernahmerecht unter besonderer Berücksichtigung der passiven Kontrollerlangung*, Dissertation, Universität Wien 2012, http://othes.univie.ac.at/24918/1/2012-08-22_0104610.pdf s. 53 vd.; *Seilern-Aspang, H.: Möglichkeiten zur Verhinderung eines Pflichtangebots gem. § 22 ÜbG Diplomarbeit*, Wien Diplomarbeit, Universität Wien, September 2010, http://othes.univie.ac.at/11363/1/2010-09-13_0402416.pdf, s. 20, 35. Buna karşılık, İngilizce yazılmış eserlerde, şekli anlamda yönetim kontrolü için niceliksel; diğer için niteliksel anlayış ifadeleri tercih edilmektedir. Bu hususta bkz. *Varottil, U.: Comparative Takeover Regulation and The Concept of 'Control'*, Singapore Journal of Legal Studies (2015), s. 209.

²⁰ Nitekim, *Altay*, kontrolün maddî içeriği olarak adlandırdığı bu kavramı, kontrol ilişkisinin kontrol edilen üzerindeki etkisi olarak ifade etmektedir (s. 426).

²¹ Maddî anlamda yönetim kontrolü, kontrol kavramını yönetim üzerindeki etkisi itibarıyla ele almaktadır. Bu etkinin hangi hukukî ve fiilî araçlarla sağlanacağı, şekli anlamda yönetim kontrolünün çerçevesine girmektedir. Ancak, bu düzenlemeleri yine maddî anlamda yönetim kontrolün tümüyle dışında görmek de doğru olmaz. Zira, kontrolün bahsettiği etki, çeşitli hukukî araçlar veya fiilî olgular ile gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, bu olgular diğer taraftan maddî anlamda yönetim kontrolünün kapsamına da dâhil edilebilir. Nitekim, *Varottil*, bu kavramın öznel bir takım ölçütlere göre çeşitli hukukî ve fiilî olgular ile tespit edildiğini belirtmektedir (s. 209). Kontrolü sağlayan olgulardan hangilerinin maddî anlamda yönetim kontrolünün kapsamına dâhil edilmesi gerektiği bir hukuk politikası sorunudur. Fiilî olguların yönetim kontrolü kavramının

¹⁷ Nitekim, aşağıda detayları ile üzerinde durulacağı üzere, muhasebe hukukunda yer alan yönetim kontrolüne ilişkin düzenlemelerde, bu çerçevede TRFS 10 Konsolide Finansal Tablolara Standardı'nda kontrol kapsamına giren faaliyetler sayma yöntemi ile gösterilmiştir.

¹⁸ Bu hususta bkz. *Emmerich/Habersack*, § 17, Nr. 11-12. Avusturya rekabet hukukunda belirleyici etkinin sürekliliği ile ilgili olarak, özellikle sözleşme ile kurulan kontrol gücünde, bağlayıcı sözleşmelerin 3 yıldan az olmaması gerektiği hususunda bkz. *Eckhard*, s. 47.

kontrol tanımında belirtilen etkiyi sağlayan her türlü hukukî araç veya fiili olgunun varlığı maddî anlamda kontrole vücut verir. Bu anlamda yönetim kontrolü, bir niteliği ifade eder.

Buna göre, maddî anlamda yönetim kontrolünü, anonim ortaklık işlerinin yürütülmesi hususunda hükmedici etkiye sahip olmak şeklinde ifade edebiliriz²².

kapsamına alınması, bu tür olguların her durumda her ortaklıkta aynı etkileri göstermemesi nedeniyle belirsizliğe yol açabilir. Bu tür belirsiz unsurların kontrol tanımına dâhil edilmesine, ancak belirsizliğin ortaya çıkacağı sorunlardan veya bu sorunların oluşmasını engellemekten daha üstün bir menfaatin (rekabetin bozulmasının ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerinin önlenmesi) olduğu durumlarda cevaz verilebilir. Bu nedenle, aşağıda görüleceği üzere rekabet hukukunda maddî anlamda yönetim kontrolü daha geniş kapsamlı düzenlenmişken, diğer hukuk dallarında, o hukuk dallarının ihtiyaçları ve menfaat dengeleri gözetilerek daha farklı kapsamda konu ele alınmıştır (Bu hususta bkz. ve karşı. *Altay*, s. 366, özellikle 368 ile 426). Buna karşılık, şekli anlamda yönetim kontrolünde daima sahip olunan hukukî araçlar belirli bir oransal ölçü üzerinden dikkate alınmakta ve bu oranın üzeri kontrol etkisinin icra edilmesi için yeterli görülmektedir. Başka bir deyişle, şekli anlamda yönetim kontrolünde hukukî araçların bir kısmı ölçü olarak alınır; fiili olgular tümüyle kapsam dışında bırakılır.

²² Hükmedici etkinin hangi araçlar ile sağlanabileceği hususu Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch-HGB*) § 290/2'de yer almaktadır. *HGB* § 290'da *Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)* ile değişiklik yapılmış, daha sonra *AlFM-Umsetzungsgesetz* ile 290/2'nin dördüncü bendinde ifadesel bir değişiklik daha yapılmıştır. *BilMoG*'un Taslak metninde olmayan bu değişiklik ile, kanunlaşma sırasında Tavsiye Kararı (*Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) Drucksache 16/12407, 24/3/2009*'da yayımlanan metinde, kontrolün hükmedici etkiyi içerdiği açık bir biçimde belirtilmiştir (s. 89). Alman hukukunda *HGB* § 290'da maddî anlamda kontrolün düzenlendiği kabul edilmektedir (*Cahn*, s.12) Dolayısıyla Tavsiye Kararı'nda yer alan bu ifadenin esasen maddî anlamda yönetim kontrolünün tanımı olarak kabul edilmesi mümkündür. *HGB* § 290/2 hükmünde maddî anlamda yönetim kontrolünün oluşmasını sağlayan tüm olguların gösterilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, başka bir ortaklığın oy haklarının çoğunluğunun bulunması, yönetim kurulu, icra kurulu gibi finans ve işletme politikalarının belirlendiği organların üye çoğunluğunu belirleme veya azletme hakkı tanınması, bir başka ortaklığın finans ve işletme politikalarını belirleme hakkının hâkimiyet sözleşmesi veya esas sözleşme hükmü ile tanınması, son olarak bir işletmenin ana ortaklığın dar ve tam olarak tanımlanmış amaçlarına ulaşması için ekonomik şartlar altında risk ve fırsatların çoğunluğunu taşıması hükmedici etkinin varlığını gösteren olgulardır. Aynı şekilde, Alman hukukunda şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemelerde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz-AktG*) § 17/1'de hâkim işletme bir diğer işletme üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak hükmedici etkiye sahip olan işletme olarak tanımlanmıştır. Benzer bir düzenleme, Avusturya hukukunda da bulunmaktadır. Avusturya Ticaret Kanunu (*Unternehmensgesetzbuch-UGB*) § 244/2'de hâkim işletme ve yavru işletme tanımlanırken kontrol olgularına yer verilmiş ve Alman hukukunda olduğu gibi bir işletmenin diğer işletme üzerinde kurduğu hükmedici etki, bu olgular arasında sayılmıştır. Buna göre, şu üç ölçütten birinin varlığı hâlinde maddî anlamda yönetim kontrolünün mevcudiyeti kabul edilir: Genel kurulda oy çoğunluğunun elde edilmesi, yönetim kurulu üyelerini belirleme veya azletme hakkının tanınmış olması, pay sahibine ortaklık üzerinde hükmedici etki kullanma hakkının tanınması.

Türk hukukunda maddî anlamda yönetim kontrolü, rekabet ve şirketler topluluğu hukukunda ölçü olarak alınmıştır. Örneğin, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5/2 fıkrasında yer alan "kararlar üzerinde belirleyici etki" ifadesi ile kontrolün sağladığı etkinin mahiyetine vurgu yapılmıştır. Belirleyici etkinin ne olduğuna ilişkin rekabet hukukundaki değerlendirmeler de maddî anlamda yönetim kontrolünün mahiyeti hakkında fikir verecek niteliktedir²³.

Buna karşılık, şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemelerde ise, bir başka işletme üzerinde hükmedici etkiye sahip olmak ifadesine yer verildiği görülmektedir. Hükmedici etki, yukarıda da belirtildiği üzere²⁴, esas itibarıyla Alman ve Avusturya hukuklarında tanımlanmıştır. Ancak bu tanımlar, hükmedici etkinin hangi durumlarda oluştuğunu gösteren olgulara işaret edilerek yapılmıştır.

Hükmedici etki ile belirleyici etki kavramları arasında bir mahiyet farkı olduğu söylenebilir.

²³ Bu hususta geniş bilgi için bkz. *Erdem*, H. E.: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, s. 53 vd. *Erdem*'e göre, belirleyici etkiden anlaşılması gereken husus, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün ticari politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilmesi durumudur (s. 53). *Altay* ise, belirleyici etkiyi, hâkim teşebbüsün hedef teşebbüsün stratejik kararları üzerinde o teşebbüsün kararlarını biçimlendirecek ölçüde sahip olduğu güç olarak değerlendirmektedir (s. 412-413). Öte yandan, *Altay*'ın "hükmedici etki" ile "belirleyici etki" arasında bir ayırım yapmadığını, hattâ AktG § 17/1'de geçen "hükmedici etki" (*beherrschenden Einfluß*) ifadesini de belirleyici etki olarak tercüme ettiğini belirtelim. Ancak biz, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu iki etki biçiminin birbirinden farklı olduğunu düşünüyoruz.

²⁴ Bkz. yukarıda dn. 22.

Yönetim işleri üzerinde -ki burada kastedilen yönetim işlerinin ortaklığın stratejik yönetimine ilişkin karar ve uygulamalar olduğunu belirtmiştikçe çeşitli seviyelerde etkinlik kurulması söz konusu olabilir. Bu tür kararların alınmasında yol gösterici etki, yönlendirici etki, önemli etki, belirleyici etki ve nihayet hükmedici etki kurulması şeklinde bir sıralama oluşturulabilir. Bu sıralama içinde, hükmedici etki, ortaklığın karar mekanizmaları üzerinde hâkim olmayı, ortaklık işlerini kendi iradesi doğrultusunda sevk ve idare etmeyi, yani esas itibarıyla hâkimiyeti²⁵ ifade etmektedir. Belirleyici

etkide ise, hâkimiyet ölçüsünde olmasa bile ortaklık işlerinde belirleyici ölçüde sayılabilecek her

²⁵ Nitekim, AktG § 17/1'de geçen "hükmedici etki" (*beherrschenden Einfluß*) ifadesi *Göktürk* tarafından "hâkimiyet etki-si" ile karşılanmıştır (s. 24. Aynı ifade *Akın* tarafından da kullanılmıştır. Bkz. *Akın*, İ.: Şirketler Topluluğu Sorumluluğu Hukuku, İstanbul 2014, s. 54, dn. 102. *Yılmaz* ise, "hâkim etki" ifadesini tercih etmiştir. Bkz. *Yılmaz*, A.: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Görevden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010, s. 122). Öte yandan, Türk hukuk doktrininde şirketler topluluğu bağlamında hâkimiyet ile kontrol kavramları arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinde ilk defa *Altay* daha sonra *Okutan Nilsson* tarafından kabul edilen yaklaşıma göre, kontrol kavramı fiili durumu dikkate almayıp, sadece matematiksel şekilde hesaplanan sermaye veya oy oranlarına göre belirlenirken, hâkimiyet kavramı sahip olunan oy veya sermaye oranının fiili durumdaki etkisini de dikkate alır (*Altay*, s. 338; *Okutan Nilsson*, s. 82). Bu ayırım kaynağını karşılaştırmalı hukukta *Grundmann* tarafından yapılmış olan ve AB'nin Konsolide Finansal Tablolar Hakkında Direktifi'nde benimsenen sisteme ilişkin açıklamalardan almıştır (Bkz. *Grundmann*, S.: European Company Law, 2nd Ed., Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, s. 405-406). Aynı şekilde, TTK'nın gerekçesinde de, "kontrol, matematiksel ve dolayısıyla kesin bir ölçüttür. Hâkimiyet ise, karinelere de sonuç bağlar. Kontrol sisteminde ana şirketin hâkimiyeti kullanıp kullanmadığına bakılmaz, hatta hâkimiyetin uygulanmadığını ispatına bir sonuç bağlanmaz. Hâkimiyet ve tek elden yönetim sisteminde ise, hâkimiyet olanaklarının sadece varlığı per se (kendiliğinden hâkimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hâkimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür" ifadeleri ile benzer mahiyette açıklamalara yer verilmiştir. (TTK Gerekçesi, s. 134-135). Görüldüğü gibi, doktrinde yapılan ve TTK Gerekçesine de yansıyan bu ayırmda kontrol şekli anlamda yönetim kontrolüne, hâkimiyet ise maddi anlamda yönetim kontrolüne karşılık gelmektedir. Her ne kadar *Grundmann* tarafından da hâkimiyetin yönetim üzerindeki etkinin bir imkân olmasından ziyade, onun kullanılmasını gerektirdiği belirtilmekte ise de, aynı yazarın hâkimiyet ölçüsünün esas alındığını ileri sürdüğü Alman hukukunda dahi, bir takım şekli ölçütlerin de dikkate alınmış olması nedeniyle bu iki sistem arasındaki farkın azaldığına ilişkin açıklamaları da dikkat çekicidir. Kanaatimizce, hâkimiyetin yönetim üzerindeki etki gücü, kontrolün ise bu etkiyi sağlayan araçlar

üzerinden tanımlandığını söylemek daha doğru olacaktır. Yoksa bu iki kavram arasındaki farkın, birinde kontrol gücünün kullanılmasının aranması, diğesinde ise buna gerek olmaması şeklindeki bir farka indirgenmesi ve buna dayanarak kontrol ile hâkimiyet arasında böyle bir ayırım yapılması yerinde olmadığı gibi, gerekli de değildir (Bu iki kavramın çoğu zaman örtüştüğü ile ilgili açıklama için bkz. *Aytaç*, Z.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasında Doğan Sorumluluğu, Batider, C.XXIX, S. 4 (yıl 2013), s. 14). Öncelikle belirtmek gerekir ki, şirketler topluluğunun varlığı için Alman hukukunda da, kontrol için gerekli olarak bağlılık ilişkisinin bir imkân olarak var olması yeterli görülmüştür (*Emmerich/Habersack*, § 17, Nr. 5; bu hususta hem Alman hukuku hem de Avusturya hukukuna ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. *Koger*, A.: Die konzernbezogenen Ausnahmen im österreichischen und europäischen Kartellrecht, Dissertation, Wien 2010, http://othes.univie.ac.at/10041/1/2010-05-05_0400637.pdf, s. 26. Bu yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalar için bkz. *Yanlı*, V.: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 124-125). Hâkimiyet, hükmedici etkiye sahip olmak anlamına gelmekte olup, hükmedici etkinin kapsamına genel kurul ve yönetim kurulunda temsil kabiliyeti elde etmenin dışında hâkimiyet ya da pay sahipliği sözleşmeleri ile aynı etkiyi kurma ve bunlardan bağımsız olarak pay sahibine şirket üzerinde hükmedici etki kullanma hakkı tanınması da girer. Başka bir deyişle, burada etkinin hangi araçlarla sağlandığının bir önemi, kural olarak bulunmaz. "Hükmedici etki", diğer bir deyişle "hâkimiyet", esas itibarıyla, maddi anlamda yönetim kontrolünün içeriğini belirleyen ölçülerden yalnızca biridir. Rekabet hukukunda "hükmedici etki"den daha geniş bir ölçü olan "belirleyici etki" esas alındığı gibi, ilişkili taraf işlemlerinin tespiti gibi özellikli bazı konularda hukuk düzeni, daha geniş ölçülerin kullanılmasına ihtiyaç duyabilir. Bu çerçevede, yalnızca maddi-şekli anlamda yönetim kontrolü ayrımının ölçü olarak alınması daha doğru olur. Buna göre, maddi anlamda yönetim kontrolü, stratejik yönetim işlerinde hükmedici veya belirleyici etkiye sahip olmayı esas alır. Bu etki türlerinden hangisinin esas alındığı, yönetim kontrolünün hangi amaçla ve hangi alanda düzenlendiği ile ilgilidir. Buna karşılık, şekli anlamda yönetim kontrolü, genel kurul veya yönetimde belirli oranlarda temsil gücü elde edilmesini ifade eder. Bu temsil gücü elde edilmeden fiili olgular ile ortaklığın işleminde hâkimiyetin elde edilmiş olmasının bir önemi, mutlak olarak; söz konusu temsil gücü elde edildikten sonra dahi fiilen hükmedici bir etkiye sahip olunamamasının bir önemi ise, kural olarak, bulunmaz. Bu kavramsallaştırmanın pratik faydası, hiç şüphesiz sermaye piyasası mevzuatında maddi anlamda yönetim kontrolünün uygulanması gerektiği durumlarda, bu kavramın içeriğinin nasıl tespit edileceği konusunda karşımıza çıkmaktadır. Hâkimiyetin yukarıda belirtilen şekilde sınırlı ve eksik bir biçimde anlaşılması, maddi anlamda yönetim kontrolünün uygulanması gereken yerlerde, kontrolün içeriğinin de yanlış bir biçimde belirlenmesine yol açabilir.

türlü etkide bulunma gücü söz konusudur. Dolayısıyla, belirleyici etkinin hükmedici etkiye göre daha geniş bir kavram olduğu söylenebilir. Zira, hükmedici etkiye sahip olmadan da belirli bazı kararlar üzerinde belirleyici bir güç kullanılması mümkün olabilir. Kararın istenildiği yönde alınmasını sürekliliği bir biçimde sağlamak hükmedici etkiye işaret ederken, bu ağırlıkta olmamakla birlikte, belirli bazı kararların alınmasını engellemek veya oyların eşit olarak dağıldığı durumlarda belli bir gruba ya da yönetim kurulu başkanına çifte oy kullanma yetkisi bahşederek kararın alınmasında belirleyici rol oynama imkânı verilmiş olabilir. Öyleyse, maddî anlamda yönetim kontrolünün tespit edilmesi gereken durumlarda, ilgili mevzuatta aksi özel olarak belirtilmemişse, maddî anlamda yönetim kontrolü için hükmedici etkide bulunma mevcudiyetinin aranması gerekir. Aksi hâlde, maddî anlamda yönetim kontrolünün kapsamı çok genişletilmiş olur.

Şekli anlamda yönetim kontrolünde ise, kontrolün sağladığı etkinin mahiyeti değil, kontrolü sağlayan hukukî araçlar esas alınır. Kontrolü sağlamaya elverişli hukukî araçlara belirli bir nicelikte sahip olmak, yani bu araçları belirli bir niceliksel yoğunlukta kullanma imkânı elde etmek kontrolün varlığı için kesin karine olarak kabul edilir. Öyle ki, şekli yönetim kontrolünün varlığı için öngörülen ölçütlerin, yani niceliksel ölçülerin olduğu bir durumda, fiilî olarak yönetim kontrolüne sahip olmanın sağladığı etki gücü elde edilememiş olsa bile, artık yönetim kontrolüne sahip olmaya bağlanan hukukî sonuçlar, kural olarak doğar²⁶. Buna bağlı olarak, şekli ölçütlerin karşılanmadığı hiçbir olayda, somut ve fiilî durum, tam tersine yönetim kontrolünün sağladığı etki gücünün kullanılabilmesini gösterse de, hattâ fiilen yönetsel ve stratejik planda her türlü değişiklik gerçekleşmiş olsa dahi, yönetim kontrolüne sahip olmaya bağlanan hukukî sonuçlar doğmaz²⁷.

Şekli anlamda yönetim kontrolü, esas itibarıyla pay alım teklifi başta olmak üzere sermaye

piyasası mevzuatında ölçü olarak kullanılmaktadır. Şekli anlamda yönetim kontrolü kavramında kullanılan ölçütler sermaye veya oy haklarında belirli bazı oranları (%30, %50 veya 2/3 vb.) esas almaktadır.

iii. Olumlu (Aktif)-Olumsuz (Pasif) Yönetim Kontrolü

Olumlu-olumsuz yönetim kontrolü ayrımı ise, yönetim üzerindeki belirleyici etkinin icra ediliş biçimi ile ilgilidir. Bazı ortaklıklarda belirli bir pay grubuna istediklerini yapma, onun iradesine göre yönetim işlerinin yürütülmesini sağlama gücü verilmez, yalnızca istemediklerinin gerçekleştirilmesini engelleme gücü bahşedilir. Bu, esas sözleşme ile belirli bir pay grubuna ortaklıkla ilgili belirlenen iş ve işlemlerde olumsuz oy verilmesi halinde o iş ve işlemin yapılamaması sonucunun bağlanması ile açık bir biçimde veya yüksek toplantı ve/veya karar yetersayıları öngörülerek örtülü bir biçimde yapılabilir²⁸. Örneğin yönetim kurulu toplantılarında belirli bir pay grubunun muhalif kalması halinde, o konuda çoğunluk oyu olumlu yönde olsa dahi, o kararın alınamamış sayılması şeklinde bir esas sözleşme hükmü ile söz konusu pay grubuna veto hakkı tanınabilir.

Böyle bir durumda, veto hakkı tanınmasının yönetim kontrolü kapsamına alınıp alınmaması, kontrol kavramının hangi hukuk dalında ve hangi amaçlarla düzenlendiği ile yakından ilgilidir. Şirketler topluluğunda Alman hukukunda, pasif kontrol hükmedici etkiyi sağlamak için yeterli görülmemektedir²⁹. Rekabet hukukunda ise, pasif

²⁶ Faden, C.: Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), Hamburg 2008, s. 26.

²⁷ Faden, s. 27.

²⁸ Veto hakkı sağlayan hukukî araçların stratejik ve işletme politikalarına ilişkin kararlarda veto hakkı tanıyan esas sözleşme veya pay sahipliği sözleşmeleri ile yine önemli kararlarda oybirliği veya nitelikli çoğunluk öngören esas sözleşme hükümleri veya bu hususu içeren pay sahipliği sözleşmeleri olduğu yönünde bkz. *Eckhard*, s. 33. Aynı yönde bkz. *Altay*, s. 496.

²⁹ Ancak, Alman hukukunda diğer fiilî veya hukukî olgular ile desteklenebiliyorsa pasif kontrolün de hükmedici etki kapsamında değerlendirilebileceğini ileri süren bir görüşün olduğunu da belirtmek gerekir (Bu görüş için bkz. *Emmerich/Habersack*, § 17, Nr. 25. Bu görüşün Alman hukukunda sadece *Emmerich/Habersack* tarafından savunulduğu hakkında bkz. *Koger*, s. 26). Türk hukukunda ise, *Okutan Nilsson*, pasif kontrolü şirketler topluluğunda hükmedici etkiyi sağlamak için yeterli görmemektedir (s. 125).

kontrol yönetim kontrolü kapsamında değerlendirilmektedir³⁰.

Pasif kontrol ya da veto yetkisi verilmesinin yönetim kontrolü üzerindeki etkisini ilgili ortaklık-taki sermaye ve yönetim yapısının bütünü dikkate alınarak her bir olay bazında ayrıca değerlendirmek gerekir. Genel hatları ile üç ayrı durumdan söz etmek mümkündür.

İlk olarak, pasif kontrol, ortak kontrol kurulmasını sağlamak üzere iki kişi arasında yapılan anlaşmada tarafların birbirlerine karşılıklı olarak veto hakkı tanımları suretiyle gerçekleşebilir. Böyle bir durumda veto hakkı iki kişiye ortak iradelerini oluşturmak için vasıta olarak tanınmıştır. Zira, ortak kontrole dâhil kişiler birbirlerinden bağımsız olarak öneri getirmekte karşı taraf bu öneriyi kabul ederse ortak bir karar alınmış; kabul etmezse, veto hakkının kullanımı ile öneri kabul edilmemiş olmaktadır. Aynı durum diğer kişi için de geçerlidir. Bu ihtimalde taraflara tanınan veto yetkisi, yönetim kontrolünün paylaşılması olarak yorumlanabilir.

İkinci durumda ise, pasif kontrol, hâkim ortağın olduğu bir yapıda, ortaklığa yeni bir ortak alınırken o ortağa belirli bazı konularda söz hakkı tanımak veya bazı önemli konularda belirleyici olma imkânı tanımak için bir araç olarak kullanılabilir. Burada pasif kontrol yetkileri, ortak kontrol için gereken ortak irade oluşturma düzeyine çıkmamış, bazı konularda hâkim ortağın tek başına kontrol etme imkânı ortadan kaldırılmıştır. Sadece bazı konularda kendisine veto yetkisi tanınan ortağın muhalif kalmasına sonuç bağlanmış ve onun onayı olmaksızın karar alınamamasına yol açılmıştır. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda pasif kontrol yetkileri tanınan kimsenin yönetim kontrolünü sağlamasından ya da yönetim kontrolünü paylaşmasından söz etmek mümkün değildir.

Üçüncü durum ise, dağınık ve parçalı sermaye yapılarında, tek başına kimsenin yönetim kontrolünü eline bulundurmadığı ortaklıkta belirli bir kişi veya gruba, esas sözleşme veya pay sahipliği sözleşmesiyle belli konularda olumsuz oyu olması hâlinde kararın alınmamış sayılması yetkisi bahşe-

dilerek, veto hakkı tanınan konularda bir tür denetim yetkisi verilmek istenmiş olabilir.

İşte, bu son durumda, tek başına bu olgunun yönetim kontrolü sayılıp sayılmaması, yönetim kontrolünün nasıl düzenlendiği, hükmedici veya belirleyici etki düzeylerinden hangisinin kabul edildiğine bağlıdır. Kanaatimizce, bu durumda hükmedici etkinin arandığı bir düzenlemede, yönetim kontrolü elde edilmiş olarak kabul edilemez.

Olumlu yönetim kontrolü ise, ortaklığın yönetim ile ilgili iş ve işlemlerinin kişinin açık veya örtülü iradesi doğrultusunda yerine getirildiği her durumu kapsamaktadır. Dolayısıyla, yönetim kontrolü denildiğinde, aksi açıkça anlaşılamiyorsa, olumlu anlamda yönetim kontrolünün kastedildiğini söylemek mümkündür.

iv. Tek Başına-Ortaklaşa (Birlikte) Yönetim Kontrolü

Yönetim kontrolü ile ilgili bir başka ayırım, kontrolün sağladığı etkinin kontrole sahip olan kimseler üzerinde ne şekilde icra edildiği ölçütü kullanılarak yapılabilir. Tek başına yönetim kontrolü, adından da anlaşılacağı üzere kontrol gücünün tek kişinin elinde olmasını ifade eder³¹.

Buna karşılık, ortaklaşa ya da birlikte yönetim kontrolünde birden fazla kişinin yönetim kontrolünü paylaşması söz konusudur. Ortak kontrol, en az iki kişinin belirli bir teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarına özgü kararlarının alınmasında birbirleriyle uzlaşarak ortaklaşa belirleyici etki icra etme gücünü kalıcı olarak ellerinde bulundurmaları, bu belirleyici etkinin oluşumunda bu kişilerin hiçbirinin iradesinin diğerlerine üstün gelmemesi ve bu kişilerden hiçbirinin iradesinin etkisini kılınmaması anlamına gelmektedir³². Ortak kontrolde, kontrolü paylaşan öznelardan hiçbirisi hedef ortaklığın iradesini tek başına biçimlendiremediği gibi, bu iradenin oluşumunda bu öznelardan hiçbirinin etkisiz bırakılması söz konusu olamaz³³. Bununla birlikte, ortak kontrolde her bir ortağın aynı ağırlıkta olmasına gerek bulunmamaktadır³⁴. Örneğin, iki kişiden birine yalnızca

³¹ Pek çokları yerine bkz. *Eckhard*, s. 26.

³² *Altay*, s. 433.

³³ *Altay*, s. 459.

³⁴ *Eckhard*, s. 26.

³⁰ *Erdem*, s. 84; *Okutan Nilsson*, s. 96.

önemli bazı kararların alınmasında veto hakkı tanıyarak, diğer kişinin bu konularda hareket etme serbestisini kısıtlaması veya iki kişinin belirli bazı konularda karar almayı birbirlerine bırakması durumunda da ortak kontrolün varlığından söz etmek gerekir³⁵.

Ortak kontrolün sermaye piyasası hukukunda, özellikle pay alım teklifine ilişkin düzenlemelerde özel bir yeri bulunmaktadır. Ortak kontrol, yönetim kontrolünün paylaşılması şeklinde tezahür edebilir. Buna göre, mevcut bir tek başına kontrol yapısından ortak kontrole geçilmiş olabilir. II-26.1 sayılı Tebliğ m. 14/1-d bendinde bu olgu, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâllerden biri olarak özel olarak düzenlenmiştir³⁶. Kontrol paylaşılması da ortak kontrolün bir türü olup, bu durumda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğup doğmadığının özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

İkinci olarak, pay alım teklifi yükümlülüğünde özel bir anlamı ve uygulaması olan birlikte hareket etmek de bazı durumlarda ortak kontrolün bir türü ve uygulaması olarak karşımıza çıkabilir. Birlikte hareket edenler arasında yönetim kontrolü bir kez elde edildikten sonra da yönetimin nasıl paylaşılacağı konusunda bir anlaşma ve işbirliğinin olduğu durumlar, aynı zamanda ortak kontrole işaret etmektedir.

Nihayet, ortak kontrolün özel bir türü, SPKn. md. 26/3'te düzenlenmiştir. Burada ise, mevcut pay sahiplerinin daha sonra bir araya gelecek aralarındaki bir özel anlaşma ile ortaklığı birlikte yönetmeye başlaması söz konusudur.

B. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KONTROLÜNÜN DÜZENLENİŞİ

1. Genel Olarak

Anonim ortaklıkların yönetim kontrolüne ilişkin genel geçerliliği olan yasal bir tanım bulunmamaktadır³⁷. Yönetim kontrolü tanımının mutlak olmamasının, çeşitli düzenlemelerde farklı kapsamlarda yönetim kontrolüne yer verilmesinin

temel sebebi, yönetim kontrolünün kapsamının düzenlendiği alanın kendine özgü ihtiyaçlarına göre farklılık göstermesidir.

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda yönetim kontrolü, md. 195/1'in ilk cümlesinde, şirketler topluluğunun oluşumu bakımından düzenlenmiştir.

Yönetim kontrolü tanımlanmamış, ancak yönetim kontrolüne sahip olmanın ölçütlerine yer verilmiştir. Buna göre, TTK md. 195/1 uyarınca yönetim kontrolü olguları genel kurulda oy gücü, yönetim kurulunda temsil kabiliyeti olmak üzere esas itibariyle iki olguya dayandırılmıştır. Genel kuruldaki oy gücü ise, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak şeklinde, yani pay sahipliğine dayalı olarak tezahür edebileceği gibi, böyle bir sermaye payı çoğunluğuna sahip olunmamakla birlikte, oy sözleşmesi gibi araçlarla oy haklarının çoğunluğu elde etmek suretiyle de gerçekleştirilir.

Bunun yanı sıra, aynı fıkranın (b) bendinde ilave bir ölçüte daha yer verilmiştir. Bu ise, "*Bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmesi*"dir. Ancak, "*hâkimiyet altında tutabilme*"nin tanımı, sözleşme dışında hangi yollarla bunun sağlanabileceği gibi hususlarda herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir³⁸.

3. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda

Yönetim kontrolü, bankacılık hukukunda, bankanın malî durumunun bozulması olasılığında sorumluların çerçevesinin bilinmesi düşüncesiyle ve bu kapsamı ile ele alınmış³⁹ ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) md. 3'te tanımlanmıştır⁴⁰.

³⁸ Doktrinde *Altay*, şirketler topluluğunda hâkimiyetin elde edilmesinde fiili olgulara itibar edilmediğini ileri sürmektedir (s. 366). Bu tercih isabetli olduğu hususunda değerlendirmeler için ayrıca bkz. *Altay*, s. 367-368.

³⁹ *Altay*, s. 385.

⁴⁰ Tanıma göre: "*bir tüzel kişinin sermayesinin asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın; çoğunluğa doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hisselerle yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünü elde bulundurulması*" kontrol anlamında gelmek-

³⁵ *Eckhard*, s. 27.

³⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. aşağıda II.B.2.b.ii.(cc).

³⁷ *Paslı*, Devralınma, s. 39, dn. 91.

Gerçekten de, BankK, bankanın uğradığı zararların banka kaynaklarını kötüye kullanan banka yöneticileri ve bundan menfaat sağlayan bankanın hâkim pay sahipleri tarafından karşılanması felsefesine dayanmaktadır⁴¹.

BankK md. 3'te yer alan tanımında, yönetim kontrolü, yönetim organında temsil kabiliyeti açısından ele alınmıştır. Bu bakımdan, genel kurulda oy gücü çoğunluğuna sahip olunması veya bu gücün oy anlaşmaları ile veya herhangi bir surette elde edilmesi münhasıran yönetim organında üyelerin karara esas çoğunluğunu belirleme veya azletmesini sağlamak amacıyla hizmet ettiği ölçüde anlam ifade etmektedir⁴². Dolayısıyla, bankacılık hukukunda oy çoğunluğu bir grupta olup da, imtiyazlı paylar nedeniyle hiçbir grubun yönetim kurulunda temsil çoğunluğu elde edemediği durumlarda yönetim kontrolünün bulunmadığı kabul edilecektir.

Bu tanımında ikinci dikkat çekici husus, birlikte kontrole yer verilmemiş olmasıdır. Ancak, doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, birden fazla kişinin birlikte hareket ettiğinin tespiti halinde sermaye çoğunluğu veya imtiyazlı oyların toplanması gerekir⁴³.

4. Rekabet Mevzuatında

Rekabet hukukunda yönetim kontrolü, daha ziyade rekabete aykırı davranışların "ex ante" (işlem gerçekleşmeden önce) denetimi sağlamak amacıyla düzenleme konusu olmuştur⁴⁴. Nitekim, AB mevzuatına uygun bir biçimde 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ uyarınca kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da

bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün devralınması halinde Rekabet Kurumu'nun onayının alınması amacıyla düzenlenmiştir.

Anılan Tebliğin md. 5/2 fıkrasında kontrolün tanımlandığını görüyoruz⁴⁵. Buna göre, rekabet hukukunda, yönetim kontrolü en geniş kapsamı ile ve maddî yönü itibarıyla düzenlenmiştir. Burada kontrolün fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan her türlü araçla elde edilebileceğine vurgu yapılmıştır.

5. Muhasebe Hukukunda

a. İlişkili Taraf İşlemlerinde İlişkili Tarafın Tespiti Bakımından

TMS 24 sayılı İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı'nda⁴⁶ kontrol, halka açık ortaklığın ilişkili tarafının tespitinde bir ölçüt olarak kullanılmak üzere tanımlanmış, ayrıca yönetim kontrolü ile yakından ilgisi olan başka bir kavrama, "işletme üzerinde önemli etkisi olma"ya da yer verilmiştir.

TMS 24 Standardı'nda yönetim kontrolü, "kontrol" adıyla "Bir işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla, söz konusu işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücü" olarak tanımlanmıştır.

"Önemli etki" ile ilgili olarak aynı Standard'ta "Yatırım yapılan işletmenin finansal ve faaliyetle ilgili politikaların belirlenmesi kararlarına katılma gücü olup, bu politikalar üzerinde kontrol etme gücünü ifade etmemektedir. Önemli etkiye, hisse sahipliği, esas sözleşme veya bir anlaşmayla sahip olunabilir." hükmüne yer verilmiştir. Görül-

tedir. Öte yandan, kanun koyucunun burada kontrol kavramını tanımlamadığı, hükümde sayılan olguların kontrole yol açan durumlar değil, kontrol kavramını oluşturan ölçütler olarak esas alındığı hususunda bkz. Altay, s. 386.

⁴¹ Altay, s. 385 ve dn. 948'de belirtilen yazarlar.

⁴² Bu yönde bkz. Reisoğlu, S.: Bankacılık Kanunu Şerhi, C-1, Ankara 2007, s. 109.

⁴³ Reisoğlu, s. 111.

⁴⁴ Bu hususta ve birleşmenin rekabet üzerindeki olası etkileri hakkında bilgi için bkz. bkz. Sokol, D.D.: Merger Control under China's Anti-Monopoly Law, NYU Journal of Law&Business, Vol. 10 (Fall 2013), No:1, s. 4.

⁴⁵ Anılan fıkranın ilgili kısmı şu şekildedir: "...kontrol ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir."

⁴⁶ İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında Tebliğ Sıra No: 17, 31/12/2005 tarihli ve 26040 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

düğü üzere, işletmenin finansal ve faaliyet politikaları üzerinde kontrol etme gücü, bu politikaları belirleme veya bu politikaların belirlenmesi aşamasında hükmedici etkiye sahip olmak anlamına gelmektedir. Ancak bu ağırlıkta bir etkiye sahip olmayıp, bu politikaların belirlenmesinde yalnızca katılma gücü elde etmek ise, yönetim kontrolü değil, yönetim üzerinde önemli etkisi olma kavramı ile ifade edilmiştir.

b. Konsolide Finansal Tablo Düzenleme Yükümlülüğünün Kapsamını Tayin Bakımından

Yönetim kontrolünün düzenlendiği bir başka alan ise, konsolide finansal tablolar ile ilgilidir. Bu konu 2011 yılına kadar TMS 27 sayılı Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolara İlişkin Standard'ta⁴⁷ düzenlenmiş olup, TMS 27 Standardı'nda kontrol, TMS 24 Standardı'na paralel bir biçimde "bir işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla söz konusu işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücü" olarak tanımlanmıştır. Burada ayrıca kontrolün tespiti ile ilgili 13 ve 14 no'lu paragraflarda detaylı hükümlere yer verilmiştir.

Ancak, daha sonra TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar Standardı yayımlanmış olup⁴⁸, bu Standard 31/12/2012 tarihinden sonra başlayan hesap dönemlerinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁴⁹. TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar Standardı'nda yönetim kontrolü ile ilgili son derece önemli ve köklü bir değişiklik yapılmıştır⁵⁰.

Anılan Standardta kontrol, yatırım yapılan işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunması, aynı zamanda bu getirilerin yatırım

yapılan işletme üzerindeki gücüyle etkileme imkânına sahip olunması şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda üç olgunun bir arada olduğu görülmektedir. Bu olgular birbirinin alternatifi olmayıp, kümülatif olarak bir arada bulunması gereken olgulardır (7 No'lu paragraf).

Buna göre,

(a) Yatırım yapılan işletme üzerinde güce sahip olunması (bkz: 10-14 paragrafları),

(b) Yatırım yapılan işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalınması veya bu getirilerde hak sahibi olunması (bkz: 15 inci ve 16 ncı paragraflar),

(c) Elde edilecek getirilerin miktarını etkileyebilmek için yatırım yapılan işletme üzerindeki gücünü kullanma imkânına sahip olunması (bakınız: 17 ve 18 inci paragraflar)

gerekmektedir.

Ayrıca, anılan Standardın 17 no'lu paragrafında, yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletme üzerinde kontrol sahibi olabilmesi için, yatırım yaptığı işletme üzerinde güce sahip olmasının ve yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalmasının veya bu getirilerde hak sahibi olmasının yeterli olmadığı açık bir biçimde belirtilmiştir. Buna göre, kontrole sahip olunması, yatırımcı işletmenin, elde edeceği getirilerin miktarını etkileyebilmek için yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücünü kullanma imkânına sahip olunmasını da gerektirir⁵¹.

Kontrolün üç olgunun bir arada bulunması ile tanımlandığını belirtmiştik. Bunlardan güç ile ilgili düzenlemeler, yönetim kontrolü ile ilgili diğer düzenlemelerde de yorum yapılırken yararlanılabilecek hususlar içermesi bakımından dikkate değerdir.

