

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KARŞILIKLI İŞTİRAK

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON*

ÖZET

Karşılıklı iştirak, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlemeye tabi tutulan bir kavramdır. Köpük sermaye yaratmak, şirket yönetiminde zafiyete yol açmak gibi sakıncaları olduğu düşünüldüğünden, karşılıklı iştirak bazı koşullarla yaptırıma bağlanmıştır. Birbirlerinin sermayesine iştirak etmiş olan şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin olup olmamasına göre, uygulanacak hukuki düzenleme değişiklik göstermektedir.

Anahtar kelimeler: Karşılıklı iştirak, şirketin kendi hisselerini iktisabı, hakimiyet, şirketler topluluğu

ABSTRACT

Cross shareholding is a concept regulated by the new Turkish Commercial Code. Since cross shareholding is believed to lead to undesired consequences such creating fictitious capital or causing a deficiency in company's management, it is sanctioned under certain conditions. The applicable legal rules vary according to whether or not there is a "dominance" relationship between the companies which have shares in each other's capital.

Keywords: *Cross shareholding, treasury shares, treasury stock, corporate groups, group of companies*

I. Kavram

Karşılıklı iştirak, genel olarak, iki şirketin, birbirinin sermayesine iştirak etmesi durumunu ifade etmektedir. Öncelikle, kolektif şirket haricindeki ticaret şirketlerinin ortakları tüzel kişi de olabileceğinden, bir şirket, başka bir şirketin sermayesine iştirak ederek onun ortağı olabilir. Ancak, kendisine iştirak edilen şirket, dönüp kendi ortağı konumunda olan şirkete iştirak ederse, o zaman her iki şirket birbirinin sermayesine iştirak etmiş olur ve genel anlamda karşılıklı iştirak durumu ortaya çıkar.

6762 sayılı Ticaret Kanunu (ETK), karşılıklı iştirak konusunda bir hüküm içermemekteydi. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ise, sermaye şirketlerinde karşılıklı iştirak durumunu ilgilendiren önemli bazı hükümler içermektedir. Bunlardan ilki, teknik bir terim olarak "karşılıklı iştirak"ı tanımlayan 197. madde, ikincisi ise anılan maddede tanımlanan "karşılıklı iştirak" durumuna sonuç bağlayan 201. maddedir. Bunların dışında, karşılıklı iştirakin yavru şirket - ana şirket arasındaki özel halini düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Bunlar, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ile, limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

Anılan düzenlemeler, özünde karşılıklı iştiraki caydırıcı bir yaklaşım içermekte ve karşılıklı iştirak durumunda, pahasıplığına bağlı bazı hakların donması gibi yaptı-

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

rımlar öngörmektedir. Bu yaklaşımın sebebi, karşılıklı iştirak durumunun, çeşitli yönlerden sakıncalı görülmesidir.

Bu çalışmada, önce karşılıklı iştirakin sakıncalarından bahsedilmiş, ardından da yeni TTK'nın karşılıklı iştirak konusundaki düzenlemeleri, ana hatlarıyla incelenmiştir¹.

II. Karşılıklı İştirakin Sakıncaları

Karşılıklı iştirak, biri sermayenin korunması, diğeri ortaklığın yönetimi ile ilgili iki temel noktadan sakıncalı görülmektedir.

A. Sermayenin Korunması İlkesi Açısından

Sermaye şirketlerinde geçerli olan sermayenin korunması ilkesinin temel kurallarından biri, sermayenin iadesi yasağıdır. Şirkete konulan sermayenin geri alınamayaacağı, anonim şirketler bakımından TTK m. 480 f.3, limited şirketler bakımından ise TTK m. 601'de ifade edilmiştir. Oysa karşılıklı iştirak durumunda, kendisine iştirak edilen şirket dönüp kendi ortağına sermaye koymayı taahhüt ederse, ortağının kendisine koyduğu sermayeyi ortağına geri vermiş olacağından, bu durum sermayenin iadesi yasağına aykırı görülmektedir.

Örneğin, A şirketi, B şirketinde 100 TL'lik sermaye sahibi olsa, B şirketi de bir sermaye artırımında dönüp ortağı konumundaki A'ya 100 TL'lik sermaye koysa, B, A'nın kendisine verdiği sermayeyi A'ya iade etmiş olacaktır.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler, iştirak ettikleri şirket kanalıyla kendi sermayelerine de iştirak etmiş olmaktadır. Örnekte, A'nın sermaye artırımında B'nin taahhüt ettiği 100 TL, aslında A'nın B'ye verdiği 100 TL olarak görüldüğünde, A kendi kendisine 100 TL iştirak etmiş sayılacaktır. Kağıt üzerinde A'nın sermayesi 100 TL artmış gözükse de, aslında şirketin malvarlığında gerçek bir büyüme olmamıştır. Bu durum, karşılıklı iştirakin varlığını bilmeyen üçüncü kişilere karşı, birinci şirketin sermayesinde artış olduğu, dışarıdan yeni sermaye geldiği şeklinde aldatıcı bir görüntü oluşmasına sebep olmakta ve şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin durumunu kötüleştirmektedir. Bu da gerçekte var olmayan, fiktif, köpük bir sermaye yaratmaktadır². Bu sebeplerle karşılıklı iştirak, sermayenin korunması ilkesine aykırı kabul edilmektedir³. TTK'nın, karşılıklı iştirak ile ilgili 197. maddesinin mehzazını oluşturan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (Aktiengesetz – AktG) 19. maddesinin gerekçesinde de, karşılıklı iştirakin, sermayenin şirkete getirilmesini, şirket bünyesinde korunmasını ve doğru şekilde kamuya açıklanmasını tehlikeye soktuğu belirtilmiştir⁴.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin ekonomik kriz zamanlarında birbirlerine destek olamayacakları, tam tersine, şirketlerden birinin zarara uğramasının, diğersinin değerini azaltacağı ve bunun da karşılıklı iştirak sebebiyle yine ilk

¹ Karşılıklı iştirak konusunun daha ayrıntılı incelemesi için bkz. **Okutan Nilsson, G.**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 161 vd.

² Bkz. TTK m. 197 Gerekçesi. Ayrıca, **Pulaşlı, H.** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, s. 1244.