Güç kavramı, anılan Standardta iki unsura dayandırılmıştır. Bunlardan birincisi gücün etki alanı, daha doğru bir deyişle gücün nesnesi veya

⁴⁷ Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 27) Hakkında Tebliğ Sıra No: 11 17/12/2005 tarihli ve 26026 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁸ 28/10/2011 tarihli ve 28098 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁹ Dolayısıyla TMS 27 no'lu Standard ile TMS Yorum 12 "Konsolidasyon- Özel Amaçlı İşletmeler" düzenlemeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁰ TFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar Standardı ile getirilen değişiklikler ve bu Standard ile TMS 27 Standardı arasındaki farklar hakkında bilgi için bkz. Terzi, S.: Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri ve Kontrol Modeli, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi, C. XV, S. 1, 2013, s. 291.

⁵¹ Bu yaklaşımın gerisinde, TFRS 10 Standard ile yalnızca şirketler değil, her türlü tüzel kişilik yapısında uygulanacak ortak ölçütlerin belirlenmiş olması olgusu bulunmaktadır (Bu hususta bkz. Hewer, J./Davis, M./Haley, D.: Structured Finance-Accounting Development: Special Purposes Entities-Consolidation and Disclosure, www.pwc.com/securitisation, s. 1).

konusuna ilişkindir. Burada ölçüt ilgili faaliyetin işletmenin getirilerini önemli ölçüde etkileyip etkilemediğidir. Söz konusu Standardın Ek'inde bu ölçüt ile ilgili bazı somut örnekler sayılmış ve bu faaliyetlerin işletmenin getirileri üzerinde önemli etkisinin olduğu kabul edilmiştir⁵². Ancak, bunlar tahdidî nitelikte değildir.

İkincisi ise, gücün kaynağı belirlenmiştir. Gücün kaynağı yalnızca hak olabilir. Hangi hakların gücün kaynağı olabileceği, söz konusu Standardın Ek'inde yine örnek yoluyla sayılmıştır⁵³. Sayma yöntemi ile gösterilen haklar üç kategori altında değerlendirilebilir. Bunlardan ilki, oy hakkı, ikincisi ise, yönetim yetkisine sahip kişileri atama ve azletme hakkıdır. Üçüncü kategori ise, kendi menfaatine işlem tesis etmek veya işlemlerdeki değişikliği veto etmek ya da yönetim sözleşmesindeki karar alma hakları gibi işletmeyi yönetme imkânı veren diğer haklardır.

Bu üç kategori altındaki hakları değerlendirmeye geçmeden önce, bu hakların niteliği ile ilgili söz konusu Standardın Ek'inde yapılan açıklamalara değinmek yararlı olacaktır. Sahip olunan hakkın aslı hak niteliğinde olması gerekir. Bir hakkın aslı hak olması, elde bulduran kişinin bu hakkı fiilî olarak kullanabilmesini ve ilgili faaliyet-

lerin yönetimi konusunda kararlar alınması gerektiğinde kullanılabilir olmasını ifade eder. Bunun dışında, hakkın koruyucu hak niteliğinde de olmaması gerekir. Koruyucu hakların güç kapsamında olmadığı yine aynı Standardın Ek'inde özellikle vurgulanmış ve bu konuda oluşabilecek tereddütler ve yorum güçlükleri giderilmiştir⁵⁴.

Kategorilerin değerlendirilmesine geçmeden son olarak, anılan Standard'ın Ek'inde B18⁵⁵ ve

⁵⁴ Koruyucu hak örnekleri anılan Standard'ın Ek'inin B28 paragrafında şu şekilde örnek kabilinden sayılmıştır: "(a) Borç alanın, borç verenin zararına olacak şekilde kredi riskini önemli düzeyde değiştirebilecek faaliyetler üstlenmesini sınırlayan, borç verenin sahip olduğu haklar, (b) Yatırım yapılan bir işletmede kontrol gücü olmayan bir payı elinde bulduran bir tarafın, işin olağan akışının gerektirdiğinden daha yüksek bir sermaye harcamasını ya da borçlanma aracı veya özkaynağa dayalı araç ihraçlarını onaylama hakkı, (c) Kredi geri ödeme hükümlerini yerine getirememesi durumunda, borç verenin, borçlunun varlıklarına el koyma hakkı."

⁵⁵ B18 no'lu paragrafta yer alan açıklamalar şu şekildedir: "Bazı durumlarda, yatırımcı işletmenin haklarının yatırım yapılan işletme üzerinde güç sağlayacak derecede yeterli olup olmadığını değerlendirmek zor olabilir. Bu gibi durumlarda, güce ilişkin değerlendirmenin yapılabilmesi için, yatırımcı işletme, ilgili faaliyetleri tek taraflı olarak yönetme imkânına sahip olup olmadığına ilişkin kanıtları göz önünde bulundurulmalıdır. B19 ve B20 paragraflarında yer alan göstergeler ile haklar birlikte değerlendirildiğinde, yatırımcı işletmenin haklarının yatırım yaptığı işletme üzerinde güç sağlamasına yeterli olduğuna ilişkin kanıt sağlayabilecek değerlendirmelere, bunlarla sınırlı olmamak üzere, aşağıda yer verilmiştir:

- (a) Yatırımcı işletme, bu konuda sözleşmeye bağlı bir hakkı bulunmaksızın, yatırım yaptığı işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânına sahip kilit yönetici personelini atayabilmekte veya onaylayabilmektedir.
- (b) Yatırımcı işletme, bu konuda sözleşmeye bağlı bir hak bulunmaksızın, kendi lehine olacak önemli bazı işlemleri gerçekleştirmek ya da bu tür işlemlerdeki değişiklikleri veto etmek suretiyle, yatırım yaptığı işletmeyi yönetebilmektedir.
- (c) Yatırımcı işletme, ya yatırım yaptığı işletmenin idari organına üye seçimine ilişkin adaylık sürecinde ya da oy haklarını ellerinde bulduran diğer kişilerden vekâleten oy toplanmasında baskındır.
- (d) Yatırım yaptığı işletmenin kilit yönetici personeli, yatırımcı işletmenin ilişkili taraflarındandır (örneğin, yatırım yapılan işletmenin icradan sorumlu genel müdürü ile yatırımcı işletmenin icradan sorumlu genel müdürü aynı kişilerdir).
- (e) Yatırım yapılan işletmenin idari organının üyelerinin çoğunluğu, yatırımcı işletmenin ilişkili taraflarındandır." Görüldüğü gibi, burada güçlü emarelere yer verilmiştir. Bu örneklerden birinin varlığı söz konusu olduğunda, başka bir değerlendirme yapmaya gerek kalmaksızın oy hakkının gücün varlığına delalet edip etmediğinin kolaylıkla anlaşılacağı durumlarda bir sonuca varmak mümkün olabilecektir.

⁵² Bunlar B11 ve B12 no'lu paragraflarda gösterilmiştir. Buna göre, B11 no'lu paragrafta "(a) Mal ve hizmetlerin alımı ve satımı, (b) Finansal varlıkların elde tutma süresince (temerrüt durumu da dâhil olmak üzere) yönetimi, (c) Varlıkların seçimi, edinimi veya elden çıkarılması, (d) Yeni ürün ve süreçlerin araştırılması ve geliştirilmesi, (e) Finansman yapısının belirlenmesi veya fon edinimi." sayılmış; B12 no'lu paragrafta ise, "(a) Yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerine ve sermaye yapısına ilişkin kararların (bütçe kararları da dâhil olmak üzere) saptanması, (b) Yatırım yapılan işletmenin kilit yönetici personelinin veya hizmet sağlayıcılarının atanması ve ücretlerinin belirlenmesi ile işlerine veya hizmetlerine son verilmesi." hususlarına yer verilmiştir.

⁵³ Anılan Standard'ın Eki'nin 15 no'lu paragrafında bu haklar, "(a) Yatırım yapılan işletmedeki oy hakkı (veya potansiyel oy hakkı) şeklindeki haklar (bkz. B34-B50 paragrafları); (b) Yatırım yapılan işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânı bulunan kilit yönetici personelini atama, yeniden atama veya azletme hakları; (c) İlgili faaliyetleri yöneten başka bir işletmeyi atama ya da azletme hakları; (d) Yatırımcı işletmenin, kendi menfaatine işlemler tesis etmek veya işlemlerdeki herhangi bir değişikliği veto etmek üzere yatırım yapılan işletmeyi yönetmeye yönelik hakları. (e) Elinde bulduran kişiye ilgili faaliyetleri yönetme imkânı veren diğer haklar (bir yönetim sözleşmesinde belirlenen karar alma hakları gibi)." olarak gösterilmiştir.

B19 no'lu paragraflarda⁵⁶ yer alan ve yönetim kontrolü ile ilgili hukukî durumun, yani sahip olunan haklar ile sağlanan gücün fiilî olgular ile desteklenmesine ilişkin esaslara değinilmesinde büyük yarar vardır. Ancak, fiilî olgulara başvurmak her zaman gerekmez. Başka bir deyişle, aslî nitelik-

⁵⁶ B19 no'lu paragrafta yer alan açıklamalar şu şekildedir: "Bazı durumlarda yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmeyle, bu işletmede pasif bir paydan daha fazlasına sahip olduğuna işaret eden özel bir ilişkisinin bulunduğuna ilişkin göstergeler bulunabilir. Bunun gibi bir göstergenin veya belli bir göstergeler grubunun bulunması, güce ilişkin kriterin her zaman karşılandığı anlamına gelmeyebilir. Ancak, yatırımcı işletmenin yatırım yapılan işletmede pasif bir paydan daha fazlasına sahip olması, yatırım yaptığı işletme üzerinde güç sağlamasına yetecek derecede başka ilgili hakları olduğunu gösterebilir ya da yatırım yaptığı işletme üzerindeki mevcut gücüne ilişkin kanıt sağlayabilir. Aşağıdakiler, yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmede pasif bir paydan daha fazlasına sahip olduğu durumlara örnek sunmakta ve diğer haklarla birlikte, yatırım yaptığı işletme üzerinde güce sahip olduğunun göstergesi olabilmektedir:

- (a) Yatırım yapılan işletmenin ilgili faaliyetlerini yönetme imkânına sahip kilit yönetici personeli, yatırımcı işletmenin mevcut veya eski personelidir.
- (b) Yatırım yapılan işletmenin faaliyetleri, aşağıdaki durumlarda olduğu gibi, yatırımcı işletmeye bağımlıdır:
 - (i) Yatırım yapılan işletme, faaliyetlerinin önemli bir kısmının finanse edilmesinde yatırımcı işletmeye dayanmaktadır.
 - (ii) Yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletmenin borçlarının önemli bir kısmına kefil olmaktadır.
 - (iii) Yatırım yapılan işletme, kritik öneme sahip hizmetler, teknoloji, malzemeler veya ham maddeler açısından yatırımcı işletmeye dayanmaktadır.
 - (iv) Yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletme için kritik öneme sahip lisans veya marka gibi varlıkları kontrol etmektedir.
 - (v) Yatırım yapılan işletme, kilit yönetici personel konusunda yatırımcı işletmeye dayanmaktadır (örneğin, yatırımcı işletmenin personeli, yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerine ilişkin özel bilgilere sahipse).
- (c) Yatırım yapılan işletmenin faaliyetlerinin önemli bir kısmı, yatırımcı işletmeyi içermekte ya da yatırımcı adına yürütülmektedir.
- (d) Yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmeyle ilişkisinden kaynaklanan, getirilere maruz kalma veya getirilerde hak sahibi olma düzeyi, oy haklarından ya da benzeri haklardan orantısız bir biçimde daha büyüktür. Örneğin yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmenin oy haklarının yarısından azını elinde bulundurmasına rağmen, yatırım yaptığı işletmenin getirilerinin yarısından fazlasını hak ettiği ya da yarısından fazlasına maruz kaldığı durumlar ortaya çıkabilir." Görüldüğü gibi, burada, B18 no'lu paragraftan farklı olarak, zayıf emarelere yer verilmiştir. Dolayısıyla bu paragrafta sayılan örnekler, ancak başka olgular ile desteklendiği takdirde, gücün elde edilmesi konusunda değerlendirilmeye imkân sağlar.

teki haklara sahip olunduktan sonra her defasında fiilî olgular ile kontrolün elde edilmiş olduğunun ayrıca ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. Burada düzenlenen husus, yalnızca aynı Standard'ın 11 no'lu paragrafında belirtildiği gibi oy hakkının varlığı ile gücün var olup olmadığının kolayca belirlenemediği durumlarda, yani söz konusu Standard'ta belirtilen oranda oy hakkı bulunmasa dahi, fiilî olguların gücün elde edildiğini gösterdiği durumlarda yönetim kontrolünün mevcut olduğu sonucuna varılmasını sağlamaktan ibarettir.

Kategoriler içinde konumuz açısından önem arz eden husus şüphesiz oy hakkıdır. Oy hakkı ile ilgili anılan Standard'ın getirdiği ölçü, aynı Standardın Eki'nin B35 no'lu paragrafında yer almaktadır. Buna göre, ilgili faaliyetlerin, oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduranın oyu ile yönetilmesi veya ilgili faaliyetleri yöneten yönetim organının üyelerinin çoğunluğunun, oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduranın oyu ile atanması durumunda oy hakkı ile güç elde edilmiş olur. Ancak, söz konusu Standard burada son derece ilginç bir yaklaşım sergilemiş ve bu iki olgudan birinin varlığını yeterli saymamış, ayrıca bir olumsuz koşul daha aramıştır. Buna göre, oy hakkı ile gücün elde edilmiş olması için B36 ve B37 no'lu paragraflarda yer alan hususların da mevcut olmaması gerekir. Buna göre, oy hakkı olsa bile yönetim sözleşmesi ile veya yönetim organının belirlenmesi imtiyazı gibi bir esas sözleşme hükmü uyarınca yönetim hakkının başkasında olması durumunda kontrol elde edilmemiş sayılır.

Öte yandan, Standard'ta kontrolün bazı özelliklerine de yer verilmiştir. Buna göre, kontrolün tek başına olması gerekir (9 no'lu paragraf). Başka bir deyişle, yönetimin paylaşılması konsolide finansal tablo hazırlama yükümlülüğüne yol açmaz. İkinci olarak kontrol ile fiilen yönetilmesi değil, yönetme imkânının elde edilmesi yeterli görülmüştür (12 no'lu paragraf).

Nihayet, bu hakların elde edilmiş biçimleri de gösterilmiştir⁵⁷: Buna göre, gücün kaynağını oluşturan hak ya oy hakkı ile ya da sözleşme yoluyla elde edilebilir.

6. Sermaye Piyasası Mevzuatında

a. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda

Yönetim kontrolü 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn.) md. 26/2'de, zorunlu pay alım teklifi bağlamında⁵⁸ ve iki ölçüte göre tanımlanmıştır: Genel kurulda ve yönetim kurulunda çoğunluğu sağlayacak şekilde temsil kabiliyeti elde etmek. Diğer bir deyişle, yönetim kontrolü için gerekli olan hukukî vasıtalar, genel kurulda çoğunluğu sağlayacak oy haklarının ve yönetim kurulunun salt çoğunluğunu belirleyecek imtiyazlı payların elde edilmesi olarak belirlenmiştir.

Bu tanımın sermaye piyasası mevzuatının uygulandığı her durumda geçerli olup olmadığını da belirlemek gerekir. Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerinde yönetim kontrolüne ilişkin düzenlemelerde değinileceği üzere, bazı Tebliğlerde bu

tanıma atf yapılmış, bazılarında bu tanım büyük ölçüde tekrar edilmiş, bazen de yalnızca yönetim kontrolü ifadesine yer verilmiştir. O hâlde, ilgili tebliğde, SPKn. md. 26/2 hükmüne açık bir atf veya söz konusu hükümdeki ifadenin tekrarı yapılmadığı durumlarda, yönetim kontrolü ile ilgili tespit yapılırken maddî anlamda yönetim kontrolünün oluşup oluşmadığı ile ilgili değerlendirme yapma gereği doğabilir. Örneğin, SPKn. md. 65/7 fıkrasının ilk cümlesi uyarınca borsaların ve piyasa işleticilerinin pay devri söz konusu olmasa dahi doğrudan veya dolaylı kontrol devri sonucunu doğuran her türlü işlem Sermaye Piyasası Kurulu'nun iznine tabi tutulmuştur. SPKn. md. 65/7'nin lafzının genişliği ve konuluş amacı da dikkate alındığında, bu hüküm ile kontrol devri sonucunu doğuran pay sahipleri sözleşmesi ve kontrol imkânı veren diğer fiili olguların ve bu kapsamda yukarıda değindiğimiz Standard'ın Ek'inin B18 ve B19 no'lu paragraflarında⁵⁹ yer alan hususların da yönetim kontrolü kavramının kapsama alınmak istendiği sonucuna varmak mümkündür.

Bu tür istisnai hükümlerin dışında, maddî anlamda yönetim kontrolü kavramına, aşağıda detayları ile gerekçelendirmeye çalışacağımız üzere, sermaye piyasası mevzuatında pay alım teklifi yükümlülüğünde sınırlı bir işlev tanınmıştır. Özellikle dolaylı kontrol ilişkilerinde, hedef ortak ile onu nihaî olarak kontrol eden arasındaki kontrol ilişkisinin kurulmasını sağlayan aracı-vasıta tüzel kişi ile nihaî kontrol sahibi arasındaki kontrol ilişkisinin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde maddî anlamda yönetim kontrolü kavramından yararlanılması gerekir. Bunun gibi, pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açmayan hâllerden biri olarak düzenlenen grup içi pay devirlerinde grup ilişkisinin kapsamının belirlenmesinde de maddî anlamda yönetim kontrolü kavramına müracaat etmek gerekebilir. Nihayet, özel durum açıklamalarında da, idarî sorumluluğu bulunan kişiler ile yakından ilişkili kişilerin belirlenmesinde rol oynadığını söyleyebiliriz.

⁵⁷ Anılan Standard'ın 11 no'lu paragrafı şu şekildedir: "Güç, haklardan doğmaktadır. Bazen gücün var olup olmadığı kolay ve açık bir şekilde belirlenebilir. Örneğin yatırım yapılan işletme üzerindeki güç, direkt olarak ve sadece hisse senetleri gibi özkaynağa dayalı finansal araçlarla sağlanan oy hakları ile elde edildiğinde ve bu tür payları ellerinde bulunduranların oy haklarını göz önünde bulundurmamak suretiyle değerlendirilebildiğinde, gücün var olup olmadığı kolaylıkla ve açık bir şekilde belirlenebilir. Diğer durumlarda, örneğin gücün bir veya daha fazla sözleşmeye bağlı anlaşmadan kaynaklandığı bir durumda, gücün var olup olmadığına yönelik değerlendirme daha karmaşık olacaktır ve birden fazla unsurun göz önünde bulundurulmasını gerektirecektir."

⁵⁸ SPKn. md. 26'nın başlığı "pay alım teklifi zorunluluğu" olup, madde metninde de bu ifade kullanılmıştır. II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nin konuyu düzenleyen "Üçüncü Bölüm"ünde ise, "zorunlu pay alım teklifi" ifadesine yer verilmiştir. Konuya ilişkin hüküm içeren başka tebliğlerde de, örneğin II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin md. 11/1'de, aynı ifade tercih edilmiştir. Buna karşılık, II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 13/2 ve 14'te, "pay alım teklifi yükümlülüğü" ifadesi geçmektedir. Dolayısıyla, bu müesseseyi ifade etmek üzere her üçünün de kullanılması mümkündür. Biz, makalemizde, uygulamada daha çok tercih edildiğini gördüğümüz ve bu müessesenin içerdiği kanundan doğan borç olma niteliğini daha iyi gösterdiğine inandığımız "pay alım teklifi yükümlülüğü" ifadesini kullanmayı tercih ettik. Ancak makalenin çeşitli yerlerinde diğer ifade biçimlerine de ilgili tebliğ maddesinde özellikle o ifade kullanıldığı için yer verdik.

⁵⁹ Bu hususta bkz. yukarıda dn. 55 ve 56'da yer alan açıklamalar.

b. Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerinde

i. Yönetim Kontrolünün Tanımı İtibariyle Düzenlenişi

II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin⁶⁰ md. 4/1-k bendinde yönetim kontrolü, 6362 sayılı SPKn. md. 26'ya atıf yapmak suretiyle; II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nin⁶¹ md. 12/1'de ise, 6362 sayılı SPKn. md. 26/2 aynen tekrarlanarak tanımlanmıştır.

Buna karşılık, II-27.2 sayılı Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği'nin⁶² md. 3/1-k bendinde, yönetim kontrolünün ayrıca tanımlandığını görüyoruz. Tanım, bu şekliyle III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin⁶³ md. 3/1-y bendinde; III-48.3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin⁶⁴ md. 3/1-s bendinde ve III-48.5 sayılı Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin⁶⁵ md. 3/1-ff bendinde de aynen tekrarlanmıştır.

II-27.2 sayılı Tebliğ'de yer alan bu tanımın 6362 sayılı SPKn. md. 26'de yer alan tanımdan tek farkı, kanunda geçen "...genel kurulda yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğuna karşılık gelen sayıda üyelikler için aday gösterme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olunması" ifadesinin yerine, söz konusu tebliğlerde, "...genel kurulda yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı payların çoğunluğuna sahip olunması" ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Kanaatimizce, bu farklılık bir çelişki oluşturmamaktadır. Söz konusu tebliğlerde kanunda geçen "imtiyazlı paylara sahip olunma" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini yorumlayan ve söz konusu hükmün amaca uygun bir biçimde kapsamını belirlemeye yönelik bir tanımlama yapılmıştır⁶⁶.

Bunu dışında II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nin md. 4/1-k bendinde "kontrol edilen işletme" tanımına yer verilmiş ve bu tanımda, TTK md. 195/1'de belirtilen kontrolü sağlayan hukukî araçlar ve fiilî olgular bir arada kullanılmıştır. Ancak söz konusu kavramın, yönetim kontrolünü değil, özel durum açıklamalarında hâkim ortaklık-bağlı ortaklık kavramlarının belirlenmesinde kullanıldığına dikkat çekmek gerekir.

Buna karşılık, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin tanımda⁶⁷ TMS 24'e yapılan atıf nedeniyle ilişkili tarafın belirlenmesinde yönetim kontrolünün mevcudiyeti bakımından muhasebe hukukunda yer alan maddî yönetim kontrolü tanımı tercih edilmiştir.

Bunlara ilâve olarak, ihraççıların yöneticilerinin ilgili sermaye piyasası araçlarında altı ay veya daha kısa vadeli alım satım gerçekleştirmek suretiyle elde ettikleri net kazançların ihraççılara ödenmesi yükümlülüğüne ilişkin esasları düzenleyen VI-103.1 sayılı Yöneticilerin Net Alım Satım Kazançlarını İhraççılara Ödemeleri Hakkında Tebliğ'e değinmek gerekir⁶⁸. Zira, bu Tebliğ'de "ihraççının yöneticisi" kavramı, yönetim kontrolüne sahip kimseleri de içerecek şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, söz konusu Tebliğ'in md. 4/1-ç bendi uyarınca ihraççıların yöneticileri, ihraççıların yönetim kurulu üyelerini, komite üyelerini, her ne unvanı istihdam edilirse edilsin ortaklıkta idarî sorumluluğu bulunan ya da ihraççıyı nüfuzu altında bulunduran kişileri ifade eder. Aynı fıkranın (d) bendinde ise, "ihraççıyı nüfuzu altında bulundurma" kavramı, ihraççının finansal veya faaliyet politikalarını, kararlarını veya hedeflerini doğrudan veya dolaylı olarak belirleme veya kontrol etme gücü olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu tanım, maddî anlamda yönetim kontrolünün tüm unsurlarını içermektedir. Bu bakımdan, tanımda geçen "kontrol etme gücü"nü "hükmedici etki"yi ifade ettiği söylenebilir.

⁶⁰ 24/12/2013 tarihli ve 28861 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶¹ 23/1/2014 tarihli ve 28891 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶² 12/11/2014 tarihli ve 29173 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶³ 28/5/2013 tarihli ve 28666 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶⁴ 9/10/2013 tarihli ve 28790 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶⁵ 27/5/2015 tarihli ve 29368 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁶⁶ Nitekim doktrinde *Manavgat*, da salt imtiyazlı paya sahip olmanın kontrol gücünü ele geçirmek için yeterli olmadığını, sahip olunan oy imtiyazının yönetim kurulu üye seçiminde mutlak üstünlük sağlamasını gerektiğini, buna bağlı olarak yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunlu-

ğunu oluşturan üyelikler için aday gösterme imtiyazını haiz pay grubu içinde de hakim durumda olan pay sahiplerinin yönetim kontrolüne sahip olduklarını belirtmektedir (*Manavgat*, Ç.: Hukukî Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 501, Ankara 2016, s. 358). Aynı yönde bkz. *Yeşiltepe*, S., Ö.: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. B, Ankara 2015, s. 64-65.

⁶⁷ Bkz. II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği md. 3/1-g hükmü.

⁶⁸ 12/12/2013 tarihli ve 288849 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

ii. Yönetim Kontrolünün Sonuçları İtibariyle Düzenlenişi

Yönetim kontrolüne sahip olmaya sermaye piyasası mevzuatında yalnızca makalemizin konusunu oluşturan II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nin md. 11 vd. hükümlerinde pay alım teklifi yükümlülüğü sonucu bağlanmamıştır. Bunun dışında, yönetim kontrolüne sahip olmak, pay devirlerinde onay almak, kamuyu açıklama yapmak gibi bazı davranışlarda bulunmak ya da bazı durumlarda belirli sürelerle borsada satış yapmama gibi bazı davranışlardan kaçınmak şeklinde olmak üzere pek çok yükümlülüğe tabi tutulmuştur.

Bunlara kısaca değinmek gerekirse, ilk olarak, II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nde yönetim kontrolü iki bakımdan önem arz eder. Öncelikle anılan Tebliğin md. 12 ve 22 hükümlerinde sermaye oranına bağlı olarak yönetim kontrolü değişiklikleri özel durum açıklamaları yükümlülüğüne kapsama alınmıştır. Aynı Tebliğin md. 27 uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan Özel Durumlar Rehberi'nde⁶⁹ de şirket ele geçirmeleri özel durum açıklaması yükümlülüğüne tabi tutulmuştur⁷⁰. Bunun dışında yönetim kontrolü özel durum açıklamalarında idari sorumluluğu bulunan kişilerin belirlenmesinde önem arz eder. Söz konusu Tebliğ'de idari sorumluluğu bulunan kişiler ve bunlarla yakınlığı olan kimseler tanımlanmış⁷¹ ve bu kişilerin bir liste halinde kamuya duyurulması öngörülmüştür.

Özel durumlar ile ilgili bir diğer Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemesi olan II.15.2 sayılı Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklarda Özel Durumlar Tebliği'nin⁷² md. 5/1-1 bendinde ise, "bir sözleşme nedeniyle veya sair yollarla ortaklığın yönetim kontrolünün doğrudan veya dolaylı olarak el değiştirmesi" açıklanacak özel durumlar arasında sayılmıştır.

İkinci olarak, VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin md. 8/1 hükmü uyarınca, ilk defa halka açılacak ortaklıklarda izahnamenin onaylandığı tarih itibariyle yönetim kontrolüne sahip olanlar borsada işlem görme tarihinden itibaren bir yıl süre ile halka arz fiyatının altında bir fiyattan borsada satış yapma yasağına muhatap olurlar. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, yine yönetim kontrolünü elinde bulunduran kimselere halka arz sonrası bir yıl süre ile borsada satış yapmama taahhüdünü vermek yükümlülüğü getirilmiştir.

Aynı Tebliğin md. 18/5 hükmü uyarınca nominal değerinin altında pay ihracı yoluyla yapılacak sermaye artırımlarında, yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerine yeni pay alma haklarının tamamını kullanma zorunluluğu öngörülmüştür. Buna ilâve olarak, söz konusu pay sahipleri, yeni pay alma haklarını kullanmaları neticesinde elde edecekleri payları, bu payların borsada işlem görmeye başlamasından itibaren bir yıl süreyle borsada satma yasağına da muhatap olurlar.

Kolektif yatırım kuruluşlarında yönetim kontrolüne sahip olmanın, diğer halka açık anonim ortaklıklara göre çok daha farklı bir anlamı ve önemi bulunmaktadır. Zira, kolektif yatırım kuruluşlarında yönetim kontrolüne sahip kimseler, kurucu ortaklarda aranan nitelikleri haiz olmak zorundadır (III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları Tebliği md. 15/2, III-48.3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları Tebliği md. 16/2, III-48.5 sayılı Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıkları Tebliği md. 14/2)⁷³. Kurucu ortaklarda ara-

⁶⁹ Özel Durumlar Rehberi, Sermaye Piyasası Kurulu'nun internet sitesinde yayımlanmış olup, anılan Rehber'in "Yasal Çerçeve" bölümünde bu Rehber'de yer alan hususların Kurul kararı hükmünde olduğu belirtilmiştir. Özel Durumlar Rehberi'ne erişim için bkz. <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103>.

⁷⁰ Bkz. Özel Durumlar Rehberi'nin "Birleşme, Devralmalar ve Pay Alım Teklifi" başlıklı md. 5.5 hükmünün dördüncü paragrafı

⁷¹ Bkz. II.15.1 sayılı Tebliğ'in md. 4/1-f ve g bentleri ile md. 7/2 hükmü. Bunun dışında, Özel Durumlar Rehberi'nde idari sorumluluğu bulunan kişi veya kişiler tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen ve ihracının sermaye piyasası araçlarında işlem yapan tüzel kişiler de idari sorumluluğu bulunan kişiler ile yakından ilişkili kişiler kapsamına alınmıştır (Bu hususta bkz. Özel Durumlar Rehberi'nin md. 8 hükmü altındaki açıklamalar).

⁷² 23/1/2014 tarihli ve 28891 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁷³ Buna karşılık, aynı zorunluluk, yatırım kuruluşlarında yönetim kontrolüne sahip ortaklara değil, önemli etkiye sahip ortaklara getirilmiştir (SPKn. md. 44/2, 17/12/2013 tarih ve 28854 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ md. 6/3). III-39.1 sayılı Tebliğ'in md. 4/1-i

nan şartları sağlayamayan yönetim kontrolünü haiz pay sahipleri anılan tebliğlerde belirtilen süreler içinde paylarını devretmek zorundadır.

Bunun dışında III-48.3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı Tebliği md. 7'de lider sermayedar kavramı, yönetim kontrolünü haiz olma ölçütüne göre belirlenmiştir⁷⁴. Lider sermayedar olmak için anılan maddede yer alan diğer şartların da sağlanması zorunluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla, bu tip ortaklıklarda yönetim kontrolüne sahip olabilmek için kurucu ortaklarda aranan niteliklerin yanında özellikle malî bakımdan belirlenen yeterliliklere de sahip olmak gerekmektedir. III-48.5 sayılı Menkul Kıymet Yatırım Ortaklığı Tebliği md. 8/1'de ise lider sermayedar olmak için yönetim kontrolüne sahip olmaya gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yönetim kontrolüne sahip olmak, bu Tebliğ açısından da lider sermayedar olmak anlamına geleceğinden, lider sermayedar olmak için gereken nitelikleri taşıma zorunluluğu burada da söz konusudur.

Diğer yandan, yukarıda da belirtildiği üzere, VI-103.1 sayılı Yöneticilerin Net Alım Satım Kazançlarını İhraççılara Ödemeleri Hakkında Tebliğ'de haklarında belirtilen sürede elde ettikleri kazançları iade yükümlülüğü öngörülen kişilerin kapsamına yönetim kontrolünü elinde bulunduran kimseler de dâhil edilmiştir.

bendinde önemli etkiye sahip ortağın, "sermaye veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak %10 veya daha fazlasını temsil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylara sahip ortağı" ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Önemli etkiye sahip ortağın, kontrole sahip olmasa da ortaklık işleminde belirleyici etikiyi haiz olma kabiliyet, bulunabilecek kimseleri ifade ettiği, bu tanımda da şekli ölçütlerin kullanıldığı görülmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, yatırım kuruluşlarına ilişkin sermaye piyasası mevzuatında yönetim kontrolü ile ilgili ayrı bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, kurucularda aranan şartların evleyle yatırım kuruluşlarının yönetim kontrolüne sahip olan pay sahiplerinde de aranması gerekir.

⁷⁴ Anılan maddenin birinci fıkrasında lider sermayedar, "halka arz sonrasındaki pay edinimleri hariç olmak üzere, ortaklıkta imtiyazlı pay bulunmaması halinde tek başına veya bir araya gelmek suretiyle yönetim kontrolünü sağlayan paylara sahip olan, ortaklıkta imtiyazlı pay bulunması halinde ise, tek başına veya biraraya gelmek suretiyle yönetim kontrolü sağlayan imtiyazlı payların çoğunluğu dahil olmak üzere, sermayenin asgari %25'i oranındaki paylara sahip olan ortak ya da ortaklar" şeklinde tanımlanmıştır.

Nihayet, sermaye piyasası mevzuatında yönetim kontrolü kavramına, bazı olguların tespitinde ölçüt olma işlevi de tanınmıştır. Bunlar, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin⁷⁵ uygulanmasında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, anılan Tebliğin md. 3/1-g bendinde ilişkili taraf, Türkiye Muhasebe Standartları'ndaki ilişkili taraf düzenlemelerine atıf ile tanımlanmış ve md. 9 ile md. 10'da da halka açık ortaklıklar ile bağlı ortaklıklarının ilişkili taraf ile gerçekleştirecekleri bazı işlemler için bir takım işleyiş süreçleri öngörülmüştür. Dolayısıyla, anılan Tebliğin md. 9 ve md. 10'nun uygulanmasında yönetim kontrolüne sahip olmanın belirleyici bir işlevi bulunmaktadır.

Aynı şekilde, yönetim kontrolü kavramına kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında, II-17.1 sayılı Tebliğ'in Ek-1 no'lu ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nden 1.3.6 no'lu ilke uyarınca ortaklık ile çıkar çatışmasını doğuran işlemler varsa, bunların görüşüleceği genel kurul toplantılarında farklı esasların uygulanmasına yol açma; 4.3.6 no'lu ilke uyarınca bağımsız yönetim kurulu üyeliğinde bağımsızlığın belirlenmesinde ölçütlerden biri olma gibi çeşitli işlevleri yerine getirme rolünün verilmiş olduğunu da eklemek gerekir.

II. YÖNETİM KONTROLÜ DEĞİŞİKLİĞİNİN DÜZENLENİŞİ

A. ZORUNLU PAY ALIM TEKLİFİNİN DOĞMASININ SEBEBİ OLARAK YÖNETİM KONTROLÜ DEĞİŞİKLİĞİ

1. Yönetim Kontrolü Değişikliği Kavramı

Yönetim kontrolü değişikliği, sermaye piyasası mevzuatında, yukarıda da belirtildiği üzere başlıca iki alanda düzenlenmiştir. Bunlarda ilki, şüphesiz yönetim kontrolü değişikliğinin kamuya duyurulmasına ilişkindir. II-15.1 ve II-15.2 sayılı Tebliğ konunun bu yönünü ele almaktadır.

Yönetim kontrolü değişikliğinin düzenlendiğini ikinci alan ise, değişikliğe pay alım teklifi yükümlülüğü sonucun bağlanmasıdır⁷⁶. II-26.1 sayılı Tebliğ işte bu bakımdan yönetim kontrolü

⁷⁵ 3/1/2014 tarihli ve 28871 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁷⁶ Karacan, E.E./Karacan, A.İ.: Pay Alım Teklifi, Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme, İstanbul 2018, s. 239.

değişikliğini, değişikliğin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağından, bu yükümlülüğün ne zaman doğacağı ve ne zaman bu yükümlülüğün muafiyet verileceğine kadar tüm yönleriyle düzenlemektedir.

Dolayısıyla öncelikle yönetim kontrolü değişikliğinin neyi ifade ettiği üzerinde durulmalıdır. Bir ortaklığın pay sahipliği yapısına ilişkin her türlü değişiklik yönetim kontrolü değişikliğine yol açmaz. Sadece sonucunda yeni bir kontrol durumu yaratan işlemler pay alım teklifi yükümlülüğünü doğurur⁷⁷. Bu nedenle mevcut yönetim kontrolünün ortadan kalkması yeterli olmayıp, yeni bir kontrol durumunun oluşması da gerekir.

Bu ise, iki şekilde ortaya çıkabilir:

-Daha önce var olmayan bir kontrol yapısının oluşması veya

-Mevcut yönetim kontrolünün bir kişiden başka bir kişiye geçmesi⁷⁸.

Pay alım teklifi yükümlülüğünü düzenleyen bütün ülkelerde kontrol değişikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde belirli bir sermaye ya da oy hakkı eşiğinin aşılması ölçütü getirilmiştir. Bunu nedeni, fiili kontrolü sağlayan oy oranının her ortaklıkta o ortaklığın sermaye ve yönetim yapısına göre değişiklik göstermesidir. Bu nedenle fiili kontrolü sağlayan oranı önceden kesin bir rakamla tespit etmek mümkün olmayıp, gerçekte fiili kontrolü sağlasın ya da sağlamasın belirli bir eşiğin üstünde paya sahip olunması ile fiili kontrolün elde edileceği varsayılmıştır.

Öte yandan, SPKn.'nda ve II-26.1 sayılı Tebliğ'de, yönetim kontrolü tanımlanırken, veto gücü veya engelleme imkânı bahşeden haklara sahip olmaya herhangi bir sonuç bağlanmamış; hattâ, kontrol eşiğine bağlı kalmaksızın yönetim kontrolünün elde edileceği hâller arasında böyle bir ihtimale yer verilmemiştir. O hâlde, veto gücü veya engelleme hakkını elinde bulduran payların iktisap edilmesi, bu payların oranı kontrol eşiği olarak belirlenen oranı aşmadıkça, söz konusu yükümlülüğün doğumuna yol açmaz.

Nihayet, kontrol oranının üzerinde paya sahip bir kimsenin paylarının bir kısmını bir başka kişiye devretmek suretiyle, yönetim kontrolünü bu kişiyle paylaşması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği üzerinde de kısaca durmakta fayda vardır. Bu konu doktrin ve uygulamada uzun süre tartışma yaratmıştır⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, II-26.1

⁷⁹ Örneğin *Kendigelen* ve *Kolcuoğlu* böyle durumlarda yönetim kontrolünün değiştiğinin kabul edilemeyeceği görüşünde iken (*Kendigelen*, A.: Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğün Aykırılığının Hukuki Yaptırımı Hukukî Mütalaalar, C.VI, İstanbul 2004, s. 170 vd., özellikle s. 178; *Kolcuoğlu* ise, birlikte hareket iradesi olmadıkça pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı fikrindedir. Bkz. *Kolcuoğlu*, s. 104), *Paslı* ve *Manavgat* ortak kontrol yapısının oluşmasının pay alım teklifi yükümlülüğünü doğurduğu görüşündedir (*Paslı*, *Devralma*, s. 452 vd; *Manavgat*, *Yönetim Kontrolü*, s. 1461). Nitekim, mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğin md. 17 hükmünün yürürlükte olduğu sırada, pay devrinden önce yönetim kontrolüne mutlak olarak sahip olan bir grubun, elinde bulundurduğu imtiyazlı payların yarısını bir başka gruba devretmesi suretiyle yönetim kontrolünü payları iktisap eden grupla paylaştığı bir olayda Sermaye Piyasası Kurulu, söz konusu ortaklığın yönetim kontrolünde değişikliğin meydana geldiği sonucuna varmış ve imtiyazlı payların yarısını iktisap eden gruba pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu kararının iptali talebiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi'nin 17/5/2004 tarih ve E. 2002/4538, K. 2004/4889 sayılı kararı ile "Olayda devralınan hisse toplamının ... Anonim Şirket'inin toplam sermayesinin ve oy haklarının %25'ini oluşturmadığı, pay devrinden sonra şirketin yönetiminde hakimiyet sağlayan imtiyazlı payların iki grup arasında eşit olarak paylaşıldığı görülmekle, davacıların yönetim kontrolünü sağlayan paylara sahip olduğundan söz etmeye olanak bulunmadığından, çağrıda bulunma zorunluluğuna ilişkin şartların oluşmamış olması ve işlem tarihi itibarıyla davacıların söz konusu hisseleri ellerinden çıkarmış olmaları nedeniyle işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesi ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir (Karar metni için bkz. *Kendigelen*, A.: Anonim Ortaklık Çağrıda Bulunma Yükümlülüğü, Hukukî Mütalaalar C. IV, İstanbul 2002, s. 247 ilâ 251). Aynı olayda pay sahiplerinin pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeyen gruba açtıkları aynen ifa davasında, Yargıtay 11. HD'de 20/2/2006 tarih ve E. 2005/923, K. 2006/1567 sayılı kararıyla diğer gerekçelerin yanı sıra "yönetimde hakimiyet sağlayan imtiyazlı payların da iki grup arasında eşit olarak paylaşıldığı, diğer bir deyişle davacıların yönetim kontrolünü sağlayan paylara sahip olduklarından söz etmeye olanak bulunmadığı, dolayısıyla da davacılarca çağrı yapılması zorunluluğunun doğmadığı anlaşılmaktadır." gerekçesiyle davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir (Karar metni için bkz. *Kendigelen*, Mütalaalar VI, s. 214 vd.). Buna karşılık, yönetim kontrolünün eşit olarak paylaşılması değil de, pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi hâlinde ise, Danıştay 13. Dairesi, 25/6/2008 tarih ve E.

⁷⁷ *Kolcuoğlu*, U.: Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, İstanbul 2009, s. 93.

⁷⁸ *Kolcuoğlu*, s. 93-94.

sayılı Tebliğ bakımından bu konuda herhangi bir tartışmaya gerek kalmamıştır. Zira, anılan Tebliğin md. 14/1-d hükmü, kontrol paylaşımını pay alım teklifinin doğmadığı hâller arasında açıkça düzenlemiştir⁸⁰.

2. Yönetim Kontrolü Değişikliğinin Gerçekleşmesi-Yönetim Kontrolü Oranının Aşılması

a. Kavram ve İşlevleri

Yönetim kontrolü oranı, yönetim kontrolünün değişip değişmediğinin belirlenmesinde ölçü olarak alınan ve genellikle genel kurulda sahip olunan oy haklarının belirli bir yüzdesel dilimini ifade eden, bu oranın üzerinde oy hakkı elde etmekle, yönetim kontrolünde değişiklik meydana geldiğinin karine olarak kabul edildiği rakamdır. Yönetim kontrolü değişikliğinin belirli bir oranın aşılmasına bağlanması, son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre, kontrol oranının aşılması yeterli olup, fiilen ortaklığın yönetilmeye başlanmasına, yönetim kurulunda ya da diğer idarî görevlerde bir değişiklik yapılmasına, yeni atama yapılmasına gerek kalmaksızın, yönetim kontrolü değişikliğine bağlanan tüm hukukî sonuçlar kendiliğinden doğar⁸¹. Bu durumda şu üç temel sorunun çözülmesi gerekir:

-Kontrol oranı ne olmalıdır?

-Bu oranın aşılmasına rağmen fiilen kontrol elde edilemediği durumlarda nasıl hareket edilmelidir?

-Bu orana ulaşılmadan da yönetim kontrolü fiilen elde edilmişse, bu duruma pay alım teklifi yükümlülüğününün doğması sonucu bağlanmalıdır?

Bu üç temel soruya eşlik edebilecek iki tamamlayıcı soru daha bulunmaktadır:

-Kontrol oranının ölçüsü ne olmalıdır?

-Kontrol oranının hangi işlemler ile aşılması hâlinde pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmedir?

Bu sorulara verilebilecek tek bir cevap yoktur. Pay alım teklifinin düzenlenmesinde hangi amaçların gözetildiği⁸², menfaatler arasında hangisine öncelik verildiği, tam da bu konularda yapılan hukuk politikası tercihlerinde kendini gösterir.

Kontrol oranının aşılmasına yönetim kontrolü karinesi olma işlevi verildikten sonra bu karinenin aksi öngörülebilir olup olmadığının da düzenlenmesi gerekir. Kontrol karinesinin aksinin öngörülebilir olup olmaması da bir hukuk politikası sorundur. Bunda da pay alım teklifi yükümlülüğününün hangi amaçlarla düzenlendiği, kontrol eşliğinin fiilî kontrol oranının üstünde veya altında belirlenip belirlenmediği gibi faktörler rol oynamaktadır. Bu hususlara aşağıda değinmeye çalışacağız.

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, kontrol oranının belirlenmesinde ölçünün ne olması gerektiği ile bu oranın aşılmasında hangi işlemlerin esas alınması gerektiği birbiri ile bağlantılı, ancak farklı kavramlardır. Örneğin, İsviçre hukukunda kontrol oranının ölçüsü, oy hakları olarak belirlenmiştir. Oy haklarının %30'u da kontrol oranıdır (*Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel-FinfraG § 135/1*). Buna karşılık, kontrol oranının hangi işlemlerle aşılması durumunda pay alım teklifi yükümlülüğününün doğacağı, İsviçre Pay Alım Teklifi Denetim Otoritesi (*Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht-FINMA*)'nin çıkardığı Borsa ve Menkul Kıymet İşlemleri Yönetmeliği *Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten-FinfraV-FINMA*) § 34/2 ve 3'te ayrıca ele alınmış ve düzenleme kavuşturulmuştur.

Türk hukukunda da aynı durum geçerlidir. SPKn. md. 26/2 ve II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 12/1 hükümleri kontrol oranını belirlemektedir. Buna karşılık, SPKn. md. 26/1 ve 3, II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 11/1 hükümleri ise, kontrol oranının

2007/3062, K. 2008/5083 pay alım teklifi yükümlülüğünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir (*yayımlanmamıştır*). Bu konuda doktrin görüşleri ile yargı kararlarının tarihsel bir perspektif içinde geniş bir değerlendirmesi için bkz. *Karacan/Karacan*, s. 330 vd.

⁸⁰ Bu yönde bkz. *Karacan/Karacan*, s. 312. Bu hususta geniş bilgi için bkz. aşağıda II.B.2.b.ii.(cc).

⁸¹ *Karacan/Karacan*, s. 239.

⁸² Bu hususta geniş bilgi için pek çokları yerine bkz. *Paslı, Devralınma*, s. 405 vd.; *Karacan/Karacan*, s. 230 vd.

hangi işlemlerle aşılması durumunda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacağını göstermektedir. Buna göre, pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açan husus, kontrol oranının aşılmasıdır. Pay iktisabı ya da pay iktisabından bağımsız olarak örneğin SPKn. md. 26/3'te olduğu gibi pay sahipleri arasında yapılan anlaşmalar ile bu işlemlerin sonucunda kontrol oranının aşılması gerçekleştiği takdirde, başka bir deyişle, bu işlemlerin sonucunda kontrol oranının üzerinde bir oy hakkı elde edildiği takdirde pay alım teklifi yükümlülüğü doğar. Kontrol oranının aşılmadığı durumlarda, fiilen hedef ortaklığın yönetim kontrolü elde edilmiş dahi olsa, pay alım teklifi yükümlülüğü doğmaz.

Bu açıklamalardan hareketle yönetim kontrolü oranı öngörülmesinin ve bu oranın aşılmasına pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması sonucunun bağlanmış olmasının, kontrolü elde eden kimse bakımından, olumlu ve olumsuz iki işlevi bulunduğunu söylemek mümkündür. Olumlu işlevi, fiilen kontrol elde edilmiş olsa bile, şekli kontrol ölçütü, yani kontrol oranına ulaşılmadıkça pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmamasıdır. Başka bir deyişle, hedef ortaklıkta o ortaklığa özgü koşullar nedeniyle fiilen ortaklığı yönetme olanağı elde eden bir kişi, kontrol oranı üzerinde oy hakkı elde etmedikçe pay alım teklifi yükümlülüğüne muhatap olmayacaktır.

Yönetim kontrolü oranı öngörülmesinin olumsuz işlevi ise, oran aşıldığında, başka bir deyişle kontrol oranının üzerinde oy hakkı elde edildiğinde, fiilen o ortaklığı yönetme olanağına sahip olunamamış olsa bile veya kontrol yapısında bir değişikliğe yol açmamasına rağmen sırf kontrol oranı aşıldığı için pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, aşağıda detayları ile görüleceği üzere, karşılaştırmalı hukukta, hiçbir ülkede yönetim kontrolü oranına olumsuz işlev tanınmamış, bu işlevi geçerli kılacak bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun tam aksine, böyle durumlar, bazı hukuk sistemlerinde pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet kapsamına alınmıştır.

b. Kontrol Oranının Belirlenmesinde Esas Alınan Ölçütler

i. Genel Kurulda Temsil Kabiliyeti

(aa) Genel Kurulda Temsil Kabiliyeti Sağlayan Hukukî Olgular

Genel kurul kararları üzerinde etki gücü sermaye veya oy hakları ile elde edilebilir. Dolayısıyla şekli anlamda yönetim kontrolü için belirli bir oran öngörülme istendiğinde kural olarak sermaye ve/veya oy hakkı esas alınmak durumundadır. Dolayısıyla, ilk olarak genel kurulda temsil kabiliyetini sağlayan hukukî olgular olarak nelerin öngörülebileceğini irdelemek; daha sonra bu olguların belirlenmesinde hangi ön kabullerin rol oynadığını ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Eğer yalnızca sermayedeki temsil esas alınmış ise, bu oy hakkından bağımsız olarak bu orana ulaşılması hâlinde, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması söz konusu olur. Ancak bu durumda, oy imtiyazı nedeniyle sermayede yüksek bir oranda temsil edilmese dahi, imtiyazlı oy hakları sayesinde genel kurul toplantısında istediği yönde karar alma gücü elde eden kimseler, yalnızca sermayede kontrol eşiği olarak belirlenen oranının altında paya sahip oldukları için, pay alım teklifi yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakılmış olur.

Bu ikisi birlikte de aranabilir. Nitekim konunun ilk olarak sermaye piyasası mevzuatında düzenlendiği mülga Seri:IV, No:8 sayılı Tebliğ'de⁸³ böyle bir birliktelik aranmaktaydı. II-26.1 sayılı Tebliğ'den önce yürürlükte olan Seri:IV, No:44 sayılı Tebliğ'de⁸⁴ ise, bu iki ölçüt yani sermaye ve oy hakkında belli bir eşiğin üstünde sahip olmak birbirinin alternatifi olarak aranmıştır. Bunlar da düzenlemeye bakış ile ilgilidir. Sermaye tek ölçüt

⁸³ 19/12/1996 tarihli ve 22852 sayılı RG'de yayımlanan Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Seri: IV, No: 21 sayılı Tebliğ ile eklenen md. 17 ile o tarihteki deyim ile çağrıda bulunma zorunluluğu (yeni düzenlemedeki adıyla pay alım teklifi yükümlülüğü), ilk defa Türk hukukunda düzenlenmiştir. Daha sonra aynı Tebliğde 6/6/2003 tarihli ve 25130 sayılı Seri: IV, No: 30 sayılı Tebliğ ile yapılan değişiklik ile özelleştirme ile ilgili muafiyet hâli eklenmiştir.

⁸⁴ Söz konusu Tebliğ 2/9/2009 tarihli ve 27337 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve II-26.1 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 23/1/2014 tarihine kadar uygulanmıştır.

ise, oy hakkının donduğu durumlardan ya da oy imtiyazının olduğu durumlardan bağımsız olarak, sermaye bakımından eşğin aşılmasına önem veriyor demektir. Ayrıca, sermaye tek ölçüt olarak alındığında, oydan yoksun paylar da kontrol eşğinin hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Buna karşılık, kontrol oranının tespitinde yalnızca oy hakkının esas alınması, sermayedeki nispi temsilden ziyade oy gücünün büyüklüğüne önem verildiği, yani genel kurulda karar alma kabiliyeti elde edilmesine önem verildiği anlamına gelir.

Sermaye ve oy hakkının kontrol oranının tespitinde birbirine alternatif olacak şekilde ölçü alınmasının diğer yöntemlerden farkı, kontrol oranının üzerinde oy hakkı elde edilmese dahi kontrol oranının üzerinde sermayede temsil gücü elde eden kişiler bakımından pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacak olmasıdır. Bu iki şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak, oydan yoksun paylar ile kontrol oranının üzerinde paya sahip olan kişiler pay alım teklifi yükümlülüğünde bulunmak zorunda kalabilir. İkinci olarak, ilk durumun tam tersine oy haklarının kontrol oranının üzerindeki kısmına sahip başka bir kişi de varken de, sırf sermayede kontrol oranının üzerinde payı iktisap eden kişiye pay alım teklifi yükümlülüğü getirilebilir. Bu tür sakıncaların önlenmesi için en sağlıklı tercih, hiç şüphesiz kontrol oranı ölçüsü olarak oy haklarını dikkate almaktır⁸⁵.

İkinci olarak sermaye veya oy haklarının oranı belirlenirken neyin ölçü olarak alındığını ortaya koymak gerekir. Hattâ bu durum, pay alım teklifi yükümlülüğünün hangi amaçlarla düzenlendiği konusunda da fikir edinmeye yardımcı olacak kadar önemlidir. Kontrol oranı belirlenirken esas alınabilecek ölçü öncelikle, genel kurul

toplantı yetersayıları dikkate alınarak bulunabilir⁸⁶. Ancak, bu toplantı yeter sayılarının ölçü alınması tek başına yeterli değildir. Zira, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılımındaki ilgi seviyesi de dikkate alınmalıdır⁸⁷. Bunun dışında, ortaklık yapısı da ölçünün tespitinde rol oynayabilecek faktörlerdir.

Nihayet, bir ülkede kontrol değişikliği işlemlerinin teşvik edilmek istenip istenmediğini, kontrol oranlarının nasıl belirlendiğine ve o ülkede fiilen kontrolü sağlamak için hangi orana sahip olunmasının yeterli olduğuna ilişkin verilere bakılarak kolaylıkla anlaşılabilirliğini söylemek mümkündür⁸⁸. Örneğin, İngiltere’de mülkiyet dağılık yapıda olup, ortalama fiili kontrol oranı %9’dur⁸⁹. Başka bir deyişle, bu ülkede %9’dan daha fazla bir oranda oy hakkına sahip olmak suretiyle fiilen ortaklığın genel kurulunda etki gücü elde edilmesi mümkündür. İngiliz hukukunda kontrol eşği %30 olarak belirlenmiştir. Bu ise, pay alım teklifi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin kontrol değişikliği işlemleri üzerindeki sınırlandırıcı etkisini önemli ölçüde azaltmaktadır⁹⁰. Zira, %30’a ulaşmadan kontrol değişikliği fiilen gerçekleştirilmekte; buna rağmen pay alım teklifi yükümlülüğü doğmamaktadır. Fransa’da fiili kontrol oranı %20

⁸⁵ Nitekim, AB üyesi ülkelerin tümünde kontrol oranı oy hakları ölçü alınarak belirlenmiştir. Bu hususta bkz. The Takeover Bids Directive Assessment Report, *Corporate author(s): Directorate-General for the Internal Market and Services (European Commission); Personal author(s): Marcus Partners*, 2013-04-08; <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/67501b75-7583-4b0d-a551-33051d8e27c1/language-en>, s. 126 vd. Özellikle, 129 ve 131’deki tablolar bu konuda yeterli açıklığı vermektedir. Aynı yönde bkz. *Kendigelen, Zorunlu Çağrı*, s. 1176; *Karacan/Karacan*, s. 279.

⁸⁶ *Manavgat, Ç.: Aleni Pay Alım Teklifi*, SPK Yayınları, Yayın No: 64, Ankara 1996, s. 230.

⁸⁷ Nitekim, *Cahn*, Alman hukukunda kontrol eşğinin %30 olması ile Almanya’da genel kurul toplantılarında oluşan ortalama yetersayıları arasında bağlantı kurmaktadır. Buna göre, Almanya’da anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarına pay sahiplerinin katılım oranı, sermayenin yaklaşık %60’ına tekabül ettiği görülmektedir. Kontrol eşğinin %30 yapılması ile genel kurul toplantısına ortalama katılım oranı olan %60’ın yarısının dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre, Almanya’da bir ortaklığın genel kurul toplantısında fiilen çoğunluğu oluşturmak için %30 oranında paya sahip olması yeterlidir. Görüldüğü gibi, Alman hukukunda kontrol eşğinin %30 olarak belirlenmesinin sebebi, Almanya’da genel kurul toplantılarında fiili kontrol oranının esasen %30 olmasından ileri gelmektedir (Bkz. ve karşı. *Cahn*, s. 2 vd.).

⁸⁸ Bkz. ve karşı. *Sepe, S.: Private Sale of Corporate Control: Why The European Mandatory Bid Rule is Inefficient*, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10, 29 Ağustos 2010, <http://ssrn.com/abstract=1086321>, s. 20-21.

⁸⁹ *Sepe*, s. 21.

⁹⁰ *Sepe*, s. 21.

iken kontrol oranının %30 olarak belirlenmesi de⁹¹, konunun İngiliz hukukuna benzer şekilde ve benzer amaçlar doğrultusunda, yani kontrol değişikliklerini teşvik edici bir tarzda düzenlendiğini göstermektedir.

Buna karşılık, ortalama fiili kontrol oranının sırasıyla %54,5 ve %51 olduğu Almanya ve İtalya'da da kontrol oranı %30 olarak öngörülmüştür. Bu ise, fiilen kontrol değişikliğine yol açmayacak pay iktisaplarının da pay alım teklifi yükümlülüğüne maruz kalmasına yol açacaktır. Daha farklı bir deyişle, kontrol oranının o ülkedeki fiili kontrol oranının altında belirlenmesi, pay alım teklifi yükümlülüğüne kapsamına girmeyecek ölçüde bir pay devrine imkân tanımamak, fiili kontrol oranının altında bile olsa belirli bir oranın üzerindeki her türlü pay iktisabını söz konusu yükümlülük kapsamına almak amacına hizmet etmektedir⁹².

Bunun dışında, bazı ülkelerde mülkiyet yoğunlaşmasından bağımsız olarak çok yüksek bir kontrol eşiği belirlenmek suretiyle, pay alım teklifi yükümlülüğüne tâbi olmaksızın kontrol değişikliği işlemlerine imkân sağlanması da söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Finlandiya'da kontrol eşiğinin %67 olarak belirlenmesi bu amaca hizmet etmektedir⁹³.

O hâlde toparlayacak olursak, pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açmayacak kontrol değişikliği işlemlerinin gerçekleştirilmesinin istenmesi hâlinde kontrol eşiği, o ülkedeki fiili kontrol oranı ortalamasından daha yüksek bir oran olarak belirlenmektedir⁹⁴. Buna karşılık, bu amacın tam tersine tüm kontrol değişikliğine yol açan işlemlerin pay alım teklifi yükümlülüğüne konu edilmesi ve kontrol piyasası işlemlerinin sınırlandırılmasının istenmesi hâlinde ise, bu defa kontrol eşiği, o ülkedeki fiili kontrol oranı ortalamasının altında bir oran olarak belirlenmesi gerekir⁹⁵.

(bb) II-26.1 sayılı Tebliğ'de Düzenlenişi

II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 12/1 fıkrasında kontrol oranı oy haklarının %50'si olarak öngörülmüştür⁹⁶. Bu hüküm, SPKn. md. 26/2'nin tekrarı mahiyetindedir. O hâlde, kontrol oranına esas alınan ölçü, oy hakkı olup, kontrol oranı ise, oy haklarının %50'sidir⁹⁷. Dolayısıyla, örneğin ortaklığın sermaye yapısı nedeniyle sermayenin % 40'ına sahip olmak suretiyle ortaklığı fiilen tek başına yönetme olanağının elde edilmesi durumunda, pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmayacaktır. Buna karşılık, daha önce %40 oranında paya sahip olup da ortaklığı fiilen tek başına yönetme olanağının elde etmiş olan bir kişi, daha sonra yapacağı pay alımları ile bu oranı %50'ye çıkardığı takdirde, daha önce de yönetim kontrolünü fiilen elinde bulundurmasına ve yalnızca %10'luk bir pay alımı yapmış olmasına rağmen pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğüne muhatap olacaktır.

fiili kontrolün elde edildiği durumlarda dahi, pay alım teklifi yükümlülüğünün uygulanamayacağını belirtmektedir. Bu yorum, kontrol oranının belirlenmesi ile pay alım teklifi yükümlülüğünün uygulama alanının daraltılıp genişletilmesi arasındaki bağlantıyı son derece açık bir biçimde göstermektedir (*Manavgat, Aleni, s. 232*).

⁹⁶ Kontrol oranının yükseltilmesini öngören hükümlerin geçersiz olduğu yönünde bkz. *Sevi, s. 111*. Gerçekten de kontrol eşiği kanunla belirlendiği için eşik ile ilgili farklı bir düzenlemenin esas sözleşme ile yapılabilmesi mümkün değildir. Bunun mümkün olabilmesi için İsviçre hukukunda *FinfraG § 135/1* fıkrasının son cümlesinde olduğu gibi, kanunun kontrol oranının esas sözleşme ile belirli bir orana kadar yükseltilmesine açıkça cevaz vermiş olması gereklidir. İsviçre hukukunda esas sözleşme ile kontrol oranı %49'a kadar yükseltilebilmektedir.

⁹⁷ Öte yandan, SPKn. md. 26/1 ile II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 11/1 fıkrasında "*payların veya oy haklarının iktisap edilmesi*" ifadesine yer verilmiştir. Ancak bunu bir çelişki olarak görmemek gerekir (Aksi yönde bkz. *Karacan/Karacan, s. 278-279*). Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, kontrol oranının belirlenmesinde ölçünün ne olması gerektiği ile bu oranın aşılmasında hangi işlemlerin esas alınması gerektiği birbirinden farklı kavramlardır. SPKn. md. 26/1 ile anılan Tebliğ'in md. 11/1'de, kontrol oranının hangi işlemler ile aşılacağı düzenlenmektedir. Buna karşılık, aynı kanunun md. 26/2 fıkrası ile yine aynı Tebliğ'in md. 12/1 fıkrasında ise, yönetim kontrolü oranının hangi ölçü esas alınarak belireneceği hükme bağlanmaktadır. *Karacan/Karacan*'ın Tebliğ maddesi olarak teklif ettikleri "*ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına sahip olan payları...*" ifadesini kontrol oranı ile bu oranının hangi yöntemlerle aşılacağı hususlarının aynı hükümde bir defada belirtilmesi olarak değerlendirmek mümkündür.

⁹¹ *Sepe, s. 21, dn. 64*.

⁹² Bkz. ve karşı. *Sepe, s. 21, dn. 64*.

⁹³ *Sepe, s. 21*.

⁹⁴ *Sepe, s. 50*.

⁹⁵ *Sepe, s. 51*. *Manavgat* da kontrol oranının genel kurul yetersayısı tabanına göre belirlenmesinin fiili kontrolün elde edilemediği durumlarda dahi pay alım teklifi yükümlülüğü kurallarının işletilmesini sağlayacağını; buna karşılık, yetersayının tavanının esas alınması durumunda ise,

Tebliğde yönetim kontrolü kavramının tanımlanması ile nasıl bir bakış açısı olduğunu ortaya koymak gerekir: Yönetim kontrolü oranının aşılması yeterlidir. Bu oranın aşılmasına rağmen yönetim kontrolünün elde edilememesi, sadece hedef ortaklıkta yönetsel imtiyazın varlığı hâlinde önem arz eder. Zira, 6362 sayılı SPKn. md. 26/2'nin son cümlesinde “*Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hüküm, aynı zamanda, genel kurulda oy gücü ile yönetimde temsil kabiliyeti arasında hangisine üstünlük tanındığını da göstermektedir. Zira, genel kurulda oy gücünün mutlak olarak elde edilmiş olmasına rağmen, yönetimde temsil kabiliyeti elde edilmiş ise, pay alım teklifi yükümlülüğü doğmaz. Buna karşılık, genel kurulda oy çoğunluğu bir başkasında olsa bile yönetimde temsil kabiliyetini mutlak olarak elde eden kimse için söz konusu yükümlülük doğar.

O hâlde, kontrol oranının belirlenmesi ile ilgili olarak yukarıda sorduğumuz üç temel soruya II-26.1 sayılı Tebliğ'in nasıl cevap vermiş olduğunu kısaca tekrarlamak gerekirse, kontrol eşiği oy haklarının %50'sidir. Bu orana ulaşılmasına rağmen fiilen yönetim kontrolünün elde edilememiş olması hâlinde, bu olgu yönetimde temsil kabiliyetinin imtiyazlı paylar nedeniyle elde edilememiş olmasından kaynaklanmadıkça, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacağını söyleyebiliriz.

Buna karşılık, bu oranın altında kalınmasına rağmen fiilen yönetim kontrolünün elde edildiği hâllerde ise, fiili kontrol yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazına dayanmadığı takdirde, sahip olunan oy gücü ile fiilen o ortaklığı yönetme olanağı elde edilmiş olsa bile pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmayacaktır. Dolayısıyla örneğin oyda tanınan imtiyazlarla sermayenin %49'unu iktisap eden bir kimse, kontrol eşiğini aşmadığı ve bu orana bağlı kalmaksızın pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğu hâller, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya aday gösterme imtiyazlarıyla sınırlandırıldığı için, pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğüne muhatap olmayacaktır.

ii. Yönetim Kurulunda Temsil Kabiliyeti

(aa) Genel Olarak

Genel kurulda sermaye veya oy hakları ile stratejik konularda temsil kabiliyetinin elde edilmesi, kural olarak yönetim kurulunda da temsil kabiliyetini beraberinde getirir. Dolayısıyla, genel kurulda sahip olunan oy gücünün kontrol eşiğinde öncelikle dikkate alınması, kontrol olgusunun doğasının bir gereğidir. Hattâ, bunun yanında ayrıca yönetim kurulunda temsil kabiliyetinin elde edilmiş olmasını aramaya gerek olup olmadığı sorusu dahi akla gelebilir. Ancak, yönetim kurulunda temsil hakkı sağlayan imtiyazlı payların mevcudiyeti, genel kurulda sahip olunan oy gücünü işlevsiz hâle getirebilir. Böyle durumlarda şu iki sorunun çözülmesi gereklidir: “*Genel kurulda sahip olunan oy gücünü yönetimde temsil kabiliyetini sağlaması şartına bağlamak gerekir mi?*”, “*Böyle bir şarta bağladığımızda, kontrolün varlığını kabul etmek için bunlardan hangisine üstünlük tanımak gerekir?*”

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, İspanya hukukunda da genel kurulda sahip olunan oy gücünün yanında ayrıca yönetimde temsil hakkı sağlayan imtiyazlı payları elde etmek de pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açmaktadır⁹⁸. Buna karşılık, İngiliz, Alman, İsviçre ve Avusturya hukukunda genel kurulda sağlanan temsil gücü ile yetinilmiş, bunun dışında bir pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmemiştir.

Türk hukukunda ise, ilk defa mülga Seri:IV, No:44 sayılı Tebliğ ile bu yönde bir düzenleme yapılmış ve yönetim kurulunun salt çoğunluğunu belirleme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olmak da bu paylar toplam oy haklarının %50'sine tekabül etmese bile yönetim kontrolü eşiğinin aşılması olarak kabul edilmiştir. Aynı hüküm, 6362 sayılı SPKn.'na alınmış ve buna bağlı olarak ilgili Tebliğlerde de ayrıca düzenlenmiştir. Bunun sebebi, hiç şüphesiz yönetim kurulunda temsil hakkı sağlayan imtiyazlı payların yaygınlığıdır. Buna karşılık, İngiliz, Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında bu konuda ayrı bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir.

⁹⁸ Türkyılmaz, İ.: Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul 2015, s. 57, dn. 195.

(bb) II-26.1 sayılı Tebliğ'de Düzenlenişi

6362 sayılı SPKn. md. 26/2'de de, II-26.1 sayılı Tebliğ'de de oy haklarındaki temsil gücünü elde etmekten bağımsız olarak yalnızca yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı payların iktisap edilmesi halinde de oy haklarının %50'sine ulaşmış olmadığına bakılmaksızın, pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğar.

Burada söz konusu imtiyazlı payların tamamının mı, yoksa bu imtiyazlı payların da %50'sinin mi dikkate alınacağı açık değildir. Ancak genel kurulda temsil gücünde oy haklarının %50'sinin arandığı bir düzenlemede, yönetsel imtiyazlara sahip payların toplamının yalnızca %50'sini elde etmekle de bu güce ulaşabildiğini söylemek mümkündür. Nitekim, II-27.2 sayılı Tebliğ'de yer alan tanımda açıkça “veya genel kurulda yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğuna karşılık gelen sayıda üyelikler için aday gösterme hakkı veren imtiyazlı payların çoğunluğuna sahip olunması” ifadesine yer verildiği gibi, doktrinde de bu görüş haklı olarak kabul edilmiştir.⁹⁹

c. Kontrol Oranının Aşılma Yöntemleri**i. Pay İktisabı ile Kontrol Oranının Aşılması**

SPKn. md. 26/1'de pay alım teklifi zorunluluğu, “Halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur.” denilmek suretiyle açık bir biçimde payların veya oy haklarının iktisap edilmesine bağlanmıştır.

Pay iktisabını payın mülkiyetinin aslen veya devren iktisap yoluyla kazanılması olarak değerlendirmek gerekir. Payın devri, borsada işlem gören ortaklıklarda borsada veya borsa dışında gerçekleşebilir¹⁰⁰. Payın mülkiyetinin birleşme, bölünme, hisse değişimi gibi yapısal değişiklik işlemlerine bağlı olarak; cebri icra yoluyla veya miras, bağışlama gibi ivazsız yollarla ya da Türk

Borçlar Kanunu'nun md. 509/3 hükmü uyarınca vekâlet sözleşmelerinde vekile tanınan ayırma hakkının kullanılması sonucunda kazanılması mümkündür¹⁰¹.

Bunlara, hakkında yatırımcı tazmin kararı verilmiş olan bir aracı kurum nezdindeki sermaye piyasası araçlarının Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından hak sahiplerine iadesi kapsamında Yatırımcıların Tazmini ile Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁰² md. 9/1 uyarınca belirli bir yatırımcıya ait olduğu tespit edilen payların ilgisine iadesini de ekleyebiliriz.

Nihayet, SPKn. md. 47/1 uyarınca teminat konusu sermaye piyasası araçlarının mülkiyetinin teminat verende kalabileceği öngörülmüş olup, teminat sözleşmesinde teminat konusu payın mülkiyetinin teminat alana bırakılmasının kararlaştırılması durumunu da burada zikretmek gerekir¹⁰³.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. ve karşı. Schenker, s. 472-473. Ayrıca bkz. Tschäni, R./Iffland, J./Diem, H.-J.: Öffentliche Kaufangebote, Zürich 2010, s. 22-23, N. 43. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, iktisapların ivazsız olması veya miras gibi irade dışı hâllerde gerçekleşmesi pek çok düzenlemede pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet hâli olarak ayrıca düzenlemeye konu olmuştur. Örneğin, Alman hukukunda, bkz. *Verordnung über den Inhalt der Angebotsunterlagen, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots (WpÜG-Angebotsverordnung) § 9/1-2* no'lu bent (Metnin Almanca şu şekildedir: “Die Bundesanstalt kann insbesondere eine Befreiung von den in § 8 Satz 1 genannten Pflichten erteilen bei Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft... (2) durch Schenkung, sofern Schenker und Bieter nicht verwandt im Sinne des § 36 Nr. 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes sind.”). İsviçre hukukunda ise, aynı husus *FinfraG § 136/2* hükmünde düzenlenmiştir (Metnin Almanca şu şekildedir: “Die Angebotspflicht entfällt, wenn die Stimmrechte durch Schenkung, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben werden.”). Dikkat edileceği üzere, Alman hukukunda payları bağış yoluyla iktisap eden kimse ile bağışı gerçekleştiren kimse arasında bir akrabalık bağının olması durumunda muafiyet verilmesi söz konusu olmamaktadır. İsviçre hukukunda ise, böyle bir fark gözetilmemiştir.

¹⁰² 29/3/2014 tarih ve 28956 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰³ Nitekim, payların alacağın teminatı olarak üçüncü kişiye verilmesi, Alman hukukunda, pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet hâli olarak açık bir biçimde düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, bu hukuk sisteminde payların bir alacağın teminatı olarak elde edilmesi hâlinde, pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet tanınması mümkün-

⁹⁹ Bkz. yukarıda dn. 66.

¹⁰⁰ Schenker, U.: Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, s. 472.

ii. Pay İktisabı Dışındaki Yöntemlerle Kontrol Oranının Aşılması

(aa) Pay İktisabı Olmaksızın Oy Hakkını Kullanma İmkânı Etmek Suretiyle Kontrol Oranının Aşılması

Pay iktisabı olmaksızın yalnızca oy hakkının kullanımının elde edilmesi suretiyle de yönetim kontrolü elde edilebilir. Pay üzerinde intifa hakkı tanınması, vekaleten oy kullanılması, hattâ çağrı yoluyla vekalet toplanması ve oy sözleşmeleri bunlara örnek gösterilebilir. Mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğin md. 17'nin yürürlükte olduğu dönemde Sermaye Piyasası Kurulu, pay üzerinde intifa hakkı elde edilmesini pay alım teklifi yükümlülüğünün doğumu için yeterli saymıştır¹⁰⁴. Benzer şekilde vekalet toplanması suretiyle genel kurul toplantısında yönetim kurulunun tümüyle değiştirilmesine ilişkin bir olayda Kurul ilgili hakkında pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmuş olduğu yönünde karar vermiştir¹⁰⁵. Ancak, bu kararın verildiği sırada yürürlükte olan Seri: IV, No: 8

sayılı Tebliğ'de pay alım teklifi yükümlülüğü için pay iktisabı şartının aranmadığını da belirtelim.

Doktrinde bir görüş, bu gibi durumlarda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmayacağı yönündedir. *Kolcuoğlu*, bu görüşünü SPKn'da pay alım teklifi yükümlülüğü için pay iktisabı şartının aranmasına dayandırırken; *Paslı* ve *Manavgat*, Tebliğde yer alan sahip olma ifadesinden hareketle oy hakkına paydan ayrı olarak sahip olunamayacağı için oy sözleşmeleri veya pay üzerinde intifa hakkı tanınarak bu yükümlülüğün doğmayacağı sonucuna ulaşmışlardır¹⁰⁶. Alman hukukunda *Faden* da bu görüştedir¹⁰⁷. *Dinç* ve *Karacan/Karacan* ise, pay üzerinde intifa hakkı tanınması hâlinde, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacağı görüşündedir¹⁰⁸. Kanaatimizce, yukarıda yapmış olduğumuz kontrol eşliğinin belirlenmesinde esas alınan ölçü ile kontrol oranının hangi işlemlerle aşılması durumunda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacağına ilişkin hükümlerin birbirinden farklı olduğuna ilişkin açıklamalarımız bu sorunun çözümünde de kullanılacak niteliktedir. "*Sahip olma*" ifadesi kontrol oranının belirlenmesinde esas alınan ölçüyü ifade etmek üzere kullanılmakta olup, bu ifadeden hareketle kontrol oranının aşılmasında hangi işlemlerin esas alınacağına ilişkin sorunun çözümünde dikkate almamak gerekir. Buna göre, kontrol oranının hangi işlemlerle aşılacağını düzenleyen hükümde pay iktisabı ile ilgili bir sınırlama yapılmadıkça, kanaatimizce oy sözleşmeleri veya pay üzerinde intifa hakkı tanınması suretiyle de pay alım teklifi yükümlülüğün doğması söz konusu olacaktır.

Bu konuda açık düzenleme yapan ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin İsviçre hukukunda *FinfraV-FINMA* § 34/3 fıkrasında, temsilci aracılığıyla kullanılan oy hakkının hesaplamada dikkate alın-

dür. Bkz. *WpÜG-Angebotsverordnung* § 9/1-4 no'lu bent (Metnin Almancası şu şekildedir: "*Die Bundesanstalt kann insbesondere eine Befreiung von den in § 8 Satz 1 genannten Pflichten erteilen bei Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft... (4) zum Zwecke der Forderungssicherung,*" Aynı muafiyet sebebinin İngiliz hukukunda da bulunduğu yönünde bkz. *Manavgat*, Ateni, s. 125). Buna benzer bir düzenleme, 5/6/2018 tarihli ve 30442 sayılı RG'de yayımlanan II-26.1b sayılı Tebliğ ile yapılarak II-26.1 sayılı Tebliğ'e eklenmiştir. Anılan Tebliğin md. 18/1'e eklenen (e) bendi "*Banka kredilerinin geri ödenmemesi durumunda bankaya kredinin teminatı olarak verilmiş payların Kanununun 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bankanın mülkiyetine geçmesi, bu payların bankanın da kurucu olduğu özel amaçlı işletmeye devredilmesi ile bu payların mülkiyetinin bankaya veya özel amaçlı işletmeye geçmesinden sonra üçüncü kişilerce bankadan veya özel amaçlı işletmeden satın alınması*"nı bir muafiyet hâli olarak öngörmüştür.

¹⁰⁴ Bu hususta bkz. 2004/27 sayılı Haftalık Bülten'de yayımlanan karar. Kararda taraflarca intifa hakkına konu hisse senetlerinin oy hakkının malik tarafından kullanılacağına beyan edilmiş olması nedeniyle, bu aşamada Seri: IV, No: 8 Tebliği md. 17 kapsamında bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olmadığına, ancak sözleşmenin taraflarından birine sözleşmenin diğer tarafına da bildirilmek üzere ve pay devrinin gerçekleştiği hedef şirkette; intifa hakkı sahibi tarafından oy hakkının kullanılması veya şirket yönetimine bu kişinin katılması halinde, durumun Seri: IV, No: 8 Tebliği kapsamında yeniden değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

¹⁰⁵ 2006/43 sayılı Haftalık Bülten'de yer alan Kurul kararı.

¹⁰⁶ *Paslı*, Devralma. s. 442, 460 ve 458; *Manavgat*, Yönetim Kontrolü, s. 1459, 1469; *Kolcuoğlu*, s. 72-73.

¹⁰⁷ *Faden*, s. 28-29.

¹⁰⁸ *Dinç*; İ.: Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, İstanbul 2006, s. 243; *Karacan/Karacan*, s. 286. Ancak son yazarlar, olması gereken hukuk bakımından intifa hakkı tesisi nedeniyle doğan pay alım teklifi yükümlülüğünün muafiyet hâlleri arasında düzenlenmesi gerektiği görüşündedir (s. 287).

mayacağı hükme bağlanmıştır¹⁰⁹. Ancak bu hükmü aynı maddenin ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirmek gerekir. Buna göre, başkasına temsil yetkisi verilmiş ise, bu kişinin sahip olduğu oy haklarının hesaplanmasında, temsilci aracılığıyla kullandığı oyları dikkate alınmaz. Yoksa *FinfraV-FINMA* § 34/2'nin son cümlesi uyarınca kontrol oranının aşılmasında yalnızca iktisap edilen payların hesaplanmadığı, sahip olunan oy haklarının da hesaplama dâhil edileceği açıkça vurgulanmıştır. Aynı şekilde, Alman hukukunda Pay Alım Teklifi Kanunu (*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz-WpÜG*) § 30/1-6'da temsilci sıfatıyla kullanılan oyların da hesaba katılacağı öngörülmüştür¹¹⁰.

Pay iktisabı olmaksızın oy hakkının elde edildiği bir başka durum ise, teminat konusu payın mülkiyetinin teminat verende kaldığı teminat sözleşmelerinde taraflarca söz konusu payların kullanım hakkının teminat alana bırakılıp bırakılmıyış olmasına ilişkindir. Zira, teminata konu payların kullanım hakkının teminat alana bırakılması, bu paylara ilişkin oy haklarının da teminat alan tarafından kullanılması sonucunu doğuracaktır.