³ **Emmerich/Habersack**, Konzernrecht, 9. Auf. München 2008 s. 76; **Schmidt, K.** Gesellschaftsrecht, 4. Auf. 2002 ("Schmidt, GesR") §31 II d, s. 946; **Windbichler, C.**, Aktiengesetz Grosskommentar, Bd. 1, §§15-22, 4. Auf. (Her. Hopt/Wiedemann), Berlin 1999, §19 N. 2; **Kropff, E.**, Aktiengesetz (Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs), Düsseldorf 1965 („AktG gerekçesi, Kropff“ olarak anılmıştır) AktG §19'un gerekçesi, Kropff, s. 34-35; **Koppensteiner**, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz B. 6, 3. Auf. (Her: Zöllner/Noack) Carl Heymanns Köln 2004, §19 N. 3.

⁴ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

şirkete ilave değer kaybı olarak geri döneceği, böylece iki şirketin birbirlerinde sahip oldukları sermayenin değerinin aşınması ile daha hızlı bir çöküşe sebep olacakları da bir sakınca olarak gösterilmektedir⁵. Aynı sakınca, şirketin kendi paylarını satın almasında da doğmaktadır⁶.

B. Şirket Yönetimi Açısından

Karşılıklı iştirakin ikinci sakıncası, yönetim kurullarının pay sahiplerine karşı bağımsızlaşmasında görülmektedir⁷. Zira şirketlerin birbirinde sahip olduğu paylar, bağımsız bir pay sahibi tarafından değil, her iki şirketin yönetim organı tarafından idare ve temsil edilecektir. Böylece yönetim organındaki kişiler, pay sahibi koltuğuna oturacaktır. Karşılıklı iştirak oranı arttıkça, yönetim organının da pay sahipleri karşısında gücü artar⁸. Bu durum, daha ziyade payları tabana yayılmış şirketler bakımından sakınca doğurur.

C. TTK'nın Gerekçesi'nde Belirtilen Sakıncalar

Kanun'un gerekçesinde, karşılıklı iştirak konusundaki 197. ve 201. maddelerin, "sermayenin sulandırılması (köpük sermaye), bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması gibi sorunları önlemeyi" ve "temelde kökenleri aynı olan payların yönetime etkilerinin sınırlanması" nı amaçladığı açıklanmıştır⁹. Dolayısıyla, TTK'nın da, ilgili maddeleri düzenlerken, yukarıda açıklanan sakıncaları değerlendirdiği ve bunları gidermeyi hedeflediği anlaşılmaktadır.

III. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Karşılıklı İştirak Halleri

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda karşılıklı iştirak, ilgili şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi yoksa, 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulmaktadır. 197. madde kanuni düzenlemeye konu olan "karşılıklı iştirak" halini tanımlamakta, 201. maddenin birinci fıkrası ise buna sonuç bağlamaktadır.

Buna karşılık, eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi varsa, diğer bir deyişle, karşılıklı iştirak konumunda bulunan şirketlerden biri diğerine hakim ise, bu kez 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası yerine, yavru şirketin ana şirket hisselerini iktisap etmesine ilişkin hükümler devreye girmektedir. Bu hükümler, 201. maddenin ikinci fıkrası ile, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ve limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

⁵ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁶ Bu konuda bkz. **Tekinalp, Ü.** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukukuk ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2011, N. 9-20, 21.

⁷ **Emmerich/Habersack**, s. 76; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 2; AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁸ Başta da belirtildiği gibi, kolektif şirket sadece gerçek kişi ortaklara sahip olabileceğinden, kolektif şirket bakımından karşılıklı iştirak söz konusu olamaz. Komandit ortaklıklar bakımından ise komanditer ortak tüzel kişi olabileceğinden (TTK m. 304 f. 3), komanditer ortak kanalıyla bir karşılıklı pay iktisabı durumunun meydana gelmesi düşünülebilir. Ancak komanditer ortak şirketi yönetmek hakkını haiz olmayıp, sadece olağanüstü iş ve işlemlerde oy hakkını haizdir. Öte yandan komandit şirketlerde oy hakkı da sermayeye bağlı olmayıp her ortağın bir oyu olduğundan, karşılıklı iştirakin yönetimde sağlayabileceği etki olsa olsa bir oyla sınırlı olabilecektir (TTK m. 309). Dolayısıyla karşılıklı iştirakin yönetsel sakıncaları, sermaye şirketleri açısından daha önemlidir.

⁹ Gerekçe, m. 197 ve m 201.

İlgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi bulunmaması durumu “basit karşılıklı iştirak”, hakimiyet ilişkisi bulunması durumu ise “nitelikli karşılıklı iştirak” olarak adlandırılabilir¹⁰. Aşağıda, anılan iki hal ayrı ayrı incelenmiştir.

B. Basit Karşılıklı İştirak

Basit karşılıklı iştirak olarak adlandırdığımız hal, *birbirleri arasında TTK 195. madde anlamında hakimiyet ilişkisi bulunmayan* iki şirket arasındaki karşılıklı iştirak halidir. Bu tip karşılıklı iştirak durumlarında, kanun, iki şirketin birbirinin sermayesine iştirak etmesini, sadece karşılıklı sermayeye iştirak oranının en az %25 olması durumunda dikkate değer bulmakta, karşılıklı iştirak oranının %25’in altında kalması haline ise herhangi bir sonuç bağlamamaktadır¹¹. Zira TTK 197. maddeye göre “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır*”. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, TTK, 197. maddede genel olarak iki şirketin birbirlerinin sermayesine iştirak etmesi durumu düzenlenmemekte, yalnızca karşılıklı iştirak oranı her iki yöne doğru en az yüzde yirmibeş olduğunda, konu Kanun’un kapsamına girmektedir.

Karşılıklı iştirak durumuna girmek için, *her iki şirketin de* diğerinde en az %25 oranında sermayeye sahip olması gerekir. Örneğin A şirketi B şirketinin %40 oranında payına sahip iken B şirketi de A şirketinin %10 oranında payını iktisap ederse TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak durumu yaratılmış olmaz. Her iki şirketin de birbirinde karşılıklı olarak en az %25 oranında pay iktisap etmiş olması aranır. Dolayısıyla, aralarında hakimiyet ilişkisi bulunmamak kaydıyla, iki şirketten her birinin, diğerinin sermayesinde %25’in altında olmak üzere pay iktisap etmeleri tamamen serbesttir.

Bir hakimiyet ilişkisinin doğması ise, karşılıklı iştirak ilişkisini nitelikli hale getirir ve burada farklı hükümler uygulama alanı bulur. Bu durum aşağıda açıklanmıştır.

Karşılıklı iştirak hali, iki şirketin birbirinde sahip olduğu *sermaye oranına* bakılarak tespit edilir. Sahip olunan iştirakin yüzdesi TTK 196. maddede gösterilen usule göre belirlenir.

¹⁰ Alman hukukundan mülhem bu nitelermeler için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 170-171.

¹¹ TTK Tasarısının ilk şeklinde, herhangi bir orana bağlı olmaksızın, “bağlı şirketin hakim şirketin paylarına sahip olması” durumu için, yani *hakim ve bağlı şirketler arasında olması kaydıyla*, %25’in gerek altında gerek üzerinde olabilecek her türlü katılım için ayrı bir düzenleme kabul edilmişti (m.201). Ancak Tasarı’nın Adalet Komisyonunda kabul edilen son metninde, 201. maddede öngörülen oy hakkının ve diğer hakların donması, *hakimiyete değil, karşılıklı katılmaya* bağlanan bir sonuç olarak düzenlenmiştir. Zira aksi durumda, örneğin birbirine %45 oranında iştirak etmiş bulunan ve oy haklarının çoğunluğunu elinde tutmamak sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple birbirinin hakimi durumunda bulunmayan iki şirket, 201. madde uygulamasına girmeyecekti. 201. maddenin amacı, karşılıklı katılım durumlarını caydırmak olduğundan, maddenin uygulamasının hakimiyet kriterine bağlanması bu amacın yerine getirilmesi için uygun bir yol olmamaktadır. Dolayısıyla hüküm değiştirilerek, oy haklarının ve diğer hakların kısıtlanması, karşılıklı katılım şartına bağlanmış, ancak karşılıklı katılımın en az %25 olması aranmıştır. Dikkat edilmesi gereken husus, karşılıklı iştirak konumundaki şirketler arasında hakimiyet bulunması durumunda, anılan %25’lik alt sınırın uygulanmadığıdır. Eğer karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerden biri diğerine hakim ise, karşılıklı iştirak oranı isterse %25’in altında olsun, Kanun, 389 ve 612. maddelerde bu duruma sonuç bağlamaktadır.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak

Karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında bir hakimiyet ilişkisi varsa, “nitelikli karşılıklı iştirak” durumundan bahsedilir. “Hakimiyet” ilişkisinin var olup olmadığı, Kanun’un 195. maddesinde sayılan hakimiyet kriterleri ışığında incelenmelidir¹². Buna göre hakimiyet, bir şirketin diğerinin oylarının çoğunluğuna sahip olması, şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkının elde edilmesi, şirketler arasında hakimiyet sözleşmesinin akdedilmesi veya 195. maddede sayılan diğer yöntemlerle ortaya çıkabilir¹³.

195. maddenin 2. fıkrasına göre, payların çoğunluğuna sahip bulunmak, hakimiyetin varlığına karine oluşturur. Dolayısıyla şirketlerden birinin, diğerindeki payı %50’yi aştığında, sermaye çoğunluğuna bağlı karine nedeniyle - ve aksini ortaya koyan bir durum yoksa¹⁴ - hakimiyet durumu başlayacaktır. Bu karine dikkate alındığında, basit karşılıklı iştirak durumu, iki şirketin birbirlerinin sermayesinde karşılıklı olarak %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paya sahip olmaları ve hakimiyet oluşturuca başka bir unsurun mevcut bulunmadığı durum mevcut olacaktır.

Şirketlerin karşılıklı katılımı %25 ilâ %50 arasında kalmakla birlikte 195. maddede göre hakimiyetin varlığına neden olan diğer bir hal mevcut ise, yine basit karşılıklı iştirak durumundan çıkılır ve nitelikli karşılıklı iştirak durumuna girilir.

Karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden yalnızca biri diğerine hakimse “tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak”, her ikisi de birbirine hakimse “çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak” durumu mevcut olur¹⁵. Kanuna göre, anılan hallerden ilkinde, hakimiyeti kurmuş olan şirket hakim, diğer bağlı şirket konumundadır (TTK 197 c.2). Çift taraflı nitelikli karşılıklı katılma halinde ise, şirketlerin her ikisi de hem hakim, hem bağlı şirket konumunda bulunur (m. 197 c.3).

Nitelikli karşılıklı iştirakin özelliği şudur: Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, birbirlerinin sermayesine katılmış olan şirketlerden biri hakim, diğeri bağlı şirket konumunda olduğundan, yavru şirketin, ana şirket paylarını satın alması durumu söz konusu olmaktadır. TTK m. 379 f. 5 ve 612 f. 6 hükümleri gereği, yavru şirketin ana şirket paylarını satın alması, şirketin kendi paylarını satın almasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle, karşılıklı katılım durumundaki şirketler ana şirket – yavru şirket konumunda ise, TTK m. 201 f.1’de düzenlenmiş olan yaptırım uygulanmaz¹⁶ ve bunun yerine, şirketin kendi hisselerini devralmasına ilişkin kurallar ile, özellikle yavru şirketin ana şirket paylarını devralmasına ilişkin olarak öngörülmiş özel yaptırımlar uygu-

¹² Alman hukukunda da durum aynıdır. bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §19 N. 9; **Windbichler**, GrossKomm, §19 N. 22.

¹³ Alman hukukunda da, nitelikli karşılıklı katılmanın varlığı için sermaye çoğunluğuna sahip olmak şart olmayıp, diğer yollardan hakimiyeti elde bulundurmamak yeterlidir. (AktG §19 II, III).

¹⁴ Karinenin tersinin ispatlanması ve payların çoğunluğuna sahip bulunulmasına rağmen başka sebeplerden ötürü hakimiyetin elde tutulmadığının ortaya koyulması da mümkündür. Örneğin oy imtiyazı veya yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı nedeniyle, hakimiyet, sermaye çoğunluğunu elinde bulundurmayan ortakların eline geçmiş olabilir.