(bb) Yönetim Kontrolü Oranının Üçüncü Kişilerin İşlemleri Sonucunda Aşılış Hâle Gelmesi

Yönetim kontrolü değişikliğinin pay iktisabı dışında gerçekleştiği ikinci bir kategori ise, kontrolün tümüyle üçüncü kişilerin işlemleri neticesinde el değiştirmesidir. Örneğin, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi, sermaye azaltımı neticesinde payların itfa edilmesi nedeniyle yeni bir kontrol yapısının oluşması vb.¹¹¹ durumlarda, pay iktisabı olmaksızın mevcut payları ile oy haklarının kontrol oranının üstüne çıkması söz konusu

olduğu için pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğunu kabul etmek gerekir.

Yönetim kontrolünün tümüyle üçüncü kişilerin işlemleri neticesinde el değiştirmesi kapsamında değerlendirilebilecek bir başka hâl ise, SPKn. md. 28/2'nin uygulanması sonucu ortaya çıkabilir. Anılan fıkraya göre, “*Kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlar Kurul kararı ile kalkar. Söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması hâlinde bu hüküm uygulanmaz.*” Dolayısıyla, Sermaye Piyasası Kurulu kararı ile anılan fıkra uyarınca yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazları sona eren bir ortaklıkta, oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduran, ancak yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlı payların çoğunluğu başka bir kişide bulunduğu için yönetim kontrolüne sahip olmadığı SPKn. md. 26/2 son cümlesi uyarınca kanunen kabul edilmiş olan kişinin, imtiyazlar ortadan kalktığı için, yönetim kontrolüne sahip hâle gelmesi söz konusu olacaktır.

Bu duruma ilişkin karşılaştırmalı hukukta istisnâî nitelikte bazı düzenlemelerin olduğunu da belirtelim. Örneğin Avusturya hukukunda yönetim kontrolünün kendi işlemleri ile değil de tümüyle üçüncü kişilerin işlem ve eylemleri sonucu elde edilir hâle gelmesi, “*yönetim kontrolünün pasif olarak elde edilmesi*” (*passive Kontrollerrlangung*) adıyla özel olarak düzenlenmiştir. Avusturya Pay Alım Teklifi Kanunu (*Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote-Übernahmegesetz-ÜbG*) § 22b/1 uyarınca¹¹² böyle bir durumda pay alım

¹⁰⁹ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: “*Von der Berechnung ausgenommen sind Stimmrechte, deren Ausübung ausschliesslich auf einer Vollmacht zur Vertretung an einer Generalversammlung beruht.*”.

¹¹⁰ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: “*die dem Bieter anvertraut sind oder aus denen er die Stimmrechte als Bevollmächtigter ausüben kann, sofern er die Stimmrechte aus diesen Aktien nach eigenem Ermessen ausüben kann, wenn keine besonderen Weisungen des Aktionärs vorliegen.*”.

¹¹¹ Örnekler için bkz. *Paslı*, Devralma, s. 470 vd. Sermaye azaltımının kontrol eşliğinin pasif olarak aşılmasına örnek olarak gösterilmesi hakkında bkz. *Tschäni/Iffland/Diem*, s. 23, N. 43.

¹¹² Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: “*Wer eine kontrollierende Beteiligung erlangt, ohne dies durch zeitnahe Handlungen, wie insbesondere durch Anteilserwerb bewirkt zu haben, muss kein Angebot legen, wenn er beim Erwerb der Anteile nicht mit der Kontrollerrlangung rechnen musste. Die Kontrollerrlangung ist der Übernahmekommission unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 20 Börsetagen ab Erlangen der kontrollierenden Beteiligung mitzuteilen.*” *ÜbG*'ye § 22b hükmünün eklenmesi, anılan kanunda yapılan 2006 değişikliği ile gerçekleştirilmiştir. Bu maddenin eklenmesine dayanak oluşturan olay Avusturya Pay Alım

teklifi yükümlülüğü doğmaz. Ancak, bu sonuç birtakım şartların mevcudiyetine bağlanmıştır. Buna göre, iki temel şarttan söz edilebilir¹¹³. İlk olarak kontrolü bu yolla elde edenin bu süre zarfında aktif bir eyleminin bulunmaması gerekir¹¹⁴. İkinci şart ise, olarak kontrolün el değiştirmesine yol açan iktisap ilişkisinde taraflardan biriyle birlikte hareket eden olarak kabul edilmemesine ilişkindir.

Alman hukukunda ise, *WpÜG-Angebotsverordnung*'da öngörülen iki muafiyet hâli yönetim kontrolünün pasif olarak elde edilmiş olmasına özgüdür¹¹⁵. Buradan hareketle, bu sis-

temde yönetim kontrolünün pasif olarak elde edilmesi ile de pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmasının kabul edildiğini, ancak böyle durumlara özgü muafiyet sebebi öngörülme suretiyle menfaat dengesinin tesis edildiğini söylemek mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu konuda SPKn. md. 28/2'deki istisnai ve belirli bir somut duruma ilişkin hüküm dışında açık bir hüküm olmayan Türk hukuku bakımından yönetim kontrolünün pasif şekilde elde edilmesine farklı bir sonuç bağlamaya imkân bulunmamaktadır¹¹⁶. Başka bir deyişle, kontrolün pasif şekilde el değiştirmesi de, somut olayda başkaca bir istisna veya muafiyet hâli bulunmadıkça, pay alım teklifi yükümlülüğü sonucunu doğurur. Vardığımız bu sonucu birden fazla şekilde gerekçelendirmek mümkündür. Her şeyden önce istisnai hükümlerin kıyas yoluyla türetilmemesi ilkesi aksi bir yoruma engel oluşturur¹¹⁷. Ayrıca, kanaatimizce, kontrol eşliğinin, fiili kontrol oranından daha düşük belirlendiği hukuk sistemlerinde, kontrolün, kontrolü elde eden kimsenin hiçbir dahilinin olmadığı olaylar sonucunda tümüyle şeklen elde edilmiş olmasının hakkaniyetle bağdaşmadığı durumlarda böyle bir istisna öngörülmesi makul olarak değerlendirilebilirse de, kontrol oranının mutlak çoğunluğun ölçü olarak alındığı Türk hukukunda böyle bir hüküm öngörmeye gerek bulunmamaktadır. Zira, kontrol oranının yüksek belirlenmesi, bu tür hakkaniyet değerlendirmelerinin yapılmasına engel oluşturur. Aksi durumda, azınlık pay sahiplerinin korunması daha da güçleştirilmiş olur. Ancak, kontrol değişikliğinin üçüncü kişilerin işlemleri ile gerçekleştiği durumlarda, kontrol oranının istenmeden aşılmasına muafiyet sonucunu bağlayan II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 18/1-b hükmünün uygulanmasını gündeme getirebileceği de belirtilmelidir¹¹⁸.

Teklifi Komisyonu'nun 24/2/2004 tarihli ve GZ 2004/1-9-112 sayılı *Böhler-Uddeholm* kararını (karar için bkz. http://www.takeover.at/uploads/u/pxe/A2_Entscheidungen/Bescheide/GZ_2004-1-9-112_Boehler-Udde-holm_AG_-24.02.2005.pdf). Zira olayda söz konusu ortaklıkta ikinci en büyük ortak konumunda olan kişi, büyük ve hâkim ortağın paylarını satması sonucu kendi iradesi dışında hâkim ortak hâline gelmiştir (Olay ve maddenin kanuna eklenişine ilişkin bilgi için bkz. *Koschier*, V.: Die Kontrollerrangung im Übernahmerecht unter besonderer Berücksichtigung der passiven Kontrollerrangung, Dissertation, Universität Wien 2012, http://othes.univie.ac.at/24918/1/2012-08-22_0104610.pdf s. 21; *Seilern-Aspang*, s. 41)

¹¹³ Bu hususta bkz. *Seilern-Aspang*, s. 41-42. *Koschier* ise, yönetim kontrolünün pasif olarak elde edilmesi ile ilgili şart olarak değil de, ölçüt olarak şu hususların bir arada olması gerektiğini belirtmektedir: Pasif olma (*Passivität*), zamansal yakınlık (*Zeitnähe*), öngörülebilirlik (*Vorhersehbarkeit*). Zamansal yakınlık, yönetim kontrolünün kazanılmasının bir sonucu olan son aktif eylem ile kontrolün gerçekten kazanıldığı zaman aralığının arasındaki ilişki hakkındadır. Her ne kadar maddede bu konuda bir açıklık bulunmasa da, aynı Kanunun md. 26'daki 12 aylık süreden hareketle bu ikisi arasında 12 aylık sürenin olması gerektiği belirtilmektedir. Burada amaç, kontrolü başkasının eylem, sonucu elde etmiş olan kişinin yaptığı son alım ile kontrolün bu şekilde kendisine intikal ettiği olay arasında bir illiyet bağı olmasını engellemektir. Öngörülebilirlik ise, kontrolü bu suretle elde eden pay sahibinin, pay iktisabı sırasında kontrolü elde etmeyi beklemiyor olması, bu hususun kendisi için öngörülebilir olmamasıdır. Bu hususta geniş bilgi için bkz. *Koschier*, s. 190 vd.

¹¹⁴ Bu hususta geniş bilgi için bkz. *Koschier*, s. 190-191.

¹¹⁵ Bunlar *WpÜG-Angebotsverordnung* § 9/1-5 ve 6'da öngörülmüştür. Anılan maddenin birinci fıkrasının beşinci bendi hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünün elde edilmesinin oy haklarının toplam sayısında yapılan indirimden kaynaklanmaktadır (*auf Grund einer Verringerung der Gesamtzahl der Stimmrechte an der Zielgesellschaft*). Buna ilişkin ikinci durum ise, aynı fıkranın altıncı bendinde yer almakta olup, kontrol değişikliğinin istenmeden gerçekleşmesine ilişkindir (*ohne dass dies vom Bieter beabsichtigt war, soweit die Schwelle des § 29 Abs. 2 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes nach der Antragstellung unverzüglich wieder unterschritten wird*).

¹¹⁶ Aksi görüş için bkz. *Paslı*, Devralma, s. 471. Yazar, yönetim kontrolünün pasif bir biçimde değiştiğinde, gerçekten yönetim kurulu ile bağlantılı değilse, bu olgunun çağrı zorunluluğuna (pay alım teklifi yükümlülüğü) tâbi olması gerektiğini ileri sürmektedir.

¹¹⁷ Bu yorum ilkesi hakkında bilgi için pek çokları yerine bkz. *Gözler*, K.: Hukuka Giriş, 13. B., Bursa 2016, s. 305.

¹¹⁸ Anılan bent uyarınca halka açık ortaklık paylarının herhangi bir genel kurul toplantısında kullanılmamış olması veya ortaklık yönetim kurulunda herhangi bir değişiklik yapılmaması şartıyla, halka açık ortaklık sermayesinde sa-

(cc) Pay Sahipleri Arasındaki Özel Anlaşmalar Yapılması Suretiyle Kontrol Eşiğinin Aşılması

6362 sayılı SPKn. md. 26/3'te, aynı Kanunun md. 23/1 ile 29/6'daki usul ve esaslara uymaksızın ortakların kendi aralarında yaptıkları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünün elde edilmesi "pay iktisabı" dışında bu madde kapsamında değerlendirilecek tek hâl olarak düzenlenmiştir¹¹⁹. Başka bir deyişle, pay iktisabına bağlı olmaksızın pay alım teklifi zorunluluğu münhasıran md. 26/3'te belirtilen istisnâî durumda söz konusu olabilecektir. Bu halde de, anılan hükümler uyarınca genel kurul onayının alınması (md. 26/3) durumunda yine pay alım teklifi yükümlülüğü doğmayacaktır.

hip olunan paylardan pay alım teklifi yapma zorunluluğunu gerektiren kısmın elden çıkarılması veya Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uygun görülecek bir sürede elden çıkarılacağı yazılı olarak taahhüt edilmesi durumunda pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet verilebilir. Dolayısıyla yönetim kontrolünün pasif bir biçimde elde edilmesi durumunda, kontrol oranını istemeden aşmış duruma gelen kişi, bu hükümden yararlanarak, kontrol oranını aşan kısmı elden çıkarmayı taahhüt etmek suretiyle muafiyetten yararlanabilir.

¹¹⁹ Esasen böyle bir hüküm sevk edilmeden önce de Sermaye Piyasası Kurulu uygulamasında, özellikle mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ döneminde, bu konuda pay alım teklifi yükümlülüğü getirilmesi anlayışı benimsenmiştir. Gerçekten de, birbirinden habersiz olarak Tebliğde belirtilen eşiğin altında kalan miktarda pay iktisap eden kişilerin daha sonra ortaklığın kontrolünü ele geçirmek ya da oylarını birleştirmek amacıyla işbirliğine gitmeleri ve bu suretle Tebliğde belirlenen eşiğin üzerine çıkmaları halinde, bir görüşe göre, bu gruba ait payların birlikte hareket eden kavramı içinde değerlendirilmesi ve ilgililer hakkında pay alım teklifi yükümlülüğünün getirilmesi gerekeceği görüşü savunulduğu gibi, bunun tam tersine yeni pay almak amacıyla birlikte hareket etme unsuru olmadıkça mevcut payların toplam oranı mevzuatta öngörülen sınırı geçen münferit kişilerin grup oluşturmayacağı yönünde görüşler de ileri sürülüyordu. Nitekim, benzer bir olayda, mülga Tebliğ döneminde Sermaye Piyasası Kurulu bir ortaklıkta iki ayrı pay sahibinin ayrı ayrı pay alımları yapıp, daha sonra birlikte hareket etmek suretiyle yönetim kontrolünü paylaşmalarına pay alım teklifi yükümlülüğü getirilmiştir. Zira, söz konusu kararın alındığı tarihte yürürlükte olan mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ'in md. 17/1'de "Çağrı yoluyla hisse senedi toplanması, blok veya münferit alımlar, ya da herhangi bir yöntemle... yönetim kontrolünü sağlayan paylara sahip olanlar" ifadesine yer verilmişti. Bu nedenle, Sermaye Piyasası Kurulu paylara sahip olmak kavramının pay iktisap etmekten daha geniş bir kavram olduğu şeklinde yorumlamıştı.

Diğer yandan, SPKn. md. 26/3'te yer alan anlaşma yapmak suretiyle yönetim kontrolünün elde edilmesinde, yönetim kontrolünü şekli anlamda yönetim kontrolü ile sınırlamanın gerekip gerekmediğini de belirlemek yararlı olacaktır. Örneğin TMS 10 Standardı'nın Eki'nde B18 ve 19 no'lu paragraflarda¹²⁰ yer alan fiili olguların varlığı halinde, başka bir deyişle, yalnızca orada belirtilen hususlarda yapılmış bir anlaşmanın, yönetim kontrolü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu hususta kesin bir yargıya varmadan önce çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurmak yararlı olabilir.

Buna göre, işbirliği yapanların sahip oldukları oy toplamı toplam oy haklarının %50'sinden fazlasına tekabül ediyorsa, yapılan anlaşmanın içeriğinden bağımsız olarak yönetim kontrolünün elde edilmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

İkinci ihtimal, işbirliği yapanların yaptığı anlaşmanın yönetim kurulunda salt çoğunluğu elde etmeye yönelik olmasıdır. Yönetimde temsil imtiyazı olan iki grup, aralarında yaptıkları bir anlaşma ile yönetim kurulunda salt çoğunluğa ulaşır hale gelmişse, başka bir deyişle bu anlaşma yönetim kurulunun salt çoğunluğunu temsil etmeye yönelmişse, yine yönetim kontrolünün anlaşma sonucu elde edilmiş olduğunu kabul etmek mümkündür.

Üçüncü ihtimal, taraflar arasındaki anlaşma ile elde edilen oy gücünün toplam oy haklarının %50'sinin altında olması; ancak buna rağmen, hedef ortaklığın sermaye, oy yapısı, genel kurula katılımın düşük olması gibi kendine özgü durumlar sebebiyle fiilen o ortaklığın yönetim kontrolünün sağlanmış olmasıdır. Böyle bir ihtimalde taraflar arasında o ortaklığın yönetimi konusunda yapılmış olan anlaşmayı gerekçe göstererek, SPKn. md. 26/3 hükmünün uygulanması kanaatimizce maddenin birinci fıkrası ile çelişkili sonuçlara yol açar. Zira, pay iktisabı ile %50'nin altında bir oy gücü elde edilmiş, ancak o ortaklığın fiili kontrolü elde edilmiş olduğunda dahi pay alım teklifi doğmamış iken, aynı sonuca pay iktisabı ile değil de

¹²⁰ Bu hususta bkz. yukarıda dn. 55-56.

yalnızca pay sahipliği sözleşmesi yapılarak ulaşılmış olmasına farklı sonuçlar bağlamak, maddenin sistematik bütünlüğüne, mantığına ve düzenleniş amacına aykırı olur. Bunun dışında, yukarıda yaptığımız kontrol oranının ne olduğu ile bu oranın hangi işlemler ile aşıldığı kavramlarının birbirinden farklı olduğuna ilişkin ayırım gözetilerek de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira, bu ayırımın doğal sonucu, SPKn. md. 26/3'ün ayrı bir pay alım teklifi yükümlülüğü sebebi olmadığı, yalnızca aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen kontrol oranının aşılması yöntemlerinden biri olduğu hususudur.

Dördüncü ihtimal, taraflar arasındaki anlaşmanın münhasıran TMS 10 Standard Eki'nin B18 ve 19 no'lu paragraflarında¹²¹ yer alan hususlardan biri veya birkaçına ilişkin olmasıdır. Örneğin iki taraf yalnızca ortaklığın kilit yöneticilerinin belirlenmesi hususunda anlaşmış ve kilit yöneticiler iki kişinin oyu ile seçilir durum gelmiş ise, kanaatimizce yine bu kişilerin haiz oldukları oy hakları veya yönetim kurulundaki temsil kabiliyetlerinin salt çoğunluğu sağlayıp sağlamadığına bakılması gerekir. Aksi takdirde, pay iktisabı durumunda pay alım teklifi doğmayan fiilî birtakım olgulara yalnızca pay sahipliği sözleşmesi yapıldığı için pay alım teklifi yapılması sonucu bağlanmış olur. Aynı sonuca, yukarıda değinildiği gibi, SPKn. md. 26/3'ün kontrol oranından bağımsız bir pay alım teklifi yükümlülüğü sebebi oluşturmadığına ilişkin argümanın kullanılmasıyla da ulaşılmaması mümkündür.

3. Kontrol Eşiğinin Aşılmasında Özellikli Durumlar

a. Kontrol Eşiğinin Birlikte Hareket Etme Suretiyle Aşılması

i. Birlikte Hareket Etme Kavramı ve Düzenleniş Amacı

Birlikte hareket etme kavramı, pay alım teklifi yükümlülüğünün yanında kamuyu aydınlatma, piyasa bozucu eylemler gibi sermaye piyasası hukukunda çeşitli alanlarda karşımıza çıkan son derece önemli bir konudur. Pay alım teklifi yükümlülüğü alanında konunun nasıl ele alındığını,

kapsamının sınırlarını anlayabilmek için, bu kavramın sermaye piyasası hukukunun diğer alanlarında nasıl düzenlendiğini de dikkate almak ve kapsamı yorumlarken bu bütünlük içinde değerlendirmek gerekir.

Gerçekten de, pay sahiplerinin yatırım yaptıkları anonim ortaklığın sermaye, oy dağılımı veya imtiyazlı paylar ya da pay sahiplerinin yönetime olan ilgisizliği sebebiyle yönetime katılma haklarını kullanmaları konusunda daha etkili olabilmek için çeşitli şekillerde işbirliği içine girmeleri mümkündür. Yönetime katılma haklarının kullanılması konusunda işbirliğine gidilmesi başlıca iki amaca yönelik olabilir. Bunlardan ilki, ilgili ortaklığın yönetsel yapısında herhangi bir değişikliğini amaçlamaksızın yönetimin işleyişinde özellikle denetimin, gözetimin sağlanmasını hedefler¹²². Buna “denetim amaçlı işbirliği” (*monitoring cooperation*) da denilmektedir¹²³.

İkinci yöntem ise, pay sahiplerinin ortaklık üzerindeki etkileri, daha doğrusu ortaklığın karar ve işlemleri üzerindeki etkilerini sağlamak amacıyla işbirliği yapmalarıdır. Buna da “yönetim amaçlı işbirliği” adını verebiliriz. Esasen birlikte hareket etme veya uyumlu eylemlerde bulunma (*acting in concert*) kavramı bu ikinci yöntemi ifade eden işbirliğini kapsamaktadır¹²⁴. Buna göre, birlikte hareket etme, ortaklığın paylarını devralarak veya diğer başka yollarla¹²⁵ ortaklığın kontrolünü ele geçirme ya da kontrolün el değiştirmesini engelleme konusunda birden fazla kişinin aktif olarak işbirliği yapmasını ifade eder.

Dikkat edileceği üzere, ikinci yöntemle tek başına hareket ettiklerinde istedikleri sonucu alamayacak olan pay sahiplerinin bir araya gelerek, bir yandan ortaklık işleyişinde söz sahibi olmalarına imkân sağlanmış olur, diğer yandan da hukuk düzeninin yüklediği başta kamuyu aydınlatma ve pay alım teklifi yükümlülüğü gibi yükümlülükler-

¹²¹ Bkz. yukarıda dn. 55-56.

¹²² Ghetti, R.: Acting in Concert in EU Company Law: How Safe Harbours can Reduce Interference with the Exercise of Shareholder Rights, *European Company and Financial Law Review*, 4/2014, s. 595.

¹²³ Ghetti, s. 596.

¹²⁴ Ghetti, s. 597.

¹²⁵ Bu husustaki tartışmalar için bkz. aşağıda II.A.3.a.ii.(bb).(aaa).

den de kaçınmak mümkün olabilir¹²⁶. Zira, tek tek değerlendirildiğinde hiçbir pay sahibi söz konusu yükümlülüklerin kendileri için uygulanmasına yol açacak ölçüde oy hakkına sahip değildir.

Birlikte hareket etme hâlinin pay alım teklifi yükümlülüğü bakımından düzenlenme amacı, esas itibarıyla, tarafların bir arada ve ortak irade sergileyerek yönetim kontrolünü sağlamalarına rağmen, her birinin ayrı ayrı kontrol oranının altında kalarak pay alım teklifi yükümlülüğünü bertaraf etmelerini önlemektir¹²⁷. Ancak, denetim amaçlı işbirliği ile yönetme amaçlı işbirliği arasında bu iki işbirliğinin icrası kapsamında yürütülen faaliyetlerin çoğu zaman kesişmesi nedeniyle yapılacak düzenlemelerde hassas bir dengenin gözetilmesi gerektiği de açıktır. Gerçekten de, bu hususta yapılacak aşırı düzenlemeler, pay sahipleri arasında yönetime ilgisizliğin artmasına yol açabilir, mevcut yönetim yapılarının pay sahiplerince gözetimi, denetimi ve izlenmesi imkânı ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla, bir ortaklığın işleyişinin gözetimini sağlamak üzere ya da mevcut bir yolsuzluğu ortaya çıkarmak amacıyla yönetime katılma haklarını ortaklaşa kullanan kişileri, aralarındaki ilişki düzeyi akrabalık, iş veya istihdam gibi olgular ile desteklenmiş olsa dahi, her zaman birlikte hareket eden olarak değerlendirmek amacını aşan sonuçlara da yol açabilir.

Diğer yandan, birlikte hareket kavramının sermaye piyasası hukukunda pay alım teklifi yükümlülüğü dışında da düzenlemeye konu edildiğini belirtmiştik. Dolayısıyla, birlikte hareket etme kavramından söz edildiğinde, hangi konu bağlamında bu kavramın düzenlendiğine de bakmak gerekir¹²⁸. Makale konumuz itibarıyla, burada

birlikte hareket etmenin yalnızca pay alım teklifi yükümlülüğünde düzenlenişi üzerinde durulacaktır.

Birlikte hareket etme kavramının, pay alım teklifi yükümlülüğünde de çeşitli bakımlardan düzenlendiğini görüyoruz. İlk olarak bu kavram, yukarıda da belirtildiği üzere, yönetim kontrolünün ele geçirilip geçirilemediğinin tespitinde önem arz eder. Bunun dışında, birlikte hareket etme kavramına pay alım teklifi fiyatının belirlenmesinde de ihtiyaç duyulabilir. Birlikte hareket eden kişiler arasında gerçekleşen pay devirlerine muafiyet verilip verilmemesinde de bu kavramın düzenlemeye konu edilebileceğini söyleyebiliriz. Ancak, biz makale konumuzun sınırları içinde bu kavramın yalnızca yönetim kontrolünün tespiti üzerindeki işlevine değineceğiz.

Bunun dışında, birlikte hareket etmenin, yalnızca yönetim kontrolünü ele geçirmeye çalışan kişiler arasında olmadığını; bunu engellemeye çalışanların da oluşturacağı irade birliğinin birlikte hareket olarak değerlendirildiğini belirtmiştik. Nitekim, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 4/1-c'de yer alan tanımda birlikte hareketin bu ikinci yönüne de işaret edilmiştir.

ii. Unsurları

(aa) Şekli Unsur

Birlikte hareket etmenin şekli ve maddi olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır¹²⁹. Şekli

leceği üzere, özel durumların açıklanması yükümlülüğü bağlamında, konu ele alınırken, birlikte hareket etmenin maddi yönünü oluşturan taraflar arasındaki işbirliğinin yöneldiği alan hedef ortaklığın yönetim kontrolünü değiştirmek veya bunu engellemek değil, ilgili ortaklığın sermaye veya yönetim yapısında her türlü değişikliği meydana getirmektir. İşbirliğinin yöneldiği alanın ya da hedefin daha farklı ve geniş olması, hiç şüphesiz işbirliğinin içeriğine dâhil edilebilecek eylemlerin kapsamını ve işbirliğinin geçici veya sürekli olup olmamasını da etkileyecek bir husustur. VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin md. 3/1-a bendinde ise, birlikte hareket eden kişiler, tümüyle piyasa bozucu eylemleri iştirak hâlinde gerçekleştirebilecek kişi gruplarını sayılması suretiyle düzenlenmiştir.

¹²⁹ Hoffmann, J.H./von der Crone, H.C.: Das Handeln in gemeinsamer Absprache und die organisierte Gruppe im Offenflegungsrecht, SZW, 8/2011, s. 315. Şekli ve maddi unsur ayrımı yapmaksızın, birlikte hareket etmenin anlaşma (Absprache) ve birlikte-ortaklaşa davranışlarda bulunmak (Zusammenarbeit) olmak üzere iki unsurunun bulunduğu

¹²⁶ Bu yönde bkz. ve karşı. Ghetti, s. 598, özellikle dn. 15.

¹²⁷ Kolcuoğlu, s. 162.

¹²⁸ Örneğin, Birlikte hareket eden kişiler, II-26.1 sayılı Tebliğin md. 4/1-c bendinde, "Hedef ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirmek amacıyla teklifte bulunanla ya da bir teklifin başarılı bir şekilde sonuçlandırılmasını engellemek amacıyla hedef ortaklıkla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nde, birlikte hareket eden kişiler, "bir ihracının sermaye yapısında veya yönetim kontrolünde değişiklik oluşturmak amacıyla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ve/veya tüzel kişiler" şeklinde tanımlandığını görüyoruz. Dikkat edi-

unsur, yönetim kontrolünü ele geçirme ya da bunu engelleme hususunda tarafların anlaşmış olmasıdır.¹³⁰ Bu anlaşmanın konusu, esas itibarıyla, kontrolün elde edilmesine ve icrasına yönelik faaliyetlerde bulunmaktır.¹³¹ Doktrinde *Paslı* tarafından

ve bunların kümülatif olduğu yönünde bkz. *Koschier*, s. 91, 93. İsviçre Federal Mahkemesi ise, *Quadrant* kararında (BGE 130 II 530, E. 6.4.2.) birlikte hareket etmenin asgari seviyede içsel bir amaç (*eine minimale innere Finalität*) ve dışa dönük organizasyon (*äussere Organisiertheit*) olmak üzere iki unsuru olduğunu belirtmiştir. Doktrinde, mahkemenin bu tasnifinin birlikte hareket etmenin bu husustaki belirsizliği gidermediği belirtilmektedir (*Weber, P./Zimmermann, H.: The Price Effects of the Disclosure of Significant Holdings in Listed Companies: The Case of Groups Acting in Concert*, SZW/RSDA, 3/2012, s. 200-201). İsviçre Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*)'nin *Sulzer* kararında (BVG 2010/63, E.9.1) ise, ortak araç ve güç kullanılarak ortak bir hedefe yönelme hususunda örtülü de olsa bir anlaşma yapılmış olması ve grubun gruba dâhil olan kimselerin bireysel çıkarlarının grubun ortak çıkarlarının gerisinde kalmış olması hususlarına vurgu yapılmıştır (kararın değerlendirmesi için bkz. *Hoffmann/von der Crone*, s. 313 vd.). Belirtmek gerekir ki, *Hoffmann/von der Crone*, kararda geçen "ortak hedefe yönelme ve bunun için ortak araç ve güç kullanılmasını" maddî unsur olarak; "örtülü de olsa anlaşmayı" ise, şekli unsur olarak değerlendirmiş ve bu şekilde incelemiştir. Bu hususta bkz *Hoffmann/von der Crone*, s. 315-316-317. Karara konu olan hakkında bilgi için ayrıca bkz. *Weber/Zimmermann*, s. 200, dn. 23).

¹³⁰ Doktrinde anlaşma kavramının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre anlaşma sözleşmesel temele dayalı olabileceği gibi, hukuki bağlayıcılık içermeyen centilmenlik anlaşması şeklinde de olabilir. Bu hususta, bkz. *Koschier*, s. 91-92. Öte yandan Türk hukukunda *Türkyılmaz*, birlikte hareket etme için anlaşmanın aranmasının isabetsiz olduğunu, rekabet hukukunda uygulaması olan uyumlu eylemlerin de kapsama dâhil edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (s. 45). Ancak, bu görüşe katılmaya imkân bulunmamaktadır. Zira, birlikte hareket etme için gerekli olan anlaşma unsuru, her türlü anlaşmayı içerecek genişlikte bir kavram olup, bu müessesenin niteliği icabı birlikte hareket edenler arasında yönetim kontrolünün elde edilmesi hususunda bir anlaşmanın var olması gereklidir. Bu bakımdan, *Paslı*'nın birlikte hareket için herhangi bir açık veya zımnî anlaşmaya dayalı olmaksızın beraber hareket etme güdüsü/anlayışının da birlikte hareket anlamına geleceğine ilişkin görüşüne (bkz. *Paslı*, Devralma, s. 466-467) ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Bu tür anlayışlar da anlaşma kavramına dâhildir. Tekrar etmek gerekirse, birlikte hareket etme olgusunun unsurlarından biri olan anlaşma, bir tarafın iradesini sınırlandıran her türlü irade uyuşmasını içeren, geniş bir kümeyi ifade etmektedir. Bu nedenle, anlaşmaya dayalı olmayan ortak hareketler için ayrı bir kategori oluşturmaya gerek bulunmamaktadır.

¹³¹ Bu faaliyetlerin kapsamı, maddî unsurun nasıl düzenlenmiş olduğuna göre değişecektir.

belirtildiği üzere, birlikte hareket kontrolün elde edilmesinde olabileceği gibi, yönetime ilişkin hakların kullanılmasında da olabilir.¹³² *Kolcuoğlu* da, yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla payların iktisabı konusunda birlikte hareket ile mevcut ortakların yönetim kontrolüne sahip olmaları konusunda işbirliği yapmaları suretiyle birlikte hareket olmak üzere, birlikte hareket etmenin iki temel konuda ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.¹³³ Avusturya hukukunda *Koschier* ise, birlikte hareket etmenin her iki unsurunun da yöneldiği hedefler olarak bu hususa işaret etmekte ve birlikte hareket etmenin, hedef ortaklıkta kontrolü elde etmeye çalışmak, hedef ortaklıkta kontrolü kullanmaya birlikte çalışmak ve hedef ortaklık ile işbirliği yaparak mevcut bir pay alım teklifinin başarılı olmasını engellemek üzere üç hedefi gerçekleştirmeyi amaçlayabileceğini ileri sürmektedir.¹³⁴

Bu anlaşma herhangi bir şekle tâbi değildir.¹³⁵ Hattâ, bu anlaşmanın yazılı, sözlü; açık ya da zımnî olması mümkündür. Anlaşmanın tarafların yönetsel haklarını kullanma konusunda iradelerini sınırlandırmış olması yeterlidir.¹³⁶ Taraflar arasında bir anlaşma olmaksızın birlikte hareketten söz edilemez, aksi durumlar yalnızca tesadüfi hareketler olarak değerlendirilebilir.¹³⁷ Anlaşmanın taraflarının mevcut pay sahipleri olmasına da gerek yoktur. Müstakbel pay sahipleri arasında da anlaşma yapılmış olabilir.¹³⁸

Taraflar arasında anlaşmanın bulunması zorunluluğu, birlikte hareket etme iradesinin devamlı olmasını gerektirmez.¹³⁹ Zira, anlaşma yöne-

¹³² *Paslı*, Devralma, s. 467.

¹³³ *Kolcuoğlu*, s. 164-165.

¹³⁴ *Koschier*, s. 95.

¹³⁵ *Hoffmann/von der Crone*, s. 316.

¹³⁶ *Hoffmann/von der Crone*, s. 316.

¹³⁷ *Hoffmann/von der Crone*, s. 317.

¹³⁸ *Koschier*, s. 90.

¹³⁹ Bu nedenle, birlikte hareket eden kişilerden bahsedebilmek için bu kişiler arasındaki ilişkinin sürekli uyumlu bir davranış içerisinde olmasını gerektirecek bir yapıya sahip olması gerektiğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlere katılmıyoruz (Doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 149; *Yeşiltepe*, Çıkarma, s.66). Pay sahiplerinin aynı aday üzerinde mutabık kalmalarının tesadüfi nitelikte olması mümkündür. Bu bakımdan, bu tür ortak hareketlerin tesadüfi nitelik taşıyıp taşımadığının belir-

tim kontrolünün ele geçirilmesini sağlamak amacıyla belirli bir genel kurul toplantısında örneğin yönetim kurulu üyelerini değiştirmek ve başka bir kişinin seçilmesini sağlamak amacıyla yapılmış olabilir. Bu hususta açık bir düzenlemenin yapıldığı hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda *WpÜG* § 30/2'de 2008 yılında yapılan değişiklik ile geçici ya da bir defalık ortak hareketlerin bu kapsama girmeyeceği açık bir biçimde düzenlenmiştir¹⁴⁰. Buna karşılık, İsviçre hukukunda birlikte hareket edenlerin iradeleri üzerinde taraflar arasında yapılan anlaşmanın bir sonucu olarak sınırlandırma getirilmiş ise, bu irade sınırlaması geçici ya da bir defalık olsa dahi, birlikte hareketin unsurlarının tamamlandığı kabul edilmektedir¹⁴¹.

Öte yandan, şekli unsur ile aşağıda detaylarına değinmeye çalışacağımız maddi unsurun birbirinden bağımsız iki ayrı unsur olarak da değerlendirilmem gerekir. Zira, maddi unsur, esas itibarıyla şekli unsur olan anlaşmanın konusunun içeriğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, taraflar arasında açık, yazılı bir sözleşmenin bulunmadığı durumlarda maddi unsura dâhil edilecek olguların varlığı, aynı zamanda şekli unsurun da tekemmül

etmiş olduğuna, taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın varlığına karine teşkil edecektir. Hattâ bunun bir adım daha ötesinde, tarafların bu hususta anlaşmış olmaları, bu anlaşma doğrultusunda icraî hareketlere başlamadıkları sürece pay alım teklifi yükümlülüğü ile ilgili hukukî sonuçları da doğurmayacaktır.

(bb) Maddî Unsur

(aaa) Maddî Unsurun İçeriğine İlişkin Yaklaşımlar

Birlikte hareketin maddî unsurunu, genel hatları ile yukarıda belirtilen anlaşma gereğince yönetim kontrolünün elde edilmesi hususunda icraî hareketlerde bulunulması, ortak anlaşma veya karar doğrultusunda işlemler gerçekleştirilmesi olarak tanımlamak mümkündür¹⁴².

Bu faaliyetlerin kapsamı ve sınırlarını tayin etmek, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerle oldukça zor ve tartışmalı bir husustur. Gerçekten de, birlikte hareket eden kişilerin belirlenmesinde hassas bir denge söz konusudur: Bir tarafta, bu hususta çok sıkı şartlar aranırsa birden fazla kişinin birlikte hareket ederek yönetim kontrolünü değiştirmesine rağmen, bu kişilerin, münferit değerlendirildikleri için pay alım teklifi yükümlülüğüne, kamuyu aydınlatma gibi yükümlülüklerine tâbi olmaması tehlikesi doğabilir. Diğer taraftan, bu hususta çok esnek ve geniş bir yorum tarzı benimsenecek olursa, bu defa, yalnızca tesadüfi şekilde bir araya gelen veya yönetimi değiştirme kastı ve amacı olmaksızın mevcut yönetimin işleyişini denetimi ve bazı hususlarda söz sahibi olmak amacıyla birlik oluşturan kişileri veya taraflar arasında-

lenmesinde aradaki ilişkinin süreklilik arz ediyor olmasının da bir ölçüt işlevi gördüğü ilk bakışta söylenebilir. Ancak bu durum, sürekliliğin birlikte hareket etme kavramının kurucu bir unsuru olduğunu göstermez. Bir defalık bir anlaşma ile yönetim kurulunda salt çoğunluğu temsil etme kabiliyetinin elde edilmiş olması da, bu ilişkinin birlikte hareket etme olarak değerlendirilmesi için, bu hususta aksi yönde açık bir düzenleme yapılmış olmadıkça, yeterlidir. Zira, birden fazla kişinin geçici de olsa işbirliği yaparak içlerinden birinin, örneğin yönetim kurulunda salt çoğunluğu elde etmesine imkân sağlaması, bu kişiler arasındaki işbirliği daha sonra devam etmese dahi, yönetim kontrolü üzerinde sürekli ve kalıcı bir etki doğurabilir.

¹⁴⁰ Metnin Almancası şu şekildedir: "Dem Bieter werden auch Stimmrechte eines Dritten aus Aktien der Zielgesellschaft in voller Höhe zugerechnet, mit dem der Bieter oder sein Tochterunternehmen sein Verhalten in Bezug auf die Zielgesellschaft auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise abstimmt; ausgenommen sind Vereinbarungen in Einzelfällen. Ein abgestimmtes Verhalten setzt voraus, dass der Bieter oder sein Tochterunternehmen und der Dritte sich über die Ausübung von Stimmrechten verständigen oder mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Zielgesellschaft in sonstiger Weise zusammenwirken. Für die Berechnung des Stimmrechtsanteils des Dritten gilt Absatz 1 entsprechend."

¹⁴¹ Hoffmann/von der Crone, s. 316.

¹⁴² Hoffmann/von der Crone, s. 315-316. Öte yandan, yönetim kontrolünde değişikliğin oluşmasını engellemek için birlikte hareket etmenin maddî unsurunun kapsamı esasen savunma önlemleri almak için icraî faaliyette bulunmayı içerdiğinden, bu kapsamdaki faaliyetler ile diğer birlikte hareket etme türü olan yönetim kontrolünü ele geçirmek amaçlı birlikte hareket etmenin maddî unsuru arasında önemli farklar bulunmaktadır. Ancak, birlikte hareketin savunma amaçlı olan türüne bağlanan başkaca bir hukukî sonuç olmadığından, bu tür faaliyetlerin sonunda yeni bir yönetim kontrol yapısı oluşmadığı sürece maddî unsurun kapsamını tayin etmenin pratik bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aşağıda maddî unsur ile ilgili yapacağımız açıklamalar, aksi belirtilmedikçe, yalnızca yönetim kontrolünü elde etmek amaçlı birlikte hareket etme kavramına özgü olacaktır.

ki bağın birbirlerinin iradelerini sınırlandırmayacak ölçüde gevşek bir anlaşmaya dayandığı, hattâ böyle bir anlaşmanın dahi olmadığı, yani tarafların tümüyle ortak ekonomik çıkarları nedeniyle bir arada hareket ediyor gibi görüldüğü durumları da pay alım teklifi yükümlülüğüne tâbi tutmak söz konusu olacaktır.

İşte bu iki menfaatin dengelenmesi büyük ölçüde birlikte hareketin maddî unsurunun sınırlarının çizilmesi ve bu hususta hukukî belirliliğin sağlanması ile mümkün olabilir. Bu konuda hukukî belirlilik, maddî unsura dâhil edilecek olgular ile ilgili sınırlayıcı tarzda düzenleme yapılması ile sağlanabilir. Bu ise, iki şekilde gerçekleştirilebilir. İlk olarak, bazı olgulara ya da ilişki türlerine kesin karine sonucu bağlanabilir. Böylelikle, öngörülen ilişki biçimin mevcut olduğu durumlarda, başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın birlikte hareket iradesinin oluştuğu kabul edilir. Konunun önemi gereği, bu düzenleme tarzı ile ilgili açıklamaları aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirmeye çalışacağız. İkinci düzenleme yöntemi ise, maddî unsura dâhil edilebilecek olguları belirlemek, hangi faaliyet ve işlemlerin birlikte hareket etme kapsamında değerlendirileceğini tahdidî veya tadadî bir şekilde öngörmektir.

Bu genel açıklamaların ardından birlikte hareket etmenin maddî unsuru ile ilgili yaklaşımlara geçebiliriz. Bu konuda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, pay iktisabının maddî unsur olarak kabul edilmesidir. İngiliz hukukunda¹⁴³ ve onun etkisindeki AB'nin 2004/25/EC sayılı

Direktifi'nde birlikte hareket etmenin var olabilmesi için pay iktisabının gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁴⁴. Pay iktisabının maddî unsur olarak aranmasına bağlanan en önemli sonuç, iktisap olgusu olmaksızın, daha önce kontrol eşliğinin altında pay edinmiş kimselerin daha sonra bir araya gelip, aralarında anlaşma yaparak belirli yönde oy kullanmak suretiyle birlikte kontrol eşliğinin üstünde oy kullanma gücü elde etmelerini birlikte hareket etme kavramı içinde değerlendirilmemesidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, maddî unsur olarak pay iktisabının gösterilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin seçiminde, azlinde oy haklarının birlikte kullanılması gibi olguların bu hususta hiçbir öneminin olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira, bu sistemde, söz konusu olgular, birlikte hareket etme iradesinin mevcut olup olmadığını tespit etmek için değerlendirmeye alınmak durumundadır. Başka bir deyişle, bu sistemde birlikte hareket etmenin şekli unsurunun oluşup oluşmadığını değerlendirmek bakımından bu tür olguların mevcut olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Böyle bir değerlendirmede, pay iktisabının bu tür işbirliklerinden önce ya da sonra gerçekleşmesinin bir önemi bulunmamaktadır. İki olgu arasında makul bir sürenin bulunmasını yeterli olarak saymak gerekir. İtalyan hukukunda bu hususta açık bir düzenleme olduğunu da belirtelim. Buna göre, tarafların bir araya gelmesinden önceki on iki aylık sürede pay iktisabının bulunması durumunda

person shall extend offers, on the basis set out in Rules 9.3, 9.4 and 9.5, to the holders of any class of equity share capital whether voting or non-voting and also to the holders of any other class of transferable securities carrying voting rights. Offers for different classes of equity share capital must be comparable; the Panel should be consulted in advance in such cases.

An offer will not be required under this Rule where control of the offeree company is acquired as a result of a voluntary offer made in accordance with the Code to all the holders of voting equity share capital and other transferable securities carrying voting rights."

¹⁴³ İngiliz Pay Alım Teklifi Düzenleyici Kurumu (*The Takeover Panel-Panel*) tarafından çıkarılan Pay Alım Teklifi Kanunu (*The Takeover Code- Code*)'nun 9.1 maddesinde bu husus belirtilmiştir. Söz konusu maddenin İngilizce metni şu şekildedir: "Except with the consent of the Panel, when:

- (a) any person acquires, whether by a series of transactions over a period of time or not, an interest in shares which (taken together with shares in which persons acting in concert with him are interested) carry 30% or more of the voting rights of a company; or
- (b) any person, together with persons acting in concert with him, is interested in shares which in the aggregate carry not less than 30% of the voting rights of a company but does not hold shares carrying more than 50% of such voting rights and such person, or any person acting in concert with him, acquires an interest in any other shares which increases the percentage of shares carrying voting rights in which he is interested, such

¹⁴⁴ Nitekim, AB'nin 2005/24/EC Direktifi md. (2)(d) maddesinde yer alan birlikte hareket eden tanımına göre pay iktisabına ek olarak anlaşma temelinde aktif bir işbirliği gerektiği hususunda bkz. ve karşı. Ghetti, s. 608. İngiltere dışında Belçika, Kıbrıs Rum Cumhuriyeti, Danimarka, Macaristan, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg ve Norveç'te de bu sistemin benimsendiği hususunda bkz. ESMA Report, s. 14.

birlikte hareketin maddî unsuru gerçekleşmiş olur. Buna karşılık bir anlaşma yapılmışsa pay iktisabının bu anlaşmadan ne kadar sonra gerçekleştirileceğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁵.

Diğer yandan, belirtmek gerekir ki, pay iktisabının maddî unsur olarak düzenlenmesi, bu tür aktif işbirliği olmaksızın akrabalık, iş ilişkisi gibi yakınlıkları bulunan kimselerin birlikte hareket eden kategorisine dâhil edilebileceği anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, aralarında akrabalık ilişkisi olan kimselerden bir kısmının pay iktisabında bulunması, bu kişilerin birlikte hareket ettiği kabul edilerek, oy haklarının toplanmasını ve buna göre pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmesini gerektirmez. Bu kişilerin yönetim kontrolünü elde etmek veya kontrolü kullanmak konusunda aktif bir işbirliği içinde oldukları, geçmişte de yönetim işleyişi ile ilgili hususlarda aynı yönde hareket ettikleri, başka ortaklıklarda da benzer girişimlerde bulunmuş oldukları tespit edildiği takdirde, birlikte hareket etme iradesinin oluştuğu veya zaten mevcut olduğu kanaatine ulaşmak mümkün olabilir. İşbirliğini gösteren faaliyetlerin pay iktisabından önce veya sonra olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Pay iktisabından önce oluşmuş (veya mevcut) ise, pay iktisabı ile teklif yükümlülüğü doğar. Aynı şekilde, pay iktisabından makul bir süre içinde bu olguların oluşması hâlinde yine yükümlülüğün pay iktisabı ile doğacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık, pay iktisabından en az bir genel kurul toplantısı geçtikten sonra böyle bir işbirliği yapılmaya başlanmış, pay iktisabını takip eden süreçte bu kişilerin birlikte hareket ettiklerine ilişkin somut bir tespit yapılamamış ise, artık birlikte hareket etmeden söz edilemez. Türk hukuku bakımından böyle bir durumda, ancak SPKn. md. 26/3 kapsamında bir değerlendirme yapılması söz konusu olabilir.

Birlikte hareket etme kavramının maddî unsuru ile ilgili ikinci düzenleme yaklaşımı ise, hedef ortaklıkta pay iktisabı dışında veya pay iktisabının yanı sıra birlikte oy kullanmayı veya daha farklı yöntemlerle yönetim kontrolünü sağlayacak şekilde ortaklaşa yönetsel hakları kullanmayı

esas almaktadır¹⁴⁶. Örneğin, Alman hukukunda, *WpÜG* § 30/2'nin ikinci cümlesinde, birlikte hareket etmenin maddî unsuru, teklif sahibi ile yavru ortaklığının ve üçüncü bir kişinin birlikte oy kullanmaları konusunda anlaşmaları veya hedef ortaklığın işletme politikaları üzerinde sürekli ve önemli değişiklikler yapmak amacıyla diğer yöntemler kullanmaları olarak açıklanmıştır¹⁴⁷. Üstelik, *WpÜG* § 35 hükmünde pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması, pay iktisabından bağımsız olarak yönetim kontrolünün elde edilmesine bağlanmıştır¹⁴⁸. Başka bir deyişle, bu sistemde birlikte hareket etmenin maddî unsuru, birlikte yönetim kontrolünün elde edilmesi amacıyla pay iktisap edilmesi değil, oy hakkı kullanımı ya da diğer yöntemlerle yönetimde kontrolün sağlanmasıdır. Görüldüğü gibi, bu sistemde, icraî hareketlerin genel kurulda yönetsel hakların kullanılması ile ilgili olmasına da gerek yoktur. Genel kurul dışındaki davranış ve tutumlar da bu konuda belirleyici olabilir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Almanya, Fransa, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, İspanya, İsveç, Yunanistan, Litvanya, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Finlandiya'da bu sistemin benimsenmiş olduğu hususunda bkz. *ESMA Report*, s. 14.

¹⁴⁷ Metnin Almancası şu şekildedir: "Dem Bieter werden auch Stimmrechte eines Dritten aus Aktien der Zielgesellschaft in voller Höhe zugerechnet, mit dem der Bieter oder sein Tochterunternehmen sein Verhalten in Bezug auf die Zielgesellschaft auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise abstimmt; ausgenommen sind Vereinbarungen in Einzelfällen. Ein abgestimmtes Verhalten setzt voraus, dass der Bieter oder sein Tochterunternehmen und der Dritte sich über die Ausübung von Stimmrechten verständigen oder mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Zielgesellschaft in sonstiger Weise zusammenwirken. Für die Berechnung des Stimmrechtsanteils des Dritten gilt Absatz 1 entsprechend."

¹⁴⁸ Metnin Almancası şu şekildedir: "Wer unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über eine Zielgesellschaft erlangt, hat dies unter Angabe der Höhe seines Stimmrechtsanteils unverzüglich, spätestens innerhalb von sieben Kalendertagen, gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 und 2 zu veröffentlichen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Bieter Kenntnis davon hat oder nach den Umständen haben musste, dass er die Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt hat. In der Veröffentlichung sind die nach § 30 zuzurechnenden Stimmrechte für jeden Zurechnungstatbestand getrennt anzugeben. § 10 Abs. 2, 3 Satz 3 und Abs. 4 bis 6 gilt entsprechend."

¹⁴⁹ *WpÜG* § 30/2 hükmü, 12/8/2008 tarihli *Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz)* ile değiştirilmiş ve yürürlükteki hâlini almıştır. Bu değişikliğin gerisinde, özellikle Alman

¹⁴⁵ *ESMA Report*, s. 14.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda, *FinfraV-FINMA* md. 12'de birlikte hareket etmenin maddî unsurları arasında bir anlaşma çerçevesinde pay iktisabı, satışı ya da bir sözleşme veya kanun gereği üçüncü kişiler ile birlikte oy haklarının kullanılması sayılmıştır¹⁵⁰. Dolayısıyla bu sistemde de pay iktisabı dışında, özellikle birlikte oy kullanma yoluyla da birlikte hareketin oluştuğu kabul edilmektedir.

Avusturya hukukunda da *ÜbG* § 1/6 fıkrasında yer alan birlikte hareket etme tanımından hareketle, bu kavramın maddî unsurunun, yönetim kontrolünü elde etmek veya kontrolü kullanmak için birlikte çalışmak olarak ele alındığını söylemek mümkündür¹⁵¹.

Menkul Kıymetler Borsası (*Deutsche Börse A.G.-Deutsche Börse*)'nin 2005 yılında Londra Borsası Grup Ortaklığı (*London Stock Exchange Group*) payları için pay alım teklifinde bulunmak amacıyla yaptığı başvuruyu, yine kendi ortaklarının bir kısmının bu işlemin yapılmasına yönelik itirazları nedeniyle geri çekmesi üzerine, Alman Sermaye Piyasası Kurulu (*Bafin*)'nin bu ortakların *Deutsche Börse*'nin yönetiminde belirleyici etkiyi kullanıp kullanmadığı ile ilgili yapmış olduğu değerlendirmenin ve aldığı kararın da etkili olduğu belirtilmektedir. Zira, bu olayda *Bafin* birlikte hareket etme kavramının maddî unsuruna dâhil edilebilecek ortaklaşa fiillerin genel kurulda icra edilebileceğine, genel kurul toplantısı dışında belirli bir kararın alınması hususunda aktif işbirliğine gidilmiş olmasının bu kapsama dâhil edilemeyeceğine karar vermiştir (Bu hususta bilgi için bkz. The Takeover Bids Directive Assessment Report, s. 132-133). Bu düzenlemenin AB 2004/25/EC sayılı Direktifi'nin birlikte hareket tanımına uygun olmadığı, sermayenin serbest dolaşımı ilkesini zedelediği ve belirsizliğe yol açtığı eleştirileri için bkz. *Schmidtbleicher, R.: Das "Neue" Acting in Concert- ein Fall für den EuGH, Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series No: 74, 1/2008, s. 5 vd.*

¹⁵⁰ Metnin Almanca şü şekildedir: *"In gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe handelt, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren oder von Gesetzes wegen abstimmt."*

¹⁵¹ Anılan fıkranın Almanca metni şü şekildedir: *"natürliche oder juristische Personen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte, oder die aufgrund einer Absprache mit der Zielgesellschaft zusammenarbeiten, um den Erfolg des Übernahmeangebots zu verhindern. Hält ein Rechtsträger eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung (§ 22 Abs. 2 und 3) an einem oder mehreren anderen Rechtsträgern, so wird vermutet, dass alle diese Rechtsträger gemeinsam vorgehen; dasselbe gilt, wenn mehrere Rechtsträger eine Absprache über die*

Bu açıklamanın ardından maddî unsurun içeriği ile ilgili hususlara tekrar dönecek olursak, ilk önce, maddî unsurun kapsamına ilişkin olguların pay iktisabı olması ile bunun dışındaki olguların olması arasındaki en önemli farkın pay iktisabı ile sınırlandırılması durumunda, iktisap olmaksızın bir araya gelen ve birlikte oy kullanan kimselemin birlikte hareket eden sayılmaması olduğunu, yoksa birlikte oy kullanma veya diğer olguların bu durumda da taraflar arasında bir anlaşmanın olup olmadığını belirleme işlevinin sürdüğünü tekrar vurgulamak gerekir. İkinci düzenleniş tarzında ise, bu olgular bizatihi maddî unsurun kendisi olarak dikkate alınacaktır. Öyleyse, bu olguların, yani maddî unsur olarak pay iktisabının öngörüldüğü durumlarda, şekli unsurun oluşup oluşmadığını belirlemeye yarayan; diğer düzenleme yaklaşımında ise maddî unsurun içeriğini belirlememizi sağlayan olguların neler olabileceği üzerinde durmak, bu hususta yapılan düzenlemelerin detaylarını ortaya koymak son derece büyük bir önemi haizdir.

Buraya kadar incelediğimiz kısmı ile birlikte hareket edilip edilmediğinin belirlenmesinde temel ölçüt, iki veya daha fazla tarafın kontrolün ele geçirilmesi hususunda aktif bir işbirliği iradesini taşımaları ve bu işbirliğini gerçekleştirmiş olmalarıdır. Başka bir deyişle, birlikte çalışmak, aktif bir işbirliği içinde olmak gerekmektedir¹⁵². Bunları, ikiye ayırarak değerlendirmenin uygun olacağı

Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats getroffen haben."

¹⁵² Bu gerekliliğin iki istisnasının olduğu söylenebilir. Yönetim kontrolün pasif bir şekilde el değiştirmesi durumunda, bu değişiklik gerçekleşmeden önce birlikte hareket ettiği iş, akrabalık nedeniyle olması muhtemel kişilerin mevcut yapı nedeniyle zaten bir şey elde edemeyeceklerini düşündükleri için aktif bir işbirliği gerçekleştirmemiş oldukları da dikkate alınarak birlikte hareket ettikleri kabul edilip, pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülebilir. İkincisi ise, pay alım teklifi yükümlüsü ile aralarında iş, akrabalık ilişkisi olup da pay alım teklifi fiyatını anlamsız kılmak için borsada hedef ortaklık paylarını almak suretiyle borsa fiyatını yükseltmeye çalışan kişileri de birlikte hareket eden olarak değerlendirmek için, bu kişilerin yönetim kontrolünü elde etmek veya kullanmak için aktif bir işbirliği içinde olup olmadığını ayrıca değerlendirmeye, pay alım teklifi fiyatı düzenlemelerinin amacı da göz önünde bulundurularak, gerek olmadığı söylenebilir. Bu iki istisnai durum dışında birlikte hareket etmenin oluşabilmesi için tarafların aktif bir işbirliği içinde olmaları gerekmektedir.

kanaatindeyiz. İlk olarak, “ *tarafların birlikte hareket ettiğini açık bir biçimde gösteren faaliyet ve davranışlar nelerdir?*”; diğer bir deyişle, “ *Hangi davranışlar bunu ortaya koymamız için yeterli sayılmalıdır?*” sorularına cevap aranmalıdır. İkinci olarak öyle bazı davranışlar ve eylemler olabilir ki, bunlar da taraflar arasında bir işbirliğinin bulunmadığını çok açık bir biçimde ortaya koyabilir. Bu iki durumu bir arada değerlendirerek de bir sonuca ulaşmak mümkün olabilir.

Şöyle ki, öyle somut olaylar yaşanabilir ki, taraflar arasında aktif bir işbirliğini gösteren olgular yoktur; hattâ, bunun tam tersine böyle bir işbirliği iradesinin bulunmadığını gösteren emareler bulunabilir. Bu takdirde, birlikte hareket etmenin koşullarının oluşmadığı sonucuna varmak gerekir. Örneğin iki kardeşin bir ortaklıkta paya sahip olduğunu ve bunların bir arada değerlendirildiğinde %50’den fazla paya sahip olduğunu ve bunlardan birinin cüz’i miktarda pay iktisap ettiğini düşünelim. Ancak yapılan genel kurul toplantısında diğer kardeşin tümüyle başka bir kişinin yönetim kurulunda seçilmesi için oy kullandığını görmüş olalım. Bu durumda, söz konusu iki kişi arasında, yakın akrabalık bağı olmasına rağmen birlikte hareket etmenin maddî ve buna bağlı olarak şekli unsurlarının oluşmadığını söylemek mümkün olacaktır.

Bazen de öyle bir somut olayla karşılaşılabilir ki, aktif işbirliğini gösteren davranış ve eylemlerle birlikte bazı hususlarda da farklı oy kullanımları söz konusu olabilir. Böyle durumlarda farklı yönde oy kullanımı veya farklı yönde yönetsel hakların kullanıldığı durumları değerlendirmek ve hangisinin yönetim kontrolünün kullanılması için daha elzem olduğu ortaya koymak gerekir.

O hâlde, temel soruya tekrar dönebiliriz: “*Tarafların birlikte hareket ettiğini açık bir biçimde gösteren faaliyet ve davranışlar nelerdir?*”, başka bir deyişle, “ *Hangi davranışlar bunu ortaya koymamız için yeterli sayılmalıdır?*” Bu hususta karşılaştırmalı hukukta çeşitli çözümler geliştirilmiştir. Zira, konunun başından itibaren özellikle vurgulamaya çalıştığımız ve gerekçelerine yukarıda değindiğimiz üzere, taraflar arasındaki her uyumlu davranışın bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Bu

nedenle, bazı ülkelerde pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açan birlikte hareket kavramının kapsamı daraltılmakta veya sınırları belirgin hale getirilmeye çalışılmaktadır. Bunlardan bir kısmı, birlikte oy kullanılan konuları yönetim kurulunu seçimi ile sınırlandırmak yönündedir.

Örneğin, İngiliz hukukunda, 2009 yılında çıkarılan 26 no’lu Uygulama Bildirisi (*The Takeover Panel Practice Statement No.b26*)’nde birlikte hareket yönetim kurulu yapısında kontrolü elde etmeye yöneltilmiştir. Ayrıca, Panel’in pay alım teklifi yükümlülüğünü düzenleyen md. 9’a ilişkin açıklama notunda da bu hususta kapsamlı açıklamalar bulunmaktadır. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinden birinin belirlenmesi hususunda aynı yönde oy kullanmış olmak birlikte hareket edildiğini göstermez. İşbirliğinin yönetim kurulu üyelerinin tamamı veya salt çoğunluğunun seçimine yönelik olması gerekir¹⁵³. Panel tarafından çıkarılan Pay Alım Teklifi Kanunu (*The Takeover Code Code*) md. 9.1 hükmüne yönelik açıklama notunda da herhangi bir kararın alınması için aynı yönde oy kullanılmasının bu kapsama girmediği özellikle vurgulanmıştır¹⁵⁴.

Buna benzer bir yaklaşımı, *European Securities and Markets Authority (ESMA)* tarafından yayımlanan 12/11/2013 tarihli ve *ESMA/2013/1642* sayılı Bilgi Notu’nda da (*Public Statement Information on Shareholder Cooperation and Acting in Concert under the Takeover Bids Directive-Bilgi Notu*) görmek mümkündür¹⁵⁵. Anılan Bilgi Notu’nda birlikte hareket olarak değerlendirilmesi

¹⁵³ Bkz Panel’in F Bölümü’nde yer alan “*The Mandatory Offer and Its Terms*” başlıklı 9 no’lu kuralının altında “*Notes on Rule 9.1 Persons Acting in Concert*” alt başlıklı kısmın içinde bulunan “ (2) no’lu “*Collective shareholder action*” başlığı altındaki açıklamalar, www.thetakeoverpanel.org.uk/up_content/uploads/2008/11/code.pdf?v=8Jan2018 s. F3.

¹⁵⁴ Bkz Panel’in F Bölümü’nde yer alan “*The Mandatory Offer and Its Terms*” başlıklı (9) no’lu kuralının altında “*Notes on Rule 9.1 Persons Acting in Concert*” alt başlıklı kısmın içinde bulunan (2) no’lu “*Collective shareholder action*” başlığı altındaki açıklamalar, www.thetakeoverpanel.org.uk/up_content/uploads/2008/11/code.pdf?v=8Jan2018, s. F2.

¹⁵⁵ Bilgi Notu’nun tam metni için bkz. http://www.hcmc.gr/aweb/filesEK2015/esma/ESMA%202013_1642.pdf.

gereken durumlar ortaya konulmuştur. Örneğin, ortakların yönetim kontrolü elde etme amacı taşımaksızın şirketin iyi yönetimini sağlamak amacı ile çeşitli konularda uyumlu hareket edebilecekleri belirtilmiştir. Bu şekildeki işbirliği kapsamında finansal yapılandırma ya da kâr payı politikası gibi ticari konular, yönetim kurulu kompozisyonu ya da yönetici sayısının belirlenmesi ya da sosyal sorumluluğa ilişkin konuların yer alabileceği ifade edilmiştir. Bilgi Notu'nda ayrıca, Ulusal otoritelerin bu tip işbirliği söz konusu olduğunda yönetim kontrolünü ele geçirme kurallarının uygulanmaması gerektiği konusunda fikir birliği içerisinde oldukları belirtilmiş ve üye ülkelerin mevzuatı dikkate alınarak *White List* (Beyaz Liste)'e yer verilmiştir.

İşte, bu Beyaz Liste'de yer alan işbirliği örneklerinin tek başlarına yönetim kontrolünün elde edilmesine yönelik birlikte hareket olarak değerlendirilemeyeceği açık bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre, yönetim kuruluna şirket politikaları ile ilgili öneride bulunmak; yönetim kurulu üyesi ataması hariç olarak genel kurul gündemine madde eklemek; genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak; malvarlığı alımı veya satımı konusunda karar almak, sermaye azaltımı/artırımı ya da pay geri alımı hakkında karar almak, kâr payı dağıtımı konusunda karar almak, denetçi atamak, özel denetçi atamak, ilişkili taraf işlemi reddetmek, tek başına yönetim kontrolünü elde etmeye yönelik işbirliği kapsamında değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte, ulusal otoritelerin her somut olaya göre karar vermesi gerektiği de söz konusu Beyaz Liste'de ayrıca vurgulanmıştır. Diğer bir ifade ile Beyaz Listede yer alan bu örneklerin yanında, birlikte hareketi gösterebilecek başka olgular da varsa, yetkili otorite bunu göz önüne alarak karar vermemelidir. Bu çerçevede ortaklar arası ilişki, birlikte hareketin amaçları, eylemleri ve bu eylemlerin sonuçları göz önünde bulundurulmalıdır.

Avusturya hukukunda da, birlikte hareket etme tanımının düzenlendiği *ÜbG* § 1/6 fıkrasının son cümlesinde yönetim kurulu seçiminde birlikte/aynı yönde oy kullanmak birlikte hareket etme iradesinin oluştuğu yönünde emare olarak kabul

edilmiştir¹⁵⁶. Buna karşılık, Alman ve İsviçre hukuku ile Fransız hukukunda böyle bir sınırlama yapılmamış, birlikte oy kullanma birlikte hareket etmenin maddi unsurları arasında gösterilmiştir¹⁵⁷.

(bbb) *Türk Hukukunda Benimsenen Maddi Unsurun İçeriğine İlişkin Yaklaşım*

II-26.1 sayılı Tebliğde ise, birlikte hareket etmenin maddi unsuru “*pay iktisabı*” olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 4/c'de yer alan birlikte hareket etme kavramına ilişkin tanımın, AB'nin 2004/25/EC sayılı Direktifinden alınmış olduğunu ve bu yönüyle, pay alım teklifine ilişkin düzenlemeler bağlamında, esas itibarıyla, İngiliz hukuku kökenli yaklaşımın tercih edildiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de, birlikte hareket II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 4/c'de tanımlanmış, Tebliğ'in md. 5, 11 ve 12'de herhangi bir kişi veya birlikte hareket ettiği kişiler tarafından, yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisabı halinde pay alım teklifi zorunluluğunun doğacağı hükme bağlanmış ve Tebliğ'in diğer hükümlerinde de birlikte hareket pay iktisabı ile ilişkilendirilmiştir. Başka bir deyişle, Tebliğ uyarınca birlikte hareket etmenin var olabilmesi için bir ya da birden fazla kişinin öncelikle kontrol eşliğinin altında pay iktisabı gerçekleştirilmesi zorunludur. Dolayısıyla, iş, akrabalık vb. ilişkileri nedeniyle birlikte hareket ettiği kabul edilebilecek kişilerin ayrı ayrı değerlendirildiğinde kontrol eşliğinin altında olup da birlikte değerlendirildiğinde bu eşğin üstüne çıkan pay iktisapları olduğunda bu kişilerin birlikte hareket ettiği kabul edilebilir.

II-26.1 sayılı Tebliğ'de ise, Alman hukukunda *WpÜG* § 30/2 ya da İngiliz hukukunda Panel'in yapmış olduğu gibi bir sınırlama ya da belirleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anılan ülkelerin benimsediği yaklaşımlar ile geçmiş uygulamalardan hareketle, yönetim kurulu seçiminde işbirliği yapılmış olması, bu hususta vekalet

¹⁵⁶ Anılan cümlenin Almanca metni için bkz. yukarıda dn. 151.

¹⁵⁷ *Ghetti*, Fransız Ticaret Kanunu (*Code de Commerce*) Art. L. 233-10 (I) hükmünde konunun bu şekilde düzenlendiğini belirtmekte ve söz konusu maddenin İngilizce çevirisini de vermektedir (s. 615).

toplanması ya da oy anlaşması yapılması, pay sahipleri arasında ortak karar alınması ya da özellikle yönetim kontrolü gücünün kullanımı ile ilgili konularda işbirliği yapılmasına yönelik esas sözleşme hükümlerinin veya pay sahipliği anlaşmalarının varlığının birlikte hareket iradesini ortaya koyan olgular olarak kabul edilmesinin yerinde olacaktır. Bu kapsamda örneğin, yönetim kurulu üyelerini birlikte belirleme konusunda taraflar arasında bir anlaşma ya da pay sahipliği sözleşmesinin bulunmaması veya kontrol gücünün birlikte kullanıldığını gösteren genel kurul toplantı tutanaklarındaki açıklama, sürekli aynı kişiye vekalet verilmesi, aynı aileye mensup olunması, aralarında iş ortaklığı ya da başka bir sosyal birlikteliğin olması gibi olgulardan hareketle böyle bir tespit yapılabilir. Yine yapılacak değerlendirmede; hangi tür karar ve işlemlerde aynı görüşte olunduğu, aynı yönde oy kullanılan kararların ortaklığın yönetimine etkisi, bu tarz işlemlerin hangi sıklıkta yapıldığı hususlarının da, ortaklıkların yapısı, faaliyet alanı ve benzeri durumlar da göz önünde bulundurulurken değerlendirilmesi gerekir. Benzer şekilde, birlikte hareket eden kişilerden yalnızca birinin pay iktisap etmesi ve zaten hedef ortaklıkta mevcut pay sahibi bir ya da birkaç kişi ile birlikte hareket iradesi oluşturması durumunda ya da kontrolü elinde bulunduran bir kişiden %50'nin altında bir pay iktisap ettiği halde bu kişi ile yapacağı anlaşma ile yönetim kontrolünün tümüyle kendisi tarafından kullanılacağı yönünde irade birliği oluşturmaları durumlarında da birlikte hareket etme iradesinin varlığı nedeniyle SPKn md. 26/1 ve II-26.1 sayılı Tebliğ md. 11/1 hükümleri çerçevesinde pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğu kabul edilebilir. Aynı şekilde, birden fazla kişinin özellikle yönetimde temsil gücü elde etmek amacıyla aralarından bir veya birkaç kişinin yönetim kuruluna seçimi konusunda karşılıklı oy vermeleri birlikte hareket etmenin maddî unsuru olarak değil, şekli unsuru olan anlaşmanın varlığını gösteren deliller olarak dikkate alınabilir.

Diğer yandan, ESMA tarafından yayımlanan Beyaz listede yer alan ve tek başına birlikte hareketi göstermeyeceği belirlenen işbirliği örneklerinden olan yönetim kuruluna ortaklık politikala-

rı ile ilgili öneride bulunmak; yönetim kurulu üyesi seçiminde aday göstermekle ilgili olmamak kaydıyla genel kurul gündemine madde eklemek gibi hususların da maddî unsurun varlığı olarak değil de şekli unsurun oluştuğuna karine olarak dikkate alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

(cc) Birlikte Hareket Etme Karinesi

Birlikte hareket etme kavramı ile ilgili belirliliği sağlamak amacıyla bazı ilişkilerin varlığı birlikte hareket etme iradesinin oluşması bakımından kesin karine olarak düzenlenmiştir. Kesin karinenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki işlevi olduğu söylenebilir. Olumlu işlev, kesin karine olarak öngörülen olguya birlikte hareket etmenin tüm hukukî sonuçlarının bağlanmasıdır. Buna göre, kesin karine olarak öngörülen olgunun varlığı hâlinde başkaca bir değerlendirme yapılmasına ve bu kişiler arasında birlikte hareket etmenin şekli ve maddî unsurlarının oluşup oluşmadığının ayrıca değerlendirilmesine bakılmaksızın birlikte hareket etmenin oluştuğu kabul edilir. Olumsuz işlev ise, kesin karine olarak öngörülme yakınlık veya bağlantıların birlikte hareket etme iradesinin varlığı için yeterli görülmemesi; böyle bir değerlendirmenin ancak somut olayda birlikte hareket etmenin, şekli ve maddî unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesine bağlı olmasıdır.

Kesin karine olarak taraflar arasındaki yakınlık ve bağlantının ekonomik ve hukukî bağlılığın çok güçlü olduğu ve objektif olarak değerlendirildiğinde başka bir ihtimalin söz konusu olamayacağı ilişki ve bağlantılar kabul edilebilir. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde kesin karineyi düzenleyen ülkelerde genellikle taraflar arasında hâkim-bağlı ortaklık ilişkisinin varlığı bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin Alman hukukunda *WpÜG* § 30/1 fıkrasının (1) no'lu bendinde teklif sahibinin yavru ortaklığı birlikte hareket eden olarak kabul edilmiştir¹⁵⁸. Aynı fıkranın (2) no'lu bendinde ise, üçüncü kişinin teklif sahibi

¹⁵⁸ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Stimmrechten des Bieters stehen Stimmrechte aus Aktien der Zielgesellschaft gleich,
1. die einem Tochterunternehmen des Bieters gehören,"

hesabına oy hakkını kullanması bu çerçevede ele alınmıştır¹⁵⁹.

AB'nin 2004/25/EC sayılı Direktifi'nin 2/2 fıkrasında, kontrol edilen işletme ile onu kontrol eden arasında birlikte hareket etme iradesinin varlığı aksi çürütülemez bir karine olarak öngörülmüştür. Birlikte hareket etme karinesinin varlığı için gerekli olan kontrol ilişkisinin niteliği konusunda aynı maddede AB'nin 2001/34/EC Direktifi'nin 87/1 fıkrasına atıf yapılmıştır¹⁶⁰. Atıf yapılan Direktif maddesinde kontrol, geniş kapsamlı ve maddi anlamıyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bir kişi ile onun iştirakinin birlikte hareket etme karinesine dâhil olması için bu kişi ile iştiraki arasındaki kontrolün varlığı şekli anlamda yönetim kontrolü değil; maddi anlamda yönetim kontrolü kavramının ölçütlerine göre belirlenir¹⁶¹.

Karşılaştırmalı hukukta aksi ispatlanabilir bir karine olarak öngörülen diğer durum ise, hedef ortaklıkta pay sahibi olan ortaklığın yanı sıra bu ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin de hedef ortaklıkta pay sahibi olmasıdır. Örneğin İngiliz hukukunda Panel'in Açıklayıcı Notu 9.3'te bu durum ele alınmış ve ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin de bu ortaklık ile birlikte hareket eden olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir¹⁶².

İtalyan hukukunda ise, bu hususta üç farklı karine öngörülmüştür. Buna göre, ilk olarak ortaklığın yavru ortaklığı ile arasında birlikte hareket

etme iradesinin olduğu kesin karine olarak kabul edilmiştir (Art. 101-II.4.II *Consolidated Law on Finance- TUF*)¹⁶³. İkinci olarak borsa düzenlemelelerinde eş, yakın akraba ve finansal danışmanı olmak aksi kanıtlanabilir nitelikte birlikte hareket etme karinesi olarak düzenlenmiştir (Art.44-IV *Italian Stock Exchange Regulations-Issuer's Regulation*)¹⁶⁴. Üçüncü olarak, karşıt karine öngörmek suretiyle düzenleme yapılmıştır. Böylelikle, karşılaştırmalı hukukta başka bir örneği olmayan bir biçimde, birlikte hareket etme kapsamına dâhil edilemeyecek olgu ve durumlar kesin karine olarak hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin bir kısmı İtalyan Medeni Kanunu'nda, bir kısmı ise *TUF*'ta yer almaktadır¹⁶⁵.

AB'nin 2004/25/EC sayılı Direktifi'nin md. 2/2'ye paralel bir şekilde konuyu ele alan II-26.1 sayılı Tebliğ'in "Yönetim kontrolü" başlıklı md. 12/3 hükmünde birlikte hareket karinesini öngören bir düzenleme yer almaktadır.

Söz konusu hükmün (a) bendi uyarınca, halka açık ortaklığın gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklarının, yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar; (b) bendi uyarınca ise, halka açık ortaklığın tüzel kişi ortaklarının, yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar "birlikte hareket eden" olarak kabul edilmektedir. Anılan hüküm uyarınca, bir gerçek kişinin halka açık bir ortaklıkta yönetim kontrolüne sahip olup olmadığının tespitinde, bu kişinin oy oranları ile bu kişinin yönetim hâkimiyetine sahip olduğu tüzel kişi ortağın oy oranlarının birlikte değerlendirilmesi söz konusudur. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, hedef ortaklıkta %20

¹⁵⁹ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Stimmrechten des Bieters stehen Stimmrechte aus Aktien der Zielgesellschaft gleich, 2. die einem Dritten gehören und von ihm für Rechnung des Bieters gehalten werden,".

¹⁶⁰ Ghetti, s. 609, dn. 70.

¹⁶¹ Bununla birlikte, bazı AB üyesi ülkelerde örneğin Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nde teklif sahibinin %20 ve üzerinde paya sahip olduğu ortaklıklar ile kendisi arasında birlikte hareket etme karinesi öngörülmüştür (Bu hususta bkz. The Takeover Bids Directive Assessment Report, s. 134).

¹⁶² Bkz Panel'in F Bölümü'nde yer alan "The Mandatory Offer and Its Terms" başlıklı (9) no'lu kuralının altında "Notes on Rule 9.1 Persons Acting in Concert" alt başlıklı kısmın içinde bulunan (3) no'lu "Directors of a company" başlığı altındaki açıklamalar, www.thetakeoverpanel.org.uk/up_content/uploads/2008/11/code.pdf?v=8Jan2018 s. F4. Ancak bu ortaklıkla ilişkili olan ortaklığın yönetim kurulu üyeleri bu kapsamda değildir.

¹⁶³ Ghetti, s. 619.

¹⁶⁴ Ghetti, s. 619.

¹⁶⁵ Buna göre, şu dört durum birlikte hareket etme kavramından istisnâ tutulmuştur. İlk durum, genel kurul toplantıya davet etmek, genel kurul toplantılarında muhalif yönde oy kullanmak, yönetim kurulu üyeleri aleyhinde sorumluluk davası açmak vb. azınlık haklarının kullanılmasıdır. İkinci durum, yönetim kurulu üyesi veya denetçi seçiminde azlığın göstereceği aday konusunda uzlaşmak; üçüncüsü yöneticilerin ücretlendirmesi hususunda genel kurulda yapılan oylamada olumsuz oy kullanmak; dördüncüsü ise, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin genel kurul kararında birlikte hareket etmek ve aynı yönde oy kullanmaktır. Bu hususta bkz. Ghetti, s. 619-620.

oy hakkı sahibi olan A ile, A kişinin %60 payına sahip olmak suretiyle hâkim olduğu B tüzel kişisinin de hedef ortaklıkta %40 oy hakkı sahibi olması durumunda, Tebliğ md. 12/3-a hükmü gereğince, A (%20) ile B (%40) birlikte hareket eden kişiler olarak hedef ortaklığın oy haklarının %60'ına sahip olarak yönetim kontrolünü elde etmiş olacaklardır.

(çç) Birlikte Hareket Etme Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

(aaa) Ortak Kontrol ile Birlikte Hareket Etme Arasındaki İlişki

Ortak kontrol ile birlikte hareket arasında yakın bir ilişki olduğuna şüphe yoktur. Ancak, bu iki kavram arasında birinin diğerinin üst kavram olması veya birinin diğerini içermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, ortak kontrolün olduğu her durumda birlikte hareket etme kavramının unsurlarının oluştuğunu söyleyemeyiz. Birlikte hareket etme kavramının maddî unsurları arasında pay iktisabının bulunduğu düzenlemelerde, pay iktisabı söz konusu olmaksızın bir ortaklığın yönetiminde ortaklaşa hareket etme iradesi, ortak kontrol sayılırken, birlikte hareket etmeye bağlanan özellikle pay alım teklifi yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler uygulama alanı bulamayacaktır.

Aynı şekilde, birlikte hareket etme kavramının geçici ilişkilere cevaz verdiği düzenleme anlayışında, yine ortak kontrolde olduğunun aksine ortaklığı bir arada yönetme iradesinin en azından sürekli olması unsurunun aranmadığını da buna ekleyebiliriz. Başka bir deyişle, birlikte hareket etme iradesinin belirlenmesinde Alman hukukunda olduğu gibi birlikteliğin geçici ve arazi olmaması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmayan hukuk sistemlerinde birlikte hareket etme yönetim kontrolünün elde edilmesi için yapılan her türlü işbirliğini ifade eder. Bu işbirliğinin ortak yönetimde olduğu gibi yönetimin paylaşılması boyutunda olmasına gerek bulunmamaktadır.