¹⁵ **Emmerich/Habersack**, s. 77-78; **Bayer**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 1, §§15-22, 3. Auf. (Her. Goette/Habersack) Beck München 2008, §19 N. 29, 33, 35; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 29.

¹⁶ Bu yaptırımın uygulanmayacağı TTK 201 f.2’de açıkça belirtilmiştir. Ancak bu yaptırımın uygulanmaması, nitelikli iştirakin yaptırımsız kaldığı anlamına gelmemekte, bu halde, 201. maddenin 1. fıkrasında saklı tutulan TTK 389 ve 612. maddeler devreye girmektedir. Alman hukukunda da durum aynıdır (AktG §19 IV).

lama alanı bulur¹⁷. Ayrıca, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler arasında ister tek taraflı ister çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması halinde, hakim konumdaki şirketler, hakimiyete bağlanan sorumluluklara da tabi olurlar. Bu husus da, Kanun'un gerekçesinde açıkça belirtilmiştir¹⁸. Alman hukukunda da durum budur¹⁹.

Bu bakımdan, hakimiyetin mevcut olması durumunda, yavru şirketin ana şirkette sahip olduğu pay oranının %25'in altında kalmasının da bir önemi yoktur. Önemli olan, bir tarafın hakim olmasıdır. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket payının oranı ne olursa olsun, ilgili yaptırımlar uygulanacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketindeki payların %80'ine sahip ve dolayısıyla onun hakimi iken, B şirketi A şirketindeki payların %5'ini alursa, TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak mevcut olmamasına rağmen, TTK 379 f. 5 ve 612 f. 6 anlamında, yavru şirketin ana şirket paylarını iktisap etmesi söz konusu olduğu için, bu durumu düzenleyen hükümler uygulama alanı bulacaktır.

IV. Karşılıklı İştirake Bağlanan Sonuçlar

A. Genel Olarak

Kanun'un "Hakların donması" kenar başlıklı 201. maddesine göre,

"(1) Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bile-rek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612. madde saklıdır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hakim olması halinde uygulanmaz."

201. maddenin birinci fıkrası, basit karşılıklı iştirak durumunda doğan sonuçları düzenlemektedir. Bu sonuçlar, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmamasıdır.

İkinci fıkra ise, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, yani şirketler arasında gerek tek taraflı gerek çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması durumunda, birinci fıkrada düzenlenen sonuçların uygulanmayacağını bildirmektedir. Diğer bir deyişle, yukarıda anılan, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmaması şeklindeki sınırlama uygulanmayacaktır. Buna karşılık, hakimiyet durumunda, birinci fıkrada saklı tutulmuş bulunan 389 ve 612. maddeler devreye girecektir. Bu hükümler, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı katılım oranı ne olursa olsun, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda uygulanacak hükümlerdir.

Öyleyse, 201. madde sadece basit karşılıklı iştirak durumuna hukuki sonuç bağlamış olmakta, hakimiyeti içeren nitelikli karşılıklı iştirak durumları ise, 389 ve 612. maddeler çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulmaktadır.

¹⁷ Özellikle bkz. anonim şirketler için TTK m. 379 f.5 ile m. 389 ve limited şirketler için m. 612 f. 6 ve f.4. Bu hükümler aşağıda "Karşılıklı iştirake bağlanan sonuçlar" başlığında açıklanmıştır.

¹⁸ Gereğe, m. 197.

¹⁹ AktG § 19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

B. Basit Karşılıklı İştirak Halinde

Yukarıda da açıklandığı üzere, basit karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirlerinin en az %25 oranında payını iktisap etmiş olması ve aynı iki şirket arasında m. 195 anlamında hâkimiyeti tesis edici herhangi bir hal bulunmaması durumunda söz konusu olur. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, anılan durumda paysahipliği haklarında bir kısıtlama olmaktadır. Kısıtlamaya tabi olmanın koşulu, “bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek girmek”tir.

1. Kısıtlamaya tabi olan şirket

Kısıtlamanın içeriğine geçmeden önce dikkat çekilmesi gereken husus, kural olarak şirketlerin her ikisinin birden değil, yalnızca birinin anılan kısıtlamaya tabi olacağıdır. Kısıtlamaya tabi olacak olan şirket, bir karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen, halî hazırda kendisine iştirak etmiş bulunan bir şirketin paylarını iktisap eden şirkettir. Örneğin, A şirketi, B şirketinin %25 oranında payına sahip olup, B şirketi de bu durumu biliyor iken A şirketinin en az %25 oranında payını iktisap ederse, o takdirde B şirketi, bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratmış olur. İşte bu örnekte kanun, her iki şirketi birden değil, yalnızca karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren B şirketini yaptırıma tabi tutmaktadır. Yalnızca B'nin yaptırıma tabi tutulması, bir yandan duruma B'nin yol açmış olması sebebine dayanır. Diğer yandan A şirketi karşılıklı iştirak durumunun doğmasını engellemek imkânına sahip dahi olmayabilir. Zira kural olarak B'ye payı devreden, A'nın kendisi değil, paysahipleri olacaktır²⁰. Bu nedenle, hukuk güvenliği ve adalet gereği, her iki şirketin birden değil, karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen buna yol açan şirketin yaptırıma bağlanması uygun olur. Nitekim Alman hukukunda da hukuk güvenliği sebebiyle, karşılıklı iştirak durumundaki her iki şirket de kendiliğinden yaptırıma tabi tutulmuş, ya karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bile bile diğer şirketin hisselerini iktisap eden şirket, ya da gereken bildirimleri yapıyarak diğer şirketin bilmeden karşılıklı iştirak durumu yaratmasına sebep olan şirket, paysahipliği haklarının sınırlandırılması yaptırımına tabi tutulmuştur²¹. Amaç, bir yandan karşılıklı iştirak durumunun sakıncalarını gidermek, diğer yandan da karşılıklı iştirak durumu yaratılmasını caydırmaktır. Bilerek bu durumu yaratan şirketin paysahipliği haklarının kısıtlanması, iki amaca birden hizmet etmektedir.