(bbb) Birlikte Hareket Etme Kavramı ile Kontrol Eşiğinin Pay Sahipleri Arasındaki Anlaşmalar ile Aşılması Kavramının Birbiriyle İlişkisi

Yukarıda da belirtildiği üzere SPKn md. 26/3'te yönetim kontrolünün elde edilmesinin "pay iktisabı" dışında pay alım teklifi yükümlülüğüne

yalı açtığı tek istisnâ hal düzenlenmiş ve "ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa bile, Kurulca önemli nitelikte işlemler bakımından belirlenmesi öngörülen usul ve esaslara uyulmadan, bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri" halinde bu anlaşmanın genel kurula sunulması ve anlaşmaya muhalif kalan pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınması esası benimsenmiştir. Bu suretle, anılan maddede bu gereklerin yerine getirilmemesi durumuna özgü olarak pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmüştür. II-26.1 sayılı Tebliğ md. 11/2'de ise, bu anlaşmanın yazılı olması koşulu getirilmiştir. Dolayısıyla, birlikte hareket etme bakımından yazılı ya da sözlü herhangi bir anlaşmanın varlığı yeterli iken, burada anlaşmanın yazılı olarak yapılmış olmasının aranması iki müessese arasında bir farklılık olduğunu ortaya koymaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, iki müessese arasındaki en önemli fark, SPKn md. 26/3'te düzenlenen anlaşmanın maddî unsuru arasında pay iktisabını bulunmasına yer verilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin kendi aralarında yaptıkları yönetim anlaşması çerçevesinde örneğin bir ortaklıkta sermayenin %10 ve %25'ine sahip olan iki pay sahibi pay sahipliği sözleşmesi ile işbirliğine gidip, birinin %5, diğerinin %10 pay iktisap ederek, o ortaklığın oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olmaları durumunda, pay iktisabı gerçekleştiğinden SPKn. md. 26/3 değil, aynı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Bir anlaşmanın birlikte hareket etme olarak değerlendirilmesi ile SPKn md. 26/3 kapsamında değerlendirilmesi arasında son derece önemli farklar bulunmaktadır. Zira, birlikte hareket etmenin söz konusu olduğu durumda SPKn md. 26/1 kapsamında bir pay alım teklifi söz konusu olup, pay alım teklifi fiyatının muafiyet hallerinin varlığına kadar pek çok müessesenin uygulanması bu maddeye göre belirlenecektir.

Buna karşılık, SPKn. md. 26/3 kapsamında pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması için ise, pay iktisabı olmaksızın yalnızca birden fazla kişinin %50'nin üzerinde bir oy gücünü oluşturacak şekilde yazılı bir anlaşma yapmış olmaları ve bu anlaşmayı genel kurul onayına sunmamış olmaları gerekmektedir. SPKn. md. 26/3 uyarınca pay alım teklifinin doğduğu durumlarda pay iktisabı gerçek-

leşmediğinden pay alım teklifi fiyatı da ancak II-26.1 sayılı Tebliğ md. 15/4 uyarınca belirlenebilecektir. Aynı şekilde, yazılı anlaşmanın genel kurul onayına sunulmamasına md. 26/3'te mutlak bir biçimde pay alım teklifi yükümlülüğü sonucu bağlanmış olduğundan, böyle bir anlaşmanın muafiyet halleri arasında değerlendirilmesi de söz konusu olmayacaktır.

(ccc) Birlikte Hareket Etme ile Kontrolün Paylaşılması Arasındaki İlişki

Yönetim kontrolünün paylaşılması, II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 14/1-d bendinde özel olarak düzenlenmiş olup, son derece sınırlı bir durumu kapsamaktadır. Yönetim kontrolünün paylaşılması, daima daha önce yönetim kontrolünü tek başına elinde bulunduran bir kişinin varlığını gerekli kılar. İkinci olarak bir başka kişi veya kişiler ile bu kişi arasında bir pay devri gerçekleşmeli, yani kontrolü elinde bulunduran kişi, mevcut paylarının bir kısmını (devre konu payların toplam oy haklarının %50'sini geçmemesi kaydıyla) bu kimselere devretmektedir. Üçüncü olarak pay devrini gerçekleştiren taraflar arasında yazılı bir sözleşme ile yönetim kontrolünün bu kişiler arasında paylaşılması gerekir.

Buna karşılık, birlikte hareket eden kavramının kapsamına dâhil olan kişiler arasında bir pay devri yapılması zorunluluğu bulunmadığı gibi, yönetim kontrolünün daha sonra paylaşılması hususunda bir anlaşmanın yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

b. Kontrol Eşiğinin Dolaylı Olarak Aşılması- Dolaylı Kontrol

i. Kavram ve Görünüm Biçimleri

Dolaylı kontrol ya da daha doğru bir deyişle yönetim kontrolünün dolaylı olarak elde edilmesi, kontrolü sağlayan hukukî araçlardan yararlanma biçimi ile ilgili bir tasnife dayanmaktadır. Bu kontrol türünü, bir kimsenin hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünü sağlayan hukukî araçlara bizzat kendisi tarafından değil de kendisinin kontrolündeki bir tüzel kişi aracılığıyla sahip olunması şeklinde tanımlayabiliriz.

Dolaylı kontrolde her zaman bir ortaklıkta yönetim kontrolüne nihaî olarak sahip olan bir kişi ile aynı ortaklıkta nihaî kontrole sahip olan kişi ile aralarındaki ikinci bir kontrol ilişkisi nedeniyle

görünürde sahip olan bir başka kişi daha bulunmaktadır. Nihaî kontrol, başka bir tüzel kişinin hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünü elinde bulundurması veya elde etmesi ile gerçekleşir. Nihaî kontrol sahibinin ortaklıktaki yönetim kontrolünü elde etmesini veya kontrol eden ile kontrol edilen arasındaki bağlantıyı sağlayan kişinin bir tüzel kişi olması gerektiğini ayıca belirtelim.

Dolaylı kontrol ilişkisinin esas itibarıyla iki şekilde gerçekleşmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁶. İlk olarak, hedef ortaklığı kontrol eden tüzel kişinin yönetim kontrolünün elde edilmesi suretiyle hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün sağlanması söz konusu olabilir. İkinci olarak, hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünün nihaî kontrol sahibinin iştiraki veya yavru ortaklığı aracılığıyla elde edilmesi suretiyle hedef ortaklıkta yönetim kontrolü sağlanabilir.

ii. Düzenlenişi

(aa) Düzenleme Anlayışları

Dolaylı pay sahipliği yoluyla yönetimde kontrol değişikliğinin pay alım teklifi zorunluluğuna yol açması iki bakımdan pay alım teklifi düzenlemelerine konu edilebilir. İlk olarak, hedef ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan payları devralan başka bir ortaklığın kendisine mi, yoksa bu ortaklığın, varsa kontrolünü elinde bulunduran kişiye mi pay alım teklifi zorunluluğu öngörülmesi ile ilgili düzenleme yapılabilir. Nitekim, Alman hukukunda *WpÜG* § 30/1-1'de bu durum ele alınmakta ve hâkim ortaklığın bir iştirakinin hedef ortaklıkta yönetim kontrolünü elde etmesi durumunda iştirakin değil, hâkim ortaklığın pay alım teklifi yükümlüsü olacağı öngörülmektedir. SPKn ve II-26.1 sayılı Tebliğde bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulu uygulamasında benzer bir yorum yapıldığı görülmektedir¹⁶⁷.

İkinci olarak, bir ortaklıktaki yönetim kontrol değişikliğinin bizzat o ortaklık paylarının iktisabı ile değil de, söz konusu ortaklığın yönetim kontrolünü elinde bulunduran bir başka ortaklığın

¹⁶⁶ Cahn, s. 9.

¹⁶⁷ 2007/15 sayılı HB'de yayımlanan Gem Global Equities S.A-Deva Holding A.Ş.-Eastpharma S.a.r.l ile 2013/37 sayılı HB'de yayımlanan Latek A.Ş. olaylarında, pay alım teklifi yükümlülüğü, iştirake değil, bu iştirakin hakim ortağı konumundaki şirkete getirilmiştir.

paylarını iktisap ederek veya söz konusu ortaklıkta kendisi değil de yavru ortaklığının pay iktisap etmesini sağlayarak o ortaklığın yönetim kontrolünün ele geçirilmesi durumunda da pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması ve yine bu gibi durumlarda ana ortaklık ile yavru ortaklık arasındaki ilişkinin ekonomik büyüklüğü ve önemine göre muafiyet tanınması bakımından, konunun düzenlendiği söylenebilir.

Öte yandan, karşılaştırmalı hukukta, yönetim kontrolünün dolaylı olarak el değiştirmesi ile ilgili düzenlemelere baktığımızda, bu konuda en detaylı hükümlerin Avusturya hukukunda olduğunu görüyoruz. Avusturya hukukunda *ÜbG* § 22/3'te¹⁶⁸ iki bent halinde dolaylı kontrol ilişkisinin nasıl vuku bulacağı ele alınmıştır. Nihai kontrol sahibi ile hedef ortaklık arasındaki bağlantıyı sağlayan tüzel kişinin payları borsada işlem gören bir ortaklık olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmış ve bunlara farklı sonuçlar bağlanmıştır¹⁶⁹.

İsviçre hukukunda ise, *FinfraV-FINMA*'nın md. 11'de¹⁷⁰ dolaylı kontrol değişikliği şu üç durumda öngörülmüştür: İlk olarak kendi namına başkası hesabına işlem yapan kişi kullanılmak suretiyle hesabına işlem yapılan kimsenin hedef ortaklıkta dolaylı kontrolü söz konusu olabilir. İkinci durum, hâkim ortaklığın doğrudan veya

dolaylı olarak paylarının iktisap edilmesi suretiyle hâkim ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olduğu hedef ortaklığın yönetim kontrolünün dolaylı olarak ele geçirilmesi gerçekleştirilmektedir. Üçüncü durum ise, hedef ortaklıktaki pay iktisabının nihai kontrolü elde eden kimsenin kendisi değil, hâkimi olduğu tüzel kişi tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır.

Buna karşılık Alman hukukunda, dolaylı kontrol ilişkisinin hangi durumlarda söz konusu olacağı ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca *WpÜG* § 30/1'de yavru ortaklığın hedef ortaklıktaki payının da hâkim ortaklığın hedef ortaklıktaki payı ile birlikte hesaplanacağı hükme bağlanmıştır.

İngiliz hukukunda ise, *Panel* tarafından dolaylı kontrol zincir ilkesi (*chain principle*) adı altında düzenlenmiştir¹⁷¹. Buna göre dolaylı kontrolün pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açması için iki şart öngörülmüştür. İlk şart, ikinci ortaklıktaki pay sahipliğinin birinci ortaklık (ara kademedeki ortaklık) bakımından önemli olmasıdır (önemlilik ölçütü). İkincisi ise, nihai amaç ölçütü olarak da adlandırılabilir. Buna göre, birinci ortaklığın ele geçirilmesinin en önemli amacının ikinci ortaklığın (hedef ortaklık) yönetim kontrolünün elde edilmesi olması gerekir¹⁷².

(bb) Türk Hukukunda Dolaylı Kontrol

SPKn md. 26/2'de "*Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması ... yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi, pay iktisabının doğrudan veya dolaylı olmasına aynı sonuç bağlanmıştır: Pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması. Ancak hangi hallerin pay iktisabının dolaylı yoldan yapılması olarak kabul edildiğine ilişkin ayrı bir belirleme veya tanıma yer verilmemiştir.

¹⁶⁸ Anılan maddenin Almanca metni şu şekildedir: "*Eine mittelbare kontrollierende Beteiligung liegt vor, wenn eine Beteiligung an einer Zielgesellschaft gemäß Abs. 2*

1. *durch eine börsennotierte Aktiengesellschaft im Sinn des § 2 gehalten wird, an der ebenfalls eine Beteiligung im Sinn von Abs. 2 besteht;*
2. *durch eine nicht im Sinn des § 2 börsennotierte Aktiengesellschaft oder durch einen Rechtsträger anderer Rechtsform gehalten wird und es Anteilsrechte oder sonstige Rechte ermöglichen, einen beherrschenden Einfluss auf diesen Rechtsträger auszuüben.*"

¹⁶⁹ Bu hususta geniş bilgi için bkz. *Koschier*, s. 62 vd.

¹⁷⁰ Anılan maddenin Almanca metni şu şekildedir: "*Als indirekter Erwerb oder indirekte Veräußerung einer Beteiligung gelten namentlich:*

- a. *der Erwerb und die Veräußerung über eine rechtlich im eigenen Namen auftretende Drittperson, die auf Rechnung der wirtschaftlich berechtigten Person handelt;*
- b. *der Erwerb und die Veräußerung durch direkt oder indirekt beherrschte juristische Personen;*
- c. *der Erwerb und die Veräußerung einer Beteiligung, die direkt oder indirekt die Beherrschung einer juristischen Person vermittelt, die ihrerseits direkt oder indirekt Beteiligungspapiere hält.*"

¹⁷¹ Bkz *Panel*'in F Bölümü'nde yer alan "*The Mandatory Offer and Its Terms*" başlıklı 9 no'lu kuralının altında "*Notes on Rule 9.1 Other General Interpretations*" alt başlıklı kısmın içinde bulunan " (8) no'lu "*The chain principles*" başlığı altındaki açıklamalar,

www.thetakeoverpanel.org.uk/up_content/uploads/2008/11/code.pdf?v=8Jan2018 s. F8.

¹⁷² Bu hususta ayrıca bkz. *Manavgat*, Aleni, s. 124.

II-26.1 sayılı Tebliğ'de yer alan konuya ilişkin hükümler (md. 11/1, 12/1, 15/2 ve 18/1-c), dolaylı kontrol değişikliğine pay alım teklifi yükümlülüğü sonucunun bağlanması, bu durumda pay alım teklifi fiyatının nasıl belirleneceğine ve dolaylı kontrol ilişkilerine özgü muafiyet hâllerinin öngörülmesine ilişkin hususlar hakkındadır. Bu çerçevede, dolaylı yoldan yönetim kontrolünün değişiminde, hedef ortaklığın yönetim kontrolüne sahip hâkim tüzel kişiliğin (ana ortaklık) (ve varsa hâkim tüzel kişiliğin yönetim kontrolüne sahip diğer tüzel kişilerin) yönetim kontrolünün değişip değişmediği hususunun dikkate alındığı, değişmesi halinde durumun dolaylı yoldan yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bunların dışında, dolaylı kontrolde yönetim kontrolü eşinin aşıp aşılmadığının ne şekilde hesaplanacağına, bu kapsamda örneğin; hedef ortaklıkta pay sahibi olan ana ortaklığa hâkim olan kişinin, hedef ortaklık bizzat pay sahibi olması halinde, ana ortaklık vasıtası ile sahip olduğu payların ne şekilde hesaplanacağına, diğer bir ifade ile hedef ortaklıktaki yönetsel hakların tespiti yöntemine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

iii. Dolaylı Kontrol İlişkisinin Tarafları

(aa) Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, dolaylı kontrolde her zaman bir ortaklıkta yönetim kontrolüne nihaî olarak sahip olan bir kişi onun hedef ortaklık üzerinde nihaî olarak kontrol sahibi olmasını sağlayan, yani nihaî kontrol sahibi ile hedef ortaklık arasındaki bağlantıyı kuran üçüncü bir kişi bulunmaktadır. Üçüncü kişi, hedef ortaklığın yönetim kontrolüne görünürde sahip olan kişidir. Ancak, üçüncü kişi ile nihaî kontrol sahibi arasındaki ayrı bir kontrol ilişkisi, nihaî kontrol sahibinin hedef ortaklık üzerinde işte bu üçüncü kişi aracılığıyla kontrolü elde etmesini sağlamaktadır. Bu bakımdan, her dolaylı kontrol ilişkisinde mutlaka üç taraf bulunduğunu söyleyebiliriz: Hedef ortaklık; hedef ortaklığın yönetim kontrolüne nihaî olarak sahip olan kişi (nihaî kontrol sahibi) ve hedef ortaklık ile nihaî kontrol sahibi arasındaki

yönetim kontrolü ilişkisi kurulmasını sağlayan tüzel kişi (aracı-vasıta tüzel kişi).

Ayrıca, her dolaylı kontrol ilişkisinde bu üç taraf arasında iki kademeli ilişki bulunmaktadır¹⁷³. İlk kademe, bağlantıyı sağlayan tüzel kişi ile hedef ortaklık arasındadır. Bu kademe aradaki tüzel kişinin hedef ortaklıkta yönetim kontrolünü elde etmesi söz konusudur¹⁷⁴.

İkinci kademe ise, nihaî kontrol sahibi ile bağlantıyı sağlayan tüzel kişi arasındadır. Dolaylı kontrol olgusunu oluşturan hedef ortak ile onu nihaî olarak kontrol eden arasında kontrol ilişkisinin dolaylı olarak kurulmasını sağlayan aracı-vasıta tüzel kişi üzerinde hedef ortaklığı nihaî olarak kontrol eden kişinin sahip olduğu etki gücünün tayin edilmesinde de şekli anlamda yönetim kontrolünün uygulanıp uygulanamayacağıın belirlenmesi büyük önemi haizdir.

(bb) Bağlantıyı Sağlayan (Aracı-Vasıta) Tüzel Kişi ile Hedef Ortaklık İlişkisinde Yönetim Kontrolünün Tespiti

Yönetim kontrolünün dolaylı olarak elde edilmesini sağlayan husus, yukarıda da belirtildiği üzere, iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak, mevcut bir kontrol ilişkisinde hedef ortaklığın yönetim kontrolünü elinde bulunduran tüzel kişinin yönetim kontrolü elde edilmek suretiyle hedef ortaklık üzerinde dolaylı olarak yönetim kontrolü sağlanmış olur. Bu durumda, hedef ortaklığın yönetim kontrolüne sahip olan tüzel kişi vasıta tüzel kişi hâline getirilmiştir.

İkinci olarak, hedef ortaklığın yönetim kontrolü bizzat o ortaklığın yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi tarafından doğrudan pay iktisabı suretiyle değil de, o kişinin yönetim kontrolünü elinde bulundurduğu bir başka tüzel kişi aracılığıyla, yani bir yavru ortaklığının hedef ortaklıkta pay iktisap etmesi suretiyle o ortaklığın yönetim kontrolü yine dolaylı olarak sağlanabilir. Her iki durumda da pay alım teklifi yükümlülüğünün doğup doğmadığı değerlendirilirken şekli anlamda yönetim kontrolü ölçütü esas alınır. Başka bir deyişle aradaki tüzel kişinin hedef ortaklıkta kont-

¹⁷³ Koschier, s. 62-63.

¹⁷⁴ Koschier, s. 63.

rol eşliğini aşması (veya aralarında zaten bir pay sahipliği ilişkisi varsa, aradaki tüzel kişinin hedef ortaklıkta halihazırda kontrol eşliğinin üzerinde paya sahip olması) durumunda pay alım teklifi doğar¹⁷⁵.

Burada tartışılması gereken temel konu, kontrol eşliğinin aşıp aşılmadığının belirlenmesinde nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişinin birbiri ile olan kontrol ilişkisinin niteliğinin nihaî kontrol sahibinin hedef ortaklıkta elde ettiği toplam kontrol gücü üzerindeki etkisinin nasıl hesaplanması gerektiği ile ilgilidir. Bu konuya, önemi gereği ayrı bir başlık altında değinmek yararlı olacağından, konu bu boyutuyla aşağıda ayrıca incelenecektir.

(cc) Nihaî Kontrol Sahibi ile Bağlantıyı Sağlayan (Aracı-Vasıta) Tüzel Kişi Arasındaki İlişkide Yönetim Kontrolünün Tespiti

Dolaylı kontrol ilişkilerinde nihaî kontrol sahibi ile hedef ortaklık arasında bağlantıyı sağlayan (aracı-vasıta) tüzel kişinin yönetim kontrolünün nihaî kontrol sahibinde olması gerekir. Aksi halde, dolaylı kontrol ilişkisinden söz edilemez. Ancak, nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasındaki kontrolün tespiti, vasıta tüzel kişi ile hedef ortaklık arasındaki yönetim kontrolü ilişkisinin tespitinden çok daha farklı bir özellik arz eder. Zira, her şeyden önce vasıta tüzel kişi anonim ortaklık olabileceği gibi başka bir tüzel kişi de olabilir. Örneğin vakıf, dernek, anonim ortaklık dışındaki bir ticaret ortaklığı aracılığıyla hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasındaki kontrol ilişkisinin varlığı, bazı durumlarda niteliği gereği yalnızca maddî anlamda yönetim kontrolünün oluşup oluşmadığı açısından değerlendirilebilir. Böyle durumlarda, şekli anlamda yönetim kontrolünün ölçütlerine bakılmasına dahi gerek bulunmamaktadır.

Aracı-vasıta tüzel kişinin anonim ortaklık olduğu durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği, Türk hukukunda bu hususta açık bir düzenleme olmadığı için bir yorum sorunudur. Alman huku-

kunda hâkim görüş, bu durumda maddî anlamda yönetim kontrolü ölçütlerine göre değerlendirme yapılması gerektiği yönündedir¹⁷⁶. Avusturya hukukunda ise, bu husus açık bir biçimde düzenlemeye kavuşturulmuştur. Şöyle ki, aradaki tüzel kişi payları borsada işlem gören bir ortaklık ise, nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasındaki kontrol ilişkisi, tümüyle şekli ölçüte göre belirlenir. Bu ise, oy haklarının %30'una tekabül etmektedir¹⁷⁷. Buna karşılık, aracı-vasıta tüzel kişi, payları borsada işlem gören bir ortaklık değil de; diğer türde bir tüzel kişi ise, nihaî kontrol sahibi ile bu tüzel kişi arasındaki kontrol ilişkisi maddî anlamda yönetim kontrolü ölçütlerine göre belirlenir¹⁷⁸.

Türk hukuku bakımından, aracı-vasıta tüzel kişinin anonim ortaklık olmadığı, bunun dışındaki bir tüzel kişilik olduğu durumlarda yukarıda da belirtildiği gibi, maddî anlamda yönetim kontrolü ölçütlerinin uygulanması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak, aracı-vasıta tüzel kişinin anonim ortaklık olduğu durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda düzenleme boşluğu bulunmaktadır. Bu durumda, hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünün tespitine ilişkin hükmün (SPKn. md. 26/2, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 12/1) kıyasen uygulanarak nihaî kontrol sahibinin aracı vasıta tüzel kişi üzerindeki yönetim kontrolünü elinde bulundurup bulundurmadığının tespitinde de şekli kontrol ölçütünün uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu görüş kabul edilecek olursa, nihaî kontrol sahibinin aracı-vasıta tüzel kişinin oy haklarının %50'sinden fazlasını iktisap etmiş olması veya bu tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin salt çoğunluğunu belirleme hakkı veren imtiyazlı paylarının çoğunluğunu elde etmiş olması gerekir.

Kanaatimizce burada dolaylı kontrol ilişkisinin nasıl sağlanmış olduğuna göre bir ayırım yapmak daha isabetli olacaktır. Nihaî kontrol sahibi hedef ortaklıkta yönetim kontrolünü elde etmek için hedef ortaklığın yönetim kontrolünü elinde bulunduran aracı-vasıta tüzel kişinin payla-

¹⁷⁵ Koschier, s. 63.

¹⁷⁶ Cahn, s. 9; Hasenauer, C.: Zum Kontrollbegriff beim mittelbaren Beteiligungserwerb nach dem ÜbG, RdW 2007/402 s. 392; Seilern Aspang, s. 25.

¹⁷⁷ Koschier, s. 63; Hasenauer, s. 392; Seilern Aspang, s. 24.

¹⁷⁸ Koschier, s. 63; Hasenauer, s. 392; Seilern Aspang, s. 24.

rını iktisap ediyor ise, yani dolaylı kontrol ilişkisinin kurulma biçimlerinden ilk durum söz konusu olmuş ise, yukarıdaki yorumu yapmak mümkün olabilir. Başka bir deyişle doğrudan yönetim kontrolünü sağlamaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanması yerinde olur. Zira, nihaî kontrol sahibinin aracı-vasıta tüzel kişi üzerinde maddî anlamda yönetim kontrolüne sahip olup olmadığına incelenmesi ve bu kapsamda nihaî kontrol sahibinin, kontrol oranına ulaşılmadan da fiilen aracı-vasıta tüzel kişinin yönetim kontrolüne sahip olduğu yönünde bir değerlendirme yapılması, pay alım teklifi yükümlülüğünün öngörülme amacı ile de bağdaşmaz. Ayrıca, bu hususta yapılacak aksine bir yorum, düzenlemenin sistematik bütünlüğüne uygun olmayan sonuçlara da yol açabilir. Daha da önemlisi, nihaî kontrol sahibi bakımından hukukî belirsizlik yaratılmış olur. Oysa, pay alım teklifi yükümlülüğünde şekli anlamda yönetim kontrolünün tercih edilmesinin en önemli sebebi, hiç şüphesiz bu işlemlerin sağlıklı bir biçimde yürütülmesinin piyasa için gerekli olması, bu hususta hukukî belirliliğin mümkün olduğu ölçüde sağlanmasındaki menfaatin daha üstün tutulmuş olmasıdır.

Buna karşılık, nihaî kontrol sahibi ile hedef ortaklık arasındaki dolaylı kontrol ilişkisinin, hedef ortaklık paylarının aracı-vasıta tüzel kişi tarafından iktisap edilmesiyle kurulması hâlinde, yapılacak değerlendirme farklılık gösterir. Zira, böyle durumlarda, nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasında pay iktisabından önce kontrol ilişkisi olup olmadığına tespitinde yalnızca şekli ölçütün kullanılması pay alım teklifi yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin dolanılmasına yol açabilir. Özellikle nihaî kontrol sahibinin bir tüzel kişi olup da nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişinin yönetim organlarının aynı kişilerden oluştuğu veya her iki tüzel kişinin aynı gerçek kişi tarafından kontrol edildiği veya nihaî kontrol sahibi ile tedarik ilişkisi içinde olduğu için onun talimatı uyarınca veya onun hesabına aracı-vasıta tüzel kişi tarafından hedef ortaklıkta pay iktisap edildiği durumları buna örnek gösterebiliriz. Bu örneklerin dolaylı kontrol ilişkisinin kurulma biçimlerinden ilk durum ile aynı mahiyette görülemeyeceği, bu tür durumların pay alım teklifi yükümlülüğünün

düzenleniş amacı doğrultusunda daha farklı çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira, bu durumun kendine özgü özellikleri hedef ortaklıktaki yönetim kontrolünün tespitine ilişkin SPKn. md. 26/2 ve II-26.1 sayılı Tebliğ md. 12/2'de yer alan hükmün burada kıyasen uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Kanaatimizce hedef ortaklıkta yönetim kontrolü değişikliğine yol açan payların doğrudan nihaî kontrol sahibi tarafından değil de, nihaî kontrol sahibi tarafından kontrol edilen bir başka tüzel kişi (aracı-vasıta tüzel kişi) tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, nihaî kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasında mevcut bulunan kontrol ilişkisinin maddî anlamda yönetim kontrolü çerçevesinde değerlendirilmesi pay alım teklifi yükümlülüğü düzenlemesinin amacına daha uygun düşmektedir.

(çç) Nihaî Kontrol Sahibi ile Hedef Ortaklık İlişkisinde Kontrol Eşliğinin Tespiti Sorunu

Dolaylı yoldan bir ortaklıkta pay sahibi olunması durumunda, nihaî kontrol sahibinin hedef ortaklıkta dolaylı yoldan elde etmiş olduğu pay sahipliği oranını hesaplamak için pay sahipliğinin sağladığı “malvarlıksal hakların kullanım oranı” ile “oy haklarının oranı” olmak üzere iki yöntem bulunmaktadır.

Hedef ortaklıkta pay sahibi olan bir ortaklıkta (aracı-vasıta tüzel kişi) pay sahibi olan bir kişinin, aracı-vasıta tüzel kişi üzerinden elde etmiş olduğu pay sahipliği oranı, hedef ortaklıktaki “malvarlıksal haklarının oranı” (*cash-flow rights*), bu kişinin doğrudan pay sahibi olduğu ortaklıktaki (aracı-vasıta tüzel kişi) pay oranı ile bu ortaklığın (aracı-vasıta tüzel kişi) hedef ortaklıkta sahip olduğu pay oranının çarpımı suretiyle bulunmaktadır¹⁷⁹. Bu yöntem, nihaî kontrol sahibinin aracı-

¹⁷⁹ Edwards, J./Weichenrieder, A., J.: How Weak is the Weakest-Link Principle? On the Measurement of Firm Owners' Control Rights, CESifo Working Paper No. 1255, August 2004, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=591902 s. 3. Ayrıca, konuya ilişkin olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkarılan ve 1/11/2006 tarihli 26333 sayılı RG'de yayımlanan Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik'in md. 13 hükmünde ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun internet sitesinde yayımlanan İzahname Formatı ve Hazırlanmasına İlişkin Kılavuzun'da düzenleme bulunduğu görülmektedir (bkz. anılan Kılavuz, s. 39-40).

vasıta tüzel kişilikte sahip olduğu malvarlıksal haklar ile aracı-vasıta tüzel kişinin hedef ortaklıkta sahip olduğu malvarlıksal hakları dikkate almaktadır. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, X A.Ş.'nin Y A.Ş.'nin paylarının %51'ini elinde bulundurduğunu varsayalım. X A.Ş.'nin sermayesinin %90'ının Z tarafından iktisap edildiğini düşünelim. Bu durumda Z, X A.Ş.'ndeki kontrolü sebebiyle Y A.Ş.'nin yönetim kontrolünü dolaylı olarak elde etmiş durumdadır. Z'nin X A.Ş. üzerinden Y A.Ş.'nde dolaylı olarak elde ettiği pay oranı %51 olmakla birlikte konuya malvarlıksal haklar açısından bakarsak, Z A.Ş. esasen Y A.Ş.'nin paylarının %51'ini doğrudan iktisap etmemiştir. X A.Ş.'nde Z'nin %90 oranındaki kontrolü sebebiyle Y A.Ş.'nin kâr dağıtımından X A.Ş.'nin elde edeceği tutarın %90'ına sahip olacaktır. Bu nedenle Z'nin Y A.Ş.'ndeki malvarlıksal haklarının oranı %51 değil, %51'in %90'ı ($51 \times 90 = 45,9$) kadardır.

Bir ortaklığın başka bir ortaklığın etkisi altında olup olmadığının, dolayısıyla "oy haklarının oranı"nın (*voting rights/control rights*) tespiti bakımından yapılan amprik çalışmalarda farklı yöntemlerin uygulandığı görülmektedir. Bunlardan başlıcaları; dolaylı kontrol ilişkilerinde, kontrol zinciri içindeki düşük olan oranının esas alınmasını öngören "*weakest link principle*" (*WLP*) ve hedef ortaklıkta pay sahibi olan aracı-vasıta tüzel kişiye hâkim olunması durumunda esas alınan "*last link principle*" (*LLP*)¹⁸⁰ olarak adlandırılan yöntemlerdir¹⁸¹. Hâkim olunan aracı -vasıta tüzel kişinin

hâkim olduğu başka aracı-vasıta tüzel kişilerin hedef ortaklıkta pay sahibi olması durumunda, yönetim kontrolü oranı belirlenirken, "*weakest link principle*"ın uygulanması hâlinde, kontrol zinciri içindeki düşük olan oran esas alınacakken, "*last link principle*"ın uygulanması halinde ise, son aracı-vasıta tüzel kişinin hedef ortaklıkta sahip olduğu pay oranı esas alınmaktadır¹⁸². Konuyu yukarıdaki örnek ile açıklayacak olursak; Z A.Ş.'nin X A.Ş.'nin %90'ına; X A.Ş.'nin de, Y A.Ş.'nin %51'ine sahip olduğu durumda, *WLP* uyarınca kontrol zincirindeki düşük olan oran esas alınacağından, Z A.Ş., Y A.Ş. üzerinde %51 oranında oy hakkına sahiptir. Diğer taraftan, *LLP* uyarınca Z A.Ş.'nin Y A.Ş. üzerindeki oy hakkı oranı, son aracı-vasıta tüzel kişi olan X A.Ş.'nin hedef ortaklık Y A.Ş.'nde sahip olduğu payların oranı olan %51'dir. Bu durumda iki yöntem de, farklı gerekçelerle aynı sonucu vermektedir. Bununla birlikte, Z A.Ş.'nin X A.Ş.'de %51, X A.Ş.'nin de Y A.Ş.'de %90 pay sahibi olduğu durumda Z A.Ş.'nin Y A.Ş. üzerindeki etkisi *WLP* uyarınca %51 iken, *LLP* uyarınca %90 olacaktır. Görüldüğü üzere, anılan iki yöntem bazı durumlarda aynı sonuca götürecektir. Bununla birlikte, farklı oranların bulunması halinde birbirinden çok farklı sonuçlara yol açabilmekte olup, her iki yöntemin de eleştiriye açık yanları bulunduğu görülmektedir.

Dolaylı kontrol ilişkinin tespitinde oy haklarının hangi oranda elde edildiği olgusu, böyle bir durumda nihai kontrol sahibinin hedef ortaklıktaki malvarlıksal haklardan ne ölçüde yararlanılacağına nazaran çok daha önemli bir göstergedir. Zira, herşeyden önce pay alım teklifi yükümlülüğü hedef ortaklıkta elde edilen malvarlıksal hakların değil, yönetsel hakların yönetim kontrolünü sağlama-sına bağlanan bir sonuçtur. Bu bakımdan, malvarlıksal haklardan yararlanma ölçüsünü tespit etmek için kullanılan çarpım yönteminin pay alım teklifi yükümlülüğünün doğup doğmadığına ilişkin bir değerlendirmede uygulanmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz¹⁸³.

¹⁸⁰ Lepetit, L./ Tarazi, A./Zedek, N., Ultimate Ownership Structure and Bank Regulatory Capital Adjustment: Evidence from European Commercial Banks, December 2013, s. 9.

¹⁸¹ Anılan yöntemler esas itibarıyla, zincir şeklindeki pay sahipliği yapılarında, ortaklık üzerinde etkiye sahip nihai bir pay sahibinin mevcut olup olmadığına ilişkin belirleme yapılması için kullanılmakta olup, zorunlu pay alım teklifinde yönetim kontrolü hesabında kullanılmak amacıyla geliştirilmemiştir. Bu belirleme yapılırken önce varsayımsal bir eşik öngörülerek, bu eşik üstünde pay sahibi olunması halinde kontrol gücüne sahip bulunduğu (hâkim olduğu) varsayılmakta ve örneğin *WLP*'de zincirdeki en zayıf halka dikkate alınarak, bir ortaklığın nihai bir pay sahibi tarafından mı etki altında tutulduğu yoksa dağınık bir pay sahipliğine mi sahip olduğu tespit edilmektedir. Örneğin *La Porta*'nın çalışmalarında %10 ve %20'yi varsayımsal eşik olarak esas aldığı görülmektedir (*Edwards/Weichenrieder* s. 7).

¹⁸² *Edwards/Weichenrieder* s. 9.

¹⁸³ Aksi görüş için bkz. *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 368. Yazar, dolaylı pay sahipliğinin hesaplanmasında çarpım yöntemini düzenleyen Bankaların İzne Tabi

Kaldı ki, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 12/3-a hükmünde, halka açık ortaklıkta pay sahibi kişi ile yine bu ortaklıkta pay sahibi olan ve bu kişinin pay sahibi olduğu diğer bir tüzel kişinin (anılan kişinin pay sahibi olduğu tüzel kişi ortağın yönetim kontrolüne sahip olması kaydıyla) birlikte hareket ettikleri kabul edilmektedir. Buna göre, nihaî kontrol sahibinin hedef ortaklıktaki pay hesaplanırken, kendisinin hedef ortaklıkta doğrudan sahip olduğu paylar ile iştirakinin hedef ortaklıkta sahip olduğu paylar yalnızca toplanmaktadır. Yoksa nihaî kontrol sahibinin ayrıca aracı-vasıta tüzel kişide elinde bulundurduğu paylar ile bu tüzel kişinin hedef ortaklıkta sahip olduğu payların çarpımını ayrıca dikkate alınmamaktadır. Nitekim, Sermaye Piyasası Kurulu'nun anılan Tebliğ yürürlüğe girmeden önceki uygulaması da II-26.1 sayılı Tebliğ'i md. 12/3-a bendinde belirtilen esasa paralel şekilde olmuştur¹⁸⁴. Bununla birlikte, oy hakları oranının tespitinde LLP'nin esas alınmasının ile ilgili uygulamada ise, iki yöntemin de uygulandığı kararları da görmek mümkündür¹⁸⁵.

İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmeliği'nin md. 13'te öngörülen yöntemin burada da ölçü oluşturabileceği görüşündedir. Söz konusu hüküm, banka sermayesinde tüzel kişiler aracılığıyla oluşan pay sahipliği oranı iştirak oranları ile çarpılmak suretiyle bulunacak aynı kişinin ara kademedeki tüzel kişiye doğrudan iştirakinin bulunması hâlinde, bu iştirak oranı da sonraki çarpım işleminden önce o kademeye kadar ulaşılan orana eklenmesine ilişkindir.

¹⁸⁴ 2012/32 sayılı HB'de yayımlanan Mustafa Yılmaz Yatırım Ortaklığı (Mustafa Yılmaz) – Güler Yatırım Holding A.Ş. (Güler Yatırım) olayında, Mustafa Yılmaz'da %29,5 pay sahibi olan Güler Yatırım ile iştiraki Güler İlaç Bilişim İnşaat A.Ş.'nin (Güler İlaç) Mustafa Yılmaz'da sahip olduğu %46,37 payı birlikte değerlendirilerek Güler Yatırım'ın Mustafa Yılmaz sermayesinde toplam %75,87 oranında paya sahip olması nedeniyle pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğduğuna karar verilmiştir. Benzer şekilde, 2011/7 sayılı HB'de yayımlanan OMV Enerji Holding A.Ş. (OMV) – Petrol Ofisi A.Ş. olayında, OMV'nin Petrol Ofisi A.Ş.'de sahip olduğu %54,14 payı ile OMV Aktiengesellschaft'ın Petrol Ofisi A.Ş.'de sahip olduğu paylar birlikte değerlendirilerek Petrol Ofisi A.Ş.'nin OMV Holding sermayesinde toplam %95,72 oranında paya sahip olması nedeniyle pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğduğuna karar verilmiştir. Aynı şekilde 2007/15 sayılı HB'de yayımlanan GEM – Eastpharma – Deva Holding olayında da payların birlikte değerlendirilerek pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğduğuna karar verilmiştir.

¹⁸⁵ 1999/40 sayılı HB'de yayımlanan Federal – Mogul Dereli Holding A.Ş., 2006/11 sayılı HB'de yayımlanan Garanti

B. PAY ALIM TEKLİFİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNE YOL AÇMAYAN VEYA BU YÜKÜMLÜLÜKTEN MUAFİYET TANINMASINA NEDEN OLAN DURUMLARIN TESPİTİNDE YÖNETİM KONTROLÜ KAVRAMININ İŞLEVLERİ

1. Pay Alım Teklifi Yükümlülüğüne Yol Açmayan veya Bu Yükümlülüğün Tanınmasına Neden Olan Durumların Düzenlenişi

Pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açmayan veya bu yükümlülüğün muafiyet tanınmasına neden olan durumların tespitinde yönetim kontrolü kavramına önemli işlevler tanınmıştır. Bu konuya geçmeden önce kısaca pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâllerin öngörülmesi ve muafiyet tanınması kavramlarının ne anlama geldiğini, bu makalenin sınırları çerçevesinde olabildiğince ortaya koymakta fayda vardır.

Bankası, 2010/13 sayılı HB'de yayımlanan Kent Gıda – Cadbury, 2012/12 HB'de yayımlanan Integrated Healthcare Hastaneler Turkey Sdn Bhd - Acibadem Sağlık Yatırımları Holding A.Ş. olaylarında çarpım yöntemine göre hesaplama yapılmıştır. Buna karşılık, 2006/7 HB'de yayımlanan Spohn Cement GmbH - Heidelberg Cement AG, 2009/49 sayılı HB'de yayımlanan Şekerbank T.A.Ş.-BTA Securities JSC, 2011/7 sayılı HB'de yayımlanan OMV Enerji Holding, Petrol Ofisi A.Ş. olaylarında 2007/15 sayılı HB'de yayımlanan Deva Holding – Eastpharma, 2012/32 sayılı HB'de yayımlanan Mustafa Yılmaz Yatırım Ortaklığı A.Ş. – Güler Yatırım A.Ş. kararlarında ise, çarpım yönetimi kullanılmamış, aksine hedef ortaklıktaki oy hakları oranını (yönetimsel haklar) dikkate alınmış, başka bir deyişle LLP yöntemi uygulanmıştır. Diğer taraftan, 2006/11 sayılı HB'de yayımlanan Garanti Bankası – GE Limited, 2009/44 sayılı HB'de yayımlanan Fortis Bank A.Ş. - Société Fédérale de Participations et d'Investissement/ Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij, 2012/12 sayılı HB'de yayımlanan Integrated Healthcare Hastaneler Turkey Sdn Bhd - Acibadem Sağlık Yatırımları Holding A.Ş., 2012/41 sayılı HB'de yayımlanan Yibitaş Yozgat İşçi Birliği İnşaat Malzemeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. - Austria Holding GmbH, yine 2012/41 sayılı HB'de yayımlanan State Oil Company of Azerbaijan - Petkim Petrokimya Holding A.Ş., 2013/34 sayılı HB'de yayımlanan Alternatif Yatırım Ortaklığı A.Ş.- Alternatifbank A.Ş. olaylarında ise, hangi yöntem göre belirleme yapıldığı açıkça gösterilmeden pay alım teklifi ile ilgili değerlendirme yapılmıştır. Yöntem farklılığının kontrol oranının yüksek olduğu bir sistemde daha farklı sonuçlar çıkmasına yol açtığını da belirtmek gerekir. Söz gelimi, kontrol oranının %25 olduğu döneme ilişkin kararlara konu olaylar incelendiğinde her iki yöntem de uygulansa aynı sonuçlar çıkmaktadır. Ancak o yıllarda da kontrol oranı bugünkü gibi %50 olmuş olsaydı, özellikle 2006/11 tarihli HB'de yayımlanan Sermaye Piyasası Kurulu kararına konu olayda çarpım yöntemine göre pay alım teklifi yükümlülüğü doğmaz iken, LLP yönteminde bu yükümlülüğün doğduğu görülmektedir.

Yönetim kontrolünün el değiştirmesine yönelik işlemler, ticarî hayatın olağan işlemleri olduğu kadar, ortaklıkların değerinin yükseltilmesine de katkı sağlar. Pay alım teklifi yükümlülüğü, pay sahiplerine fırsat eşitliği sağlamakla birlikte, yükümlülük getirilen kişi veya gruba ağır bir mali külfet yüklediğinden yönetim kontrolünde değişikliğe yol açacak nitelikteki işlemlerin gerçekleştirilmesinde caydırıcı bir rol de oynayabilir. Bu ise, ortaklığın ihtiyacı olan yönetim değişikliğinin gerçekleştirilmesinde veya yabancı sermaye girişinin önlenmesi gibi olumsuz birtakım sonuçların doğmasına da yol açabilir. Bu müessesenin, hem pay sahibi kontrol değişikliklerine karşı korunabilmesi, hem de kontrol değişikliğine ilişkin işlemlerin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesini temin edecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. İşte, muafiyet hâlleri, bu menfaat dengelenmesi yaklaşımının bir ürünüdür.

Bu nedenle, pay alım teklifi yükümlülüğünün düzenleyen bütün ülkelerde olduğu gibi¹⁸⁶, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 18'de de, belirli bazı olgular, söz konusu yükümlülükten muafiyet getirilme sebebi olarak öngörülerek menfaat dengesi tesis edilmiştir¹⁸⁷.

II-26.1 sayılı Tebliğ md. 14'te ise, aşağıda üzerinde durulacağı üzere, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâller düzenlenmiştir¹⁸⁸. Bu maddede düzenlenen hususlar, esas itibarıyla,

¹⁸⁶ AB üyesi ülkelerde pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyete ilişkin düzenleme yaklaşımları hakkında toplu ve genel bir bilgi için bkz. The Takeover Bids Directive Assessment Report, s. 139 vd. Öte yandan, 2004/25/EC Direktifi'nde muafiyet ile ilgili detaylı bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, pay alım teklifine ilişkin genel ilkelere hareketle muafiyet verilmesi imkânı tanınmıştır (Bu hususta bkz. *Seilern Aspang*, s. 69-70).

¹⁸⁷ Muafiyet hâlleri, sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir. Dolayısıyla, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bunlar dışında bir muafiyet öngörülemediği gibi, esas sözleşme ile de yeni bir muafiyet hâli düzenlenemez veya mevcut bir muafiyet hâlinin uygulanmayacağı kararlaştırılmaz.

¹⁸⁸ Bu maddede düzenlenen hususlar, doktrinde bazı yazarlar tarafından pay alım teklifi yükümlülüğünden istisna tutulma olarak adlandırılmaktadır. *Yeşiltepe*, s. 160; *Kendigel*, Zorunlu Çağrı, s. 1186. *Kolcuoğlu* ise, bu hususun Türk hukukunda ilk defa Seri: IV, No: 44 sayılı Tebliğ ile düzenlendiği dikkate alındığında, söz konusu mülga Tebliğ daha yürürlüğe girmeden önce kaleme aldığı eserinde, karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde görülen farklı terminolojiden hareketle, miras, mal paylaşımı, cebri icra gibi nedenlerle yönetim kontrolünün elde edilmesi hâlinde istisna, diğer hâllerde muafiyetin söz konusu olduğunu belirtmektedir (s. 176).

yönetim kontrolünün görünürde gerçekleştiği, ancak kontrolde gerçek anlamda bir değişikliğin bulunmadığı durumlara inhisar etmektedir. Zira, bu gibi durumlarda, söz konusu yükümlülüğün uygulanması, düzenlemenin mantığı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açabilir¹⁸⁹. Bunun dışında, kontrol değişikliğinin bizatihi pay sahiplerine sunulan gönüllü bir pay alım teklifi ile gerçekleştiği durumların istisna olarak sayılması ise, esasen pay sahiplerine yönelik genel bir pay alım teklifinin çok kısa bir süre öncesinde zaten yapılmış olması nedeniyle artık tekrar bir pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmesinin pay sahiplerinin korunması bakımından gereksiz görülmesi ile açıklanabilir¹⁹⁰.

İngiliz hukukunda *Panel* tarafından öngörülen pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet hâlleri¹⁹¹ incelendiğinde, yönetim kontrolünün fiilen elde edilememesine ilişkin bir hâl dışında tümüyle, yönetim kontrolünün el değiştirdiği, ancak pay alım teklifi yükümlülüğünün yerine getirilmesinde daha yüksek bir menfaatin bulunduğu hâllere özgülendiği görülmektedir.

Alman hukukunda, konu iki şekilde düzenlenmiştir. İlk olarak, *WpÜG* § 36 hükmü, "Oy haklarının dikkate alınmaması" başlığı altında¹⁹² başvuru üzerine *Bafin* tarafından hedef ortaklıkta

¹⁸⁹ Bkz. ve karşı. *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 368.

¹⁹⁰ Bu hükmün eleştirisi için bkz. *Kendigel*, Zorunlu Çağrı, s. 1188-1189; *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 368. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hususun pay alım teklifi yükümlülüğüne konu olmaması, AB'nin 2005/25/EC Direktifi'ne dayanmaktadır. Anılan Direktifin md. 5/2 hükmü, açık bir biçimde bu durumda pay alım teklifi yükümlülüğünün uygulanmamasını öngörmektedir. Nitekim, İngiliz hukukunda *Code*'un 9.1 maddesinin son paragrafında gönüllü pay alım teklifi ile kontrol oranının aşılması pay alım teklifinden istisna tutulmuştur. Alman hukukunda da *WpÜG* § 35/3'te de bu husus açıkça düzenlenmiş ve bu durumlarda pay alım teklifi yükümlülüğüne ilişkin ilgili hükümlerin uygulanmayacağı hükmü bağlanmıştır. Gönüllü pay alım teklifi ile kontrol oranının aşılmasına istisna öngörülmesinin isabetli olduğu görüşü için bkz. *Yeşiltepe*, s. 161; *Türkyılmaz*, s. 92.

¹⁹¹ Bkz. *Panel*'in F Bölümü'nde yer alan "Notes On Dispensations From Rule 9" başlıklı bölümünde 5 madde hâlinde düzenlenmiştir. Bunları, İngilizcesi ile sıralayacak olursak, "Vote of independent shareholders on the issue of new securities, Enforcement of security for a loan, Rescue operations, Inadvertent mistake, Shares carrying 50% or more of the voting rights ve Enfranchisement of non-voting shares".

¹⁹² Söz konusu başlığın Almancası şu şekildedir: "Nichtberücksichtigung von Stimmrechten".

iktisap edilen payların oy haklarının hesaplamada dikkate alınmamasını âmirdir¹⁹³. Buna göre, miras, mal paylaşımı vb. aslen iktisap hâlleri ile tür değişikliği veya şirketler topluluğu bünyesindeki yeniden yapılandırmadan kaynaklanan iktisaplar sonucu elde edilen oy hakları, ilgilinin başvurusu üzerine kontrol oranının geçilip geçilmediğinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu hüküm ile, esas itibarıyla, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâllerin düzenlendiğini söyleyebiliriz. Burada *BaFin* tarafından muafiyet kararı değil, oy haklarının kontrol oranının hesaplanmasında dikkate alınmaması yönünde karar verilmektedir. Bu karar, kontrol oranı aşılmadığı için, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmaması sonucunu doğurmaktadır.

WpÜG § 37'de ise, pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet hâllerine ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında¹⁹⁴ muafiyet verilmesini gerektiren sebepler, daha doğru bir deyişle muafiyet verilmesinin dayandığı temeller belirtilmektedir. Bunlar, kontrolün elde edilmiş biçimi ve kontrolün kullanılma imkânının elde edilip edilememesi ile ilgilidir. Buna göre, pay iktisabında kontrolü elde etme amacının bulunup bulunmadığı, kontrol elde edildikten sonra kontrol eşliğinin altına inilip inilmediği, hedef ortaklıktaki oy haklarının oranları, yönetim kontrolünün gerçek anlamda (fiili olarak) kullanılması imkânını bahşetmesi bakımından

muafiyet başvurusunda bulunan kimse ile hedef ortaklığın diğer pay sahiplerinin menfaatleri göz önünde bulundurulduğunda muafiyet verilmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı ölçütlerine göre muafiyet kararı tesis edilebilir.

İşte, *WpÜG* § 37'de öngörülen bu ölçütleri dikkate alan *BaFin*, *WpÜG-Angebotsverordnung* § 9'da iki fıkra olarak muafiyet hâllerini detaylı bir biçimde düzenlemiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında¹⁹⁵ kontrol oranının aşılması ile yönetim kontrolü değişikliğinin gerçekleştiği, ancak kontrolün elde edilmiş biçimi göz önünde bulundurulduğunda, pay alım teklifi yükümlülüğünün yerine getirilmesinden daha üstün bir menfaatin hukuk düzenince tanındığı muafiyet hâllerine yer verilmiştir.

WpÜG-Angebotsverordnung § 9/2'de ise¹⁹⁶, kontrol oranının üzerine çıkılmasına, diğer bir

¹⁹³ Anılan maddenin Almanca metni şu şekildedir: "Die Bundesanstalt lässt auf schriftlichen Antrag zu, dass Stimmrechte aus Aktien der Zielgesellschaft bei der Berechnung des Stimmrechtsanteils unberücksichtigt bleiben, wenn die Aktien erlangt wurden durch

1. Erbgang, Erbauseinandersetzung oder unentgeltliche Zuwendung unter Ehegatten, Lebenspartnern oder Verwandten in gerader Linie und bis zum dritten Grade oder durch Vermögensauseinandersetzung aus Anlass der Auflösung einer Ehe oder Lebenspartnerschaft,
2. Rechtsformwechsel oder
3. Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns."

¹⁹⁴ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Die Bundesanstalt kann auf schriftlichen Antrag den Bieter von den Verpflichtungen nach § 35 Abs.1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 befreien, sofern dies im Hinblick auf die Art der Erlangung, die mit der Erlangung der Kontrolle beabsichtigte Zielsetzung, ein nach der Erlangung der Kontrolle erfolgreiches Unterschreiten der Kontrollschwelle, die Beteiligungsverhältnisse an der Zielgesellschaft oder die tatsächliche Möglichkeit zur Ausübung der Kontrolle unter Berücksichtigung der Interessen des Antragstellers und der Inhaber der Aktien der Zielgesellschaft gerechtfertigt erscheint."

¹⁹⁵ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Die Bundesanstalt kann insbesondere eine Befreiung von den in § 8 Satz 1 genannten Pflichten erteilen bei Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft

1. durch Erbschaft oder im Zusammenhang mit einer Erbauseinandersetzung, sofern Erblasser und Bieter nicht verwandt im Sinne des § 36 Nr. 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes sind,
2. durch Schenkung, sofern Schenker und Bieter nicht verwandt im Sinne des § 36 Nr. 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes sind,
3. im Zusammenhang mit der Sanierung der Zielgesellschaft,
4. zum Zwecke der Forderungssicherung,
5. auf Grund einer Verringerung der Gesamtzahl der Stimmrechte an der Zielgesellschaft,
6. ohne dass dies vom Bieter beabsichtigt war, soweit die Schwelle des § 29 Abs. 2 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes nach der Antragstellung unverzüglich wieder unterschritten wird."

¹⁹⁶ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Eine Befreiung kann ferner erteilt werden, wenn

1. ein Dritter über einen höheren Anteil an Stimmrechten verfügt, die weder dem Bieter noch mit diesem gemeinsam handelnden Personen gemäß § 30 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes gleichstehen oder zuzurechnen sind,
2. auf Grund des in den zurückliegenden drei ordentlichen Hauptversammlungen vertretenen stimmberechtigten Kapitals nicht zu erwarten ist, dass der Bieter in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft über mehr als 50 Prozent der vertretenen Stimmrechte verfügen wird,
3. auf Grund der Erlangung der Kontrolle über eine Gesellschaft mittelbar die Kontrolle an einer Zielgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 3 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes erlangt wurde und der Buchwert der Beteiligung der Gesellschaft an der Zielgesellschaft weniger als 20 Prozent des buchmäßigen Aktivvermögens der Gesellschaft beträgt."

deyişle şekli anlamda yönetim kontrolünün elde edilmiş olmasına rağmen maddi anlamda yönetim kontrolünün gerçekleşmediği hâller muafiyet kapsamına alınmıştır.

Aynı düzenleme anlayışı Avusturya hukukunda da görülmektedir. Avusturya hukukunda *ÜbG* § 24'te kontrol oranının aşılmasına rağmen kontrol değişikliğinin gerçekleşmediği hâller için muafiyet öngörülmüştür¹⁹⁷. Buna karşılık *ÜbG* § 25'te¹⁹⁸ ise, yönetim kontrolü değişikliğinin gerçekleşmiş olmasına rağmen, yükümlülüğün yerine getirilmesinden daha üstün başka menfaatler göz önünde bulundurularak muafiyet hâlleri düzenlenmiştir¹⁹⁹. Burada yer alan muafiyet hâllerinin aslen iktisap veya kontrol oranının istenmeden aşılması gibi, kontrol değişikliğinin gerçekleşme biçimine ve dolaylı kontrol değişikliklerinde nihai kontrol sahibi ile aracı-vasıta tüzel kişi arasındaki

kontrol yapısının hedef ortaklıkta kontrol değişikliğini amaçlamadığını göstermesine veya kontrol değişikliğinin kurtarma amaçlı pay iktisabından kaynaklanmasına, yani kısaca kontrolün elde edilmiş amacına ilişkin olduğu görülmektedir²⁰⁰.

İsviçre hukukunda *FinfraG* § 136/1'de beş muafiyet hâli düzenlenmiştir²⁰¹. Bunlar, esas itibarıyla, kontrol oranının aşılmasına rağmen fiilen kontrol yapısında bir değişikliğin gerçekleşmemesine (grup içi pay devirleri), kontrol değişikliğinin niteliğine (bedelsiz olması, irade dışı olması-sermaye azaltımından kaynaklanması, geçici olması) ve kontrol değişikliğinin amacına (kurtarma amaçlı) ilişkindir²⁰².

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, pay alım teklifi yükümlülüğünün düştüğü hâller düzenlenmiştir.²⁰³ Bunlar ise, kontrol değişikliğinin

¹⁹⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda II.B.2.b.

¹⁹⁸ Anılan maddenin Almanca metni şu şekildedir: "(1) Keine Angebotspflicht, aber eine Pflicht zur Anzeige des Sachverhalts an die Übernahmekommission besteht, wenn

1. bei Erlangen einer mittelbaren kontrollierenden Beteiligung (§ 22 Abs. 3) der Buchwert der unmittelbaren Beteiligung an der Zielgesellschaft weniger als 25 vom Hundert des buchmäßigen Nettoaktivvermögens des die unmittelbare Beteiligung haltenden Rechtsträgers beträgt;
2. Aktien zu bloßen Sanierungszwecken oder zur Sicherung von Forderungen erworben werden;
3. die für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderliche Zahl an Stimmrechten nur vorübergehend oder unbeabsichtigt überschritten wird, sofern die Überschreitung unverzüglich rückgängig gemacht wird;
4. Aktien durch Schenkung zwischen Angehörigen (§ 32 Abs. 1 IO), Erbgang oder Teilung von Vermögen aus Anlass einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe erworben werden;
5. Aktien auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, an dem mittelbar oder unmittelbar neben den bisherigen Gesellschaftern ausschließlich deren Angehörige (§ 32 Abs. 1 IO) beteiligt sind; dasselbe gilt für die Übertragung auf eine Privatstiftung, auf deren Geschäftsführung die Angehörigen einen beherrschenden Einfluss ausüben können;
6. der Beteiligte innerhalb von fünf Monaten ab Erlangen der kontrollierenden Beteiligung die übrigen Aktionäre nach dem *GesAusG* aus der Gesellschaft ausschließt, wenn die Abfindung nicht niedriger als der nach § 26 zu bietende Angebotspreis ist und auch dem höchsten Preis entspricht, der bis zur Eintragung dieses Beschlusses in das Firmenbuch vom Beteiligten für die entsprechenden Aktien bezahlt oder vereinbart wurde."

¹⁹⁹ Bkz. ve karş. *Koschier*, s. 162.

²⁰⁰ Bu maddede yer alan muafiyet hâllerinin değerlendirilmesi hususunda geniş bilgi için bkz. *Koschier*, s. 162 vd.

²⁰¹ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Die Übernahmekommission kann in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich wenn:

- a. die Stimmrechte innerhalb einer vertraglich oder auf andere Weise organisierten Gruppe übertragen werden. Die Gruppe untersteht in diesem Fall der Angebotspflicht nur als Gruppe;
- b. die Überschreitung aus einer Verringerung der Gesamtzahl der Stimmrechte der Gesellschaft resultiert;
- c. der Grenzwert nur vorübergehend überschritten wird;
- d. die Beteiligungspapiere unentgeltlich oder, im Rahmen einer Kapitalerhöhung, vorzugsweise gezeichnet werden;
- e. die Beteiligungspapiere zu Sanierungszwecken erworben werden."

²⁰² Konuya ilişkin detaylar ise, *FinfraV-FINMA* § 40 ve 41'de düzenlenmiştir. *FinfraV-FINMA* § 40 genel muafiyet hâllerini ele almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında kontrol değişikliğinin amacı ve niteliği göz önünde bulundurlarak muafiyet düzenlenmiştir. Buna göre, kurtarma amaçlı sermaye azaltımı ve takip eden sermaye artırımını sonrası kontrol değişikliğinin gerçekleşmesi ile pay ihracı kapsamında verilen satın alma taahhütleri uyarınca banka veya aracı kurumlar tarafından geçici süre ile kontrol eşliğinin aşılması genel muafiyet sebebidir. *FinfraV-FINMA* § 41'de ise, özel muafiyet hâlleri düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında haklı sebeplerle muafiyet verilebileceği düzenlenmektedir. İkinci fıkrada ise, haklı sebepler örnek kabilinden sayılmıştır. Bunlar, kontrolün elde edilememesi, kontrol değişikliğinin grup içi pay devirleri nedeniyle değişmemesi ve dolaylı kontrol ilişkilerinden kaynaklanan muafiyet hâllerine ilişkindir.

²⁰³ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Die Angebotspflicht entfällt, wenn die Stimmrechte durch Schenkung, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben werden."

miras, mal paylaşımı, cebri icra vb. aslen iktisap nedeniyle gerçekleşmesine ilişkindir. Ancak, belirtmek gerekir ki, İsviçre doktrininde, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında açıkça muafiyet verilmesinde değil de yükümlülüğün düşmesinden bahsedilmiş olmasına rağmen, bu fıkra da belirtilen aslen iktisap hâlleri de muafiyet kapsamında incelenmektedir²⁰⁴. Ancak, bu fıkra da “yükümlülüğün düşmesi” yerine “yükümlülüğün düşmesi” ifadesinin kullanılmasının sebebi, aslen iktisap hâllerinde başvuruya ve haklı sebeplerin ayrıca gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın yükümlülüğün doğmamasıdır²⁰⁵.

2. Yönetim Kontrolü Oranının Aşılmasına Rağmen Yönetim Kontrolüne Fiilen Sahip Olamamanın Sonuçları

a. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması için şekli kontrol ölçütü esas alınmış ve maddî anlamda yönetim kontrolüne kural olarak bir işlev tanınmamıştır. Bu düzenleme anlayışında şu iki durum ile karşı karşıya kalınması söz konusu olmaktadır: Şekli anlamda yönetim kontrolünün kabul edilmesinin doğal bir sonucu olarak, kontrol eşiğine ulaşılmadan fiili kontrol elde edilebilir. Şekli anlamda yönetim kontrolünün ölçü alınmasındaki hukukî menfaat daha üstün tutulmuş olduğundan, bu tür sonuçlar, bilinçli bir biçimde pay alım teklifi yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakılmıştır.

Şekli anlamda yönetim kontrolünün pay alım teklifi yükümlülüğünde ölçüt olarak alınması, bunun dışında, pay iktisabı ile yönetim kontrolü için mevzuatta belirlenen kontrol oranının aşılması olmasına rağmen, fiilen yönetim kontrolünün elde edilememesi durumu ile karşılaşılmamasına yol açabi-

li. Karşılaştırmalı hukukta, yönetim kontrolünün maddî anlamda sağlanamamış olmasına bazı istisnai durumlarda özel bazı sonuçların bağlandığını görüyoruz. Şekli anlamda yönetim kontrolüne yüklediği işlevler, pay alım teklifi yükümlülüğünün düzenleniş amacı, düzenlemenin yapıldığı ülkenin sermaye ve ortaklık yapılarına göre her hukuk sistemi bu konuyu ele almaktadır²⁰⁶. Örneğin, İngiliz hukukunda düzenlenen muafiyet hâllerinden birisi kontrol oranının üzerinde pay iktisabına rağmen, hedef ortaklıkta %50 veya daha fazla oranda paya sahip başka bir kimsenin bulunmasıdır²⁰⁷. Bunun dışında, İngiliz hukukunda yönetim kontrolüne sahip bir kimsenin yapacağı pay iktisabı ile kontrol oranının üzerine çıkması, diğer bir deyişle pay iktisabının mevcut kontrol yapısında bir değişikliğe yol açmaması ayrı bir muafiyet sebebi olarak düzenlenmemiştir.

İsviçre hukukunda yönetim kontrolünün şeklen elde edildiği ancak maddî olarak elde edilemediği durumlarda muafiyet öngörülmesi, *FinfraV-FINMA* § 41/2 uyarınca yalnızca pay iktisabı-

²⁰⁴ Schenker, s. 494 vd.

²⁰⁵ Bu hususta bkz. *Tschäni/Iffland/Diem*, s. 46, N. 89. Anılan yazarların değerlendirmesi *FinfraG* ve *FinfraV-FINMA* 'nın yürürlüğe girmesi sonucu ilga edilen *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* ve *Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision vom 25. Juni 1997 über die Börsen und den Effektenhandel*'de yer alan hükümler hakkında olmakla birlikte, bu hükümler, yeni mevzuatta da aynen muhafaza edilmiş olduğundan, söz konusu değerlendirmeler geçerliliğini korumaktadır.

²⁰⁶ Nitekim, bu husustaki düzenlemenin “*sermaye piyasalarının, ekonomik gelişmeye olanak sağlayacak ve yatırımcılar için güven uyandıracak şekilde, düzen ve istikrar içinde işlemesi amacıyla düzenleme ve denetim yapmakla görevli olan davalı idarenin, küçük yatırımcıların korunması ve yatırımlarda artışın sağlanması amaçları arasında denge gözetmesi ve çatışan bu amaçları bağdaştırmaya çalışması gerektiği*” şeklindeki değerlendirilmesi neticesinde, mülga Seri: IV, No: 44 sayılı Tebliğ ile kontrol oranının %50'ye çıkarılmasının iptali istemiyle açılan davada Danıştay 13. Dairesi'nin davanın reddi yönündeki 19/10/2016 t. E. 2011/1015, K. 2016/3348 sayılı kararını bu çerçevede değerlendirmek gerekir (kararın metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2011-1015-k-2016-3348-t-19-10-2016>). Buna karşılık, *Varrottil*, Hindistan hukukunda şekli anlamda yönetim kontrolü anlayışı benimsenmiş olmakla birlikte, yönetim kontrolü tanımındaki esneklik sebebiyle Hindistan Yargıtayı'nın kontrol oranının %15 olduğu bu hukuk sisteminde %14,45 oranında mevcut kontrol sahibinden pay iktisap eden kişi için pay alım teklifi yükümlülüğü getirilmesi gerektiğine karar verildiğini belirtmektedir (s. 223). Ancak anılan hukuk sisteminde uygulamaya alanı bulan bu yaklaşım tarzının Türk hukukunda benimsenmesi, kontrol tanımının kesinliği ve kanunda açıkça öngörülmüş olması karşısında mümkün değildir.

²⁰⁷ Anılan muafiyet “*Shares carrying 50% or more of the voting rights*” başlıklı md. 5-b'de düzenlenmiş olup, sözkonusu bendin İngilizce metni şu şekildedir: “(b) *shares carrying 50% or more of the voting rights are already held by one other person;*”

na rağmen pay iktisap eden kişi veya grubun karşısında kendilerinden daha yüksek oranda bir oy blokunun olmasına özgülenmiştir²⁰⁸. *FinfraV-FINMA*'da öngörülen bu muafiyet hâli, pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmesinin hakkaniyetle bağdaşmaması ile açıklanabilir.

Benzer şekilde, Alman hukukunda da, *WpÜG-Angebotsverordnung* § 9'un ikinci paragrafının (1) ve (2) no'lu bentlerinde kontrol oranının üzerinde pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün fiilen elde edilememiş olmasına pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet öngörülmüştür²⁰⁹. Buna göre, hedef ortaklıkta üçüncü bir kişinin kontrol oranı üzerinde pay iktisap eden kişiden daha fazla oy hakkı içeren pay üzerinde tasarruf edebilmesi ile geçmiş üç olağan genel kurul toplantısında temsil edilen oy hakları göz önünde bulundurulduğunda, pay iktisabı ile kontrol oranını geçen kimsenin hedef ortaklık genel kurulunda %50'den fazla oy hakkı kullanmasının beklenmemesi hâllerinde pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet getirilebilir.

Avusturya hukukunda da bu yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. Gerçekten de *ÜbG* § 24/1'de yönetim kontrolünün kontrol eşliğinin aşılmasına rağmen elde edilmemesi nedeniyle pay alım teklifi yükümlülüğünden muafiyet hâlleri düzenlenmiştir²¹⁰. Bunlardan ilki, pay iktisabı ile kontrol oranının üzerine çıkılmış olmasına rağmen

kontrol imkânının elde edilememiş olmasıdır²¹¹. *ÜbG* § 24/2'de bununla ilgili üç durum öngörülmüştür: *ÜbG* § 24/2-1 uyarınca, kontrol oranının üzerinde pay iktisabın rağmen üçüncü bir kişinin çoğunluğa sahip olması²¹² söz konusu durumun yaşanabileceği ilk ihtimal olarak düzenlenmiştir. *ÜbG* § 24/2-2'de ise, diğer pay sahiplerinin varlığı nedeniyle genel kurulda çoğunluk imkânının kontrol oranının üzerinde pay iktisabın rağmen elde edilememesi ikinci ihtimal olarak hükme bağlanmıştır²¹³. Üçüncü ihtimal olarak ise, *ÜbG* § 24/2-3'te ortaklığın esas sözleşmesinde kimsenin %30'dan fazla oy hakkını kullanamayacağını öngörülmesi suretiyle pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün fiilen elde edilememesi düzenlenmiştir²¹⁴.

Avusturya hukukunda *ÜbG* § 24 kapsamındaki ikinci muafiyet sebebi ise, *ÜbG* § 24/3'te düzenlenmiştir. Bu fıkrada kontrol değişikliğinin hiç gerçekleşmemesi, daha doğru bir deyişle, hukukengörünüşte kontrol oranının üzerinde bir pay iktisabı gerçekleşmiş olmasına rağmen, hedef ortaklıkta gerçek anlamda kontrol değişikliğinin olmaması, pay iktisabına rağmen mevcut kontrol ilişkilerinin iktisadi anlamda devam etmesi söz konusudur²¹⁵. Bu fıkrada dört farklı durum düzenlenmiştir. Anılan fıkranın ilk bendi, payları devreden kimsenin devralan kişinin kontrolünü elinde bulundurmasına ilişkindir²¹⁶. Burada devreden hâkim, devralan

²⁰⁸ Anılan fıkranın ilk iki bendinin Almanca metni şu şekildedir: "Als weitere berechtigte Fälle nach Artikel 136 Absatz 1 FinfraG können insbesondere die Fälle gelten, in denen:

- die erwerbende Person die Zielgesellschaft nicht kontrollieren kann, weil eine andere Person oder eine Gruppe über einen höheren Stimmenanteil verfügt;
- ein Mitglied einer organisierten Gruppe nach Artikel 136 Absatz 1 Buchstabe a FinfraG auch einzeln den Grenzwert überschreitet;...".

²⁰⁹ Anılan paragraf ile bu paragrafın ilk iki bendinin Almanca metni için bkz. yukarıda dn. 196.

²¹⁰ Anılan fıkranın Almanca metni şu şekildedir: "Die Angebotspflicht besteht nicht, wenn die Beteiligung an der Zielgesellschaft im Sinn von §§ 22 bis 22b keinen beherrschenden Einfluss auf diese vermitteln kann oder wenn der Rechtsträger, der diesen Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, nicht wechselt. In diesen Fällen kommt auch § 22b Abs. 2 und 3 nicht zur Anwendung. Der Sachverhalt ist der Übernahmekommission unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 20 Börsentagen ab Erlangen der Beteiligung mitzuteilen."

²¹¹ Nitekim, *Koschier*, *ÜbG* § 24/2'de düzenlenen bu muafiyet sebebini hakimiyet imkânsızlığı (*keine Beherrschungsmöglichkeit*) başlığı altında incelemektedir (bkz. s. 141 vd.).

²¹² Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "ein anderer Aktionär zusammen mit den mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern (§ 1 Z 6) über zumindest gleich viele Stimmrechte an der Zielgesellschaft wie der Bieter verfügt;"

²¹³ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "die Aktien aufgrund der üblichen Anwesenheit der anderen Aktionäre in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft nicht die Mehrheit der Stimmrechte vermitteln;"

²¹⁴ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "die Ausübung der Stimmrechte aufgrund eines satzungsmäßigen Höchststimmrechts (§ 12 Abs. 2 AktG) auf höchstens 30 vom Hundert beschränkt ist."

²¹⁵ Bkz. ve karşı. *Koschier*, s. 150. Yazar bu fıkrada düzenlenen hususları kontrol değişikliğinin olmaması (*kein Kontrollwechsel*) olarak nitelendirmektedir (s. 150).

²¹⁶ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Aktien auf einen Rechtsträger übertragen werden, an dem der Übertragende eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende

ise yavru ortaklık konumundadır. Hedef ortaklıkta kontrol oranının üzerindeki pay devri yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşmektedir.²¹⁷ İkinci bentte ise, ilkinin tam tersi söz konusudur. Bu defa, hedef ortaklık paylarını devreden yavru ortaklık, devralan ise payları devreden hâkim ortaklığı konumundadır.²¹⁸ Dikkat edileceği üzere, bu iki durumda muafiyet, esas itibarıyla aynı gruba dâhil ortaklıklar arasında gerçekleşen pay devirleri nedeniyle gerçek anlamda bir kontrol değişikliğinin olmaması nedeniyle tanınmaktadır.²¹⁹ Üçüncü durum ise, payları devralanın bir vakıf olması, ancak devreden vakfın yönetiminin münhasıran kontrolüne sahip olmasıdır.²²⁰ Nihayet dördüncü durum ise, hedef ortaklıkta başka bir pay sahibi ya da onunla birlikte hareket edenler ile oy anlaşması yapılmamış veya sona erdirilmemiş olmasına ilişkindir.²²¹

Görüldüğü gibi, karşılaştırmalı hukukta şekli anlamda yönetim kontrolünün olumlu işlevi kabul edilmiş, ancak olumsuz işlevi tanınmamıştır. Zira, kontrol oranının üzerinde oy hakkı elde

edilmiş olması, fiilen o ortaklığı yönetme olanağına sahip olunamamış olsa bile pay alım teklifi yükümlülüğüne yol açmamakta, sırf şekli ölçütü karşılandığı için bu yükümlülüğün uygulanmasına izin verilmemektedir. Aksine, bu durum anılan yükümlülüğün muafiyet sebebi olarak öngörülmüştür.²²² Ancak karşılaştırmalı hukukta bu konuda düzenleme yapılırken, dikkat edileceği üzere somut belirleme yapılmış, pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün elde edilememesi somut hukuki olgulara bağlanmıştır. Başka bir deyişle, fiili olgular sebebiyle pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün elde edilememesine önem atfedilmemiştir.

Aynı şekilde, pay iktisabı ile kontrol oranının üzerinde oy hakkı elde edilmesinin mevcut kontrol yapısında bir değişikliğe yol açmaması durumuna ilişkin düzenlemeler de nesnel ölçüt kullanılarak yapılmıştır. Buna göre, karşılaştırmalı hukukta, mevcut kontrol yapısının değişmemesi sadece grup içi veya birlikte hareket eden kişiler arası pay devirlerine özgülenmiştir.

b. Türk Hukukunda Benimsenen Yaklaşım

i. Genel Olarak

Kontrol oranının yüksek belirlendiği Türk hukukunda, bu konuda İsviçre, Alman veya Avusturya hukuklarına benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten de, SPKn. md. 26/2 hükmü ile II-26.1 sayılı Tebliğ'de yönetim kontrolü kavramının tanımlanması ile pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü uygulamasında son derece

Beteiligung hält; wurden die Aktien bisher von einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gehalten, so gilt dies sinngemäß, wenn die Willensbildung des Rechtsträgers, auf den die Aktien übertragen werden, nicht von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann;"

²¹⁷ Koschier, s. 153.

²¹⁸ Koschier, s. 154; anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Aktien auf einen Rechtsträger übertragen werden, der eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung am Übertragenden hält; werden die Aktien auf mehrere Rechtsträger übertragen, so gilt dies sinngemäß, wenn die Willensbildung in der Zielgesellschaft nicht von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger beherrscht werden kann;"

²¹⁹ Her ne kadar ÜBG § 24/3-1 ve 2 bentlerinin lafzına bakıldığında iki kardeş ortaklığın (%100'igen Schwestergesellschaft) veya paralel yapılar arasındaki pay devirlerinin muafiyet kapsamında olup olmadığı açık değildir. Ancak Seilern Aspeng, böyle durumlarda aynı maddenin birinci fıkrasındaki genel hüküm uyarınca muafiyet verilmesinin mümkün olduğu görüşündedir (s. 74-75).

²²⁰ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Aktien auf eine Privatstiftung übertragen werden, auf deren Geschäftsführung ausschließlich bisher kontrollierend Beteiligte einen beherrschenden Einfluss ausüben können".

²²¹ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "bei Abschluss oder Auflösung eines Stimmabstimmungsvertrags die Willensbildung in der Zielgesellschaft nicht von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann".

²²² Bu bakımdan, *Kendigelen*'in pay alım teklifi yükümlülüğünden istisnanın uygulanabilmesi için öncelikle bu yükümlülüğün doğmuş olması gerektiği, yönetim kontrolünde değişikliğin gerçekleşmediği durumlarda ise gerçekte istisna kılınacak bir yükümlülüğün henüz doğmamış olduğu, bu nedenle bu olasılıklara ilişkin Tebliğ düzenlemesinin istisna niteliğinde olmadığına ilişkin görüşüne (Zorunlu Çağrı, s. 1188) katılma imkânı bulamıyoruz. Zira, şekli anlamda yönetim kontrolünün değiştiği, ancak bu değişikliğin görünürde olduğu durumlarda karşılaştırmalı hukukta da muafiyet hâli öngörülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta muafiyet hâli öngörülen bir hususun aşağıda detayları ile üzerinde durulacağı üzere, Türk hukukunda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı bir hâl olarak düzenlenmiş olması ise, kanaatimizce, muafiyet hâllerinin yükümlülüğün doğduğu, ancak daha üstün tutulan başka bir menfaatin bulunması sebebiyle bu yükümlülüğün muafiyet verilmesine ilişkin hâllere özgülenmiş olmasından ve buna bağlı pratik sonuçlardan (re'sen nazara alınma imkânı) kaynaklanmaktadır.

önemli bir bakış açısı değişikliği yapılmıştır. Bu bakış açısı değişikliğini anlayabilmek için öncelikle değiştirilen sistemin ne olduğunu hatırlamakta fayda vardır. Buna göre, pay alım teklifi yükümlülüğünün Türk hukukunda ilk defa öngörüldüğü mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ²²³ döneminde kontrol oranı aşılmadan da fiilen yönetim kontrolü elde edilmiş ise, pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülebiliyordu. Zira, mülga Seri: IV, No: 8 sayılı Tebliğ md. 17/1 uyarınca kontrol oranının dışında “*bu orana bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü sağlayan paylarına sahip olanlar*” da pay alım teklifi yükümlülüğüne tâbi tutulmuştur. Diğer yandan, pay alım teklifi yükümlülüğü şeklen doğmuş olsa bile, pay iktisabına rağmen fiilen yönetim kontrolünün el değiştirmemiş olması muafiyet hâli olarak öngörülmüştü²²⁴. Görüldüğü gibi, mülga Tebliğ, belirli bir sermaye ve oy gücü eşğine pay iktisabıyla veya diğer herhangi bir yöntemle ulaşılmış olmasını pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması için yeterli saymıştır. Başka bir deyişle, eski Tebliğ, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması için maddî anlamda yönetim kontrolü kavramını esas almıştır. Buna karşılık, söz konusu oranın aşılmasına rağmen yönetim kontrolünün elde edilememiş olmasını bu yükümlülüğün muafiyet hâlleri arasında değerlendirerek, menfaatler dengesini tesis etmiştir.