Acaba bir şirket, bir başka şirketin kendisine iştirak etmiş olduğunu nasıl bilebilir? Burada özellikle Kanun'un 198. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğü önem kazanmaktadır. TTK m. 198'e göre, bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin doğru- dan ya da dolaylı olarak, belli yüzdelerdeki paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde, durumu ilgili şirkete bildirmek ve hatta ticaret siciline tescil ve ilan etmek durumundadır. Bildirilmesi gereken yüzdeler arasında, karşılıklı iştirak oranları açısından kritik oran olan %25 ile, hakimiyet açısından kritik oran olan %50 de bulunmaktadır. İşte 201. maddenin uygulanması bakımından anılan bildirim yükümlülüğü son derece önemlidir. Anılan bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getiren şirket, 201. maddenin yaptırımlarından kurtulmuş olur²². Diğer şirket sonradan onun paylarını iktisap etse bile, artık zamanında bildirimde bulunmuş olan şirket 201. maddenin yaptırımına tabi olmaz²³. Bildirim yükümlülüğü yerine getirildiğinde, kendisine bildirimde bulunulan şirket de kiritik %25 eşiğini aşan ortaklarının kimler olduğunu bileceğinden, bile bile bu şirketlerden en az %25 pay alması durumunda, “karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren” taraf durumuna düşer.

²⁰ Ancak payı devreden bizzat A'nın kendisi ise, o takdirde A da karşılıklı iştirak durumu yaratılması fiiline katılmış olur ve A'nın elindeki B payları da 201. maddedeki kısıtlamaya tabi olmalıdır. Alman hukukunda da, iki şirketin anlaşarak veya her ikisinin de durumu bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratması halinde, her iki şirketin birden yaptırıma tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir. **Emmerich/Habersack**, s. 82.

²¹ AktG §328'in gerekçesi, **Kropff**, s. 433-434.

²² Aynı durum Alman hukukunda da mevcuttur. AktG §328 II; **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

²³ **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

Bildirim yükümü yerine getirilmediği takdirde ise, öncelikle, 198. maddenin ikinci fıkrasındaki kural gereği, bildirim tabi paylardan doğan haklar donar. Diğer bir deyişle, bir sermaye şirketinin payını iktisap edip, 198. maddedeki oranları aştığı için bildirimde bulunması gerek şirket bu bildirim yapmazsa, elindeki bildirim konusu paylardan doğan haklar bildirim yapılana kadar bütünüyle donar. Öte yandan, kendisine iştirak edilmiş bulunan sermaye şirketi, eğer başka bir yoldan bu pay iktisabını öğrenmediyse, iyiniyetli durumda olur. Bu şirket, iyiniyetli şekilde ilk şirketin paylarını iktisap ederse, o takdirde bu şirket bilmeden karşılıklı iştirak yaratmış olacağından, 201. maddenin birinci fıkrasındaki koşul kendisi açısından yerine gelmemiş olacak ve anılan şirket herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır. Diğer bir deyişle, iyiniyetle karşılıklı iştirak durumunu yaratmış olan şirket, kendi elindeki karşılıklı iştirak konusu paylarından doğan tüm haklarını kullanabilecektir²⁴. Burada iyiniyet, iktisabı bilebilecek durumda olmak değil, *bilmek* olarak anlaşılmalıdır, zira 201. madde açıkça “bile-rek” iktisabı düzenlemektedir²⁵. Son olarak, hatırlanması gereken bir husus, anılan iyiniyetli şirketin de, Kanun’un 198. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğidir. Zira aksi takdirde bu kez 198. madde sebebiyle bildirim tabi paylardan doğan oy hakları donacaktır.

Dolayısıyla, her şirket, bir diğer sermaye şirketinin %25 oranında payını iktisap ettiği takdirde bunu ilgili sermaye şirketine bildirmelidir. Aksi takdirde 198. maddedeki bildirim yapılmamış olması sebebiyle, 198. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, bildirim konusu paylara ait oy hakkı dahil diğer haklar donacaktır. 198. maddedeki bildirim yapılmasıyla, oy hakları ve diğer haklar kullanılabilir durumda olur. Bu bildirim yapıldıktan sonra, kendisine bildirimde bulunulan şirket, dönüp kendisine iştirak etmiş olan (bildirimde bulunan) şirketin %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paylarını iktisap ederse, o takdirde ikinci şirket bilerek karşılıklı katılım yaratmış olur ve 201. maddenin birinci fıkrasındaki kısıtlamaya tabi olur.

Öte yandan, bildirim yapılmamış olması halinde dahi, ikinci şirket herhangi başka bir yoldan, ilk şirketin kendisine iktisap ettiğini öğrenmiş ise, artık iyiniyetli olmadığından, ilk şirketin payını iktisap etmesi durumunda yaptırıma tabi olacaktır. Bu durumda, bildirim yapılmamış olduğu için ilk şirket 198. madde sebebiyle paysahipliği haklarından mahrum olurken, ikinci şirket de kötüniyetle karşılıklı iştirak yarattığı için 201. maddenin ilk fıkrası sebebiyle paysahipliği haklarının ancak dörtte birini kullanabilecektir.

2. Kısıtlamanın kapsamı ve sonuçları

Kısıtlamaya tabi olan şirketin elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan haklar, dörtte birine indirgenmektedir. Diğer bir deyişle, ilgili şirket, elindeki karşılıklı iştirak konusu payların sadece %25’inden doğan haklarını kullanabilecek; sahip olduğu karşılıklı iştirak konusu payların dörtte üçüne adeta sahip değilmiş gibi bir durum söz konusu olacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketine %25 oranında iştirak etmiş ve bunu B’ye bildirmiş iken, B de dönüp A şirketinin %40 oranında payını iktisap ederse, o takdirde bilerek karşılıklı iştirak konumuna giren B, sahip olduğu %40 oranında payın ancak dörtte birinden, yani ancak %10’undan doğan hakları kullanılabilir. %30 oranında paydan doğan tüm paysahipliği hakları donar.

²⁴ Emmerich/Habersack, s. 71.

²⁵ Alman hukukunda da durum aynıdır, Emmerich/Habersack, s. 81.

Donan paysahipliği hakları arasında oy hakkının yanı sıra, kar payı hakkı, tasfiye payı hakkı gibi haklar da bulunur²⁶. Kanun'da, Alman hukukunda olduğu gibi, yalnızca bedelsiz payları edinme hakkının işlemeye devam edeceği düzenlenmiştir.

Paysahipliği haklarının donması, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirakin oluştuğu, diğer bir deyişle bilerek karşılıklı iştirak durumunu yaratan hisselerin geçerli olarak iktisap edildiği andan itibaren başlar. Bu andan itibaren, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirak hali sona erene kadar, sahip olunan iştirakin ancak dörtte birinden doğan haklar kullanılabilir.

Oy hakkının kısıtlandığı süre içerisinde yapılmış olan genel kurulda oy kullanılması mümkün değildir²⁷. Eğer kullanılmış ise, bu oylara dayanılarak alınmış olan kararlar, diğer bir deyişle donan oylar kullanılsa idi alınmayacak olan kararlar iptal edilebilir²⁸. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, paysahipliği haklarının donduğu paylar, toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinde

Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden biri diğeri üzerinde veya her ikisi birbiri üzerinde hakimiyeti haizdir. Bu durumda, Kanun'un 201. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkradaki sınırlama uygulanmayacaktır. Uygulanmayacak olan sınırlama, karşılıklı iştirak konusu payların sadece dörtte birinden doğan hakların kullanılması, kalan paylardan doğan hakların donması hakkındaki sınırlamadır.

Ancak, bu sınırlamanın uygulanmaması, nitelikli karşılıklı iştirak halinin herhangi bir yaptırımı tâbi olması anlamına gelmemektedir. Tersine, bu durumda hakimiyete bağlanan sonuçlar uygulanacaktır. Hakimiyetinde bulunan şirket veya şirketler hakim şirketlerin tabi olduğu kurallara, bağlı durumda bulunan şirket veya şirketler ise, bağlı şirketlerin tabi olduğu kurallara tabi olacaktır.

Hakimiyete bağlanan sonuçlardan 389 ve 612. maddelerde düzenlenenler, 201. maddenin birinci fıkrasında özellikle saklı tutulmuştur²⁹. Nitelikli iştirak halinde evleviyetle uygulanacak hükümler bunlardır. Ayrıca, şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı ile ilgili hükümler de nitelikli karşılıklı iştirak halinde uygulanacaktır. Ayrıca, hakimiyetten doğan sorumluluğu düzenleyen 202 ve devamı maddeler ile bilgi almaya, raporlamaya ve denetime ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır.

²⁶ Mali hakların donmasının nasıl yorumlanabileceği konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 203 vd.

²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası İstanbul 2010, N. 988; **Teoman, Ö.**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s. 165, 166; **Çeker, M.** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 198, 209.

²⁸ Aynı durum, 198. maddede öngörülen bildirim yapılmaması halinde de geçerlidir. Donan oyların genel kurul karar nisabını etkilemesi durumunda, karar iptal edilebilir duruma düşer. Bkz. Gerekçe, m. 198 f.2. Alman hukukunda da aynı çözüm benimsenmektedir. Bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §328 N. 13.

²⁹ İkinci maddede yer alan, "birinci fıkradaki sınırlamalar uygulanmaz" ifadesi, saklı tutulan 389 ve 612. maddeleri kapsamamaktadır. Aksi durumda, hakimiyet halinde karşılıklı iştirak yaptırımı kalmış ve 389 ve 612. maddeler fiilen yürürlükten kalkmış olurdu.

1. Şirketin kendi payımı taahhüt yasağının uygulanması

Şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı açısından bakıldığında, anonim şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, veya daha geniş bir kavramla, şirketin kendi paylarını “asli iktisap”³⁰ yoluyla edinmesi, yasaktır (TTK m. 388). Örneğin sermaye artırımında şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması mümkün değildir. Şirketin zaten kendisine ait olan malvarlığını yine kendi malvarlığına sermaye olarak koyması aynı sermayenin iki kere kullanılması anlamına gelir ve sermayenin korunması hükümlerine aykırı düşer. Eğer sermayeyi aşan net varlıktan sermaye konuluyorsa, bu da şirketin iç kaynaklarından sermaye artırımı yapılması anlamına gelir ve bu yolla doğan payların sahibi, şirket değil paysahipleri olmalıdır. Dolayısıyla şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması yasaklanmıştır.

Bu yasağın, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisabı konusu ile ilgisi, bağlı şirketlerin de yasak kapsamına alınmış olmasıdır. Şöyle ki, bir bağlı (yavru) şirketin, hakim (ana) şirketin paylarını taahhüt etmesi, 388. maddenin 4. fıkrası ile yasaklanmıştır³¹. Anılan hükmün gerekçesine göre, hükme aykırılığın sonucu, kanuna aykırılık sebebiyle şirket yönünden geçersizliktir³².

2. Şirketin kendi paylarını iktisabı ile ilgili hükümlerin uygulanması

Kanun’un 379. maddesine göre, bir anonim şirket kendi paylarını, en çok esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birine kadar ve aynı maddede sıralanan koşulların varlığında iktisap edebilir. Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre, anılan sınırlama ve koşullar, “*ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı halinde de uygulanır*”³³. Bu hüküm, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabını, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutmaktadır. Zira başta, karşılıklı iştirakin sakıncaları bahsinde de belirtildiği gibi, şirket, yavru şirketi kanalıyla kendi hisselerini iktisap edince, o oranda kendi sermayesine iştirak etmiş olmaktadır.

Şirketin kendi paylarını ivazlı olarak iktisabı, ancak 379. maddede sayılan koşulların yerine gelmesi halinde hukuka uygun kabul edilir. Bu koşullara aykırı olarak pay iktisap edilmesi halinde ise, payların altı ay içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 385 ve 386).

379. maddede yazılı koşullar, ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına da uygulanacağından, öncelikle %10’luk iktisap sınırının aşılmaması sağlanırken, bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da, hakim şirketin kendi elindeki payları ile birlikte hesaba katılacaktır. Ayrıca, 379. maddedeki koşullara aykırı olarak bağlı şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket paylarının da elden çıkarılması gerekecektir.

Öte yandan 382. maddede sayılan bazı istisnai durumlarda³⁴, anılan koşulların yerine getirilmesi aranmaksızın şirketin kendi paylarını iktisabına izin verilmiştir. Ay-

³⁰ Kanun’un 388. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesine göre, şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, asli iktisap yollarından sadece biridir. Kurulda veya esas sermaye artırımında taahhüt gibi geleneksel asli iktisap yollarının yanı sıra, “şartlı esas sermaye artırımında değiştirme ve alm hakkının kullanılması” gibi yeni asli iktisap yollarının da madde hükmüne girdiği belirtilmiştir.

³¹ 388. maddedeki ana ve yavru şirket terimlerinin seçilmesi bilinçlidir. Bu husus, “Yavru şirket 195. maddeye göre tanımlanır” denilerek 388. maddenin gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır.

³² Gerekçe, m. 388 f.1, f.3.

³³ TTK m. 379 f.5’te “ana şirket” ve “yavru şirket” terimleri kullanılmıştır. Ancak 195. maddenin 4. fıkrası gereği, “ana şirket” ile “hakim şirket”, “bağlı şirket” ile de “yavru şirket” aynı anlama gelmektedir.

³⁴ Bunlar, payların sermayenin azaltılması sebebiyle veya külli halefiyet gereği veya kanuni bir satın alma yükümü dolayısıyla veya payların bedellerinin ödenmiş olması kaydıyla cebri icradan bir şirket alacağının tahsili amacıyla veya şirketin işgal konusu gereği iktisap edilmesi halleridir (m. 382).

rıca, iktisabın ivazsız olması halinde de, şirketin kendi paylarını herhangi bir sınıra tabi olmaksızın iktisap etmesi serbest bırakılmıştır (TTK m. 383). Aynı serbesti, yavru şirketin ivazsız iktisap edeceği ana şirket payları için de geçerlidir (TTK m. 383 f.2). Bununla birlikte, gerek 382. gerek 383. maddeye göre gerçekleşen iktisaplarda da, iktisap edilen payların hakim şirketin sermayesinin %10'unu aşmaması kuraldır. %10'u aşan kısmın en geç üç yıl içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 384 ve 386)³⁵. Anılan kural, yine bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da hesaba katılacak şekilde uygulanır.

3. İktisap edilen paylardan doğan oy hakları ile buna bağlı hakların donması

TTK m. 389 son cümleye göre ise, "Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar."³⁶ Yavru şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket payları, şirketin iktisap ettiği kendi payları gibi mütalaa edildiğinden, yavru şirket elindeki ana şirket paylarına da benzer bir yaptırım uygulanmıştır³⁶. Eğer oy hakları donmasa idi, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları, hakim şirketin genel kurulunda, yavru şirketin yönetim kurulu tarafından temsil edilecekti. Diğer bir deyişle, hakim şirket tarafından seçilen bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, bizzat hakim şirketin genel kuruluna girip paysahibi gibi oy kullanır duruma geçeceklerdi. İşte bu durumun engellenmesi için, yavru şirketin elindeki hakim şirket paylarından doğan oy haklarının donması kuralı getirilmiştir. Yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz (TTK m. 389 c.1).

Limited şirketler açısından da durum aynıdır. Kanun'un, limited şirketin kendi hisselerini iktisabını düzenleyen 612. maddesi hükmü, şirketin kendi iktisap ettiği paylardan doğan oy haklarının, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donacağını, ve bu kural dahil, şirketin kendi paylarını iktisap etmesine dair sınırlamaların şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce³⁷ iktisap edilen ana şirket paylarına da uygulanacağını öngörmektedir. Maddenin gerekçesinde, limited şirketin kendi hisselerini iktisabının anonim şirkete paralel olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, her iki şirket bakımından da sistem aynı temel ilkeler üzerine oturmaktadır.

201. maddenin ikinci fıkrasına göre, birinci maddedeki sınırlamalar uygulanmayacağından, 201. maddenin birinci fıkrası hakimiyet ilişkisinin mevcut bulunduğu nitelikli karşılıklı iştirak hallerinde dikkate alınmayacaktır. Bunun yerine, yukarıda açıklandığı şekilde ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına uygulanan kurallar uygulanacak, özellikle şirketin kendi hisselerini devralma sınırı olan %10'luk sınıra, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları da dahil edilecek ve ayrıca, yavru şirket elindeki bulunan hakim şirket paylarından doğan oy hakları ile buna bağlı haklar donacaktır.

³⁵ Sermayenin azaltılması hali hariçtir (TTK m. 384).

³⁶ Ancak, şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, bedelsiz payların iktisabı hariç, paya bağlı tüm haklar donmasına rağmen, yavru şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, sadece oy hakkı ve buna bağlı hakların donacağı düzenlenmiştir (TTK m. 389).

³⁷ "Yavru şirket" zaten 195. maddede limited şirketler bakımından da geçerli olacak şekilde tanımlandığına göre, maddede ayrıca "şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce" şeklinde bir ilaveye gerek yoktu. Anılan ibare, sadece bazı tip yavru şirketlerin hükmün kapsamına girmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak böyle bir sonucun özellikle amaçlanmış olup olmadığı Gerekeç'e ifade edilmemiştir. Tersine, Gerekeç'e hükmün anonim şirketlere paralel bir düzenleme içerdiği ifade edildiğine göre, anonim şirketler bakımından getirilen düzenlemeye kıyasla geniş yorum yapılarak, yalnızca sermaye çoğunluğu yoluyla değil, 195. maddede düzenlenen hakimiyet araçlarının varlığı sebebiyle "yavru şirket" konumunda bulunan şirketlerin madde kapsamına gireceği söylenebilir.

D. Basit Karşılıklı İştirak İle Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinin Karşılaştırılması

Basit karşılıklı iştirak ile nitelikli karşılıklı iştirak düzenlemeleri karşılaştırıldığında, şu hususlar göze çarpmaktadır:

Öncelikle basit karşılıklı iştirak, ilgili şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Ayrıca TTK m. 197 anlamında karşılıklı iştirakin varlığı için, iki şirketin birbirine en az %25 oranında iştirak etmesi şarttır. Taraflardan herhangi birinin veya ikisinin iştirak oranı %25'in altına düşerse TTK 197'de aranan koşullar yerine gelmeyeceğinden, teknik anlamda "karşılıklı iştirak" var olmayacak ve 201. madde uygulanamayacaktır. Buna karşılık taraflardan birinin diğerine iştiraki %50'yi aşarsa, bu durumda m. 195 f.2'deki karine gereği hakimiyet var olacağından, nitelikli karşılıklı iştirak hali doğacaktır. Bu nedenle, basit karşılıklı iştirak – hakimiyeti doğuran başkaca bir halin var olmaması koşuluyla – %25 ilâ %50 aralığında kalan karşılıklı iştirakler bakımından söz konusu olacaktır.

Karşılıklı katılım halindeki şirketler arasında hakimiyet ilişkisi olması durumunda, yani birinin ana şirket, diğerinin yavru şirket olması durumunda ise, yavru şirketin elindeki ana şirket pay oranı ne olursa olsun, ilgili hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, bu durumda, yavru şirketin elindeki ana şirket payının oranının %25'in altında olması³⁸, ilgili yaptırımların uygulanmasını engellemektedir.

Basit karşılıklı iştirak durumunda "bilerek" karşılıklı iştiraki yaratan şirket, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise "yavru şirket" konumunda olan şirket yaptırıma uğramaktadır.

Basit karşılıklı iştirak durumunda, yaptırıma uğrayan tarafın elindeki paylardan doğan tüm haklar (bedelsiz payları iktisap hakkı hariç) $\frac{3}{4}$ oranında donmakta, hakların sadece $\frac{1}{4}$ 'ü kullanılır durumda olmaktadır. Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise, yavru şirketin elindeki paylardan doğan tüm haklar değil, sadece *oy hakları* donmakta, buna karşılık donma, oy haklarının $\frac{3}{4}$ 'ü bakımından değil, tümü bakımından gerçekleşmektedir.

V. Sonuç

İki şirketin birbirinin sermayesine karşılıklı olarak iştirak etmesi hali, 6102 sayılı TTK'da iki farklı şekilde düzenlenmiştir: İlgili şirketler arasında hakimiyetin bulunmadığı "basit" karşılıklı iştirak hali ile, ilgili şirketlerden birinin diğerine veya ikisinin birbirine hakim olduğu "nitelikli" karşılıklı iştirak hali.

TTK 197. maddeye göre, karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirinin sermayesine en az %25 oranında iştirak etmesi halidir. Eğer bu hal varsa ve ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi de yoksa, TTK m. 201 f.1'deki yaptırım uygulanacaktır. Buna göre, karşılıklı iştirak durumunu *bilerek* yaratan tarafın elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan tüm hakların (bedelsiz payları edinme hakkı hariç) sadece dörtte biri kullanılabilir, kalan haklar donacaktır. Donan kısım, toplantı ve karar nisabının hesabında da dikkate alınmayacaktır.

Basit karşılıklı iştirak durumu, daha ziyade iki şirketin birbirine %25 ilâ %50 oranında iştirak etmiş olması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira şirketlerden birinin diğerine %50'yi aşan oranda iştirak etmiş olması halinde, TTK m. 195 f.2'de yer alan karine gereği, hakimiyet var kabul edilecektir.

³⁸ Ana şirket eğer sermaye çoğunluğu yoluyla hakimiyeti ele geçirmişse, onun pay oranı zaten %50'nin üzerinde olacaktır. Bununla birlikte, hakimiyet başka yollardan tesis edilmişse, pay oranının düşük olması, yine ilgili maddelerin, özellikle TTK m. 389 ve 612 f.4'ün uygulanmasını engellemeyecektir. Ayrıca bakınız yuk. dpn. 37.

Karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin bulunması durumunda, karşılıklı iştirak “nitelikli” hale gelmektedir. Bu durumda, TTK m. 201 f.2’de yer alan açık hüküm gereği artık TTK m. 201 f.1’deki yaptırımlar uygulanmayacaktır. Ancak bu durum, karşılıklı iştirakin yaptırımsız kalacağı anlamına gelmemekte, sadece aşağıda belirtilen farklı bir yaptırım devreye girmektedir.

Karşılıklı iştirak “nitelikli” ise, diğer bir deyişle, şirketlerden biri ana, diğeri yavru şirket konumunda ise, yavru şirketin, ana şirket paylarını iktisap etmesi, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutulmakta ve şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümler, yavru şirketin ana şirket payını iktisabına da uygulanmaktadır (TTK m. 379 f.5 ve 612. f. 6).

Bu uygulamada, yavru şirketin elindeki hakim şirket payının oranına da bakılmamakta, diğer bir deyişle asgari %25 oranında iştirak aranmamaktadır. Bu noktada, yavru şirketin ana şirket payını iktisabı, TTK 197’deki karşılıklı iştirak tanımından ayrılmaktadır.

Nitelikli karşılıklı iştirak halinde doğan bazı önemli sonuçlar şöyle özetlenebilir: Öncelikle, yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin kendi paylarını iktisabına uygulanan %10’luk kanuni iktisap sınırı hesaplanırken dikkate alınmaktadır. İkinci olarak, yavru şirketin elindeki ana şirket paylarından doğan oy hakları donmakta ve bu paylar toplantı ve karar nisaplarında dikkate alınmamaktadır. Buradaki donma, TTK 201’dekinden farklı olarak, “bilerek karşılıklı iştirak yaratan şirketin” elindeki payları değil, “yavru şirketin” elindeki payları etkilemektedir. Ayrıca, yine TTK m. 201’den farklı olarak, yavru şirketin elindeki paylardan doğan oy haklarının $\frac{3}{4}$ ’ü değil, tamamı donmaktadır. Ayrıca TTK m. 201’deki $\frac{3}{4}$ oranında donma yaptırımı, hem oy haklarına, hem de bedelsiz payları edinme hakkı hariç diğer tüm mali haklara uygulanırken, TTK 389 ve 612. madde uyarınca, yavru şirketin elindeki paylara uygulanan donma yaptırımı sadece oy haklarını kapsamaktadır. Son olarak, birbirlerinin sermayesine katılmış şirketlerden biri diğerine veya ikisi birbirine hakim ise, hakim konumunda olan şirket veya şirketler, hakimiyete bağlanan sonuçlara, özellikle sorumluluk düzenlemelerine de tabi olmaktadır.

Kanun, yukarıda açıklanan yollarla, sakıncalı gördüğü karşılıklı iştirak duruma bazı yaptırımlar bağlamıştır. Karşılıklı iştirak durumunda pay iktisabı geçerli olmakla birlikte, hakların donması düşüncesine dayalı yaptırımlarla bu tip iktisaplar caydırılmaya çalışılmaktadır.