Görüldüğü gibi, yönetim kontrolü kavramının mülga Tebliğ'e göre, kontrol oranının altında pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün ele geçirilmesi ve bu nedenle pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması söz konusu olabilmekteydi. Aynı şekilde, mülga Tebliğ'de belir-

tilen sınırların aşılmasına rağmen yönetim kontrolünde bir değişiklik olmamasına da muafiyet verilmekteydi. Bu ise esasen şu iki halde söz konusu olabiliyordu:

- Pay iktisabı ile mülga Tebliğ'de belirtilen sınırların aşılmasına rağmen yönetim kontrolünün ele geçirilememesi,

- Pay iktisabının, iktisaptan önce de yönetim kontrolünü elinde bulunduran kişi veya grup tarafından gerçekleştirilmesi.

Ancak, daha sonra Seri: IV, No: 44 sayılı Tebliğ ile 2009 yılında bu yaklaşım terk edilmiş ve pay alım teklifi yükümlülüğünün doğması tümüyle kontrol eşğinin aşılmış olması ölçütüne bağlanmıştır; ayrıca, pay iktisabına rağmen yönetim kontrolünün el değiştirmemiş olmasına dayanan muafiyet uygulamasına da son verilmiştir. Yeni düzenleme anlayışı 6362 sayılı SPKn. md. 26'da ve bu maddeye dayalı olarak çıkarılan II-26.1 sayılı Tebliğ'de de aynen korunmuştur. Yeni düzenleme anlayışına göre, yukarıda da belirtildiği üzere, kontrol oranı aşılmış ise, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 14/1-c, ç ve d bentlerinde yer alan sınırlı bazı hâller hariç, ayrıca yönetim kontrolünün fiilen el değiştirip değiştirmediğine bakılmaksızın pay alım teklifi yükümlülüğü doğar. Aşağıda detayları ile inceleneceği üzere, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 14/1-c, ç ve d bentlerinde ise, yönetim kontrolü değişikliğinin görünüşte gerçekleşmesi, kontrol oranının aşılmasına rağmen gerçek ve fiilî anlamda yönetim kontrolünde bir değişikliğin oluşmadığı bazı istisnai durumlara özgü pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmaması sonucu bağlanmıştır.

ii. Yönetim Kontrolünde Değişikliğin Görünüşte Gerçekleşmesi- Gerçek Durumda Değişikliğin Oluşmaması veya Yönetim Kontrolünün Değişmemiş Olması Hâlleri

(aa) Kontrol Oranının Altına İniliş Belli Bir Sürede Tekrar Aşılması

II-26.1 sayılı Tebliğ'in 14/1-c bendinde, yönetim kontrolüne sahip olan ortağın, ortaklıktaki oy oranının aynı Tebliğ md. 12'de belirtilen kontrol oranının, yani %50'nin altına düşmesinden sonra, yönetim kontrolü henüz üçüncü kişilere geçmeden yapacağı yeni pay alımları ile ortaklık oy

²²³ Bu Tebliğin yürürlüğü hakkında bilgi için bkz. yukarıda dn. 84.

²²⁴ Anılan Tebliğin ilk hâlinde bu husus “*Ortaklığın hisse senetlerinin ve oy haklarının iktisabına rağmen, ortaklığın sermaye dağılımı gereğince, yönetim hakimiyetinde hiç bir değişiklik olmaması. Bu halde, ilgililerin başvurusu üzerine, ortaklığın sermaye yapısı Kurul'ca incelenir ve iktisapların, yönetim hakimiyetine bir etkisinin olmadığı sonucuna varılırsa çağrı yapma zorunluluğuna muafiyet kararı verilebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme anlayışı, ve bu anlayışın doğal bir sonucu olarak öngörülmüş olan bu muafiyet hâli, 2/9/2009 tarihli ve 27337 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri: IV, No: 44 sayılı Tebliğ ile değiştirilip, kontrol oranı %50 oranına çıkarılıncaya kadar uygulanmıştır.

haklarının %50'den fazlasına tekrar sahip olması hâlinde de, pay alım teklifinin doğmayacağı hükme bağlanmıştır.

Anılan hükmün uygulanabilmesi için üç şart öngörülmüştür. İlk olarak yönetim kontrolünün oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olmak suretiyle mevcut olması gerekmektedir.

Bu şartın kapsamı ile ilgili iki hususun tartışılması gerekir. Anılan fıkrada yönetim kontrolüne sahip ortağın ortaklıktaki oy oranının kontrol oranının altına düşmesinden bahsedilmektedir. Buna göre, birlikte hareket edenlerin sahip olduğu toplam oy oranı ile kontrol oranının aşıldığı durumlarda, birlikte hareket eden kişilerden birinin sahip olduğu payları satıp, kontrol değişikliği olmadan bu payları tekrar iktisap etmesi durumunda da bu istisnanın uygulanıp uygulanmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Fıkrada ortağın veya birlikte hareket eden kişilerin ifadesine yer verilmediğine göre, bu hükmün kapsamının da buna göre dar bir biçimde uygulanması yerinde olacaktır.

İkinci olarak, bu hükmün yönetim kontrolünün yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olunması, ancak bu payların çoğunluğunun bir başkasına devredilip, daha sonra tekrar geri alınması durumunda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Doktrinde *Manavgat*, bu durumda da söz konusu hükmün uygulanması gerektiği görüşündedir²²⁵. Ancak, anılan fıkranın lafzı bir bütün olarak incelendiğinde, burada düzenlenen hususun, münhasıran oy haklarının çoğunluğuna sahip olunmasından kaynaklanan yönetim kontrolünün pay devri ile kaybedilip, kontrol bir başka kişiye geçmeden tekrar yapılan iktisaplar ile kontrol oranının %50'yi geçmesine yönelik olduğu görülecektir. Dolayısıyla, olması gereken hukuk bakımından her iki durumu da kapsayacak şekilde bir uygulama yapılması şüphesiz daha isabetli olacaksa da, maddenin lafzı ve istisna getiren hükümlerin yorum yoluyla genişletilememesine ilişkin genel yorum ilkesi göz önünde bulundurulduğunda²²⁶, hükmün lafza

uygun şekilde dar kapsamıyla yorumlanması gerekmektedir.

İkinci şart, kontrol oranının altına inilmesi ile tekrar bu oranın üzerinde pay iktisap edilerek kontrol oranının aşılması arasındaki süre zarfında yönetim kontrolünün üçüncü bir kişiye geçmemiş olmasıdır. II-26.1 sayılı Tebliğ md. 18/1-b'den farklı olarak burada yönetim kontrolünün icra edilmesi değil, elde edilmiş olması yeterli sayılmıştır. Başka bir deyişle, kontrol oranı altına inilirken üçüncü kişinin kontrol oranının üstüne çıkmış olması durumunda, payları devrederek yönetim kontrolünü kaybeden ilk kişinin bir süre sonra tekrar kontrol oranının üzerinde paya sahip olması bu istisnanın uygulanmasına imkân vermez. Dolayısıyla yapılan pay devri veya devredilen payların yanı sıra, mevcut veya diğer kişilerden aldığı paylar neticesinde üçüncü bir kişinin yönetim kontrolünü elde etmiş olması hâlinde, bu kişinin bu süre zarfında elde etmiş olduğu paylar ile yönetim kontrol gücünü fiilen icra edip etmediğine bakılmaksızın, artık bu hükümden yararlanılamaz.

Üçüncü şart, kontrol oranını altına inen ile tekrar kazanan kişinin aynı kişi olmasıdır. Burada da birlikte hareket ettiği kişilerden birinin kontrol eşliğinin geçilmesine katkı vermesi gibi durumlar hükmün uygulama alanına girmemektedir.

(bb) Kontrol Oranının Grup İçi Pay Devirleri ile Aşılması

II-26.1 sayılı Tebliğ md. 14/1-ç bendinde, yönetim kontrolünü sağlayan oy haklarının, aynı gerçek veya tüzel kişi tarafından yönetim kontrolüne sahip olunan grup içerisinde yapılan devir işlemleri sebebiyle elde edilmesi de pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâllerin kapsamına alınmıştır²²⁷. Bu hükmün uygulamasında, grup ifadesi ile kastedilen hususun ne olduğunun ortaya konulması gerekir. Tebliğin genelinde birlikte hareket eden kişiler için yalnızca "*birlikte hareket eden*" ifadesi kullanılmış olduğundan, grup ile

²²⁵ *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 370.

²²⁶ Bu yorum ilkesine ilişkin bilgi için pek çokları yerine *Gözler*, s. 302.

²²⁷ Bu hükümden istisnanın sadece oy haklarının değişmesine özgülenmiş olmasının yerinde olmadığı, istisnanın kapsamının dar tutulması nedeniyle grup şirketleri arasında imtiyazlı payların devri yoluyla yönetim kontrolünün el değiştirmesi sonucunda pay alım teklifi yükümlülüğünün doğacağı görüşü için bkz. *Türkyılmaz*, s. 96.

ifade edilen hususun birlikte hareket eden kişiler olmadığı, aksine münhasıran şirketler topluluğu olduğu sonucuna varmak mümkündür²²⁸. Başka bir deyişle, birlikte hareket edenler arasında yapılacak pay devirleri ile içlerinden birinin kontrol oranını aşacak oranda paya sahip olunması durumunda, bu kişinin söz konusu istisnadan yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla şirketler topluluğuna dâhil edilebilecek ortaklıkların birbirleri arasındaki pay devirlerinin de bu kapsama girdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, hedef ortaklık paylarının yavru ortaklıklardan birinden diğerine devredilmesi veya yavru ortaklıktan hâkim ortaklığa veya hakim ortaklıktan yavru ortaklığa devredilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Buna göre, birlikte hareket eden kimseler arasından birisi yeni pay iktisabı ile kontrol oranını tek başına da aşacak düzeye gelmiş olursa, pay alım teklifi yükümlülüğü doğar. Birlikte hareket eden kişilerin kendi arasındaki pay devirlerinde de aynı durum geçerli olacaktır.

Öte yandan bu konuda karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde sadece şirketler topluluğuna dâhil ortaklıklar için değil, birlikte hareket edenler arasındaki pay devirleri ile ilgili de muafiyet hâllerinin öngörüldüğünü belirtmek gerekir. Örneğin, İngiliz hukukunda da, *Panel*'in 9.1 no'lu kurala ilişkin açıklamasında bu hususa özel olarak değinilmiştir²²⁹. Buna göre, *Panel*, grubun liderinin veya en büyük pay sahibinin değişip değişmediğine, gruptaki pay sahipleri arasındaki dengenin önemli ölçüde farklılaşp farklılaşmadığına, ödenen

bedele, grup içindeki ilişkiye ve ne kadar süreden beri birlikte hareket edildiğine bakarak karar verecektir²³⁰.

İsviçre hukukunda ise, bu hususta hem *FinfraG*'da hem de *FinfraV-FINMA*'da hüküm bulunmaktadır. *FinfraG* § 136/1-a grup içi pay devirlerini muafiyet hâllerinden biri olarak düzenlemiştir²³¹. *FinfraV-FINMA* § 41/2 hükmünde ise, *FinfraG*'da muafiyet hâli olarak öngörülen hususlar hakkında daha açıklayıcı tarzda düzenleme yapılmış ve özellikle hangi hâllerin *FinfraG* § 136/1 kapsamında değerlendirilebileceği hususunda detaylı hükümler öngörülmüştür. İşte anılan Yönetmeliğin md. 2-b bendinde, grup üyelerinden birinin bireysel olarak kontrol oranını geçmesinin muafiyet kapsamında değerlendirileceği hükme bağlanmıştır²³². Öte yandan, *FinfraG*'dan önce yürürlükte olan mülga *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* § 32/2-a'da ve mülga *Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision vom 25. Juni 1997 über die Börsen und den Effektenhandel* § 34/2-b'de bu hususun tümüyle aynı şekilde düzenlendiği dönemde İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Quadrant* kararında, konu bu yönüyle ele alınmış ve maddenin mefhumu muhalifinden birlikte hareket eden grubun grup olarak paylarının aynı oranda kalması, ancak grup içi pay devirleri sonucu gruba dâhil kimselerden birinin tek başına kontrol oranını geçmesi durumunun muafiyet kapsamında olduğuna hükmedilmiştir²³³.

Avusturya hukukunda *ÜbG* § 22a'da grup içi pay devirleri ile ilgili üç ayrı husus üç ayrı bent

²²⁸ Bu bentte aynı şirketler topluluğu şemsiyesi altındaki kişiler arası pay devirlerinin düzenlendiği hususunda bkz. *Kendigelen*, Zorunlu Çağrı, s. 1188. Gerçekten de, kanun koyucunun düzenlediği şeyin belirli bir özelliğini dikkate alarak, yani sırf o şeye özgü düzenleme yaptığı durumlarda geçerli olan "bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır" (*expressio unius est exclusio alteris-tahsisüşşey bizzikr*) yorum ilkesi gereği, söz konusu bentte kullanılan grup ifadesinin kapsamına birlikte hareket edenler dâhil edilemez (Bu yorum ilkesi hakkında bilgi için bkz. *Gözler*, s. 306 vd.).

²²⁹ Bkz. *Panel*'in F Bölümü'nde yer alan "The Mandatory Offer and Its Terms" başlıklı (9) no'lu kuralın "Notes on Rule 9.1 Persons Acting in Concert" alt başlıklı kısmın (4) no'lu "Acquisition of interests in shares by member of a group acting in concert" başlığında yer alan açıklamalar, www.TheTakeoverpanel.org.uk/up_content/uploads/2008/11/code.pdf?v=8Jan2018 s. F5.

²³⁰ Bu hususta bkz. *Manavgat*, Aleni, s. 123.

²³¹ Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Die Übernahmekommission kann in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich wenn:
a. die Stimmrechte innerhalb einer vertraglich oder auf andere Weise organisierten Gruppe übertragen werden. Die Gruppe untersteht in diesem Fall der Angebotspflicht nur als Gruppe;"

²³² Anılan bendin Almanca metni şu şekildedir: "Als weitere berechtigte Fälle nach Artikel 136 Absatz 1 FinfraG können insbesondere die Fälle gelten, in denen:..."

b. ein Mitglied einer organisierten Gruppe nach Artikel 136 Absatz 1 Buchstabe a FinfraG auch einzeln den Grenzwert überschreitet;"

²³³ Bu hususta bkz. BGE 130 II 530, S. 544, özellikle 5.3.2 no'lu paragrafta yer alan açıklamalar.

altında düzenlenmiştir²³⁴. Bunlardan (2) ve (3) no'lu bentlerde birlikte hareket eden grubunun dağılması iki farklı şekilde ele alınmıştır. İlk durum, (2) no'lu bent uyarınca grubun dağılması ve içlerinden bir üyenin kontrolü tek başına elde etmesidir²³⁵. İkinci durum ise, grubun dağılması ve yeni bir grubun kontrolü elde etmesidir²³⁶. Görüldüğü gibi, gruptaki değişimin yeni bir kontrol ilişkisini doğurduğu durumlarda pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmüş olmaktadır. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden hareketle, kontrol ilişkisinin değişmediği pay devirlerinde pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmayacağı söylenebilir. Nitekim, muafiyet hâllerini düzenleyen *ÜbG* § 24/3-1 ve 2 bendinde, birlikte hareket eden kişilerden tüzel kişinin kontrolünün bir başka kişi veya grupta olmaması hâlinde pay devrinin muafiyet kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Türk hukukunda ise, birlikte hareket eden kimselerin kendi aralarındaki pay devirleri veya grup üyelerinden bir kısmının yeni pay iktisabı ile kontrol eşliğini tek başına geçmeleri durumunda ayrı bir muafiyet hâli öngörülmediği yukarıda belirttik. Ancak, kanaatimizce bu hususta İsviçre hukukunda olduğu gibi bir düzenlemenin yapılması yararlı olacaktır.

Nihayet, bu hususta değerlendirilmesi gereken ikinci bir durum ise, kontrol oranını tek başına pay iktisabı ile elde eden bir kimsenin daha sonra bu payların bir kısmını başka kişilere devrederek kontrol oranının altına inmesi, ancak payların bir kısmını devrettiği kimseler ile birlikte hareket eden

grubunu oluşturmuş olmasıdır. Bu durumda ise, dikkat edileceği üzere, pay iktisabı görünüşte gerçekleşmekte, başka bir deyişle pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmasını engellemek amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla, hakkında pay alım teklifi yükümlülüğü getirilen kişinin payları bir başka kişi ya da kişilere devretmesi hâlinde de payları devrettiği kişi ya da kişiler ile birlikte hareket edip etmediği de incelenmelidir²³⁷. Zira, aralarında birlikte hareket etme iradesi varsa, payların devredilmiş olması pay alım teklifi yükümlülüğünü kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Buna karşılık, böyle bir irade bulunmuyorsa, zorunlu pay alım teklifinin bu kişinin üzerinden kendiliğinden kalktığını söylemek gerekir. Bu takdirde, yönetim kontrolünü yeni bir kişi elde etmişse bu kişinin pay alım teklifi yükümlülüğünü yerine getirmesi, kontrol yapısı tümüyle ortadan kalkmış ise, pay alım teklifi yükümlülüğünün kalkması gerekir. Sermaye Piyasası Kurul tarafından bir işlem tesis edilmişse, bu kararın da geri alınması uygun olacaktır.

(cc) Payı Devralan ile Devreden Arasında Özel Anlaşma Yapılarak Yönetim Kontrolünün Paylaşılması

II-26.1 sayılı Tebliğin md. 14/1-d bendinde, *“Ortaklığın yönetim kontrolüne sahip ortaklarından paylarının bir kısmının satın alınması sonucunda, satın alanın; ortaklığın oy haklarının yüzde ellisi veya daha azına sahip olması koşuluyla, bir yazılı sözleşme çerçevesinde pay devri öncesinde yönetim kontrolüne sahip ortak ile ortaklığın yönetim kontrolünü eşit veya daha az bir oranla paylaşması.”* pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadı hâllerin sonuncusu olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm, pay iktisabına rağmen kontrol değişikliğinin gerçekleşmemesi, daha doğru bir ifade ile kontrolün paylaşılması olgusunun yönetim kontrolü değişikliği olarak sayılmaması yaklaşımını yansıtmaktadır. Bu yönüyle, diğer pay alım teklifi yükümlülüğü doğmayan hâllerden ayrılmaktadır. Zira, diğer hâllerde, yukarıda değinildiği üzere,

²³⁴ Anılan maddenin Almanca metni şu şekildedir: *“Die Angebotspflicht nach § 22 Abs. 1 besteht auch, wenn*

1. *eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangen;*
2. *eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger aufgelöst wird und dadurch ein Rechtsträger allein oder eine andere Gruppe von Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung erlangt;*
3. *durch die Änderung der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger oder der Absprache zwischen diesen Rechtsträgern die Willensbildung in der Gruppe von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann, wenn die Gruppe insgesamt eine kontrollierende Beteiligung hält.”.*

²³⁵ Koschier, s. 114.

²³⁶ Bu hususta bkz. Koschier, s. 115.

²³⁷ Kolcuoğlu, böyle bir durumu muafiyet hâlleri ile ilişkilendirmiş ve pay alım teklifi gerçekleştirilinceye kadar payların elden çıkarılması hâlinde, kendisine daha önce pay iktisabı nedeniyle pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülen kişiye muafiyet verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (s. 154).

esas itibariyle yönetim kontrolünün tümüyle görünürde değişmesi, kontrolü yeni elde eden kişinin kontrolü bırakan kişi ile aynı ya da aynı gruba dahil kişilerden biri olması söz konusudur. Bu hükümde ise, bu konudaki Danıştay ve Yargıtay kararları doğrultusunda kontrolün eşit olarak paylaşılmasının pay alım teklifine yol açmaması öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi burada, yönetim kontrolüne sahip bir kimsenin paylarının bir kısmını bir başkasına satıp bu kişi ile yapacağı bir anlaşma doğrultusunda yönetimi paylaşması söz konusudur. Örnek vermek gerekirse, A, payları borsada işlem gören XYZ Demir Çelik İşletmeleri A.Ş.'nin %75'ine sahip olup, sahip olduğu paylarının %20'sini B'ye devretmiştir. Taraflar arasında özel bir anlaşma yapılmış olduğu tespit edilmiştir. Bu anlaşmaya göre A ile B XYZ Demir Çelik İşletmeleri A.Ş.'ni birlikte yöneteceklerdir. Burada B'nin yani payları iktisap edenin yönetimi eski ve tek başına kontrolü elinde bulunduran A ile eşit ya da daha az bir oranda paylaşması yönünde anlaşma varsa bu istisna söz konusu olur. Bunun dışındaki bir anlaşma ile fiilen kontrol B'ye bırakılmışsa, bu anlaşmanın 6362 sayılı SPKn. md. 26/3 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, bu hükmün oldukça dar bir uygulama alanı olduğu belirtilmelidir.

(çç) İmtiyazlı Payların Varlığı Nedeniyle Sermayenin Çoğunluğunun İktisap Edilmesinin Kontrol Değişikliğine Yol Açmaması

SPKn. md. 26/2'nin son cümlesi uyarınca, ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir.

İşte anılan fıkranın son cümlesinde oy hakkının çoğunluğu ile yönetimde temsil imtiyazına sahip payların çoğunluğunun farklı kişilerden olması hâlinde hangisine üstünlük tanınacağı ile ilgili son derece önemli bir hükme yer verilmekte-

dir. Buna göre, imtiyazlı paylar başka bir kişiye ait ise, bir kimse yalnızca oy haklarının çoğunluğunu elde etmiş, ancak o ortaklıkta yönetim kurulunda temsil hakkı sağlayan payların çoğunluğu başka bir kişinin elinde ise, oy haklarının çoğunluğuna sahip olan kişi yönetim kontrolünü elde etmemiş olarak kabul edilir. Ancak, bunun tersi geçerli değildir. Başka bir deyişle, oy haklarının çoğunluğunun bir kişide olduğu halka açık bir ortaklıkta yönetim kurulunda temsil hakkı sağlayan imtiyazlı payların çoğunluğu başka bir kişi tarafından iktisap edilirse, imtiyazlı payların çoğunluğunu elde eden kişi için pay alım teklifi yükümlülüğü doğar. Bu kişi, oy haklarının çoğunluğunun başka bir kişiye ait olduğunu ileri sürerek, bu yükümlülüğün kendisi için doğmadığını ileri süremez. Zira, anılan fıkrada, yalnızca, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâllerin yönetim kontrolünün elde edilmesi kapsamında değerlendirilmeyeceği açık bir biçimde belirtilmiştir.

Dolayısıyla, bu hükümden hareketle, her ne kadar II-26.1 sayılı Tebliğ md. 14'te ayrıca zikredilmemiş olsa da, "imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâlleri" de pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâllerden biri olarak kabul etmek gerekir²³⁸.

iii. Pay Alım Teklifi Yükümlülüğünden Muafiyet Hâllerinin Belirlenmesinde Yönetim Kontrolü Kavramının İşlevleri

Sermaye Piyasası Kurulu, II-26.1 sayılı Tebliğ md. 18'de pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünden muafiyet hâlleri düzenlenmiştir.

Bunlar incelendiğinde, anılan maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen hususlarda yönetim kontrolünün önemli bir işlevinin olduğu görülmektedir. Buna göre, anılan Tebliğin md. 18/1-b hükmünde yönetim kontrolünün fiilen kullanılmamış olması kaydıyla kontrol oranının altına inilmesinin taahhüt edilmesine muafiyet sonucu bağlanmıştır. Başka bir deyişle, bu bent uyarınca kontrol oranının üzerinde elde edilen

²³⁸ Daha farklı bir gerekçe ile aynı yönde bkz. *Türkyılmaz*, s. 91.

paylar ile kontrol gücünün fiilen icra edilmesi muafiyet verilmesine engel oluşturmaktadır.

Buna karşılık, aynı fıkranın (c) bendinde ise, dolaylı kontrol ilişkilerinde aracı-vasıta tüzel kişide meydana gelen yönetim kontrolü değişikliğinin hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesine yönelik olmamasına muafiyet sonucu bağlanmıştır. Buna göre, aracı-vasıta tüzel kişi konumundaki ortaklığın varlık toplamı veya faaliyet hacmi içinde hedef ortaklığın çok küçük olması, yani aracı-vasıta tüzel kişi konumundaki ortaklığın yönetim kontrolünün elde edilmiş olmasının iktisadî bakımdan hedef ortaklıkta kontrol gücünü elde etmek olarak değerlendirilemeyecek olması muafiyet sebebi olarak öngörülmüştür.

Diğer muafiyet hâlleri ise, yönetim kontrolü değişikliğinin mahiyetine ilişkin bir değerlendirmeden ziyade, bu yükümlülüğün öngörülmesi ile korunmak istenen menfaatten daha üstün başka bir menfaatin bulunmasına dayanmaktadır²³⁹. Başka bir deyişle, daha üstün bir menfaat sebebiyle bu yükümlülüğün yerine getirilmesinden imtina edilmesine hukuk düzenince cevaz verilen hâlleri göstermektedir. Bu hâlleri, yönetim kontrolü değişikliğinin hedef ortaklığın finansal yapısının güçlendirilmesi nedeniyle yapılması (md. 18/1-a) ile söz konusu değişikliğin, özelleştirmeden (md. 18/1-ç), bankaya kredinin teminatı olarak verilmiş payların temerrüt nedeniyle bankanın mülkiyetine geçmesinden (md. 18/1-e) ve pay sahipliğinin niteliğini belirleyen bir mevzuat hükmünün yerine getirilmesi amacıyla payların devredilmesinden (md. 18/1-f) kaynaklanmış olması şeklinde sıralamak mümkündür. II-26.1 sayılı Tebliğ'in md. 18/1-d bendinde birleşme amaçlı ortaklıkların devralan sıfatıyla taraf olduğu birleşme işleminden kaynaklanan yönetim kontrolü değişikliğine muafiyet öngörülmesi ise, bu ortaklık tipine özgü bir kolaylık sağlamayı ve birleşme amaçlı ortaklıkların

devralan sıfatıyla taraf olduğu birleşmelerin teşvik etmeyi amaçlamaktadır²⁴⁰.

SONUÇ

Yönetim kontrolünün kimde olduğu halka açık anonim ortaklıklara yatırım yapan kimseler için yatırım kararı almalarında ya da bu kararı değiştirmelerinde belirleyici role sahiptir. Bunun dışında, aralarında kontrol ilişkisi bulunan ortaklıkların birbiri ile girdikleri hukukî ilişkilerde de pay sahiplerinin ve diğer üçüncü kişilerin, alacaklıların korunması ihtiyacı doğar. Zira, bu ilişkide kontrol olgusunun varlığı tarafları, arada kontrol ilişkisi olmasaydı yapmayacakları bir işlemi yapmaya veya o şartlarda yapılmayacak bir işlemi yapmaya zorlayabilir.

Bütün bu olgular, yönetim kontrolünün özel olarak düzenlenmesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Nitekim, şirketler hukuku, bankacılık hukuku, rekabet hukuku ve sermaye piyasası hukukunda yönetim kontrolünün çeşitli yönleri ile düzenlendiğini görüyoruz.

Yönetim kontrolünün içeriği belirlenirken, maddî- fiilî veya şekli ölçütlerden yararlanılabilir. Bu belirlemede, hiç şüphesiz kontrolün hangi amaçlarla düzenlendiği esas alınır. Tüm bu ölçütlerin farklı şekillerde de olsa iç içe geçtiği ve kontrolün en temel düzenleme alanı, kanaatimizce pay alım teklifi yükümlülüğüdür. Buradaki düzenleme yaklaşımı, yönetim kontrolü kavramının anlaşılmasında ve diğer hukuk alanlarında yapılan düzenlemelerin yorumlanmasında da önemli bir role sahiptir.

Karşılaştırmalı hukukta, pay alım teklifi yükümlülüğünü düzenleyen bütün ülkelerde, şekli kontrol ölçütünün benimsenmiş olduğunu tespit ettik. Ancak, yönetim kontrolünün dolaylı olarak el değiştirmesinde, birlikte hareket edenlerin tespitinde maddî anlamda yönetim kontrolü ölçütünün kullanılması ihtiyacı doğmaktadır. Bunun dışında karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde pay alım teklifi yükümlülüğünde şekli anlaşmada kontrol

²³⁹ Muafiyet hâlleri ile ilgili bu genel gerekçe konusunda bkz. *Kendigelen, A.: Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünden Muafiyet, Hukukî Mütalaalar, C. VI, İstanbul 2004, s. 224, 335.*

²⁴⁰ Bu hususta bilgi için bkz. *Okutan Nilsson, G.: Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklıklar, İstanbul 2016, s. 190-191.*

ölçütü için belirlenen kontrol oranının yüksekliği ile bu yükümlülükten muafiyet öngörülmesi için aranan şartlar arasında yakın bir ilişki olduğunu görüyoruz. Kontrol oranının oy haklarının %25-30 aralığında belirlendiği sistemlerde, yani kontrol oranının genel kuruldaki salt çoğunluğun altında olduğu ülkelerde, bu orana ulaşılmasına rağmen fiilî kontrolün el e3dilememiş olmasına muafiyet verilme imkanı tanınmıştır. Böylelikle menfaat dengesi kurulmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunda ise, 2009 yılında yapılan değişiklik ile kontrol oranı salt çoğunluk olarak belirlenerek, bu hususta önemli bir sistem değişikliğine gidilmiş buna paralel olarak da kontrol oranının üzerinde paya sahip olunmasına rağmen fiilen kontrolün elde edilememiş olması ayrı ve bağımsız bir muafiyet öngörülmemiştir. Ancak, bunun tek istisnası SPKn. md. 26/2'de öngörülmiş olan kontrol oranının üzerinde pay iktisabına rağmen, hedef ortaklıkta yönetime katılma imtiyazına sahip payları elinde bulunduran başka bir pay sahibinin varlığıdır. Bunun dışında, II-26.1 sayılı Tebliğ'in 14/1-c, ç ve d bentleri hükümleri ise, kontrol oranının üzerindeki pay iktisabının hedef ortaklığın mevcut yönetim kontrolü üzerinde bir etkisinin bulunmadığı hâllere ilişkindir. Yani, zaten kontrolü elinde bulunduran kimsenin yeni pay iktisabında bulunması, aynı gruba dâhil ortaklıklar arasında pay devrinin yapılması gibi gerçekte kontrol değişikliğinin olmadığı hâllerde pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Bu durumda, şekli anlamda yönetim kontrolü yaklaşımının içinde barındırdığı iki eleştiri

konusu edilebilecek sonuçtan ilki olan, kontrol oranının hemen altında kalıp da fiili kontrolün elde edildiği hâllerde pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmaması hususu, bu anlayışın düzenleniş amacına uygun bir biçimde kabul edilmiş olmaktadır. Bu düzenleme anlayışı ile ilgili olarak eleştiri konusu edilebilecek ikinci husus ise, kontrol oranının görünürde aşıldığı durumlarda sırf kontrol oranı aşıldığı için yükümlülüğün doğması riskidir. Bu riskin giderilmesi amacıyla karşılaştırmalı hukukta bu gibi durumların muafiyet kapsamında değerlendirildiği görmüştük.

İşte, buna benzer şekilde, Türk hukukunda, bu tür olayların pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı hâller arasında düzenlendiğini tespit etmiş oluyoruz. Bununla birlikte, bu konunun, karşılaştırmalı hukuktan daha sınırlı bir biçimde ele alınmış olduğunu ve birlikte hareket edenler arası gerçekleştirilecek pay devirlerinin pay alım teklifi yükümlülüğü kapsamında bırakılmış olduğunu da belirtmemiz gerekir. Bu konuda da İngiliz ve İsviçre hukukunda benimsenen yaklaşımın Türk hukukuna da yansıtılması düşünülmelidir.

Nihayet, dolaylı kontrol ve birlikte hareket iradesinin tespitinde bir ölçü olarak ihtiyaç duyulan maddi anlamda yönetim kontrolü kavramının belirtilen durumlarda uygulanmasına ilişkin esasların da açık bir biçimde Avusturya hukukunda olduğu gibi düzenlenmesi, hiç şüphesiz, uygulamada oluşabilecek tereddütleri gidermek bakımından yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akın, İ.** (2014), Şirketler Topluluğu Sorumluluğu Hukuku, İstanbul.
- Altay, S., A.** (2009), Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler, (Equity Joint Ventures), İstanbul.
- Aytaç, Z.** (2013), 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasında Doğan Sorumluluğu', *Batider, C. XXIX, S. 4*, s. 5-51.
- Cahn, A.** (2011), 'Der Kontrollbegriff des WpÜG', Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series No: 128, 10/2011, s. 1-31.
- Davies, P., L.** (2008), *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th Ed., London.
- Dinç, İ.** (2006), Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, İstanbul.
- Eckhard, T.** (2011), Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle: Der Zusammenschlusstatbestand in den Europäischen, deutschen und österreichischen Zusammenschlussvorschriften, Dissertation, Universität Wien, http://othes.univie.ac.at/19076/1/2011-08-24_0415167.pdf.
- Edwards, J./Weichenrieder, A., J.** (2004), 'How Weak is the Weakest-Link Principle? On the Measurement of Firm Owners' Control Rights', CESifo Working Paper No. 1255, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=591902, s. 1-35.
- Emmerich, V./Habersack, M.** (2010), *Aktien-und GmbH-Konzernrecht*, München.
- Erdem, H. E.** (2003), *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul.
- Faden, C.** (2008), *Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG)*, Hamburg.
- Ghetti, R.** (2014), 'Acting in Concert in EU Company Law: How Safe Harbours can Reduce Interference with the Exercise of Shareholder Rights', *European Company and Financial Law Review*, 4/2014, s. 594-632.
- Gözler, K.** (2016), *Hukuka Giriş*, 13. B., Bursa.
- Grundmann, S.** (2017), *European Company Law*, 2nd Ed., Cambridge-Antwerp-Portland,.
- Haag, O./Löffler, J.** (2010), *Praxiskommentar zum Handelsrecht*, Münster.
- Hasenauer, C.** (2007), 'Zum Kontrollbegriff beim mittelbaren Beteiligungserwerb nach dem ÜbG', *RdW* 2007/402, s. 391-394.
- Hewer, J./Davis, M./Haley, D.:** *Structured Finance-Accounting Development: Special Purposes Entities-Consolidation and Disclosure*, www.pwc.com/securitisation, s. 1-5.
- Hoffmann, A.** (2007), 'Der mittelbare Beteiligungserwerb durch eine beherrschte Privatstiftung im Übernahmegesetz (ÜbG) nach dem Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 (ÜbRÄG)', *GesRZ*, s. 182-191.
- Hoffmann, J. H./ von der Crone, H.C.** (2011), 'Das Handeln in gemeinsamer Absprache und die organisierte Gruppe im Offenlegungsrecht', *SZW*, 8/2011, s. 309-320.
- Karacan, E. E./Karacan, A.İ.** (2018), *Pay Alım Teklifi, Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme*, İstanbul.

Kendigelen, A. (2010), Zorunlu Çağrıya İlişkin Gelişmeler, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, İstanbul, s. 1163-1204 (Metin içinde: Kendigelen, Zorunlu Çağrı).

Kendigelen, A. (2004), Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Hukuki Yaptırımını, Hukukî Mütalaalar, C. VI, İstanbul, s. 159-195 (Metin içinde: Kendigelen, Mütalaalar VIa).

Kendigelen, A. (2004), Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünden Muafiyet, Hukukî Mütalaalar, C.VI, İstanbul, s. 217-236.

Kendigelen, A. (2002), Anonim Ortaklık Çağrıda Bulunma Yükümlülüğü, Hukukî Mütalaalar, C.IV, İstanbul, s. 226-251.

Kırca, İ./Şehirli Çelik, F./Manavgat, Ç. (2013), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara.

Koger, A. (2010), Die konzernbezogenen Ausnahmen im österreichischen und europäischen Kartellrecht, Dissertation, Wien, http://othes.univie.ac.at/10041/1/2010-05-05_0400637.pdf.

Kolcuoğlu, U. (2009), Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, İstanbul.

Koschier, V. (2012), Die Kontrollerlangung im Übernahmerecht unter besonderer Berücksichtigung der passiven Kontrollerlangung, Dissertation, Universität Wien, http://othes.univie.ac.at/24918/1/2012-08-22_0104610.pdf.

Lepetit, L./ Tarazi, A./Zedek, N. (2013), Ultimate Ownership Structure and Bank Regulatory Capital Adjustment: Evidence from European Commercial Banks.

Manavgat, Ç. (2016), Hukukî Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 501, Ankara (Metin içinde: Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar).

Manavgat, Ç. (2010), Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çağrı Yükümlülüğünün Doğması Bakımından Yönetim Kontrolü Ölçütleri, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara, s. 1449-1465 (Metin içinde: Manavgat, Yönetim Kontrolü).

Manavgat, Ç. (1996), Aleni Pay Alım Teklifi, SPK Yayınları, Yayın No: 64, Ankara, (Metin içinde: Manavgat, Aleni).

Okutan Nilsson, G. (2016), Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklıklar, İstanbul.

Okutan Nilsson, G. (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul.

Paslı, A. (2009), Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul (Metin içinde Paslı, Devralınma).

Paslı, A. (2008), 'Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu', İÜHFİM, C. LXVI, S.2, s. 345-358 (Metin içinde Paslı, Kontrol).

Reisoğlu, S. (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, C-1, Ankara.

Schenker, U. (2009), Schweizerisches Übernahmerecht, Bern.

Schmidtbleicher, R. (2008), 'Das "Neue" Acting in Concert- ein Fall für den EuGH', Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Working Paper Series No: 74, 1/2008, s. 1-12.

Seilern-Aspang, H. (2010), Möglichkeiten zur Verhinderung eines Pflichtangebots gem. 22 ÜbG, Diplomarbeit, Universität Wien, http://othes.univie.ac.at/11363/1/2010-09-13_0402416.pdf.

Sepe, S. (2010), Private Sale of Corporate Control: Why The European Mandatory Bid Rule is Inefficient, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-29, <http://ssrn.com/abstract=1086321>, s. 1-60.

Sokol, D.D. (2013), 'Merger Control under China's Anti-Monopoly Law', NYU Journal of Law&Business, Vol. 10, No: 1, s. 1-36.

Şehirli Çelik, F. (2008), Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara.

Tekinalp, Ü. (2015), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul (Metin içinde: Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ü. (2009), Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul, s.1543-1556 (Metin içinde: Tekinalp, Kontrol İlkesi).

Terzi, S. (2013), 'Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS 10) Açısından Konsolidasyon İlkeleri ve Kontrol Modeli', Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi, C. XV, S. I, s. 281-298.

The Takeover Bids Directive Assessment Report, Corporate author(s): Directorate-General for the Internal Market and Services (European Commission); Personal author(s): Marccus Partners, 2013-04-08;

<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/67501b75-7583-4b0d-a551-33051d8e27c1/language-en>.

Tschäni, R./**Iffland**, J./**Diem**, H-J. (2010), Offentliche Kaufangebote, Zürich.

Türkyılmaz, İ. (2015), Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul.

Varottil, U. (2015), 'Comparative Takeover Regulation and The Concept of 'Control'', Singapore Journal of Legal Studies, s. 208-231.

Weber, P./**Zimmermann**, H. (2012), 'The Price Effects of the Disclosure of Significant Holdings in Listed Companies: The Case of Groups Acting in Concert', SZW/RSDA, 3/2012, s. 198-216.

Yanlı, V. (2000), Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul.

Yeşiltepe, S., Ö. (2015), Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. B, Ankara (Metin içinde: Yeşiltepe, Çıkarma).

Yeşiltepe, S., Ö. (2011), AB ve Türk Hukukunda Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması, İstanbul (Metin içinde: Yeşiltepe, Çağrı).

Yılmaz, A. (2010), Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul.