

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA
İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

DOKTORA TEZİ

Rifat CANKAT

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

KASIM 2021

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA
İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

DOKTORA TEZİ

Rifat CANKAT

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

KASIM 2021

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde yazılan bu doktora tezi, anonim ortaklıklar hukukunda ilişkili taraf kavramını inceler. Sermaye piyasası hukuku ve halka açık ortaklıklar için bu kavram yeni değildir. Belli bir uygulaması, kanuni altyapısı bulunur. Kapalı anonim ortaklıklarda ilişkili taraf işlemlerinden bahsetmek ise kendinizi tam ifade edemediğiniz takdirde vahim bir hata olarak görülebilir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun hiçbir köşesinde “ilişkili taraf” veya “ilişkili taraf işlemi” ifadelerine rastlamak mümkün olmaz. O nedenle kapalı anonim ortaklıklarda ilişkili taraf işlemini hukuki bir gerçek olarak ele aldığınızda kanunu okumamış olmakla suçlanmanız işten bile değildir. Eldeki çalışmada bu anlayışla mücadele edilmiştir.

Doktora çalışmalarına 2017 yılında, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalının çatısı altında başladım. Geride bıraktığım beş yılda sayısız öğretmen ve dost edindim. Akademik ya da değil, bende ve bu eserde emeği olan herkese samimiyetle teşekkür ederim. Bu kapsamda öncelikle, jüride yer almayı kabul ederek beni onurlandıran saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Helvacı’ya, Prof. Dr. Murat Yusuf Akın’a, Prof. Dr. Tolga Ayoğlu’ya (Danışman), Prof. Dr. S. Anlam Altay’a ve Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural’a teşekkürü borç bilirim. Yine çok değerli bilimsel yönlendirmeleri ve manevi destekleri için kürsümüzün saygıdeğer öğretim üyeleri Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin’e ve Dr. Sinan H. Yüksel’e ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, 2211-E yurt içi doktora burs programı kapsamında bursiyeri olduğum TÜBİTAK’a maddi desteği için teşekkür ederim.

Bir akademisyenin başarısında dostlarının etkisi büyüktür. Mesai arkadaşlarım hem tezin esasına hem de tez yazım sürecine dair destekleriyle bu satırların yazımını mümkün kılmıştır. Öncelikle çalışmaya yorumlarıyla katkıda bulunmuş olan Dr. Osman Gazi Güçlütürk’ü ve Dr. İsmail Türkyılmaz’ı anmak isterim. Her ikisine de destekleri için ayrı ayrı teşekkür ederim. Başta Ar. Gör. Mehmet Emin Alpaslan olmak üzere, Dr. Öğr. Üyesi Cihan Yüzbaşıoğlu, Ar. Gör. Burcu Alkış, Ar. Gör. Hazal Tolu Yılmaz ve Ar. Gör. Dilşad Kuşuoğlu’ya Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde geçirdiğimiz güzel günler için; değerli arkadaşım Ar. Gör. Selin Ovalıoğlu’ya vergi hukukuna dair eşsiz yardımlarından dolayı minnettarım. Vaktini benden esirgemeyen Ar. Gör. Pınar Güzel, Ar. Gör. Doğan Kara ve Ar. Gör. İsmail Dede’ye yardımları için en içten teşekkürlerimi sunarım.

Doktora tezimin büyük bir kısmını Covid-19 küresel salgını esnasında, topluma dair tüm bildiklerimiz sorgulanırken yazdım. Bu süreçte gösterdikleri anlayıştan dolayı Babam Uzm. Dr. Ahmet Emin Cankat’a, annem Ayla Cankat’a ve kız kardeşim Ar. Gör. Ece Cankat’a tekrar tekrar teşekkür ederim.

Değerli eşim Av. Arb. Didem Kaya Cankat doktora çalışmalarım boyunca bana anlayış ve yol gösterdi, destek oldu. Nihayetinde bu önsözü de tamamlayabildiysem fedakârlıklarının ve her aşamada hissettirdiği sevgisinin sayesinde. Bu nedenle kendisine hep minnettar kalacağım.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR.....	xviii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. KAVRAMA GENEL BAKIŞ.....	4
A. Türk Ticaret Hukukunda İlişkili Taraf Kavramı.....	4
1. İlk Tespitler	4
2. Öne Çıkan Hükümler	5
3. Sermaye Piyasası Hukukunda Durum.....	5
B. TMS 24	7
1. TMS/ TFRS Düzeni	7
a. TTK'daki Yeri.....	10
b. İçeriği	11
2. İlişkili Taraf Açıklamaları.....	13
a. Genel Olarak	13
b. Standardın Amacı	15
c. Uygulama	16
II. İLİŞKİLİ TARAF KAVRAMI VE İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ.....	18
A. İlişkili Gerçek Kişiler Yönünden Şartlar	19
1. Yönetmelik Yeti.....	20
a. Kontrol	21
i. Tam kontrol	21
ii. Müşterek kontrol	28
b. Önemli Etki.....	31
c. Kilit Yönetici Personel.....	34
2. Kişi ve Yakın Aile Üyeleri.....	36
B. İlişkili İşletmeler	37
1. Şirketler Grubu Üyeleri.....	39
a. TMS Uyarınca Şirketler Grubu ve Üyeleri	39
b. TTK Uyarınca Şirketler Topluluğu.....	40
i. Hâkimiyet.....	41

ii. Şirketler topluluğu.....	43
c. Değerlendirme.....	44
2. İş Ortaklığı veya İştirak Hâlindeki İşletmeler	45
a. Kullanılan Yapı Yönünden	46
i. İş ortaklığı	46
ii. İştirak.....	47
b. Bağlantının Türü Yönünden	47
i. Doğrudan bağlantı	47
ii. Dolaylı bağlantı.....	48
3. Diğer Yöntem: Yönetim Hizmeti Sunulması	49
4. Aynı Gerçek Kişiyle İlişkili İşletmeler	50
a. Temel Kurgu	50
b. Şartları.....	50
i. En az bir taraf üzerinde (tam ya da ortak) kontrol	50
ii. Diğer taraf üzerinde yönetsel yeti tesisi	51
C. Kapsam Dışında Bırakılan Hâller	51
D. İşlem Cephesinden İlişkili Taraf İşlemleri.....	53
1. TMS 24 Düzenlemesi.....	53
2. Pozitif Hukukta Durum	54
a. TTK Anlayışı	54
i. Özel karar alma sürecine tabi işlemler	54
ii. İlişkili tarafın ortaklığa borçlanmasına dair işlemler	55
b. SerPK Hükümleri.....	56
i. İlişkili taraf işlemleri	56
ii. Örtülü kazanç aktarımı	57
c. KVK m. 13 Uyarınca Örtülü Kazanç Dağıtım İşlemleri	57
3. Değerlendirme	58
a. Ekonomik Anlamda İşlem Türleri	58
b. Hukuki İşlem.....	59
i. İşleme katılan kişi sayısı yönünden.....	60
ii. İşlemin malvarlığına etkisi yönünden	61
c. Görüşümüz	61
E. Değerlendirme ve Önerilerimiz.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNDE KURAMSAL ALTYAPI VE DÜZENLEME YÖNTEMLERİ

I. HUKUK POLİTİKASI OLARAK İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ	70
A. Düzenleme İhtiyacının Altında Yatan Sebepler	70
1. Kontrolün Özel Yararları ve Tünelleme.....	71
a. Tanımlar	71
b. İlişkili Taraf İşlemlerinin Konumu	75
2. İlişkili Taraf İşlemlerinde Yarar ve Zarar Dengesi	76
a. Genel Açıklamalar	76
b. Ekonomik Analizler	78
c. Hukuk Teorisi	81
B. Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleriyle İlişkisi.....	84
1. Sermayenin/ Malvarlığının Korunması İlkesi	84
a. Sermaye – Malvarlığı Ayrımı	84
i. Genel olarak	84
ii. Terminolojiye yansımaları.....	85
b. Uygulama Alanı.....	88
i. Alacaklıların korunması	88
ii. Diğer menfaat sahiplerinin durumu	89
c. Somut Görünüm Biçimleri.....	90
i. Sermayenin getirilmesi (oluşturulması)	90
ii. Sermayenin korunması.....	91
iii. İlişkili taraf işlemlerini hedef alan düzenlemeler.....	95
2. Eşit İşlem İlkesi	96
a. TTK Düzlemindeki Konumu	97
i. İlkenin tanımlanması	98
ii. Temel özellikleri	98
iii. Öne çıkan düzenlemeler.....	99
b. Kapsamı	100
i. İlgili taraflar.....	101
ii. Objektif aykırılıklar.....	102
c. İlkeye Aykırılığın Sonuçları.....	102
d. İlişkili Taraf İşlemleri Bakımından Önemi.....	103

3. Kurumsal Yönetim	104
a. Kavrama Genel Bakış	104
b. Kurumsal Yönetimin İlkeleri	107
i. Şeffaflık	107
ii. Adillik	108
iii. Hesap Verebilirlik	109
iv. Sorumluluk	110
c. Türk Hukuku Düzenlemeleri	110
i. Halka açık anonim ortaklıklarda	111
ii. Kapalı anonim ortaklıklarda	114
4. Şirket Menfaati	115
a. Kavram	115
i. Tanım	116
ii. Diğer menfaatlerden ayrıştırılması	117
b. Anonim Ortaklıklarda Öne Çıkan Düzenlemeler	119
i. Pay sahipliği haklarına dair düzenlemeler	119
ii. Yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeler	120
iii. Zararlı ilişkili taraf işlemlerine karşı düzenlemeler	121
c. Değerlendirme	121
5. Menfaat Çatışmalarının Düzenlenmesi	122
a. Kavram	122
b. İlke Olarak Anlamı	123
c. Başlıca Menfaat Çatışmaları	125
C. Temel Düzenleme Politikaları	130
1. Mülkiyet Kuralı	131
2. Sorumluluk Kuralı	132
II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİ DÜZENLEME YÖNTEMLERİ	133
A. Yöntemlere Genel Bakış	134
1. Bildirim Yükümlülükleri	135
a. İlişkili Taraf İşlemleri Bakımından Önemi	135
b. Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi	137
i. Türk Ticaret Kanunu ekseninde denetim ve bildirimler	137
ii. Şirketler topluluklarında ek bildirim yükümlülükleri	138
iii. Sermaye piyasası hukuku düzenlemeleri	140

iv. Değerlendirme: TTK m. 371/6.....	142
2. Özel Karar Alma Süreçleri.....	143
a. İlişkisiz/ Bağımsız Yöneticilerin Onayı.....	144
b. Azınlığın Çoğunluğu (MoM) Pay Sahiplerinin Onayı	146
3. Yasaklamalar ve Geçersizlik Yaptırımı	147
4. İdari Otoritelerin İnceleme ve Müdahale Yetkileri	148
5. <i>Ex Post</i> Yargısal Denetim	149
B. Karşılaştırmalı Hukukta Görünüm Biçimleri.....	151
1. Avrupa Birliği Düzenlemeleri.....	151
a. Kapsam.....	152
i. Kişi ve konu yönünden.....	152
ii. Öngörülen yöntemler	154
b. Düzenlemeye Getirilen Eleştiriler	155
2. Birleşik Krallık.....	155
a. Tarihsel Gelişim.....	156
b. Kapsam Dışında Bırakılan Menfaat Grupları	157
i. Pay sahipleri, özellikle çoğunluk pay sahipleri.....	157
ii. Topluluk şirketleri.....	158
c. Tercih Edilen Yöntemler.....	158
i. Ortaklığın işleme onay vermesi.....	159
ii. Bildirim yükümlülüğü.....	160
iii. Borsaya kote şirketlerde durum	160
3. Fransa	162
a. İlgili Mevzuat.....	162
b. Tercih Edilen Yöntemler	163
i. Genel olarak	163
ii. Borsaya kote anonim ortaklıklarda durum.....	164
iii. Şirketler topluluklarına uygulanacak hükümler.....	165
4. Almanya	166
a. Finansal Altyapının Hukuk Düzenine Etkisi	166
i. Banka temelli şirketler topluluğu	166
ii. Türk hukuku bakımından bir (ek) değerlendirme	168
b. İlişkili Taraf İşlemlerine Uygulanabilir Kurumlar.....	169
i. Örtülü kâr dağıtım yasağı.....	170

ii. Şirketler topluluğu hükümleri	170
c. Uyum Çalışmaları Kapsamında Kanun Değişikliği.....	171
5. İsviçre	176
6. Amerika Birleşik Devletleri	178
III. VERGİ HUKUKU YAKLAŞIMI.....	180
A. Hukuki Çerçeve	182
1. Mevzuat	182
2. Kavramlar	183
a. Transfer Fiyatlandırması	183
b. Örtülü Kazanç Dağıtımı.....	184
3. Hukuki Niteliği.....	185
B. Hukuka Aykırı Transfer Fiyatlandırmasının Unsurları.....	187
1. İlişkili Kişinin Taraf Olması	187
2. Hukuki İşlem	190
3. Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırılık.....	190
4. Hazine Zararı.....	194
5. Sübjektif Unsur	194
C. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları ...	195

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL KARAR ALMA SÜREÇLERİ

I. GENEL KURULDA OY HAKKINDAN YOKSUNLUK.....	199
A. Genel Kurul.....	199
1. Genel Kurulun Temel Yapısı	200
a. Anonim Ortaklık Organlarının Karşılıklı Konumu.....	200
i. Teoriler	200
ii. İsviçre hukuku	201
iii. Türk hukuku	202
b. Organ Niteliği	203
c. Görev ve Yetkileri.....	204
2. Genel Kurul Kararları.....	205
a. Genel Kurulun Oluşumunda Etkili Usul Kuralları	205
i. Toplantı hazırlıkları ve çağrı	205
ii. Toplantının yürütülmesi	206

iii. Toplantının sonlandırılması	207
b. Karar Alınması.....	208
i. Genel kurul kararının niteliği	208
ii. Yetersayılar	208
iii. Oy hakkı.....	209
iv. Kararların sakatlığı	211
B. Yoksunluk Düzenlemesinin Kapsamı	212
1. Kişi Yönünden.....	213
a. TTK m. 436/1 Bakımından	213
i. Gerçek kişiler	213
ii. Ticaret ortaklıkları.....	214
b. TTK m. 436/2 Bakımından.....	215
i. Yönetici konumundaki pay sahipleri.....	216
ii. Yöneticiler vasıtasıyla ilişkili tarafların durumu.....	217
2. İşlem Yönünden	218
a. Kişisel Nitelikteki İş ve İşlemler.....	218
b. Hukuki Uyuşmazlıklar	219
c. Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası	220
3. İlişkili Taraf Kavramı Bakımından Ara Değerlendirme	221
C. Oy Hakkından Yoksunluğun İşletilmesi	223
1. Yoksunluğun Oy Hakkının Donmasından Farkı	223
2. Nisaplara Etkisi	224
a. Toplantı Nisabı.....	225
b. Karar Nisabı	225
3. Aykırılığın Sonuçları.....	225
II. YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE YAPILACAK İŞLEMLER	227
A. Yönetim Kurulu	228
1. Temel Özellikleri.....	228
a. Görev ve Yetkileri.....	228
b. Yönetim Kurulunun Oluşumu	230
c. Yönetim Kurulunda Karar Alınması.....	231
i. Yetkilerin kullanımında karar kavramı	231
ii. Yetersayılar	232
iii. Oy hakkı	233

iv. Yönetim kurulu kararlarının sakatlığı	233
2. İlişkili Taraf İşlemleri Kuramındaki Yeri	234
a. Yönetim Kurulu Üyesinin İlişkili Taraf Sıfatı	234
b. Özel Karar Alma Süreci Olarak Nitelendirilme Nedenleri.....	235
i. Müzakereye katılma yasağı bakımından	235
ii. Şirketle işlem yapma yasağı bakımından	235
B. Müzakereye Katılma Yasağı	236
1. Kapsam	237
a. Kişi Yönünden	237
i. Yönetim kurulu üyeleri	237
ii. Yönetim kurulu üyesi vasıtasıyla ilişkili taraflar	238
b. Menfaat Çatışmasına Konu Müzakereler	239
c. Dürüstlük Kuralının Gereği Olan Durumlar	241
2. İşleyiş	242
a. Yasağın Varlığının Tespiti	242
i. İlişkili tarafın bildirim yükümlülüğü.....	242
ii. Yönetim kuruluna tanınan takdir yetkisi.....	243
b. Etkisi	243
i. Katılma hakkının sınırlandırılması.....	243
ii. Yetersayılar	244
c. Yasağın İlgili Karara Yansıtılması.....	244
3. Yasağa Aykırılığın Sonuçları	245
a. Hukuki Sorumluluk.....	245
i. İlişkili taraf bakımından	246
ii. Sorumluluğu doğan diğer yönetim kurulu üyeleri	247
b. İşlem Geçerliliğine Etkisi	247
i. Yönetim kurulu kararı	247
ii. Karar uyarınca dış ilişkide akdedilen işlemler	249
C. Şirketle İşlem Yapma Yasağı.....	250
1. Yasağa Tabi Olan Kişiler	251
a. Yönetim Kurulu Üyeleri	251
b. Diğer Yöneticilerin Durumu	252
c. Kapsamın İlişkili Taraflar Yönünden Değerlendirilmesi.....	252
2. Yasaklı İşlemler.....	253

a. İşlem Türü Yönünden	254
b. İşlem Tarafı Yönünden	256
i. Yönetim kurulu üyesinin kendi adına işlem yapması	257
ii. Yönetim kurulu üyesinin başkası adına işlem yapması	258
3. Yasağın Kaldırılması	258
4. Aykırılığın Sonuçları	261
a. Askıda Hükümsüzlük	261
b. Hukuki Sorumluluk	263
III. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE UYGULANACAK ÖZEL KARAR ALMA SÜREÇLERİ	263
A. Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyarınca Karar Alınması	264
1. Düzenlemenin Kapsamı	265
a. Kapsama Giren Ortaklıklar Yönünden	266
b. Kapsama Giren İşlemler Yönünden	266
i. Kişi yönünden	267
ii. Konu yönünden	268
2. İşlemin Karara Bağlanması	272
a. Yönetim Kurulu Kararı	273
i. Kararın içeriği	273
ii. Müzakerelere katılım ve oy hakkı bulunanlar	274
iii. Yetersayılar	275
b. Genel Kurul Kararı	276
i. Oy hakkından yoksun olanlar	277
ii. Yetersayı	278
3. Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü	279
a. Özel Durumlar Tebliği	279
b. Organ Kararının Açıklanması	281
i. Olumlu karar	281
ii. Olumsuz karar	282
4. Usule Aykırılığın Sonuçları	282
a. Kesin Hükümsüzlük	282
b. Zararlı İlişkili Taraf İşlemlerinin Durumu	284
B. Belirli Genel Kurul Kararlarında Farklılaştırılmış Yetersayı ve Oy Hakkından Yoksunluk	285

1. Düzenlemenin Kapsamı	286
a. Halka Açık Anonim Ortaklıklar.....	286
b. Konu Yönünden.....	287
i. Rüçhan hakkı.....	287
ii. Sermaye azaltımı	288
iii. Önemli nitelikteki işlemler.....	289
2. Karar Alınması	290
a. Yetersayı	290
i. Genel olarak	291
ii. İlişkili taraf işlemlerinde	293
b. Oy Hakkından Yoksunluk	295
3. Usule Aykırılığın Sonuçları	297

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNDE GEÇERSİZLİK VE HUKUKİ SORUMLULUK

I. ZARARLI İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ.....	299
A. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti.....	299
1. Halka Açık – Kapalı Anonim Ortaklık Ayrımı	299
2. Özel Hükümle Düzenlenen İlişkili Taraf İşlemleri	302
3. Görüşümüz	303
B. Unsurları.....	304
1. Yöntemin Belirlenmesi	304
a. Genel Olarak	304
b. İsviçre Hukukunda Durum.....	305
c. Örtülü Kâr Dağıtımı Kavramıyla İlişkisi	308
2. İlişkili Tarafla İşlem Gerçekleştirilmesi.....	310
a. Hükümün Yokluğunda İlişkili Taraf Çevresi.....	310
i. TMS 24'ün uygulanabilirliği.....	311
ii. KVK m. 13'ün uygulanabilirliği	312
iii. Kıyasa konu edilebilecek diğer hükümler.....	313
iv. Görüşümüz	314
b. İşlem Unsuru.....	315
i. Kapsam.....	316

ii. Muvazaanın etkisi	318
3. Karşı Edimde Nispetsizlik.....	320
a. Anlamı.....	320
b. Karşılaştırma	321
i. Karşılaştırmanın içeriği	321
ii. Karşılaştırmanın yapılacağı an	323
4. Başkaca Unsurların Aranıp Aranmayacağı Sorunu	324
a. Nispetsizliğin Açık Olması	324
b. Ortaklığın Ekonomik Durumunun Elverişsizliği.....	325
c. İlişkili Tarafın Kötüniyetli Olması.....	327
d. Eşitlik İlkesine Aykırılık.....	328
C. Zararlı İlişkili Taraf İşlemlerinde Karşılaşılabilecek Sakatlıklar.....	329
1. İşleme Dair Ortaklık Kararı Yönünden	330
a. Organ Kararının Zorunlu Olup Olmadığı Meselesi	330
b. Sakatlığın Türü: Butlan.....	331
i. Görüşümüz	333
ii. Genel kurul kararı	335
iii. Yönetim kurulu kararı	335
iv. Tespit davası açabilecek kişiler.....	336
2. İşlemin Dış Dünyadaki Yansıması.....	337
a. Tespitler	337
i. Organ kararının geçersizliğinin etkisi	339
ii. İşlemin sözleşmeye aykırılık yaratması	340
iii. İrade sakatlığının ileri sürülüp sürülemeyeceği	342
b. Kesin Hükümsüzlük ve Nedenleri	344
i. Muvazaa olarak nitelendirilme ihtimali	346
ii. Emredici hükümlere aykırılık	347
iii. Ahlâka aykırılık.....	347
D. İşlemin Zararlı Yapısının (ve Sakatlığın) Hukuki Sonuçları	348
1. Edimlerin İadesi	349
2. Hukuki Sorumluluk	352
a. Yöneticilerin Sorumluluğu.....	352
b. İlişkili Tarafın Sorumluluğu	355
i. Hâkim şirket	356

ii. Pay sahibi	357
iii. Vasıtalı ilişkili taraf.....	358
II. İLİŞKİLİ TARAFLARIN ORTAKLIĞA BORÇLANMASI.....	359
A. Pay Sahiplerinin ve Yakınlarının Ortaklığa Borçlanması Sorunu	360
1. Kanun Değişikliği ve Değerlendirme.....	360
2. Hükmün Kapsamı.....	361
a. Kişi Yönünden	362
i. Pay sahipleri ve intifa hakkı sahipleri	362
ii. İlişkili tarafların durumu	363
b. İşlem Yönünden.....	365
3. Yasağın Devreye Girmesi	368
a. Genel Açıklamalar	368
b. İfa Edilmeyen Muaccel Sermaye Borcu Bulunması.....	369
c. Serbest Yedek Akçeler ile Kârın Zararları Karşılayamaması....	370
d. Piyasa Koşullarına Uygun Olmayan Borçlanma	372
B. Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Borçlanma Yasağı	373
1. Genel Olarak	373
2. Hükmün Kapsamı.....	374
a. Kişi Yönünden	374
i. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri.....	374
ii. İlişkili tarafların durumu	375
b. İşlem Yönünden.....	377
i. Nakdi borçlanma tesis eden işlemler.....	378
ii. Teminat verilmesi ve borçların devralınması.....	378
3. Uygulama Alanının Sınırları	379
a. Şirketler Topluluğu Hükümleri.....	379
b. Bankacılık Kanunu	380
C. Yasağa Aykırılığın Sonuçları.....	381
1. Ortaklık İçi Sonuçlar	381
a. Kararların Geçersizliği.....	381
b. Yöneticilerin Sorumluluğu	382
2. İşlemlerin Geçersizliği	384
3. Borçlanan Kişinin Sorumluluğu.....	385

III. SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI.....	387
A. Kapsam	389
1. Taraflar	389
a. Aktaran İşletme	389
i. Halka açık ortaklıklar	389
ii. Kolektif yatırım kuruluşları.....	390
iii. İlişkili işletmeler	390
b. İlişkili Taraflar	392
2. Aktarımın Konusu	394
a. Yöntem Bakımından	394
i. İşleme dayalı aktarım	394
ii. Hareketsizliğe dayalı aktarım.....	395
b. İçerik Bakımından.....	396
i. Nakit aktarımı.....	396
ii. Varlık aktarımı	397
B. Denetimin Unsurları.....	398
1. Emsallere Uygunluk.....	399
a. Türleri.....	399
i. İç emsal	399
ii. Dış emsal	400
b. Değerlendirme Süreci	401
i. Emsalin tespiti	401
ii. Karşılaştırma	403
2. Piyasa Teamülü	406
3. Ticari Hayatın Basiret ve Dürüstlük İlkeleri	407
C. Yasağa Aykırılık Hâlinde Yaptırımlar	408
1. İşlemlerin Geçersizliği	408
a. Organ Kararları	409
b. Aktarım İşlemi	410
2. Edimlerin İadesi	410
3. Sorumluluk	412
a. Hukuki Sorumluluk.....	413
b. Cezai Sorumluluk	413
4. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yetkileri.....	415

a. Ortaklığa İadenin Talep Edilmesi	416
b. Dava Yetkisi	417
c. Diğer Yetkiler	420
D. Topluluk İçi İşlemlerle Kazanç Aktarımı	421
1. TTK Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı	424
a. Yönlendirme.....	424
b. Kaybın Denkleştirilmemesi	425
i. Kayıp kavramı	426
ii. Denkleştirme imkânı	427
2. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti	428
a. Doktrindeki Görüşler	428
b. Kanaatimiz	430
SONUÇ.....	433
KAYNAKÇA	445

KISALTMALAR**2007/36/EC sayılı Direktif**

Borsaya Kote Şirketlerde Pay Sahipliği Haklarının Kullanımına İlişkin 11.07.2007 tarihli ve 2007/36/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi

2017/1132 sayılı Direktif

Ortaklıklar Hukukunun Muhtelif Yönlerine Dair 14.06.2017 tarihli ve 2017/1132 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi

AB

Avrupa Birliği

ABD

Amerika Birleşik Devletleri

Abs.Absatz (*alm.* fıkra)**AktG**

Aktiengesetz

al.alinéa (*fr.* paragraf, fıkra)**alm.**

Almanca

Art.Article (*ing.-fr.* madde) / Artikel (*alm.*)**AÜHFD**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BankK

5411 sayılı Bankacılık Kanunu

BATİDER

Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BTHAE

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

BDDK

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu

BGBL

Bundesgesetzblatt (Almanya)

BOBİ FRS	Büyük ve Orta Boy İşletmeler için Finansal Raporlama Standardı
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c.	Cümle
C. com.	Code de commerce (Fransa)
CO	<i>Bkz. OR</i>
consid.	considérant
Çev.	Çeviren
dn.	Dipnot
E.	Esas
ET	Erişim Tarihi
FF	Feuille fédérale (İsviçre)
fr.	Fransızca
GAPT	II-22.1 sayılı Geri Alınan Paylar Tebliği
Genel Tebliğ	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GVK	193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber (<i>alm.</i> Yayına Hazırlayan)
IAS	International Accounting Standards

IASC	International Accounting Standards Committee
ing.	İngilizce
IGTs	Intragroup Transactions
K.	Karar
KAP	Kamuyu Aydınlatma Platformu
Karş.	Karşılaştırınız
Kavramsal Çerçeve	Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (2018 Sürümü)
KGK	Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KoopK	1163 sayılı Kooperatifler Kanunu
KVK	5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
KYİ	Kurumsal Yönetim İlkeleri
KYT	II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği
LR	Listing Rules (Birleşik Krallık)
m.	madde
MSGUT	Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği
N.	Randnummer (<i>alm.</i> Paragraf numarası)
Nr.	Nummer (<i>alm.</i> Numara)
NYSE	The New York Stock Exchange

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
ÖDT	II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği
ÖNİT	II-23.3 sayılı Önemli Nitelikte İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği
OR	Obligationenrecht (<i>alm.</i> İsviçre Borçlar Kanunu) (=Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht)
örn.	Örnek/ örnek olarak
par.	Paragraf
RG.	Resmi Gazete
RO	Recueil officiel (İsviçre)
S.	Sayı
s.	Sayfa
S&P 1500	Standard & Poor's 1500 Kompozit Endeksi
SEC	Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (Amerika Birleşik Devletleri)
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
SRAD ya da SRD II	Shareholder Rights Amending Directive (= Uzun Dönem Pay Sahipliğine İlişkin

Olarak 2007/36/EC sayılı Direktifi
Değiştiren 17.05.2017 tarihli ve
2017/828 sayılı Avrupa Parlamentosu ve
Konsey Direktifi)

SRD

Bkz. 2007/36/EC sayılı Direktif

sy.

Sayı

SZW (fr. RSDA)

Schweizerische Zeitschrift für
Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

T.

Tarih

TBB

Türkiye Barolar Birliği

TBK

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

TFRS

Türkiye Finansal Raporlama Standartları

TMS

Türkiye Muhasebe Standartları

TSY

Ticaret Sicili Yönetmeliği

TTK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TTSG

Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi

USD

Amerikan doları

vb.

Ve benzeri

VUK

213 sayılı Vergi Usul Kanunu

Y.

Yıl

Yarg.

Yargıtay

ZHR

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
und Wirtschaftsrecht

RÉSUMÉ

Le sujet de l'étude est les transactions entre parties liées en droit des sociétés anonymes. La source la plus concrète de ce concept est la législation sur le marché des capitaux qui fait référence aux normes comptables turques (TMS). Le sujet de cette référence est TMS 24, qui régit les transactions entre parties liées sous une rubrique spéciale. Cependant, l'objectif du règlement susmentionné est de refléter les transactions entre parties liées dans les états financiers et, par conséquent, il ne respecte pas pleinement les réalités du droit. La fiction de base de la norme repose sur trois concepts. Il s'agit du contrôle total, du contrôle conjoint et de l'influence significative. Les concepts concrétisés en détail et par méthode d'échantillonnage dans les normes TFRS 10, TFRS 11 et TMS 28, respectivement, correspondent à certains pouvoirs de décision devant le TTK (Code turc de commerce). Les privilèges qui permettent la constitution de l'organe de gestion avec l'actionnariat et les taux de vote sont ici prépondérants. Et pourtant, les concepts ci-dessus n'ont pas d'équivalents exacts dans le TTK. Les deux dispositions sont incompatibles à cet égard. Mais les principes qui sous-tendent les dispositions sont identiques. Ceux qui peuvent influencer les mécanismes de prise de décision du partenariat peuvent utiliser leur pouvoir de cette manière à leur propre intérêt. Il est donc utile et nécessaire que les autres parties prenantes apprennent comment le pouvoir est utilisé et que l'utilisation du pouvoir soit soumise à des limites légales et contractuelles. Bien entendu, ces limitations doivent être prouvées dans le cadre des principes du droit des sociétés tels que le principe de la majorité.

Le concept de contrôle est utilisé dans différents sens dans différentes branches du droit. La doctrine tente de placer le concept dans un contexte concret. Différentes expressions et contenus tels que la classe de décision stratégique, le pouvoir de direction ont été mis en avant ici. Notre thèse suppose que TMS 24 a, au moins, un impact sur les sociétés anonymes. Toutefois, l'utilisation des mêmes concepts que ceux de TMS 24 crée un cadre propice aux malentendus. Cette réflexion nous a conduit au concept de "compétence managériale". Selon nous, la compétence managériale fait référence au pouvoir de diriger la volonté du partenariat. Bien sûr, il existe différents degrés de ce pouvoir. La compétence managériale est le concept supérieur, qui rassemble ces pouvoirs de différents degrés sous un même titre. La partie liée est la personne qui a la compétence managériale en première étape. Elle ne

peut pas dominer seul le partenariat, elle ne peut pas élire seule tous les membres du conseil d'administration, mais elle est dans la volonté du partenariat. Pour cette raison, elle peut allier ses propres intérêts à ceux du partenariat dans une certaine mesure. C'est ce qui donne à la personne ayant la compétence managériale le titre de partie liée : La capacité d'exister dans la volonté de la société, indépendamment de toute domination, contrôle et influence. La compréhension moderne attribue la capacité à un groupe de risque distinct et appelle les membres de ce groupe comme une partie liée.

La partie liée peut être une personne physique ou morale. Il est nécessaire et suffisant qu'elle ait la compétence managériale sur la société anonyme. La partie indirectement liée est celle qui a une relation similaire avec les personnes qui ont la compétence managériale sur la société anonyme. Pour que la disposition assure une protection efficace, elle doit également tenir compte des personnes qui forment la même unité économique que le détenteur de la compétence managériale.

Les transactions entre parties liées constituent une théorie indépendante et doivent être traitées comme telles par le droit des sociétés. Théoriquement, les transactions entre parties liées sont liées à l'activité de creusement de tunnels. Le creusement de tunnels est le transfert d'une valeur qui appartient à la société anonyme à une autre personne en prenant de la société anonyme par des moyens inappropriés. Les transactions entre parties liées constituent une méthode pour y parvenir. Le risque dans les transactions entre parties liées est l'abus de cette position par le détenteur de la compétence managériale et donc de porter atteinte au partenariat. Les principales préoccupations sont que la transaction ne comprenne pas le processus de négociation qui devrait avoir lieu entre des personnes indépendantes ou que ce processus puisse être conclu contre la société anonyme. Dans le cas contraire, il n'est pas souhaitable d'empêcher la partie liée de conclure une transaction avec la société anonyme aux conditions du marché ou de se comporter d'une manière qui profitera à la société anonyme. De même, toutes les transactions entre parties liées ne sont pas des transactions malveillantes qui servent au creusement de tunnels. À ce stade, la théorie distingue les transactions bénéfiques et préjudiciables entre parties liées.

Une transaction bénéfique signifie une transaction équitable. La transaction préjudiciable entre parties liées transfère la valeur de l'actif du partenariat à la partie

liée. Pour cette raison, il est nécessaire d'examiner si les conditions de transfert sont équitables. En droit fiscal, cette équité est obtenue par le biais des contrôles de la conformité avec le précédent. Conformément aux règlements de l'OCDE, la Turquie, comme la plupart des pays, a lié la distribution des revenus cachés aux règles modernes par le biais des prix de transfert. Dans ce système, la conformité avec le précédent de la transaction entre parties liées est examinée en utilisant la méthode qui correspond à la nature de la transaction. Chaque pays définit l'application concrète du principe en fonction de sa propre politique du droit. En général, les pays imposent des règles plus strictes aux sociétés anonymes. Cependant, les dispositions dans lesquelles le concept est explicitement inclus se trouvent généralement dans la législation sur le marché des capitaux. Mais il existe aussi des systèmes juridiques qui s'opposent à cette distinction, la France étant un exemple pour ce groupe. Par ailleurs, à mesure que le concept s'est imposé sur les marchés des capitaux, le lien entre celui-ci et la gouvernance d'entreprise est devenu évident. Pour cette raison, un régime de transactions entre parties liées à appliquer dans les sociétés anonymes privées se pose également.

Le premier des règlements basés sur les transactions entre parties liées est l'obligation de notification. Grâce à cette obligation, qui garantit que les groupes de pression sont informés des transactions entre parties liées, l'asymétrie de l'information est résolue et le premier front est pris contre les transactions préjudiciables. Le deuxième type de réglementation concerne des processus décisionnels spécifiques. Dans ces règlements, l'exécution de la transaction entre les parties liées est laissée aux administrateurs indépendants et parfois aux actionnaires minoritaires. De cette manière, on évite que le conflit d'intérêts n'influe sur la décision de l'organe. Une autre méthode de règlement est l'interdiction. Les dispositions à cet égard reconnaissent que la transaction qu'elles couvrent est préjudiciable. La conclusion d'une transaction préjudiciable entre parties liées entraîne parfois le remboursement de la valeur transférée, et parfois la nullité directe de la transaction. Cependant, toutes les transactions entre parties liées ne sont pas nuisibles, il existe aussi des transactions bénéfiques qui sont dans l'intérêt de la société. L'efficacité de ces règlements, qui se concentrent sur les transactions entre parties liées, est étroitement liée à la situation des personnes et des institutions qui appliqueront le processus. Les législateurs donnent aux autorités administratives autonomes ainsi qu'aux parties prenantes la possibilité d'agir. Les pouvoirs

généralement conférés aux autorités de contrôle des institutions du marché des capitaux facilitent à la fois le rétablissement de la valeur de l'actif du partenariat et la révélation de la nullité des transactions. L'intervention des tribunaux est une autre méthode qui diffère d'un pays à l'autre, mais qui se fait sentir dans tous les systèmes.

Il existe des exemples de processus décisionnels spécifiques dans le droit positif. Selon l'article 436/1 du TTK, l'actionnaire, son conjoint, ses parents consanguins, les sociétés individuelles auxquelles il est associé et les sociétés qu'il contrôle sont privés du droit de vote. Cette privation se manifeste dans les décisions relatives aux affaires et transactions personnelles et aux litiges juridiques. De même, le législateur prévoit que les membres du conseil d'administration ne peuvent pas participer à la négociation de transactions en dehors de la relation d'entreprise si cette transaction concerne lui et certains de ses proches. Ces proches sont considérés comme des époux, des parents consanguins et des beaux-parents à l'article 393 du TTK. Il est clair que ce contenu, qui exclut les personnes morales, ne respecte pas la théorie des parties liées. Cependant, la disposition est également appliquée dans les cas requis par la règle d'honnêteté. Une autre disposition tient compte de la fonction de représentation. Selon l'article 395/1 du TTK, un membre du conseil d'administration doit obtenir l'approbation de l'assemblée générale avant de conclure une transaction avec la société anonyme. Dans le cas présent, la représentation directe et indirecte sont couvertes par la disposition. De même, la doctrine soutient à juste titre que les autres administrateurs ainsi que les membres du conseil d'administration devraient être soumis à une interdiction. Les transactions effectuées en violation des dispositions sont considérées comme pendantes et nulles, sauf si elles sont autorisées ou approuvées par l'assemblée générale. Il est toujours possible que la responsabilité juridique soit engagée en vertu des dispositions générales.

L'un des domaines où les sociétés anonymes sont soumises à des dispositions particulières est ces processus décisionnels. Le quorum différencié et la privation du droit de vote (article 29/6 du SerPK (Code du marché des capitaux)) sont les premières dispositions qui incluent les transactions directes et indirectes avec des parties liées. Il existe également des dispositions directement consacrées à ce sujet. L'article 17/3 du SerPK exige que les transactions déterminées dans la législation secondaire soient d'abord décidées par le conseil d'administration avec le vote affirmatif de la majorité des membres indépendants du conseil. Si la majorité des

membres indépendants du conseil d'administration ne vote pas en faveur de la transaction, celle-ci doit être approuvée par l'assemblée générale. Dans ce cas, on détermine qui est la partie liée conformément à TMS 24. Dans la disposition de notification en question, il y a une référence claire aux normes comptables. Le résultat de l'opposition au processus décisionnel est la nullité du décision. Il a été défendu dans la doctrine que l'invalidité affectera également la transaction suivante. Toutefois, même si le processus décisionnel spécifique est correctement mené, cette approbation ne rend pas absolument licite le contenu de la transaction susmentionnée. Par exemple, même une transaction approuvée en vertu de l'article 17/3 du SerPK peut constituer un transfert de revenu caché et être considérée comme nulle.

S'il existe une disproportion manifeste des exécutions résultant de la transaction entre la partie liée et la société anonyme, l'effet réducteur sur l'actif de la société anonyme doit être éliminé. Dans le Code suisse des obligations, cette question est réglée par l'article 678/II. Mais, il n'existe pas de disposition similaire dans le TTK. Dans ce cas, on peut se demander si les transactions contre lesquelles le droit suisse prévient ses dommages sont libres en droit turc. Les auteurs, qui traitent cette question à la fois directement et sous le titre du principe de protection du capital dans la doctrine, soutiennent que la disproportion entre les exécutions de la transaction effectuée par le partenariat crée une contradiction avec le principe susmentionné et ne peut être protégée par le système juridique. Selon certains auteurs, le fondement de cette protection est la disposition de l'article 480/3 du TTK, qui interdit le remboursement du capital. D'autres auteurs, en revanche, soulignent que la distribution des valeurs de la société anonyme aux parties prenantes est soumise à des règles strictes, et que les décisions qui ne respectent pas ces règles et les transactions qui en découlent seront invalides.

Bien que la société anonyme doive exprimer sa volonté par l'intermédiaire d'autres personnes physiques et morales, elle constitue une entité économique dotée d'une personnalité et d'un intérêt indépendants (intérêt social). Toutes les parties prenantes, notamment les actionnaires, disposent d'un actif indépendant. Le régime de protection de cet actif est appelé principe de maintien du capital dans le TTK. Selon ce principe, les actifs de la société sont dépensés au profit de la société. Offrir à des tiers des gains financiers, qui ne servent pas cet intérêt à long terme, n'est

possible que dans les cas où la loi autorise explicitement ce gain. En l'absence d'une de ces situations, s'il n'y a pas un équilibre que l'on s'attendrait à trouver dans un achat entre les exécutions découlant de la transaction effectuée par la société anonyme, et si ce déséquilibre s'est produit au détriment de la société anonyme, il est admis que la valeur patrimoniale de la société anonyme est transférée implicitement. Le facteur décisif ici est le contrôle de la conformité avec le précédent. Les transactions qui ne peuvent être contrôlées doivent être considérées comme des transactions préjudiciables entre parties liées.

Les décisions des organes visant à réaliser une transaction préjudiciable entre des parties liées sont contraires au principe de maintien du capital, car elles approuvent la transaction qui endommagera les actifs. Cette contradiction entraîne l'invalidité. L'invalidité de la décision de l'organe a un effet limité sur le pouvoir de représentation. Elle n'invalide pas la transaction légale entre la société anonyme et sa partie liée. Dans certains cas, ces transactions peuvent être considérées comme nulles et non avenues en raison de leur opposition à des dispositions impératives. Une autre cause d'invalidité est l'immoralité : Dans la transaction (préjudiciable) entre la société anonyme et la partie liée, les parties concluent une véritable transaction juridique. Cependant, la raison de cette transaction est de créer un déséquilibre entre les exécutions, et à travers ce déséquilibre, une partie des actifs de la société anonyme est implicitement transférée à la partie liée. Les volontés sont assorties, le résultat est vraiment souhaité et les dettes sont payées. Cependant, il est immoral de réaliser cette transaction même si l'on sait qu'elle a des conditions différentes de la précédente, et donc d'attaquer les actifs de la société anonyme. Il existe également des décisions de la Cour de cassation qui reflètent ce résultat dans une certaine mesure. La décision de l'organe concernant la transaction préjudiciable avec une partie liée est invalide et la transaction préjudiciable est nulle et non avenue. Les dispositions générales et les principes fondamentaux du droit turc sont suffisants pour parvenir à cette conclusion.

La sanction de la nullité est suivie du retour de l'exécution. Toutefois, il faut tenir compte ici de la disposition de l'article 1530/1 du TTK. Selon cette disposition, *les contrats dépassant la limite la plus élevée fixée par la loi ou les autorités compétentes pour les exécutions à effectuer en vertu du contrat sont réputés avoir été conclus en fonction de la limite la plus élevée*. Dans ce contexte, les dispositions

relatives à l'enrichissement sans cause sont appliquées à l'obligation de retour. Il est possible de demander la responsabilité juridique pour la compensation de ces pertes et d'autres pertes liées en société. L'article 553 du TTK et le reste concernant la responsabilité des administrateurs, et l'article 202 du TTK, qui régleme la responsabilité de la société de contrôle sont les premières dispositions qui viennent à l'esprit ici. En règle générale, la responsabilité du fait d'autrui ne peut être engagée que dans le cadre d'un acte délictueux.

L'interdiction des transferts de revenus cachés est le reflet des transactions préjudiciables entre parties liées dans les sociétés anonymes (article 21 du SerPK). Dans la disposition susmentionnée, il est demandé que les transactions des sociétés anonymes avec leurs parties liées soient effectuées dans des conditions équitables. Le contrôle doit être effectué en tenant compte des pratiques du marché et des principes de prudence et d'honnêteté dans la vie commerciale. Cependant, le principal critère qui ressort de la doctrine et de la pratique est la conformité avec le précédent. Il est donc recommandé de bénéficier de la connaissance du droit fiscal. Nous sommes également d'accord avec cette proposition. Toutefois, en l'absence de référence directe, les expériences existantes doivent être interprétées à la lumière des principes de base fournis par le TTK et le SerPK. Enfin, si, selon les critères, il est entendu que la relation entre la partie liée et la société ne présente pas les mêmes conditions que la relation entre parties indépendantes et que, par conséquent, les actifs de la société sont détenus par la partie liée, l'existence d'un transfert de revenus cachés est déterminée. Dans ce cas, les décisions et les transactions sont invalides. En outre, la partie qui reçoit les gains a une obligation de remboursement. C'est la société anonyme qui doit réclamer le remboursement. Considérant que la société peut préférer rester inactive, le législateur a également autorisé le SPK dans la mesure où il permet d'atteindre le résultat juridique souhaité.

Les dispositions contenant une interdiction explicite ne se limitent pas au règlement SerPK. Le TTK a interdit ou limité les actionnaires, les administrateurs et certains de leurs proches à emprunter auprès de la société. L'idée derrière ces dispositions est que l'emprunt est la forme la plus pure d'intervention dans l'actif de la société anonyme. En ce qui concerne les actionnaires, la disposition pertinente est l'article 358 du TTK. Alors qu'une interdiction était envisagée ici, cette interdiction a été abolie par la loi n° 6335. Il s'agit plutôt d'un régime d'emprunt lié à des conditions

minimales. Par conséquent, l'actionnaire peut s'endetter auprès de la société pour autant qu'il paie ses dettes exigibles et qu'il soit suffisamment fort pour couvrir les pertes d'actifs libres de la société. Les emprunts comprennent ici les prêts à la consommation et d'autres types d'emprunts ayant le même résultat économique. Une véritable interdiction est évoquée pour les membres du conseil d'administration et leurs proches. A ce stade, l'article 395/2 du TTK prescrit un régime plus strict. La violation de ces deux dispositions a pour conséquence de rendre responsables ceux qui ont causé le dommage, y compris l'emprunteur, de l'invalidité de la décision de l'organe et du processus d'emprunt. Le fait que le créancier de la société puisse envoyer à l'emprunteur une demande de paiement en vertu de l'article 395/2 du TTK est une possibilité supplémentaire qui diffère des dispositions générales.



ABSTRACT

The subject of this study is the related party transactions in the joint-stock companies law. The most concrete source on the subject is the capital market law that refers to Turkish Accounting Standards (TAS). And the subject of this reference is TAS 24, which regulates related party transactions under a special title. However, the aim of this regulation is to reflect the related party transactions to financial statements and therefore, it does not pay regard to the truths of law. The basic fiction in the standard is based on three concepts. These are complete control, joint control and significant influence. These concepts embodied in detail in TFRS 10, TFRS 11 and TAS 28 respectively, and by the method of sampling, correspond to certain decision-making powers in the eye of the Turkish Code of Commerce (TCC). Concessions that allow creating a management body with share ownership and voting rates are the highlights here. But yet, there are no exact equivalents of these concepts in TCC. Both regulations are incompatible in this regard. But the principles behind the regulations are identical. People who can influence the decision-making mechanism of the partnership can use this power for their own interests. It is therefore useful and necessary for other stakeholders to learn how the power is used, and also for the use of power to be subjected to legal and contractual limits. Of course, it should be ensured that these limitations are checked by the principles of company law, such as the majority principle.

The concept of control is used with various meanings in various branches of the law. The teaching of law tries to fit this concept into concrete coverage. Different expressions and contents such as strategic decision class and orientation power have been put forward this way. Our thesis accepts that TAS 24 has an impact on at least publicly-held joint-stock companies. But taking the concepts in TAS 24 exactly as they are causes a framework that is amenable to misunderstanding. This idea has brought us to the concept of “managerial power”. For us, managerial power means being able to direct the will of the partnership. Of course, there are different levels of this power. The managerial power is the upper concept, it collects these powers of different levels under a single title. The related party, on the other hand, is the person who has the managerial power in the first stage. He/she may not be the sole ruler of the partnership, he/she may not be electing all the members of the board of directors alone but he/she is the one encountered in the will of the partnership. Therefore,

he/she can blend his/her own interests with the interests of the partnership to some extent. This is what gives the title of a related party to the person with managerial power: The ability to exist in the will of the company independently of dominance, control and influence. Modern understanding ascribes the ability to a separate risk group and names the group members as related parties.

The related party may be a natural or legal person. The fact he/she has managerial power over the partnership is required and enough. Indirectly related parties, on the other hand, are those who have a similar relationship with the people who have managerial power over the partnership. In order for the regulations to provide effective protection, they must take into account the owner of the managerial power together with the persons who make up the same economic whole as him/her.

Related party transactions are an independent theory and should be treated as such by the company law. In the theoretical plane, related party transactions are in connection with tunneling activity. Tunneling is taking a value belonging to a partnership from them by inappropriate means and transferring it to another person. One of the methods of this transfer is related party transactions. The risk in related party transactions is that the owner of the managerial power abuses his/her position and thereby damages the partnership. The main concerns are that the transaction may not have the negotiation process that is expected to take place between independent persons, or that this process may be concluded against the partnership. Otherwise, preventing the related party from entering into transactions with the partnership in market conditions or from engaging in behavior that would benefit the partnership are not desired results. Because not all related party transactions are harmful transactions that serve the tunneling. At this point, the theory distinguishes between beneficial and harmful related party transactions.

Beneficial transaction means fair transaction. A harmful related party transaction transfers the value of the assets belonging to the partnership to the related party. Therefore, it is necessary to examine whether the terms of the transfer are fair. In tax law, this justice is achieved through an arm's length audit. Following the OECD regulations, Turkey, like most countries, has linked the transfer pricing to modern rules. In this system, it is investigated whether the related party transaction is in accordance with the precedent through a method that matches the nature of the transaction. Each country puts forward a concrete application of the principle in

accordance with its own legal policy. Usually, countries set forth more strict rules in publicly-held companies. However, the provisions in which the concept is clearly included are usually found in the capital market legislation. But there are also judicial systems that oppose this distinction, France is an example of this group. On the other hand, as the concept has found itself a place in the capital markets, the connection between it and corporate governance has also come to light. For this reason, a related party transactions regime that will be applied in closed joint-stock companies also manifests itself.

The first of the regulations based on the related party transactions are obligations to notify. With this obligation, which ensures that interest groups are informed about related party transactions, the information asymmetry is resolved and the first front against harmful transactions is taken. The second type of regulation is special decision-making processes. In these regulations, the execution of the related party transaction is given to the independent directors and sometimes to the minority shareholders. Thus, conflict of interest is prevented from influencing the decision of the body. Another regulation type is prohibition. This type of provision accepts that the transactions they include are harmful. Entering into a harmful related party transaction sometimes results in a refund of the transferred value, and sometimes directly leads to the final invalidity of the transaction. But just as not all related party transactions are harmful, there are also transactions that are in the best interests of the company and provide benefits. The effectiveness of these regulations, which focus on related party transactions, is also closely related to the status of the people and institutions that will operate the process. Legislators give the opportunity to take action to independent administrative authorities, as well as stakeholders. Usually, thanks to the powers granted to the authorities overseeing the capital market institutions, it becomes easier to both return the value of the assets to the partnership and reveal the invalidity of the transactions. The interference of the courts is also another method assertive in every system although it differs from one country to another.

There are examples of special decision-making processes in the positive law. For instance, according to TCC 436/1, along with the shareholder, his/her spouse, his/her kindred, the partnership companies he/she is a partner in and the capital companies under his/her dominance are deprived of the right to vote. This

deprivation is raised in decisions on business and transactions of a personal nature, as well as legal disputes. Therewithal, the legislator does not allow the members of the board of directors to participate in the negotiations of the transactions outside their corporative relationships unless this transaction concerns him/her or his/her relatives. These relatives are counted as spouses, kindred and in-laws in Article 393 of TCC. It is clear that this scope, which excludes legal entities, does not pay regard to the theory of related parties. However, this provision is also applied in cases that are required by the good faith rule. Another provision pays regard to the representation function. According to Article 395/1 of TCC, a member of the board of directors must obtain the permission of the general assembly before concluding a transaction with the partnership. Both direct and indirect representation is within the scope of the provision here. Likewise, the fact that along with the members of the board of directors, other managers must also be subjected to prohibition is justifiably argued in the teaching. Unless the general assembly gives permission, transactions made contrary to the provision are assumed as undecided void first and null and void afterward. It is also possible that legal liability will be raised within the scope of the general provisions.

One of the points where the publicly-held partnerships are subjected to special provisions is these decision-making processes. Provisions related to differentiated quorum and deprivation of voting rights (a. 29/6 of CML) are the first of the provisions both directly and indirectly include related party transactions. There are also provisions that are directly related to this issue. Article 17/3 of the CML of this nature requires that the transactions determined in the secondary legislation must be decided first by the board of directors and by the affirmative vote of the majority of the independent board members. If the majority of the independent members of the board of directors do not vote in the affirmative, the transaction must be approved by the general assembly. Here, the identity of the related party is determined in accordance with TAS 24. The relevant communiqué clearly referred to the accounting standards. The result of contrariety to the decision-making process is not deprivation, but a nullity. In the teaching, it is argued that the invalidity will also affect the subsequent transaction. But even if the special decision-making process is managed properly, this approval does not always make the content of the transaction in question absolutely legal. For example, even a transaction approved in accordance

with article 17/3 of the CML can create a hidden income transfer or be assumed invalid.

If there is an evident disproportion in the actions arising from the transaction between the related party and the partnership, the mitigating effect on the partnership's assets must be eliminated. This issue is regulated in Article 678/II of the Swiss Code of Obligations. However, there is no similar provision in TCC. In that case, it is questioned whether the transactions that the Swiss law takes measures to prevent due to their harm are free in the Turkish law. The authors, who discuss this subject both directly and under the title of the principle of capital protection in the doctrine, argue that the disproportion between the actions of the transaction performed by the partnership creates a contradiction to the principle and that it cannot be protected by the judicial system. According to some authors, the basis of this protection is the provision of Article 480/3 of TCC which forbids the withdrawal of capital. On the other hand, some other authors point out that the distribution of partnership values to stakeholders is bound by strict rules, and that the decisions that do not comply with these rules and the transactions following these decisions will be invalid.

Although the partnership is obliged to explain its will through other natural and legal persons, it is an economic living being that has an independent personality and interest (company interest). It has an asset independently of all stakeholders, especially shareholders. The protection regime covering this asset is referred to as the principle of capital maintenance in TCC. According to this principle, the assets of the partnership must be spent in accordance with the company's interests. Provision of financial gains that do not serve this interest in the long run to third parties, on the other hand, is only possible when the law clearly allows this gain. In the absence of one of these conditions, if there is no balance between the actions arising from the transaction performed by the partnership that we would expect to encounter in a normal exchange, and this imbalance has arisen against the partnership, the value of the partnership's assets is considered to be transferred implicitly. What is determinant here is the arm's length audit. The transactions that cannot be audited must be assumed as harmful related party transactions.

Decisions of the body directed to the execution of harmful related-party transactions are contrary to the principle of capital maintenance since it approves

transactions that will damage the assets of the company. This contrariety leads to the result of nullity. The nullity of the body's decision creates a limited effect on the authority of representation. It does not result in the invalidity of the legal transaction between the company and its related party. In some cases, these transactions may be considered null and void due to a violation of the imperative provisions. Another invalidity reason is immorality: In the (harmful) transaction performed between the partnership and the related party, parties perform a real legal transaction. However, the reason behind this transaction is creating an imbalance between the actions and ensuring that part of the company assets is implicitly transferred to the related party through this imbalance. The wills coincide, the emerging result is really to be desired, and the debts are fulfilled. However, performing this transaction, even though it is known that it carries different conditions than the precedent, thus attacking the company's assets, is a form of immoral behavior. There are also decisions of the Supreme Court reflecting this result to a certain extent. For the reasons described, the body's decision related to the harmful related party transaction is superstitious, and the harmful related party transaction is most likely null and void. General provisions and basic principles of Turkish law are enough to draw this conclusion.

The final invalidity sanction is followed by the return of the gain. However, it is necessary to take into account the provision of article 1530/1 of TCC here. According to it, *contracts that exceed the maximum limit established by law or the competent authorities for actions that must be performed in accordance with the contract are considered to have been concluded over the highest limit*. Within this framework, provisions regarding unjust enrichment are applied to the return obligation. It is possible to apply for civil liability for compensation for these and other related damages of the company. Article 553 of TCC related to the liabilities of the managers and article 202 of TCC that regulates the liability of the dominant company are the first provisions that come to mind here. Liability of other persons, as a rule, can only be applied within the scope of a tort.

The reflection of the harmful related party transactions in publicly-held joint-stock companies is the prohibition of hidden gain distribution (CML art. 21). In the aforementioned provision, it was sought that the transactions carried out by publicly-held companies with their related parties should be carried out on fair terms. The

audit should be carried out taking into account the market practices as well as the principles of prudence and honesty of commercial life as criteria. Yet, the main criteria that stand out in teaching and practice are the arm's length principle. It is suggested to benefit from the accumulation of tax code here. We also agree. However, in the absence of direct attribution, existing experiences should be interpreted in the light of the basic principles introduced by the TCC and the CML. Finally, according to the criteria, if it turns out that the company's relationships with the related party and with the independent persons do not bear the same conditions, and that the assets of the partnership are in the possession of the related party, the existence of a hidden transfer of the gain is detected. In this case, the decision and the transactions are invalid. In addition, the party receiving the gains has an obligation to return. It is the company that must request the return. Considering that the company may prefer to remain inactive, the legislator has also authorized the CMB to such an extent as to allow it to provide the desired legal result.

Provisions that contain clear prohibition are not limited to the CML regulation. TCC prohibits or limits the borrowing of shareholders, managers and some of their relatives to the company. The idea behind these provisions is that money lending is the purest form of interference with the assets of the company. The relevant provision regarding the shareholders is article 358 of TCC. While a prohibition is provided here, this prohibition has been eliminated by Law numbered 6335. Rather, we can mention a borrowing regime that is tied to minimum requirements. Accordingly, the shareholder will be able to borrow money from the partnership as long as he/she is able to fulfill his/her due capital debts and is able to cover the losses of the free assets of the company. Borrowing here covers the consumption loan and other types of borrowing that give the same economic result. On the other hand, we discuss a real prohibition for the members of the board of directors and their relatives. At this point, article 395/2 of TCC provides a stricter regime. The consequence of the violation of both provisions is the invalidity of the body's decision and the following transaction, as well as holding those who caused the damage responsible, including the borrower, for this damage. The fact that creditors of the company are able to apply to the borrower with the request of payment within the scope of article 395/2 of TCC is an additional possibility that is separated from the general provisions.

ÖZET

Çalışmanın konusu, anonim ortaklıklar hukukunda ilişkili taraf işlemleridir. Kavrama dönük en somut kaynak, Türkiye Muhasebe Standartlarına atıf yapan sermaye piyasası mevzuatıdır. Bu atfın konusunu ise ilişkili taraf işlemlerini özel bir başlık altında düzenleyen TMS 24 oluşturur. Fakat mezkûr düzenlemenin hedefi ilişkili taraf işlemlerinin finansal tablolara yansıtılmasıdır ve bu nedenle hukukun gerçeklerini tam olarak gözetmez. Standartta temel kurgu üç kavramı esas alır. Bunlar tam kontrol, ortak kontrol ve önemli etkidir. Sırasıyla TFRS 10, TFRS 11 ve TMS 28’de detaylıca ve örnekleme yöntemiyle somutlaştırılan kavramlar, TTK nezdinde belli karar alma kudretlerine tekabül eder. Pay sahipliği ve oy oranları ile yönetim organını oluşturma imkânı tanıyan imtiyazlar burada öne çıkanlardır. Hâl böyle olmakla birlikte mezkûr kavramların TTK’da tam birer karşılığı da yoktur. Her iki düzenleme bu açıdan uyumsuzdur. Fakat düzenlemelerin arkasında yatan ilkeler özdeşdir. Ortaklığın karar mekanizmalarına etki edebilen kişiler, bu yöndeki güçlerini kendi menfaatleri için kullanabilir. Gücün ne şekilde kullanıldığını diğer menfaat sahiplerinin öğrenmesi, keza gücün kullanımının kanuni ve sözleşmesel sınırlara tabi kılınması bu nedenle faydalı ve gereklidir. Elbette ki bu sınırlamaların çoğunluk ilkesi gibi şirketler hukuku ilkeleri kapsamında sağlanması yapılmalıdır.

Kontrol kavramı muhtelif hukuk dalında çeşitli anlamlarda kullanılır. Hukuk öğretisi kavramı somut kapsama oturtmaya çalışır. Stratejik karar sınıfı, yönlendirme erki gibi farklı ifade ve içerikler burada ileri sürülmüştür. Bizim tezimiz TMS 24’ün en azından halka açık anonim ortaklıklar üzerinde etki sahibi olduğunu kabul eder. Fakat TMS 24’teki kavramların aynen alınması yanlış anlaşılmaya müsait bir çerçeveye neden olur. Bu düşünce bizi “yönetmel yeti” kavramına ulaştırmıştır. Bize göre yönetmel yeti, ortaklığın iradesini yönlendirebilme gücünü ifade eder. Elbette bu gücün farklı dereceleri bulunur. Yönetmel yeti ise üst kavramdır, farklı derecedeki bu kudretleri tek bir başlık altında toplar. İlişkili taraf ise ilk etapta yönetmel yeti sahibi olan kişidir. Ortaklığın tek hâkimi olmayabilir, yönetim kurulunun tüm üyelerini tek başına seçemiyor olabilir ama ortaklığın iradesinde kendisine rastlanır. Bu nedenle kendi menfaatlerini ortaklığın menfaatiyle bir ölçüde harmanlayabilir. Yönetmel yeti sahibine ilişkili taraf sıfatını kazandıran da budur: Hâkimiyetten, kontrolden, etkiden bağımsız şekilde şirketin iradesinde var olma yeteneği. Modern anlayış, yeteneği ayrı bir risk grubuna atfedip grup üyelerini ilişkili taraf (*related party*) olarak adlandırır.

İlişkili taraf gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Ortaklık üzerinde yönetsel yetiye sahip bulunması gerekli ve yeterlidir. Vasıtalı ilişkili taraf ise ortaklık üzerinde yönetsel yeti sahibi olan kişilerle benzeri bir ilişkide olanlardır. Düzenlemelerin etkili bir koruma sağlayabilmesi için yönetsel yeti sahibiyle birlikte onunla aynı ekonomik bütünü oluşturan kişileri de dikkate almak gerekir.

İlişkili taraf işlemleri bağımsız bir kuramdır ve şirketler hukuku tarafından bu şekilde ele alınmalıdır. Kuramsal düzlemde ilişkili taraf işlemleri, tünelleme faaliyetiyle bağlantılıdır. Tünelleme, ortaklığa ait bir değerin uygun olmayan yollarla ortaklıktan alınıp diğer bir kişiye transferidir. Bu transferi sağlamanın yöntemlerinden biri de ilişkili taraf işlemleridir. İlişkili taraf işlemlerinde risk yönetsel yeti sahibinin bu konumunu kötüye kullanması ve bu şekilde ortaklığa zarar vermesidir. İşlemin bağımsız kişiler arasında gerçekleşmesi beklenen müzakere sürecini barındırmayacak olması veya bu sürecin ortaklık aleyhine sonuçlandırılması ihtimali temel kaygılardır. Yoksa ilişkili tarafın piyasa şartlarında ortaklıkla işlem akdetmesi veya ortaklığa yarar sağlayacak davranışlarda bulunması engellenmek istenen sonuçlar değildir. Keza tüm ilişkili taraf işlemleri tünellemeye hizmet eden zararlı birer işlem değildir. Bu noktada kuram, yararlı – zararlı ilişkili taraf işlemi ayrımını yapar.

Yararlı işlem den anlaşılan adil işlem dir. Zararlı ilişkili taraf işlemi ise ortaklığa ait malvarlığı değerini ilişkili tarafa aktarır. Bu nedenle aktarım şartlarının adil olup olmadığı incelenmelidir. Vergi hukukunda bu adalet, emsallere uygunluk denetimi yoluyla sağlanır. OECD düzenlemelerini takiben çoğu ülke gibi Türkiye de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını çağdaş kurallara bağlamıştır. Bu sistemde işlemin doğasına uyan yöntem üzerinden ilişkili taraf işleminin emsale uygun olup olmadığı araştırılır. Ülkenin somut uygulamasını her bir ülke kendi hukuk politikasına göre ortaya koyar. Genellikle ülkeler halka açık şirketlerde daha sıkı kurallar öngörürler. Nitekim kavramın açıkça yer aldığı hükümler genellikle sermaye piyasası mevzuatında karşımıza çıkar. Fakat bu ayrıma karşı çıkan hukuk sistemleri de mevcuttur, Fransa bu gruba örnektir. Öte yandan kavram sermaye piyasalarında yerleştikçe kurumsal yönetimle arasındaki bağlantı da gün yüzüne çıkmıştır. Bu nedenle kapalı anonim ortaklıkların gerçekleştirdikleri ilişkili taraf işlemlerini odak alan düzenlemeler de kanunlarda yer almaya başlamıştır.

İlişkili taraf işlemlerini temel alan düzenlemelerin ilki bildirim yükümlülükleridir. Menfaat gruplarının ilişkili taraf işlemlerinden haberdar edilmesini sağlayan bu yükümlülükle bilgi asimetrisi çözülerek zararlı işlemlere karşı ilk cephe alınmış olur. İkinci düzenleme türü özel karar alma süreçleridir. Bu düzenlemelerde ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesi, yerine göre bağımsız yöneticilere, bazen ise azınlık pay sahiplerine bırakılır. Böylece menfaat çatışmasının organ kararına sirayet etmesi engellenir. Diğer bir düzenleme yöntemi ise yasaklamadır. Bu yöndeki hükümler kapsama aldıkları işlemin zararlı olduğunu kabul eder. Zararlı ilişkili taraf işlemini akdetmek bazen aktarılan değer in iadesine, bazen ise doğrudan işlemin kesin hükümsüzlüğüne neden olur. Fakat tüm ilişkili taraf işlemleri zararlı olmadığı gibi, şirket menfaatine uygun, yarar sağlayan işlemler de vardır. İlişkili taraf işlemlerini odak alan bu düzenlemelerin etkinliği, süreci işletecek olan kişi ve kurumların durumuyla da yakından alakalıdır. Kanun koyucular harekete geçme imkânını menfaat sahipleriyle birlikte bağımsız idari otoritelere de tanırlar. Genellikle sermaye piyasası kurumlarını denetleyen otoritelere verilen yetkiler sayesinde hem malvarlığı değerini ortaklığa geri döndürmek hem de işlemlerin geçersizliğini ortaya koymak daha kolay bir hâl alır. Mahkemelerin müdahalesi de ülkeden ülkeye farklılık gösteren, fakat her sistemde kendini hissettiren diğer bir yöntemdir.

Özel karar alma süreçlerinin pozitif hukukta örnekleri mevcuttur. Bunlardan TTK m. 436/1'e göre, pay sahibi ile beraber eşi, kan hısımları, ortağı olduğu şahıs şirketleri ile hâkimiyeti altındaki sermaye şirketleri oy hakkından yoksundur. Bu yoksunluk kişisel nitelikteki iş ve işlemler ile hukuki uyumsuzluklara dair kararlarda gündeme gelir. Keza kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin korporatif ilişki dışındaki işlemlerin müzakeresine bu işlem kendisini ve bazı yakınlarını ilgilendirdiği ölçüde katılamayacağını düzenler. Bu yakınlar TTK m. 393'te eş, kan ve kayın hısımları olarak sayılır. Tüzel kişileri dışlayan bu kapsamın ilişkili taraf kuramını gözetmediği açıktır. Lakin hüküm dürüstlük kuralının gereği olan hâllerde de uygulanır. Diğer bir hüküm ise temsil fonksiyonunu dikkate alır. TTK m. 395/1'e göre yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla bir işlem akdetmeden önce genel kurulun iznini alması gerekir. Burada hem doğrudan hem de dolaylı temsil hükmün kapsamındadır. Keza yönetim kurulu üyeleri ile birlikte diğer yöneticilerin de yasağa tabi tutulması gerektiği öğretide haklı olarak savunulur. Hükme aykırı şekilde yapılan işlemler genel kurulun izni veya icazeti olmadıkça askıda hükümsüz, giderek

kesin hükümsüz addedilir. Genel hükümler kapsamında hukuki sorumluluğun gündeme gelmesi yine mümkündür.

Halka açık ortaklıkların özel hükümlere tabi kılındığı noktalardan biri de bu karar alma süreçleridir. Farklılaştırılmış yetersayı ve oy hakkından yoksunluk hükümleri (SerPK m. 29/6) hem doğrudan hem de dolaylı şekilde ilişkili taraf işlemlerine yer veren hükümlerden ilkidir. Doğrudan bu konuya hasredilmiş hükümler de mevcuttur. Bu nitelikteki SerPK m. 17/3 ikincil mevzuatta tespit edilen işlemlerin önce yönetim kurulunda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyu ile karara bağlanmasını gerekli kılar. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu olumlu oy vermediği takdirde işlemi genel kurulun onaylaması gerekir. Burada ilişkili tarafın kim olduğu TMS 24 uyarınca belirlenir. İlgili tebliğ hükmünde açıkça muhasebe standartlarına atıf yapılmıştır. Karar alma sürecine aykırılığın sonucu yokluk değil, kesin hükümsüzlüktür. Öğretide geçersizliğin takip eden işlemi de etkileyeceği savunulmuştur. Fakat özel karar alma süreci düzgün bir şekilde işletilse dahi bu onay mezkûr işlemin içeriğini mutlak anlamda hukuka uygun hâle getirmez. Örnek olarak, SerPK m. 17/3'e uygun olarak onaylanan işlem dahi örtülü kazanç aktarımı oluşturabilir, geçersiz addedilebilir.

İlişkili taraf ile ortaklık arasındaki işlemde doğan edimlerde açık nispetsizlik mevcutsa ortaklık malvarlığında oluşan azaltıcı etkinin giderilmesi gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu husus Art. 678/II ile düzenlenir. Fakat benzer bir hüküm TTK'da yoktur. O hâlde İsviçre hukukunun zararı nedeniyle önlem aldığı işlemlerin Türk hukukunda serbest olup olmadığı sorgulanır. Doktrinde bu konuyu hem doğrudan hem de sermayenin korunması ilkesi başlığında ele alan yazarlar, ortaklığın gerçekleştirdiği işlemin edimleri arasındaki orantısızlığın mezkûr ilkeye aykırılık yarattığını, hukuk sisteminde korunamayacağını savunurlar. Bir kısım yazara göre bu korumanın dayanağı, sermayenin iadesini yasaklayan TTK m. 480/3 hükmüdür. Diğer bazı yazarlar ise ortaklık değerlerinin menfaat sahiplerine dağıtılmasının sıkı kurallara bağlandığına, bu kurallara riayet etmeyen kararlar ile bu kararları takip eden işlemlerin geçersiz olacağına işaret eder.

Ortaklık, iradesini diğer gerçek ve tüzel kişiler üzerinden açıklamak zorunda olsa da bağımsız kişiliğe ve menfaate (şirket menfaati) sahip ekonomik bir olgudur. Başta pay sahipleri olmak üzere, tüm menfaat sahiplerinden bağımsız bir malvarlığı bulunur. Bu malvarlığını kapsayan koruma rejimi TTK'da sermayenin korunması

ilkesi adıyla anılır. Bu ilkeye göre, ortaklığın varlıkları şirket menfaati uyarınca harcanır. Bu menfaate uzun vadede hizmet etmeyen mali kazanımların üçüncü kişilere sağlanması ise ancak kanunun bu kazanıma açıkça izin verdiği hâllerde mümkün olur. Bu hâllerden birinin yokluğunda, ortaklığın gerçekleştirdiği işlemde doğan edimler arasında normal alışverişte karşılaşmayı bekleyeceğimiz bir denge bulunmuyorsa ve bu dengesizlik ortaklık aleyhine ortaya çıkmışsa ortaklığın malvarlığı değerinin örtülü şekilde aktarıldığı kabul edilir. Burada belirleyici olan, emsallere uygunluk denetimidir. Denetimden geçemeyen işlemlerin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak addedilmesi gerekir.

Zararlı ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesine yönelik organ kararları, malvarlığına zarar verecek nitelikteki işlemi onayladığı için sermayenin korunması ilkesine aykırıdır. Bu aykırılık butlan sonucunu doğurur. Organ kararının butlanı, temsil yetkisi üzerinde kısıtlı etki yaratır. Ortaklık ile ilişkili tarafı arasında gerçekleştirilen hukuki işlemin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bu işlemler bazı hâllerde emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz addedilebilir. Diğer bir geçersizlik nedeni ise ahlâka aykırılıktır: Ortaklık ve ilişkili taraf arasında akdedilen (zararlı) işlemde, taraflar gerçek bir hukuki işlem akdederler. Fakat bu işlemin arkasında yatan sebep edimler arasında dengesizlik yaratmak, bu dengesizlik sayesinde ortaklık malvarlığının bir kısmının örtülü bir şekilde ilişkili tarafa aktarılmasını sağlamaktır. İradeler uyuşur, ortaya çıkan sonuç gerçekten arzulanır ve borçlar ifa edilir. Fakat emsalden farklı şartlar taşıdığı bilindiği hâlde bu işlemi gerçekleştirmek, böylece ortaklık malvarlığına saldırıda bulunmak, ahlâka aykırı bir davranış şeklidir. Yargıtay'ın da bu sonucu belli ölçüde yansıtan kararları mevcuttur. Açıklanan nedenlerle, zararlı ilişkili taraf işlemine dair organ kararı batıl, zararlı ilişkili taraf işlemi ise büyük olasılıkla kesin hükümsüzdür. Türk hukukunun genel hükümleri ile temel ilkeleri bu sonuca ulaşmak için yeterlidir.

Kesin hükümsüzlük yaptırımını edimlerin iadesi izler. Lakin TTK m. 1530/1 hükmünü burada dikkate almak gerekir. Buna göre, *sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır*. Bu çerçevede iade yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşmeye dair hükümler uygulanır. Ortaklığın bu ve ilgili diğer zararlarının tazmini için hukuki sorumluluğa başvurmak mümkündür. Yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 vd. ile hâkim şirketin

sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 202 vd. burada ilk akla gelen hükümlerdir. Diğer kişilerin sorumluluğuna ise kural olarak ancak haksız fiil dâhilinde başvurulabilir.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin halka açık ortaklıklardaki yansıması örtülü kazanç aktarımı yasağıdır (SerPK m. 21). Mezkûr hükümde halka açık ortaklıkların ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği işlemlerin adil şartlarda gerçekleşmesi aranmıştır. Denetimin piyasa teamülleri ile ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçüt alınarak yapılması gerekir. Fakat öğreti ve uygulamada öne çıkan asıl ölçüt emsallere uygunluktur. Burada vergi hukuku birikiminden yararlanılması önerilir. Bu öneriye biz de iştirak ediyoruz. Lakin doğrudan atfin yokluğunda mevcut tecrübelerin TTK ile SerPK'nın getirdiği temel ilkeler ışığında yorumlanması gerekir. Nihayet ölçütler uyarınca ortaklığın ilişkili tarafla arasındaki ilişkinin bağımsız kişilerle arasındaki ilişkilerle aynı şartları taşımadığı ve bu nedenle ortaklığa ait malvarlığı değerlerinin ilişkili tarafın mamelekinde bulunduğu anlaşılırsa örtülü kazanç aktarımının varlığı tespit edilir. Bu hâlde karar ve işlemler geçersizdir. Ayrıca kazancı elde eden tarafın iade yükümlülüğü doğar. İadeyi talep etmesi gereken ortaklıktır. Şirketin hareketsiz kalmayı tercih edebileceğini gözetken kanun koyucu SPK'yı arzulanan hukuki sonucu sağlamaya imkân verecek ölçüde ayrıca yetkilendirmiştir.

Açık yasaklama içeren hükümler SerPK düzenlemesiyle sınırlı değildir. TTK pay sahiplerinin, yöneticilerin ve bunların bazı yakınlarının ortaklığa borçlanması yasaklamış veya sınırlandırmıştır. Bu hükümlerin arkasındaki düşünce, borçlanmanın ortaklık malvarlığına müdahalenin en saf hâli olduğudur. Pay sahipleri bakımından ilgili hüküm TTK m. 358'dir. Burada esasen bir yasaklama öngörülmüşken, 6335 sayılı Kanun ile bu yasaklama ortadan kaldırılmıştır. Daha ziyade asgari şartlara bağlanmış bir borçlanma rejiminden bahsetmek gerekir. Buna göre pay sahibi muaccel sermaye borçlarını ifa ettiği, ortaklığın serbest malvarlığı zararlarını karşılayacak kuvvette olduğu sürece ortaklığa borçlanabilecektir. Buradaki borçlanma tüketim ödücünü ve aynı ekonomik sonucu veren diğer borçlanma türlerini kapsar. Yönetim kurulu üyesi ve yakınları içinse gerçek anlamda bir yasaklamadan bahsedilir. Bu noktada TTK m. 395/2 daha sıkı bir rejim öngörür. Her iki hükme aykırılığın sonucu, organ kararının ve borçlanma işleminin geçersizliği ile, borçlanan kişi de dâhil zarara sebep olanların bu zarardan sorumlu tutulmasıdır. TTK m. 395/2 kapsamında ortaklık alacaklılarının borçlanan kişiye ödeme talebiyle başvurabiliyor olması genel hükümlerden ayrılan ek bir imkândır.

GİRİŞ

Son yıllarda yayınlanan monografilerin önemli bir kısmı – ki bunlar ekseriyetle tez çalışmalarından türetilmiştir – girizgâhı “*Küreselleşen dünyamızda...*” şeklinde yapmaktadır. Görünüşe göre dünyamızın küreselleştiğinden artık kimsenin şüphesi kalmamıştır. Oysaki biz bu sava karşı çıkıyoruz.

Çağdaş ortaklık yapısının temellerinin nerede ve ne zaman atıldığı hususunda birden fazla görüş vardır. Bu son derece doğal karşılanmalıdır, zira insanlıkla beraber ortaklıklar da gelişmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Gelişimin hangi noktasının milat alındığına bağlı olarak bazen kilise, bazen Fransız yel değirmenleri, bazen ise doğu ile ticaret yapan İngiliz ve Hollanda krallıklarındaki iştirakler bugünkü şirket anlayışının başlangıcı olarak görülmüştür. Bu sayılanların ortak özelliği, bir insanın faniliğine ve yalnızlığına çözüm olarak getirilmeleridir. Bugünkü ortaklıklar hukuku farklı bir noktaya ulaşmış değildir.

Kişinin tek başına gerçekleştiremeyeceği girişimlere belli bir amaç birlikteliği (*affectio societatis*) çerçevesinde birden çok kişinin katılmasına imkân tanıyan şirket anlayışı, hikâyenin iyi sonlanması hâlinde başarının bir insanın ömründen daha uzun süre varlığını korumasına yarar. Aynı anlayış, girişimcilerin karşılaşacağı zorluklar karşısında bir kalkan görevi görecek, bu kalkana modern toplum perde demeyi tercih edecektir. Ortaklıklar hukukunun başında var olan bu durum bugün de değişmemiş; sadece isim ya da kıyafet değiştirmiştir.

Perdenin iki ucunun farklı siyasi coğrafyalara uzanması da keza yenilik olarak görülemez. Zira girişimlerin riskli olduğu ve bu nedenle onları kişilerden soyutlayıp yönetmek gerektiği önce fark edilmiş, sonra bir çözüm olarak ortaklıklar gelmiştir. Sadece zamanla perdeler çoğalmış ve büyümüş; bu durum başka erkleri rahatsız eder olmuştur. Çünkü perde ne kadar genişlerse genişlesin eteklerinde birikenler hep en ortada, merkezde, ilk noktada toplanır. Hafif bir eğimin bulunması yeterlidir. İşte bu noktada perdenin üzerindeki hareketler “ilişkili taraf işlemi”, çıkış ve varış noktaları ise birer “ilişkili taraf” olarak tanımlanmıştır. Fakat bu küreselleşmenin değil, aksine küreselleşmemenin sonucudur. Zira zemin iddia edildiği gibi düz olsaydı, o zaman ne çıkış noktası olmalıydı ne de varış. O zaman perdenin küreyi sarması gerekirdi.

Küreselleşememenin, ileriye gidememenin sonucu olan ilişkili taraf işlemleri hâliyle durağanlığın ürünü değildir. O, hep var olan bir gerçeğin, insan doğasının hiç de yeni olmayan görünümüdür. Güce sahip olanın bu gücü kötüye, daha vahimi kendi çıkarları için kullanacağı gerçeğinin yansımasıdır. Yeri gelir ortaklık adına alınan otomobilin aile gezmesinde kullanılmasında görürüz kendisini; yeri gelir koca bir halkı sefaletle sürükleyen ekonomik krizlerin yegâne sebebi olarak gösterilir. Her hâlükârda ilişkili taraf işlemleri yeni bir müessese değildir, küreselleşmenin çıktısı hiç değildir. Olsa olsa küreselleşemeyen dünyamızın aydınlattığı kadim bir sorundan ibarettir.

Öyle ya da böyle, bize göre ilişkili taraf işlemleri tek bir başlık altında incelemeye değerdir. Bununla beraber bir kavram olarak ilişkili taraf işlemi, hukuki zemine oturtmak için son derece tehlikelidir. Çünkü ne “ilişki”, ne “taraf”, ne de “işlem” kapsamı sınırlandırmaya elverişli kelimelerdir. Onlarca eş anlamlısı ve sayısız kullanımı olan bu kavramlar birçok hukuki müessesede karşımıza çıkar. Bu nedenle “ilişkili taraf işlemi” siz onu kalıplara hapsedmeye çalıştığınızda tepki vermeye müsaittir. Çalışmamızda her şeyin başında bu durumu aşmaya gayret göstereceğiz.

Dört bölümden oluşan bu çalışmada ilk olarak tanımlar ele alınacaktır. İlişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi birer muhasebe kavramı olarak ortaya çıkmış, akabinde pozitif hukuka sirayet etmiştir. Bağlantıyı anlayabilmek adına, öncelikle muhasebe standartlarında konunun nasıl ele alındığı incelenecektir. Bu inceleme ortaklıklar hukuku müesseseleri ile karşılaştırmalı olarak gerçekleştirilecektir. Her iki bilim dalı arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tespit edilecek; mümkün olduğu ölçüde bunlar bağdaştırılacaktır.

Çalışmamızın esas ağırlık noktası ilişkili taraf işlemlerini çevreleyen kuramsal yapıdır. Nihayetinde pozitif hukuk bu kuram ışığında somutlaşmıştır. Bu düşünceden hareketle, pozitif hukuka ilişkin açıklamaların sonuna kuram penceresinden eleştiri ve öneriler getirmeye özen gösterilmiştir. İkinci bölümde ilişkili taraf işlemlerinin bağımsız bir kuram olarak değeri tartışılmak istenmiştir. Bu kapsamda temas ettiği ortaklıklar hukuku ilkelerine, ilişkili taraf işlemlerini düzenlemekte kullanılan pozitif hukuk gereçlerine, konunun diğer hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığına ayrı birer bölüm ayrılmıştır. Kapalı bir sistem olarak konuyu derinlemesine ele alan vergi hukuku literatürü ise ikinci bölümde yer verilen son konudur.

Çalışmanın ilişkili taraf işlemlerini konu alan tüm pozitif hukuk düzenlemelerini ele almak, bu düzenlemelerdeki tüm hukuki sorunları tespit etmek ve çözüme kavuşturmak şeklinde bir iddiası yoktur. Ulaşılmak istenen hedef, tüm bu düzenlemelerin etkileşiminin tespit edilmesi ve bütünlükçü bir yöntemle Türk hukukunun getirmiş olduğu sistemin analiz edilmesidir. Kanaatimizce ancak bu yönde bir faaliyet ile Türk hukukunun bu konudaki gücü ve zafiyetleri ortaya konabilir. Bu hedefle üçüncü bölüm, özel karar alma süreçlerine ayrılmıştır. Karar alma süreçlerinin genel olarak açıklanmasıyla başlayan bu bölümde, daha sonra tüm anonim ortaklıklarda uygulama bulan Türk Ticaret Kanunu hükümleri, nihayetinde ise halka açık anonim ortaklıklar için getirilen özel düzenlemeler incelenmiştir.

Son olarak, zararlı ilişkili taraf işlemleri terimini tanıtacak ve savunacağız. Bu kapsamda dördüncü bölüme İsviçre hukukunun ilgili hükümlerini inceleyerek ve bu hükümler ışığında *de lege lata* bir Türk hukuku uygulaması önererek başlayacağız. Daha sonra kanun koyucunun açıkça yer verdiği zararlı ilişkili taraf işlemlerini ele alacak, bu kapsamda ilişkili tarafların ortaklığa borçlanmasına dair TTK hükümleri ile örtülü kazanç aktarımını düzenleyen SerPK m. 21 hükmüne değineceğiz. Kapanış ise şirketler topluluğunun çakışan düzenini anlamlandırmak suretiyle yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. KAVRAMA GENEL BAKIŞ

A. Türk Ticaret Hukukunda İlişkili Taraf Kavramı

1. İlk Tespitler

İlişkili taraf, bir kavram olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Hatta mezkûr kavrama kanun içerisinde yer dahi verilmemiştir. Fakat bu durum ilişkili taraf odaklı düzenlemelerin Türk ticaret hukukuna yabancı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerçekten TTK, ilişkili taraf olduğu kabul edilen eş, alt, üstsoy ya da hâkimiyet altındaki şirketler gibi gerçek ya da tüzel kişileri hedef alan muhtelif düzenleme barındırmaktadır¹.

İlişkili taraf işlemlerini konu alan ticaret hukuku müesseseleri bu çalışmanın temel konusunu oluşturmaktadır. Detaylı incelemeye geçmeden önce problematiğe işaret etmekte fayda görüyoruz. Bize göre TTK'nın ilgili hükümleri ilişkili taraf kavramını kapsayıcı şekilde ele almamakta, bazı bariz aykırılıkları engellemeye çalışmakla yetinmektedir. Bu dar koruma alanının hükümlerden beklenen faydayı sağlamak için yeterli olup olmadığı *de lege ferenda* tartışmanın odak noktasıdır. Zira ilişkili taraf işlemleri hem kişi hem konu yönünden son derece geniş bir uygulama alanına karşılık gelir.

Burada ifade edilmesi gereken diğer *ilk tespit*, TTK hükümlerinin kendi içinde dahi paralellik bulunmadığıdır. Örnek vermek gerekirse, ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirdiğimiz nakdi borçlanma işlemleri yönetim kurulu üyeleri bakımından yasaklanırken üyeler ile birlikte bazı yakınları da kapsama dâhil edilmiş (TTK m. 395/2 atfıyla TTK m. 393) fakat pay sahipleri için benzer genişletme yapılmamıştır (TTK m. 358). Elbette ki bu farklılıkların belli bir mantığı (*ratio legis*) vardır². Fakat her bir hükmün kendi özelindeki değerlendirmesi, yapılacak bütüncül incelemeyi dışlamak sonucunu doğurmuştur.

¹ Mehmet Ali Aksoy, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2017, C. 3, S. 2, s. 25. Yazarın örnek gösterdiği maddeler TTK m. 343, m. 369, m. 393, m. 395 ve TTK m. 195 ila 209’dur.

² Bu örnek tartışmaya dair detaylı bilgi için bkz. ilgili Dördüncü Bölüm, II/A/2/a/ii.

Tespitlerin işaret ettiği sorunlar bu çalışmada *de lege lata* ve *de lege ferenda* kapsamda ele alınacaktır. Ulaşılan sonuçların pozitif hukuku da etkileyeceğine dikkat edilmelidir. Zira ilişkili taraf işlemleri TTK’da bir kavram olarak yer almasa dahi bir anlayış ya da en azından refleks olarak kanunun en derinlerine nüfuz etmiştir.

2. Öne Çıkan Hükümler

Kanun koyucunun ilişkili taraf işlemlerini ayrı bir kuram olarak gözetmemiş olması, düzenleme şeklini doğrudan etkilemiştir. Zira konu Türk Ticaret Kanunu’nda belli başlıklar altında değil, dağınık yapıda düzenlenir. İlişkili taraf işlemlerinin bir yönü TTK m. 195 vd. hükümlerinde düzenlenen şirketler topluluğunda kendini gösterir. Buna ek olarak, yönetim kurulu üyelerinin borçlarına ilişkin hükümler ve pay sahibinin şirkete borçlanmasına dair TTK m. 358 gibi birçok hüküm de ilişkili taraf işlemleriyle bağlantılıdır³. Fakat ilişkili taraftan ne anlaşılması gerektiğini bu hükümlerden anlamak olanağı ne yazık ki yoktur.

İlişkili taraf işlemlerine dair organ kararlarının alınmasını özel bir sürece tabi kılan TTK hükümlerinde, ilişkili taraf olarak bazen pay sahibi ve ailesi ile bunların kontrol ettikleri şirketler (TTK m. 436/1), bazen ise yönetim kurulu üyeleri (TTK m. 436/2, m. 395/1) kastedilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin kendileriyle birlikte kan ya da kayın hısımlarının sayıldığı hâller de mevcuttur (TTK m. 393).

Bazı ilişkili taraf işlemleri ise konusu itibarıyla yasaklanmış veya sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna ilişkin hükümlerde pay sahibi tek başına sayılmış iken (TTK m. 358) yönetim kurulu üyeleri yakınlarıyla birlikte hükmün kapsamına dâhil edilmiştir (TTK m. 395/2). İlişkili taraf işlemlerinin çok sık rastlandığı şirketler topluluklarında ise tamamen farklı bir terminoloji kullanılmıştır (TTK m. 195 vd.). Bu durum yukarıda ulaştığımız sonucu desteklemekte, TTK’nın ilişkili taraftan ne anlaşılması gerektiğini bir bütün içinde cevaplandırmadığı görülmektedir.

3. Sermaye Piyasası Hukukunda Durum

Sermaye Piyasası Kanunu’na baktığımızda ilişkili taraf kavramına doğrudan atıf görmekteyiz. Gerçekten SerPK m. 17, “*halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce*”

³ Ali İhsan Karacan, “İlişkili Taraf İşlemleri Üzerine – Giriş ve Bir Tarama”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2014, C. 3, S. 10, s. 47, 101.

belli bir karar alma sürecini zorunlu tutmuştur. SerPK m. 21’de örtülü kazanç aktarımları yasaklanırken hem TTK’dakine benzer bir sayıma hem de kavram olarak ilişkili taraf işlemlerine yer verilmiştir. SerPK m. 92, 94, 103/6 ve 110 ise ilişkili taraf işlemleriyle ilgili diğer hükümlerdir⁴. Bununla beraber, ilişkili taraftan ne anlaşılması gerektiği kanunda tanımlanmamıştır.

Sermaye piyasası hukukunda önemli bir yer tutan ikincil mevzuatta (SerPK m. 2/2), özellikle tebliğlerde tamamlayıcı hükümlerle karşılaşılmaktadır. Bu hükümlerde ilişkili taraf bir anlamda tanımlanmıştır: Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) açıkça Türkiye Muhasebe Standartlarına atıf yapmaktadır. KYT m. 3/1’e göre, *ilişkili taraf Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili tarafı; ilişkili taraf işlemleri ise Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf işlemlerini ifade eder*. Bu düzenleme şekli Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği’nde (II-23.3) ve kollektif yatırım kuruluşlarına ilişkin muhtelif tebliğlerde tercih edilmiştir. Tüm bu tebliğler ilişkili tarafı Türkiye Muhasebe Standartlarına atıf yapmak suretiyle tanımlamıştır.

Sermaye piyasası hukuku ile muhasebe standartları arasında bağlantı kuran bu düzenleme şekli Türk hukukuna özgü değildir. Çalışmamızın karşılaştırmalı hukuk cephesinde büyük önem arz eden, Borsaya Kote Şirketlerde Pay Sahipliği Haklarının Kullanımına İlişkin 11.07.2007 tarihli ve 2007/36/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi’nde de ilişkili tarafın Uluslararası Muhasebe Standartlarındaki ile aynı anlamı taşıdığı ifade edilmiştir (m. 2/h).

İlişkili taraf kavramının ayrı bir incelemeyi gerektirdiğine şüphe yoktur. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu’nda veya kavrama özel bir önem atfedilen sermaye piyasası hukukunda tanımlamaya dönük bir faaliyet yapılmamıştır. Kavram, şimdiye değin sadece muhasebe standartları çerçevesinde anlamlandırılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde ilişkili tarafın kim olduğu ortaya konulacaktır. Kavramın hukuki anlamı ancak bu bilgiler ışığında tespit edilebilecektir. Bu noktada muhasebe düzenlemelerinde yapılan tanımlamanın hukuki olup olmadığını tartışmaya gerek yoktur. Görüldüğü üzere SerPK bu kuvveti doğrudan atıf yaparak tanımış vaziyettedir. Ayrıca, tanıma yer veren standartlara bağlayıcı kural niteliği kazandıranın TTK m. 88 hükmü olduğu hatırlanmalıdır.

⁴ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 47.

B. TMS 24

Türkiye Muhasebe Standartları'ndan TMS 24 “İlişkili Taraf Açıklamaları” ismini taşımakta ve işletmelerin ilişkili taraflarıyla yaptıkları işlemlerin finansal tablolarda açıklanması için gerekli altyapıyı düzenlemektedir (TMS 24.1). Kısa standartlardan biri olan TMS 24, şeffaflığın sağlanması ve kamunun aydınlatılması hususlarında yine de önemli yere sahiptir. İlişkili tarafların ve bunlarla gerçekleşen işlemlerin gerçeğe uygun olarak sunulmaması, mevcut ve potansiyel yatırımcılarda yanıltıcı bir etki yaratacaktır⁵.

Bağımsız denetim cephesinden bakıldığında ilişkili taraflarla yapılan işlemler bazı zorluklar arz eder. Hem bu işlemlerin tanımlanması güçtür hem de bu işlemlerin denetçi tarafından öğrenilmesinde işletme yöneticilerinin ve sahiplerinin sağladığı bilgilere bağımlılık söz konusudur. Keza bu işlemlerin işletme içinden takip edilmesi yine bazı güçlükler barındırmaktadır⁶. Tüm bunlara rağmen ilişkili taraf işlemlerinin doğru şekilde açıklanması raporlama ve denetim sürecinden gerçek anlamda fayda sağlanabilmesi için zorunludur.

Standardın aynı şekilde konumuz bakımından da kilit rol oynadığı şüphesizdir. Hem kavramın bugün bir hukuk kuramı olarak taşıdığı ağırlık hem de sermaye piyasası hukukunda kendisine yapılan doğrudan atıf bu konuma işaret eder. Anılan nedenle, kapsamın ele alınacağı bölümden önce kısaca TMS/IFRS düzeni tanıtılacak ve daha sonraki açıklamalar TMS 24 ekseninde yapılacaktır.

1. TMS/IFRS Düzeni

TMS 24, pozitif hukukun atfı nedeniyle ortaklıklar hukukunu doğrudan etkiler. Fakat bu özelliğinin ötesinde o, TMS/IFRS düzenine ait bir muhasebe standardıdır. Literatürde muhasebe standartları yanında finansal raporlama standartlarından da bahsedilmektedir. Bu durumu tarihsel temelleriyle aydınlatmak mümkündür. Türk standartlarına örnek alınan orijinal düzenlemelerde “MS”lerden “FRS”lere doğru bir ilerleme/ değişme mevcut olmakla birlikte süreç henüz tamamlanmadığından her iki

⁵ Sibel Karğın, *TMS/IFRS Kapsamında İşletmelerde İlişkili Taraflar*, Ankara: Gazi, 2013, s. 17; Yiğit Özbek, “TMS 24: İlişkili Taraf Açıklamaları”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi (MÖDAV)*, Y. 2009, S. 4, s. 178.

⁶ Adnan Dönmez, “İlişkili Taraf İşlemlerinin Uluslararası Denetim Standartları ve Sermaye Piyasası Kurulu Düzenlemeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, Y. 2010, S. 102 (Kasım-Aralık), s. 84.

isimle de yayınlanmış standartlar uygulanagelmektedir. İki farklı kavrama eşzamanlı yer verilmesinin nedeni budur⁷.

Finansal raporlama işletmenin malvarlığı durumunu, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını periyodik olarak ilgililere raporlamak şeklinde tanımlanabilir⁸. Buradaki amaç, geniş bir kullanıcı kitlesine ekonomik kararlarında yardımcı olacak bilgileri (işletmenin finansal durumu, faaliyet sonuçları, finansal durumundaki değişiklikler ve gelecekteki olası gelişmeler gibi) temin etmektir⁹. Bu raporlar aynı zamanda finansal göstergelere erişimi olan raportörler ile finansal tablo kullanıcıları arasındaki bilgi asimetrisine olumlu anlamda müdahale etmekte, bilgiyi geniş bir kitleyle paylaşmak suretiyle ona münhasıran sahip olan kişilerin muhtemel suistimallerini engellemektedir¹⁰. Burada bahsi geçen kullanıcı kitlesi, menfaatleri ve nitelikleri değişkenlik gösteren geniş bir gruptur. Pay sahipleri kadar ortaklığa kaynak sağlayan üçüncü kişiler ve ortaklığın çalışanları ile alacaklıları, borçluları, hizmet sağlayıcıları, müşterileri ve bir sınıfa dâhil edilmesi pek kolay olmayan diğer menfaat sahipleri finansal raporlamanın sonucunu bilmek ve kullanmak isteyecektir. Bu sayılanlardan “işletmeye yatırım yapmış mevcut yatırımcılar” ana kullanıcı olarak tanımlanırken diğerleri için “diğer kullanıcılar” tabiri tercih edilmektedir. Lakin menfaatlerin değişkenliğini finansal tablolara yansıtmak mümkün değildir. Bu nedenle o ülkede tercih edilen standartlara göre genellikle ortaklığa iç ya da dış kaynak sağlayan kişilerin menfaatini esas alan bir raporlama sistemi öngörülür¹¹.

⁷ Ümit Gücenme Gençoğlu, **Türkiye Muhasebe Standartları ve Uygulamalar**, İstanbul: Türkmen, 2007, s. 3; Peter Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, Vierte, vollständig neu überarbeitete Auflage, Zürich: Schulthess, 2009, s. 1143; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul: Vedat, 2019, N. 1470; Çağlar Manavgat, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri**”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 543.

⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1468; Marco Spadin, **Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards – IFRS (IAS 24)**, Zürich/ St. Gallen: Dike, 2008, s. 1.

⁹ İbrahim Bozkurt, **Türkiye Muhasebe Standartları**, Ankara: Adalet, 2013, s. 3; **Gençoğlu**, s. 21-22, 35; Volkan Demir/ Oğuzhan Bahadır, **UFRS/TFRS Kapsamında İşletme Birleşmeleri ve Konsolidasyon**, 2. Baskı, Ankara: Nobel, 2009, s. 4; Remzi Örtün/ Hasan Kaval/ Aydın Karapınar, **Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS – TFRS) Uygulama ve Yorumları**, 10. Baskı, Ankara: Gazi, 2017, s. 2; Mustafa Mortaş/ Ozan Denk, **TFRS-10 Konsolide Finansal Tablolar Standardına Göre Birleşme, Konsolidasyon, Muhasebeleştirme ve Raporlama**, Ankara: Eğitim Yayınevi, 2020, s. 10; **Tekinalp**, IFRS/TMS-TFRS, s. 40-41; **Karğın**, s. 8-9; **Spadin**, s. 1. Özellikle sermaye piyasalarında bu bilgilere ulaşım fon temininde önemli avantajlar sağlayacaktır (**Gençoğlu**, s. 18-19).

¹⁰ **Spadin**, s. 2-3; Muzaffer Küçük, **Türkiye Muhasebe Standartları Uygulaması – Genel Bakış**, Ankara: Yaklaşım, 2012, s. 19.

¹¹ Ünal Tekinalp, “**Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/ TMS-TFRS**”, Batider, Y. 2007, C. XXIV, S. 2, s. 55; **Spadin**, s. 1-2.

Türkiye Finansal Raporlama Standartları ile Türkiye Muhasebe Standartları finansal raporlama faaliyetinde izlenmesi gereken yöntemi ortaya koymaktadır. TMS ve TFRS'ler esas olarak Uluslararası Muhasebe Standartları'nın (*IAS – International Accounting Standards*) ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nın (*IFRS – International Financial Reporting Standards*) Türkçeye uyarlanmış hâlden ibarettir. KGK, bugün dahi orijinal düzenlemelerde gerçekleştirilen değişiklikleri takip etmek suretiyle bütünlüğü temini başarmaktadır. Herhangi bir andlaşmanın ürünü olmayan bu standartlar temelde *soft law* kurallarıdır ve ancak TTK m. 88 gibi hükümlerin yardımıyla yürürlük kazanır¹².

Standartların tarihsel gelişimi 1973 yılında kurulan Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi'ne dayanır¹³. Bu organizasyonun adı 2000 yılında Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu'na, hazırladıkları Uluslararası Muhasebe Standartları ise Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına evrilmiştir¹⁴. 2002'de Avrupa Birliği sınırları dâhilinde yürürlük kazanan standartlar, Türkiye uygulamasını önemli ölçüde etkilemiş; SerPK'ya tabi borsada işlem gören ortaklıklarda TMS uygulaması 2005 itibarıyla zorunlu tutulmuştur¹⁵. Fakat önceki tarihli çalışmalara da rastlanır¹⁶. BDDK ve SPK gibi birçok kamu kuruluşu ve özel sektör destekli çalışma grubu muhasebe standartlarını tartışmış, yayınlamış ve hatta uygulamıştır¹⁷.

¹² **Böckli**, Aktienrecht, s. 1142; **Tekinalp**, IFRS/TMS-TFRS, s. 40; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1469.

¹³ Amerika Birleşik Devletleri'nde bu konudaki ilk standart (*Statement of Auditing Standards No. 6: Related Party Transactions*) 1975 yılında yayınlanmıştır, bkz. Sebastian Chong/ Graeme Dean, “**Related Party Transactions: A Preliminary Evaluation of SFAS 57 and IAS 24 Using Four Case Studies**”, ABACUS, Y. 1985, C. 21, S. 1, s. 84.

¹⁴ Muhasebe standartlarının dünyadaki ve Türkiye'deki gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Zülkif Yalçın/ Türker Susmuş, **TMS/ TFRS Standartlarının Oluşmasında Etkili Olan Muhasebe Unsurlarının Tarihsel Gelişimi ve Bazı Standartların Uygulanmasına Yönelik Örnek Çözümler**, Konya: Eğitim, 2020, s. 36-41; **Böckli**, Aktienrecht, s. 1139-1149; Mehmet Aygün, **İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler Aracılığıyla Azınlık Hissedarlarının İstismarı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 10-13; Dilek Şahin, **TFRS (TMS 1, TMS 2, TMS 7, TMS 18, TMS 24, TMS 40) ve SPK Muhasebe Standartlarının IFRS ile Karşılaştırılması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2007, s. 17 vd. Kısa bir tarihçe için ayrıca **Tekinalp**, IFRS/TMS-TFRS, s. 33, 36-37; **Mortaş/ Denk**, s. 4-9.

¹⁵ **Mortaş/ Denk**, s. 7. AB dâhilindeki tüm borsaya kote şirketler ve İsviçre borsası için de yine aynı zorunluluk 2005 yılında hasıl olmuştur, bkz. **Böckli**, Aktienrecht, s. 1139-1140.

¹⁶ **Gençoğlu**, s. 3 vd.; **Manavgat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 542; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1470-1471. Bu gelişmeleri takiben Türkiye'de 1999 yılında idari ve mali özerkliğe sahip olan Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu kurulmuştur. 2011 yılında bu kurulun yerini 660 sy. KHK ile kurulan Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu almıştır (**Küçük**, s. 11-12; **Aygün**, s. 39-40; **Mortaş/ Denk**, s. 6; **Kargın**, s. 95).

¹⁷ **Aygün**, s. 35-36, 45 vd.; **Gençoğlu**, s. 4 vd.; Başak Ataman Akgül/ Hüseyin Akay, **Uluslararası Muhasebe Standartları ve Türkiye'de Uygulama Etkinliğine İlişkin Bir Araştırma**, 2. Baskı, İstanbul: Türkmen, 2004, s. 14 vd.

a. TTK'daki Yeri

Türk Ticaret Kanunu'nun 64 ila 88. hükümleri arasında ticari defterlere ilişkin temel esaslar düzenlenmiştir. Muhasebeleştirme ilkeleri de bu kapsamdadır¹⁸. Yine kanunun 514 vd. maddelerinde konumuzla ilgili olarak anonim ortaklıkların finansal tablolarına ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerde Türkiye Muhasebe Standartlarına (ve keza ilgili yorumlara) geniş ölçüde atıfta bulunulmuş olmasına rağmen, mevcut muhasebe düzeni bakımından bu atıflar bir bakıma kuvvetten düşmüştür.

6335 sy. Kanunla getirilen değişiklik öncesinde Türkiye Muhasebe Standartları ticari defterlerin tutulması noktasında mutlak yol göstericiydi. Öyle ki bazen Kanun dahi ancak bu standartlarda hüküm bulunmadığı takdirde uygulanmaktaydı (TTK m. 528/2). Fakat TTK'nın 64. maddesine eklenen 5. fıkra ile bu düzen bertaraf edilmiş ve ticari defterlerin tutulmasında vergi mevzuatı belirleyici olmaya (6102 sy. TTK öncesinde olduğu gibi) devam etmiştir¹⁹. Belirtmek gerekir ki, TTK'nın yürürlüğe gireceği tarihten hemen önce 6335 sy. Kanunla yapılan değişiklikler finansal raporlamayı ilgilendirenlerle sınırlı değildir. Diğer hususlar yanında, TTK m. 64 vd. hükümlerdeki değişikliklere paralel şekilde ortaklıkların bağımsız denetime tabiiyeti de yeni kurallara bağlanmıştır. Özetle, Türk sermaye şirketlerinde uluslararası ilkeler ve kurallar gözetilerek gerçekleştirilecek olan finansal raporlama ve onu destekleyen bağımsız denetim sadece az sayıda ortaklığı ilgilendiren, bazen de tercihe bağlı bir alternatiften ibaret kılınmıştır. Bu politika öğretide ağır eleştirilerle karşılaşmıştır²⁰.

Bugün hangi şirketlerin TMS/ TFRS'lere uygun finansal tablolar hazırlamakla yükümlü olduğu TTK m. 88 uyarınca Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından tespit edilmektedir. KGK'nın Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) Uygulama Kapsamına İlişkin Kurul Kararı uyarınca SerPK ile BDDK'nın düzenleme ve denetimine tabi işletmelerin önemli bir kısmı ile sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri bu kapsamdadır. Herhangi bir şirketin muhasebe

¹⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1451 vd. TTK'da sayılan ilkelerin sınırlı sayıda olmadığı, keza TMS'lerde başkaca ilkelerin de bulunduğu yönünde aynı eserde, N. 1462.

¹⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1467; Korkut Özkorkut, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler**”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 59.

²⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1467, 1471; **Özkorkut**, TTK'da Yapılan Değişiklikler, s. 69-70.

standartlarına uygun finansal tablolar hazırlamayı kabul etmesi de mümkündür²¹. Bağımsız denetime tâbi olup yukarıda sayılan gruplara girmeyen şirketlerin ise BOBİ FRS'yi uygulaması gerekmekle birlikte, yine bu şirketler de arzu ederlerse TMS/ TFRS sistemini uygulamayı tercih edebilecektir²².

Kanaatimizce muhasebe standartlarına geniş çaplı uygulama alanı tanınmamış, daha doğru bir ifade ile geniş çaplı bir uygulamanın zorunlu tutulmamış olması Türk ortaklıklar hukukunun bu standartlarla etkileşimini sınırlı tutmuştur. Netice itibarıyla tabana yayılmayan kavramların TTK'ya göre sağlaması yapılmamıştır. Bu nedenle iki – Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği (MSGUT) ile birlikte üç – farklı terminolojinin aynı noktaya işaret ettiği durumlarla karşılaşilmektedir. İlişkili taraf işlemleri bu kesişimin en sert hissedildiği noktalardan biridir.

b. İçeriği

01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren²³ TMS/ TFRS'ler, muhasebe ilkeleri ve yine KGK tarafından yayınlanan yorumlarla birlikte bütün hâlinde ilgili işletmelere uygulanır²⁴. Temel konusu muhasebeleştirmeye ilişkin yöntem ve kurallar olan bu standartlarda hedef, işletmelerin aynı muhasebe işlemlerini uygulamasını sağlamak²⁵ ve uygulamada karşılaşılan sorunlara cevap sunabilmektir²⁶.

Standartlar esasen kurallar değil, bir ilkeler bütünü olarak nitelendirilir. İlkeleri somutlaştırmak gerektiği ölçüde belli konular için ayrı standartlar çıkarılmış ve böylece bazı hususlar daha ayrıntılı ele alınmıştır²⁷. İçeriğine baktığımızda “Finansal Tabloların Sunuluşu” başlıklı TMS 1 ile kuramsal çerçevenin çizildiğini görmekteyiz. Burada finansal tabloların tanzim edilme amacı, taşınması gereken genel özellikler ve asgari koşullar belirtilir²⁸. Mezkûr standart bu içeriğiyle diğer

²¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1471.

²² Bu hususta bkz. Büyük ve Orta Boy İşletmeler için Finansal Raporlama Standardı Hakkında Tebliğ (Sıra No: 56); RG. T. 29.07.2017, S. 30138 Mükerrer. Bu tebliğin çıkarılmasına kadar geçen zamanda yapılan eleştiriler için **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1473.

²³ TTK m. 1534/2; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1471, 1474.

²⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1476; bu metinler arasındaki altlık-üstlük ilişkisi için bkz. **Tekinalp**, IFRS/TMS-TFRS, s. 37-39. Standartların ve yorumların güncel hâli KGK'nın internet sitesinden takip edilebilir: <https://www.kgk.gov.tr> (E.T. 31.05.2020).

²⁵ **Küçük**, s. 11.

²⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1477.

²⁷ Gülşirin Bodur, **Türkiye Muhasebe/ Finansal Raporlama Standartlarının Getirdiği Temel Değişiklikler ve Finansal Analize Etkileri – Tek Düzen Hesap Planına Göre**, Ankara: Gazi, 2012, s. 2; **Ataman Akgül/ Akay**, s. 42.

²⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1477a; **Gençoğlu**, s. 33 vd.; **Ataman Akgül/ Akay**, s. 42; **Bozkurt**, s. 11 vd. Ayrıca bkz. **Deniz/ Bahadır**, s. 9-10.

standartları birleştirip onlara bütünlük kazandıran nitelikte görülür²⁹. İlişkili taraf işlemlerine dair tanım ve kapsamı ortaya koyarken TMS 1’den istifade etmek adeta zorunluluktur. Zira TMS 24, TMS 1’de ele alınan önemli bilgi kavramıyla yakından ilgilidir. Mezkûr kavrama göre, karar alıcıların ekonomik kararlarını etkileyen bilgiler önemli kabul edilir ve önemli kalemlerin finansal tablolarda (tablo içerisinde veya dipnotlarda) ayrı ayrı sunulması esastır³⁰.

TMS 24.18 “finansal tablo kullanıcılarının ilişkinin finansal tablolar üzerindeki potansiyel etkisini anlamaları açısından gerekli olan” içerik ve nitelikte açıklama yapılmasını gerekli görür. Önemlilik kriterinin farklı noktalarda dikkate alındığı AB mevzuatı bu unsura daha herhangi bir işlemin ilişkili taraf işlemi olarak kabulü aşamasında yer vermiştir³¹.

Standartların birbirlerine yaptıkları göndermeler bilimsel bakış açısıyla konuyu karmaşıktırmakla birlikte muhasebe standartlarının belli bir bütünlük sağladığını ve doğru sonuca ulaşmanın kapsamlı, kesinlikle tek bir standartla bağlı kalmayan incelemeyi gerektirdiğini ortaya koymaktadır. Bu anlamda konumuz bakımından göz önünde bulundurulması gereken “yardımcı” standartlar, TFRS 10 “Konsolide Finansal Tablolar”, TFRS 11 “Müşterek Anlaşmalar” ve TMS 28 “İştiraklerdeki ve İş Ortaklıklarındaki Yatırımlar”dır. Finansal raporlama yönünden bu sayılanlara TFRS 2 “Hisse Bazlı Ödemeler”, TFRS 12 “Diğer İşletmelerdeki Paylara İlişkin Açıklamalar” ve TFRS 19 “Çalışanlara Sağlanan Faydalar” da eklenmektedir³².

Kendisi muhasebe standardı olmamakla birlikte, Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve finansal raporlamanın amacını ortaya koymakta, kavramları tanımlamakta ve rehber görevi görmektedir³³. Böylece somut sorunların çözümü kadar finansal raporlamanın felsefesine de TMS/ TFRS düzeni içinde yer verilmiştir. Bu felsefenin bir parçası da sermayenin korunmasıdır (Kavramsal Çerçeve Bölüm 8). Muhasebe standartlarında bu kavramın iki anlamı bulunur: finansal sermaye ve fiziki

²⁹ Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 13.

³⁰ Özbek, s. 149; Deniz/ Bahadır, s. 11; Ataman Akgül/ Akay, s. 47; Bozkurt, s. 11; Gençoğlu, s. 23; Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 13, 16-17.

³¹ Andreas Engert/ Tim Florstedt, “Which related party transactions should be subject to ex ante review? Evidence from Germany”, Journal of Corporate Law Studies, 2020, C. 20, S. 2, s. 275.

³² Karğın, s. 2.

³³ RG. T. 27.10.2018, S. 30578. Gençoğlu, s. 18-21; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 1477b; Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 1; Karğın, s. 7. Kavramsal Çerçeve bir muhasebe standardı değildir (Deniz/ Bahadır, s. 2). Bir çatışmanın varlığında ise TMS/ TFRS’ler kavramsal çerçeve hükümlerine üstün kabul edilmektedir (Bozkurt, s. 3; Gençoğlu, s. 21). Fakat TTK m. 88/1’de bu hususta açıklık yoktur (karş. Tekinalp, IFRS/TMS-TFRS, s. 38-39).

sermaye. İlkinde korumanın konusunu nominal tutar oluştururken, fiziki korumanın kapsamına işletmenin üretim kapasitesi girer. Finansal tablolarda ekseriyetle finansal anlamda sermayeden bahsedilir³⁴. Kavramlar karşısında sermayenin nominal olarak korunması finansal devamlılığın sağlanmasına, sermayenin fiziki gücünün korunması ise net varlıkların fiziki üretim kapasitesinin muhafaza edilmesine bağlıdır³⁵.

2. İlişkili Taraf Açıklamaları

a. Genel Olarak

TMS 24 ilişkili taraf açıklamalarına hasredilmiştir. Mezkûr standart 31.12.2005 tarihinden sonra başlayan hesap dönemleri için uygulanacak şekilde yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mehaz standart ise 1984 yılında IASC tarafından yayınlanmıştır. 01.01.1986'da yürürlüğe giren IAS 24'te gerçekleştirilen revizyonlar 18.12.2003'te yayınlanıp 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra Kasım 2009'da yapılan revizyon ile IAS 24'ün ilişkili taraf tanımında basitleştirmeye gidilmiştir. Standardın bu yeni hâli Türk mevzuatına da kazandırılmış ve 31.12.2010 tarihinden sonra başlayan hesap dönemleri için geçerli kılınmıştır. Standartta sonraki tarihlerde muhtelif değişiklikler yapılmış olup tüm bunlar KGK tarafından Resmi Gazete'de yayınlanmaktadır³⁶. Standart uyarınca, finansal durum tablosunda ya da dipnotlarda yapılması gereken açıklamalara ek açıklamalarda bulunulacaktır. Bu açıklamalar ekseriyetle finansal tabloların ekinde yer almakla birlikte ilişkili taraf işlemleri bazen ayrı birer kalem olarak da karşımıza çıkabilir³⁷.

İlişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesine ve finansal tablolar aracılığıyla ortaya konulmasına karar verilmesinde şeffaflık eksikliğinden kaynaklı şirket skandalları rol oynamıştır^{38,39}. Bu skandalların tabiri caiz ise en ünlüsü *Enron* olayıdır. Bugün

³⁴ Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 11. Muhasebe standartlarında, genel kabul gören anlayıştan farklı bir sermayenin korunması ilkesine yer verildiği yönünde **Tekinalp**, IFRS/TMS-TFRS, s. 58-60.

³⁵ Bozkurt, s. 7-8; Gençoğlu, s. 31. Bu kavramlar hakkında bilgi için bkz. Mehmet Mülazımoğlu, **Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi – Alternatif Bir Sistem Önerisiyle Birlikte**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 12-16.

³⁶ İlk hâli için RG. T. 31.12.2005, S. 26040. Özbek, s. 148; Aygün, s. 13; Karğın, s. 15; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 1485a. Ülkemizde bu standardı özel olarak inceleyen bilimsel çalışmalar mevcutsa da bunların fazla sayıda olduğunu söylemek mümkün değildir. Güncel bir literatür taraması için bkz. Cengiz Güney, “**Türkiye Muhasebe Standardı (TMS) 24: İlişkili Taraf Açıklamaları Borsa İstanbul Üzerine Bir Araştırma**”, Muhasebe ve Denetime Bakış, Y. 2020, S. 60, s. 182 vd.

³⁷ Özbek, s. 168-172.

³⁸ Başlangıca gittiğimizde, 1970 tarihli ABD *Continental Vending (U.S. v. Simon)* davasından bahsedilir. Amerikan meslek kuruluşlarını harekete geçiren olayda, Continental Vending isimli şirket Valley adındaki iştirakine borç vermekte ve bu işlem finansal tablolardan anlaşılmaktadır. Lakin daha

Enron, karmaşık tünelleme faaliyetlerinin timsali hâlini almıştır⁴⁰. Kısaca açıklamak gerekirse, 1985 yılında birleşme sonucu ortaya çıkan ve 2000 yılında dünyanın yedinci en büyük şirketi olarak gösterilen Enron aslında zannedildiği kadar kâr üretmiyordu ve kimse farkında olmasa da yöneticileri malvarlıklarındaki payları elden çıkarmaktaydı. Fakat bu hususlar finansal tablolardan anlaşılamıyordu. Çünkü Enron sıklıkla özel amaçlı ortaklıklara (*SPVs – special purpose vehicles*) başvuruyor; ama bunlarla olan (ilişkili taraf) işlemlerini olması gerektiği gibi açıklamıyordu. Bu nedenle finansal tablo kullanıcıları gerçekte ne olup bittiğini çok geç olana kadar anlayamamıştı. Nihayetinde Aralık 2001’de Enron iflas başvurusunda bulundu⁴¹.

Yakın tarihli bir diğer örnek İtalyan Parmalat şirketidir. 1960’larda kurulan, süt ürünleri üreticisi Parmalat halka açık olsa da aslında Tanzi ailesinin kontrolü altında bulunuyordu. Şirketin bugünü kadar geçmişi de ilişkili taraf işlemleri bakımından sorunludur. Şirketin 2003 yılının Aralık ayında toplam 14.5 milyar Euro borçlanmış şekilde çöküşüne değin, çoğunluk pay sahipleri ve yöneticiler ile bunların yönetimi altındaki şirketler Parmalat aleyhine zenginleşmişti. Bu süreçte başarısız yatırımlar ve nakit akışları Enron’da karşılaşılan yöntemlerle gizlenmeye çalışılmıştı⁴². Sonuçta şirket Fransız Lactalis şirketinin radarına girdi ve Temmuz 2001’de oy haklarının %83’ü bu şirkete geçti. Daha sonra Parmalat, Lactalis’nin Amerika operasyonunu

sonra Valley, her iki şirkette de pay sahibi ve yönetici olan Bay Roth’a benzer tutarda borç verir. İşte operasyonun bu bacağı Continental Vending’in finansal raporlarından anlaşılmaz, bkz. **Chong/ Dean**, s. 84-85, 89.

³⁹ **Özbek**, s. 150; **Dönmez**, s. 84; Michele Pizzo, “**Related party transactions under a contingency perspective**”, Journal of Management and Governance, Y. 2013, S. 17, s. 310. Aşağıda incelenecek olanlar dışında, Adelphia, Tyco, WorldCom ve Vivendi (Timothy J. Louwers/ Elaine Henry/ Brad J. Reed/ Elizabeth A. Gordon, “**Deficiencies in Auditing Related-Party Transactions: Insights from AAERs**”, Current Issues in Auditing, Y. 2008, C. 2, S. 2, s. 10; Carolina Bona-Sánchez/ Carmen Lorena Fernández-Senra/ Jeronimo Pérez-Alemán, “**Related-party transactions, dominant owners and firm value**”, Business Research Quarterly, Y. 2017, S. 20, s. 4) ile Pakistan Pfizer, BAT-Yava ve Greencool skandallarının burada ismen anılması gerekir (Raymond M. K. Wong/ Jeong-Bon Kim/ Agnes W.Y. Lo, “**Are Related-Party Sales Value-Adding or Value-Destroying? Evidence from China**”, Journal of International Financial Management & Accounting, Y. 2015, S. 26, s. 1).

⁴⁰ Vladimir Atanasov/ Bernard Black/ Conrad S. Ciccotello, “**Unbundling and Measuring Tunneling**”, University of Illinois Law Review, Y. 2014, S. 5, s. 1699.

⁴¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Aygün**, s. 54-59; Joseph A. McCahery/ Erik P. M. Vermeulen, “**Mandatory Disclosure of Blockholders and Related Party Transactions: Stringent versus Flexible Rules**”, European Banking Center Discussion Paper No. 2011-030, Tilburg University, 2011, s. 4; Mark Kohlbeck/ Brian W. Mayhew, “**Valuation of firms that disclose related party transactions**”, Journal of Accounting and Public Policy, Y. 2010, S. 29, s. 119; Mehmet Arif Tuğ, “**Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve Türk Hukukundaki Yansımaları**”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 5, S. 1, s. 204. Enron ortaklarının uğradığı bir kısım zararının doğrudan ilişkili taraf işlemlerinden kaynaklandığı söylenir, bkz. Michael Ryngaert/ Shawn Thomas, “**Related Party Transactions: Their Origins and Wealth Effects**”, 2007 (Kaynak: SSRN; E.T. 17.02.2021), s. 1. Elbette bu skandal ciddi bir bağımsız denetim zafiyetini de ortaya koymuştur.

⁴² Parmalat için Avrupalı Enron ifadesinin kullanıldığı yönünde **McCahery/ Vermeulen**, Mandatory Disclosure, s. 4.

904 milyon Amerikan dolarına devrıldı (*asset deal*). İşlemin Parmalat tarafından onaylanmasını sağlayanlar bu şirketin Lactalis ile bağlantılı yöneticileriydi. Konu Parma mahkemelerinin önüne geldiğinde fiyatın olması gerekenden yaklaşık 150 milyon USD fazla olduğu tespit edildi⁴³.

Bu gibi olaylar neticesinde, finansal tablo kullanıcılarının risk, fırsat ve faaliyet değerlendirmelerinde, ilişkili taraflarla olan ilişki, işlem ve taahhütleri dikkate almaları gerektiği anlayışı yerleşmiştir. Bu anlayışı yansıtmak üzere IAS 24 tanzim edilmiş ve birçok ülke tarafından bazen aynen bazen ise öznel koşulları dikkate alan değişiklikler yapılarak iç hukuka alınmıştır⁴⁴. Lakin bu noktada amacın farklılaştığı, keza Kıta Avrupası'nda olanın aksine Anglosakson sistemlerinde dağıtılacak kârın ve ilgili vergi matrahının tespitinin finansal raporlamanın amaçlarından biri olmadığı ifade edilmektedir⁴⁵.

b. Standardın Amacı

Mezkûr standart, bir işletmenin finansal durumunun ilişkili taraflarla yapılan işlemlerden etkilenme ihtimalini ortaya koyar⁴⁶. Bazı durumlarda işletmenin ilişkili tarafla işlemde bulunmaktan kaçınması dahi bu etkiyi doğurabilir⁴⁷. Bu nedenle TMS 24 ilişkili taraf işlemlerinin değerlemesinin değil, taraflarının ve bunların bilgilerinin açıklanmasını düzenler⁴⁸.

İlişkili taraf işlemlerinin açıklanması işleminden fayda sağlayanlarla ortaklıktaki diğer menfaat sahipleri arasındaki uyuşmazlığı kendiliğinden çözmez. Aynı şekilde, finansal raporlama yükümlülüklerinin bu işlemleri engellemek gibi bir rolü yoktur. Burada dolaylı bir etkiden bahsedilir⁴⁹. Zira finansal raporlamada işletmelerin ilişkili

⁴³ Bilgiler için bkz. Alessandro Pomelli, “**Related-Party Transactions and the Intricacies of Ex Post Judicial Review: The Parmalat/ Lactalis Case**”, European Company and Financial Law Review, Y. 2016, C. 13, S. 1, s. 80-86; Joseph A. McCahery/ Erik P. M. Vermeulen, “**Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post-Parmalat Agenda**”, Corporate Governance in Context (Ed. Klaus J. Hopt/ Eddy Wymeersch/ Heideki Kanda/ Harald Baum), Oxford: OUP, 2005, s. 216, 225-227.

⁴⁴ Küçük, s. 136; Aygün, s. 20. Ülke bazında bilgiler için bkz. aynı eserde s. 21 vd.

⁴⁵ Spadin, s. 3.

⁴⁶ Bodur, s. 39; Ataman Akgül/ Akay, s. 129; Gençoğlu, s. 391; Özbek, s. 150.

⁴⁷ Özbek, s. 150. Hâkim şirketin bağlı şirkete araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunmaması yönünde talimat vermesi bu duruma örnek gösterilebilir (Gençoğlu, s. 390).

⁴⁸ Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 374.

⁴⁹ Mark Kohlbeck/ Brian W. Mayhew, “**Are Related Party Transactions Red Flags?**”, Contemporary Accounting Research, Y. 2017, C. 34, S. 2, s. 905; Kohlbeck/ Mayhew, Valuation of firms, s. 116. Oysa ilişkili taraf işlemleri finansal tabloları doğrudan etkileyebilecek güçtedir. Zira bazen bu işlemler ortaklığın finansal durumunun gerçekte olduğundan daha iyi şekilde gösterilmesi için kullanılır. *Earnings management* diye ifade edilen bu manipülasyon hakkında bkz. Zaharaddeen

tarafın organizasyondaki durumunu, bunlarla akdedilen işlemler hakkındaki bilgileri ve mevcut bakiyeleri açıklaması ve böylece işlemlerin finansal tablolar üzerindeki muhtemel etkisini göstermesi beklenir⁵⁰. Bağımsız denetçinin de denetimi planlarken gerekli incelemeyi yapması ve ilişkili tarafları belirlemesi gerekir⁵¹. İlişkili tarafla işlem akdedilmemiş olsa dahi safi ilişkili taraf konumu açıklanmak durumundadır. Zira üçüncü kişiler için bir işlemde bulunacakları işletmenin ilişkili taraf olması ya da olmaması işlemi gerçekleştirmeye dönük tercihlerinde etkili olabilir⁵².

Standardın kapsamına 2 ila 4. paragraflarda, amacına ise ilk paragraf yanında 5 ila 8. paragraflarda yer verilmiştir. TMS 24.5-8’de standardın amacı, işletmelerin ilişkili taraflarıyla yaptıkları işlemlerin işletmenin finansal durumunda olumsuzluk yaratıp yaratmadığını farklı cephelerden ortaya koyup finansal tablo kullanıcılarının kararlarını verirken yeterli bilgiye sahip olmalarını sağlamak şeklinde belirtilmiştir. İşletmelerin finansal politikalarını ve faaliyet politikalarını etkileme gücü bulunan ilişkili taraflarının sadece varlığı dahi belli bir etki yaratabileceğinden nihayetinde sadece somut işlemlerin değil, taraflara dair safi bilgilerin ve bazen işletmenin neden hareketsiz kaldığının da kullanıcılar tarafından bilinebilmesi gerekir. Standardın koyduğu bu hedeflerin aşağıda kuramsal altyapıya ilişkin olarak yapacağımız tespit ve değerlendirmelerle paralellik arz ettiğini belirtelim. Böylece hukuk sistemlerinin ilişkili taraf işlemleri bakımından karşılaştıkları yakınlaşmanın farklı bilim dalları için de söz konusu olduğunu görmekteyiz.

c. Uygulama

Standart üç aşamalı bir süreç öngörür (TMS 24.2). İlk olarak kimlerin ilişkili taraf olduğu tespit edilir. Daha sonra ilişkili taraf işlemleri incelenir. Fakat standardın uygulanabilmesi için ilişkili tarafın bulunması yeterlidir, işlemin gerçekleştirilmesi gerekmez⁵³. Her iki inceleme de tamamlandıktan sonraki aşama, kapsamda olduğu

Salisu Maigoshi/ Rohaida Abdul Latif/ Hasnah Kamardin, “**Earnings Management: A Case of Related Party Transactions**”, International Journal of Economics and Financial Issues, Y. 2016, C. 6, S. 7 (Özel Sayı), s. 53; Arna Suryani/ Hana Tamara Putri, “**The Effect of Related Party Transactions through Opportunistic Behaviour Management to Increase Firm Value**”, Journal of Finance and Banking Review, Y. 2019, C. 4, S. 2, s. 65-66.

⁵⁰ Gençoğlu, s. 390; Bodur, s. 39; Ataman Akgül/ Akay, s. 128-130; Karğın, s. 16.

⁵¹ Dönmez, s. 85. İlişkili taraf işlemlerinin bağımsız denetimiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. aynı eserde s. 88 vd.

⁵² Gençoğlu, s. 393; Özbek, s. 167. Keza bağımsız denetçinin finansal tablolarda hiçbir açıklama yapılması gerekmeyen durumda dahi ilişkili taraflar ve bunların işlemleriyle ilgili bilgi edinmesi gerekli görülmektedir (Dönmez, s. 103).

⁵³ Küçük, s. 137; Özbek, s. 150, 166-167.

tespit edilen ilişki ve işlemlerin uygun şekilde açıklanmasıdır⁵⁴. TMS 24 açıklanması gereken asgari bilgiyi belirlemiştir⁵⁵. Kamu işletmeleri ise açıklama hükümlerinden büyük ölçüde muaf tutulmuştur⁵⁶.

Yapılacak açıklamalarda TMS 24.19’da belirtilen kategoriler dikkate alınacak, ayrı olarak açıklanması gerekmeyen benzer işlemler toplu şekilde açıklanabilecektir. Hangi işlemlerin açıklanacağı ile ilgili olarak, maliyet üzerinden mal satımı, üçüncü kişilerle gerçekleştirilmeyecek büyüklük ve hacimde işlemlerin gerçekleştirilmesi, avantajlı fonlama politikaları örnek gösterilebilir. Burada hedef, işlemlerin piyasa şartlarında gerçekleştirildiğinin ortaya konulmasıdır⁵⁷. Açıklamanın nasıl yapılacağı TMS 24.13 ve devamında belirtilir. Fakat bilginin nerede ve ne detayda açıklanacağı hususunda yapılan izahat sınırlıdır. İlişkili taraf işlemleri finansal tablo dipnotlarında, ilgili olduğu bilanço ve gelir tablosu kalemi içinde raporlanabilir. Keza ayrı bir başlık olarak verilmesi de mümkündür⁵⁸. Fakat Türkiye uygulamasında genellikle finansal raporların dipnotlarında açıklandığı görülür⁵⁹.

İşletmeler bireysel finansal tablolarında bu ilişkileri ve işlemleri açıklayacaksa da şirketler grubunun varlığı hâlinde grubun finansal tabloları hazırlanırken grup içi işlem ve bakiyeler elimine edilecektir. Bu, konsolidasyonun gereğidir. Zira buradaki eliminasyon işlemlerinin amacı, finansal tabloların grup dışı işlemlerin sonuçlarını göstermesini sağlamaktır⁶⁰. İlişkili taraf işlemlerinin açıklanmasında yine aynı sistem izlenir. Hâkim şirketin ve bağlı ortaklıklarının ilişkili taraflarla gerçekleştirdikleri işlemlerin konsolide bir biçimde açıklandığı görülür.

⁵⁴ Louwers/ Henry/ Reed/ Gordon, s. 11.

⁵⁵ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 374; Karğın, s. 20-22.

⁵⁶ TMS 24.25 bu açıdan eleştirilebilir. Zira öğreti, kamu kontrolü altındaki ortaklıkların tünellemeye dönük faaliyetlerinin diğer ortaklıklardan farklı olmadığını belirtir. Kamunun bu ortaklıkları kamu hizmetinde kullanması dahi ortaklığın yatırımcıları açısından zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu şirketler hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Curtis J. Milhaupt/ Mariana Pargendler, “**Related Party Transactions in State-Owned Enterprises**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 245, 247.

⁵⁷ Küçük, s. 136-137; Özbek, s. 166-167. Açıklanması gereken bilgilerin listesi için bkz. Aygün, s. 19-20. Unutulmamalıdır ki finansal tabloların bazı niteliksel özellikleri barındırması gerekir. Bunlar, anlaşılabilirlik, ihtiyaca uygunluk, güvenilirlik ve karşılaştırılabilirliktir (Deniz/ Bahadır, s. 5).

⁵⁸ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 376.

⁵⁹ Karğın, s. 26. Uygulamadan somut örnekler için bkz. aynı eserde s. 27 vd.

⁶⁰ Özbek, s. 151, 166. Konsolidasyon, ancak ana ortaklık ile bağlı ortaklıklarının tek bir işletme olarak düşünülmesi hâlinde ortaya çıkan finansal tablonun anlamlı olacağı anlayışının ürünüdür. Bu nedenle ekonomik öz hukuki nitelemeye üstün tutulmakta ve tek bir işletme ile karşı karşıyaymış gibi finansal raporlama yapılmaktadır. Bu hususta detaylı bilgi için Deniz/ Bahadır, s. 32 vd. Yazarlar bu sistemi bazı yönlerden eleştirmektedir (s. 34).

II. İLİŞKİLİ TARAF KAVRAMI VE İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

Bu başlık altında ilişkili taraf kavramı Türk pozitif hukukuna uygun şekilde TMS 24 ekseninde irdelenecektir. Bununla beraber, söz konusu standart muhasebe bakış açısıyla tanzim edilmiştir. Bu, son derece doğaldır. Standardın aslî kullanım alanı ilişkili taraf işlemlerinin finansal tablolarda açıklanmasını sağlamaktır. Bu nedenle çalışmamızın temel hedeflerinden biri, standardı hukukî bakış açısıyla ele almak olacaktır. Özellikle kavramların ticaret hukuku ve bazı noktalarda sermaye piyasası hukuku açısından anlamı, konumu ve bu bakış açılarının karşılıklı uyumu irdelenmesi gereken hususlardır.

Güncel hâliyle TMS 24, 9. paragrafında tanımlara yer vermiştir. Bu tanımlar aynı zamanda standardın da ağırlık noktasıdır⁶¹. Söz konusu paragrafta birden fazla kavram tanımlanmışsa da odak noktasının ilişkili taraf kavramı olduğu açıktır. Buna göre ilişkili taraf, *finansal tablolarını hazırlayan işletmeyle ilişkili olan kişi veya işletmedir*. Standart, finansal tablolarını hazırlayan işletmeyi raporlayan işletme olarak tanımlamıştır. Çalışmamız açısından raporlama faaliyeti asli bir konu değildir, aşağıda incelenecek hükümlerin uygulama alanı finansal tabloların açıklanmasından bağımsızdır. Bu nedenle biz TMS 24.9’da “raporlayan işletme” olarak tanımlanan işletmeyi, finansal raporlama sisteminden farklı düşünebilmek ve gerektiğinde farkı ortaya koyabilmek amacıyla, bundan böyle “odak işletme” olarak adlandıracağız⁶².

Odak işletme, pay sahipliği yapısı veya üzerinde gerçekleştirilen kontrol gibi etkenler neticesinde birtakım gerçek ya da tüzel kişiler ile arasında belli bir ilişki tesis edilmiş olan işletmedir. İlişkili taraf kavramını ortaklıklar hukukunun mevcut terimlerinden ayıran geniş kapsamıdır. Zira yöneticiler kadar yönetici olmadığı hâlde şirketle belli bir menfaat çatışması içinde olan kişiler de burada dikkate alınır⁶³. TMS 24.9’da ilişkiyi kuran bağlantılar iki fıkra altında toplam 11 bent hâlinde sayılmıştır. Temel ayırım, ilişkili tarafın gerçek kişi ya da işletme olması üzerinden yapılmıştır. Gerçek kişiler odak işletme üzerinde yönetsel bir güce sahip olmakta ve bu gücü işletme üzerinde kullanılabilmektedir. Daha teknik bir ifade ile, dikey bir yapılanma

⁶¹ Özbek, s. 178. Standardın değişiklik öncesi içeriği hakkında bilgi için bkz. Gençoğlu, s. 391-393.

⁶² Kavramsal Çerçeve’de raporlayan işletme, finansal tabloları hazırlamakla yükümlü olan ya da finansal tabloları hazırlamayı seçen işletme olarak ifade edilmiştir. Tarafımızdan odak işletmeye dönüştürülen kavram bakımından da bu tanım esas alınmalıdır.

⁶³ European Company Law Experts Group (ECLE), “Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions”, ECGI Law Working Paper No. 543/2020, European Corporate Governance Institute, 2020, s. 6.

kaçınılmazdır. Tüzel kişiler ile odak işletme arasındaki ilişki ise daha karmaşık bir görüntüye bürünebilir; bu nedenle daha kapsamlı ve ihtimalleri dikkate alan bir düzenleme yapılmıştır.

TMS 24.9 ile getirilen sistem ilk başta sınırlı ve yorumdan uzak bir düzenleme olarak görülebilir. Fakat mezkûr düzenleme hem menfi hem müspet anlamda yoruma açıktır. Kavramların belirsizliği ve TTK sistemiyle uyumsuzluğu nedenlerden biridir. Daha önemlisi, standardın yorum faaliyetine izin vermiş olmasıdır. Gerçekten TMS 24.10'da açıkça öngörüldüğü üzere, *her olası ilişkili taraf ilişkisi değerlendirilirken ilişkinin özü dikkate alınır, sadece yasal şekle bakılmakla yetinilmez*⁶⁴.

İlişkili tarafın belirlenmesinde yasal şeklin ötesinin araştırılması ve ilişkinin özünün değerlendirilmesi bir ön koşul olarak nitelenir⁶⁵. Kanaatimizce öze dönük değerlendirmeler kontrolün kademeli olarak kurulduğu yapılarda önem arz edecektir. Düşüncemizi bir örnekle somutlaştıralım⁶⁶: A, B ve C, Z A.Ş.'yi kurmuşlardır. Şirketin kuruluş nedeni, D ile imzalanacak adi ortaklık sözleşmesine taraf olması ve D ile birlikte bu adi ortaklığın faaliyetlerini yürütmesidir. Muhasebe terminolojisine göre olayda bir iş ortaklığı bulunduğundan, iş ortaklığı ile ilişkili taraflar Z ve D'dir. Buna karşın ilişkinin ekonomik altyapısına baktığımızda ortak kontrolün aslında bir ayakta A, B ve C tarafından kullanıldığını görmekteyiz. İşte TMS 24.10, bize adi ortaklığın tarafları A, B, C ve D imiş gibi davranma ve böylece hükümlerin dolanılmasını da engelleme imkânı tanımaktadır.

A. İlişkili Gerçek Kişiler Yönünden Şartlar

TMS 24.9-(a) şu şekildedir: *Bir kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi, aşağıdaki durumlarda raporlayan işletmeyle ilişkili sayılır. Söz konusu kişinin, (i) Raporlayan işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması durumunda, (ii) Raporlayan işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması durumunda, (iii) Raporlayan işletmenin veya raporlayan işletmenin bir ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması durumunda.*

Düzenlemede yer alan kontrol, ortak kontrol ve önemli etki kavramları ticaret hukukuna tamamen yabancı değildir. Kilit yönetici personel ifadesinin ise hukukiden

⁶⁴ Benzer bir anlayışla vergi hukukunda, VUK m. 3'te karşılaşılr: *Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*

⁶⁵ Özbek, s. 152.

⁶⁶ Örnek için bkz. Spadin, s. 163.

ziyade ekonomik bir niteleme olduğu söylenebilir. Her hâlükârda bu kavramların tek bir anlamı bulunduğunu söylemek zordur. TTK için dahi bunlar soyut birer ifadedir. İncelemeye tabi tutulan müesseseye göre baştan nitelendirilmeleri gerekir. Muhasebe standartları ise kendi uygulama alanı için geçerli olmak üzere kavramı somut şekilde anlamlandırır. Kişi yönünden kapsama kişinin kendisi ile yakın aile üyeleri dâhildir. Konu yönünden kapsamda belli katmanlar oluşturulmuştur. Buradan hareketle gerçek kişinin odak işletmenin ilişkili tarafı kabul edilebilmesi için iki kümülatif şart tespit edilebilir: (1) İşletme üzerinde yönetsel yetinin tesisi ve (2) Bu yönetsel yetiye bizzat sahip olmak ya da sahip olan kişinin yakın aile üyelerinden biri olmak.

1. Yönetsel Yeti

Gerçek kişilerin ilişkili taraf sıfatı, bir bakıma odak işletme nezdinde sahip oldukları nitelikli konumlarla ilgilidir. TMS 24.9 kontrol, müşterek kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel kavramlarına yer vererek esasında bir işletmenin karar alma mekanizmalarına müdahil olma yöntemlerini sıralamıştır. Bu düzenlemeye göre işletmenin faaliyetlerine, kararlarına yön veren kişiler o işletmeyle ilişkili taraflardır.

Standart, dört unsurdan birinin varlığını yeterli görmüştür. Bunlar, odak işletme üzerinde kontrole, müşterek kontrole ya da önemli etkiye sahip olmak veya odak işletmenin kilit yönetici personellerinden birisi olmaktır. Düzenleme, kavramlara verilecek anlamları öne çıkaran yapıdadır. Biz kavramsal çerçevede tüm bu hâlleri anlatmak üzere “yönetsel yeti” tabirini kullanacağız. Öğretide benzer tanımlamalarda “yönlendirebilme erki” veya “yönetim kontrolü” tabirleri de kullanılmıştır⁶⁷. Türk Dil Kurumu’na göre yönetsel kelimesi yönetimle ilgili, idari, yönetsel olanı ifade eder. Yeti ise, bir şeyi yapabilme yeteneğidir⁶⁸.

Kavramsal tercihimizde bu tanımlar kadar, karışıklığı önlemek ve kavramı bağımsızlaştırmak amacı da etkili olmuştur. Zira yönetim kelimesinin kullanımı başlı başına tehlikelidir ve ilişkili tarafın konumunu yönetim kurulununkiyle bağdaştırdığı ölçüde hatalıdır. Kontrol ifadesi ise alt başlıklardan birini tanımlamakta kullanılır, onu üst başlık hâline getirmek muhasebe standartları karşısında yanıltıcı olacaktır. Nihayet yönlendirme faaliyeti TTK’nın 202 vd. maddelerinde şirketler topluluğunda

⁶⁷ Ali Paşlı, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İÜHFM, Y. 2008, C. LXVI, S. 2, s. 345; Yusuf Ziyaeddin Sönmez, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı – Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2018, C. 4, S. 2, s. 264.

⁶⁸ <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 29.05.2021)

hâkimiyetin kullanılmasıyla ilişkilendirilmiştir. İlişkili taraf çevresinin ise şirketler topluluğundan daha geniş olduğu açıktır ve fakat hatalı uygulamaların önüne geçmek için bu durumun vurgulanması gerekir. Anılan nedenlerle, ilişkili taraf bağlantısını tesis eden nitelikli ortaklık konumlarının bütününe yönetsel yeti olarak tanımlıyoruz.

a. Kontrol

Standardın varlığını aradığı yönetsel yetinin ilk aracı kontroldür. Hem tam hem de müşterek kontrol sahipleri ilişkili taraf kabul edilmiştir⁶⁹. Kimlerin kontrol sahibi olduğu işlevsel anlamıyla yönetimin nasıl ve kimler tarafından yönlendirildiği tespit edilerek ortaya konulur⁷⁰. Fakat muhasebe standartlarında kontrolden ne anlaşılması gerektiği TMS 24.9'un açık lafzı gereğince, kontrolün türüne göre TFRS 10 veya TFRS 11'e göre belirlenecektir⁷¹.

i. Tam kontrol

Kontrolün tanımı için TMS 24.9 ile atıf yapılan ilk düzenleme TFRS 10'dur. Bu standardın ana konusu konsolide finansal tabloların hazırlanmasına ve sunumuna ilişkin finansal raporlama ilkelerini belirlemektir (TFRS 10.1). Standart uyarınca bir veya daha fazla işletmeyi kontrol eden işletme olarak tanımlanan ana ortaklık, ancak şu üç kriterin birden mevcudiyeti hâlinde kontrol sahibi kabul edilir (TFRS 10.7): (a) *Yatırım yaptığı işletme üzerinde güce sahiptir.* (b) *Yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalmakta veya bu getirilerde hak sahibi olmaktadır.* (c) *Elde edeceği getirilerin miktarını etkileyebilmek için yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücünü kullanma imkânına sahiptir.*

Kontrol kavramını anlamlandırması beklenen TFRS 10, güç ve değişken getiri şeklinde iki yeni unsuru denkleme dâhil eder. Bunlar, tespiti dikkatli bir incelemeyi ve mesleki yargı kullanımını gerektiren⁷² önemli terimlerdir. Standart güç unsuruna

⁶⁹ IAS 24'ün önceki hâlinde de doğrudan ya da dolaylı olarak bir işletme üzerinde tam ya da ortak kontrole sahip olunması ilişkili taraf konumunu tesis eder nitelikte görülmüştü. İki düzenleme arasında esasa ilişkin bir farklılık olmadığı yönünde Spadin, s. 92.

⁷⁰ Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 264.

⁷¹ TFRS 10, 28.10.2011 tarihinde yayınlanana ve daha önemlisi 01.01.2013'te uygulanmaya başlayana değin konsolide finansal tablolar TMS 27 ile düzenlenmişti. Değişikliği müteakip bu standart bireysel finansal tablolar standardına dönüştürülmüştür. Öncesinde "İştiraklerdeki Yatırımlar" ismini taşıyan TMS 28 ise artık "İştiraklerdeki ve İş Ortaklıklarındaki Yatırımlar" ismini ve kapsamını haizdir, bkz. Bodur, s. 205; Karğın, s. 44-45; Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 755; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 273; Spadin, s. 93; İbrahim Doğuhan Uygun, Şirketler Topluluğu Hukukunda Payscaleli Haklarına Dayalı Hâkimiyet, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 40-41.

⁷² Karğın, s. 82.

bir kavram olarak yer vermiş (10.10-14) ve onu kısaca *yatırımcı işletme, yatırım yaptığı işletmenin ilgili faaliyetlerini, diğer bir ifadeyle yatırım yaptığı işletmenin getirilerini önemli ölçüde etkileyen faaliyetlerini yönetme imkânını hâlihazırda veren mevcut haklara sahip olduğunda* gündeme gelen yeti olarak tanımlamıştır. Değişken getiri ise yatırım yapılan *işletmenin performans sonuçlarına bağlı olarak değişkenlik gösterme potansiyeline sahip* getiri olarak ifade edilmiştir (TFRS 10.15). Bir yatırımın finansal ve operasyonel politikalarının o yatırımın faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla yönetilmesi hâlinde kontrolün tesis edildiği varsayılır. Kontrol gücüne erişildiğinde (*muhasabe anlamında*) işletme birleşmesi meydana gelir ve artık yatırım buna uygun olarak raporlanmalıdır⁷³.

Görüldüğü üzere muhasebe standartlarının kontrol kavramı iki kıstasın birlikte mevcut olmasını gerektirir. Bunlar güç kıstası (*power criterion*) ve getiri kıstasıdır (*benefit criterion*). Güç kıstası uyarınca ilişkili tarafın işletmenin getirilerini önemli ölçüde etkileyen faaliyetleri yönetme imkânı bulunmalıdır. Bu imkâna sahip olanlar işletme yöneticilerini, faaliyet pazarını ve tedarik zincirini belirleme yetkisini de haiz olacaktır⁷⁴.

Değişiklik öncesindeki düzenlemeye göre bu güç, işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla, söz konusu işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücüdür⁷⁵. Kanaatimizce her iki (eski ve yeni) düzenleme de aynı kapsama işaret eder. Zira bir işletmenin getirileri finansal ve faaliyet politikaları çerçevesinde şekillenir. Belki tüm politikaların getiriyi etkileyecek derecede önemli olmadığı ve yeni düzenlemenin bu nedenle kontrol sahiplerini daralttığı söylenebilir. Fakat bizce bu yorum dahi farklılık yaratmaz, çünkü değişiklikten önce söz konusu politikaların stratejik karar düzlemine işaret ettiği söylenmekteydi⁷⁶, ki bu stratejik kararlar bizce bugünkü düzenlemeyi karşılar niteliktedir.

Muhasebe standartlarında bahsi geçen güç hukuki bir terimden ibaret olmayıp şeklen mevcudiyeti kontrol için yeterli değildir. Gücün fiili olarak muhafaza edilmiş

⁷³ Deniz/ Bahadır, s. 46. Benzer bir tanımlama TFRS 10'a yapılan atıf tercih edilmeden önce TMS 24.9'da yer almaktaydı. Bu nedenle finansal politikalar ve faaliyet politikaları ile neyin ifade edildiği ayrıca incelenmekteydi, bkz. Spadin, s. 95 vd.

⁷⁴ Özbek, s. 161; Spadin, s. 93; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 273-274.

⁷⁵ Bodur, s. 77; Gençoğlu, s. 393; Özbek, s. 161. Güncel TFRS'de bu durumu işletme, yatırım ve finansman politikalarının belirlenmesi ile kilit yöneticilerin atanması şeklinde ifade eden yazarlar için bkz. Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 758.

⁷⁶ Spadin, s. 96, dn. 466 ve oradaki yazarlar.

olması beklenir. Örnek olarak odak işletmenin oy haklarının çoğunluğuna sahip olan kişi kredi sözleşmesi kapsamında pay senetlerini tevdi etmiş ve belli bir zaman diliminde bu paylarından doğan katılma haklarını kullanamaz hâle gelmişse, TFRS 10 anlamında gücü haiz değildir. Bununla beraber TFRS 10 mezkûr gücü kullanma imkânının mevcut olmasını yeterli görmüştür⁷⁷. Buradan *a contrario* anlaşılmaktadır ki gücü kullanma imkânı tek başına yeterlidir, fiilen kullanılmış olması aranmaz. Her hâlükârda burada olumlu bir güçten bahsedilmektedir; stratejik kararların alınmasını engelleme gücü tek başına kontrol için yeterli görülmemiştir⁷⁸.

Standart, kontrolü temin eden gücün farklı hukuki yöntem ve yapılarla ortaya çıkabileceğini öngörür⁷⁹. Sayılanların ortak noktası, diğer ifade ile gücün dayanağı, şirketler hukuku haklarıdır. Burada akla gelen ilk yöntem oy hakkıdır. Oy, kontrol edenin sahibi olduğu paylardan doğabileceği gibi, bir sözleşme sayesinde yön verdiği oylar da hesapta dikkate alınır. Kontrol kural olarak oy miktarının çoğunluğu yoluyla sağlanır⁸⁰. Fakat ortaklıktaki katılım alışkanlıklarına bağlı olarak genel kurulda mevcut bulunan toplam oyun çoğunluğuna sürdürülebilir bir şekilde sahip olmak da kontrolü sağlayacak nitelikte görülür⁸¹. Bilindiği üzere bu fenomenle daha ziyade halka açık ortaklıklarda karşılaşılır. Tek başına kararda etkili olamayacak yatırımcı genel kurula katılmaktan imtina eder. Bu düşünceye sahip olanların sayısı çoğaldıkça oylamaya yansıyan irade miktarı düşer, muhalefet matematiksel olarak zayıflar ve karar almak için gerekli olan pay sahipliği oranı düşer. Zira katılımdaki düşüklük ortaklıkta bir güç boşluğu yaratmıştır.

Potansiyel oy haklarının hesapta dikkate alınıp alınmayacağı hususunda, TFRS 10'un cevabı olumludur. Uygulama rehberinde yatırımcı işletmenin kontrolü değerlendirilirken hem kendisinin hem de diğer tarafların potansiyel oy haklarını dikkate alması gerektiği belirtilmiştir⁸². Bunlar oy hakkı elde edilmesine imkân veren haklar olarak tanımlanmıştır. Forward sözleşmeleri, dönüştürülebilir araçlar ve opsiyonlar örnek gösterilir (TFRS 10.B47). Hukuki bakışla burada Standartın,

⁷⁷ Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 758.

⁷⁸ Spadin, s. 97-101; Küçük, s. 47; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 274.

⁷⁹ Gücün varlık şartları hakkında bilgi için Karğın, s. 47-48.

⁸⁰ Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 275.

⁸¹ Spadin, s. 105-122.

⁸² Uygulama rehberinin bağlayıcılığı Standart dâhilinde aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu ek, bu TFRS’nin ayrılmaz bir parçasıdır. 1-31inci paragrafların uygulanmasını konu edinmekte olup bağlayıcılığı bu TFRS’nin diğer kısımları ile aynı düzeydedir.” IAS 27’nin değişiklik öncesi hâlini dikkate almakla birlikte, ilgili açıklamalar için bkz. Spadin, s. 114 vd.

kişinin tek taraflı iradesi ile önceden belirlenen şartlar dâhilinde paya sahip olmasına imkân tanıyan yenilik doğuran hakları kastettiği görülür.

Bir kişi sahip olduğu oyların toplamına göre kontrole sahipmiş gözükse de esas sözleşmeyle oy hakkına getirilen sınırlamalar veya yetersayılara ilişkin ağırlaştırıcı düzenlemeler kontrolü ortadan kaldırılabılır. Yönetim yetkisine sahip kişileri atama ve azletme hakkı gibi imtiyazlar oy hakkının sağladığı kontrol karinesinin aksine işaret edebilir. Bu takdirde esas sözleşme düzenlemeleri ışığında herhangi bir pay sahibinin yönetme gücünü elinde bulundurup bulundurmadığı değerlendirilmelidir⁸³.

Kontrol gücünün sözleşmesel haklardan kaynaklanması da mümkündür⁸⁴. Daha ötede, muhasebe standartlarında kontrolün hukuki yapı etrafına inşa olması zorunlu değildir. Gerekli oranda oy hakkına sahip bulunmayan bir kişi, fiili olguların gücün elde edildiğini gösterdiği durumlarda kontrol sahibi olabilir⁸⁵. Bir kişinin aynı topluluğa mensup birden fazla şirketin yönetiminde görev alması kontrolü tesis eden veya güçlendiren bağlantıya örnektir⁸⁶. Burada TMS 24.10 hatırlanmalıdır.

Kontrolün varlığı için aranan ikinci kıstas getiridir. Bu kıstas kontrolü şeklen elinde bulunduran, fakat ekonomik anlamda gerçek bir hâkimiyeti olmayan kişileri dışlamayı hedefler. Burada önemli olan, güç sahibinin işletme üzerindeki gücünü kullanarak getiri miktarını etkileyebilmesidir. Kişinin kazancın çoğundan istifade etmesi gibi oransal üstünlük aranmaz. Getirinin iktisadi olması gerekir. İdeal amaçlar (bilimsel, kültürel, siyasi vb.) doğrultusunda ya da çoğunluk menfaatine yarar sağlayan kontrol TFRS 10'da düzenlenen kontrolden farklıdır. Burada daha ziyade finansal araçların temettü gibi getirilerinden bahsedilir. Değişken getiri olarak ifade edilen bu getiri, sabit değildir ve performansa bağlı değişkenlik gösterir⁸⁷. Hatta getirinin negatif olması, kendini zarar şeklinde göstermesi de mümkündür⁸⁸.

⁸³ Spadin, s. 130-131, 140-141; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 274, 275.

⁸⁴ Özbek, s. 161; Spadin, s. 104, 132. Bu imkânda oy sözleşmeleri öne çıkar. Mezûr sözleşmelerin geçerliliği hususunda bkz. Erdoğan Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul: Vedat, 2015, s. 21 vd. İsviçre hukukunda ayrıca Spadin, s. 111, dn. 546 ve orada özellikle BGE 109 II 45. Aynı durum ortaklıklar hukuku nezdinde de kabul görür, bu hususta bkz. Ece Deniz Günay, **Sermaye Piyasası Hukuku'nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 37.

⁸⁵ Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 275; Spadin, s. 94.

⁸⁶ Spadin, s. 153.

⁸⁷ Küçük, s. 47-48; Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 758; Spadin, s. 101, 102.

⁸⁸ Kargın, s. 48.

Kontrolden bahsedebilmek için üçüncü ve son unsur, ilk ikisi arasında ilişki bulunmasıdır. Bir kişi ancak sahip olduğu gücü elde edeceği getirilerin miktarını etkilemekte kullanabiliyorsa TFRS 10 anlamında kontrolü haiz kabul edilir (TFRS 10.17). Bu nedenle Standart, asıl – vekil ayrımı yapmakta⁸⁹ ve kontrolü atfetmek için hakkın asıl sahibini aramaktadır (TFRS 10.18).

İşletmeler arasındaki ilişkinin TMS 24'ün kapsamı dışında kabul edildiği, dolayısıyla kontrolü tesis etmediği bir hâl TMS 24.11'de düzenlenmiştir. Buna göre bir işletmenin sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli hacimde işlem yaptığı bir müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı veya genel mümessil ilişkili taraf değildir. Düzenlemenin arkasında yatan mantık, sadece ekonomik bağımlılığın kontrol tesis etmeyeceği şeklindedir⁹⁰.

Muhasebe standartlarının, özellikle TMS 24 ve TFRS 10'un kontrolle ilgili açıklamalarını inceledikten sonra, sonuçları bir de ortaklıklar hukuku perspektifinden düşünmek gerekir. Şirketler topluluğunun temelini oluşturan hâkimiyet kavramı⁹¹ bir yana bırakıldığında, Türk Ticaret Kanunu'nun kontrol kavramına yer vermediğini, kontrolün bir öge olarak ele alınmadığını fark ederiz. Bunun yerine bazı menfaat çatışmalarına ağırlık verilmiş ve kanunla bunlar düzenlenmiştir⁹². Bu nedenle kontrolün sonuçları pozitif hukuk açısından somut değildir⁹³.

Kontrolü ortaklıklar hukuku yönünden tanımlayanlar özdeş olmasa da benzer sonuçlara ulaşmıştır. *Paslı*'ya göre kontrol, yönetimi yönlendirebilme, eldeki özel güce dayalı olarak anonim ortaklık işlerinin belli bir yönde yürütülmesini sağlama erkidir⁹⁴. *Altay* bu durumu teşebbüs üzerinde kalıcı nitelikte belirleyici etki icra etme

⁸⁹ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 758; Karğın, s. 48.

⁹⁰ Spadin, s. 154-155. TTK m. 195 vd. hükümleri uyarınca gündeme gelen hâkimiyet bakımından, kanaatimizce farklı bir sonuca ulaşmak gerekir.

⁹¹ Kavram için bkz. aş. II/B/1/b/i.

⁹² Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)*, İstanbul: Vedat, 2009, s. 357-359; Paslı, Kontrol Sahibi, s. 347; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 271-272.

⁹³ Aksi yönde tespiti gerektiren bir hüküm, yönetim kontrolünde değişiklik hâlinde pay alım teklifi zorunluluğu öngören SerPK m. 26/2'dir. Mezkûr madde yönetim kontrolünün elde edildiği durumları *ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması* şeklinde belirtir, detaylı bilgi için bkz. Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 279 vd.; İsmail Türkyılmaz, *Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu*, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 42 vd.

⁹⁴ Paslı, Kontrol Sahibi, s. 345-346. Benzer görüşte, yönetim kurulunda belirleyici ölçüde söz sahibi olunmasını yönetim kontrolü şeklinde tanımlayan Türkyılmaz, Pay Alım Teklifi, s. 42.

olanağı şeklinde tanımlar⁹⁵. *Sönmez* için yönetim kontrolü, kontrol gücü sayesinde anonim ortaklığın stratejik yönetimine ilişkin karar ve uygulamaların hükmedici veya belirleyici etki altında yürütülebilmesidir⁹⁶. Avrupalı hukukçuların üzerinde uzlaştığı tanıma göre kontrol, diğer bir ortaklığın politikalarını ve kararlarını yönlendirebilme gücüdür⁹⁷.

Nasıl ki TFRS'nin kontrolü bizi güç ve getiri ilişkisine götürdüyse TTK teorisi de bizi belirleyici etki kavramına ulaştırır. Fakat ilkinin aksine ikincide herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bu nedenle neyin “belirleyici” olduğunu tespit etmek için teoriyi ortaya koymak gerekir. *Altay*'a göre belirleyici etki, ortaklık ajanlarına yön verecek olan kararlar üzerindeki etkidir. Hangi kararların bu kapsamda olduğu diğer bir teorik faaliyettir. *Sönmez* işe etkiyi derecelendirmekle başlar. Yazara göre şirketin alacağı kararlar üzerinde yol gösterici etki, yönlendirici etki, önemli etki, belirleyici etki ve hükmedici etki kurulması mümkündür. Kontrolü sağlayacak etki belirleyici ve hükmedici etkidir. Her iki yazar da kontrolü sağlayan etkinin stratejik kararların alınmasını sağlayan etki olduğu noktasında uzlaşır. Yoksa kontrolden bahsedebilmek için tüm kararları belirlemek şeklinde mutlak bir kudret aranmaz⁹⁸.

Aranacak olan etki, stratejik kararların alınmasını sağlayan derecedeki etkidir. Stratejik kararlar ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar olarak tanımlanabilir. Lakin kavramın hukuk normlarında karşılığı bulunmaz. Kanunda lafzen yer almamanın ötesinde, hukukun stratejik karar almaya bağladığı tekil bir sonuç da yoktur. Stratejik kararlara konu edilmesi gereken hususlar önemine binaen özel düzenlemelere konu edilmiş olabilir. Fakat bu düzenlemelerin stratejik karar kavramı ile doğrudan (ya da dolaylı) ilgisi kurulmamıştır. Bu açıdan ilişkili taraf işlemleri ile aynı kaderi paylaşır. Hangi kararların bu nitelikte olduğunu tespit etmek noktasında *Altay* tam bir liste verilemeyeceğini haklı olarak ifade eder. Yazara göre bazı kararlar niteliği gereği stratejik karar kabul edilecekken ortaklığın iradesiyle kendisine stratejik önem atfedilen kararlar da aynı şekilde stratejik birer karardır. O

⁹⁵ *Altay*, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 430.

⁹⁶ *Sönmez*, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 266.

⁹⁷ Peter Böckli/ Paul L. Davies ve diğerleri, “A Proposal for the Reform of Group Law in Europe”, European Business Organization Law Review, Y. 2017, S. 18, s. 10.

⁹⁸ *Altay*, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 435, 437; *Sönmez*, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 266, 268. Yazar kontrolü tanımlarken hem hükmedici hem de belirleyici etkiyi yeterli görmüştür. Fakat hükümlerin yorumunda, eğer mevzuatta aksi özel olarak belirtilmemişse kontrolün varlığı için hükmedici etkinin aranması gerektiğini, aksi takdirde kontrolün kapsamının çok genişleyeceğini savunmuştur (s. 269).

nedenle ortaklık özelinde somut değerlendirmede bulunulmalıdır⁹⁹. Bu durum bize objektif esaslı unsurlara taraf iradesiyle eklenen sübjektif esaslı unsurları hatırlatır¹⁰⁰.

Stratejik karar olarak nitelendirilen kararları almakta genel kurul kadar yönetim kurulu da yetkili olabilir. Hatta bu hususta yönetim kurulunun yetkilerinin daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Organlar arasındaki görev dağılımını incelediğimizde, TTK m. 374'e göre genel kurulun yetkisinde bırakılan konular dışında karar almaya yetkili organ, yönetim kuruludur. Ayrıca TTK m. 375'te yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri sayılmıştır. Bunlar içinde şirketin üst düzeyde yönetimi de vardır. Stratejik kararların alınması ise belli ölçüde üst yönetimin parçası olarak yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır¹⁰¹. Bu nedenle kontrole sahip olduğu söylenen kişinin yönetim kurulunun oluşumunda etkili olması, yeterli sayıda yöneticinin seçilmesini sağlayabilmesi beklenir¹⁰². Bununla beraber genel kurulun stratejik kararlara birkaç noktada temas ettiği söylenir. Zira nihayetinde yönetim kurulunun seçimi, finans politikalarında doğrudan etki doğuracağı aşikâr olduğu üzere sermayenin belirlenmesi (artırılması veya azaltılması) ve esas sözleşmenin, bu kapsamda işletme konusunun değiştirilmesi hususları genel kurulun yetkisindedir¹⁰³. Bu nedenle genel kurulda karar almayı sağlayan çoğunluk ile ortaklığın kontrolü arasında organik bir bağ görülür¹⁰⁴.

⁹⁹ **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 435-437, 441. Yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin seçilmesi, bütçenin belirlenmesi, iş planının ve yatırım planının oluşturulması, sermaye artırımı kararları ile pazara özgü haklara ilişkin kararlar niteliği itibarıyla stratejik kararlara örnek gösterilebilir.

¹⁰⁰ Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan asgari unsurlardan sübjektif esaslı noktalar, asgari unsurlardan biri olmasa da en azından taraflardan birinin sözleşmenin kurulması için gerekli gördüğü ikincil hususlardır, bu hususta bkz. M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1**, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul: Vedat, 2020, N. 245-246.

¹⁰¹ **Spadin**, s. 125-126. Keza ortaklığın iş planını hayata geçirecek olan da yönetim kuruludur. Bu nedenle yönetim organının oluşumunda söz sahibi olmayan bir kişi kontrolü haiz görülemez (**Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 451).

¹⁰² **Böckli et al.**, s. 13; **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 444. Bu imkânın hukuki araçların yanında fiili olgular ile de sağlanabileceği, her hâlükârda kontrolden bahsetmek gerekeceği yönünde **Sönmez**, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 265.

¹⁰³ **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 454; **Spadin**, s. 126-127. Yazara göre bu temas her hâlükârda kontrolle ilgili değildir. Yönetim kurulunun oluşumunu belirlemek ve buna paralel olarak alacağı kararları etkilemek mümkün olmadıkça kontrolün varlığından bahsedilemeyecektir. Fakat işletme konusunun çok dar belirlenmesi gibi yöntemlerle işletmenin faaliyetlerine yön verme imkânı genel kurulda bırakılmışsa bu sefer de kontrolün varlığından bahsetmek gerekecektir. Ortaklık içi düzenlemelerde alınan konuma göre yönetim kurulu dışında genel kurulda dahi kontrol gücü bulunabileceğinden somut olayı her şirket özelinde değerlendirme zorunluluğu kaçınılmazdır.

¹⁰⁴ Oğuz İmregün, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1962, s. 1; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 37.

ii. Müşterek kontrol

TMS 24.9 müşterek kontrolü tanımlamamış, bu konuda TFRS 11 – Müşterek Anlaşmalar’a atıfta bulunmuştur. TMS 13 ve 31’in yerini alan TFRS 11 esasen müşterek anlaşmalara taraf işletmelerin takip etmesi gereken finansal raporlama ilkelerini düzenler. Müşterek anlaşmalar iki şekilde ortaya çıkabilir: müşterek faaliyet ve iş ortaklığı¹⁰⁵. Standart bu türden anlaşmaları “müştereken kontrol edilen anlaşmalar” olarak tanımlamış, bir anlamda sistemi kontrol kavramı üstüne kurmuştur. Standartta göre müşterek kontrol, *bir anlaşma üzerindeki kontrolün sözleşmeye dayalı olarak paylaşılmasıdır. Bu kontrol, ilgili faaliyetlere ilişkin kararların kontrolü paylaşan tarafların oy birliği ile mutabakatını gerektirdiği durumda vardır*. TFRS’nin müşterek kontrol tanımında dikkate değer iki husus mevcuttur. Bunlardan ilki, kontrole iştirakin sözleşmeye dayanmasıdır¹⁰⁶.

Müşterek kontrolün sözleşmesel ilişkinin ürünü olması onu önemli etkiden ayırır. Sözleşmesel olmayan iş ortaklıkları da bu nedenle kapsamın dışındadır. Keza kontrolün somut olayın şartları uyarınca paylaşıldığı ihtimalde muhasebe standartları anlamında ortak kontrolden bahsedilemez, hukuki temeli bulunması zorunludur¹⁰⁷. Bu temel, diğer bir ifade ile kontrol doğrudan ya da dolaylı şekilde tesis edilebilir. Ek olarak kontrolün üzerinde icra edildiği iktisadi bir faaliyet bulunması gerekir. Sadece bu şartlar altında ilişkili tarafın varlığından bahsedilir¹⁰⁸.

Kontrolü tesis edecek hukuki ilişkinin borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olması mümkün olduğu gibi korporatif düzlemdeki enstrümanlar da bu amaçla kullanılabilir. Borçlar hukuku ilişkisine pay sahipleri sözleşmesi örnek gösterilebilir. Korporatif imkânlar ise iş ortaklığının yapılandırıldığı ortaklık türüne göre değişiklik gösterir. İmkânlardaki çeşitliliğe paralel olarak, akdedilecek sözleşmenin şekliyle ilgili muhasebe standartlarında düzenleme yapılmamıştır. Aynı şekilde, müşterek

¹⁰⁵ Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 784; Karğın, s. 61.

¹⁰⁶ Gençoğlu, s. 393; Özbek, s. 162; Spadin, s. 161-162; Küçük, s. 50; Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 784; Karğın, s. 64. Bir kavram olarak kontrol, getirileri önemli ölçüde etkileyen faaliyetleri yönetme imkânı ile ilişkilendirilmiştir (TFRS 11.8). Bu kapsam TFRS 10 ile uyumludur. Keza TFRS 11, Ek A da kontrol ve güç terimleri bakımından bu paralelliği temellendirir.

¹⁰⁷ Bu nedenle uyumlu eylemlerin varlığı ortak kontrolün tesisi için yeterli değildir. Pay alım teklifine (SerPK m. 26) ilişkin çalışmada Türkyılmaz bu durumu hükmün uygulama alanını daralttığı için eleştirir, bkz. Türkyılmaz, Pay Alım Teklifi, s. 45-46. Benzer bir eleştiri TMS 24 için de yapılabilir.

¹⁰⁸ Spadin, s. 158-162. Müştereken kontrol edenlerin odak işletmenin ilişkili tarafı olduğunun altını çizmek gerekir. Müşterek kontrolü paylaşan iki işletmenin ise birbirleri için ilişkili taraf sayılmadığı TMS 24.11’de açıkça belirtilmiştir.

kontrolün kaç kişi tarafından kullanılacağı belirtilmemiştir. Doğal olarak en az iki tarafın varlığı gerekecektir. Azami bir sayıdan ise bahsedilmez¹⁰⁹.

İkinci husus, müşterek kontrolün varlığı ile oy birliği arasında kurulan ilişkidir. Müşterek kontrol stratejik kararların alınmasında kontrolü paylaşan tarafların oy birliği aranıyorsa var kabul edilir¹¹⁰. Bu nedenle kontrol sahibi tarafların ortaklık haklarını koordineli bir şekilde kullanmaları beklenir. Yine bu kişiler kontrol yetilerini diğer ortaklardan bağımsız olarak kullanabilmelidir. Standardın bunun ötesinde bir de ekonomik bağımsızlığın bulunmasını aramadığı belirtilmektedir¹¹¹.

Standardın oybirliği kurgusu karar mekanizmasının işlerliğinde bazı riskler yaratır. En küçük fikir ayrılığında stratejik kararların alınamaması söz konusudur. Açıklanan şekildeki pat durumları (*pattsituationen*) ortaklıklarda pek arzulanan ve hukuki çözümlerinin hem önleyici hem de iyileştirici aşamalarda arandığı bir durumdur. Konumuz bakımından önemli olan ise şudur: Bu pat durumlarının nasıl aşılacağını gösteren mekanizmaların tanınmış olması ortak kontrolü ortadan kaldırır mı, yoksa mekanizmalarla bağdaşan ortak kontrol anlayışından söz edilebilir mi? *Spadin* bunun mümkün olduğunu, fakat öngörülen mekanizmanın nötr ve taraflara baskı uygulamayan nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir¹¹². Aksi takdirde gerçek anlamda bir ortak kontrolden bahsedilemez.

Stratejik olmayan hususlarda, özellikle günlük operasyonlara ilişkin alınacak kararlarda oybirliği aranmasına gerek yoktur. Bu operasyonların, kontrole sahip olan ortaklardan birinin ya da başka bir ortağın kontrolüne bırakıldığına sıklıkla şahit olunmaktadır. Bazen diğer ortaklar operasyonlardan o kadar uzak kalırlar ki stratejik kararların alınmasında *de facto* tek bir ortağın etkili olduğu görülür. Ortak kontrolün fiilen kullanılması gerekmediği, bu imkânın varlığı yeterli görüldüğü için bu sayılan durumlar dahi kontrol sahiplerinin ilişkili taraf sayılmasını engellemez. Keza kontrol

¹⁰⁹ **Spadin**, s. 164-166, 169. Yazar ayrıca, üç, dörtten fazla ortak sayısının pratik olmayacağı düşüncesindedir. Biz de bu görüşteyiz. Bununla beraber yazar bu görüşüne ortaklar arasında olması beklenen güven ilişkisini dayanak almıştır. Bize göre güven ilişkisinin mevcudiyetini sorguladığımız noktada bu denli düşük sayılardan bahsetmeye gerek yoktur. Fakat stratejik kararların alınmasında oybirliğinin aranmış olması karşısında aynı rakamların pratikliğe sınır çektiği kabul edilmelidir.

¹¹⁰ **Bodur**, s. 78; **Küçük**, s. 53; **Örten/ Kaval/ Karapınar**, s. 784. Bu durum TFRS 11.9'da ifade edilmiştir. Standartların önceki hâlinde aynı oybirliği finansal ve faaliyet politikalarına karar verilmesinde aranıyordu (**Spadin**, s. 168).

¹¹¹ **Spadin**, s. 162, 171.

¹¹² **Spadin**, s. 172-174. Anonim ortaklıklar bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 463.

sahibi olmayan ortaklara tanınan ve bu kişilerin yatırımlarını korumalarına yardımcı olan haklar da ortak kontrolün bulunmadığını söylemek için yeterli değildir¹¹³.

Müşterek anlaşma kavramı ayrıca muhasebe tekniğine uygun olarak, müşterek faaliyet ve iş ortaklığı şeklinde iki alt başlığa bölünmüştür (TFRS 11.14). Bir anlaşmanın bu iki alt gruptan hangisine dâhil olduğu, anlaşmanın içeriğine göre tespit edilir. Eğer taraflar müşterek anlaşmayla ilgili varlıklar üzerinde haklara ve borçlara ilişkin yükümlere sahiplerse müşterek faaliyetten; anlaşmanın net varlıkları üzerinde haklara sahip oldukları takdirde ise iş ortaklığından bahsedilmektedir¹¹⁴.

TFRS 11'in uygulanacağı tespit faaliyetlerinde, özellikle TMS 24'e doğrudan atıf yapılan durumlarda müşterek kontrolün yukarıdaki gibi anlaşılması bir ölçüde zorunludur. Yine de TMS 24.10 çerçevesinde yoruma imkân tanınmıştır. Bu nedenle ortaklıklar hukukunun müşterek kontrolü nasıl algıladığını muhasebe ilkelerinden bağımsız olarak ele almak faydalı olacaktır. Müşterek, ya da diğer ismiyle ortak kontrol, tam (tekil) kontrolden sadece kontrol sahibi kişi sayısı bakımından değil, aynı zamanda nitelik itibarıyla da ayrılır. Çünkü ortak kontrolü anlamlı kılan, aktif olarak kullanılan güçten ziyade pasif konumdaki güçtür. Bu pasif güç, kontrol sahibine stratejik kararların alınmasını engelleme yetisi, bir veto hakkı tanır. Böylece belirleyici etkinin oluşumunda kontrol sahiplerinden hiçbirinin iradesinin diğerine üstün gelmemesi sağlanır¹¹⁵. Bu nedenle ortak kontrolün sahipleri birbirlerine ihtiyaç duyarlar ve ihtiyaç kaynaklı dengede tüm kontrol sahipleri çoğunluk menfaatine dâhil olur.

Yukarıdaki açıklamalarımızda kontrol kavramı ile stratejik kararlar arasında bağlantı kurmuştuk. Yine aynı kısımda bu kararların bir kısmı için yönetim kurulu yetkili iken, bir kısım kararın genel kurulun devredilemez yetkilerinin kapsamında kaldığını ifade etmiştik. Bir görüşe göre, ortak kontrolden bahsedebilmek için hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda alınacak stratejik kararların kontrolün kapsamında olması gerekir¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise iradenin genel kurulda nasıl

¹¹³ Spadin, s. 168, 170.

¹¹⁴ Küçük, s. 50-51; Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 788. Bu ayırmada anlaşmanın yapısal ve hukuki biçimine, hükümlerine ve ilgili diğer durum ve koşullara bakılmaktadır. İş ortaklığı kavramı için bkz. aşa. II/B/2/a/i.

¹¹⁵ Altay, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 429, 433, 460 vd.; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 270.

¹¹⁶ Altay, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 458.

oluştduğundan ziyade, stratejik kararların yönetim kurulunda nasıl alındığına bakmak gerekir¹¹⁷.

Ortak kontrolün tesisinde çeşitli hukuki enstrümanlar kullanılabilir. Sınırlayıcı olmamakla birlikte, oy hakkı, veto hakkı, imtiyazlar ve yetersayı düzenlemeleri bu enstrümanlara örnek gösterilebilir¹¹⁸. Fark edileceği üzere sayılanların hepsi ortaklık esas sözleşmesi ile doğrudan ilintilidir. O nedenle ortak kontrolün tesisinin korporatif bir altyapısının bulunması – kural olarak – gerekecektir.

Müşterek kontrolü tesis eden, fakat korporatif olmayan araçlar arasında ise oy sözleşmeleri öne çıkar. Zira bu sözleşmeler sayesinde kontrolün mevcut olmadığı ortaklıklarda çok çeşitli ve hatta beklenmedik ortak kontrol sinerjileri yaratılabilir. Örnek olarak, A'nın %45, B'nin %6, C'nin ise %49 oranında pay sahibi oldukları bir anonim şirkette A ve B'nin beraber hareket etmek ve o doğrultuda oy kullanmak yönünde bir anlaşma akdettiklerini düşünelim. Bu durumda A ve B, müşterek kontrolü haiz kişiler olarak ilişkili birer taraf iken, C bu konumda olmayacaktır¹¹⁹.

b. Önemli Etki

TMS 24.9 güncel hâlinde önemli etkinin TMS 28'de tanımlanan anlamıyla kullanıldığını belirtir¹²⁰. Söz konusu standart, iştiraklere ve iş ortaklıklarına yapılan yatırımların muhasebeleştirilmesi hâlinde uygulanacak özkaynak yöntemini izah eder (TMS 28.1). Bu kapsamda öncelikle müşterek kontrol kavramı tanımlanmış, burada TFRS 11 ile uyumlu hareket edilmiştir. Önemli etki ise, *yatırım yapılan işletmenin finansal ve faaliyetle ilgili politikaların belirlenmesi kararlarına katılma gücü olup bu politikaları tek başına ya da bir başka taraf ile müşterek kontrol etme gücünü ifade etmemektedir*. Buna göre önemli etki bir katılma gücü olarak tanımlanır, fakat bu gücü haiz olanın mali ve faaliyet politikalarını kontrol ettiği söylenemez¹²¹.

¹¹⁷ Spadin, s. 176 vd.

¹¹⁸ Altay, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 467 vd.; Sönmez, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 270-271.

¹¹⁹ Örnek için Spadin, s. 163. Ayrıca Altay, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 473, 536-537.

¹²⁰ Değişiklik öncesi IAS 24'te yer verilen tanımla IAS 28'deki tanım arasında esasa dönük hiçbir fark olmadığı yönünde Spadin, s. 191.

¹²¹ Ataman Akgül/ Akay, s. 138; Gençoğlu, s. 325, 393; Özbek, s. 154-155; Spadin, s. 187 vd. Bu noktada terminoloji yönünden bir tespitte bulunmak gerekir. Görüldüğü üzere önemli etkide açıkça finansal ve faaliyetle ilgili politikalardan bahsedilmiştir. Burada kontrolün değişiklik öncesi tanımıyla doğrudan bir ilişki söz konusudur. Söz konusu ilişki nedeniyledir ki, kontrolün kapsamında olması gereken kararlar nasıl belirlenirse belirlensin, kabul edilen kapsamın önemli etki bakımından da uygun

Standartta karşımıza çıkan müşterek kontrol – önemli etki ayrımı esasen bir sınıflandırma meselesidir. TMS 28.3’e bakıldığında müşterek kontrolün bulunduğu durumlarda iş ortaklığı, önemli etkinin bulunduğu hâllerde ise iştirak oluşur¹²². Ortak kontrolü önemli etkiden ayırmak hem her hâlükârda birden fazla kişinin mevcut olması hem ilişkinin sözleşmesel temeli bulunması nedeniyle çoğu ihtimalde sorun teşkil etmez. Fakat kontrol ile önemli etkinin sınırını çizmek zordur. *Spadin* farkın etkinin yoğunluğunda olduğunu, niteliksel değil niceliksel farklılık bulunduğunu ifade eder¹²³.

Önemli etkinin detaylı tanıtımı 5 ila 9’uncu paragraflar arasında yapılmıştır. Bu düzenlemeler incelendiğinde kanaatimizce önemli etkinin üç kaynağından bahsetmek mümkündür. Bunlar oy hakkı, potansiyel oy hakkı ve (bizce adlandırıldığı şekliyle) yönetsel yetiye etki eden fiili durumdur. Önemli etkiyi tesis eden oy oranı TMS 28.5’de asgari yüzde 20 olarak belirlenmiştir¹²⁴. Bununla beraber yüzde yirmilik etki eşiği bir karineden ibarettir. Her hâlükârda kaynakların TMS 24.10 perspektifinde, şekli değil esasa dönük bir incelemeye tâbi tutulması gerekecektir. Gerçekten bu oy oranına rağmen önemli etkinin mevcut olmadığı ortaya konulabileceği gibi daha düşük oy oranlarında dahi önemli bir etkinin bulunduğu kabul edilebilir¹²⁵. Özellikle pay sahipliği yapısının dağınık ve payların atomize olduğu ortaklıklarda çok daha düşük oranlarla önemli etki tesis edilebilir. Çünkü bu ihtimalde pay sahibi kendi oyunun genel kurul kararlarına etki etmeyeceğine inanır ve toplantıya katılmaktan ekseriyetle imtina eder¹²⁶.

Aynı düzenlemeye göre, *işletmeye başka bir yatırımcı tarafından önemli tutarda veya mutlak çoğunlukla sahip olunması* önemli etkinin bulunmasına engel değildir. Diğer bir ifade ile, kontrol ve önemli etki başka kişiler tarafından aynı anda kullanılabilir. Bununla beraber kontrolün önemli etkiyi ortadan kaldırmamış olması gerekir. Öğretide verilen bir örnekte (A), (B)’de %36 oranında pay sahibidir. Aynı

olması ve uygulanması gereklidir. Aksi takdirde standartlar nezdinde kurulmak istenen yapıya aykırı bir belirleme yapılmış olur.

¹²² Tanımlar için ayrıca **Bodur**, s. 77-78; **Örten/ Kaval/ Karapınar**, s. 383-384; **Gençoğlu**, s. 324.

¹²³ **Spadin**, s. 193, 194.

¹²⁴ **Bodur**, s. 209; **Örten/ Kaval/ Karapınar**, s. 384; **Spadin**, s. 191.

¹²⁵ **Karğın**, s. 76. Bunun için kuvvetli delillerin bulunması gerektiği yönünde **Örten/ Kaval/ Karapınar**, s. 384; ayrıca bkz. **Spadin**, s. 198 vd. Yazar standardın yüzde 20 pay sahipliği oranı ile çizdiği sınırın aksinin kabul edilebilmesi için farklılığın somut olayda “açıkça” ortaya konulmasını arar. Bu nedenle sadece bir şüphenin varlığı hâlinde oransal yaklaşımı benimsemek doğru olur.

¹²⁶ **Özbek**, s. 163; Sibel Hacımahmutoğlu, “AT Komisyonu’nun Ortaklığın Kontrolünü Ele Geçirme Aracı Olarak Pay Alım Önerisine İlişkin 13. Ortaklıklar Hukuku Yönerge Teklifi Üzerine Bir İnceleme”, *Batider*, Y. 2001, C. XXI, S. 1, s. 101.

zamanda (B), (V)'nin bağı ortaklığıdır. Zira (V), (B)'nin paylarının %55'ini haizdir. (B)'nin genel kurul toplantısında eğer (A) hiçbir etki gösterememiş, finans ve faaliyet politikaları üzerinde etkili olmamışsa artık iştirakten değil, bağı menkul kıymetten bahsedilir¹²⁷. Bu nedenle önemli etkinin diğer yönetsel yeti türleri ile birlikte bulunabileceği kural olarak söylenirken çoğu somut olayda önemli etkinin ortadan kalkacağını da kabul etmek gerekir.

Potansiyel oy hakları ise standardın ifade ettiği şekliyle *ilave oy gücü veren ya da başka bir tarafın oy gücünü azaltan* haklardır. Standartta potansiyel oy haklarının kaynağı olarak hisse senedi varantları, opsiyonlar ve adi hisse senedine dönüştürme hakkı veren finansal araçlar örnek gösterilmiştir (TMS 28.7). Bunların önemli etkinin tespitinde dikkate alınması için tespitin yapıldığı anda kullanılabilir veya dönüştürülebilir olması gerekir. İlişkinin özünün dikkate alınması yönündeki prensibin bir diğer uygulaması potansiyel oy haklarında söz konusudur. Zira bu hakların önemli etkiye katkısının ölçülmesi noktasında yönetimin bu hakları kullanma isteği ve finansal yeterliliğiyle birlikte diğer tüm etkenler dikkate alınır (TMS 28.8).

Standartta son olarak, odak işletmenin faaliyetine bazı katılım biçimlerinin de önemli etki yaratacağı belirtilmiştir. TMS 28.6 uyarınca bunlar aşağıdaki gibidir¹²⁸: (a) Yatırım yapılan işletmenin yönetim kurulu ya da eşdeğer idari organında temsil edilme, (b) Temettüleri ya da diğer dağıtım kararları dahil olmak üzere, işletmenin politika belirleme süreçlerine katılma, (c) Yatırımcı işletme ile yatırım yapılan işletme arasında önemli işlemlerin gerçekleştirilmesi, (d) İşletmeler arasında yönetici personel değişimi, (e) İşletme için gerekli teknik bilginin sağlanması. Anılan durumlardan birinin varlığı önemli etkinin kabulü için yeterli görülür¹²⁹. Bununla beraber yapılan sayım etkinin tespitine dönük incelemeyi gereksiz kılacak kuvvette değildir. Keza bu hâllerin önemli etkiyi yaratma gücü zayıftır. Bu nedenle kararlara katılma gücünün somut olay özelindeki analizi ayrı önem arz eder. Bu noktada ise etkinin fiilen kullanılıp kullanılmamasının ilişkili taraf kabul edilmek bakımından

¹²⁷ Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 402.

¹²⁸ TMS 28.6'nın ilk cümlesi "Aşağıdaki hususların bir ya da birden fazlasının varlığı halinde bir işletmenin önemli etkisinin bulunduğu kabul edilir." şeklinde iken IAS 28.6'nın ilk cümlesi "The existence of significant influence by an entity is usually evidenced in one or more of the following ways." şeklindedir. Görüldüğü üzere Türkçe metinde bir "kabul etme" hâlinen bahsedilirken, orijinal metinde "genellikle kanıt olma" durumu mevcuttur. Bu başlık altındaki açıklamalarımız düzenlemenin mehazi ekseninde okunduğu takdirde daha anlamlı olacaktır.

¹²⁹ Örten/ Kaval/ Karapınar, s. 384.

önemi yoktur. Standardın getirdiği düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, bir işletmenin “büyük” ortağı kadar yönetim kurulu üyeleri, hatta bazı diğer yöneticileri de önemli etkiyi haiz olabilir. Önemli etkiye tek bir kişi sahip olabileceği gibi, birden fazla kişinin sahip olması da mümkündür¹³⁰.

Ortaklıklar hukuku hükümleri önemli etki kavramına geniş bir yer ayırmaz. Bununla beraber kavramın tamamen yabancı olduğu söylenemez¹³¹. Pay sahiplerinin konumunun kontrol, hâkimiyet ya da çoğunluk ifadeleriyle¹³² tanımlanması uygun görülmediğinde ve fakat bir sınıflandırma mecburiyeti karşısında önemli etki kavramına rastlanır. Yönetim üzerindeki etkiyi derecelendiren *Sönmez*, hükmedici ve belirleyici etkinin altına yerleştirdiği önemli etkiyi kontrol sağlamayan (= hükmedici veya belirleyici etki düzeyinde olmayan), fakat işletmenin finansal ve faaliyet politikalarının belirlenmesine katılma gücü veren etki olarak tanımlar¹³³. Diğer bir örnekte *Cheffins* blok pay sahiplerini, ortaklık faaliyetleri üzerinde önemli bir etki icra etmeye imkân veren miktarda oy hakkına sahip tek ya da bir grup pay sahibi olarak tanımlar¹³⁴. Biz de çalışmamızın devamında blok pay sahipleri kavramını bu çerçevede kullanacağız.

c. Kilit Yönetici Personel

Odak işletmenin veya onun ana ortaklığının kilit yönetici personeli (*Schlüsselperson*) odak işletme ile ilişkili taraf kabul edilmiştir. Kilit yönetici personel ise TMS 24.9’da tanımlanmıştır. Buna göre *işletmenin, (idari ya da diğer) herhangi bir yöneticisi de dahil olmak üzere, faaliyetlerini planlama, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan kişiler*, o işletmenin kilit yönetici personeli.

İfade açık değildir¹³⁵. Yönetim kurulu üyelerinin ve genel müdür gibi üst düzey yöneticilerin kapsama dâhil olduklarında şüphe yoktur. Bunlar ifadenin şekli yönüyle kilit yönetici personel grubundadır. Yine yöneticiler “*idari ya da diğer*” demek

¹³⁰ *Özbek*, s. 155; *Dönmez*, s. 85; *Spadin*, s. 192, 194-195.

¹³¹ Bir görüşe göre önemli etkiyi TTK m. 360 çerçevesinde anlamlandırmak gerekir (*Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 39). Bize göre TMS 28’in kapsayıcı çerçevesi karşısında daha geniş bir yorumun benimsenmesi elzemdir.

¹³² Bu terimlerin TTK dâhilindeki anlamları ve birbirlerinden farkı için bkz. aşağı. II/B/1/b/i.

¹³³ *Sönmez*, Yönetim Kontrolü Kavramı, s. 273.

¹³⁴ Brian R. Cheffins, “*The Undermining of UK Corporate Governance (?)*”, Oxford Journal of Legal Studies, Y. 2013, C. 33, S. 3, s. 504.

¹³⁵ *Özbek*, s. 156-157.

suretiyle ikiye ayrıldığı ve topyekûn kapsama alındığı için işletmenin faaliyetlerini yönetmeyen, bunlara yön vermeyen yöneticiler de ilişkili taraftır. Bunun yanında işlev (fonksiyon) odaklı incelemeyle diğer bazı görevlilere de ilişkili taraf konumu öngörülmüştür. Buna göre işletmenin stratejilerinin geliştirilmesinde, operasyonların yürütülmesinde ve denetim görevlerinin icrasında görevli olan kişiler ilişkili taraftır. Tüm bu sayılanların ilişkili taraf sıfatı mevcut pozisyonlarına bağlı olduğundan, görevin sona ermesiyle beraber ilişkili taraf sıfatı da son bulur¹³⁶. Ek olarak öğretide bir görüş, işletmenin stratejik planları ve faaliyetleri gibi konularda kendisine bilgi verilen kişilerin bu nedenle kilit yönetici personel kabul edilmesini savunmaktadır¹³⁷.

Anonim ortaklıklarda kilit yönetici personel öncelikle yönetim kurulu üyesidir (OR 716/II). Yönetim kurulunun yönetim yetkisini devretmesi mümkün olduğundan, kendilerine yetki devri gerçekleştirilen kişiler de yine şekli sınıflandırma kapsamında kilit yönetici personele dâhildir¹³⁸. Ek olarak anonim ortaklığın yönetim sürecine bir şekilde dâhil olan ve stratejik kararları alan ya da bu kararların alınmasında etkili olan kişiler de kilit yönetici personelin bir parçasıdır. *Spadin*'e göre kriter, ortaklığın yönetim iradesinin oluşumunda önemli bir etkinin bulunmasıdır. Kriter bu şekilde ortaya konulunca, sağladıkları finansman karşılığında borçlu ortaklığa müdahale etme imkânı kazanan, bu imkânın kredi sözleşmesi dâhilinde kendisine tanınmasını sağlayan kuruluşlar, özellikle bankalar akla gelmektedir¹³⁹. Bu noktada TMS 24.11 hükmüne dikkat çekmek gerekir. Mezkûr düzenlemenin (c) bendine göre finansman sağlayanlar (ile sendikalar, kamu hizmeti şirketleri, devlet makamları ve mercileri¹⁴⁰) işletmenin serbest hareket etmesini etkileyebilecek ya da karar alma sürecine dahil olabilecek olsalar dahi ilişkili taraf sayılmazlar. Kontrolün veya önemli etkinin varlığı hâlinde ise elbette ki bunlar da ilişkili taraftırlar.

Kilit yönetici personele kimlerin dâhil olduğu bir kere tespit olunduktan sonra, bu kişilerle akdedilen işlemlerin TMS 24 uyarınca açıklanması gerekir. Bu noktada ücret ödemeleri özellikle anılmalıdır. TMS 24.17 uyarınca ödenen ücretlerin toplam olarak açıklanması gerekli ve yeterlidir¹⁴¹.

¹³⁶ *Spadin*, s. 206-208.

¹³⁷ *Özbek*, s. 162.

¹³⁸ *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 41.

¹³⁹ *Spadin*, s. 209-214.

¹⁴⁰ Bu sayılanlar hakkında bilgi için bkz. aşağı II/C.

¹⁴¹ Açıklamaların bazı ülke uygulamalarında olduğu gibi daha fazla bilgi içermesi gerektiği görüşünde *Özbek*, s. 180.

2. Kişi ve Yakın Aile Üyeleri

TMS 24 sadece yönetsel yetiyi bizzat haiz olanın değil, onunla aynı etki alanını paylaşan yakınlarının da ilişkili taraf olarak kabulünü öngörmüştür. Kanaatimizce bu, ilişkili tarafın kapsamını ciddi bir şekilde artıran¹⁴², fakat faydaları azımsanamayacak bir tercih olmuştur. Benzer tercihlerin yer yer TTK'da da yapıldığı hatırlanmalıdır.

Standart kimlerin ilişkili taraf kabul edileceği noktasında yakın aile üyesini ayrıca tanımlar. Buna göre bir bireyin yakın aile üyeleri, *işletme ile ilgili işlemler üzerinde etkisi olması ya da işlemlerden etkilenmesi beklenen aile bireyleridir*. Bu kapsamda bireyin eş ve çocukları, eşinin çocukları ve bireyin ya da bireyin eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler yönetsel yetiyi haiz olan ilişkili tarafın yakın aile üyesi kapsamındadır.

Söz konusu düzenleme hem bir kriter getirmiş hem de kimlerin kapsamda olduğuna dair sayım yoluna gitmiştir. Söz konusu kritere göre ilişkili kişinin odak işletme ile arasındaki işlemleri etkileyebilecek aile bireyleri de ilişkili taraftır. Etkiyi bilfiil kullanmak zorunlu değildir, etkileyebilme ihtimali yeterli görülmüştür. Her ne kadar düzenlemede aile bireylerinden bahsedilse de hısımlık ilişkisi bulunmasının her zaman şart olmadığı savunulur. Bu nedenle düzenlemede geçen aile bireyleri kavramı yanıltıcıdır. Düzenlemenin devamında yapılan sayımda ise hükmün önceki kısmının aksine hısımlık ilişkisi ağır basar, evlilik ve altsoy – üstsoy hısımlık ilişkileri esas alınır. Bu sayılanlar başkaca koşul aranmaksızın, gelir durumlarına ve yaşlarına bakılmaksızın yakın aile üyesi kabul edilir¹⁴³.

TMS 24'te bireyin eşi olarak tabir edilen kimseler, IAS 24'te “*spouse or domestic partner*” olarak ifade edilmiştir. Öğretide “domestik” bir birlikteliğin tarafları, yani aynı ev hayatını paylaşan kişiler kapsama dâhil kabul edilmekte ve medeni hukuk anlamında birlikteliğin zorunlu olmadığı söylenmektedir¹⁴⁴. Bize göre, TMS'de karı ve koca tabirlerinin kullanılmadığı da gözetildiğinde benzer bir yorum Türk muhasebe standartları için yapılabilir. Zira önemli olan, etki düzlemindeki şahsi genişlemelerin ilişkili taraf kavramına dâhil edilmesidir. Ülkemiz gerçeğinde özellikle “imam nikahı” diye tabir edilen seremoni yoluyla birliktelik yaşayan, fakat medeni hukuk anlamında aile oluşturmayan kişiler birbirlerinin yakın aile üyesi

¹⁴² Özbek, s. 157.

¹⁴³ Özbek, s. 160; Spadin, s. 217-219.

¹⁴⁴ Spadin, s. 219.

olacaklardır. Bu anlamda “nişanlı” da kapsama dâhil görülmektedir¹⁴⁵. Fakat evlilik birliğinin sona ermesi (boşanma) hâlinde ilişkili taraf sıfatı da son bulacaktır.

Odak işletmeyle ilişkili olan tarafın veya eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler ise hayatını idame ettirebilmesi için ilişkili tarafın ya da eşinin yardımına ihtiyaç duyan, ekonomik anlamda bu sayılanlara bağımlı kimselerdir. Bu kişilerle bir hısımlık ilişkisi bulunması zorunlu olmamakla birlikte¹⁴⁶, örnek olarak geliri belli bir seviyenin altındaki anne ve baba gösterilebilir. Bireyin kardeşlerinin düzenleme kapsamında olup olmadığı ise tartışmalıdır¹⁴⁷.

Düzenlemenin sayıma ilişkin kısmında açıkça zikredilen eş, çocuklar ve bakmakla yükümlü olunan kişilerin yakın aile üyesi kabul edilmemesinin mümkün olup olmadığı IAS 24 çerçevesinde tartışılmıştır¹⁴⁸. Kanaatimizce bu tartışmanın TMS nezdinde anlamı yoktur. Zira sayılan kişilerin yakın aile üyesi oldukları mutlak anlamda kabul edilmiştir. Elbette ki kimlerin eş olarak kabul edileceği veya bakmakla yükümlü olunan kişilerin nasıl tespit edileceği birer yorum meselesi olarak kalmaya devam edecektir. Fakat bu tespiti takip eden aşamada ayrıca bir değerlendirme yapılmayacak, bir kere kapsamda olduğu tespit edilen kişiler doğrudan yakın aile üyeleri arasına girecektir.

B. İlişkili İşletmeler

Yukarıdaki açıklamalarımızda TMS 24’ün raporlayan işletme olarak ifade ettiği konumu odak işletme olarak adlandırdığımızı belirtmiştik. Çalışmamızda bu odak işletme esasen bir anonim ortaklıktır. Bu anonim ortaklığa yönetsel yetiyle bağlı olan gerçek kişiler ile bu gerçek kişilerin bazı yakınları TMS 24.9’un (a) bendi uyarınca ilişkili taraf olarak kabul edilmişlerdi. Fakat ilişkili taraflar bu gerçek kişiler ile sınırlı değildir. Bir odak işletmenin (çalışmamız açısından bir anonim ortaklığın) bazı yönlerden bağlantılı olduğu işletmeler de yine o anonim ortaklığın ilişkili tarafı kabul edilir. Bunların anonim ortaklık şeklinde örgütlenmesi ise kesinlikle zorunlu değildir. Kapsamı düzenleyen TMS 24.9, bent (b) uyarınca¹⁴⁹ *aşağıdaki koşullardan herhangi birinin mevcut olması halinde işletme raporlayan işletme ile ilişkili sayılır:*

¹⁴⁵ Aksoy, s. 28, dn. 46.

¹⁴⁶ Spadin, s. 219.

¹⁴⁷ Özbek, s. 160.

¹⁴⁸ Bu tartışma için bkz. Spadin, s. 220 vd.

¹⁴⁹ İlişkili işletmelerle ilgili değişiklik öncesi düzenleme ve değişiklik tasarısı hakkında bilgi için bkz. Spadin, s. 222 vd.

(i) İşletme ve raporlayan işletmenin aynı grubun üyesi olması halinde (yani her bir ana ortaklık, bağlı ortaklık ve diğer bağlı ortaklık diğerleri ile ilişkilidir). (ii) İşletmenin, diğer işletmenin (veya diğer işletmenin de üyesi olduğu bir grubun üyesinin) iştiraki ya da iş ortaklığı olması halinde. (iii) Her iki işletmenin de aynı bir üçüncü tarafın iş ortaklığı olması halinde. (iv) İşletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması halinde. (v) İşletmenin, raporlayan işletmenin ya da raporlayan işletmeyle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planlarının olması halinde. Raporlayan işletmenin kendisinin böyle bir planının olması halinde, sponsor olan işverenler de raporlayan işletme ile ilişkilidir. (vi) İşletmenin (a) maddesinde tanımlanan bir kişi tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi halinde. (vii) (a) maddesinin (i) bendinde tanımlanan bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde. (viii) İşletmenin veya onun bir parçası olduğu grubun başka bir üyesinin, raporlayan işletmeye veya raporlayan işletmenin ana ortaklığına kilit yönetici personel hizmetleri sunması.

Düzenleme TMS 24'te yıllar içinde yapılan değişiklikler sonucunda mevcut karmaşık yapısına bürünmüştür. Bununla birlikte yukarıda sayılan durumları üç ana başlık altında incelemenin hem mümkün hem de faydalı olduğu kanaatindeyiz. Bu başlıklar sırasıyla “şirketler grubu üyeleri”, “iş ortaklığı veya iştirak hâlindeki işletmeler” ve “aynı gerçek kişiyle ilişkili işletmeler” şeklindedir. Tercih ettiğimiz bu yöntemin (en azından ilk iki başlığın) finansal raporlama standartlarının ortaya koyduğu sistem ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına, bazı kavramları kısaca tanıtacağız. İlk olarak, üretim gücünde artış ve süreklilik sağlayan tüm harcamalar bir tür yatırım olarak kabul edilmektedir. Bunlar doğrudan (reel) ve finansal yatırımlar olarak ikiye ayrılır ve işletmenin doğrudan (reel, gerçek) bir faaliyette bulunmaksızın diğer işletmelerin faaliyetlerine bir şekilde katılımı finansal yatırım olarak görülür. Yatırımcı işletmeye bir etki ya da kontrol sağlamayan yatırımlar pasif yatırım iken, yatırımcının en azından önemli etkinliğinin olduğu finansal yatırımlar aktif yatırım olarak sınıflandırılır. Aktif yatırımlar ise kendi içinde iştirakler, bağlı ortaklıklar ve iş ortaklıkları olarak üçe ayrılır¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Bu bilgiler için **Deniz/ Bahadır**, s. 45-46.

1. Şirketler Grubu Üyeleri

Bu başlık yukarıda sayılan sekiz bentten sadece ilkinin karşılık gelmekle birlikte belki de aralarında en hacimli olandır ve birçok yönden bağımsız bir incelemeyi hak eder¹⁵¹. Standarda göre aynı grubun üyesi olan işletmeler ilişkili taraftır, ki bu da ana ve bağlı ortaklıkların her birinin diğerinin ilişkili tarafı olmasını ifade eder¹⁵². Düzenleme şirketler grubu, ana ortaklık ve bağlı ortaklık eksenindedir. Bununla beraber Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğundan, hâkim şirketten ve bağlı şirketten bahsedilir.

a. TMS Uyarınca Şirketler Grubu ve Üyeleri

Ana ortaklık ve bağlı ortaklık kavramları muhasebe düzeninde TFRS 10'da tanımlanmıştır. Buna göre ana ortaklık bir veya daha fazla işletmeyi kontrol eden işletme iken, başka bir işletme tarafından kontrol edilen işletmeler ise onun bağlı ortaklıklarıdır. Bu tanımlara TFRS 10'un eki olan "Ek A – Tanımlanan terimler" bölümünde yer verilmiş olup bu ekin TFRS'nin ayrılmaz parçası olduğu aynı yerde ifade edilmiştir. Yine burada "grup", ana ortaklık ve onun bağlı ortaklığı olarak tanımlanmıştır. Fakat sayılanların yanında kontrol gücüne sahip olunan iştirakler ile diğer ortaklıklar da konsolidasyon işleminin bir parçasıdır¹⁵³.

Ana ortaklık ve bağlı ortaklık ilişkisinin, diğer bir ifade ile şirketler grubunun varlığının en önemli sonucu, konsolide finansal tabloların hazırlanmasının zorunlu hâle gelmesidir. Bu tablolar grup hakkındaki finansal bilgileri tek bir şirketmiş gibi sunar¹⁵⁴. Burada tüzel kişiliğin ayrılığı prensibi başta olmak üzere hukuki nitelermeler ve ilkeler bir ölçüde arka plana atılmaktadır. Bu sayede işletmesel bütünlüğü toplu olarak değerlendirme imkânı doğar. Bu noktada grup içi işlemlerin, tüzel kişiliklerin birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı hak ve borçlarının önemini yitirdiği anlaşılır.

Görüldüğü üzere şirketler grubu kontrol kavramı üzerine kurgulanmıştır. Bahsi geçen kontrol yukarıda TFRS 10 düzleminde ele alınmıştır. Tekrardan kaçınmak için

¹⁵¹ Öyle ki *Commonwealth* ülkelerinde bu durum *related companies* tabiriyle açıklanır ve daha geniş kapsamı olan *related parties* kavramıyla karıştırılmaması gerektiği söylenir, bkz. **Chong/ Dean**, s. 86.

¹⁵² Benzer yönde Sönmez Yusuf Ziyaeddin Sönmez, "TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO'da Malvarlığının Korunması Sorunu", Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 271.

¹⁵³ **Mortaş/ Denk**, s. 42. İş ortaklığı ve iştirak kavramları için bkz. aşa. II/B/2/a/ii.

¹⁵⁴ **Deniz/ Bahadır**, s. 69; **Örten/ Kaval/ Karapınar**, s. 758-759; **Mortaş/ Denk**, s. 11; **Kargın**, s. 50-51.

ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁵⁵. Önceki açıklamalarımıza ek olarak, TMS 24.9'un ilgili alt bendinde aynı grup üyelerinin birbirleri için ilişkili taraf sayıldığıının altını çizelim. Bu nedenle konsolidasyona dâhil olan tüm işletmeler değil, sadece ana ortaklık ile bağlı ortaklık birbirleri için (ve bağlı ortaklıklar kendi aralarında) ilişkili taraftır. Elbette ki diğer bazı işletmeler başka alt bentler uyarınca grup şirketlerinin bir kısmıyla ilişkili taraf olabilir. Buradaki değerlendirmenin ilgili alt bent ışığında yapılması gerekecektir.

b. TTK Uyarınca Şirketler Topluluğu

Türk Ticaret Kanunu şirketler topluluğunu 195 vd. maddelerinde açıkça hükme bağlamıştır. 6102 sy. TTK ile hukuk sistemimize katılan bu düzenlemelerde şirketler topluluklarına dogmatik bir düzen kazandırılmıştır. Böylece topluluk üyeleri arasında sıklıkla gerçekleşen ve belli menfaat grupları için tehlike arz eden ilişkilerin belli bir dengeye oturtulması amaçlanmıştır. Lakin hükümlerin getiriliş nedeni bununla sınırlı değildir. Topluluk üyeleri arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaatler dengesi temelinde kurallara bağlanması, üçüncü kişiler nezdinde yaratılan güvenin kötüye kullanılmasının engellenmesi, topluluğun bütünsel politika altında etkili yönetilebilmesinin sağlanması ve bağlı şirket yöneticilerinin bu özellikli durumlarının dikkate alınması gibi muhtelif amaçlar TTK m. 195 vd. hükümlerinin öngörülme sebebini oluşturur¹⁵⁶.

Ortaklıklar hukukunun topluluk anlayışı daha amaç noktasında iken finansal raporlamanın konsolidasyon anlayışından ayrışır¹⁵⁷. Zira TTK hükümlerinin ağırlığı hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklı kayıpların ve topluluğu kayba götüren süreçteki muhtelif aşamanın üzerindedir. Fakat biz bu başlık altında devam hükümlerini değil, TTK m. 195'i ele alacağız. Hedefimiz şirketler topluluğundan ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek olup çalışma iki temel kavram etrafında şekillenecektir: hâkimiyet ve topluluk.

¹⁵⁵ Bkz. yuk. II/A/1/a/i.

¹⁵⁶ Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat, 2015, N. 23-04; Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: On İki Levha, 2009, s. 13-15; Cafer Eminoglu, **Konzern/ Gesellschaftengruppe**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 144-145; İrfan Akın, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2014, s. 28-29. Ayrıca toplu bir sayım için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 1999.

¹⁵⁷ Karş. aksi yönde **Uygun**, s. 42. Yazar her iki düzenlemenin de bağlı şirketin finansal ve faaliyet politikalarının yönetilmesini amaçladığı görüşündedir. Biz yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle bu görüşe iştirak edemiyoruz.

i. Hâkimiyet

Farklılıkların bir uzantısı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda kontrol kavramının yerini hâkimiyet ilişkisi alır. Bir görüşe göre hâkimiyet, hâkim konumunda olanın, hâkimiyet araçlarını kullanarak bağlı ortaklıklarına istediği kararı aldırabilmesi, bir anlamda bağlı ortaklıkları arzu ettiği doğrultuya yöneltebilmesi kabiliyetidir. Burada yöneltme fiiline özel bir anlam yüklenmiştir. Diğer bir tanıma göre ise yönetim ve temsil yetkisini kapsayacak şekilde tüm ortaklık işlerinde kontrolü altında tutmayı ifade eder¹⁵⁸. Kavramı muhasebe standartları ışığında anlamlandıranlar hâkimiyeti faaliyet ve finans politikalarının tespitinde, özellikle işletmenin faaliyet konusunun elde edilmesini sağlayan faaliyetlere, yatırım harcamalarına, bütçenin planlanmasına ve temettü dağıtımına ilişkin temel kararların alınmasında belirleyici etkiye sahip olmak şeklinde tanımlar¹⁵⁹.

Hangi şartlar altında bir ortaklığın hâkim şirket addedildiği ise TTK m. 195'in ilk iki fıkrasında belirlenmiştir. İlk fıkra dört kesin karine öngörür. Somut olayda bu sayılanlardan birinin mevcut bulunması durumunda hâkimiyet kanunen kabul edilir ve artık aksi ispat olunamaz¹⁶⁰. Bu dört hâl kısaca, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak; yönetim organında karar alabilen çoğunluğu seçebilmek; sözleşme vasıtasıyla oy haklarının çoğunluğuna yön vermek; ortaklığı hâkimiyet altında tutmak şeklinde sayılabilir¹⁶¹. Sayımdan görüldüğü üzere TTK hâkimiyet ile oy haklarında çoğunluk arasında açık bir ilişki kurmuştur. Bu nedenle öğretide hâkimiyeti icra edenin, oy

¹⁵⁸ Bunlar ve benzeri diğer tanımlar için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2011; **Aksoy**, s. 30; Zühtü Aytac, “**Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu**”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 4, s. 14.

¹⁵⁹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 98; benzer bir tanım için bkz. **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 429-430. Burada dikkate alınan standart, eski (fakat eserin yayın tarihinde güncel) TMS 27'dir.

¹⁶⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2011b; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 102; **Aytac**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 16; **Eminoğlu**, Konzern, s. 170; **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 89; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Bursa: Dora, 2013, s. 123; Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 174. Bu durumu faraziye olarak niteleyen benzer görüş için bkz. **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 366; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2017, s. 176; **Uygun**, s. 50. Faraziye, varlığı bilinen iki vakianın ilki için kabul edilen hukuki sonucun ikincisi için de geçerli sayılmasına yarar. Karine ise mevcut bir olayın varlığından, bilinmeyen diğer olayın varlığını çıkarsama faaliyetidir. Bilinenden bilinmeyene ulaşmaya yarar. Keza kesin karinenin de faraziye gibi aksi iddia ve ispat edilemez. Bu nedenle iki kavramın sonuçları arasında pratik bir farklılık bulunmadığı söylenir, bu açıklamalar için bkz. Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 1658, 1668-1669.

¹⁶¹ Detaylı bilgi için bkz. **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 368-381; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 101 vd.; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2019 vd.; **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 90 vd.; **Eminoğlu**, Konzern, s. 167-172; **Uygun**, s. 51-91.

gücü olduğu söylenir¹⁶² ve anılan hâller paya dayalı hâkimiyet olarak adlandırılır¹⁶³. Lakin TTK sözleşmesel topluluğu da dikkate almıştır (bent b). Buna göre iki ortaklık arasında taraflardan birinin (bağlı şirket), diğerinin (hâkim şirket) verdiği talimatlara uymayı yükümlenmesi hâlinde hâkimiyet kurulmuş olur¹⁶⁴. Bu içerikteki sözleşmeler hâkimiyet sözleşmesi olarak adlandırılır ve işletme sözleşmelerinin bir alt türüne karşılık gelir¹⁶⁵.

İlk fıkranın aksi ispat olunamaz kurgularına ek olarak TTK m. 195/2, payların çoğunluğuna veya bağlı ortaklığı yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paya sahip olunmasının bir adi karine tesis ettiğini belirtir. Fakat bu durumun aksini, yani hâkimiyet ilişkisinin bulunmadığını ispat etmek mümkündür¹⁶⁶.

Bu bilgiler ışığında son olarak, hâkimiyet ile kontrol arasındaki farkı tespit etmek gerekir. Özel hukukun alt dallarında kontrol kavramına birçok farklı anlam yüklendiği düşünüldüğünde¹⁶⁷ bu tespit sanıldığından daha zordur. *Okutan Nilsson*, kontrol ile hâkimiyet kavramlarının her daim aynı anlama gelmeyebileceğine işaret eder. Yazara göre kontrolün varlığı matematiksel yöntemle tespit edilir. Hâkimiyet ise sermaye ve oy oranlarının ötesindeki fiili durum ile de ilgilenir¹⁶⁸. Öğretide diğer bir görüş, TTK'nın şirketler topluluğu rejiminde hâkimiyet ile kontrol terimlerinin eş anlamlı olduğunu savunur. Burada karşıt kavram Alman hukukunda yer verilen “tek elden yönetim” şeklidir¹⁶⁹. Kanaatimizce TTK'nın kesin karinelere yer veren sistemi bakımından hâkimiyeti matematiksel bir kontrol olarak algılamak gerekir. Her ne kadar bunu aşan bir şekilde fiili hâkimiyet hâlleri ve buna yol açan sözleşme ilişkileri de topluluk için karine kabul edilmişse de bu durum, aksi ispat edilemeyen sayısal üstünlüklerin bir hâkimiyet şekli olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Lakin bu son

¹⁶² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2011.

¹⁶³ **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 88.

¹⁶⁴ **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 122-123; Veliye Yanlı, “**Hâkimiyet Sözleşmeleri**”, REGESTA, Y. 2013, C. 3, S. 1, s. 8; Mehmet Çelebi Can, **Hâkimiyet Sözleşmesi**, Ankara: Adalet, 2020, s. 133-134.

¹⁶⁵ **Yanlı**, Hâkimiyet Sözleşmeleri, s. 9; **Can**, s. 170-176. Detaylı bilgi için bkz. Hakan Çebi, **İşletme Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet, 2014, s. 13 vd.

¹⁶⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2027; **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 367, 381-382; **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 16; **Uygun**, s. 91-94; **Eminoğlu**, Konzern, s. 172-173; **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 89.

¹⁶⁷ Kontrol kavramının farklı hukuk dallarındaki anlamı hakkında bilgi için bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 87-96; **Altay**, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 384 vd.

¹⁶⁸ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 82. Yazar, TTK'da geniş anlamda kontrol veya hâkimiyet olgusunun benimsendiği görüşündedir (s. 97). Benzer yönde **Uygun**, s. 13.

¹⁶⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2011b; **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 14-15; Hasan Pulaşlı, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, s. 265-266.

durumun yadsınamayacağı görüşündeki yazarlar bazı hâllerde hâkimiyetin varlığının aranması nedeniyle Türk hukukunun kontrol ve hâkimiyete dayalı karma bir sistem getirdiğini savunurlar¹⁷⁰.

Bulgular ışığında TFRS 10 uyarınca kontrolün TTK'nın hâkimiyet tanımıyla uyumlu olmadığını söylemek gerekir. Zira muhasebe standardında kontrolün tesisiyle getiri arasında açık bir ilişki mevcuttur. Kontrolün sonucu olan konsolidasyonun amacı düşünüldüğünde bu tercih doğal karşılanmalıdır. Buna karşın TTK getiriyle ilgilenmez. TTK için (TFRS'de kullanıldığı şekliyle) gücün varlığı yeterlidir. Hatta gücün varlığı, aksi ispatlanamaz kesin karinelere yol açacaktır. Gücün kaynağındaki iştirakin yoğunluğuna göre tam hâkimiyet – kısmi (alelade) hâkimiyet ayrımı veya başkaca kullanışlı sınıflandırmalar yapılır¹⁷¹, fakat ötesiyle ilgilenilmez. İşte burada ekonomik öz anlayışı dışlanmakta ve finansal raporlama sisteminden ikinci farklılık ortaya çıkmaktadır.

ii. Şirketler topluluğu

TFRS 10 Ek-A'daki tanıma benzer şekilde, şirketler topluluğu hâkim şirket ve bağlı şirketlerden oluşur. Fakat bir topluluktan bahsedebilmek için en az kaç şirketin bulunması gerektiği tartışmalıdır. İlgili mevzuatı incelediğimizde konuya ilişkin üç temel hüküm karşımıza çıkar. İlk düzenleme, *hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur*, şeklindeki TTK m. 195/4'tür. İkinci olarak, TTK m. 195/1'in son kısmında “(...) *birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.*” ifadesini görmekteyiz. İkincil mevzuatta ise, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 105. maddesi açıkça *bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir* diyerek en az üç şirketin mevcudiyetini aramıştır. *Tekinalp* güncel eserinde yönetmelik hükmünü doğrulamış ve hâkim şirket dâhil üç ortaklığın bulunmasını gerekli görmüştür¹⁷². *Okutan Nilsson* ise Türk Ticaret Kanunu henüz tasarı hâlindeyken ve TSY yürürlükte değilken topluluk için en az bir hâkim şirket ile en az bir yavru şirketinin varlığını

¹⁷⁰ Kürşat Göktürk, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara: Adalet, 2015, s. 25.

¹⁷¹ **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 17; F. Beril Özcanlı, “**Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa’da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2017/2, s. 380.

¹⁷² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 2001, 2004a.

aramıştır¹⁷³. *Göktürk* yönetmelik hükmünü tanır ve kanun hükmünün uygulamasını değiştireceğini kabul eder; fakat kural olarak bir ana ve bir yavru şirketin topluluktan bahsetmek için yeterli olduğunu savunur¹⁷⁴.

Şirketler topluluğunun mensupları kural olarak ticaret şirketleridir. Diğer tüzel kişiler ile gerçek kişiler topluluk üyesi kabul edilmezler. Bu sınırlamanın şirketler topluluğu hükümlerinden beklenen korumayı zayıflatacağını gören¹⁷⁵ kanun koyucu hâkim teşebbüs kavramına yer vermiştir (TTK m. 195/5). Eğer şirketler topluluğuna hâkim konumda bir “teşebbüs” bulunuyorsa bu teşebbüse şirketler topluluğuna dair hükümler uygulanacağı gibi ayrıca bu teşebbüs tacir sayılacaktır. Hükümde geçen teşebbüs ifadesi Türk Ticaret Kanunu’na yabancı olsa da kapsayıcılığı gerekçesiyle öğretide olumlu karşılanmıştır¹⁷⁶.

c. Değerlendirme

TMS/TFRS sisteminde kontrolün sonucu olarak şirketler grubu oluşurken TTK düzeninde hâkimiyet ilişkisini takip eden hukuki müessese şirketler topluluğudur. Kanaatimizce her iki kurum arasında terimlerden kaynaklanan farklılığın ötesinde bir ayırmadan bahsetmek gerekir. Bu ayırım nedeniyle ortaklıklar hukuku hükümleri ile muhasebe standartlarını bağdaştırmak son derece güçtür. Lakin bu güçlüğe rağmen her iki kurumun uygulama alanları arasında kısmi bir örtüşme bulunduğu da kabul edilmelidir¹⁷⁷.

Özdeşlikten bahsedemediğimiz her durumda sınırı belirlemek zarureti doğar. Konumuz bakımından önem arz eden, bir ilişki hâli olan hâkim şirket – bağlı şirket/ ana ortaklık – bağlı ortaklık yapısında hangi hükümleri kıstas almak gerektiğidir. İlk soru düzenlemeler arasında bir tercih yapmanın gerçekten zorunlu olup olmadığıdır ve bu soruyu yukarıda müspet cevaplandırdık. İkinci olarak hükümler arasında bir tercih yapmak gerekir. Bize göre ilişkili tarafın tespitinde yol gösterici TTK m. 195 hükmüdür. Bununla beraber mevzuatın doğrudan TMS 24’e atıf yaptığı durumlarda (bkz. SerPK m. 17/3) iki ortaklığın aynı gruba dâhil olup olmadığı TFRS 10’daki

¹⁷³ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 67.

¹⁷⁴ Göktürk, s. 13; aynı görüşte Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 31-32.

¹⁷⁵ Bu hususta bkz. TTK m. 195 Gerekçesi.

¹⁷⁶ Halit Aker, “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: ‘Hâkim Teşebbüs’”, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 2, s. 285-286. Bu konuda bilgi için ayrıca bkz. TSY m. 105/1, c. 2 ve Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 2001; Göktürk, s. 14; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 49-50; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 72 vd.

¹⁷⁷ Aksoy, s. 27, 31.

anlamıyla değerlendirilmelidir. Yine de bu senaryoda, güç ile getiri arasında ilişki kurulmadığı gerekçesiyle “ilişkili taraf” ilişkisini dışlamadan önce mevcut ilişkinin TTK m. 195 vd. anlamında değerlendirilmesini öneriyoruz. Aksi ihtimalde şirketler topluluğunun ekonomik gerçeğini dikkate alan hükmün amacına aykırı bir uygulama yapılması son derece olasıdır.

2. İş Ortaklığı veya İştirak Hâlindeki İşletmeler

İlgili bendin (ii), (iii), (iv) ve (v) numaralı alt bentlerinde odak işletme ve onun ilişkili tarafı kabul edilecek işletme arasında en az biri lehine mevcut olan yönetsel yeti ele alınmıştır. Tam kontrol hâlinde gündeme gelen şirketler grubu/ topluluğu (i) alt bendinin kapsamında iken burada ortak kontrolün ve önemli etkinin meydana getirdiği yapılar söz konusudur. Bu yapılara ise sırasıyla iş ortaklığı ve iştirak denilir.

Standart, işletmeler arasındaki bağlantının kuvvetli olduğu, fakat doğrudan kurulmadığı hâlleri dikkate almış ve sınıflandırmıştır. Bazen üçüncü bir işletmenin köprü niteliği gördüğü ve köprünün iki ucundaki işletmelerin ilişkili taraflar olduğu bağlantılardan bahsedilebilir, ki biz bu durumu dolaylı bağlantı olarak tanımlamayı uygun bulduk.

Yaptığımız sınıflandırma uyarınca işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planları (*post-employment benefit plan*) ve bu türden planlara sponsor olan işverenler de (bkz. (v) numaralı alt başlık) bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁷⁸. Burada mevzubahis olan, odak (raporlayan) işletmenin veya onun ilişkili tarafı olan diğer bir işletmenin çalışanlarına sağladıkları birtakım sosyal hakları başka bir tüzel kişiye aktarması, diğer bir hukuki kişilik çatısı altında biriktirip muhafaza etmesidir. Keza İsviçre’de mevzuat bu yöndedir ve çalışanların emeklilik hakları bir kooperatif veya vakıf bünyesinde organize edilmektedir¹⁷⁹. Personel tarafından veya personel için kurulmuş sandıklar, tüketim kooperatifleri yine bu fonksiyondaki işletmelere örnek gösterilebilir¹⁸⁰. İşte bu organizasyon odak işletme ile ilişkili kabul edilmiştir. Eğer somut olayda odak işletmenin bizzat kendisi faydaların bünyesinde toplandığı organizasyon ise, bu sefer de sponsor işletme veya diğer bir ifade ile işveren konumundaki ortaklık (*Arbeitsgebergesellschaft*) ilişkili taraf konumundadır. Bize göre fayda planı ve odak işletme veyahut sponsor ile odak işletme arasındaki

¹⁷⁸ Bunlar hakkında bilgi için bkz. **Karğın**, s. 71-74.

¹⁷⁹ **Spadin**, s. 230, 231 vd.

¹⁸⁰ **Özbek**, s. 159.

etkileşim iş ortaklığı veya iştirak benzeri bir yönetilen / yönetsel yeti sahibi sinerjisi yaratmaktadır. Çoğu somut olayda bu alt başlığın kapsamındaki işletmelerin (i) veya (ii) numaralı alt başlıkların kapsamına gireceği kanaatindeyiz. Bununla beraber ve yukarıda ifade ettiğimiz görüşümüze paralel olarak, söz konusu ilişkiye aşağıdaki sınıflandırmada ayrıca yer vermeyeceğiz. Kendisini yönetsel yeti tesis eden işletme ilişkileri bakımından *sui generis* bir yapı olarak değerlendiriyoruz.

Şimdi, aynı şirketler topluluğuna dâhil olmayan işletmeler arasında ilişki tesis eden durumları, kullanılan yapı ve bağlantının türü yönlerinden sınıflandıracacağız.

a. Kullanılan Yapı Yönünden

TMS 24'e göre bir işletme, kendisinin iştiraki ya da iş ortaklığı olan işletmelerle veya dâhil olduğu şirketler grubundaki diğer bir işletmenin iştirakleri ya da iş ortaklıklarıyla ilişkili taraf kabul edilir¹⁸¹. Finansal raporlamada grup işletmeleri arasındaki ilişki üçe ayrılır. İlişki tipine ve grup işletmesi tipine göre yapılan ayırmda kontrolün sonucu bağlı ortaklık; ortak kontrolün sonucu iş ortaklığı ve önemli etkinin sonucu ise iştirak olarak gösterilir¹⁸².

İlişkinin bu hüküm uyarınca tesisi için bir işletmenin iştiraki veya iş ortaklığı bulunmalıdır. Bu durumda ilişkili taraf ile odak işletme aynı gruba üye olmadıkları hâlde ortaya çıkan yatay organizasyon nedeniyle birbirleriyle ilişkili taraf kabul edilmiştir¹⁸³.

i. İş ortaklığı

İş ortaklığı TMS 28.3'te *müşterek kontrole sahip olan tarafların, girişimin net varlıkları üzerinde haklarının bulunduğu müşterek anlaşma* olarak tanımlanmıştır. Müşterek anlaşma ise, adeta bir totoloji oluşturacak şekilde, *iki veya daha fazla tarafın üzerinde müşterek kontrole sahip olduğu anlaşma* olarak ifade edilmiştir. Müşterek kontrol tanımının iş ortaklığının neredeyse tüm özelliklerini bünyesinde barındırdığı kolaylıkla fark edilebilir. Ek olarak, iş ortaklığının sözleşme (anlaşma)

¹⁸¹ Kanaatimizce Türkçenin dil bilgisi yapısı İngilizceden çevrilen bu hükmün anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle düzenlemenin İngilizce lafzına da yer vermek istiyoruz: (b) *An entity is related to a reporting entity if any of the following conditions applies: ... (ii) One entity is an associate or joint venture of the other entity (or an associate or joint venture of a member of a group which the other entity is a member).*

¹⁸² Deniz/ Bahadır, s. 47; Örtün/ Kaval/ Karapınar, s. 757.

¹⁸³ Özbek, s. 153.

niteliğine dikkat çekilir. Pay sahipleri sözleşmeleri burada örnek gösterilir¹⁸⁴. Fakat bu örnek, sözleşme tarafları arasında kontrolün paylaşıldığı, ortak kontrolün mevcut olduğu ihtimali kapsar. Aksi takdirde iştirak niteliğini tartışma gerekecektir. Nihayet, ortak kontrol olsa bile sözleşmenin yokluğunda yatırımın iş ortaklığı şeklinde muhasebeleştirilmesi ise uygun görülmez¹⁸⁵.

ii. İştirak

Uzun vadeli özkaynak yatırımlarının bazıları iştirak şeklinde nitelendirilir. Bu nitelemelerde TMS/ TFRS için önemli olan, finans ve faaliyet politikaları üzerindeki etkinin derecesidir¹⁸⁶. Gerçekten standarda göre iştiraktan (*associate*) bahsedebilmek için yatırımcının ilgili işletme üzerinde önemli etki tesis etmesi, fakat aynı işletme üzerinde kontrol ya da ortak kontrol şeklinde nitelendirilebilecek derecede yetkinliği bulunmaması gerekir. Adi ortaklık şeklinde örgütlenen, bu nedenle tüzel kişiliği bulunmayan işletmelerin de iştirak niteliği taşıyabileceği ifade edilir¹⁸⁷.

b. Bağlantının Türü Yönünden

İlişkili tarafı tanımlarken odak işletmeden ve onun ilişkili tarafından bahseder, ikisi arasındaki bağlantının TMS 24'ün konusunu oluşturduğunu söyleriz. İşte bazen bu bağlantı odak işletme ve ilişkili taraf arasında doğrudan, başka bir kişiye gerek duyulmaksızın mevcutken; bazen de bu bağlantının üçüncü kişi vasıtasıyla tesisi söz konusudur. Standart her iki durumu düzenlemiş, fakat kapsamlarında farklılaşmaya gitmiştir. Aşağıdaki başlıklarda bu farklılık açıklanacaktır.

i. Doğrudan bağlantı

Odak işletme ile ilişkili tarafı arasındaki bağlantının doğrudan tesisi (ii) numaralı alt başlıkta ele alınmıştır. Buna göre bir şirketler grubundaki herhangi bir işletmenin iştiraki ya da iş ortaklığı konumundaki işletme, o şirketler grubundaki tüm işletmeler ile ilişkili taraftır.

Düzenleme kendisinden bekleneceği şekilde konsolide bakış açısını benimser. Buna göre ana ortaklığın dâhil olduğu şirketler grubundaki tüm ortaklıklar iştirak ya

¹⁸⁴ Çağlar Manavgat, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara: BTHAE, 2016, s. 167.

¹⁸⁵ Spadin, s. 158; Mortaş/ Denk, s. 64; Özbek, s. 156; Deniz/ Bahadır, s. 173.

¹⁸⁶ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 384.

¹⁸⁷ Özbek, s. 156; Spadin, s. 187; Mortaş/ Denk, s. 63.

da iş ortaklığı ile ilişkili taraftır. Bununla beraber aksi ihtimal, yani iştirak ya da iş ortaklığının aynı zamanda bir şirketler grubuna dâhil olması hâlinde¹⁸⁸, bu gruba dâhil şirketler ile ana ortaklık birbirleri için ilişkili taraf değildir.

Bununla beraber, şirketler grubunun mensupları ile iştirak (veya iş ortaklığı) arasındaki doğrudan bağlantının tesisi, bunlardan hangisinin odak işletme olduğuyula ilgilenmez. Raporlayan işletme – ya da bizim tercih ettiğimiz ifadeyle odak işletme – iş ortaklığı iken işlemin karşı tarafındaki işletmenin mensubu olduğu grubun tüm üyeleri ilişkili taraftır. Aynı şekilde, bu üyelerden biri raporlama faaliyetinde bulunuyorsa bu sefer aynı gruba mensup olan her işletmenin iştiraki ya da iş ortaklığı raporlayan işletme için ilişkili taraftır. Bu nedenle ilişkili tarafların her tespitinde üyesi olunan şirketler topluluğuna mensup tüm iştiraklerin ve iş ortaklıkların dikkate alınması gerekecektir.

Odak işletmenin bulunması gereken taraf yönünden kanaatimizce düzenlemede bir sınırlama yoktur. Bunun anlamı konumuz bakımından kendisiyle işlem yapılacak anonim ortaklığın iş ortaklığı ya da iştirak konumunda bulunması mümkün olduğu gibi, yönetsel yetiyi haiz işletmenin şirketler topluluğundaki herhangi bir ortaklık da işlemin tarafı şeklinde karşımıza çıkabilir.

ii. Dolaylı bağlantı

Dolaylı bağlantıda iş ortaklığı veya iştirak ilişkisi odak işletme ile ilişkili taraf arasında doğrudan değil, bir üçüncü kişi vasıtasıyla kurulur. Söz konusu üçüncü kişi iki işletmeyi ekonomik olarak birbirine yaklaştırdığından TMS 24'e göre burada da ilişkili taraf konumu oluşur.

Yukarıdaki açıklamalarımızda ortak kontrol, önemli etki ve iş ortaklığı, iştirak konumlarını karşılıklı olarak açıklamış ve değerlendirmiştik. Hatırlanacağı üzere, ortak kontrolü gerektiren iş ortaklığı daha sıkı bir ilişki olarak karşımıza çıkmakta idi. İşte bu düşünceden hareketle (iii) numaralı alt bentte, aynı üçüncü kişinin iş ortaklığı konumundaki iki işletme birbirleriyle ilişkili taraf sayılmıştır. Daha açık bir ifadeyle, aynı üçüncü kişinin üzerinde ortak kontrole sahip olduğu iki farklı işletme birbirleriyle ilişkili taraftır. Fakat bu yaklaşma sadece ortak kontrol ilişkisinin aşağı

¹⁸⁸ İştirakin söz konusu işletmeyle ilgisiz bir şirketler grubuna dâhil olması pekâlâ mümkündür. Keza TMS 28.5'in son cümlesinde bu ihtimal dikkate alınmış ve yatırım yapılan işletmeye başka bir yatırımcı tarafından önemli tutarda veya mutlak çoğunlukla sahip olunmasının söz konusu yatırımcı işletmenin önemli etkiye sahip olmasına kesin olarak engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

kısımındaki işletmeler arasında öngörülmüştür. Gerçekten TMS 24.11'e göre *iki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde müşterek kontrolü paylaşımları durumunda söz konusu katılımcılar* ilişkili taraf olarak kabul edilmezler (TMS 24.11, bent b). Anlaşıldığı üzere bir işletmenin ortak kontrolünü paylaşımlar birbirleriyle ilişkili taraf değildir.

İştirak ilişkisi ise tek başına dolaylı bağlantıyı tesis eder nitelikte değildir. Bir iştirak, önemli etkisi altında olduğu yatırımcı işletmenin iş ortaklıkları ile ilişkili taraftır. Buna karşılık bir yatırımcının iki iştiraki arasında ilişkili taraf bağıntısı söz konusu değildir¹⁸⁹. Bu sonuca esas olarak (iv) numaralı alt bendin lafzının karşıt anlamından ulaşılır. Aslında düzenleme kendi içinde tutarlıdır. Gerçekten önemli etki çoğunluğu sağlamayan, düşük pay sahipliği oranlarıyla dahi tesis edilebilir. Eğer bu derecedeki iki yatırım birbiriyle ilişkili görülürse alelade işlemlere göre ek bir risk barındırmayan işlemlerin de açıklanması gerekir. Diğer bir ifade ile, ilişkili tarafların sayısı ve kapsamı ekonomik gerçeklere uygun olmayan şekilde genişletilmiş olur.

3. Diğer Yöntem: Yönetim Hizmeti Sunulması

Standartta son olarak bir *işletmenin veya onun bir parçası olduğu grubun başka bir üyesinin, raporlayan işletmeye veya raporlayan işletmenin ana ortaklığına kilit yönetici personel hizmetleri sunması hâlinde* bu işletme ile raporlayan (odak) işletmenin ilişkili taraf olduğu ifade edilmiştir. Burada bahsi geçen hizmetler normal şartlarda kilit yönetici personel tarafından gerçekleştirilmesi beklenecek faaliyetlere ilişkin olmalıdır. Bu kapsamda olmayan hizmet ifaları ilişkili taraf konumunu tesis etmeyecektir.

Düzenlemeye göre bir şirketler grubundaki tüm işletmeler, grup mensubu bir işletmenin yönetim hizmeti sunduğu işletmeyle ve o işletmenin tüm bağlı ortaklıkları ile ilişkili taraftır. Böylece yönetim kademesinde yakınlaşma olan iki farklı şirketler grubu tek bir ekonomik bütün gibi düşünülmüştür. Fakat herhangi bir idari görevin bu yakınlaşma için yeterli olmadığına dikkat edilmelidir. Hizmet sunan işletme, kilit yönetici personelmışçesine hareket eder¹⁹⁰. Bu nedenle hizmetin işletme üzerindeki sonuçlarının belli bir ağırlığı olacaktır.

¹⁸⁹ Spadin, s. 188.

¹⁹⁰ Kilit yönetici personel kavramı için bkz. yuk. II/A/1/c.

4. Aynı Gerçek Kişiyle İlişkili İşletmeler

a. Temel Kurgu

Yukarıdaki başlıklarda işletmeler arasındaki ilişki tam kontrol, ortak kontrol ve önemli etki ekseninde kurulmuştur. Bu sistem bir işletmenin diğeri üzerinde yönetsel yetiyi haiz olmasını şart koşmaktaydı. Bağlantının dolaylı şekilde, üçüncü bir işletme üzerinden kurulmasına imkân tanınmış; (iii) ve (iv) numaralı alt bentlerin konusunu oluşturan bu ihtimalde üçüncü işletmenin diğeri üzerinde yönetsel yetiye sahip olması aranmıştı. Şimdi inceleyeceğimiz TMS 24.9'un ilişkili işletmeleri ele alan b bendinin (vi) ve (vii) numaralı alt başlıklarında benzer bir kurgu gerçek kişi üzerinden işletilmiştir. Buna göre bir gerçek kişinin iki farklı işletmede yönetsel yetiyi haiz olması hâlinde bu iki işletme bazı şartlar altında birbirleriyle ilişkili taraf olacaktır.

Standart aynı ilişkili işletmeler bahsinde olduğu gibi yönetsel yeti yöntemleri arasında bir hiyerarşi kurmuştur. Benzer hususların iki ayrı alt bentte düzenlenmiş olmasının sebebi bu hiyerarşidir. Biz ilişkili taraf olmanın şartlarını anlaşılabilirliği artırmak adına farklı bir formatta ele alacağız. Buna göre iki işletmenin gerçek kişi dolayısıyla ilişkili sayılabilmesi için gerçek kişinin bu işletmelerin en az biri üzerinde tam ya da ortak kontrolünün bulunması; diğeri işletme üzerinde ise yönetsel yeti tesis etmesi gerekli ve de yeterlidir.

Hatırlanacağı üzere yönetsel yeti kavramı, ilişkili taraf sıfatına dayanak teşkil eden tüm bağlantı yöntemlerini anlatmak üzere tarafımızca önerilmişti. Tam kontrol, ortak kontrol, önemli etki ve kilit yönetici personel konumu yönetsel yeti kavramının maddi kapsamını oluşturur. Anılan kavramlar aşağıdaki açıklamalarımızda da bu anlamda kullanılmıştır.

b. Şartları

i. En az bir taraf üzerinde (tam ya da ortak) kontrol

Bir gerçek kişinin iki işletme arasındaki ilişkiye köprü olabilmesi için o işletmelerden en az biri üzerinde tam ya da ortak kontrolünün bulunması gerekir. Standart böylece gevşek ilişki yumaklarının kapsam dışında kalmasını ve esas konusu olan açıklama yükümlülüklerini belli bir seviyede tutmayı tercih etmiştir.

ii. Diğer taraf üzerinde yönetsel yeti tesisi

İki işletme arasında bir ilişki tesis ve tespit edilebilmesi için, geriye kalan işletmenin de üçüncü kişiyle bağlantılı olması gerekir. Burada aranan yönetsel yeti yöntemi ise daha geniştir. Zira bir işletme üzerinde tam ya da ortak kontrolü haiz olan üçüncü kişinin, herhangi bir şekilde üzerinde yönetsel yeti sahibi olduğu diğer işletmeler de kontrol edilen işletme ile ilişkili taraf kabul edilmiştir.

Odak işletmenin (tam ya da ortak) kontrol altında bulunması zorunlu değildir. Pekâlâ önemli etki (ya da kilit yönetici personel konumu) sayesinde de odak işletme sıfatını kazanmak mümkündür. Zira yönetsel yetinin derecesiyle işletmenin ilişkideki konumu arasında bağlantı yoktur. Odak işletme (tam ya da ortak) kontrol ediliyorsa, üzerinde önemli etkiye sahip olunan ya da kilit yönetici personeli olunan şirketle arasında ilişkili taraf bağlantısı bulunur. Buradaki etki çift taraflıdır. Aynı şekilde, bir kişi odak işletme üzerinde önemli etki veya kilit yönetici personellik şeklinde bir yönetsel yetiyi haiz ise, bu sefer aynı kişinin (tam ya da ortak) kontrolü altındaki tüm işletmeler yine odak işletmenin ilişkili tarafı konumundadır. Keza her iki işletmenin aynı kişi tarafından (tam ya da ortak) kontrol edilmesi hâlinde aynı ilişki söz konusudur.

Düzenlemede ayrıca bir genişletme mevcuttur. Buna göre odak işletmeyi kontrol eden kişinin kilit yönetici personeli olduğu işletmeyle birlikte bu sonuncunun bağlı ortaklıkları da odak işletme ile ilişkili taraf kabul edilmiştir.

C. Kapsam Dışında Bırakılan Hâller

TMS 24.9 muhasebe uygulamasında kullanılan anlamıyla birçok kavrama yer vermiş ve böylece geniş bir ilişki ağını ilişkili taraf bağlantısını kuran nitelikte kabul etmiştir. Bununla beraber TMS 24.11’de bazı kişi ya da konumların ilişkili taraf sıfatına *per se* sahip olmayacağı öngörülmüştür¹⁹¹. Bu düzenlemede sayılanlar, (a) *İki işletmenin, ortak bir yöneticiye ya da ortak bir kilit yönetici personele sahip olması durumunda veya işletmelerden birinin kilit yönetici personelinin diğer işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması durumunda bu iki işletme; (b) İki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde müşterek kontrolü paylaşımları durumunda söz konusu katılımcılar; (c) Finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti*

¹⁹¹ Spadin, s. 237. Ayrıca bkz. ilişkili taraf kapsamına girmeyen işlemler ve taraflar hakkında Örtlen/ Kaval/ Karapınar, s. 374; Kargın, s. 20.

şirketleri ve devlet makamları ve mercilerinden, raporlayan işletme üzerinde kontrol ya da müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olmayıp, işletme ile sadece olağan iş ilişkisi içerisinde olanlar (işletmenin serbest hareket etmesini etkileyebilecek ya da karar alma sürecine dahil olabilecek olsa da); (d) Bir işletmenin sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli hacimde işlem yaptığı bir müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı ya da genel mümessillerdir.

Söz konusu dışlamalar esas olarak ilgili başlıklarda ele alınmıştır. Kısaca tekrar etmek gerekirse ilk olarak, kilit yönetici personel ve önemli etki türünden yönetsel yetilerin iki işletmenin birbiriyle ilişkili taraf sayılması için yeterli olmadığı belirtilmiştir. İlgili (a) bendinin lafzında iki işletmenin aynı kişinin önemli etkisi altında bulunmasının ilişkili taraf bağıntısı sağlayıp sağlamadığı hususu açık değildir. Fakat hükümler beraber incelendiğinde bir gerçek kişinin ya da işletmenin önemli etkisi altında olan iki işletmenin birbirleriyle ilişkili sayılmadığı kabul edilmelidir. İkinci olarak, bir iş ortaklığının katılımcılarının, yani bu iş ortaklığını (ortak) kontrol edenlerin birbirleriyle ilişkili taraf olmadıkları ifade edilmiştir. Elbette taraflar arasındaki başkaca bir ilişkinin TMS 24.9 anlamında bir yönetsel yeti ve ilişkili taraf bağıntısı tesis etmesi her daim mümkündür¹⁹².

Üçüncü ve son olarak, odak işletme ile akdettikleri sözleşme veya kendilerine tanınan kamu gücü nedeniyle odak işletme üzerinde belli bir etkisi olan gerçek veya tüzel özel hukuk ve kamu hukuku kişilerinin sadece bu etki nedeniyle ilişkili taraf sayılmayacakları kararlaştırılmıştır. TMS 24.11'in (c) ve (d) bentlerinde yer verilen her iki olasılıkta da olağan iş ilişkilerinin sonucu olan etkinin ilişkili taraf bağıntısı kurmadığı görülmektedir. Aynı şekilde ekonomik bağımlılık da tek başına bir kişiyi odak işletme ile ilişkili taraf kılmayacaktır.

Standardın bazı kişileri ve konumları ilişkili tarafın dışında bırakması genel anlamda olumludur. Ekonomik bağımlılığın ilişkili taraf sayılma sonucunu doğurmaması özellikle bu yöndedir. Fakat ekonomik bağımlılığın ortaya çıkardığı gücün bazen yönetsel yetiden daha önde ve daha etkili olabileceği düşünüldüğünde tercihin sorgulanabilir olduğu fark edilecektir¹⁹³.

¹⁹² Spadin, s. 238-239.

¹⁹³ Spadin, s. 240, 244. Bu noktada Aksoy, TMS ile TTK arasındaki farklılığa dikkat çekmekte ve ticaret ortaklığı niteliği taşımayan teşebbüslerin TTK m. 195 uyarınca topluluğun hâkimi olabileceğini hatırlatmaktadır (Aksoy, s. 30-31, dn. 59).

D. İşlem Cephesinden İlişkili Taraf İşlemleri

İlişkili taraf tanımlandıktan sonra, odadaki anonim ortaklık ile bu ortaklığın ilişkili tarafı arasında gerçekleşen hangi hukuki işlemlerin ilişkili taraf işlemi olarak tanımlandığı araştırılmalıdır. Kanaatimizce bu faaliyet üç yönlüdür. Öncelikle konu bütünlüğünü sağlamak adına TMS 24'ün işlem tanımı ele alınmalıdır. İkinci olarak, ilişkili taraflara dair pozitif hukuk düzenlemelerinin konu yönünden kapsamına yer verilmelidir. Zira bu, Türk hukukunun ilişkili taraf işlemine bakışını yansıtacaktır. Üçüncü olarak ilişkili taraf işlemi ve hukuki işlem kavramları arasındaki bağlantı, ele alınan hükümler gözetilerek ortaya konulacak ve değerlendirmelerimizin sonucu olan bütüncül tanım paylaşılacaktır.

1. TMS 24 Düzenlemesi

Standartta ilişkili tarafla yapılan işlemler, *ilişkili taraflar arasında kaynakların, hizmetlerin ya da yükümlülüklerin bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferi* olarak tanımlanmıştır¹⁹⁴. IAS 24'ün önceki hâlinde ilişkili taraf işlemlerine örnek olarak, malların, maddi ya da gayri maddi varlıkların alım satımı, hizmetlerin teslim alınması veya teslim edilmesi ile şube ve acente anlaşmaları gösterilmişti¹⁹⁵. Güncel metindeki sayım daha da geniştir (TMS 24.21). Teknoloji transferleri, lisans sözleşmeleri ve şarta bağlı sözleşmeler sayıma eklenen işlemlerden öne çıkan birkaç tanesidir¹⁹⁶. Buradaki sayım incelenirken işlemin hukuki boyutundan öte ekonomik boyutuna ağırlık verilmesi gerektiği savunulur¹⁹⁷. Örnek olarak, muhasebe biliminde kabul edilen şekliyle alım ve satım işlemleri ile birlikte, borç ve alacak işlemlerinin de sayımın kapsamında olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸. Yine bu işlemler yukarı ve aşağı yönlü olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Buna göre yukarı yönlü işlemler, bir iştirakin veya iş ortaklığının yatırımcı işletmeye yaptığı varlık satışı gibi işlemler; aşağı yönlü işlemler ise varlık satışı veya varlık şeklindeki sermaye katkılarının yatırımcı işletme tarafından iştirakine veya iş ortaklığına yapıldığı işlemlerdir (TMS 28.28).

¹⁹⁴ Bodur, s. 39. Muhasebe standartlarının işlem tiplerini tanımlamak şeklinde standart bir yöntem sunmadığı yönünde Christopher Chen/ Wai Yee Wan, “**Transnational Corporate Governance Codes: Lessons from Regulating Related Party Transactions in Hong Kong and Singapore**”, Research Collection School of Law 11-2019, Singapore Management University, 2019 (Kaynak: SSRN; E.T. 05.01.2021), s. 22.

¹⁹⁵ Ataman Akgül/ Akay, s. 130.

¹⁹⁶ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 374-375; Özbek, s. 169; Dönmez, s. 87; Karğın, s. 23-24.

¹⁹⁷ Örtten/ Kaval/ Karapınar, s. 375.

¹⁹⁸ Dönmez, s. 87.

Standarda göre, yapılan işlemin bedelli ya da bedelsiz olması önemsizdir. Bu kapsamda ilişkili tarafın sunduğu pazarlama hizmeti karşılığında ücret almaması veya üçüncü kişinin borcunu ifa amacıyla yapılan kredi ödemesine faiz işletilmemesi işlemin ilişkili taraf işlemi sayılmasına engel değildir. Kilit yönetici personelin harcadığı mesainin bir kısmı için ilişkili tarafı olduğu işletmeden ücret almaması hâli de bu şekildedir¹⁹⁹.

2. Pozitif Hukukta Durum

İlişkili taraf işlemine finansal raporlama düzeninde verilen anlam yukarıdaki gibidir. Fakat kavramın bir de kanunlarda ve kanunu dayanak alan ikincil mevzuatta karşımıza çıkan görünümü vardır. Bu görünüm bazen lafzen “ilişkili taraf işlemi” şeklinde olurken bazen ise esasa dönük bir benzerlikten ibarettir. Bu farklılığı ortaya koyabilmek adına konuyu TTK, SerPK ve KVK’nın ilgili hükümleri bağlamında ayrı olarak ele alacağız²⁰⁰.

a. TTK Anlayışı

Türk Ticaret Kanunu’nun ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramlarına doğrudan yer vermemiş olması TMS ve TTK arasındaki etkileşimi sınırlamıştır. Bu nedenle TMS 24’ün işlem kavramını doğrudan yansıtan bir hüküm TTK’da mevcut değildir. Bununla beraber TTK’da ilişkili taraf işlemlerinden bahsetmeksizin bu kapsamda görülecek işlemleri konu alan birçok hüküm vardır. Bunlar aynı zamanda çalışmamızın nüvesini oluşturan ve sonraki bölümlerde detaylıca incelenecek olan düzenlemelerdir.

Genel bir bakış bize bu düzenlemelerin iki yöneme hasredildiğini göstermiştir. Bunlar çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alacağımız özel karar alma süreçleri ile dördüncü bölümün konusunu oluşturan zararlı ilişkili taraf işlemleridir.

i. Özel karar alma sürecine tabi işlemler

Özel karar alma süreçlerinde, ilişkili taraf işlemlerini konu alan organ kararları belli koşullara tabi tutulmuştur. Genellikle ağırlaştırılmış yetersayı ve oy hakkından

¹⁹⁹ Özbek, s. 159; Dönmez, s. 87; Karğın, s. 17.

²⁰⁰ Bu başlık altında yapacağımız açıklamalar esasen her bir düzenleme kapsamında ilgili bölümde yapılan incelemenin kısa bir sunumundan ibaret olacaktır. Burada işlem cephesiyle sınırlı olarak ele alınan konularda daha detaylı incelemeler için çalışmamın devamındaki başlıklara bakınız.

yoksunluk olarak karşımıza çıkan bu koşullara uyulmaksızın karar alınması hâlinde hem bu karar hem de onu takiben gerçekleştirilen ilişkili taraf işlemi için yaptırım öngörülür. Bu nedenle hükümlerin kapsamı önemlidir. Kapsamı belirleyen unsurlar arasında “işlem” de vardır.

Genel kurul kararları için bu düzenleme TTK m. 436 ile yapılmıştır. Maddenin ilk fıkrasına göre, “kişisel nitelikteki bir iş veya işleme” veya “herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya” ilişkin müzakerelerde bazı ilişkili taraflar oy kullanamayacaktır. TTK m. 436/2 ise yönetici konumundaki ilişkili tarafların ibra kararlarında oy hakkından yoksun olduklarını bildirir. Hüküm iki özel ve somut hâli (hukuki uyuşmazlık ve ibra) dikkate almış; bunun yanında kişisel nitelikteki iş veya işlemlerden bahsetmiştir. Kanaatimizce maddenin ilişkili taraf işlemi anlayışını bu kısım yansıtır. Buna göre ilişkili taraf işlemleri, kişisel nitelikteki iş veya işlemlerdir.

Yönetim kurulu toplantılarında ise üyenin, kendisi ve bazı yakınlarının “kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı” konularda müzakerelere katılamayacağı ifade edilmiştir (TTK m. 393). Kanun koyucunun aslında burada da kişisel nitelikteki işlemlerden bahsettiği görülmektedir. TTK m. 436’da karşımıza çıkandan farklı olarak, işlemin aynı zamanda “şirket dışı” bir menfaate ilişkin olması aranmıştır.

Son olarak, çifte temsilin sakıncalarından hareket eden kanun koyucu, yönetim kurulunun bu ihtimalde “herhangi bir işlem” yapamayacağını düzenlemiştir (TTK m. 395). Kanaatimizce mezkûr hüküm ilişkili taraf işlemlerinin neler olduğunu tespit etmek noktasında herhangi bir belirlilik içermemektedir.

ii. İlişkili tarafın ortaklığa borçlanmasına dair işlemler

Çalışmamızın dördüncü bölümünde zararlı ilişkili taraf işlemlerini ele alacağız. Bu işlemler, hukuk düzenince kabul edilmeyen ve özellikle şirket menfaatine aykırı oldukları gerekçesiyle yaptırıma tabi tutulmuş olan işlemlerdir. TTK’da iki hükmün bu işlemleri doğrudan düzenlediği düşüncesindeyiz.

İlk olarak TTK’nın 358. maddesi, pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacağını düzenlemiştir. Elbette ki “borçlanma” ifadesi ile neyin anlatılmak istendiği ayrıca tartışılmalıdır. Şimdilik ön bir tespitte bulunmak gerekirse, mezkûr maddeye göre

ilişkili taraf işlemleri, nakdi borçlanma işlemlerini ve bunlar ile aynı sonucu doğuran teminat ve benzeri işlemleri karşılar.

İkinci olarak TTK m. 395/2 bazı yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının şirkete borçlanmasını yasaklamaktadır. Yine burada yasağın kapsamı nakdi borçlanma ile birlikte kefalet, garanti, teminat, sorumluluğun yüklenilmesi ve borcun devralınması olarak belirlenmiştir. Fakat her iki maddenin de belli bir işlem türünü – ki bu, zararlı ilişkili taraf işlemlerinin dahi sadece bir kısmıdır – dikkate aldığı düşünüldüğünde, ilişkili taraf işlemlerini TTK düzleminde tanımlamak noktasında belirleyici olmadığı söylenmelidir.

b. SerPK Hükümleri

TTK'dan farklı olarak Sermaye Piyasası Kanunu ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramlarına açıkça yer vermiştir. Yine de Kanun'da herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Bu bilgi ancak ilişkili taraf işlemlerini düzenleyen maddeleri dayanak alan ikincil mevzuatta mevcuttur. Öğreti hükümlerden hareketle ilişkili taraf işlemi halka açık ortaklık ile bu ortaklığın yönetim kurulu üyesi, hâkim ortağı ya da bunları kontrol eden kişiler arasında konusunu varlık veya hizmet alım satımı, yükümlülük transferi oluşturan işlemler olarak tanımlar²⁰¹. Lakin bu genel tanımın dahi her bir düzenleme ekseninde somutlaştırılması gerekir.

i. İlişkili taraf işlemleri

SerPK m. 17/3, *halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri “Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere” başlamadan önce* bu işlemin ortaklık organlarında karara bağlanmasını gerekli kılmıştır. Bu karar sürecinde hem yönetim kurulu hem de genel kurul sürece müdahil olabilmekte, ilişkili tarafların oy hakkı ise bulunmamaktadır. Aslında mezkûr hüküm ilişkili taraf işlemlerinin ortaklıkların “ilişkisiz” menfaat sahipleri tarafından karara bağlanmasını etkili bulan anlayışın iyi bir yansımasından ibarettir.

Maddeden hareketle ilişkili taraf işlemlerinin tanımına ulaşmak gerekir. Fakat Kanun'da herhangi bir tanıma ya da açıklamaya yer verilmemiştir. SerPK m. 2/2 uyarınca ikincil mevzuata baktığımızda, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin ilişkili taraf işlemlerini “Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf

²⁰¹ Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 265.

işlemleri” şeklinde tanımladığını görmekteyiz (m. 3/1-ğ). Bununla beraber, tebliğin ilişkili taraf işlemleri başlıklı bölümünde işlem türü ve işlem tutarına endeksli eşikler getirilmiş, kapsama dair önemli sınırlar çizilmiştir. Sonuçta sermaye piyasası hukuku ilişkili taraf işlemlerini TMS uyarınca tanımlamışsa da pozitif uygulamaya kendi düzenlemeleri çerçevesinde şekil vermiştir.

ii. Örtülü kazanç aktarımı

Yukarıda TTK ile ilgili yaptığımız açıklamalara paralel olarak, SerPK’da da zararlı ilişkili taraf işlemlerini konu alan düzenlemeler görmekteyiz. Lakin sermaye piyasası hukukunda bu işlemlere örtülü kazanç aktarımı adı verilmiş ve TTK’da karşımıza çıkandan daha geniş bir kapsam belirlenmiştir.

SerPK m. 21’e göre, ilişkili taraf işlemlerinin emsallere, piyasa teamüllerine ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun olması gerekir. Aksi durum örtülü kazanç aktarımı olarak tanımlanıp yasaklanmıştır. Hükmün ilişkili tarafla bağlantısı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunları ilgili kısımda ele alacağız. Şu noktada söylenmesi gereken, mezkûr hükmün “anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi” aktif davranışlar ve aynı zamanda “kârların veya malvarlıklarının artmasını engelleyen” pasif davranışlar için uygulama bulacağıdır. İlişkili taraf işlemleri ile neyin anlatılmak istendiği hususunda ise maddede veya ikincil mevzuatta başkaca bir belirleme yoktur. Pasif davranışların kapsama dâhil edilmesi nedeniyle TMS 24’te yapılan tanımdan uzaklaşıldığı açıktır.

c. KVK m. 13 Uyarınca Örtülü Kazanç Dağıtım İşlemleri

Pozitif hukukta ilişkili taraf işlemlerinin bütüncül şekilde ele alındığı diğer bir müessese Kurumlar Vergisi Kanunu (ve onun ışığında Gelir Vergisi Kanunu) ile düzenlenmiş olan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır. Hatta güncel uluslararası gelişmelerin ve OECD çalışmalarının kaynağı da bu müessesedir.

Türk hukukunda konu esas olarak KVK m. 13 ile düzenlenmiştir. Hükmüne göre ilişkili taraf işlemleri, mal veya hizmet alım ya da satımı olarak karşımız çıkabilir. Bu anlamda alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemlerin mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirileceği maddede açıkça ifade edilmiştir.

Bu düzenleme ikincil mevzuatta örneklerle somutlaştırılmıştır²⁰². Sermaye piyasası hukuku düzenlemeleriyle, özellikle örtülü kazanç aktarımına dair SerPK m. 21 ile karşılaştırıldığında KVK m. 13'te daha dar bir işlem kapsamı öngörüldüğü tespit edilmektedir. Keza vergi hukukunda yegâne yöntemin transfer fiyatlandırması olması da sermaye piyasası hukuku uygulamasının işlem yönünden daha geniş olduğunu gösterir²⁰³.

3. Değerlendirme

TMS 24 işlemleri geniş bir kapsamda ve unsurları ekseninde düzenlerken, TTK hükümlerinin sınırlı bir uygulamayı ve daha ziyade işlemin sonuçlarını dikkate aldığı gözlemlenmektedir. Kanaatimizce geniş ölçekli ve fakat işlemin yöneldiği sonuçları gözetken bir sınıflandırma kapsamının anlaşılması için faydalı olacaktır. Bu amaçla ilişkili taraf işlemlerini öncelikle ekonomik ve hukuki anlamlarıyla ele alacak ve devamında bu bölüme ilişkin değerlendirmelerimizi sunacağız.

a. Ekonomik Anlamda İşlem Türleri

İlişkili taraf işlemleri – işlem cephesinden – ilişkili tarafların şirketin varlık ve kazançlarını kendilerine aktarmak amacıyla gerçekleştirdikleri birer “kendi yararına işlem” olarak tanımlanır. Bu aktarım hâkim ortaktan bağlı şirkete doğru yapıldığında ise “payanda olma işlemleri” (*propping*) adını taşır²⁰⁴. Zira bu işlem çoğu ihtimalde hâkim şirketin bağlı şirkete verdiği bir destek niteliğindedir. Literatürde bu iki tanım yer bulmakla birlikte, işlemin birçok farklı cepheden nitelendirilmesi mümkündür.

Sınıflandırmada bir yöntem, işlemin hangi ilişkili tarafla yapıldığını esas alır. Buna göre yöneticiler, kontrol eden pay sahipleri veya onlarla ilişkili şirketlerle yapılan işlemler olmak üzere farklı alt türler tespit edilebilecektir²⁰⁵. Kanaatimizce işlemin tarafına göre yapılacak ayırım önemli sonuçlar doğurmaz. Zira ilişkili taraf olmanın temelinde odak işletme üzerinde yönetsel yetiye sahip olma yatar ki bu ortak payda organ özelinde ayırımı gereksizleştirmektedir.

²⁰² İşlem türlerinin detaylı bir incelemesi için bkz. Murat Can Pehlivanoglu, “Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açıklarından ‘İşlem’ ve ‘İlişkili Kişi’ Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 65 vd.

²⁰³ Pehlivanoglu, s. 116-117, 119.

²⁰⁴ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 49. Bu tanımlar için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, I/A/1/a.

²⁰⁵ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 51.

İlişkili tarafın işlemin yapıldığı andaki konumunu esas alan ayırım ise dikkat çekicidir. Burada işlemler *ex-ante* ve *ex-post* olmak üzere ikiye ayrılır. *Ex-ante* işlem ilişkili taraf bu sıfatı kazanmadan önce gerçekleştirilen işlemlerdir. Sözleşmesel ilişki içinde olan iki şirketten birinin yöneticisinin diğerinde yönetim kurulu üyesi olarak atanması hâlinde, önceki tarihli sözleşmesel ilişki bir *ex-ante* ilişkili taraf işlemidir. Aslında bu işlemin bir özellik arz etmemesi, alelade bir işlem olması gerekirdi. Fakat çoğu ihtimalde ilişkili taraf yapısının kurgulanmasına bu işlem önayak olur. *Ex-post* ilişkili taraf işlemleri ise şirket ve hâlihazırdaki ilişkili taraf arasında gerçekleştirilen işlemlerdir²⁰⁶. Çalışmamızın konusunu ekseriyetle bu işlem türü oluşturur.

İşlemin konusunu esas alan sınıflandırmalar ayrıca kullanışlıdır. Kanaatimizce finansal işlemler ve işletmesel işlemler ayrımı düşünülebilir²⁰⁷. Finansal ilişkili taraf işlemlerinde tarafların borçları bir miktar paranın verilmesi ağırlıklıdır. Nakdi, gayri nakdi krediler gibi finansal operasyonlar bu kapsamda düşünülebilir. Diğer tür ise ortaklığın ticari faaliyetlerini ilgilendiren işlemlerin ilişkili taraflarla akdedilmesini esas alır. Üretimde kullanılan hammaddelerin ilişkili taraftan satın alınması durumu örnek verilebilir. TTK düzenlemelerinde (m. 358, 395/2) bu ayırımın izine rastlamak mümkündür.

b. Hukuki İşlem

Hukukun işlem kavramına bakışı son derece özeldir. Hukuk, bu anlamda aslında medeni hukuk, bir hakkın kazanılmasının ya da kaybedilmesinin aracı olarak hukuki olay, hukuki fiil ve hukuki işlem kavramlarına yer verir. Bunlar arasından borcun en önemli kaynağı olarak hukuki işlem gösterilir²⁰⁸. Hukuki işlem, hukuki sonucun doğması arzusuyla yapılan irade açıklamasına hukukun bu sonucu bağladığı durumda meydana gelir²⁰⁹.

²⁰⁶ Michael Ryngaert/ Shawn Thomas, “**Not All Related Party Transactions (RPTs) Are the Same: Ex-Ante Versus Ex-Post RPTs**”, Journal of Accounting Research, Y. 2012, C. 50, S. 3, s. 846-847, 849. Yazarlar incelemelerinin kapsamı nedeniyle bu ayrımı bir de ortaklığın halka açık olup olmaması ile ilişkilendirirler. Lakin biz anonim ortaklıkları tümüyle ele alan bir çerçeve çizmeyi hedefliyoruz. Bu nedenle ayrımı ilişkili tarafın konumuyla sınırlı olacak şekilde uyarladık.

²⁰⁷ Bu sınıflandırmada Kohlbeck/ Mayhew tarafından kullanılan “*tone related party transactions – business related party transactions*” ayrımından esinlenilmiştir, bkz. Kohlbeck/ Mayhew, Red Flags, s. 902. Finansal – finansal olmayan ilişkili taraf işlemleri şeklinde benzer bir ayırım için Chen/ Wan, s. 22.

²⁰⁸ Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2020, N. 195.

²⁰⁹ M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 23. Bası, İstanbul: Vedat, 2017, N. 595, 605; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, N. 194; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,

Hukuki işlem çeşitli türlere ayrılır. Bu türlerden hangilerinin TMS 24 veya Türk Ticaret Kanunu anlamında ilişkili taraf “işlemi” olabileceğinin incelenmesi gerekir. Bize göre bu inceleme hukuki işlemin kaç tarafı bulunduğu ve işlemin ilgili malvarlığı üzerinde ne türde bir etki doğurduğu noktalarından yapılmalıdır.

i. İşleme katılan kişi sayısı yönünden

Hukuki işlem, işlemin gerçekleşmesi için aranan irade beyanı sayısı yönünden dörde ayrılır. İlk olarak tek taraflı hukuki işlemler, tek bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu; iki taraflı hukuki işlemler ise iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları sonucunda ortaya çıkan işlemlerdir. İlk gruba örnek olarak yenilik doğuran hakların kullanılmasına dair hukuki işlemler verilebilir. İkinci grup ise sözleşmeleri ifade eder²¹⁰. Yukarıda ilişkili taraf işlemlerinin pozitif hukukta karşılaşılan örneklerini açıklarken hep sözleşmelerden bahsetmiş idik. Gerçekten, iki taraflı hukuki işlemlerin ilişkili taraf işlemi olabileceğinden kuşku yoktur. Tartışma daha ziyade diğer işlem türleri bakımından varittir.

Beyan sayısı yönünden yapılan ayırmada üçüncü tür, kararlardır. Bunlar, kişi topluluklarında hukuki bir sonucu gerçekleştirmek için gerekli olan sayıda kişinin aynı yönde açıkladığı iradesiyle oluşan hukuki işlemlerdir²¹¹. Anonim ortaklık genel kurulu ile yönetim kurulunda alınan kararlar da bu türdendir²¹². O nedenle kararların ilişkili taraf işlemi olup olamayacağı önemli bir sorudur. Doktrinde *Aksoy*, şirketler topluluğunda ilişkili taraf işlemlerini ele aldığı çalışmasında birleşme, bölünme gibi iç işleyişe dönük kararların ilişkili taraf işlemi olarak nitelenemeyeceğini belirtir²¹³.

Son olarak öğretide müşterek hukuki işlemlerden ve toplu hukuki işlemlerden bahsedilmektedir. Burada bir irade beyanının oluşumunda birden fazla kişi rol oynar. Bu kişilerin beyanlarının birleşmesiyle tek bir irade beyanı ortaya çıkar. Üç arkadaş

Genişletilmiş 22. Bası, Ankara: Turhan, 2018, s. 60-63. Yazar hukuksal işlem tabirini tercih etmektedir. Hukuki işlem kavramıyla ilgili derinlemesine bir inceleme için ayrıca bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Birinci Cilt**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 2017, s. 87 vd.

²¹⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 94 vd.; **Oğuzman/ Barlas**, N. 610-611; **Kılıçoğlu**, s. 72-74; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, N. 226 vd.

²¹¹ **Oğuzman/ Barlas**, N. 615; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 113; **Kılıçoğlu**, s. 74; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, N. 230.

²¹² Anonim ortaklık genel kurul kararlarının tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönünde Ali Paslı, “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan ‘Oy’un Hukuki Niteliği (Bölüm I: Kavram)”, İÜHFİM, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 171-172. Yazar, her bir pay sahibi irade açıklamasında bulunsa dahi ortaklık tüzel kişiliğine izafe edilen irade beyanının bu öncekilerden bağımsız olduğunu ve bu nedenle karar şeklinde çok taraflı bir hukuki işlem den bahsedilmemesi gerektiği görüşündedir.

²¹³ **Aksoy**, s. 30.

birlikte taraf oldukları kira sözleşmesini feshederken paralel irade beyanları müşterek hukuki işlem niteliğindedir. Oysaki irade beyanları paralel yönde değil, ortak bir noktaya yönelik olsaydı (dernek kurma işleminde olduğu gibi) toplu hukuki işlem den söz etmek gerekecekti²¹⁴. İlişkili taraf işlemleri bakımından bu işlem türünün özellik arz etmediği kanaatindeyiz. Bize göre önemli olan, bu irade beyanının katılımıyla kurulan işlemin niteliğidir.

ii. İşlemin malvarlığına etkisi yönünden

Hukuki işlemin malvarlığına yaptığı etki öğretide üçe ayrılarak incelenir. Bu etkiye göre işlemler sırasıyla borçlandırıci işlem, tasarruf işlemi ve kazandırıcı işlem olarak sınıflandırılır. İlişkili taraf işleminin tespitinde malvarlığındaki etkinin önemli olup olmadığı bu kapsamda ortaya konulmalıdır.

Borçlandırıci işlemler, borçlunun malvarlığının pasifini artıran işlemlerdir²¹⁵. Tasarruf işlemleri ise tasarrufta bulunan kimsenin malvarlığının aktifini azaltır²¹⁶. Öte yandan kazandırıcı işlem diğer iki işlemin karşı tarafında bulunur ve malvarlıksal bir menfaate işaret eder. Bu menfaat aktiflerde artış, pasiflerde azalma veya aktiflerin azalmasına engel olunması şeklinde gerçekleşebilir²¹⁷.

c. Görüşümüz

Kanaatimizce TMS 24'ün işlem tanımı hem borçlandırıci işlemleri hem de tasarruf işlemlerini kapsayacak niteliktedir. Hatırlamak gerekirse TMS 24.9'da bir "transferden" bahsedilir. Transfer kelimesi odaklı tanım hukuk terminolojisine uygun değildir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine kavram olarak yer veren ülke hukukları kendilerince çözümler getirir²¹⁸.

İlk bakışta transfer kelimesi malvarlığı unsurunun bir mamelekten diğer bir mameleke geçişini gerektirir gibi yorumlanabilir. Bu hâlde ilişkili taraf işleminin

²¹⁴ Oğuzman/ Barlas, N. 617-619. Kararda ise bir kişi topluluğu mevcuttur ve bu toplulukta hukuki bir sonuç gerçekleştirmek için yeter sayıda iradenin aynı yönde açıklanması gerekir (N. 615).

²¹⁵ Oğuzman/ Barlas, N. 630; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, N. 232; Kılıçoğlu, s. 75. Yazar bu işlemler için taahhüt işlemleri ifadesini kullanmaktadır.

²¹⁶ Oğuzman/ Barlas, N. 632; Kılıçoğlu, s. 75-76; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, N. 233.

²¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 114-115; Oğuzman/ Barlas, N. 639, 642. Kazandırma ifa sebebi (*causa solvendi*), alacak sebebi (*causa credendi*) veya bağışlama sebebi (*causa donandi*) gibi amaçlarla yapılır (s. 116-118; N. 644-649).

²¹⁸ Örnek olarak Belçika hukukunda AB direktifini takiben ilişkili taraf işlemleri düzenlenmiş; fakat bu süreçte sadece ilişkili taraf tanımlanmış, ilişkili taraf işlemine dair tanım verilmemiştir; bu hususta Eddy Wymeersch, "Related Party Transactions under the New Belgian Company Law", Financial Law Institute Working Paper 2020-02, Ghent University, 2020, s. 5.

ancak tasarruf işlemi niteliğinde olabileceği sonucuna ulaşmak gerekecektir. Fakat bize göre odak işletmenin pasiflerinde bir artış meydana getiren borçlandırıcı işlemler de ilişkili taraf işlemi olabilir. Burada borç ilişkili taraftan odak işletmeye “transfer” edilmiyor olsa da odak işletmeyi bir transfer ile yükümlendiren işlemlerin finansal tablolarındaki ekonomik varlığı tasarruf işlemlerinkine benzerdir. Keza bu işlemlerin finansal tablo kullanıcılarına açıklanmasındaki menfaat de aynı şekilde mevcuttur.

İşlemin taraflarından biri için borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi özelliği gösteren her bir işlem aslında diğer taraf için kazandırıcı işlem niteliğindedir. Örnek olarak, ilişkili tarafın alacaklı olduğu bağış sözleşmesi, ilişkili taraf için kazandırıcı işlemidir. Kanaatimizce odak işletme açısından kazandırıcı nitelikteki bir işlem de ilişkili taraf işlemi olabilir. Gerçi *sinallagma* ilişkisi içindeki işlemlerde tartışmaya gerek bulunmayacaktır, zira odak işletmenin yükümlülükleri açıklanırken kazandırıcı işleme zaten yer verilecektir. Öte yandan tek tarafa borç yükleyen işlemlerde, odak işletmenin edimin alacaklısı olması hâlinde de açıklamada bulunulmalıdır. Finansal tablo kullanıcılarının ilişkinin doğası hakkında fikir sahibi olmaları için, işlemin yokluğunda dahi açıklamada bulunmak gerektiği dikkate alındığında (TMS 24.14) mezkûr durum evleviyetle açıklanır. Bu takdirde kazandırıcı işlemlerin ilişkili taraf işlemi olduklarını kabul etmek gerekir.

Cevaplanması gereken diğer bir soru, tek taraflı işlemlerin ya da kararların ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. TMS 24.09’a baktığımızda, “raporlayan işletme ile ilişkili bir taraf arasında” gerçekleştirilen transferlerden söz edildiğini görmekteyiz. Standardın bu ifadesiyle öncelikle sözleşmeleri dikkate aldığı açıktır. Fakat bize göre tek taraflı hukuki işlemlerin de amaçsal yorumla kapsama dâhil edilmesi gerekmektedir²¹⁹.

Tek taraflı hukuki işlem, tek bir kişinin irade beyanı neticesinde oluşur. Fakat işlemin doğurduğu hukuki sonucun sadece işlemi yapan kişiyi etkilemesi gerekmez. Bu işlem pekâlâ üçüncü kişileri de – olumlu ya da olumsuz olarak – etkileyebilir²²⁰.

²¹⁹ Doktrin tek taraflı hukuki işlemlerin oldukça azınlıkta olduğunu ifade eder (**Kılıçoğlu**, s. 72). Fakat bu durum sorunun önemini ortadan kaldırmaz. Zira yenilik doğuran hakların kullanımı bu türden işlemlerdir. Bu nedenle bir ortaklık ile ilişkili taraf arasındaki işlemlerde tek taraflı hukuki işlemlerden yararlanılması son derece olasıdır. Sözleşmede tanınan seçimlik hakların kullanılması ve böylece malvarlığında doğrudan etki yaratılması bu duruma örnektir. Örnekler çoğaltılabilir.

²²⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Yetkin, 2015, s. 165.

Bu nedenle odak işletmenin malvarlığına iki taraflı hukuki işlemler kadar tek taraflı hukuki işlemlerin de müdahalesi söz konusudur.

Tek taraflı hukuki işlemin üçüncü kişinin hukuki durumunu etkilemesinde bu işlemten önce gelen bir sözleşme rol oynayabilir²²¹. Opsiyon sözleşmesi akdedilerek taraflardan birine opsiyon hakkı tanınması bu duruma örnektir. Burada opsiyon sözleşmesi iki taraflı, opsiyon hakkının kullanılması ise tek taraflı hukuki işlemdir²²² ve işlemin ilişkili taraflar arasında akdedilmesi hâlinde ilk aşamada opsiyon sözleşmesinin ilişkili taraf işlemi olarak addedilmesi gerekecektir. Artık opsiyon hakkının kullanılması işleminin ayrıca ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmesine gerek olmayacağı düşünülebilir. Fakat kanaatimizce tek taraflı işlemin yapılması suretiyle yeni bir hukuki sonuç oluşturulduğuna göre bu sonucu doğrudan yaratan işlemin sözleşmeden bağımsız olarak tanınması ve açıklanmasında yarar görülmelidir.

Ortaklık kararlarının ilişkili taraf işlemi kabul edilip edilemeyeceği noktasında ise görüşümüz aksi yöndedir. Zira burada farklılık yaratan unsur, organ kararının ortaklık içi bir işlem olmasıdır. Bu kararın dış dünyadaki yansıması ise temsilcinin ortaklık ad ve hesabına ilişkili tarafla akdedeceği iki ya da tek taraflı hukuki işlemdir. Bu nedenle ilişkili tarafla akdedilen işlem bu sıfatı kazansa dahi söz konusu işlemin gerçekleştirilmesini konu alan organ kararı için aynı tanımlama yapılmamalıdır.

Bununla beraber, organ kararının ilişkili taraf işlemi olarak addedilmemesi bu kararların tamamen sistemin dışına çıkarıldığı anlamına gelmez. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde pozitif hukuk düzenlemelerini incelerken, ilişkili taraf işlemlerini konu alan bazı kararların özel süreçlere, farklı nisaplara ve oy hakkından yoksunluklara tabi kılındığını göreceğiz. Bu hükümlere aykırılık kararın kesin hükümsüzlüğü ve bu nedenle ilişkili taraf işleminin temelsiz kalması gibi ciddi sonuçlara yol açacaktır. Ayrıca, ortaklık malvarlığında olumsuz etki doğuracak ilişkili taraf işlemlerine dair organ kararlarının hukuk düzenince korunmayacağını, bu kararların anonim ortaklıklar hukuku ilkeleri ve somut genel hükümler kapsamında sakat addedilmesi gerektiğini göreceğiz. Bu nedenle anonim ortaklık organlarının aldıkları kararlar

²²¹ Tek taraflı hukuki işlemin başka bir kişinin hukuki alanında olumsuz sonuçlar doğurabilmesi için ona bu yetkinin tanınması gerektiği; yetkinin kaynağının sözleşme ya da kanun olabileceği yönünde **Eren**, s. 165.

²²² **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 110.

birer ilişkili taraf işlemi değilse de ilişkili taraf işlemleri kuramında dikkate alınması gereken hukuki işlemlerdir.

E. Değerlendirme ve Önerilerimiz

Çalışmamızın ilk bölümünde “ilişkili taraf” ve “ilişkili taraf işlemi” terimlerini incelemeye çalıştık. Bu incelememizde kavramı derinlemesine açıklayan muhasebe standartları – sermaye piyasası hukukunun açık atfının etkisiyle – odak noktasıydı. Bununla beraber, mümkün oldukça ve çalışmanın diğer bölümlerinin kapsamı göz önünde bulundurularak, ortaklıklar hukukunu tabloya dâhil etmeyi denedik. Şimdi tüm bu açıklamalarımızın toplu bir değerlendirmesini ve ortaya çıkan sorunlar için getirdiğimiz çözüm önerilerini sunacağız. Ara sonuç mahiyetindeki değerlendirme ve önerilerimiz pozitif hukuku dikkate almakla birlikte yer yer *de lege ferenda* düzleme ait olacaktır.

İlk olarak, ilişkili taraf işlemlerinin ortaklıklar hukuku tarafından ve hukuki kurumlar çerçevesinde tanımlanmasında muhasebe standartlarının doğru kılavuz olup olmadığı değerlendirilmelidir. Muhasebe standartları, finansal raporlamaya uygun olsalar da “işlemi fiziksel olarak sınırlandırmaya” elverişli ölçütler barındırmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir²²³. Bize göre bunun temel nedeni *Tekinalp*’in nitelediği üzere TMS/TFRS’lerin adeta bir “*case law*” gibi, kazuistik çıkarsamalardan üretilmiş olmasıdır²²⁴.

Kanaatimizce Türk hukuk doktrininin çekinceleri yerindedir. Bizim bu görüşe iştirakimizin iki nedeni vardır. Birincisi, muhasebe standartlarında kullanılan kavram ve terimlerin tam karşılıklarının ortaklıklar hukukunda, özellikle TTK’da mevcut olmamasıdır. En basit örnekle, kontrol dahi – ki ortaklıklar hukukunda yine de önemli bir yer tutar – TFRS 10’daki anlamıyla karşılık bulmaz. Belirleyici etki ve önemli etki arasındaki benzerliğe rağmen belirleyici etkinin aslında rekabet hukuku ile sınırlı uygulama alanının bulunması diğer bir örnektir. Nihayet, iş ortaklığı ve iştirak kavramlarını da, daha doğrusu bunlar arasında yapılan, kontrolün derecesi ile temellendirilmiş ayrımı da TTK nezdinde somutlaştırmak zordur. Görüşümüze temel aldığımız sebeplerden ikincisi, düzenlemelerin amaçlarındaki farklılık ve bu farklılığı takip eden reflekslerdir. TMS 24 en temelde, ilişkili taraflarla ilgili bilgilerin finansal

²²³ Aksoy, s. 37; Wymeersch, s. 9.

²²⁴ Tekinalp, IFRS/TMS-TFRS, s. 40.

tablo kullanıcılarıyla paylaşılmasını hedefler. Keza diğer standartların da asıl gayesi işletmenin finansal durumunun dürüst bir resmini çekebilmektir. Görüldüğü üzere, hukukta karşılaşılanın aksine yaptırım ağırlıklı bir sistem değildir. Hükümler de bu duruma uygun genişlikte düzenlenmiştir. Yine, yoruma bırakılan alan ve ekonomik özün önceliği de kendi içinde uyumludur. Oysaki ilişkili tarafla bağlantılı görülen hukuki müesseselerde menfaatlerin nihai koruması yaptırımla tesis edilir. Sistemin de buna uygun olması gerekir. Bu nedenle, TMS 24'ün TTK nezdinde kurgulanacak bir ilişkili taraf işlemi kuramı için ilk yol gösterici olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Standardın getirdiği düzenlemelerden ancak yorum faaliyeti sırasında ve o da hukuk kurallarını destekleyecek şekilde yararlanılmalıdır. Hukuki sorunların doğrudan TMS 24 çerçevesinde çözümlenmesi kanaatimizce isabetli değildir.

İkinci olarak, ifade edilen bu uyumsuzluk karşısında, TMS 24'e doğrudan atıf yapan sermaye piyasası hukukunun durumunu ele almak gerekir. Yukarıda ifade edildiği ve çalışmamızın devam eden kısımlarında detaylandırılacağı üzere, SerPK ilişkili taraf kavramına yer vermiş – bu noktada TTK'dan ayrılmış – olmakla birlikte, kavramı tanımlamamıştır. Bununla beraber, bazı hükümlerin uygulamasında ikincil mevzuatta TMS 24'e doğrudan atıf bulunur. Bu son hâlde, elbette ki ilişkili tarafın tespitinde muhasebe standartları esas alınacaktır. Fakat bu noktada TMS 24.10 hatırlanmalıdır. Her olası ilişkili taraf ilişkisi değerlendirilirken ilişkinin özü dikkate alınır, sadece yasal şekle bakılmakla yetinilmez. İlişkinin özü değerlendirilirken sermaye piyasası hukuku ile ortaklıklar hukuku ilkeleri göz önünde bulundurulmalı ve hatta kontrole bu çerçevede verilen anlam gözetilmelidir. Böylece TMS 24'ün lafzını takip eden muhasebe uygulaması dışlanmadan, uyumsuzluğun yorum yoluyla bir ölçüde giderilmesi sağlanacaktır.

SerPK'nın ilişkili tarafa dair bazı düzenlemelerinde ise TMS 24'e doğrudan atıf yoktur. Bu ihtimalde en azından bugün için TMS 24'ün yol gösterici niteliğini tamamen dışarıda bırakmak doğru olmayacaktır. İlişkili tarafı tanımlarken muhasebe standartlarından yararlanmanın fayda sağlayacağı görüşündeyiz. Keza bu ihtimalde TMS 24'ü açıkça dışlayan bir hüküm de mevcut değildir. Sadece ikincil mevzuatın yokluğunda doğrudan atıf yapılmamıştır. Fakat bu durumda muhasebe standartlarına tam bir bağlılığa gerek yoktur²²⁵. Özellikle ilişkili işletmelerin tespitinde TTK'nın

²²⁵ Bu bağlılık bazen mümkün dahi değildir. Örnek olarak, suç boyutuyla örtülü kazanç aktarımında (SerPK m. 110) somut olaydaki fiilin suçun unsuru olan tipik fiile uygunluğu saptanırken TMS 24'ten ancak ceza normunun anlam ve kapsamını belirlemeye dönük bir yorum aracı olarak yararlanılabilir,

şirketler topluluğu hükümlerinin dikkate alınması ve kontrolün ortaklıklar hukuku ilkeleri uyarınca tanımlanması mümkündür. Kanaatimizce ilişkili tarafın bağımsız bir (hukuki) tanımı uygulama, doktrin ve yargı kararları neticesinde yerleştikçe TMS 24'ün kılavuz görevi de soyutlaşacaktır.

Bu açıklamalarımızın ardından *üçüncü olarak*, ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemi kavramlarının Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamış, hatta bunlara hiç yer verilmemiş olmasının sonuçları değerlendirilmelidir. Acaba gerçekten ilişkili taraf işlemleri olarak adlandırılan ayrı bir işlem grubu yaratılmasına gerek var mıdır? Yoksa menfaatler dengesini birçok hükümle kurmaya çalışan mevcut sistem yeterli görülmeli midir? Çalışmamızın ikinci bölümü aslında bu soruya hasredilmiştir. İlgili kısımda görülecektir ki ilişkili taraf işlemleri yeni fakat kendini uluslararası alanda kabul ettirmiş bir anlayıştır. Aslında Türk ortaklıklar hukukuna da zannedildiği kadar uzak değildir. Kanun mevcut hâliyle kuramı tanımlılaşmasına düzenlemeler yapmıştır. Elbette ki tarihsel temelleri çok farklı olan bu düzenlemeler bütünlükten yoksundur. Gerçi aranan bütünlük ilişkili taraf işlemleri kuramıyla ilintilidir. Yoksa şu hâliyle düzenlemelerin kendince bir bütünlüğü olduğu yadsınmamaktadır.

Bize göre mevcut bütünlüğün menfaatler dengesini kurgulamakta birtakım pratik zorluklarla karşılaşmasının nedeni ilişkili taraf işlemlerinin bu bütünün bir parçası olarak görülmemesidir. İlişkili olma kavramı şüphesiz mevcut ticaret hukuku sistemindeki hiçbir kavramla birebir örtüşmez. Fakat çoğunluk – azınlık pay sahipleri gibi ayrımlar ya da kontrol ve belirleyici etki gibi ayrıştırıcı unsurlar aslında hep ortaklığa yakınlığı ölçüp nitelemek için kullanılır. İlişkili taraf bundan farklı değildir. Fakat örneklerini verdiğimiz mevcut kullanımlar belli bir menfaat grubunu tespit etmekle yetinir. İlişkili taraf ise iki yönden kapsayıcıdır. Öncelikle, birden fazla klasik menfaat grubunu (örn. çoğunluk pay sahipleri ve yöneticiler) tek bir potada ele alır. Daha sonra, menfaat sahipleri ile birlikte yakın temastaki kişileri bunlarla bir sayar, böylece ekonomik gerçekleri yadsınamış olur. Böylece madalyonun bir yüzü şirket menfaati iken bize diğer yüzünde ne olduğunu tam şekilde gösterir. Biz tüm bu nedenlerle ilişkili tarafın ortaklıklar hukuku nezdinde yine de anlamlandırılması ve dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece menfaat çatışmalarının daha doğru bir çerçevede düzenlenmesi ve daha verimli hukuki sonuçlar elde edilmesi mümkün

bu yönde İhsan Baştürk, “Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu”, DEÜHFD, C. 21, Özel S. (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), s. 880.

olacaktır. Yine aynı gerekçeyle, mevcut pozitif hukuk düzenlemelerinin tarihsel yorum göz ardı edilmeksizin amaçsal yorumunda ilişkili taraf işlemleri kuramına yer verilmesini yararlı görmekteyiz.

Hâliyle *dördüncü olarak*, ilişkili tarafın ortaklıklar hukuku için anlamını tespit etmek gerekecektir. Bu faaliyette ilk durak “ilişki”dir. Kendini bir tür etki (*influence*) olarak gösteren bu ilişki sayesinde ki ilişkili taraf, ortaklıkla arasındaki işlemlerde üçüncü kişilerden daha iyi koşullarda müzakere edip daha iyi sonuçlar elde eder²²⁶.

Muhasebe standartlarından ve ilgili TTK hükümlerinden anlaşıldığı kadarıyla ilişkiyi kuran, kontrol benzeri bir durumdur²²⁷. Fakat ortada kontrolden daha geniş bir kavram mevcuttur. Zira kontrol kadar güçlü olmayan ama ona benzeyen yapıların da ilişkiyi tesis edebileceği kabul edilmelidir, ki biz bu durumu yönetsel yeti olarak tanımlamayı tercih etmiştik. İkinci olarak, yönetsel yetiyi bizzat haiz olanlar kadar bu kişilere belli yakınlıktaki gerçek ve tüzel kişilerin de ilişkili taraf kabul edilmiş olması yönetsel yetiye sahip olanlardan daha geniş bir topluluktan bahsedildiğini ortaya koyar. İşte bu bakış açısı bizi birinci bölümün sonucuna ulaştırmıştır: İlişkili taraf, anonim ortaklık üzerinde yönetsel yetiye doğrudan ya da dolaylı şekilde sahip olan tüm gerçek ve tüzel kişileri ifade eder; öyle ki dolaylı bağlantıda yönetsel yetinin aradaki tüm kişiler için mevcudiyeti aranır.

Önerdiğimiz tanımda bir altlık – üstlük, daha doğrusu hâkimiyet ilişkisine yer verilmediği görülecektir. Önemli olan, yönetsel yeti bağının devamlılığıdır. Şirketler topluluğunu örnek aldığımızda, bağlı şirket ile hâkim şirket arasındaki yönetsel yeti hâkim şirket ile diğer bağlı şirketleri arasında da mevcut olduğundan bağlı şirketlerin birbirleriyle ilişkili olduğu söylenecektir. Bir bağlı şirket ile öbürü arasındaki ilişkide bunların birbirlerini doğrudan etkilemiyor oluşu (birinin öbürü üzerinde yönetsel yeti sahibi olmaması) bu sonucu değiştirmez.

Bir sonraki aşamada, yönetsel yetinin anlamı tespit edilmelidir. TMS 1 ve TMS 24.10 uyarınca yapılan öz değerlendirmesi aslında buna işaret eder. *Goethe* yöneteni tanımlarken “birinci derecede önem taşıyan kişi” için *diğerlerini değerlendirebilen ve onları, kendi tasarılarını gerçekleştirmek için kullanacak kadar kudretli ya da*

²²⁶ Luca Enriques, “**Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)**”, *European Business Organization Law Review*, Y. 2015, S. 16, s. 2.

²²⁷ Ortaklığın gerçekleştirdiği anlaşmaların koşullarını etkileyebilmek şeklindeki diğer bir yorum için bkz. **Pizzo**, s. 310.

kurnaz olan kişidir, der²²⁸. Ortaklıklar hukuku bu tanımdan uzaklaşmaz; zira yönetsel yeti, yani yönetebilme erki, yönetileni yönlendirebilmeyi gerektirir.

Bir tüzel kişi üzerinde yönetsel yetiyi haiz olmak bize göre o tüzel kişinin tüm stratejik kararlarını yönlendirebilmek anlamına gelir. Eğer bir gerçek ya da tüzel kişi, örnek olarak, anonim ortaklığın genel kurulunda ve yönetim kurulunda alınacak tüm stratejik kararların şahsi menfaatine uygun olarak alınmasını temin edebilecek konumdaysa bu kişinin o anonim ortaklıkla ilişkili taraf olduğu söylenmelidir. Zira bu yeti her hâlükârda kontrole karşılık gelmek zorunda değildir. Gerçek kişinin söz konusu olduğu ihtimalde keza bu kişinin hâkim teşebbüs olarak sınıflandırılmasına gerek bulunmaz. Burada önemli olan, şahsi menfaati şirket menfaatinin önüne geçirme gücüne sahip olmaktır.

İlişkili taraf bağlantısını tüzel kişi kadar gerçek kişiler de kurabilir. TMS 24 bu durumu muhtelif düzenlemesinde açıkça tanımıştır. Kanaatimizce bağlantıyı kuran yine yönetsel yetinin devamlılığı olacaktır. Elbette gerçek kişi üzerinde yönetsel yeti sahibi olmak, tüzel kişilerdekine göre farklılık arz edecektir. Fakat yönlendirme kıstasının geçerliliğini koruyabileceği düşüncesindeyiz. Buna göre gerçek kişilerde yönetsel yeti, bu gerçek kişinin işletmeye dair stratejik kararlarını sözleşmesel ya da sosyal gerekçelerle yönlendirebilme kudretidir²²⁹.

Sonuç olarak, anonim ortaklık üzerinde yönetsel yeti sahibi gerçek ve tüzel kişi ilişkili taraflar ile bu ilişkili tarafların hukuki, ekonomik ya da sosyal nedenlerle yine yönetsel yetiyle bağlandığı diğer gerçek ve tüzel kişiler hep birlikte ortaklığın ilişkili taraf çevresini oluşturur. Bu çerçevede iki grubu birbirinden ayırabilmek ve ilişkinin katmanlı yapısına dikkat çekebilmek için ilişkili taraf – vasıtalı ilişkili taraf ayrımını öneriyoruz. Bu ayırmada ilişkili taraf, anonim ortaklığa doğrudan yönetsel yeti kudreti ile ulaşabilen kişidir. Bu kudret tek bir aşamada, arada başka hukuk süjesi olmadan doğrudan anonim ortaklığa erişebilir. Aynı şekilde, bu kişinin yönetsel yetisi altında olan diğer bir kişinin odaktaki ortaklık üzerinde yönetsel yeti sahibi olması hâlinde de doğrusal bağlantı sağlanır. Bu takdirde her ikisi de anonim ortaklığın ilişkili tarafı olacaktır. Vasıtalı ilişkili taraf ise kendi sahip olduğu yönetsel yeti anonim ortaklığa doğrudan ulaşmayan kişidir. Yine de ilişkili taraf sayıldığına göre yönetsel yetinin

²²⁸ Johann Wolfgang von Goethe, **Genç Werther'in Acıları** (çev. Nihat Ülner), 37. Basım, İstanbul: Can Yayınları, 2020, s. 88.

²²⁹ Bu tanımın TMS 24'te yakın aile üyesi olarak ifade edilen sosyal genişletmeyi de karşıladığı görüşündeyiz.

kesintisiz olması gerekir. Demek ki bu kesintisiz yeti doğrusal değildir. Aşağı ya da yukarı yönlü olabilir, fark etmez. Fakat ne tamamen aşağı yönlüdür ne de tamamen yukarı yönlüdür. Bu gruba yakın aile üyeleri örnek gösterilebilir. İlişkili tarafla bir tür sosyal yönetsel yeti bağlantısı içinde olsalar da anonim ortaklık üstünde doğrudan yönetsel bir kudretleri yoktur. İlişkili tarafın (örn. anonim şirketin tek pay sahibinin) çoğunluk pay sahibi olduğu ikinci ortaklık da ilk ortaklık için vasıtalı ilişkili taraftır. Zira yönetsel yeti süreklidir, yani ilişkili taraf bağlantısı mevcuttur. Fakat hep aynı yönde ilerlemez, bu nedenle bu bağlantı aradaki vasıtanın ürünüdür. Kanaatimizce bu ayırım TMS ve TTK düzenlemelerini birbirleri karşısında anlamlandırmak için gerek duyulan formüldür.



İKİNCİ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNDE KURAMSAL ALTYAPI VE DÜZENLEME YÖNTEMLERİ

Çalışmamızın ikinci bölümünde ilişkili taraf işlemlerinin bağımsız bir kuram olarak değeri araştırılacaktır. Bu değer ortaya konulmadığı sürece “ilişkili taraf” ve “ilişkili taraf işlemi” kavramlarının yerindeliği tartışmaya açık kalır. Keza hukukun konuyu bir bütün hâlinde ele alması beklenmeden önce bunun neden gerekli olduğu da açıklanmalıdır. Bu hedefi takiben ilk olarak ilişkili taraf işlemlerinin ardında yatan hukuk politikası irdelenecektir. Hangi ortaklıklar hukuku ilkelerinin bu politikaya yön verdiği hususu yine bu kapsamda ele alınacaktır.

Mezkûr politika hâlihazırda bazı hukuk sistemlerinde karşılık bulmuştur. Dünyadaki bu örnekleri incelediğimizde ilişkili taraf işlemlerini düzenlerken kanun koyucuların temel bazı yöntemlerden hareket ettiğini görmekteyiz. İkinci başlıkta bu yöntemlere genel bir bakışla yaklaştıktan sonra karşılaştırmalı hukuktaki güncel durum aktarılacaktır. Son olarak, ilişkili taraf işlemlerini kendi hedefleri uyarınca düzenlemiş olan vergi hukuku düzenlemeleri ele alınacaktır.

I. HUKUK POLİTİKASI OLARAK İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

A. Düzenleme İhtiyacının Altında Yatan Sebepler

İlişkili taraf işlemleri ekonomik bir gerçekliktir. Gerçek ya da tüzel kişiler, hareketlerine yön verebildikleri sùjelerin birbirleriyle etkileşime girmesini ve bu etkileşimin çıktısından yararlanmayı tercih ederler. Bu tercihin mutlak anlamda kötü addedilmesi ise mümkün değildir. Zira ortaklıklar ya da kişiler arasındaki bağlantılar safi varlıklarıyla işlemin ekonomik veya hukuki yapısını değiştirmeyecektir. Satım sözleşmesi, tarafları ilişkili olsun ya da olmasın aynı satım sözleşmesidir. Fakat söz konusu ilişkili taraflar olduğunda, acaba söz konusu işlem en baştan satım sözleşmesi miydi, sorusuyla başlayan ve tarafların işlem iradelerini sorgulayan düşünceler hasıl olur.

İlişkili taraf işlemlerinde asıl korkulan, ilişkili taraf konumunun suistimalidir. Fakat bu korku tüm ilişkili taraf işlemlerini yasaklamayı haklı çıkarmadığı için bir ayrıma gitmek ve korkunun ne zaman desteklenmesi gerektiğini tespit etmek zarureti doğmuştur. İşte bu noktada çözüm, doğru hukuk politikasını yaratmaktır. Bununla

beraber, hukukun müdahale ettiği noktaya değin kavramı ele alıp geliştiren işletme bilimi olmuştur. Bu sebeple kullanılan tanımlar rafine edilmedikleri takdirde hukuka yabancıdır. İlişkili taraf işlemlerinin doğru şekilde sınıflandırılabilmesi için öncelikle bu tanımların tanıtılması gerekir.

1. Kontrolün Özel Yararları ve Tünelleme

a. Tanımlar

İlişkili taraf işlemlerine varan sınıflandırmada kontrol sahibinin fırsatçılığı, kontrolün özel yararları ve en önemlisi, tünelleme kavramıyla karşılaşırız. Kontrol sahibinin fırsatçılığı (*controller opportunism*) şirketin menfaatiyle kontrol eden kişinin şahsi menfaatinin çatıştığı hâllerde bu durumdan kontrol sahibi lehine istifade edilmesi şeklinde tanımlanır²³⁰. İstifade etmenin sayısal karşılığı, ortaklığın işlem sonucunda elde ettiği net faydanın, aynı işlem ortaklıkla ilgisiz biriyle yapılsa idi elde edilecek miktardan daha düşük olmasıdır. Aradaki fark ortaklıktan çıkıp ilişkili tarafa aktarılmış varsayılr²³¹. Yoksa kontrolün ayrı bir değeri (*the value of control*) bulunması başlı başına fırsatçılık olarak değerlendirilemez²³².

Tünelleme en basit tabirle, ortaklığa ya da pay sahiplerine ait olan bir değer in ortaklıktan çıkartılıp kontrol sahiplerine geçirilmesidir²³³. Terim ilk olarak 1990'ların sonunda Çekya'da (o zaman Çek Cumhuriyeti) kullanılmış; hemen 2000 yılında akademik eserlerde yer alır olmuştur. Güncel ekonomik gelişmelerin etkisiyle hukuk

²³⁰ Luca Enriques/ Tobias H. Tröger, “**The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 2. Yazarların ilgili açıklamaları, çatışmayı şirketin veya pay sahiplerinin menfaatiyle kontrol sahibinin menfaati arasında görmekte ve metni bu anlayış çerçevesinde tanzim etmektedirler. Halbuki pay sahiplerinin şahsi menfaatleriyle şirket menfaati arasında bir ayrışma söz konusudur (bkz. aşağıda B/4/a/ii). Bu nedenle işbu atıf, düşünsel bir sınır dâhilinde yapılmıştır.

²³¹ Ryngaert/ Thomas, Wealth Effects, s. 5; Ryngaert/ Thomas, Ex-Ante versus Ex-Post, s. 848.

²³² Alessio M. Paces, **Rethinking Corporate Governance: The law and economics of control powers**, London & New York: Routledge, 2012, s. 93-94. Bu durum Türkçede kontrol primi olarak ifade edilir, bkz. Paşlı, Kontrol Sahibi, s. 353. Kontrolün değeri sayısal ölçümlere de konu edilmiştir, bkz. Alexander Dyck/ Luigi Zingales, “**Private Benefits of Control**”, The Journal of Finance, Y. 2004, C. 59, S. 2, s. 538 vd.; Olaf Ehrhardt/ Eric Nowak, “**Private Benefits and Minority Shareholder Expropriation: Empirical Evidence from IPOs of German Family-Owned Firms**”, CFS Working Paper, No. 2001/10, Goethe University Frankfurt, Center for Financial Studies, 2001, s. 11 vd. (Kaynak: <http://hdl.handle.net/10419/25376>; E.T. 17.02.2021)

²³³ Enriques/ Tröger, s. 2-3; Simeon Djankov/ Rafael La Porta/ Florencio Lopez-de-Silanes/ Andrei Shleifer, “**The law and economics of self-dealing**”, Journal of Financial Economics, Y. 2008, S. 88, s. 430; Pierre-Henri Conac/ Luca Enriques/ Martin Gelter, “**Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy**”, European Company and Financial Law Review, Y. 2007, C. 4, S. 4, s. 496; Yaron Amzaleg/ Ronen Barak, “**Ownership Concentration and the Value Effect of Related Party Transactions (RPTs)**”, Journal of Modern Accounting and Auditing, Y. 2013, C. 9, S. 2, s. 242.

ve finans literatürü kavramı kolayca benimsemiştir²³⁴. Sanki yeraltında gizli bir tünel varmış ve mallar bu tünel vasıtasıyla şirket dışına çıkarılmış gibi, ortaklık bir anda ekonomik değerlerinden soyutlanmış olur²³⁵. Tanımda geçen kontrol sahibi, kurama yakışır şekilde soyut bir kavramdır. İşlemin gerçekleştiği piyasaya göre adlandırılır. Zira sorun gelişmekte olan ülkelere özgü değildir, gelişmiş piyasalarda da tünelleme ile karşılaşılır. Lakin gelişmekte olan ülkelerde değerin genellikle çoğunluk pay sahiplerine aktarıldığı görülürken, gelişmiş piyasalarda yöneticilere yapılan aktarımlar da bir o kadar dikkat çekicidir²³⁶.

Konu bakımından tünelleme yöntemleri üçe ayrılır: nakit akımı tünellemesi, varlık tünellemesi ve özkaynak tünellemesi²³⁷. Farklı türdeki birden fazla tünelleme aynı anda gerçekleştirildiğinde ise karma tünelleme ifadesi kullanılabilir²³⁸. Buradaki kavramları geniş kapsamlı düşünmek gerekir. Nakit akımı tünellemesinde, aksi ihtimalde ortaklığın nakit akışının parçası olacak değerlerin ilişkili tarafa aktarımı söz konusudur. Bu tip tünelleme süreklilik arz edebilir; fakat tekil işlemler kural olarak ortaklık için uzun vadeli sonuç üretmez, varlıklarda veya kontrolde değişiklik yaratmaz. Genellikle ilişkili tarafın, nakit akışına daha yoğun müdahale edebildiği işletme lehine bir tünelleme görülür²³⁹. Transfer fiyatlandırması, yöneticilere yapılan aşırı ödemeler ve düşük faizli kredi kullanımları nakit akımı tünellemesinin öne çıkan örnekleridir²⁴⁰.

Varlık tünellemesinde ise maddi ya da gayri maddi fark etmeksizin, ortaklık malvarlığından adil olmayan bir karşılıkla varlık çıkışı (*asset tunneling “out”*) veya bir varlığın gereğinden yüksek değerle ortaklık malvarlığına dâhil edilmesi (*asset*

²³⁴ **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Unbundling and Measuring, s. 1698, dn. 1. İlk yıllarda ortaya konan çok sayıda eser konunun öneminin diğer bir göstergesidir; bu tarihlere ait literatür taraması için bkz. **Aygün**, s. 83.

²³⁵ Simon Johnson/ Rafael La Porta/ Florencio Lopez-de-Silanes/ Andrei Schleifer, “**Tunneling**”, AEA Papers and Proceedings, Y. 2000, C. 90, S. 2, s. 22.

²³⁶ Vladimir Atanasov/ Bernard Black/ Conrad S. Ciccotello, “**Law and Tunneling**”, Journal of Corporation Law, Y. 2011, C. 37, S. 1, s. 5; **Johnson/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Schleifer**, s. 26; **Bona-Sánchez/ Fernández-Senra/ Pérez-Alemán**, s. 15.

²³⁷ **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 5-9; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 67-69; **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Unbundling and Measuring, s. 1700 vd. Özkaynak tünellemesi hakkında ayrıca Vladimir Atanasov/ Bernard Black/ Conrad Ciccotello/ Stanley Gyoshev, “**How does law affect finance? An examination of equity tunneling in Bulgaria**”, Journal of Financial Economics, Y. 2010, C. 96, S. 1, s. 156.

²³⁸ **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Unbundling and Measuring, s. 1707-1708. Sözleşme şartlarının nasıl kurgulandığına bağlı olarak kredi verme, leasing gibi işlemler bu duruma örnek teşkil edebilir.

²³⁹ Sungbin Cho/ Kyung-Mook Lim, “**Tunneling by Related-party Transactions: Evidence from Korean Conglomerates**”, Asian Economic Journal, Y. 2018, C. 32, S. 2, s. 163.

²⁴⁰ **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Unbundling and Measuring, s. 1706. Diğer tünelleme yöntemlerine ilişkin örnekler için yine aynı sayfaya bkz.

tunneling “in”) söz konusu olur²⁴¹. Nakit akımı tünellemesinden farklı olarak orta ve uzun vadeli sonuçlar yaratan varlık tünellemesi daha ziyade bilançoda kendini gösterir. Nakit akımı tünellemesi ise öncelikle nakit akış tablosunu etkileyecektir. Varlık tünellemesinin somut bir örneği meşhur *Parmalat/ Lactalis* hadisesidir. Bu örnekte Parmalat, Lactalis’nin bazı iştiraklerini olması gerekenden yaklaşık 150 milyon USD daha yüksek fiyata satın alır²⁴².

Son olarak özkaynak tünellemesi, paya dönüştürülebilir araçlar çıkarılması, çıkarma hakkı tanıyan kararlar alınması gibi yöntemlerin adil değerden yapılmaması sonunda pay sahipliğinin yüzdesel olarak düşürülmesi ve böylece kontrol yapısını değiştirirken ortaklıktan da bazı değerlerin soyutlanmasını sağlayan faaliyetlerdir²⁴³. Bağlam düzeninin ilişkili taraf lehine suistimal edilmesi ve böylece payların pazar fiyatının olması gerekenin altında tutulması da neticesinde özkaynak tünellemesine imkân sağlar. Keza 1995-2000 yılları arasında Gazprom’da izlenen strateji bu şekildeydi²⁴⁴.

Tünelleme yoluyla aktarılan değerlere kontrolün özel yararları denir²⁴⁵. İsmi ele verdiği üzere bunlar, pay sahipleri arasında oransallık ilkesi uyarınca paylaşılması gerekirken kontrol sahiplerinin tekeline aktarılmaktadır²⁴⁶. Aktarımın şiddetinde ve önlenebilmesinde hukuk içi faktörler kadar – ki bunları düzenleme yöntemleri başlığı altında inceleyeceğiz²⁴⁷ – hukuk dışı (*extra-legal*) unsurlar da etkili olur²⁴⁸.

²⁴¹ Atanasov/ Black/ Ciccotello, *Unbundling and Measuring*, s. 1704-1707.

²⁴² Pomelli, s. 82.

²⁴³ Johnson/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Schleifer, s. 23; Ehrhardt/ Nowak, s. 5. Benzer bir örnek pay alım teklifi zorunluluğu doğmasını önleyerek kontrolün daha az maliyetle transferidir, bkz. Thomas Kirchmaier/ Jeremy Grant, “**Financial Tunnelling and the Revenge of the Insider System**”, Financial Markets Group Discussion Paper No. 536, London School of Economics and Political Science, 2005, s. 6. Yazarlar bu faaliyeti “finansal tünelleme” olarak niteler. Verilen örnekler özkaynak tünellemesini hatırlatsa da daha geniş bir kapsama işaret ettiğinden, tabirin kullanılmasını biz de destekliyoruz.

²⁴⁴ Atanasov/ Black/ Ciccotello, *Unbundling and Measuring*, s. 1733.

²⁴⁵ Enriques/ Tröger, s. 3. Doktrinde *Karacan* ise yatırımcıyı ve küçük pay sahiplerini koruyucu düzenlemeleri üst başlık olarak kabul etmekte ve kontrol etmenin özel yararlarını bu kavramda bir alt unsur olarak sınıflandırmaktadır (*Karacan*, ilişkili Taraf İşlemleri, s. 50).

²⁴⁶ Dyck/ Zingales, s. 541; Ehrhardt/ Nowak, s. 6.

²⁴⁷ Azınlık pay sahiplerine tanınan çıkış hakları kontrolün özel yararlarını (negatif) etkileyen hukuki unsurlardan biridir. Çalışmamız kapsamında ayrıca incelemeyeceğimiz için burada ismen anmakla yetiniyoruz, detaylı bilgi için bkz. Marc Goergen/ Marina Martynova/ Luc Renneboog, “**Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe**”, Oxford Review of Economic Policy, Y. 2005, C. 21, S. 2, s. 248 vd.

²⁴⁸ Dyck/ Zingales, s. 576-579; karşı. Ronald J. Gilson, “**Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy**”, Harvard Law Review, Y. 2006, C. 119, S. 6, s. 1672-1673. Dış faktörler arasında ortaklığın faaliyet gösterdiği pazardaki rekabet durumu öne

Kontrolün özel yararı ülkelerin finans parametrelerine ışık tutar. Bir araştırma göstermiştir ki, kontrolün özel yararları arttıkça halka arz azalır, yoğunlaşmış pay sahipliği yapısı baskın kalır. Zira pay sahipleri satış fiyatının payların gerçek karşılığı olmayacağına inanır. Bu farkın nedeni ise kontrolün özel yararlarıdır. Bu durumu takiben kontrol ve likidite arasında ters orantı saptanır. Zira pay satmama refleksi pazarı olumsuz etkiler, ilgili ülkenin sermaye piyasaları dar ve opak yapıda olur²⁴⁹. Anılan yapıdaki ortaklıklar bir şekilde halka açıldığında ise kontrol sahiplerinin bu konumlarını muhafaza etmeye çalıştıkları görülür²⁵⁰.

Terimlerin alışıldık hukuki karşılıklarının bulunmamasının nedeni, yarardan anlaşılanın aslında çok daha kapsamlı olmasıdır. Gerçekten, kontrolün sağladığı özel yararlar maddi menfaatlerin ötesine geçer. Kontrol sahibinin diğer menfaat sahipleri ile *pro rata* paylaşmadığı tüm kazanımlar burada dikkate alınır²⁵¹. Ortaklıktan gerçek anlamda, daha doğrusu maddesel değer çıkışı olması hâlinde kontrolün maddi özel yararından bahsedilir. Üç boyutlu evrende maddesel karşılığı bulunmayan, düşünsel ve diğer herhangi bir türden kazanımlar ise kontrolün gayri maddi özel yararı olarak tanımlanabilir²⁵². Örnek olarak, büyük bir ortaklığı kontrol ediyor olmanın verdiği prestij veya siyasi güç, aynı şekilde ekonomik anlamda iyi durumda olan bir ortaklığı – daha doğrusu bu ortaklığın paylarını – miras bırakacak olmanın verdiği kişisel haz bu kapsamdadır²⁵³.

İşletme bilimi bu yararları maddeleştirmeye, ölçmeye ve değerlemeye çalışır. Bize göre bu araştırmaların en önemli sonucu pay sahipleri çevresi ve ilişkili taraf işlemleri arasındaki bağlantıdır. Gerçekten araştırmaların gösterdiği üzere kontrol sayısallaştırılabilir. Bir çalışmalarında *Dyck* ve *Zingales* 39 ülkeyi incelemiş ve ortaklığın değerinin ortalama %14'ünün kontrolün değeri olduğunu hesaplamıştır. Fakat bu değer ülkeler bazında ciddi değişiklik gösterir. İki uç örnek olarak Japonya'da %-4, Brezilya'da ise %65 oranındadır²⁵⁴. Kontrolün değeri pay sahipliği yapısının dağınık olduğu Japonya, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde daha düşükken Brezilya, İtalya, Avusturya ve Türkiye gibi tek pay sahibi

çıkart, bkz. Maria Guadalupe/ Francisco Pérez-Gonzalez, “**Competition and Private Benefits of Control**”, AFA 2007 Chicago Meetings Paper, 2010 (Kaynak: SSRN; E.T. 17.02.2021), s. 8.

²⁴⁹ *Dyck/ Zingales*, s. 571-572; *McCahery/ Vermeulen*, Corporate Governance Crises, s. 220-221.

²⁵⁰ *Ehrhardt/ Nowak*, s. 31-32.

²⁵¹ *ECLE*, Implementation of the SRD II, s. 7.

²⁵² *Pecuniary – nonpecuniary private benefits of control* kavramları için bkz. *Gilson*, Controlling Shareholders, s. 1663-1664; *Ehrhardt/ Nowak*, s. 5.

²⁵³ *Enriques/ Tröger*, s. 3; *Ehrhardt/ Nowak*, s. 5; *Karacan*, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 48, 53 vd.

²⁵⁴ *Dyck/ Zingales*, s. 538 vd.

anlayışının hâkim olduğu coğrafyalarda daha yüksektir. Pay sahiplerinin kontrolü kaybetmek tehlikesi karşısında gösterdikleri direncin bir sebebi de bu artı değer olsa gerektir²⁵⁵.

Kontrolün özel yararlarından maddi nitelikte olanlar, kendi içlerinde yüksek ve düşük yararlılar olarak ikiye ayrılabilir. Bu ayrımı yapan yazarlar, ilişkili tarafa varlık devri gerçekleşen durumları yüksek, varlık devri olmaksızın ekonomik çıkar sağlayanları ise düşük yararlı olarak sınıflandırır. Azınlığı şirketten uzaklaştırmaya dönük işlemler veya bilgi suistimali bu ikinci duruma örnek gösterilir. Aynı şekilde gayri maddi özel yararlar kendi içlerinde yüksek ve düşük ölçekli olmak üzere ikiye ayrılır. Kişinin karakteristik, kültürel vb. özellikleri nedeniyle ortaya çıkan ve bu nedenle başkasına devri zor olan yararlar düşük yararlı görülür. Diğer gayri maddi değerler ise yüksek yararlıdır. Politik yararlar da bu gruptadır. Bir alt başlık olarak, kamunun kontrol ettiği ortaklıkların kamu hizmeti çerçevesinde veya siyasi amaçla kullanılması nedeniyle yatırımcıların aleyhine olacak şekilde sosyal yarar temin edilmesi (*policy channeling*) kontrolün siyasi nitelikli özel yararları olarak adlandırılır²⁵⁶.

b. İlişkili Taraf İşlemlerinin Konumu

Şahsi menfaati doğrultusunda hareket eden kontrol sahibi, ortaklıktan bazı değerleri “tünelleyecektir”. Tünelleme yöntemlerinden biri, kontrol sahibinin (ki biz kendisini yönetsel yeti sahibi olarak adlandırmayı tercih ediyoruz) ortaklıkla işlem yapmasıdır. İşte bu işlemler ilişkili taraf işlemi olarak adlandırılır²⁵⁷. Bu işlemler temsilcinin kendisiyle işlem gerçekleştirdiği ve böylece ortaklığa ait bir değer aynı temsilciye aktarıldığı (*self-dealing*²⁵⁸) işlemlerden daha geniş kapsamlıdır. Aynı

²⁵⁵ Almanya örneği için bkz. Marc Goergen/ Luc Renneboog, “**Why Are the Levels of Control (So) Different in German and U.K. Companies? Evidence from Initial Public Offerings**”, Journal of Law, Economics & Organization, Y. 2003, C. 19, S. 1, s. 172.

²⁵⁶ Milhaupt/ Pargendler, s. 249; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 52-53. Kontrolü bizzat kamuda aramaksızın aynı anlamda Ronald J. Gilson/ Curtis J. Milhaupt, “**Shifting Influences on Corporate Governance: Capital Market Completeness and Policy Channeling**”, ECGI Working Paper No. 546/2020, European Corporate Governance Institute, 2020 (Kaynak: SSRN; E.T. 15.01.2021), s. 13.

²⁵⁷ Enriques/ Tröger, s. 3; Luca Enriques/ Gerard Hertig/ Hideki Kanda/ Mariana Pargendler, “**Related-Party Transactions**”, The Anatomy of Corporate Law (Ed. John Armour/ Luca Enriques ve diğerleri), 3rd Edition, Oxford: OUP, 2017, s. 146.

²⁵⁸ Bazen bu kavram temsilciler ve ortaklık arasındaki işlemlerin yanında, bunlardan biri ile ötekinin ekonomik birliğindeki diğer bir kişi arasında gerçekleşen işlemleri de kapsayacak şekilde kullanılır, bkz. Luca Enriques, “**The Law on Company Directors’ Self-Dealing: A Comparative Analysis**”, International and Comparative Corporate Law Journal, Y. 2000, C. 2, S. 3, s. 299. TTK m. 395/1’de de benzer bir anlayış görürüz. Lakin bu ihtimalde dahi *self-dealing*, ilişkili taraf işlemlerinin sadece belli bir kısmına karşılık gelir.

şekilde işlemin adil olup olmamasına göre yapılan ayırmadan (*fair dealing*) da farklıdır²⁵⁹.

Kavramları karşılıklı olarak konumlandığımızda denilebilir ki, kontrol fırsatçılığının araçlarından biri tünelleme; tünellemenin türlerinden biri ise ilişkili taraf işlemleridir. Fakat tüm ilişkili taraf işlemleri tünelleme amacına özgülenmiş değildir, bu anlamda sadece bir kesişim söz konusudur.

Kontrolün özel yararlarını edinmede ilişkili taraf işlemlerinin öne çıkmasının asıl nedeni görünürde, hatta bazen gerçekte bu işlemlerin hukuka uygun olmasıdır. Bu nedenle güncel hukuk anlayışında ya da en azından mevcut pratikte daha kolay bir şekilde yaptırıma bağlanan yöntemlerden ziyade ilişkili taraf işlemlerine yönelme söz konusudur²⁶⁰. Kanaatimizce ilişkili taraf işlemlerinin öne çıkmasının bir başka nedeni işlemi yapanların hukuka aykırı hareket ettiklerini düşünmüyor olmalarıdır. Yönetmelik yetiyi haiz olan kişilerin ortaklıkla kendilerini özdeşleştirmeleri Türkiye’de sıklıkla rastlanan, ne yazık ki hiç de yadsınmayan bir olgudur. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin aslında tek bir malvarlığında yapılan içsel tasarruflar olarak algılanması yanlış olsa da son derece olasıdır. Neticesinde ilişkili taraf işlemleri tünellemeyi kolaylaştırmakta ve hatta normalleştirmektedir.

2. İlişkili Taraf İşlemlerinde Yarar ve Zarar Dengesi

a. Genel Açıklamalar

Kuramın anlaşılmasını zorlaştıran bir husus, tüm ilişkili taraf işlemlerinin zararlı/ menfi ve nihayetinde hukuka aykırı işlemler olmamalarıdır. Zira işlemin ilişkili taraflar arasında akdedilmiş olması tek başına hukuka aykırılık doğurmaz²⁶¹ veyahut ilişkili tarafların bu işlemleri gerçekleştirmesi ortaklığın özensiz yönetildiği anlamına gelmez²⁶². Tünelleme ortaklığa değer kaybettiren zararlı bir faaliyet olsa da

²⁵⁹ Tanımlar için bkz. John H. Farrar/ Susan Watson, “Self-Dealing, Fair Dealing and Related Party Transactions – History, Policy and Reform”, Journal of Corporate Law Studies, Y. 2011, C. 11, S. 2, s. 496. Ayrıca aynı yönde görüşler için Ryngaert/ Thomas, Ex-Ante versus Ex-Post, s. 846. Karş. Conac/ Enriques/ Gelter, s. 496, dn. 7.

²⁶⁰ Enriques/ Tröger, s. 3; Johnson/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Schleifer, s. 26.

²⁶¹ Enriques, Related Party Transactions, s. 6; Pizzo, s. 312; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 49; Çağlar Manavgat, “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları”, Batider, Y. 2015, C. XXXI, S. 1, s. 89.

²⁶² Lakin istatistiksel olarak, ortaklığın ilişkili taraf işlemleri akdetmesi yatırımcılar aleyhine yöneticileri odak alan anlayışın varlığına işaret eder, bkz. Kohlbeck/ Mayhew, Red Flags, s. 901.

tüm ilişkili taraf işlemleri tünelleme faaliyeti değildir²⁶³. Burada hassas bir denge söz konusudur. Dengeyi kuramayınca meydana gelecek zararlara engel olmak adına tüm ilişkili taraf işlemlerinin en baştan yasaklanması teorik olarak mümkünse de bu düşünce isabetli değildir. Zira somut ticaret hayatında bazen işleme taraf olabilecek yegâne kişi ilişkili taraftır. Keza yatırımcıların ortaklıkla etkileşime girdikten sonra bir daha işlem yapamayacaklarının kabulü piyasa gerçekleriyle de bağdaşmaz. Her şeyin ötesinde ilişkili taraf işlemleri tünellemenin sadece bir türüdür. O nedenle bu işlemleri topyekûn yasaklamak kontrol fırsatçılığını diğer tünelleme türlerine kaydırmak ve yararlı işlemleri engellemek dışında sonuç doğurmaz²⁶⁴. İlişkili taraf işlemleri kuramından beklenen, tüm bu düşünceler arasındaki dengeyi bulmasıdır.

Teorik açıklamalardan önce, söz konusu dengeyi gösterebilmek için şu örnek paylaşılabılır. Bir pay sahibinin iki farklı anonim ortaklıkta yönetsel yetiye sahip olduğunu düşünelim. Bu şirketlerden birinin ekonomik darboğazdan çıkmasına yardımcı olmak için diğer şirketin (hiçbir kredi kuruluşu yapmazken) finansman sağlaması her hâlükârda ilişkili taraf işlemidir²⁶⁵. Bu türden destekler aynı şirketler grubunun mensupları arasında son derece yaygındır²⁶⁶. Hatta iktisat tarihinde önemli roller oynadıkları da görülür. Örnek olarak, Japonya’da 90’lı yıllar boyunca süren resesyon kredi krizine neden olmuş ve şirketler sorunu büyük ölçüde topluluk içi işlemler (*intragroup transactions*) sayesinde çözmüştür. Dış kaynağa kolay erişim genellikle olumludur. Fakat ekonomik şok anlarında bu durumun kötüye kullanılması riski doğar. Zira ortaklığa değer girişini sağlayabilenler bu değerleri aynı hızda dışarı çıkarabilir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinde yarar ve zarar birbirini takip eder²⁶⁷.

²⁶³ Fakat bazı ampirik çalışmalar ilişkili taraf işlemlerinin ortaklığın finansal sıkıntıya girme ihtimalini artırdığını tespit etmiştir, bkz. **Ryngaert/ Thomas**, Wealth Effects, s. 31; **Ryngaert/ Thomas**, Ex-Ante versus Ex-Post, s. 874. İlişkili taraf işlemlerinin firma değerini olumsuz etkilediği yönünde bkz. **Bona-Sánchez/ Fernández-Senra/ Pérez-Alemán**, s. 12; Hyunjung Choi/ Jungeun Cho, “**Related-Party Transactions, Chaebol Affiliations, and the Value of Cash Holdings**”, Sustainability, Y. 2021, C. 13, S. 2, s. 700. Aksi yönde sonuçlara ulaşan araştırmacılar da mevcuttur, bkz. Ahmed A. Diab/ Ahmed Aboud/ Arafat Hamdy, “**The impact of related party transactions on firm value – Evidence from a developing country**”, Journal of Financial Reporting and Accounting, Y. 2019, C. 17, S. 3, s. 580-582. Mısır borsası verilerini esas alan yazarlar, ortaklığın değeri ile ilişkili taraf işlemleri arasında illiyet bağı bulunmadığını savunmaktadırlar. Benzer şekilde **Suryani/ Putri**, s. 69.

²⁶⁴ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 146-147. Tamamen yasaklama yönteminin pratik görülmediği ve kullanılmadığı yönünde **Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer**, s. 431.

²⁶⁵ Örnek ve “*propping*” diye tabir edilen bu işlem grubu hakkında bilgi için bkz. **Enriques/ Tröger**, s. 5; **Milhaupt/ Pargendler**, s. 248; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 49; **Ryngaert/ Thomas**, Ex-Ante versus Ex-Post, s. 849; **ECLE**, Implementation of the SRD II, s. 7.

²⁶⁶ **Enriques/ Tröger**, s. 6; Samsung örneği için bkz. **Cho/ Lim**, s. 150-151.

²⁶⁷ Sandra Dow/ Jean McGuire, “**Propping and tunneling: Empirical evidence from Japanese keiretsu**”, Journal of Banking & Finance, Y. 2009, S. 33, s. 1824-1825; Eric Friedman/ Simon

Görüleceği üzere yarar ve zarar iç içe geçmiş durumdadır. Verilen örnekteki amaç, ekonomik darboğazdaki şirketin iflas etmesini önlemek ve bu sayede birçok menfaat grubuna değer sağlamaktır. Bazen kredi arayan ortaklığa en ucuz finansmanı hâkim şirketinin sağladığı görülür. Adil ama ucuz bu fiyat sayesinde ortaklığın rekabet kabiliyeti artabilir²⁶⁸. Bununla birlikte fon arz eden ortaklıktan ekonomik bir değer çıkacaktır. Peki bu değer karşılığında fon arz eden ortaklık ne kazanmıştır? Bu soruya verilecek cevaba göre ilişkili taraf işleminin bir tünelleme olup olmadığı anlaşılır. Sorunun tatminkâr bir cevabı varsa işlemi tünelleme olarak sınıflandırmak, akabinde yasaklamak ve bir şirketin iflasına sebep olmak hiçbir hukuk politikasıyla bağdaşmayacaktır. Burada hukuktan beklenen, tüm oyuncuların üzerinde duracağı dengeyi yaratmasıdır²⁶⁹. Fakat akışkan sınırlara ve değişik ortaklık yapılarına sahip şirketler topluluklarının yön verdiği modern dünyada bu faaliyet zannedildiği kadar kolay değildir²⁷⁰.

b. Ekonomik Analizler

İlişkili taraf işlemlerinin ele alan tek bilim dalı hukuk değildir. Bu konudaki çalışmalara işletme, finansal ekonomi, kurumsal finans gibi birçok başka alanda yer ayrılmıştır. Söz konusu çalışmaların hedefi genelde tünelleme faaliyetlerinin, özelde ise ilişkili taraf işlemlerinin ekonomik etkilerini ortaya koymaktır. Bu gayret önemli ve biz hukukçular için son derece anlamlıdır, zira hukuk politikasını şekillendirirken nasıl bir duruş izlenmesi gerektiğini bu çalışmalar gösterir.

Türkiye özelinde bir çalışma *Aygün* tarafından ortaya konulmuştur. Yazarın hipotezleri şöyledir²⁷¹: (1) İlişkili taraf işlemleri kriz dönemlerinde diğer dönemlere

Johnson/ Todd Mitton, “**Propping and tunneling**”, Journal of Comparative Economics, Y. 2003, C. 31, S. 4, s. 742, 748.

²⁶⁸ Zohar Goshen, “**The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality**”, California Law Review, Y. 2003, C. 91, S. 2, s. 400. İlişkili taraf işlemlerinin rekabet hukukuyla olan etkileşimi ilginçtir. Görüldüğü üzere bu işlemler rekabet için faydalı addedilebilir. Lakin aynı işlemler – zararlı dahi olmayan ilişkili taraf işlemleri – aslında grup içi dinamizmi sağladığı ölçüde grup dışı şirketlerin rekabet gücünü de azaltmaktadır. Bu nedenle emsallere uygun işlemlerin dahi fazla sayıda gerçekleştirilmesi hâlinde alt pazardaki teşebbüslerin dışlandığına ve rekabetin kısıtlandığına şahit olunur. Ürün pazarı özelinde bir inceleme sonucunda bu yönde Kyoung-Soo Yoon/ Yangsoo Jin, “**Related party transactions, agency problem, and exclusive effects**”, European Journal of Law and Economics, Y. 2021, C. 51, S. 1, s. 4, 20. Belirtelim ki çalışmamız “zararlı” ilişkili taraf işlemlerini incelerken rekabet hukuku boyutunu dikkate almamıştır.

²⁶⁹ Enriques/ Tröger, s. 7; Manavgat, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 96.

²⁷⁰ Bu tespit için bkz. OECD, **Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights**, Paris: OECD Publishing, 2012, s. 20.

²⁷¹ *Aygün*, s. 105-107. Yazar veri grubu olarak 2000-2004 yılları arasında borsaya kote olan şirketleri almıştır. Bu nedenle ulaşılan sonuçların kapalı anonim şirketler için geçerli olup olmadığını söylemek mümkün değildir.

göre daha yüksek tutarlarda gerçekleşir. (2) Bir gruba bağlı firmalar, bağlı olmayan firmalara göre daha fazla tutarda ilişkili taraf işlemi gerçekleştirmektedir. (3) İlişkili taraflara olan borç tutarı veya ilişkili taraflardan olan alacak arttıkça firma performansı azalacaktır. (4) İlişkili taraf işlemlerinde satış veya mal alım tutarı arttıkça firma performansı azalacaktır. (5) İlişkili taraf işlemlerinin meydana getirdiği kira ve faiz gelirleri veya giderleri arttıkça firma performansı azalacaktır. Ulaşılan sonuçları incelediğimizde, verilerin ilk iki hipotezi desteklediğini görmekteyiz. Diğer hipotezlerde ise sonuçların sadece bir kısmı istatistiksel olarak anlamlı bulunmuştur. Yazara göre, ilişkili taraflardan olan alacaklardaki, bu kapsamda satışlar ile kira ve faiz gelirlerindeki artış firma performansını olumsuz etkiler. Ulaşılan bulgular ilişkili taraf işlemlerinin azınlık pay sahiplerini istismarda kullanılabileceği önermesini desteklemektedir²⁷². Lakin yine Türkiye özelinde verilerin sıhhati de ayrı bir tartışma konusudur. Zira *Karğın* tarafından yapılan ve imalat sanayinde faaliyet gösteren 165 halka açık şirketi inceleyen çalışma ilişkili taraf işlemlerinin raporlanması noktasında zafiyetler bulunduğunu ortaya koymuştur²⁷³.

Başka piyasalarda benzer bulgulara rastlamak mümkündür. İspanya’da halka açık şirketler incelendiğinde, bu şirketlerin yarısından fazlasının ilişkili taraf işlemi gerçekleştirdikleri ve bu işlemlerin de %99,84’ünün blok pay sahipleriyle yapıldığı görülmüştür²⁷⁴. Verilen rakamlar riski konumlandırmak noktasında dikkat çekicidir. Diğer bir araştırma, Bulgaristan’da gerçekleşen özelleştirme furiasını takip eden beş yılda (1998-2003) borsa kotunu terk eden şirketlerin %68’inde özkaynak tünellemesi saptamıştır²⁷⁵. Başka bir çalışma, bilgi asimetrisinin fazla olduğu Mısır borsalarında, inceledikleri şirketlerin sadece %60’ının bildirim yükümlülüklerini yerine getirdiğini tespit etmiştir²⁷⁶. İspanya, Bulgaristan ve Mısır’a ait bulgular Türkiye için önemlidir. Zira yoğun (blok) pay sahipliği yapısının mevcut ve piyasanın fiyatlandırma kabiliyetinin zayıf olduğu sistemlerde klasik düzenlemelerin yetersizliği evrensel bir olgu olarak göze çarpmaktadır.

Doğu Asya öğretisinin incelemeleri benzer sonuçlara ulaşmıştır. Güney Kore şirketler topluluklarının (*chaebol*) gerçekleştirdikleri ilişkili taraf işlemlerinin diğer

²⁷² İlgili açıklama ve tespitler için sırasıyla bkz. *Aygün*, s. 114, 118, 125-126, 136-137.

²⁷³ *Karğın*, s. 152-154. Çalışmada 2011 yılı verileri incelenmiştir.

²⁷⁴ *Bona-Sánchez/ Fernández-Senra/ Pérez-Alemán*, s. 15.

²⁷⁵ *Atanasov/ Black/ Ciccotello/ Gyoshev*, s. 162.

²⁷⁶ *Diab/ Aboud/ Hamdy*, s. 582. Bu oranın mevcut literatürün iddia ettiğinden daha yüksek olduğu belirtilmiştir.

ilişkili taraf işlemlerine göre daha negatif fiyatlandırılması, her hâlükârda bir şirketin yaptığı ilişkili taraf işleminin sayısı arttıkça yatırımcıların o şirketin nakit mevcuduna biçtikleri değerin azalması bu sonuçlara örnek gösterilebilir²⁷⁷. Japonya’da ise grup içi bağların kuvvetli olması yatırımcılar tarafından bir güvence olarak algılanmıştır. İlişkili taraf işlemlerinin zor durumdaki şirketlere destek için kullanılacağına duyulan inanç, toplulukların (*keiretsu*) hem iç hem dış finansmana erişimini kolaylaştırır²⁷⁸.

Çin piyasaları ise yapısındaki özellikler nedeniyle ilgi çekici uygulamalara ev sahipliği yapmıştır. Araştırmalar genellikle 1996-2006 arası ve sonrası olmak üzere iki dönemden bahseder. Bunun nedeni ekonomik gelişmeler ile onları takip eden hukuk reformlarıdır. İlk dönemde kamu iştirakleri özelleştirilmiş; bu sırada bazı şirketlerin kontrolü özel hukuk kişilerine devredilmiştir. Çin’de halka açık şirketlerin hepsinde hâkim pay sahibi görülür. Payların devrine getirilen sınırlamaların çokluğu ile yatırımcıları koruyan hakların azlığı neticesinde tünellemeye son derece elverişli bir finansal atmosfer mevcuttur²⁷⁹. İlginç olan husus, ilişkili taraf işlemlerinin çift yönlü karakteridir. Hükümet denetimi nedeniyle performansı yüksek göstermek isteyen kontrol sahipleri bu ihtiyacı konusu satış olan ilişkili taraf işlemleriyle sağlamaktaydı. Fakat sonraki aşamada, halka açık ortaklığa geçen değerin ilişkili tarafa döndürülmesi gerekiyordu. Bu noktada akla gelen yöntem ise borçlanmaydı²⁸⁰.

1996-2003 yılları arasında hâkim pay sahiplerine verilen ödünçler nedeniyle bilançoların “diğer alacaklar” kalemleri ciddi oranlara ulaşmıştır. 2003-2006 yılları arasında bu duruma müdahale edilmiştir. Hem hâkim pay sahiplerine borç verilmesi yasaklanmış hem de bilançoların düzeltilmesi istenmiştir. Sert yaptırımlar öngörmüş ve fiilen uygulamıştır. Sonuçta tünelleme filleri önemli oranda azalmıştır. Geline nokta Çin şirketlerinin ilişkili taraf işlemleri değer artırıcı nitelikte olabilecektir. Bununla beraber hâkim şirketin pay sahipliği oranı ile kamunun o şirket üzerindeki etkisi arttıkça ilişkili taraf işlemlerinin olumlu etkilerini kaybettiği söylenmektedir²⁸¹.

²⁷⁷ Choi/ Cho, s. 705. Güney Kore hukukunun iyileştirilmesi ve özellikle *ex post* yaptırımlarının güçlendirilmesi gerektiği yönünde Cho/ Lim, s. 163.

²⁷⁸ Dow/ McGuire, s. 1827.

²⁷⁹ Guohua Jiang/ Charles M.C. Lee/ Heng Yue, “Tunneling through intercorporate loans: The China experience”, *Journal of Financial Economics*, Y. 2010, S. 98, s. 2-4; Guoqian Tu/ Frank Yu, “Tunneling or Not? The Change of Legal Environment on the Effect of Post-Privatization Performance”, *Journal of Business Ethics*, Y. 2015, S. 129, s. 492-493; Wong/ Kim/ Lo, s. 4.

²⁸⁰ Ming Jian/ T. J. Wong, “Propping through related party transactions”, *Review of Accounting Studies*, Y. 2010, S. 15, s. 73, 98.

²⁸¹ Jiang/ Lee/ Yue, s. 16; Tu/ Yu, s. 499, 509; Wong/ Kim/ Lo, s. 34.

c. Hukuk Teorisi

İlişkili taraf işlemlerinin ekonomik yansımalarının bulunması, nihayetinde bu işlemlerin bütünlük içinde ele alınmasına ve hukukçular tarafından teorileştirilmesine neden olmuştur. Temelde iki anlayış mevcuttur^{282,283}. Bunlardan menfaat çatışması teorisi (*conflict of interest theory*) ilişkili taraf işlemlerini yöneticilerin sadakat borcuyla uyumsuz ve pay sahiplerinin ekonomik menfaati için zararlı görür²⁸⁴. Karşıt konumdaki etkili işlem teorisi (*efficient transactions theory*) ise bu işlemlerin şirket için yararlı olduğunu savunur. Teorinin temelleri Adam Smith'in Ulusların Zenginliği adlı kitabında dahi bulunabilir²⁸⁵. Hizmetlerin o şirketi tanıyan ve işinde yetkin yöneticilerden temin edilmesi, yeni atanan yöneticiye sağlanan konut kredisi sayesinde adaptasyon sürecinin kolaylaştırılması veya güvendikleri yakınlarıyla çalışmalarına imkân tanınan yöneticilerden daha fazla verim alınması gibi birçok örnek ilişkili taraf işlemlerinin maddi ve manevi faydalarını bize gösterir²⁸⁶.

İki uzlaşmaz teori karşısında üçüncü bir görüşün varlığı kaçınılmazdır. *Pizzo*, ampirik bulguların teorilerden birini öbürüne üstün tutmadığını belirtir. Yazara göre iki teorinin aynı anda savunulması mümkündür. Olması gereken, konuya durumsallık yaklaşımı (*contingency theory*) perspektifinden bakmaktır. İlişkili taraf işlemlerinin yararlı mı yoksa zararlı mı olduğu ortaklığın türü, kurumsal nitelik, sosyal faktörler, uygulanacak diğer kuralların etkinliği gibi unsurlara bağlıdır. Bu nedenle evrensel kurallar yoktur. Ülkeler neyin iyi, neyin kötü olduğuna kendi özelliklerini gözeterek karar vermelidir²⁸⁷.

²⁸² **Pizzo**, s. 311; **Diab/ Aboud/ Hamdy**, s. 575-576; **Karğın**, s. 109-112; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 6-9; Elizabeth A. Gordon/ Elaine Henry/ Darius Palia, “**Related Party Transactions and Corporate Governance**”, Corporate Governance – Advances in Financial Economics Volume 9 (Ed. Mark Hirschey/ Kose John/ Anil K. Makhija), Bingley: Emerald Publishing, 2004, s. 4.

²⁸³ Benzer kapsamda başka bir ayırım zayıf kurumsal yönetim – etkili sözleşme hipotezi şeklindedir, bkz. Steven Balsam/ Richard H. Gifford/ John Puthenpurackal, “**Related Party Transactions, Corporate Governance and CEO Compensation**”, Journal of Business Finance & Accounting, C. 44, S. 5-6, s. 858-859. Diğer bir adlandırma (*agency theory – transaction costs theory*) için bkz. **Bona-Sánchez/ Fernández-Senra/ Pérez-Alemán**, s. 5 ve (*agency theory – efficient transaction hypothesis*) için bkz. Fabrizio Bava/ Melchiorre Gromis di Trana, “**Disclosure on Related Party Transactions: Evidence from Italian Listed Companies**” Accounting, Economics and Law: A Convivium, Y. 2016, C. 6, S. 2, s. 124.

²⁸⁴ Bu teorinin azınlığın korunması ve sermaye piyasaların etkinliği gibi sosyal ihtiyaçlara karşı daha hassas olduğu yönünde **Pizzo**, s. 314.

²⁸⁵ **Farrar/ Watson**, s. 496-497.

²⁸⁶ **Gordon/ Henry/ Palia**, s. 6; **Diab/ Aboud/ Hamdy**, s. 576; **Ryngaert/ Thomas**, Ex-Ante versus Ex-Post, s. 848-849; **Ryngaert/ Thomas**, Wealth Effects, s. 6 vd.

²⁸⁷ **Pizzo**, s. 315 vd.

Daha sofistike bir yaklaşım benimseyen *Enriques* ve *Tröger* şirket ile ilişkili taraf arasındaki işlemin adil olup olmamasına ve değer yaratıp yaratmamasına göre iki katmanlı ayırım önerir. İlişkili taraf işleminin adilliği (*fairness*) temel ayırımdır. Bu görüşe göre şirketin en menfaatine olan işlem adildir. Adil işlemden, adil fiyata gerçekleştirilen işlemi anladığımız noktada bu adil fiyat, tarafların işleme biçtikleri farklı sübjektif değerlerin skalasında kalan fiyattır. İkinci katmanı oluşturan değer yaratma – yok etme ayırımında ise ilgili tarafların zenginleşip zenginleşmediğine bakılır. Yazarlara göre adil ve değer yaratan işlemler hem ortaklığa zarar vermeyen hem de pay sahipleri dahil menfaat sahipleri için olumlu sonuçları olan işlemlerdir. Adil bir işlem olup pay sahipleri dışındaki menfaat sahiplerine zarar veren işlemler ise adil – değer yok eden işlemler olarak sınıflandırılmıştır.

Adil olmayıp aynı zamanda değer yok eden işlemler ise ortaklık için zararlı olmanın ötesinde pay sahipleri başta olmak üzere diğer tüm menfaat gruplarına da zarar veren işlemlerdir. Burada kazanımı olan tek kişi ilişkili taraftır. Fakat bir işlem adil olmamakla birlikte değer yaratıyorsa, yazarların anlayışına göre burada en azından hâkim pay sahiplerinin de bir kazanımı mevcuttur. İki katmanlı ayırmda adil olmayan ve değer yok eden işlemler başta olmak üzere, adil olmayan tüm işlemlerin bir kaygı unsuru olarak dikkate alınması gereklidir. Aynı şekilde, toplumsal açıdan olumsuz çıktılar yaratabilecek adil – değer yok edici işlemlerin de izlenmesi gerektiği savunulur²⁸⁸.

Bu bilgiler ışığında, ilişkili taraf işlemlerini yararlı ve zararlı işlemler olmak üzere ikiye ayırmayı tercih ve teklif ediyoruz²⁸⁹. Bu ayırmda zararlı ilişkili taraf işlemlerinin yaptırıma tâbi tutulması beklenir. Yararlı ilişkili taraf işlemleri ise hukuk sisteminin varlığını kabul ettiği işlemlerdir. Herhangi bir yaptırımdan bahsetmemekle birlikte, bu işlemlerin de muhtelif düzenlemelere konu edilmesi mümkündür. Zira yararlı da olsa ilişkili taraf işlemlerinin denetlenmesinde ve ilgili üçüncü kişilerin bu işlemlerden haberdar edilmesinde fayda görülebilir.

²⁸⁸ Bu açıklamalar için bkz. **Enriques/ Tröger**, s. 4 vd. Yazarların bu işlemlere verdiği örnek, rekabeti kısıtlayan işlemlerdir. Burada ortaklıktan tek taraflı/ tam karşılıksız bir değer çıkışı olmadığı için işlem adil olsa ve buna ek olarak pay sahiplerine yarar sağlasa da toplumsal etkileri olumsuzdur. Ayrıca bkz. **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 87.

²⁸⁹ Benzer bir kullanımda ayrımcı ilişkili taraf işlemleri (*discriminatory related party transactions*) kavramının tercih edildiği görülmüştür, bkz. Mohammad Tareq/ Muhammad Nurul Houqe/ Tony van Zijl/ Dennis William Taylor/ Clive Morley, “**Discriminatory related party transactions: a new measure**”, *International Journal of Accounting & Information Management*, Y. 2017, C. 25, S. 4, s. 396.

İlişkili taraf işlemlerinde yararlı/ zararlı işlem ayrımını kabul ettiğimizde, bir ilişkili taraf işleminin ne zaman zararlı olacağını da tespit etmemiz gerekir. En soyut şekliyle zararlı ilişkili taraf işlemleri, barındırdığı adil olmayan koşullar nedeniyle bir değer devrine neden olan ve bu nedenle ilişkili taraflardan biri için değer yok edici nitelikteki işlemlerdir. Malvarlığı zarar gören tarafın anonim ortaklık veya üzerinde yönetsel yeti kullanılan taraf olması zorunlu değildir. Herhangi bir sebepten yönetsel yetiye sahip olan gerçek kişiye zarar veren işlemler de gerçekleştirilebilir. İşlemin taraflarının ilişkili olması hâlinde bunlar da zararlı ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilecektir. Yine de işlemin arkasında yatan suistimal arzusu düşünüldüğünde, daha olası senaryoda üzerinde yönetsel yeti tesis edilen anonim ortaklık zarar görecektir.

İşlemin zararlı olup olmadığının sayısal tespiti mümkündür. Fakat bunun her bir işlem özelinde yapılması gerekir. Bu faaliyette öncelikle o işlem ilişkisiz taraflar arasında gerçekleştirilseydi taşınması beklenecek olan şartlar bulunacak ve bu şartlar daha sonra ilişkili taraf işlemiyle karşılaştırılacaktır. Uyumsuzluk hâlinde işlemin zararlı olduğu söylenecektir. Bununla beraber, ne tür veya ne ölçüde zararların ilişkili taraf işlemi zararlı addetmek için yeterli olduğunu pozitif hukuk tespit edecektir²⁹⁰.

Bu tespitte diğer (ilişkili taraf konumunda olmayan, tünelleme yapmayan) pay sahiplerinin değerlendirmelerinin bir etkisi olmadığının, olmaması gerektiğinin altını çizmek gerekir. Bir örnekle gerekçelendirelim. Kontrolün özel yararını elde eden kişiler, bu sayede veya bu nedenle ortaklığın kazanımlarında bir artış sağlıyor ya da bir artış olmaksızın diğer pay sahiplerine bu durumu tazmin edercesine ek yararlar sağlıyorlarsa pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerini “yararlı” görmesi olasıdır²⁹¹. Adil olmayan fiyatlar üzerinden alım yapılması nedeniyle odak ortaklığın kısa vadede yüksek kâr elde etmesi ve bu kârın dağıtımına karar verilmesi hâlinde durum böyledir. Yüksek kârlılıktan memnun olan (diğer) pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerine karşı durmaması anlaşılabilir bir tepkidir. Oysaki bu işlemde doğan ya da doğabilecek olan iade yükümlülükleri dahi tek başına ortaklığa zarar verebilir. Fakat bu risk, kazanç elde eden pay sahiplerince önemsenmemekte; bu husus pay sahiplerinin kısa vade menfaatlerine kurban edilmektedir. Gelineen noktada şirket menfaati ile azınlık ya da çoğunluk veya tüm pay sahiplerinin menfaatinin aynı

²⁹⁰ Açık hükmün yokluğunda TTK için önerilerimiz hakkında bkz. Dördüncü Bölüm, I/B.

²⁹¹ Tobias H. Tröger, “**Germany’s Reluctance to Regulate Related Party Transactions**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 429.

anlama gelmediği fark edilir²⁹². Bu nedenle yarar-zarar dengesinin tespitinde diğer pay sahiplerinin düşünceleri mutlak belirleyici değildir, olmamalıdır²⁹³.

B. Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleriyle İlişkisi

İlişkili taraf işlemlerinin yararlı ve zararlı işlemler olarak ikiye ayrılması, bu işlemlerin arkasında yatan ekonomik gerçeklerin sonucudur. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu sonucu yaptırıma bağlamak, düzenlemek ise hukukun görevidir. Görevin layığıyla yerine getirilmesi için kurgulanması gereken politika, anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri ekseninde şekillenecektir.

Anonim ortaklıklar hukukunun tüm ilkelerini bu çalışma kapsamında sınırlı şekilde saymak mümkün ya da doğru olmayacaktır²⁹⁴. Bu nedenle ilişkili taraf işlemleri ile doğrudan bağlantılı gördüğümüz ilkeleri incelemekle yetinilmiştir. Bu ilkeler sermayenin/ malvarlığının korunması ilkesi, eşit işlem ilkesi, kurumsal yönetim ve şirket menfaatidir. Son olarak anonim ortaklıklar hukukundaki temel menfaat çatışmaları ele alınacaktır. Burada menfaatlerin birbirleri karşısındaki durumu irdelendikten sonra ilişkili taraf işlemlerinin menfaat çatışmaları bağlamında anlamı sorgulanacaktır.

1. Sermayenin/ Malvarlığının Korunması İlkesi

a. Sermaye – Malvarlığı Ayrımı

i. Genel olarak

Ortaklıklar hukukunda sermaye, esas sözleşme ile tespit edilen ve payların toplam itibari değerine karşılık gelen tutarı ifade eder²⁹⁵. Bu tutar bilançonun pasif

²⁹² Şirket menfaatine dair açıklamalarımız için bkz. a.ş. B/4.

²⁹³ Özellikle üçüncü bölümde, özel karar alma süreçleri başlığı altında ilişkili taraf işlemlerine bu işlemlerle ilgisiz (bağımsız) kişilerin onay vermesi yöntemi ele alınmıştır. Bu yöntemlerin varlığı ve kabulü açıklamalarımızla çelişmemektedir. Zira özel karar alma süreçleri mutlak bir çözümü değil, bir tercihi ifade etmektedir. Hatta her iki başlık birlikte yorumlandığında, özel karar alma süreçlerinin gerekli ama tek başına anlam ifade etmeyen yöntemler olduğu anlaşılmaktadır.

²⁹⁴ Doktrinde *Tekinalp*, anonim ortaklıklara hâkim ilkeleri şöyle sıralar: çoğunluk ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi, sermayenin dolayısıyla malvarlığının korunması ilkesi, yönetim kurulunun kendine yabancı bir malvarlığını yönetmesi ilkesi, uluslararası finansal raporlama ve bağımsız denetim ilkesi, emredici hükümler ilkesi, kamuyu aydınlatma ilkesi, kurumsal yönetim ilkesi ve şeffaflık ilkesi (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul: Vedat, 2019, N. 465-471b).

²⁹⁵ Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Ankara: Seçkin, 2013, s. 40. Geniş ve dar anlamda (esas) sermaye kavramları için bkz. aynı eserde s. 49-50. Bu konuda detaylı hukuki ve etimolojik açıklamalar için Harun Eryiğit,

kısımında nakit olarak gösterilse de ilgili ortaklığın bu miktarda nakit varlığa hiçbir zaman sahip olmaması dahi mümkündür²⁹⁶. Aynı sermayenin konulduğu durumda bu böyledir. Daha da önemlisi, nakit ya da değil, ortaklığın sahip olduğu her şeyin bu tutara karşılık gelmemesi de ihtimal dahilindedir.

Anonim ortaklıklarda pay sahibinin sorumluluğu kural olarak sermaye koyma borcu ile sınırlıdır. Sınırlı sorumluluk ilkesi olarak adlandırılan bu durumun sayısal karşılığı, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye bedeli ile sınırlı olarak sorumlu olmasıdır. Alacaklıların ortaklık borçları için pay sahibine başvurusu²⁹⁷ mümkün değildir. Bu sınır nedeniyle alacaklıların menfaatinin risk altında olduğu söylenir²⁹⁸. Zira alacaklıların temel güvencesi sermayeden ibaret olunca, sermayenin varsayıma dayalı yapısı bu güvencenin yararını ve yerindeliliğini sorgulatar²⁹⁹.

Malvarlığı ise sermayenin aksine somut ve dinamiktir. Somuttur çünkü esas sözleşmede yer alan bir rakamdan ibaret (sermaye) değildir, ortaklığın gerçekte sahip olduğu varlıkların toplamını yansıtır. Dinamiktir çünkü ortaklık faaliyeti ile birlikte değişir. Bu çerçevede net malvarlığı ortaklığın üçüncü kişilere borçları düşüldükten sonraki mevcut malvarlığı toplamını; brüt malvarlığı kavramı ise tüm malvarlığı kalemlerini ifade eder³⁰⁰.

ii. Terminolojiye yansımaları

Sermaye ve malvarlığı kavramları arasındaki farklılık ilkenin kavramlardan hangisini koruduğu hususunda tartışmaya neden olmuştur. Lakin buradaki tartışmayı teorik görmemek gerekir³⁰¹. Kapsamın nasıl adlandırıldığından öte, hangi ortaklık

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 5, dn. 1.

²⁹⁶ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 41.

²⁹⁷ Burada kastedilen, pay sahibinin alacaklıya karşı sorumlu olup olmadığıdır. İfa edilmeyen sermaye taahhüdünün İTK m. 89/1 uyarınca alacaklıya ödenmesinin istenip istenemeyeceği, pay sahibinin bu anlamda sorumlu olup olmayacağı diğer bir problem şeklinde karşımıza çıkar.

²⁹⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 433; İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirli Çelik / Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara: BTHAE, 2013, s. 104 vd.; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul: Beta, 2021, s. 110-111; Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 71. Limited şirketlerdeki durum için Murat Alışkan, **Limited Şirket Tarihçe Niteliği**, İstanbul: Legal, 2013, s. 214

²⁹⁹ Diğer eleştiri noktaları ve *de lege ferenda* düzenleme önerileri için bkz. Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 82 vd.; Emek Toraman Çolgar, **Şirkete Borçlanma Yasası**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 66-86.

³⁰⁰ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 41-42. Kavram hakkında ayrıca bkz. Eryiğit, s. 7, dn. 2.

³⁰¹ Sinan H. Yüksel, “**Norma ve Uygulamaya Yansımaları ile Sermayenin Korunması İlkesi**”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu

değerlerini içerdiği önemlidir. İleri sürülen görüşlerden ilkinе göre, korunan sadece sermayeden ibarettir³⁰². Zira sınırlı sorumluluk ilkesi pay sahiplerini sermaye koyma borcu dışındaki borçlardan soyutlamıştır. Aynı pay sahipleri kendilerine belli bir ödeme yapılmasını talep hakkını da haizdir ki bu talep kâr payı adı altında ortaklık malvarlığından karşılanacaktır. Kâr payı olarak dağıtılması mümkün olan malvarlığı ise alacaklılar lehine koruma altında değildir³⁰³. İlkeyi bu şekilde yorumlayanlar, korumanın kapsamını bağı malvarlığı ile sınırlı görürler. Bağlı malvarlığı kavramı da ayrıca tespiti muhtaçtır. Kabul edilen görüş, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin bağı malvarlığını oluşturduğudur³⁰⁴.

Bu kavram, içeriğinden bağımsız olarak değerlendirdiğimizde kanun koyucu tarafından tercih edilmiş olandır. Gerçekten 6762 sy. mülga Kanun döneminde karşılaşılanın aksine TTK'nın muhtelif hükmünde (bkz. TTK m. 391/1-b; m. 447/1-c) sermayenin korunması ilkesi açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle terminolojiye dair tartışmalar bir ölçüde sona ermiştir. Artık kavram ve içerik arasında bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığını tartışmak gerekecektir³⁰⁵.

Öğretideki ikinci görüş bu tartışmayı anlamlı görür. Zira bu yazarlara göre ilke sadece sermayeyi değil, tüm malvarlığını korur. Sermayenin oluşturulması (getirilmesi) ve sermayenin muhafazası sermayenin korunmasına dönük önemli prensiplerdir, fakat bu bir anlamda asgari korumadır. Bütüne dönük değerlendirme kapsamı daha doğru yansıtan üst kavramda yapılmalıdır. Bu görüş ilkeyi malvarlığının korunması ilkesi olarak adlandırır. Buna göre TTK'nın koruyucu hükümleri esas sermaye kalemini aşacak şekilde ortaklığın tüm malvarlığını gözetir. İlk aşamada esas sermayenin oluşturulması gerekiyorsa da ayrıca ortaklığın faaliyette bulunduğu zaman diliminde ortaya çıkan malvarlığı bütünüünün korunması söz konusudur³⁰⁶.

(Ed. Havva Karagöz/ F. Beril Özcanlı/ Seda Palanduz), 20-22 Temmuz 2020, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 124.

³⁰² Eryiğit, s. 75. Hükümlerin büyük çoğunluğu sermayeyi koruduğundan çalışmada sermayenin korunması ilkesi kavramını tercih ettiği yönünde **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasası, s. 13, 103.

³⁰³ Eryiğit, s. 79-80.

³⁰⁴ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasası, s. 100, 229; **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 138-139. Bağlı malvarlığının sınırını sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının oluşturduğu yönünde Eryiğit, s. 95.

³⁰⁵ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasası, s. 12; Eryiğit, s. 13.

³⁰⁶ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 129; **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 129; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 132; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 73; Murat Gürel, **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme**

Korumanın ortaklık malvarlığını kapsadığını savunan yazarlardan *Tekinalp* bu kapsamı ifade etmek için sermayenin korunması ilkesini tercih eder. Yazara göre sermayenin korunması ilkesi hem sermayeyi hem diğer malvarlığını korur³⁰⁷. TTK lafzen sermayenin korunması ilkesini tercih ettiğine göre görüşlerden en tutarlı olanı budur. Fakat teori ve uygulamada yanlış anlamalara yol açabileceği gerekçesiyle biz en azından bugün için malvarlığının korunması ilkesini tercih ediyoruz.

Yukarıda yer verilen görüşe ek olarak ara formüller de ileri sürülmüştür³⁰⁸. Bize göre ilkenin sadece sermayeyi koruduğunu savunmak malvarlığının bütünlüğü karşısında anlamlı olmayacaktır. Korumanın malvarlığının bütünlüğünde bölünme yaratması mümkün değildir. Açıklamaya bir soruyla başlayalım³⁰⁹: Genel kurulda ve yönetim kurulunda alınan kararlar sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil ettikleri durumda batıl (kesin hükümsüz) addedilmektedir (TTK m. 447/1-c; m. 391/1-b). Aktifleri toplamı 100 birim, esas sermayesi ise 10 birim olan bir şirkette 91 birim malvarlığını ilgilendiren bir işlemin tür olarak sermayenin korunması ilkesine dair düzenlemelerin kapsamında olması hâlinde, aynı işlemin 89 birim malvarlığını ilgilendirmesi düzenlemeyi etkisiz kılacak mıdır? Hükümlerden bağımsız bir şekilde sorulan bu soyut soruya bizce olumsuz cevap vermek gerekir. Sorunun ve cevabın göstermeye çalıştığı şudur: Sermayenin malvarlığından bağımsız bir varlığı yoktur.

Bilançoda gösterilen bir değer olmanın ötesinde sermayenin maddi dünyada ferdileştirilmiş bir karşılığı yoktur. Bu nedenle tüm malvarlığı unsurları aslında bir anlamda sermayenin parçasıdır. O yüzden sermayeyi koruyan hükümlerin de tüm malvarlığı unsurlarını koruduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu hükümlerin gayesi aslında işgal ettikleri konum nedeniyle ortaklık malvarlığına zarar verme potansiyeli yüksek olan kişi ve işlemleri bir düzene tabi kılmaktan ibarettir. Bu yöndeki hükümlerin sermaye ile malvarlığı arasında bir ayrıştırmaya neden olmadığı

Yasağı (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1), Ankara: BTHAE, 2014, s. 103; Funda Özdin, “Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu – Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Ed. Havva Karagöz/ F. Beril Özcanlı/ Seda Palanduz), 20-22 Temmuz 2020, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 104; Hediye Bahar Sayın, **Pay Sahipleri Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 159.

³⁰⁷ Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 1692, 1697.

³⁰⁸ Bunlar hakkında Eryiğit, s. 11-12.

³⁰⁹ Benzer bir anlayış için bkz. Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 128-129.

düşüncesindeyiz. Keza kanun koyucunun terminolojik tercihleri de kurduğumuz bu bağlantı nedeniyle sermayenin korunması ilkesine öncelik verme zarureti ortadan kaldırmaktadır. İçerik yönünden malvarlığı unsurlarını kapsayan bir sermayenin korunması ilkesi de pekâlâ düşünülebilecektir.

b. Uygulama Alanı

Sermayenin mi yoksa malvarlığının mı korunduğu tartışmasından bağımsız şekilde, korumaya neden ihtiyaç duyulduğu, bu ilkeyle kimlerin (kimden) korunduğu soruları da cevaplanmalıdır. Zira kanaatimizce bu sorulara verilecek cevaplar aynı zamanda ilkenin uygulama alanını tespiti yarar. Bir hükmün mezkûr ilkenin somut uygulaması olarak nitelendirilmesi ise aykırılığın yaptırımını (bkz. TTK m. 391/1-b; m. 447/1-c) gibi birçok noktada etki doğuracaktır.

Malvarlığının kimden korunduğu sorusuna cevap pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleridir. Söz konusu ilke bu kişilerin malvarlığına müdahalesini gözetmekte ve engellemek istemektedir. Malvarlığında zarara neden olabilecek diğer menfaat grupları mezkûr ilkenin hedefinde değildir³¹⁰. Peki pay sahiplerinin bu davranışları kime zarar vermektedir? Diğer bir deyişle, ilke kimi korumaktadır?

i. Alacaklıların korunması

Ortaklıktan alacaklı olanların temel beklentisi, önceden kararlaştırdığı şekilde alacaklarını elde etmektir. Bu nedenle alacaklıların korunmasından anlaşılması gereken, ortaklığın edimlerini ifa edebilmesi, böylece ortaklık alacaklılarının tatmin edilebilmesi için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Alınacak önlemlerin başında ortaklığın güçlü mali yapıya sahip kılınması gelir. Ortaklığın mali yapısının önemli bir göstergesi öz sermayedir. TTK'nın muhtelif hükmü öz sermayenin oluşturulması ve korunmasını hüküm altına almış; böylece öz sermayenin mevcudiyeti temin edilerek alacaklıların dolaylı yoldan korunması sağlanmıştır³¹¹.

Ticaret hayatının bir gereği olarak, ortaklığın faaliyetleri bazen istenmeyen sonuçlar verebilir. Bu gibi nedenlerle ortaklık malvarlığının azalması mümkündür. Fakat malvarlığının korunması ilkesi bu durumla ilgilenmez. O, sermayenin ortaklık

³¹⁰ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 74.

³¹¹ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 53, Toraman Çolgar, Borçlanma Yasası, s. 11. Alacaklıları koruyan düzenlemeler hakkında bkz. Sevda Bora, Şirkete Borçlanma Yasası, Ankara: Seçkin, 2017, s. 35-36.

faaliyetlerinden bağımsız şekilde, örnek olarak pay sahiplerine yapılan kazandırmalar yoluyla, azaltılmasını engellemeyi hedef tutar³¹². Bu nedenle ilkenin alacaklıların menfaatinin koruduğu ifade edilmektedir. Hatta ilkenin münhasıran alacaklıları koruduğu da ileri sürülmüştür³¹³.

ii. Diğer menfaat sahiplerinin durumu

Bununla beraber mevcut hükümlerin sadece alacaklıların menfaatine hizmet etmediği de savunulmaktadır. Zira malvarlığına müdahale edebilecek konumdaki pay sahipleri ve yöneticiler belirli bir grupla sınırlı olabilir. Bu hâlde yapılan müdahaleler alacaklılar kadar diğer pay sahiplerine de zarar verir. Bu gibi nedenlerle, ortaklığın malvarlığında kanuna aykırı bir şekilde gerçekleştirilen azaltmaların bu durumdan istifade eden kişiler dışındaki tüm menfaat sahiplerine zarar verdiği; hâl böyle olunca mezkûr durumu engellemeye çalışan malvarlığının korunması ilkesinin başta pay sahipleri olmak üzere³¹⁴, tüm bu menfaat sahiplerini koruduğu ifade edilmektedir³¹⁵. Keza eğer kanun koyucu aksi görüşte olsaydı ilkenin ihlâlini alacaklılara tanınacak dava haklarıyla sınırlı olarak yaptırıma bağlar, butlan yaptırımından kaçınırdı³¹⁶.

Kanaatimizce hangi menfaatlerin ilke tarafından korunduğu tespit edilirken pay sahipleri çevresinin farklı menfaat gruplarından oluşabileceği ve bu kimselerin menfaatinin şirket menfaatinden ayırık olduğu akılda tutulmalıdır. Doktrinde daha önce de ifade edilen bu anlayış sermayenin birtakım pay sahipleri tarafından diğerleri aleyhine kötüye kullanılabileceğini kabul etmektedir. Yönetim kurulu üyeleri de aynı önyargıyla karşılaşabilir ve karşılaşmalıdır. Bu kişiler TMS 24 incelenirken yönetsel yetiyi haiz kimseler olarak tanımlanmıştı. İşte bu kişilerin, diğer bir ifade ile menfaat sahiplerinin kötü niyetli davranışları alacaklılardan çok daha geniş bir grup üzerinde etki yaratır³¹⁷. Öncelikle, ilkenin tüm malvarlığını koruduğunu kabul ettiğimizde pay

³¹² **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasası, s. 10, 83.

³¹³ **Eryiğit**, s. 60. Yazar ilkenin varlık nedeni olarak kabul ettiği sınırlı sorumluluk kavramının alacaklıların menfaatinin risk altına aldığını, pay sahipleri veya ortaklık için aynı bağlantının mevcut olmadığını ve bu nedenle sermayenin korunması ilkesinin sadece alacaklıların menfaatinin koruduğunu savunmuştur. Bu durumun yorum faaliyetinde dikkate alınması gerekecektir (s. 64).

³¹⁴ Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? (Kitap Tanıtımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi)**, Ankara: BTHAE, 2005, s. 41; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 411.

³¹⁵ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasası, s. 82-83; **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 128; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasası, s. 104. Ayrıca bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 126.

³¹⁶ **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1694.

³¹⁷ Aslında ilişkili taraf anlayışına ve bu anlayışın işletme bilimindeki yansımalarına baktığımızda, özel hukukun ayrımlarının bir ölçüde dışlandığını görmekteyiz. Konumuzla ilgili bir örnek olarak, kontrol

sahiplerinin kâr payı hakkı ile birlikte ortaklığın mali gücü pekâlâ korunması gereken menfaatlere karşılık gelir. İlkenin sermaye ile sınırlı bir uygulama alanı olduğu kabul edilse dahi, alacaklıların ifaya dönük menfaatleri kadar pay sahiplerinin en azından tasfiye payına dönük menfaatleri de risk grubu olarak teşhis edilir. Bu ihtimalde şirket menfaatini TTK m. 376 ekseninde düşünüp gözetmek gerekir. Mezkûr hüküm sermaye kayıplarını ağırlığına göre derecelendirip bazı süreçlere tabi kılmıştır. İşte sermayeye dönük saldırıların bu dereceler arasında ağır olana doğru geçiş yaratması ortaklığın ekonomik anlamda daha kolay toparlanması imkânını ortadan kaldıracak ve şirket menfaatini zedelemiş olacaktır. Bu ve bunun gibi nedenlerle, malvarlığının korunması ilkesinin sadece alacaklıların menfaatini koruduğu görüşüne iştirak edemiyoruz. Bize göre ilkenin konumu onu bir tek alacaklıların menfaatine sunmak için fazlasıyla değerli kılmaktadır. Başta pay sahipleri olmak üzere bütün menfaat sahiplerinin (işçiler, kamu...) malvarlığının korunmasında haklı menfaati bulunur.

c. Somut Görünüm Biçimleri

İlkenin tanımına yer veren yazarlar mezkûr ilkeyi sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete getirilmesinin temini ve getirilen sermayenin pay sahiplerine açık ya da gizli şekilde geri ödenmesinin engellenmesi olarak ifade ederler³¹⁸. Tanımdan anlaşıldığı üzere, TTK iki aşamalı koruma sunar. İlk aşamada, taahhüt edilen sermayenin ortaklıkla gerçekten buluşması sağlanacaktır. İkinci aşamada ise, bir kere sermaye ile buluşan ortaklığın faaliyetleri esnasında gözetmesi gereken koruma mekanizması söz konusudur. Bu aşamalar öğretilde farklı şekillerde adlandırılmakta, terminolojiye dair tartışmalar su yüzüne çıkmaktadır. Biz sermayenin getirilmesi (oluşturulması) ve sermayenin korunması aşamalarından bahsedeceğiz.

i. Sermayenin getirilmesi (oluşturulması)

Pay sahipleri kuruluşta ve sermaye artırımında taahhüt ettikleri sermayeyi ortaklığa getirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün ifasını teminen TTK birtakım kurallar öngörmüştür. Böylece sermayenin malvarlığına fiilen ve bütünüyle girmesi sağlanmakta ve alacaklılar için adeta bir tampon bölge yaratılmaktadır. Bu, ilk

sahipleri karşısında kontrol gücü bulunmayan tüm yatırımcılar tek bir menfaat olarak algılanmaktadır. Bu menfaat grubuna ise pay sahipleri ve kredi sağlayanlar dâhil edilir (Aygün, s. 68).

³¹⁸ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 10; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 72.

aşamadır ve öğretilerde sermayenin getirilmesi, oluşturulması gibi farklı isimlerle ifade edilir³¹⁹.

Sermayenin ortaklıkla buluşmasında sistemin ağırlık noktaları kanunda özel olarak düzenlenmiştir³²⁰. Bu noktalardan ilki, ortaklığın sermaye üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesidir. İkinci olarak, sermaye olarak taahhüt edilen malvarlığı unsuru ile buna karşılık gösterilen itibari değer toplamı arasında tam bir uyum aranmıştır. Uyumu teminen bazı unsurların sermaye olarak konulması engellenmiş; bazılarının değerinin ise özel bir yöntemle tespiti öngörülmüştür. Bu sayılanlara aykırı hareket edenler başta olmak üzere, sermayenin fiilen oluşturulmasını engellemek suretiyle zarara sebep olan kişiler bakımından geniş bir sorumluluk rejimi getirilmiştir. Son olarak, sermaye koyma borcunun ifa ile sona ermesini temin edecek mekanizmalara yer verilmiştir³²¹.

ii. Sermayenin korunması

Sermayenin korunması, malvarlığının ortaklığın faaliyette bulunduğu süre boyunca korunması şeklinde anlaşıldığı takdirde³²² çok yönlü bir süreçtir. Bu nedenle birçok maddeye baktığımızda sürecin yansımasını görürüz³²³. Düzenlemeler arasında öne çıkan, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağı olarak adlandırılan TTK m. 480/3'tür. Bu hükme göre, *pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır*. Maddenin amacı kanunun izin

³¹⁹ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 53, 107; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 88. Öğretilerde birçok yazar sermayenin getirilmesi ile korunması arasındaki farkın gözetilmediğini ifade etmekte ve bu durumu eleştirmektedirler. Bu yönde bkz. Eryiğit, s. 13. Kanaatimizce yakın tarihli monografilerin bu konudaki hassasiyeti ile artık Türk hukuku gerekli farkındalığı kazanmıştır.

³²⁰ İlgili maddeler şöyle sayılabilir: TTK m. 128, 332, 335, 341, 343-345, 347, 356, 481-484, 550, 551 ve 562, 601. Sayım için karşılaştırmalı olarak bkz. Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 75-76; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 91; Tekinalp, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1682; Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 130; Ansay, s. 42; Güzin Üçışık/ Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Ankara: Adalet, 2013, s. 53-57; Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 4, S. 2, s. 52-54.

³²¹ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 108 vd.; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 89-90; Bora, s. 28-30; Eryiğit, s. 155 vd.

³²² Sermayenin korunması ifadesini dar anlamıyla kabul eden yazarlar düzenlemeleri üç başlık altında inceleyip sermaye dışındaki malvarlığı unsurlarını koruyanları "malvarlığının ortaklık sona erinceye kadar işletme konusuna tahsis edilmesini amaçlayan hükümler" olarak sınıflandırmaktadır, bu yönde bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 11, 101-103.

³²³ Öne çıkan hükümler ise TTK m. 348, 356, 358, 376, 379 vd., 473-475, 480, 509, 512, 519 ve 521'dir. Sayım için bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 92; Karasu, s. 52-55; Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 130-131; Eryiğit, s. 202-203; Bora, s. 31; Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 76 vd.

verdiği istisnai durumlar dışında esas sermayenin karşılığının pay sahiplerine aktarılamamasıdır. Bu nedenle kapsamı aynı doğrultuda geniştir³²⁴.

Yasağın değerlendirmeye muhtaç, kişi ve konu yönünden kapsamı doktrin tarafından muhtelif tartışmaya konu edilmiştir. TTK m. 480/3'ün kişi yönünden kapsamına iade eden sıfatıyla anonim ortaklığın, iade alan sıfatıyla pay sahiplerinin dâhil olduğunda kuşku yoktur. Bununla beraber sadece bu iki grupta sınırlı tutulan kapsamın hükmün dolanılmasını fevkalade kolaylaştıracağı düşüncesinden hareketle, mevcut pay sahipleri ile beraber önceki ve sonraki pay sahiplerinin de kapsama dâhil edilmesi savunulmuştur. Pay sahiplerinin yönlendirmesi ile hareket eden veya pay sahibine yakın olan üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin, anonim ortaklıktan çıkarılan sermaye karşılığının yine pay sahibine ulaşmış sayılabildiği hâllerde yasağa dâhil olması gerektiği ayrıca ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu durumu kanuna karşı hile kapsamında değerlendirmek gerekir. Keza bu geniş yorum işlemin diğer tarafına da uygulanmış ve anonim ortaklığın yönlendirmesi ile işlemi yapanların, özellikle bağlı şirketlerinin hükmün kapsamında görülmesi önerilmiştir³²⁵.

Hükmün konu yönünden kapsamı, ilkenin ismi ve içeriği ile ilgili tartışmalara paralel şekilde üç ihtimal barındırmaktadır. Buna göre TTK m. 480/3 ile ortaklığın tüm malvarlığının korunduğu söylenebilir. Bu ilk ihtimalde malvarlığının geçerli bir neden olmaksızın pay sahiplerine iadesi sonucunu doğuran her işlem mezkûr hüküm uyarınca yasaktır. İkinci ihtimal ise tüm malvarlığını değil, sadece ortaklığın serbest tasarrufunda bulunmayan bağlı malvarlığını – esas sermaye ve bağlı yedek akçeler – yasak kapsamında kabul etmek olacaktır. Üçüncü ve en dar anlayış ise başka hiçbir unsura yer vermeksizin sadece sermaye miktarını hükmün kapsamında görmektir.

Konuyu ele aldığı monografisinde *Sevi*, TTK m. 480/3 hükmünün kapsamını esas sermaye ile, daha doğrusu bu esas sermayeye karşılık gelen özvarlıklarla sınırlı kabul eder. Yasağa aykırılığın yaptırımını ilgili kararın ve işlemlerin kesin hükümsüz addedilmesidir³²⁶. Yazara göre yasağın devreye girmesi için iade niteliğindeki işlem sonucunda bir bilanço açığının oluşması veya mevcut açığın artmış olması gerekir. Ortaklık malvarlığındaki azalma esas sermayeye karşılık gelen tutarın her hâlükârda

³²⁴ *Sevi*, Sermayenin Oluşturulması, s. 410, 427.

³²⁵ *Sevi*, Sermayenin Oluşturulması, s. 440-444.

³²⁶ *Sevi*, Sermayenin Oluşturulması, s. 413, 433. Yaptırımla sınırlı olarak *Özdin*, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 103; sadece sermayenin itibari değerinin hükmün kapsamında olduğu yönünde *Yüksel*, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 140. Yazarın görüşü bağlı malvarlığının diğer bir dizi hükümle korunduğu şeklindedir.

mevcut bulunması şartına hâlel getirmiyorsa işlem TTK m. 480/3'ün kapsamında değildir. Bununla beraber, söz konusu işlem ortaklık malvarlığında yine de kanunda kabul edilmeyen bir azalmaya pay sahipleri lehine yol açıyorsa bu durum örtülü kâr dağıtımı olarak görülmelidir³²⁷.

Hükmün geniş bir yorumunu benimseyen yazarlar da mevcuttur³²⁸. Bunlardan *Özdin* ilgili makalesinde örtülü malvarlığı aktarımını inceler. Yazarın ulaştığı sonuca göre şirket malvarlığından pay sahiplerine nasıl aktarımda bulunulabileceği kanunda belirtilmiştir ve ancak bu hâllerde bir dağıtımdan bahsedilebilir. Bu kural kâr olarak adlandırılan açık dağıtım kadar, başka bir işlem altında malvarlığı transferi sağlayan örtülü dağıtımlar için de geçerlidir. Gerekçesini ortaklıklar hukukunun ilkelerinde bulan bu durum TTK m. 480/3 hükmü olmasaydı da değişmeyecekti. Bu bilgiler ışığında, mezkûr hükmün sadece sermaye üzerinde etkili aktarımları değil, pay sahiplerinin malvarlığına dönük hukuka aykırı müdahalelerinin tümünü yasakladığı kabul edilmelidir. Mehaz İsviçre hukukuna aykırı bu yorum bir çelişki olarak görülmemelidir, zira İsviçre kanun koyucusu 1991 yılındaki revizyonla düalist, çift hükümlü sisteme geçmiştir³²⁹. Tek bir maddeden beslenen Alman hukuku ise yazarın önerdiği yorumu kabul eder³³⁰. Eserde savunulan geniş yorum Türk ortaklıklar hukukuna da uygundur ve ilkelerin emrettiği sistemi pozitif hükümle bağdaştırır³³¹. Bununla beraber *Yüksel* haklı olarak, malvarlığına yapılan tüm müdahalelerin bu hükümle korunmasına gerek olmadığını ifade eder. Pay sahiplerine yapılacak aktarımlar belli bir sistem içinde düzenlenmiştir ve bu sisteme aykırı işlemlerde

³²⁷ *Sevi*, Sermayenin Oluşturulması, s. 438-439.

³²⁸ *Tekinalp*, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1682-1683; *Gürel*, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 102, 105; *Özdin*, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 99 vd.; Beşir Fatih Doğan, “**Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2005, C. 18, S. 56, s. 49.

³²⁹ Bu konuda bilgi için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, I/B/1/b.

³³⁰ *Özdin*, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 99-103.

³³¹ Bu konu tarafımızca çalışmamızın dördüncü bölümünde (I/C/1/b/i) ele alınmıştır. Fakat önemine binaen burada ayrıca belirtmek istiyoruz. Şöyle ki, yazarın görüşü OR Art. 678/I ve 678/II hükümleri için, OR Art. 680/2 hükmünün karşılığı olan TTK m. 480/3'ü dayanak alır. Halbuki yazarın da ifade ettiği gibi OR Art. 678/I, TTK m. 512'yi karşılar. Bu nedenle yapılan yorum teknik hukuk noktasında son derece doğru ve başarılı olsa da Türk kanun koyucusunun mehaz kanundaki değişiklikleri gereği gibi takip edemediğini görmezden gelir, bir anlamda çözmeye çalışır. Bize göre ortaklıklar hukukunun ilkelerini takip etmek hem aynı ölçüde doğru hem aynı sonuca ulaşmak için yeterli hem de TTK gerçeğine daha uygundur. Bu nedenle görüşümüz, TTK m. 480/3 sermayeyle ilgili bir koruma getirse dahi ilkenin malvarlığını gözettiği ve bu kapsamın zararlı ilişkili taraf işlemlerinden korunmak için yeterli olduğu şeklindedir. Daha basit bir ifade ile, OR Art. 678/II sisteminin kanunun ruhunda zaten mevcut bulunduğunu savunmaktayız. Zira mezkûr ilke herhangi bir maddede somutlaşan kurallardan çok daha kapsamlıdır. Etkin bir korumayı hayata geçirmek için ihtiyaç duyulan kuramsal boşluğu ise ilişkili taraf işlemleri pekâlâ dolduracaktır.

butlandan bahsetmek gerekir. Fakat bu sonucun TTK m. 480/3'e altlanması doğru olmadığı gibi gerekli de değildir³³².

Mezkûr hükmün malvarlığının korunması sisteminin çekirdeğini oluşturduğu haklı olarak ifade edilse³³³ de korumayı tek başına sağlayacak yeterlilikte olmadığı gerçektir³³⁴. Bu nedenle TTK m. 480/3'te ifade edilen yasak, bazı işlemler için özel hükümlerde ayrıca somutlaştırılmıştır. Bunların ihlâli aynı zamanda TTK m. 480/3'e de aykırılık teşkil eder. Fakat hükümler arasındaki ilişki *lex specialis* çerçevesinde açıklanamaz. Söz konusu hükümlerin TTK m. 480/3 uygulamasını tam anlamıyla dışlaması söz konusu değildir. Örnek olarak, ortaklığın kendi paylarını iktisabında öngörülen istisnalar (TTK m. 382) her hâlükârda TTK m. 480/3 denetimine de tabi tutulacaktır³³⁵.

Ortaklığın kendi paylarını iktisabı burada önemli bir örnektir. TTK m. 379 vd. hükümlerinde ortaklığın kendi paylarını edinmesi bazı şartlara tabi kılınmış ve devamı maddelerde payların elden çıkarılmasına dair düzenlemeler öngörülmüştür. Bu şartlar dâhilinde ortaklığın edinebileceği paylara oran sınırı (%10) getirilmiştir³³⁶. Daha da önemlisi, bedellerinin tümü ödenmemiş payların ortaklık tarafından iktisap edilemeyeceği (TTK m. 379/4), iktisap bedeli düşüldükten sonra kalan net aktifin bağlı malvarlığı kadar olması (TTK m. 379/3) ve iktisap bedeli kadar kanuni yedek akçe ayrılması (TTK m. 520) kuralları sayesinde iktisabın istenmeyen ekonomik sonuçlara yol açması engellenmeye çalışılmıştır.

Ortaklığın kendi paylarını iktisabının bir düzene tabi kılınmasının muhtelif nedeni bulunur. Ortaklık ile pay sahibi arasındaki işlemin olması gerekenden daha yüksek bedelle yapılması ve böylece sermayenin korunması ilkesinin ihlâl edilmesi riski bunlardan bir tanesidir³³⁷. Zira bu son durumda ortaklık malvarlığında yaratılan

³³² **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 140-141, 147.

³³³ **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 412.

³³⁴ TTK m. 380/1 bakımından bu yönde **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 106.

³³⁵ **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 461.

³³⁶ **Eryiğit**, s. 180-188; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 453 vd.

³³⁷ Her iktisabın aynı zamanda sermayenin iadesi anlamına gelmeyeceği, bu nedenle TTK m. 480/3 ile arasında kapsam yönünden farklılıklar bulunduğu yönünde **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 458. Maddenin sermayenin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi için yapılan işlemin bağlı malvarlığına zarar vermesini arayan görüş için **Eryiğit**, s. 184.

dengelesizlik, sermayenin pay sahibine örtülü olarak iadesinin veya örtülü (gizli) kâr dağıtımının sonucudur³³⁸.

İncelenmesi gereken diğer bir hüküm ise TTK m. 380’de düzenlenen finansal yardım yasağıdır. Hüküm yukarıda incelenenlerden farklı olarak ortaklık malvarlığını herkese karşı korumayı hedefler. Keza hüküm aynı zamanda şirketin kendi paylarını iktisap yasağının dolanılmasını engellemeyi amaçlar³³⁹. Bu nedenle sermayeyi pay sahiplerinin müdahalesinden koruyan hükümlerden hem kişi hem de konu yönünden ayrılır³⁴⁰. Finansal yardım yasağına göre, *paylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır* (TTK m. 380/1, cümle 1). Madde yasağın şartlarını ve istisnalarını belli ölçüde hükme bağlamıştır³⁴¹. Yasağa aykırı davranışın müeyyidesi ise ortaklığın finansal yardımda bulunmasını konu alan borçlandırıcı işlemin, yani sözleşmenin ve tasarruf işleminin kesin hükümsüz (batıl) sayılmasıdır³⁴².

iii. İlişkili taraf işlemlerini hedef alan düzenlemeler

Yukarıda bahsedilen ve malvarlığının korunmasını hedefleyen maddeler ile ilişkili taraf işlemlerini konu alan düzenlemelerin kesişim kümesini şirket menfaatine aykırı şekilde ortaklık malvarlığını azaltan, ilişkili tarafla gerçekleştirilmiş işlemlere dair düzenlemeler oluşturur³⁴³. Bu durumun somut örneği, pay sahiplerinin ortaklığa borçlanmasını şarta bağlayan TTK m. 358 hükmüdür. Bu hükümde pay sahibinin

³³⁸ Bu nedenlerle ilgili açıklamalar için **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 452-453. Açık ve örtülü aktarım kavramları için ayrıca bkz. **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 100; **Doğan**, Geri Ödeme Yasağı, s. 50-52.

³³⁹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 101; **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 149; **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 81 vd.; Veliye Yanlı, “**Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı**”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 30-31; M. Fatih Arıcı/ Cem Veziroğlu, **Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 37, 105 vd.

³⁴⁰ Tüm bu ayrımlar nedeniyle, sermayenin korunması ilkesini dar yorumlayan yazarlar TTK m. 380’i ilkeyle doğrudan bağdaştırmaz, bunun yerine “malvarlığının işletme konusuna tahsisini amaçlayan hükümler” altında incelerler, bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 102; **Eryiğit**, s. 218.

³⁴¹ Hükümün kapsamlı birer analizi için bkz. **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 109 vd.; **Arıcı/ Veziroğlu**, s. 37 vd.; Murat Gürel, “**Şirket Birleşmelerinde Finansal Destek Verme Yasağına İlişkin TTK 380.1 Uygulanabilir mi?**”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 4, s. 189 vd.

³⁴² **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 150; **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 227 vd.; **Arıcı/ Veziroğlu**, s. 56-58; karşı. **Yanlı**, Finansal Destek Yasağı, s. 34. Ayrıca bkz. **Eryiğit**, s. 219-220, yazar sermayenin korunması ilkesinde sadece organ kararlarının batıl kabul edildiğini, sakatlığın hukuki işlem için de öngörülmesinin bu maddeyi mezkûr ilkeden ayırdığını ifade eder.

³⁴³ İlkeden bağımsız olarak geniş açıdan bakıldığında, aşağıda inceleyeceğimiz tüm düzenleme yöntemlerinin, bu kapsamda aydınlatma yükümlülükleri ile kurumsal yönetim düzenlemeleri dâhil birçok mekanizmanın malvarlığını koruduğu söylenebilecektir (**Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 387-388). Bu bütünlükçü bakış açısında ilişkili taraf işlemlerine dair tüm düzenlemeler malvarlığının korunması ilkesinin kapsamında mütalâa edilebilir.

ortaklığa borçlanabilmesi için, vadesi gelmiş sermaye koyma borcu bulunmaması ve ortaklığın serbest yedek akçeler ile kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması aranmıştır. Böylece hem ortaklığa belli bir bilanço kuvvetinden düşmemesi emredilmiş hem de henüz tüm borçlarını ifa etmemiş bir pay sahibinin daha fazla borçlanması engellenmek istenmiştir. Zira borcunu vadesinde ifa etmemiş bir kişinin ödeme kabiliyetinden şüphe duymak gerekecektir. Bu şüphenin haklılığı hâlinde yapılan borçlanma işlemi, sermayenin gizli olarak pay sahibine iade edilmesi anlamına gelebilir. Bu hâlde söz konusu borçlanma işlemi aynı zamanda TTK m. 480/3 hükmüne de aykırı olacaktır³⁴⁴.

Malvarlığının korunması ilkesinin kapsamı bahsinde desteklenen görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin ve yakınlarının ortaklığa borçlanmasını yasaklayan TTK m. 395/2 hükmü de bir kesişim noktası olabilir. Bu hüküm ortaklığın yönetiminde ve aldığı kararlarda etkili kişilerin yapacakları işlemlerin özellik arz edeceğini gözettiği için ilişkili taraf işlemi kuramının; bu kişilerin ortaklık malvarlığına müdahalesinin yarattığı riski öngördüğü için ise kanaatimizce malvarlığının korunması ilkesinin bir parçasıdır.

Son olarak, ilkelere aykırılığın müeyyidesinde karşımıza çıkan benzerliğin sermayenin korunması ilkesi ve ilişkili taraf işlemleri kuramı arasındaki yakınlığa işaret ettiği düşüncesindeyiz. Anonim ortaklık organlarının aldığı kararlardan sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edenlerin batıl olduğu yönetim kurulu için TTK m. 391/1-b, genel kurul içinse TTK m. 447/1-c’de ifade edilmiştir. Biz aynı sonucu zararlı ilişkili taraf işlemlerini onaylayan kararlar için de desteklemekteyiz. Bu (batıl) kararlara dayanılarak yapılan işlemlerin işlemin karşı tarafı iyiniyetli olmadıkça geçersizlikten etkilenmesi hem malvarlığının korunması ilkesinde³⁴⁵ hem de ilişkili taraf işlemi kuramında ortak olan diğer bir husustur.

2. Eşit İşlem İlkesi

İlişkili taraf işlemlerinin temas ettiği diğer bir ilke eşit işlem ilkesidir. TTK’nın “*Eşit İşlem İlkesi*” başlıklı maddesine göre, *pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulur* (TTK m. 357). Hüküm lafzen kısa olmakla birlikte temel bir prensibi ortaya koymakta ve şirketler hukuku uygulamasını birçok noktada derinden

³⁴⁴ Sevi, Sermayenin Oluşturulması, s. 478-479.

³⁴⁵ Tekinalp, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1699; Eryiğit, s. 145, 147.

etkilemektedir. Çalışmamızın bu başlığında eşit işlem ilkesini anonim ortaklıklardaki temel yönleriyle ve daha ziyade ilişkili taraf işlemleri için önem arz eden noktalarıyla ele alacağız³⁴⁶.

a. TTK Düzlemindeki Konumu

Eşit işlem ilkesinin ticaret kanununda, hem de temel ilkeler başlığı altında yer alması 6102 sy. TTK'nın getirdiği bir yeniliktir. Bununla beraber Türk şirketler hukuku mezkûr ilkeye yabancı değildir. TTK'daki açık hüküm öncesinde doktrinde eşit işlem ilkesine temel hukuk ve şirketler hukuku prensipleri ekseninde kaynak aranmaktaydı. Bu dönemde ilkeyi KoopK m. 23 doğrudan, mülga SerPK m. 21/IV ise dolaylı olarak düzenliyordu. Her ne kadar 1926 ve 1956 tarihli mülga ticaret kanunlarında mezkûr ilkeye açıkça yer verilmemişse de önce doktrinde, daha sonra içtihatlarda eşit işlem ilkesinin varlığı kabul edilmişti³⁴⁷. Bu nedenle TTK'nın açık hükmü mehzaz hukuk sistemleriyle bir ölçüde paralellik tesis etmişse de, esasen öteden beri var olan ilkenin somutlaştırılıp açıklanmasından ibarettir³⁴⁸. Büyük bir yenilik getirdiği ise söylenemez³⁴⁹.

Eşit işlem ilkesinin TTK'daki ilk yansıması soyuttur. Bir davranış normu olarak ilgili taraflara doğru korporatif hareket şeklini gösterir. İkinci yansıması ise somuttur; uygulama, yargı kararları ve doktrin ekseninde TTK'nın ilgili hükümleri ile doğrudan bağlantılı, birlikte ele alınır hâle gelmiştir. Aşağıdaki üç alt başlıkta bu iki yansıma ele alınacaktır.

³⁴⁶ Anonim şirketlerde eşit işlem ilkesinin detaylı bir tahlili için bkz. Setenay Yağmur, **Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 14 vd.

³⁴⁷ Halil Ercüment Erdem, **“Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi”**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul: Vedat, 2009, s. 394, 399; Şükrü Yıldız, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara: Seçkin, 2004, s. 46-48, 55-56; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 132-133; Ali Pashı, **“Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 – Kısım 4 – Bölüm 1: Genel Hükümler ve Temel İlkeler”**, Batider, Y. 2011, C. XXVII, S. 3, s. 158; Leylan Demirağ Aktaş, **“Anonim Ortaklıktaki Tasfiye Payı ve Hazırlık Dönemi Faizinde Eşit İşlem İlkesi”**, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 12, S. 144, s. 70; Esra Pınar Bilgin, **“Anonim Ortaklıklar Hukukunda Eşit İşlem İlkesi ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları”**, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2016, C. 5, S. 19, s. 1000-1001. Toplu bir değerlendirme için ayrıca Yağmur, s. 37, 39-46.

³⁴⁸ Yağmur, s. 38; Karasu, s. 45; Necla Akdağ Güney, **“Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 3-4, s. 118; Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 406. İlkenin diğer hukuk sistemlerindeki durumu için bkz. Akdağ Güney, Eşitlik İlkesi, s. 117-120; Yıldız, s. 40-46; Yağmur, s. 27 vd. İsviçre hukuku özelinde Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 408-418.

³⁴⁹ N. Füsün Nomer, **“Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi”**, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: Beta, 1998, s. 490.

i. İlkenin tanımlanması

Anonim şirketlerde eşitlik mutlak ve nispi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Mutlak eşitlik herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm pay sahipleri için aynı hak ve borçların tanınmasıdır. TTK'da mutlak eşitlik istisnai bir durumdur. Sadece oransallık ilkesinin kapsamı dışında kalan, vazgeçilmez pay sahipliği haklarında mutlak eşitlikten bahsedilebilir³⁵⁰. Pay sahiplerinin ekseriyetle genel kurulda veya genel kurulla ilişkili bir şekilde kullandıkları katılma hakları buna örnektir³⁵¹.

TTK m. 357 ile asıl ifade edilmek istenen ise nispi eşitliktir. Keza hükmün lafzında “eşit şartlarda” eşit işleminden bahsedilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir. Nispi eşitlik bir oransallık durumudur; eşit konumdaki pay sahiplerine eşit şekilde davranılmasını zorunlu kılar³⁵².

ii. Temel özellikleri

Eşit işlem ilkesi ortaklığı saran menfaat gruplarının dengelenmesinde, bu amaçla çoğunluk pay sahipleri ve yönetim organı karşısında azınlık pay sahiplerinin korunmasında devreye girer. Ayrıca, şirket menfaatinin öne çıkarılmasında, yorum faaliyetinde ve pay sahipliği haklarının düzenlenip korunmasında eşit işlem ilkesi rol oynamaktadır. Bu nedenle kurumsal yönetim ilkesiyle de yakından ilgilidir³⁵³.

Anonim ortaklıklarda eşit işlem ilkesinin TTK m. 357 öncesinde de tanındığı ve genel bir şirketler hukuku prensibi olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu nedenle ilkenin, daha doğrusu mezkûr maddenin ilk özelliği açıklayıcı niteliğidir³⁵⁴. Diğer bir özelliği ise mutlak olmamasıdır. Burada bahsedilen (bir önceki başlıkta açıklanan) eşitliğin değil, ilkenin bizzat kendisinin nispiliğidir. Zira pay sahipleri somut olay özelinde ilkenin uygulanmasından vazgeçebilecekleri gibi yine somut olaydaki

³⁵⁰ Cafer Eminoğlu, “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından ‘Eşit Şartlarda Eşit İşlem’ İlkesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 82. Bu istisnai hâllerin bir listesi için bkz. **Erdem**, Eşit İşlem İlkesi, s. 403-404.

³⁵¹ **Yağmur**, s. 16-17; **Yıldız**, s. 33; **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 123.

³⁵² **Erdem**, Eşit İşlem İlkesi, s. 395; **Yağmur**, s. 20; **Nomer**, Eşit İşlem İlkesi, s. 485; **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 123; **Demirağ Aktaş**, s. 69; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 58-59; **Bilgin**, s. 1002. Nispi eşitlik türleri hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Yıldız**, s. 35-38.

³⁵³ **Erdem**, Eşit İşlem İlkesi, s. 397; **Eminoğlu**, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 81; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 135. İlkenin fonksiyonları hakkında bkz. **Yıldız**, s. 60 vd.

³⁵⁴ **Yağmur**, s. 47.

menfaatler dengesi ilkeyi göz ardı etmeyi mümkün kılacaktır. Önemli olan, pay sahiplerinin keyfi ayrımlara karşı korunmasıdır³⁵⁵.

iii. Öne çıkan düzenlemeler

Eşit işlem ilkesini yansıtan bazı şirketler hukuku müesseseleri mevcuttur. Bu kurumları somutlaştıran TTK düzenlemelerinin³⁵⁶ bir kısmı ilişkili taraf işlemleriyle alakalı görülebilir. Eşit işlem ilkesini dikkate alan hükümlerin başında pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ilişkin TTK m. 437/2 gelir. Hükümün ilgili kısmına göre, *pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir*. Böylece bazı (yönetmelik yetiyi haiz olması muhtemel) kişilerin ve keza bunlar vasıtasıyla ortaklıkla ilişkili tarafların yönetim organıyla ilişkilerini suistimal etmesi engellenmek istenmiştir. Hüküm sayesinde, aynı zamanda pay sahibi olan bu kişilerin erişebildiği bilgiler diğer pay sahiplerinin de bilgisine sunulacak ve pay sahipleri arasındaki denge muhafaza edilecektir³⁵⁷.

Eşit işlem ilkesinin somutlaştığı diğer bir hüküm rüçhan hakkının kullanılma ve sınırlandırılma şartlarını düzenleyen TTK m. 461/2'dir³⁵⁸. Bu hükme göre “(...) *Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılamaz. (...)*” Hükümün rüçhan hakkını sınırlandırmaya veya kaldırmaya imkân verdiği doğrudur. Fakat bu imkanın kullanıldığı ihtimalde dahi bazı paylara ya da pay gruplarına öncelik tanınamaz³⁵⁹.

³⁵⁵ Yağmur, s. 49-51; Yıldız, s. 75, 87-88; Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 140-141; Nomer, Eşit İşlem İlkesi, s. 472. Ayrıca bkz. Akdağ Güney, Eşitlik İlkesi, s. 121. Yazar ilkenin emredici olduğunu belirtir. Tamamlayıcı hukuk kuralı olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Bilgin, s. 1014; ilkenin tali niteliği hakkında ayrıca Yıldız, s. 76.

³⁵⁶ Eşit işlem ilkesinin anonim ortaklıklardaki somut uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Yıldız, s. 99 vd.; Yağmur, s. 99 vd. Bazı örnekler için Bilgin, s. 1003-1005.

³⁵⁷ Yağmur, s. 190; Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 145; Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 412-413. Karş. Eminoğlu, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 82. Yazar bilgi alma ve inceleme hakkının ilkeyi ikinci planda, *lex generalis* olarak konumlandığını söyler. Çünkü söz konusu hüküm eşitliği zaten özü itibarıyla korumaktadır.

³⁵⁸ Yağmur, s. 177-178, özellikle dn. 283; Burak Adıgüzel, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 1, s. 12. Rüçhan hakkında eşit işlem ilkesine riayet edilmesi gerekip gerekmediği yönündeki tartışma için ayrıca bkz. Yıldız, s. 81 vd.

³⁵⁹ Yıldız, s. 168; Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s. 12-13. Karş. Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 147. İsviçre hukuku için bkz. Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 413.

Eşit işlem ilkesinin TTK hükümleri nezdinde somutlaştığı diğer bazı hâller ise lafzın değil içtihatların sonucudur. Sermaye artırımlarında zaman ve kapsam yönünden eşit işlem ilkesine riayet edilmesi buna örnektir. Gerçekten genel kurul ve yönetim kurulu sermaye artırım kararlarında şirket menfaatini gözetmekle, ortaklığın yararına olan en iyi yöntemler arasından azınlık pay sahiplerine en az zarar verecek olanı seçmekle yükümlüdür³⁶⁰. Bu bağlamda Yargıtay pay sahiplerinden birine olan borcun ödenmesi amacıyla yapılan veya sermaye koyma borcunun yerine getirilmesinde farklı şartlar öngören sermaye artırımlarını eşit işlem ilkesine aykırı bulmuştur³⁶¹. Sermaye artırımına karar verildikten sonra gündeme gelen ve kural olarak yönetim kurulu tarafından işletilen sermayenin ödenmesi süreci de (TTK m. 481-483) yine eşitlik ilkesi ekseninde yürütülmelidir³⁶².

Yargı içtihatları ile somutlaşan ve eşit işlem ilkesine aykırı davranışın ciddi yaptırımlara bağlandığı bir başka durum ise örtülü kâr dağıtımıdır. Burada bazı pay sahipleri veya yakınları (ki bunların ilişkili taraf tanımlamasına girmesi çok olasıdır) ortaklıktan ekonomik menfaat temin etmekte, aslında kâr dağıtım kararıyla eşit bir şekilde gerçekleşmesi beklenen paylaşım hukuka aykırı olarak yapılmaktadır. Bu nedenle örtülü kâr dağıtımına dönük işlemler eşit işlem ilkesine de aykırı olacaktır³⁶³.

Benzer durum ortaklığın tasfiyesi hâlinde gündeme gelir. Dağıtım aşamasında tasfiyeyi yürütenlerin ve tasfiyeyle ilgili karar alırken genel kurulun pay sahiplerine eşit konumda durması, eşit davranması gerekir. Farklı dağıtım usulleri öngörülmesi eşit işlem ilkesini ihlâl edecektir³⁶⁴.

b. Kapsamı

Eşit işlem ilkesi eşit konumdaki pay sahiplerine eşit şekilde davranmayı bazı kişi ve gruplar için zorunlu kılar. Anonim ortaklığın diğer ilkelerinde olduğu gibi bu zorunluluk kendini ilkenin ihlâl edildiği durumlarda hissettirir. Çalışmamızda şimdi ilkeye riayet etmekle yükümlü olanlar ve ilkeye uygun hareketin anlamı tespit edilecektir. Her hâlükârda TTK m. 357 pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmasını

³⁶⁰ Karş. Yıldız, s. 196. İsviçre hukuku yönünden Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 415.

³⁶¹ Kararlar için bkz. Erdem, Eşit İşlem İlkesi, s. 422-431; Yağmur, s. 220-222. Benzer düşünce sermaye azaltımında da benimsenmelidir, bu konuda ayrıca bkz. Yağmur, s. 232 vd.

³⁶² Yağmur, s. 239, 241. Ayrıca bkz. Yıldız, s. 207. Yazar esas sözleşme ile paylar için değişik ödeme şartları getirilebileceğini ifade etmiştir.

³⁶³ Yağmur, s. 134-136; Yıldız, s. 80.

³⁶⁴ Yıldız, s. 146; Yağmur, s. 154. Bu konuda bir inceleme için bkz. Demirağ Aktaş, s. 72 vd.

öngördüğünden hükmün bir kapsamı olduğundan bahsedebilmek için birden fazla pay sahibi bulunmalıdır³⁶⁵.

i. İlgili taraflar

Anonim ortaklıklarda eşit işlem ilkesinin kişi yönünden kapsamı bir ölçüde maddenin lafzında somutlaştırılmıştır. Hükme göre eşitlikten istifade etmesi gereken kişiler pay sahipleridir. Yine bunlardan sadece eşit durumda olanlar somut olayda dikkate alınır³⁶⁶. Örnek olarak, esas sözleşmede farklı pay grupları oluşturulduğunda veya imtiyaz karşısında, eşit konumdaki kişilerden bahsedilemeyecektir³⁶⁷. O hâlde eşit durumdaki pay sahiplerine eşit davranmakla yükümlü olan ortaklık, diğer kişilere TMK m. 2 çerçevesinde kalmak şartıyla ayrımcı bir tavırla yaklaşabilir³⁶⁸.

Pay sahibiyle ortaklık arasında gerçekleştirilecek işlemlerde ilkeye riayet etmesi gerekenler, diğer bir ifade ile ilkenin muhatapları ortaklık organlarıdır. Bu nedenle genel kurul, yönetim kurulu ve tasfiye hâlinde tasfiye memurları aldıkları kararlarda ilkeye uygun davranmalıdır³⁶⁹. Yönetim kurulunun, pay sahipleri ile gerçekleştireceği borçlar hukuku sözleşmelerinde de eşit işlem ilkesine riayet etmesi gerektiği söylenir³⁷⁰. Fakat ilkenin uygulanması için pay sahiplerine farklı muamele edilmesinin pay sahibinin konumundan (örn. hâkim durumda olması) kaynaklanması gerektiği de ileri sürülmüştür³⁷¹.

Organlardan bağımsız olarak tekil pay sahibinin ayrıca ilkeye riayet etmesi gerekip gerekmediği hakkında öğretide çoğu yazar olumsuz görüş bildirir³⁷². *Yağmur* bunu kısmen mümkün görmüştür. Yazara göre kontrolü altındaki organlar üzerinden dolaylı şekilde olmakla beraber hâkim pay sahibinin eşit işlem ilkesine uygun

³⁶⁵ *Yağmur*, s. 68-69.

³⁶⁶ *Yağmur*, s. 80; *Bilgin*, s. 1010.

³⁶⁷ *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 84. Lakin aynı gruba/ imtiyaza sahip olanlar arasındaki eşitlik mevcudiyetini korur.

³⁶⁸ *Paslı*, Temel İlkeler, s. 159. Yazar, gerekçenin aksi yöndeki genişletici tutumunu da eleştirir ve bazı eğilimlerin kurumsal yönetimin temel doğrusu imiş gibi yansıtılmasına karşı çıkar (dn. 41).

³⁶⁹ *Erdem*, Eşit İşlem İlkesi, s. 396; *Yağmur*, s. 71-76; *Yıldız*, s. 92-93; *Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 137; *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 84; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 124; *Bilgin*, s. 1012-1013.

³⁷⁰ *Yıldız*, s. 209.

³⁷¹ *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 85; benzer yönde *Nomer*, Eşit İşlem İlkesi, s. 477; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 124

³⁷² *Erdem*, Eşit İşlem İlkesi, s. 396; *Yıldız*, s. 94; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 123; *Nomer*, Eşit İşlem İlkesi, s. 482; *Bilgin*, s. 1011. Türk hukukunda kontrol sahibi olan pay sahibinin dahi sadakat yükümlülüğü bulunmadığı, bu kişilerin ancak TMK m. 2 çerçevesinde denetime tabi tutulabileceği yönünde *Paslı*, Kontrol Sahibi, s. 349, 356.

hareket etmesi gerekir. Yazar ilkeye riayet yükümlülüğü bulunan pay sahiplerini şirket üzerinde etkili olacak oranda paya sahip olanlar şeklinde formüle etmiştir³⁷³.

ii. Objektif aykırılıklar

Eşit işlem ilkesi nispi nitelikte olduğundan her eşitsizlik bir ihlâl değildir. Öğretide ifade edildiği üzere, ilke sadece keyfi olarak gerçekleştirilen ve bu nedenle nesnel kriterleri karşılamayan eşitsizlikleri yasaklamaktadır³⁷⁴. Bazı yazarlar bu nesnelliği şirket menfaatinin gerekliliği olarak somutlaştırır ve bu menfaat gereğince eşit davranma borcunun sönebileceğini söyler³⁷⁵. Diğer bir görüşe göre ise yasaklama geniş, serbesti dar yorumlanmalıdır. İlleden ancak şirket çıkarlarının gerektirdiği ve aksinin telafisi güç zararlara neden olacağı hâllerde sapılmalıdır³⁷⁶.

Eşit işlem ilkesine aykırı hareket edilmesine kanunun izin verdiği nesnellik *Yağmur* tarafından şu kümülatif kriterlere bağlanmıştır, çalışmamızın esas konusu ve kapsamı itibarıyla bunları saymakla yetiniyoruz³⁷⁷: Şirket amacının haklı gösterdiği durumların mevcut olması; alınan kararın şirket açısından büyük önem taşıması; arzu edilen sonuca başka bir yoldan ulaşmanın mümkün olmaması; alınan kararın pay sahiplerinin menfaatine hizmet etmesi. Bu kriterlerin hepsinin karşılandığı ihtimalde ortaklığın pay sahiplerine farklı muamele etme imkânı olduğu kabul edilir. Hangi davranışın haklı, hangi davranışın keyfi olduğuna ise son tahlilde hâkim karar verecektir³⁷⁸.

c. İlkeye Aykırılığın Sonuçları

Şirket organlarının pay sahipleri arasındaki eşitliği gözetmeyen işlemlerde bulunması hâlinde gündeme gelen en önemli sorun, bu işlemlerin hukuki akıbetidir. Yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü üzere, işlemin bir genel kurul veya yönetim

³⁷³ *Yağmur*, s. 82-83. Ayrıca sermaye piyasası hukuku düzenlemelerini de dikkate alan benzer bir görüş için bkz. *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 138.

³⁷⁴ *Yıldız*, s. 87-88; *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 143; *Nomer*, Eşit İşlem İlkesi, s. 485; *Bilgin*, s. 1010; *Yağmur*, s. 56, dn. 179 ve oradaki diğer yazarlar.

³⁷⁵ Özge Ayan, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, Ankara: Adalet, 2013, s. 81; Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 100; *Demirağ Aktaş*, s. 69; eşitsizliğin şirketin çıkar sağlamasına uygun, gerekli ve makul olması gerektiği yönünde *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 122. *Erdem* illeden şirket gayesince doğrulandığı ve pay sahiplerinin menfaatinin gerektirdiği ölçüde uzaklaşılabileceğini belirtir, *Erdem*, Eşit İşlem İlkesi, s. 404.

³⁷⁶ *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 83.

³⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. *Yağmur*, s. 57 vd.

³⁷⁸ *Yıldız*, s. 88; *Yağmur*, s. 64;

kurulu kararı olarak gündeme gelmesi mümkündür. Her iki karar türü bakımından ortak olan, eşit işlem ilkesine aykırı bazı kararların kesin hükümsüz olmasıdır^{379,380}. Yönetim kurulu kararları için bu durum TTK m. 391/1-a’da açıkça belirtilir³⁸¹.

Genel kurul kararları bakımından hem butlan hem de iptal yaptırımını gündeme gelebilir. Mezkûr ilke TTK m. 357’de somutlaştığından ilkeye aykırılık TTK m. 445 uyarınca genel kurul kararının iptaline sebep olabilecektir³⁸². Genel kurul kararının daha ciddi bir yaptırım olarak görülen ve fakat konu açısından ikincil nitelikte kabul edilen butlan yaptırımını ile karşılaşması ise alınan kararın eşit işlem ilkesinin sürekli bir şekilde ihlâlüne neden olacak nitelik taşıması hâlinde veya mutlak nitelikteki eşitliği ihlâl etmesi durumunda söz konusudur³⁸³.

d. İlişkili Taraf İşlemleri Bakımından Önemi

Eşit işlem ilkesi ve ilişkili taraf işlemleri arasındaki bağlantı mezkûr ilkenin varlık sebebinde aranmalıdır. Öğretiye göre eşit işlem ilkesi tüm pay sahiplerinin menfaatini korumak adına, çoğunluk ilkesini azlık pay sahipleri lehine dengelemekte, sınırlandırmaktadır³⁸⁴. Böylece karar mekanizmalarına etkin katılımı sağlamakta ve bu yönüyle şirket içi demokrasiyi desteklemektedir³⁸⁵.

İlkenin yaratmayı hedeflediği denge düzeni ortaklığın karar alma serbestisini kontrol sahipleri aleyhine bir ölçüde sınırlar. Böylece ortaklık – *Yağmur*’un herhangi bir sebeple yakınlığı bulunan kişiler olarak tanımladığı – ilişkili tarafları ile yapmayı

³⁷⁹ *Yağmur*, s. 249-250, 257 vd.; *Karasu*, s. 45; İsmail Esin, “*Hissedarlar Sözleşmesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 479. Buradaki yaptırımın yokluk olduğu yönünde *Yıldız*, s. 213-214. Eleştiri ve öneriler için ayrıca bkz. *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 149-150; ayrıca *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 86. Yazar butlan yaptırımını ağır bulur ve imkân oldukça iptal yaptırımının tercih edilmesini önerir. Her iki organ için farklı yaptırımların temel alınması ise yazarın diğer bir eleştirisi olmuştur. Farklılığın son derece doğal olduğu yönünde aksi görüş için bkz. *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 127.

³⁸⁰ İlkeye aykırılığın kesin hükümsüzlük yaptırımına ek olarak pay sahiplerine şirkete karşı aktif eşit davranılmayı talep ve ilgili edimi ifadan kaçınma hakkı vereceği, ayrıca fesih davasına haklı neden teşkil edebileceği yönünde *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 130-131. Haklı nedenle fesih davası için aynı yönde *Bilgin*, s. 1016. İlkeye aykırı işlem nedeniyle yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilceği görüşünde *Nomer*, Eşit İşlem İlkesi, s. 487.

³⁸¹ Eşit işlem ilkesine aykırı kararların gerçekten batıl olup olmadığının tartışılabilceği yönünde bkz. Ömer Teoman, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, Batider, Y. 2010, C. XXVI, S. 3, s. 13.

³⁸² *Yağmur*, s. 247-249; *Erdem*, Eşit İşlem İlkesi, s. 404; *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 86; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 127-128; *Bilgin*, s. 1014. İlkeye aykırılığın sonuçlarının kanunda yeterli olarak düzenlenmediği yönünde *Yağmur*, s. 281.

³⁸³ *Yıldız*, s. 213-215; *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 151; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 128; *Yağmur*, s. 252, 281. Tartışmalar için aynı eserde s. 253 vd. Daha geniş bir yorum için bkz. *Demirağ Aktaş*, s. 71.

³⁸⁴ *Erdem*, Eşit İşlem İlkesi, s. 394; *Yağmur*, s. 22-23, 26; *Akdağ Güney*, Eşitlik İlkesi, s. 121.

³⁸⁵ *Eminoğlu*, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 80.

planladığı işlemlerinde eşit işlem ilkesini gözetmek durumunda kalacaktır³⁸⁶. Bu da eşit durumda olan pay sahiplerinin, ilkenin koruma alanındaki korporatif düzene ait işlemleri zararlı içerikte akdetmesinin önüne geçmeye, en azından bu hedef yönünde hareket etmeye yarayacaktır. Keza SerPK’da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağı ile bu ilkenin korunduğu ifade edilmektedir³⁸⁷. Aynı şekilde örtülü kazanç aktarımını kapalı anonim ortaklıklar için düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesi de (OR Art. 678/II) eşit işlem ilkesini koruyan hükümler arasında görülür³⁸⁸. Bu görüşe Türk hukuku bakımından yer veren yazarlar dahi mevcuttur³⁸⁹.

3. Kurumsal Yönetim

a. Kavrama Genel Bakış

Anonim ortaklıklarda hem malvarlığının korunması ilkesi hem de eşit işlem ilkesi, ortaklığın üzerine kurulduğu dengeyi muhafaza etmeye yarar. Bu denge menfaat sahipleri arasındadır. Aşağıdaki başlıklarda görüleceği üzere, pay sahipleri ve yöneticiler başta olmak üzere, ortaklığın etkileşimde bulunduğu herkes (borçlular, alacaklılar, tedarikçiler, müşteriler, kamu...) ortaklık nezdinde bir menfaat sahibidir. Genellikle bu kişiler belli üst gruplarda ifade edilir; etkileşimin yoğunluğu arttıkça daha derin sınıflandırmalara geçiş yapılır. Pay sahiplerinin hâkim, çoğunluk, azınlık gibi farklı ekonomik gruplara bölünmesi, yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının bağımsız üye olarak ayrıştırılması bu derinleşmenin sonucudur. Tüm bunlardan ayrı olarak ve bunlara öncelik arz edecek şekilde ortaklığın da bir menfaati bulunduğu ifade edilir, ki Türk hukukunda bu menfaate şirket menfaati adı verilmiştir. Sonraki iki başlığın konusunu işte bu menfaatler oluşturur. Kurumsal yönetimin (3) numaralı başlık altında, yani yukarıda ifade edilen hususların tam ortasında incelenmesini kendimizce anlamlı görmekteyiz. Zira kurumsal yönetimde bu sayılanlar arasındaki dengeyi sağlama amacı bulunur³⁹⁰. Bize göre kurumsal yönetim ortaklıklar hukukuna hâkim ilkeleri her bir hukuk sistemi ve bunların barındırdığı ortaklık tipleri özelinde

³⁸⁶ Yağmur, s. 26.

³⁸⁷ Yıldız, s. 79-80; Pehlivanoğlu, s. 52.

³⁸⁸ Lukas Handschin/ Luca Kenel, “Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR”, Festschrift für Anton K. Schnyder (Hrsg. Pascal Grolimund/ Alfred Koller/ Leander D. Loacker/ Wolfgang Portmann), Zürich: Schulthess, 2018, s. 1035, 1042.

³⁸⁹ Nomer, Eşit İşlem İlkesi, s. 478-479.

³⁹⁰ Hasan Pulaşlı, *Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model: Corporate Governance (Kurumsal Yönetim İlkeleri)*, Ankara: BTHAE, 2003, s. 3.

somutlaştıran, böylece şirket menfaatini gözeten doğru menfaat dengesini kuran, dinamik bir davranış/ yönetim biçimidir³⁹¹.

Kurumsal yönetimin üç temel soruna cevap verdiği belirtilir. Bunlar temsil sorunu (*agency problem*), asimetrik bilgi sorunu ve menfaat sağlama ihtiyacıdır³⁹². Bu sorunların çözüme kavuşturulmadığı, diğer bir ifade ile kurumsal yönetimin zayıf olduğu şirketlerde tünelleme daha olasıdır³⁹³. Keza 20. yüzyılın sonlarında ABD’de baş gösteren kurumsal yönetim skandallarında endişenin kaynağı hep ilişkili taraf işlemleri olmuştur³⁹⁴.

Öğretide kurumsal yönetim, anonim ortaklığın iyi ve adil yönetim anlayışı şeklinde tanımlanmıştır³⁹⁵. Bu anlayış bir sistemde somutlaşır. Sistem mükemmel değildir; fakat mükemmele ulaşmayı hedefleyen bir yöntemdir³⁹⁶. Diğer bir tanıma göre kurumsal yönetim, *mülkiyet – kontrol ayrımının ortaya çıkardığı sorunları asgariye indirmeyi amaçlayan, esasen hakkaniyet, şeffaflık, iç sorumluluk ve dış sorumluluk ilkeleri üzerine oturan, ortaklığın yönetim ve denetim esaslarını temel kurallara bağlayan, anonim ortaklığı kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün ve çok önemli bir ekonomik birim olarak ele alan, ülkeden ülkeye değişmekle beraber uluslararası geçerliliği olan bazı kuralları bünyesinde barındıran özel bir yönetim sistemidir*³⁹⁷. Bu sistemde hak ve sorumluluklar menfaat sahipleri arasında kurumsal bir yönetimin gerektirdiği şekilde dağıtılacaktır³⁹⁸.

Görüldüğü üzere tanım bilinçli bir soyutluk içerir. Çünkü hangi yönetimin kurumsal yönetim olduğu sorusuna zaman ile mekânın ötesinde, evrensel bir cevap

³⁹¹ Ali Pash, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)**, İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı, 2004, s. 16; benzer şekilde **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 149-151.

³⁹² Cafer Eminoğlu, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 10-11. Bu sorunları ele alan teoriler hakkında bilgi için ayrıca Hasan Pulaşlı, “**Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü**”, Batider, Y. 2005, C. XXIII, S. 1, s. 32; **Tuğ**, s. 207 vd.

³⁹³ Sayısal bulgular bu önermeyi açıkça destekler, bkz. David Tennant/ Marlon Tracey, “**Explaining related party transactions in commercial banking: looted lending and information-based investments**”, Applied Financial Economics, Y. 2013, C. 23, S. 19, s. 1519-1521. Bu ilişkide dikkate alınan diğer iki unsur yolsuzluk ile finansal sıkıntıdır. Her iki faktör de zayıf kurumsal yönetim anlayışıyla birlikte tünelleme ihtimalini artırır.

³⁹⁴ **Gordon/ Henry/ Palia**, s. 1. Şirket gücünü elinde bulunduranların başka bir güç tarafından kontrol edilmemesini sorunun kaynağı olarak gören **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 4.

³⁹⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 149. Benzer yönde **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 471a. Sevk ve idarenin yanında, idarenin şeffaf biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesini de tanımda ifade eden **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 4.

³⁹⁶ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 1-2.

³⁹⁷ **Pash**, Kurumsal Yönetim, s. 36-38; ayrıca bkz. **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 9; **Karasu**, s. 35; **Tuğ**, s. 206.

³⁹⁸ **Manavgat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 541.

vermek mümkün veya doğru değildir. Kurumsal yönetimden ne anlaşılması gerektiği ülkeden ülkeye, günden güne farklılık gösterir³⁹⁹. Olması gereken de budur. Kültür, tarihsel unsurlar, piyasaların yapısı, siyasi ajanda gibi birçok farklı etken ülkelerin ortaklıklar hukukunun şekillenmesinde rol oynar. Bu nedenle bütünlükçü kurumsal yönetim anlayışı ihtiyaca cevap vermeyecektir. Bununla beraber örnekler iki temel sistem etrafında toplanır. Bunlardan ilki Anglosakson modeli, ikincisi ise Alman – Japon sistemidir. İlkinde yargı kararları çerçevesinde şekillenen piyasa tabanlı sistem söz konusudur. İkinci modelde daha kuvvetli bir kanunlaşma hareketi görüldüğü gibi blok pay sahipliği yapısından kaynaklı çatışmaların çözümü öne çıkar⁴⁰⁰.

Bahsettiğimiz dinamik yapıya uygun olarak, kurumsal yönetimi düzenleyen normlarla genellikle *soft law* metinlerde karşılaşılır. Bununla beraber birçok sistemde halka açık, özellikle borsaya kote ortaklıklar için uyulması zorunlu düzenlemeler bulunur⁴⁰¹. Kurumsal yönetim ilkelerinin daha geniş kitleler için geçerli olacak şekilde somut yasal düzenlemelere bağlanması da mümkündür. Fakat bu yöntem nadiren tercih edildiği gibi, doktrin tarafından yapay görülür. Olması gereken, kurumsallık kültürü şirketler nezdinde benimsenip yaygınlaştıkça ortaklıklar hukukunun buna paralel şekilde gelişmesi, yani hukukun uygulamayı takip etmesidir. Kurumsal yönetimin kendi yolunu çizmesi beklenmeli ve ona sınırlı şekilde müdahale edilmelidir. Özellikle sorumluluk hukuku gibi, işlevi bağlayıcı kuralları şart koşan konularda, kanun koyucunun gelişmeleri doğru takip etmesi ve gerekli müdahaleleri yapması gerekecektir. Sürecin diğer bir çıktısı ise, bazı davranış kurallarının zaman içinde yerleşmesi ve bunlara uyulmasının piyasa tarafından beklenir hâle gelmesidir. Bu durumda kanun koyucu, piyasanın refleksine destek

³⁹⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 149; **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 36, 38-39; **Gilson/ Milhaupt**, s. 53; Melsa Ararat/ Eroğlu Muzaffer, “**Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 106-107; Deniz İpek Erdal, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Belirlenmesinde Pay Sahiplerinin Karar Sürecine Katılması (Say on Pay) ve Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler**”, TBB Dergisi, Y. 2019, S. 142, s. 385. Her ülke ve hukuk sistemi için özgün bir kurumsal yönetim anlayışı olduğu yönünde **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 8. İlkenin tarihsel gelişimi hakkında bilgi için bkz. **Paccès**, s. 3 vd.; **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 7 vd.

⁴⁰⁰ Karşılaştırmalı hukukun detaylı incelemesi için bkz. **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 52 vd.; **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 39 vd.; **Gilson/ Milhaupt**, s. 17 vd.; Theodor Baums/ Kenneth E. Scott, “**Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany**”, The American Journal of Comparative Law, Y. 2005, C. 53, S. 1, s. 37 vd. Ayrıca daha sınırlı bir çerçevede **Goergen/ Martynova/ Renneboog**, s. 243-244; **Chen/ Wan**, s. 1-3; Ersin Çamoğlu, “**Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri**”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 117-118, s. 64; **Tuğ**, s. 209 vd.

⁴⁰¹ Türk hukukundaki ilk örnekler için bkz. **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 126.

vermeli, ilgili davranışları hukuk kuralı hâline getirmelidir⁴⁰². Böylece piyasa gelişmekte olan diğer davranış kurallarını daha doğru şekilde fiyatlandırarak⁴⁰³ ve kurumsal yönetimde bir sonraki katmanı oluşturmaya başlayacaktır. Bu sürecin işlemleriyle ortaklıklar hukukunun doğal gelişimi de sağlanır.

b. Kurumsal Yönetimin İlkeleri

Dinamik yapısı nedeniyle kurumsal yönetim anlayışı sabit hukuk kuralları üzerine değil, evrensel nitelikteki bazı ilkeler etrafında inşa edilmiştir. Kurumsal yönetimin taşıyıcı kolonları veya *sine qua non* şartları olarak görülen⁴⁰⁴ bu ilkeler şeffaflık, adillik, hesap verebilirlik ve sorumluluktur.

i. Şeffaflık

Çalışmamızın birinci bölümünde yönetsel yetiyi ortaklık faaliyetlerine yön verebilme kudreti olarak tanımlamıştık. Ortaklıklarda bu kudreti bilgi takip eder. İlk planda ortaklık yönetiminin erişiminde olan bilginin kiminle paylaşılacağı yine ilk aşamada yöneticilerin takdirindedir. Bu durum asimetrik bilgi sorununu doğurur. İşte şeffaflık ilkesi ile çözülmek istenen temel sorun asimetrik bilgi paylaşımıdır⁴⁰⁵. İlke ilişkili taraf işlemleri kuramı için önemlidir. Şeffaflık ilkesinin somut görünümü olan kamuyu aydınlatma sistemi ilişkili taraf işlemlerini düzenlemede temel yöntemlerden biridir⁴⁰⁶. Zira ilişkili tarafın sahip olduğu yönetsel yetiyi nasıl kullandığı bu sayede üçüncü kişilerle paylaşılmakta ve gerekli mekanizmalar işletilmektedir.

⁴⁰² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 155-159; **Pulaşlı**, Ücretlerin Açıklanma Yükümü, s. 31; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 3; **Ansay**, s. 61-62; **Ararat/ Muzaffer**, s. 107. Yazarlar tüm hukuk sistemlerinde emredici kurumsal yönetim hükümlerinin arttığına dikkat çekerler.

⁴⁰³ Piyasanın bu faaliyeti “uygula veya açıkla” ilkesiyle desteklenmektedir. Yaptırıma bağlanmamış olan kurumsal yönetim ilkeleri karşısında, ortaklıkların bu ilkelere uygun hareket etmesi (“uygula”) veya ilkeye uyulmadıysa neden uyul(a)madığını gerekçeli bir şekilde açıklaması (“açıkla”) beklenir. Uyum zorunluluğunun dışında kalan ilkeler içinse “uygula veya açıkla” ilkesinin varlığına KYT m. 8’de düzenlenen uyum raporu işaret eder; bu konuda bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 157-158, 173. Halka açık ortaklıklarda ilkenin yerini zorunlu uygulama prensibinin aldığı yönünde **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 36; bu konuda eleştiriler için **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 163 vd.

⁴⁰⁴ **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 72; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 14.

⁴⁰⁵ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 15; **Karasu**, s. 55; Koray Akyürek, **Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Halka Açık Anonim Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP)**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 42; **Tuğ**, s. 212.

⁴⁰⁶ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aşağı. II/A/1/a. Bununla beraber, şeffaflığa yüklenen görevin yıllar içinde hafiflediği, beklentinin ve inancın azaldığı yönünde Katja Langenbucher, “(No) market for Corporate Governance? Related party transactions and shareholder approval rights”, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015 (Hrsg. Cordula Stumpf/ Friedemann Kainer/ Christian Baldus), Baden-Baden: Nomos, 2015, s. 314.

Kurumsal yönetim anlayışında bilginin dolaşımı ortaklık tarafından belli ölçüde temin edilmelidir. Bu paylaşım, özellikle sermaye piyasalarında karşımıza çıktığı üzere, kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca gerçekleştirilecektir. Hedef ve kapsam, başta pay sahipleri olmak üzere tüm menfaat sahiplerinin ortaklıkla ilgili bilgilere gerçeğe uygun, karşılaştırılabilir, açık ve yeterli şekilde erişimidir. Böylece bilgi asimetrisi giderilmiş olacaktır. Sürecin yan çıktısı olarak, paylaşılan bilgilerin yarattığı olumlu çerçeve sayesinde yatırımcıların şirkete daha fazla ilgi duyacak olması, böylece sermayeye daha kolay erişilmesi ise şeffaflık ilkesinin ekonomik faydalarından sadece bir tanesidir⁴⁰⁷.

Şeffaflık ilkesinin benimsenmesindeki en ciddi engel, ilkenin ilişkili tarafların menfaatiyle doğrudan çatışma içinde olmasıdır. Çünkü bilgi monopolü yönetsel yeti sahiplerinin lehine bir durum yaratır. Bu sayede hem kendi faaliyetlerinin yararlı ve zararlı sonuçları hem de ortaklığın güncel durumu saklı kalır, diğer menfaat sahipleri ile kamunun tepkisinden kaçınılmış olur. Zaten kurumsal yönetimin varlık sebebi, bu düşünce yapısıyla savaşmak, herkes için daha yararlı bir yönetim şekli bulunduğunu göstermektir. Somut konuda sağlayacağı fayda ise finansmana erişimdir. Gerçekten şeffaf yönetim anlayışı yatırımcılara güven aşılayacak, ortaklığın cazibesini artıracak ve uzun vadede ortaklığa önemli yararlar sağlayacaktır⁴⁰⁸. Şirket organlarının görev ve yetkilerinin keskin çizgilerle belirlenmesi bu yönde atılan önemli bir adımdır⁴⁰⁹.

ii. Adillik

Adillik, menfaat ihtilaflarının çözümünde tüm taraflara eşit uzaklıkta durmayı gerektirir, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ayrımcılık yapılmasını yasaklar. İlke, pay sahipleri başta olmak üzere, tüm menfaat sahiplerinin şirketle olan işlemlerinde dikkate alınır. Lakin uygulama bununla sınırlı değildir. Menfaat gruplarının, özellikle organların birbirleriyle ve kendi üyeleri arasındaki ilişkilerin de adil ve eşit zeminde yürütülmesini gerektirir. Bu nedenle ilkenin TTK'da yer alan eşit işlem ilkesini içine alan geniş bir kapsamı bulunduğu kabul edilmelidir. Keza adillik ilkesi birçok TTK hükmünde somutlaşmaktadır. Pay sahipliği haklarını koruyucu mekanizmalar, azlığa

⁴⁰⁷ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 15-16; **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 74; **Karasu**, s. 55; **Tuğ**, s. 213.

⁴⁰⁸ **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 75.

⁴⁰⁹ **Karasu**, s. 39.

ilişkin düzenlemeler, etkili bir genel kurul işleyişini hedefleyen hükümler, geçersizlik yaptırımları ve tazminata dönük imkânlar bu yönde örneklerdir⁴¹⁰.

Adillik ilkesinden, yönetsel yeti ve ilişkili taraf kavramları arasında kurmaya çalıştığımız bağlantıyı gerekçelendirmekte yararlanılabilir. Hatırlanacağı üzere TMS 24 uyarınca tüm yönetim kurulu üyeleri ilişkili taraf sıfatını haizken, pay sahiplerinin ilişkili taraf olarak kabulü bunların yönetsel yetiyi haiz olmalarına bağlıydı. Kanaatimizce literatürde organlar arası eşitlik ve hakkaniyetten bahsedilirken, aslında ilişkili taraflar ve diğer organ üyeleri, hatta diğer menfaat sahipleri arasındaki adalete de işaret edilmektedir. Bu duruma güzel bir örnek halka açık anonim ortaklıklardır. Bu ortaklık tipinde yöneticilerin etkili bir genel kurul tertip etme yükümlülüğü adillik ilkesinin gereği olarak yorumlanır⁴¹¹. Kanaatimizce bu yorumun gerekçelerinden biri, halka açık ortaklıklardaki dağınık sermaye yapısı nedeniyle pay sahiplerinin ilişkili taraf sıfatına sahip olmamasıdır. Anılan nedenle genel kurulun etkili bir şekilde tertip edilmesi, ilişkili taraf sıfatını haiz olan yönetim kurulu üyeleri ile bu sifattan belki de topyekûn dışlanmış olan pay sahipleri arasındaki adaleti sağlayacaktır.

iii. Hesap Verebilirlik

Aynı zamanda iç sorumluluk ilkesi olarak adlandırılan hesap verebilirlik (ya da hesap verilebilirlik) yönetimle görevli kişilerin şirket ve pay sahipleri karşısındaki konumunun açık kurallarla tespit edilmesini ve işleyişin bu tespite uygun olduğunun etkili şekilde denetimini konu alır. Aslında ilişkiler yumağında çok kısa bir parçayı ilgilendiren bu ilke ortaklıklar hukukunun temel menfaat çatışmasını düzenlediği için temel niteliktedir. İlke kapsamında hesap vermesi, işlemlerini gerekçeli bir şekilde açıklaması gerekenler ilk planda yöneticilerdir. Yönetim kurulu üyeleri ile şirket üst düzey yöneticileri bu kapsamdadır. *Paslı*, yönetim kurulunun gözetim (üst yönetim) görevinin iç sorumluluk kapsamında olduğunu ve üst düzey yöneticilerin varlığının yönetim kurulunu ilkenin dışına çıkarmayacağını haklı olarak belirtir⁴¹². Bu nedenle eylemlerinin hesabını vereceklerinin farkında olmaları beklenir. *Eminoğlu*, kuramsal açıdan hesap verebilirlik ilkesiyle bağdaşmaz bir durum olarak yöneticilerin bazı kişi

⁴¹⁰ **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 73; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 16-18; **Erdem**, Eşit İşlem İlkesi, s. 397; **Eminoğlu**, Eşit Şartlarda Eşit İşlem, s. 81; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 135; **Karasu**, s. 46; **Tuğ**, s. 214.

⁴¹¹ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 18.

⁴¹² **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 77.

ya da gruplara bağılılığına işaret eder. Aslında şirketler toplulukları da bu duruma örnektir. Kuramın en saf hâlinde, bağılı şirket yöneticilerinin hâkim şirketten talimat almaları hukuki bağımsızlıkla uyuşmaz. Fakat bugünün kanunlarında söz konusu ilişkiler meşru görülüp çerçeveye oturtulur⁴¹³.

Hesap verebilirliğin bir uzantısı tabiri caiz ise hesap sorabilme yetkisidir. İç sorumluluk ilkesi uyarınca bu konum başta ortaklığa, dolayısıyla pay sahiplerine aittir. Hesap verilecek yer ise kural olarak genel kuruldur. İç sorumluluktan beklenen faydanın sağlanabilmesi için gerekli denetim mekanizmalarının kurulması ve etkin bir şekilde işletilmesi zorunludur. Bu nedenle denetim sadece yöneticilerin basiretine bırakılmamalı⁴¹⁴, uygun yaptırımlarla desteklenmelidir.

iv. Sorumluluk

Hesap verebilirlik iç sorumluluk şeklinde tanımlandığında, sorumluluk ile asıl anlatılmak istenen dış sorumluluk olur. Bu, ortaklık ve onun yöneticilerinin ortaklık dışı menfaat sahiplerine karşı yükümlülüklerini anlatan sorumluluktur. Hem ortaklık hem de yöneticileri, şirket menfaatini gözetirken ortaklığı çevreleyen diğer menfaatleri de dikkate almalıdır. Zira kurumsal yönetim anlayışında bir ortaklığın başarısı onun finansal tablolarında görülebilecek sayısal çıktılarından çok daha fazlasıdır. Ortaklığın buradaki sorumluluğu ve buna bağılı olarak başarısı, parçası bulunduğu menfaatler kümesinin durumuyla organik bir bağ içindedir⁴¹⁵.

Öğretide dış sorumluluğun geniş yorumlanması savunulur. Bu nedenle eğitim veya insan hakları, çevre kirliliği gibi konularda ortaklığın aktif ve olumlu rol alması gerektiği, topluma karşı sorumlu olduğu söylenir. Çağdaş anlayışta bu durum anonim ortaklığın sosyal sorumluluğu olarak isimlendirilir ve kurumsal yönetimin bir parçası kabul edilir⁴¹⁶.

c. Türk Hukuku Düzenlemeleri

Kurumsal yönetimin her bir ülkedeki gelişimi diğer hukuk sistemlerine göre farklıdır. Piyasalar evrenselleşirken skandallarla mücadele edenler bu skandalları

⁴¹³ Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 19-21, 206.

⁴¹⁴ Paşlı, Kurumsal Yönetim, s. 77; Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 19. Yönetim kurulu genel kurul nezdinde hesap verirken yöneticilerin de yönetim kuruluna hesap vereceği yönünde Tuğ, s. 215.

⁴¹⁵ Paşlı, Kurumsal Yönetim, s. 78; Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 23.

⁴¹⁶ Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 23; Paşlı, Kurumsal Yönetim, s. 79 vd.; Tuğ, s. 214.

çözmek için, yatırımcıyı kaybetmekten korkanlar bu korkuyu yenmek için, henüz gelişimini tamamlamamış piyasalara sahip olanlar ise çağı yakalamak için çareyi kurumsal yönetimde görmüştür⁴¹⁷. Türkiye, kurumsal yönetimin eksikliğini meydana gelen yolsuzluklar ve onu takip eden 2001 ekonomik krizinde ziyadesiyle hissetmiş ve neticeten kurumsal yönetime kapılarını açmıştır⁴¹⁸.

Kanun koyucu kurumsal yönetimi Türk pozitif ortaklıklar hukukunun bir parçası olarak görmek istediğini ortaya koymuştur. Bununla beraber gelişmelerin hangi dereceye kadar takip edileceği noktasında gelgitler yaşanmıştır. Öğretide TTK'nın muhtelif hükmünün doğrudan ya da dolaylı olarak kurumsal yönetimle ilişkili olduğu yorumu yapılır. Fakat aynı öğreti, TTK'daki kazanımların 6335 sy. Kanunla yapılan değişiklikler vasıtasıyla önemli ölçüde kaybedildiğine işaret eder⁴¹⁹. Hayatta kalmayı başaran düzenlemeler ise halka açık ortaklıklar ve kapalı anonim ortaklıklar arasındaki rejim farklılığını ne yazık ki sürdürmektedir.

i. Halka açık anonim ortaklıklarda

Gelişmiş sermaye piyasalarında halka açıklık oranı yüksektir. Buna paralel şekilde dağınık pay sahipliği yapısı görülür. Bu durumun asıl sonucu ise yöneticilerin karar alma mekanizmalarında pay sahiplerinden bağımsız kuvvet göstermeleridir. İki menfaat grubunun birbirinden bağımsızlığı bunlar arasındaki çatışmayı olağanlaştırır ve denge arayışını doğurur. ABD borsalarında yaygın görülen bu yapının neticesinde sermaye piyasalarında kurumsal yönetim anlayışı devreye girmiştir⁴²⁰.

Türk hukukunda sistemin temelleri TTK m. 1529 ile atılmıştır⁴²¹. Bu hükme göre halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri SPK tarafından

⁴¹⁷ Kurumsal yönetimin tarihsel gelişimi hakkında bilgi için bkz. **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 18-24; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 4-7; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 148, 152-154; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 521b; **Chen/ Wan**, s. 1-3. Yazarlar ilişkili taraf işlemleri penceresinden bakınca kurumsal yönetime yüklenen misyonu haklı gerekçelerle sorgularlar (s. 39-40).

⁴¹⁸ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 29-31; **Ararat/ Muzaffer**, s. 107. Türkiye'de kurumsal yönetim konusunda yapılanlar ve yapılması gerekenler hakkında detaylı bir inceleme için bkz. **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 335 vd.

⁴¹⁹ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 3-4.

⁴²⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 151.

⁴²¹ Çalışmalar ise 2000 yılında OECD'nin kurumsal yönetim ilkelerinin Türkçeye tercüme edilmesiyle başlar. Bu gelişmeyi takiben bağımsız idari otoriteler ilkeyi ikincil mevzuatla uygulamaya dâhil etmiştir. Bilgi için **Pulaşlı**, Corporate Governance, s. 83-84; N. Ayşe Odman Boztosun, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 30-32; Gülşen Pazarbaşı, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin, 2018, s. 17-19. Fakat asıl atılım TTK'nın kurumsal yönetimi benimsemesi olmuştur.

belirlenir. Hüküm bir zorunluluğa işaret eder. Halka açık ortaklıklar, SPK'nın öngördüğü kapsamda kurumsal yönetim ilkelerini uygulamakla yükümlüdür. Böylece TTK'nın kurumsal yönetim anlayışını yansıtan hükümlerine – ki bunlar genel hüküm niteliğindedir – gereken desteği SerPK ve ikincil mevzuat verecektir⁴²².

Halka açık ortaklıklar bu sıfatları gereğince sermaye piyasası mevzuatına tabi tutuldukları gibi, aynı zamanda başka bağımsız idari otoritelerin yetki alanına dâhil olabilirler. Bankalar bu durumun açık örneğidir. Kanun koyucu böylesi durumlarda otorite çokluğunun uygulanacak kurumsal yönetim ilkelerinde belirsizlik yaratmasını engellemek istemiş ve tercihinin TTK m. 1529/2 hükmünde açıklamıştır. Buna göre, diğer kamu kurum ve kuruluşları kendi yetki alanlarında geçerli olacak kurumsal yönetim ilkelerini düzenlerken Kurulun uygun görüşünü almalıdır. Bu sayede ortaklıklar çok başlı mevzuatla karşılaşmamış olur. Yetkinin SPK'ya verilmesinin nedeni olarak kurumsal yönetim ilkelerinin kamuyu aydınlatma ve piyasayla olan ilgisi gösterilmektedir⁴²³.

TTK m. 1529 hükmünün tamamlayıcısı, SerPK'nın 17. maddesidir. Mezkûr maddenin ilk fıkrası içerdiği yetkilendirme ile kurumsal yönetimin kapsamını büyük ölçüde SPK'nın takdirine bırakmıştır. Kurul ise bu yetkisine dayanarak II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'ni yayınlamıştır⁴²⁴. Lakin bütün sisteme entegre edilmesi gereken kapsamlı bir yaklaşım olan kurumsal yönetimin izine SerPK'nın muhtelif maddesinde rastlamak mümkündür⁴²⁵.

Tebliğ hükümleri kurumsal yönetim ilkelerini payları borsada işlem gören ortaklıklar için zorunlu tutmuştur. Bununla beraber bağlayıcılığın sınırları vardır. İlk

⁴²² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 471a; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 521b; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 160; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 32, 35; **Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 69; Deniz İpek Erdal, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Belirlenmesinde Pay Sahiplerinin Karar Sürecine Katılması (Say on Pay)**, Yeterlilik Etüdü, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 2017, s. 32; **Tuğ**, s. 215-216.

⁴²³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 160-162. Hükmün Kurula bir tekel yetkisi verdiği yönünde **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 32-33.

⁴²⁴ RG. T. 03.01.2014, S. 28871. Ece Deniz Günay, “**Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2013, C. 8, S. 77, s. 21; **Erdal**, Say on Pay, s. 32. Kanun koyucu aynı fıkarda SPK'nın göz önünde bulundurması gereken iki hususa ayrıca yer vermiştir. Buna göre Kurul kendisine tanınan yetkileri *halka açık şirketler arasında haksız rekabet ile sonuçlanmayacak şekilde ve eşit koşullardaki şirketlere eşit kuralların uygulanması prensibini göz önünde bulundurarak* kullanacaktır. Bu hususta bilgi için bkz. **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 34.

⁴²⁵ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 89. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktan örnekler için **Goergen/Martynova/ Renneboog**, s. 250-254.

olarak uyum yükümlülüğü, Tebliğin ekindeki Kurumsal Yönetim İlkelerinden sadece bir kısmı için söz konusudur. İkinci olarak, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar üç gruba ayrılmış ve hangi ilkelere uyumun zorunlu olduğu her bir grup için farklı şekilde belirlenmiştir. Üçüncü olarak, ortaklığın türü ve faaliyet konusu gibi nedenlerle uygulamaya istisnalar getirilmiştir⁴²⁶. Aslında bu sınırlamalar ile SPK, SerPK m. 17’de çizilen çerçeveye uygun hareket etmeye, haksız rekabet oluşturacak ve eşitliğe aykırı düşecek uygulamalara engel olmaya çalışmaktadır.

Kurumsal yönetim ilkelerinin (bir kısmının) bağlayıcı hukuk kuralları hâlini alması yükümlülerin bu ilkelere aykırı hareketlerinin yaptırıma bağlanması sonucunu doğurmuştur. SerPK m. 17/2’de işaret edildiği üzere, uyum zorunluluğuna aykırılık hâlinde SPK, kurumsal yönetim ilkelerinin gereğini yerine getirmek için gerekli kararları alıp re’sen uygulayabilir. Kurul ayrıca aykırılığı oluşturan işlemlerin hukuka aykırılığının tespitini veya gerekiyorsa iptalini dava edebilecektir. Yetkilerin nasıl kullanılacağına ilişkin düzenlemeler KYT m. 7’de yapılmıştır⁴²⁷.

Uluslararası literatürde tartışılan güncel bir mesele, halka açık ortaklıkların yöneticilerine yapılan ödemelerde pay sahiplerinin ne derece söz hakkı olduğudur (*say on pay*). 1990’dan sonra Avrupa ve ABD’de yöneticilere sağlanan mali haklarda artış gözlenmiş, bu artışlar tartışmaya kaynaklık etmiştir. Nihayetinde mali hakların belirlenmesi, kamuya açıklanması ve pay sahiplerinin oyuna sunulması noktalarında mevcut sistemlerin geliştirilmesi gerektiği savunulmuştur⁴²⁸. Türk hukukunda ileri sürülen görüşler uluslararası literatüre paraleldir. Hem yönetim kurulu üyesi olmayan yöneticilerin mali haklarının genel kurul dışında kararlaştırılması hem de genel kurul kararlarında yönetim kurulu üyelerinin mali hakları oylanırken oydan yoksunluğun işletilmemesi, azınlık pay sahiplerinin gerçek anlamda söz sahibi olmadığını gösterir. Bu söz hakkının (*say on pay*) tanınması noktasında en somut öneri yine bu iki sorunu çözmeye dönüktür: yönetim kurulu üyesi olmayan yöneticilerin mali haklarının genel

⁴²⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 163, 166-169; **Tuğ**, s. 216 vd. Yönetim kurulunun yapısına dair düzenlemeler bakımından Çağlar Manavgat, “**Halka Açık Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurulunda Yetki Devri Zorunlu mudur?**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 32; ayrıca bkz. **Bora**, s. 47-48.

⁴²⁷ Bu hususta bilgi ve eleştiriler için bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 170 vd.

⁴²⁸ **Erdal**, Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler, s. 424. Karşılaştırmalı hukuk yönünden bkz. aynı eserde s. 393 vd.; Osman Bahadır Sinan/ Ahmet Tok, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Haklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Etkinliğinin Artırılması ve Konunun Sermaye Piyasası Kanunu’nun Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı Açısından Değerlendirilmesi**”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2020, C. 9, S. 35, s. 797-804; **Pulaşlı**, Ücretlerin Açıklanma Yükümü, s. 34-55; **Erdal**, Say on Pay, s. 9 vd.

kurul tarafından karara bağlanması ve tüm pay sahiplerinin katılımını temin etmek adına oy hakkı sınırlamaları getirilmesi⁴²⁹.

Kanun maddesinin düzenlediği diğer bir konu başlığı ilişkili taraf işlemleridir (SerPK m. 17/3). Hükümde ilişkili taraf işlemlerinin ortaklık organlarınca ne şekilde karara bağlanması gerektiği; usule aykırılığın sonuçları ve bağlantılı yükümlülükler düzenlenmiştir. Çalışmamızın takip ettiği yöntem uyarınca bu hüküm bir özel karar alma süreci olarak kabul edilmiş ve ilgili kısımda detaylandırılmıştır⁴³⁰.

ii. Kapalı anonim ortaklıklarda

Bu ortaklık tipinde kurumsal yönetim uygulamasının kaynağına ancak dolaylı şekilde ulaşılabilir. Zira SerPK’da olanın aksine, TTK’da kurumsal yönetimin asli kaynağı diyebileceğimiz bir hüküm veya ilke listesi yoktur. Fakat kurumsal yönetim, ortaklıklar hukukunun tarihinden bağımsız, tamamen orijinal bir yaratım da değildir. Daha ziyade, temel ilke ve yaklaşımlara zaman içinde giydirilmiş bir elbisedir. Bu nedenle kanunun bütününe yayıldığı söylenir⁴³¹. Kurumsal yönetimin kanundaki yerini işte bu anlayıştan hareketle tespit etmek gerekir.

6762 sy. mülga Ticaret Kanunu döneminde kurumsal yönetimin başlı başına bir kuram olarak dikkate alındığını söylemek güçtür. Bununla beraber kanunun bazı hükümleri kurumsal yönetim anlayışını yansıtacak niteliktedir. Hem pay sahipliği haklarının kullanılmasında hem de yönetim kurulunun sorumluluğunda bu yönde maddelere rastlamak mümkündür⁴³². Kurumsal yönetimi felsefe olarak kabul eden ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’dur⁴³³. Kanun tüm sermaye ortaklıklarının faaliyetlerinde kurumsal yönetime uygun hareket etmesini hedeflemiştir⁴³⁴.

Hem ortaklıklar hukukunun hem de kurumsal yönetimin dinamik yapısını dikkate alan kanun koyucu, kurumsal yönetim ilkelerini saymak yerine, kurumsal yönetim anlayışına uygun hükümlere yer vermeyi tercih etmiştir. Bunların bir kısmı bugün hâlen yürürlüktedir. Pay sahiplerinin bilgi alma, inceleme ve özel denetim

⁴²⁹ **Erdal**, Say on Pay, s. 40-42; **Sinan/ Tok**, s. 808. Karş. **Pulaşlı**, Ücretlerin Açıklanma Yükümü, s. 42, 56; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 151-152.

⁴³⁰ Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, IV/A.

⁴³¹ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 35, 57-58.

⁴³² **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 57. Mülga kanun dönemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 90 vd.; **Karasu**, s. 36-37.

⁴³³ Kurumsal yönetimi bir kavram olarak ele alan ilk kanun ise 5387 sayılı Bankacılık Kanunu’dur, **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 345.

⁴³⁴ **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 60; **Karasu**, s. 34.

isteme hakları, yıllık faaliyet raporu ve kurumsal yönetim açıklamaları (TTK m. 375/1-f) ile bağlam düzenlemelerine getirilen sınırlamalar bu duruma örnektir. Diğer bazı düzenlemeler mevcudiyetini korumakla beraber 6335 sy. Kanun çerçevesinde daha zayıf bir etki alanına hasredilmiştir. Misal olarak, bağımsız denetim ve internet sitesi açma zorunluluğu (TTK m. 1524) tüm anonim ortaklıkları ilgilendirecek iken mezkûr değişikliklerle ancak belli bir kısım için zorunlu hâle gelmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin en az yarısının yüksek öğrenim görmüş olması zorunluluğu veya işlem denetçisi gibi diğer bazı müesseseler ise aynı değişikliklerle tamamen kaldırılmıştır⁴³⁵. Müdahaleye rağmen kurumsal yönetim felsefesi TTK'daki varlığını muhafaza etmektedir. Her ne kadar 2011 yılında mevcut olan konjonktür arzulanan atılıma izin vermemiş olsa da son dakika değişiklikleriyle kanunun nüvesinin yok edilmesi mümkün değildir. TTK m. 361 ve 375/1-f gibi kurumsal yönetim ilkelerinden açıkça bahseden hükümler de bu duruma delalet etmektedir⁴³⁶.

4. Şirket Menfaati

a. Kavram

Şirket menfaati, kurumsallığın her geçen gün arttığı ve pay sahibiyle ortaklık tüzel kişiliği arasındaki perdenin gittikçe kalınlaştığı güncel anonim ortaklıklar hukukunda önemszenmesi gereken bir kavram, kanaatimizce anonim ortaklığa yön veren ilkelerden biridir. Bununla beraber Türk hukukunda kavramı bağımsız bir olgu olarak görüp inceleyen çalışmalar şimdilik sınırlı sayıdadır⁴³⁷.

Şirket menfaati kavramıyla hangi menfaatin anlatılmak istendiği TTK'da belirtilmiş değildir. Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde durum aynıdır. Kanunların belli noktalarında, özellikle anonim ortaklıklara dair hükümlerde şirket menfaatinden bazen sarıh bazen ise örtülü olarak bahsedildiği görülür. Fakat menfaat tanımlanmaz ya da kimin menfaatine karşılık geldiği belirtilmez⁴³⁸. Konunun hukuki olduğu kadar

⁴³⁵ **Pashı**, Kurumsal Yönetim, s. 349; **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 61, özellikle dn. 201.

⁴³⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 161; **Karasu**, s. 40. Sistemin 6335 sy. Kanunla büyük ölçüde zedelendiği yönünde **Eminoğlu**, Kurumsal Yönetim, s. 63.

⁴³⁷ Mehmet Helvacı/ Emin Çamurcu/ İsmail Türkyılmaz, “Özellikle Anonim Şirketler Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 310 vd.; Ömer Korkut, “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”, Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi, Y. 2007, C. 11, S. 2, s. 2; **Sulu**, s. 8 vd.

⁴³⁸ Mehmet Helvacı/ Rifat Cankat, “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 521; **Sulu**, s. 34, 57. TTK’nın yeniden yapılandırma hükümlerinin pay sahipleri, alacaklılar ve işçileri şirket menfaati olarak dikkate aldığı

ekonomik ve politik yansımalarının bulunması genel kabul gören bir tespit yapmayı ayrıca zorlaştırır⁴³⁹. Tüm bunlara rağmen menfaati tanımlamak elzem görülmelidir.

i. Tanım

Türk hukukunda şirket menfaatini tanımlayan, en azından betimleyen birkaç görüş mevcuttur. *Sulu*'ya göre şirket menfaati dar anlamda kuruluş amacının gerçekleştirilmesi, geniş anlamda ise ortaklığı oluşturan tüm unsurlara ait faydaların maksimizasyonu, ortaklığın hukuki ve ekonomik varlığının mümkün olan en iyi şekilde devam ettirilmesidir. Yazara göre şirket menfaati her bir ortaklık özelinde ortaklığın kültürel değerleri, iş planı, uygulama pratikleri ile uzun vadeli hedefleri dikkate alınarak ve içinde bulunulan zamana, piyasaya ve yere göre farklılık gösterebileceğinin bilincinde olarak tespit edilmelidir⁴⁴⁰. Bu noktada *Memiş* menfaati dört temel amaçta somutlaştırır⁴⁴¹: kâfi bir sermaye yapısının korunması, dengeli ve amaca uygun yatırım yapılması, refaha uyarlı şirket yapısı kurulması ve uygun olan kurumsal yönetimin tesisi.

Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz ise şirket menfaatini “şirketin hukuki ve ekonomik alandaki mevcudiyetini mümkün olan en iyi şekilde devam ettirmesini sağlamak” olarak tanımlamakta ve kavramın her ortaklık özelinde esas sözleşmede somutlaştırılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴².

Kanaatimizce ortaklığın ömrünü (*life span*) dikkate alan tanımlama doğrudur. Zira şirketin menfaatine olan her faaliyet, nihayetinde ve bütüncül bakış açısında şirketin sürekliliğini temin etmeye dönük olmalıdır. Süreklilik ise sürdürülebilirliği zorunlu tutar. Ortaklık toplum üzerindeki etkisi olumlu, başarılı ticari faaliyeti uzun süreli (süresiz) şekilde devam ettirmeyi amaçlar⁴⁴³. Bu nedenle şirket menfaati, tüm menfaat gruplarından bağımsız şekilde ortaklık tüzel kişiliğinin sürekliliğinin ve

yönünde Tekin Memiş, “**Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu Üyeliği ve Sorumluluk Halleri**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 40.

⁴³⁹ Bu konuda Amerikalı ekonomistler ile siyasetçilerin görüşleri için bkz. Edward Rock, “**For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose**”, ECGI Law Working Paper No. 515/2020, European Corporate Governance Institute, 2020. (Kaynak: SSRN; E.T. 13.11.2020), s. 2-5.

⁴⁴⁰ *Sulu*, s. 8, 12, 32. Yazarın bu eksenindeki tanımı için bkz. aynı eserde s. 72.

⁴⁴¹ *Memiş*, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 40.

⁴⁴² *Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz*, s. 311.

⁴⁴³ *Helvacı/ Cankat*, s. 549; Mathieu Blanc, “**Corporate Purpose and Board of Directors: Means and Ends of Corporate Governance**”, SZW, Y. 2020, s. 237.

sürdürülebilirliğinin sağlanmasıdır. Şirket menfaatine uygun işlem ve fiiller, işte bu amaca uygun olanlardır.

ii. Diğer menfaatlerden ayrıştırılması

Şirket menfaati, ortaklığa menfaat ilişkisi içinde temas eden (pay sahipleri de dâhil) herkesin menfaatinden farklı ve bir anlamda üstün ya da en azından öncelikli olandır⁴⁴⁴. Fakat bağımsız varlığının anlaşılabilmesi ve konumlandırılabilmesi için diğer menfaatlerden farkının ortaya konulması gerekir.

Öncelikle kavramın Türk hukukuna mahsus olmadığı belirtilmelidir. Birçok hukuk sistemi şirket menfaatinden bahseder ve tarihsel bazı farklara rağmen hemen hepsi benzer bir akış gösterir⁴⁴⁵: Başlangıçta şirket ile pay sahiplerinin menfaatini bir tutan anlayışlar hâkimdir. Bu anlayışa göre anonim şirketin amacı pay sahipleri için oluşturulan değer maksimizasyonudur ve yönetim kurulu bu hedefe dönük olarak faaliyet gösterip pay sahiplerinin kazanımlarını, yani mali ve sosyal haklarıyla birlikte elde edecekleri kâr payını en üst düzeye çıkarmalıdır⁴⁴⁶. Örneğin İngiliz yargı kararlarında şirketin bir bütün olarak pay sahiplerini kapsadığı ve bu nedenle menfaatten şirketin kârının mümkün olan en yüksek seviyeye çıkarılmasının anlaşılması gerektiği yönünde görüşlere rastlanır⁴⁴⁷. Bu anlayış organlar arası görev paylaşımına dahi yansımış; 20. yüzyıla değin pay sahiplerinin yöneticilere talimat verebileceği kabul edilmişti⁴⁴⁸. Çünkü pay sahibi ortaklığın adeta sahibi, ekonomik

⁴⁴⁴ Murat Yusuf Akın/ Muhammed Sulu, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2019, C. 25, S. 1, s. 171; **Korkut**, s. 3; **Memiş**, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 40; **Helvacı/ Cankat**, s. 548; **Ayan**, s. 55.

⁴⁴⁵ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Şehirli Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 247-250; **Helvacı/ Cankat**, s. 522 vd. Bu açıklamalarda dikkate alınan ülkeler Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa ve İsviçre’dir. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. **Sulu**, s. 37-57.

⁴⁴⁶ **Rock**, s. 8; **Sulu**, s. 14-15, 79, 125; Markus Roth, **Related Party Transactions**, 2016 (Kaynak: <https://ssrn.com/abstract=2710128>; E.T. 17.02.2021), s. 12; Dominique Schmidt, **Les conflits d’intérêts dans la société anonyme**, Version nouvelle, Paris: Joly, 2004, s. 1, 12. Ayrıca bkz. **Şehirli Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 248. Yazar bu anlayışı sözleşme teorisi ile ilişkilendirir. Anonim şirketin hukuki niteliği ile ilgili diğer başlıca teoriler ise varsayım teorisi ile kurum teorisidir (s. 247).

⁴⁴⁷ **Helvacı/ Cankat**, s. 523-524; **Rock**, s. 8; **Sulu**, s. 44; **Roth**, s. 12. Amerikan hukuku için aynı yönde **Blanc**, s. 228-229.

⁴⁴⁸ Bir sonraki gelişme ise esas sözleşme gibi şirket içi düzenlemeler vasıtasıyla organlar arası görev paylaşımının gerçekleştirilmesi olmuştur. Gelişmelerin ilişkili taraf cephesinden bir değerlendirmesi için bkz. Paul Davies, “**Related Party Transactions: UK Model**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 366. İlgili çekici olan, aynı dönemde şirketlerin kamusal amaçlarla kullanımının geriye itilmesi ve endüstriyel gelişimi sağlamak adına özel sermayenin öne çıkmasıdır, bu hususta **Gilson/ Milhaupt**, s. 20-22.

maliki konumunda idi ve kendi malvarlığının iktisadi kaderini de tayin edebilme imkânı vardı⁴⁴⁹. Fakat yaratılan bu kısa vade faydaların uzun vadede ortaklığa zarar vermesi kuvvetle muhtemeldir⁴⁵⁰. O hâlde bir noktada sınırın çizilmesi gerekir. İşte bu sınırı çizenin şirket menfaati olduğu ifade edilmiştir⁴⁵¹.

Zaman içinde ortaya çıkan bir diğer aktör ise menfaat sahipleri, diğer adıyla çıkar grubudur (*stakeholders*). Bunlar, ortaklığın faaliyetlerinden herhangi bir şekilde etkilenen kişilerdir⁴⁵². Pay sahiplerinin üstünlüğü (*shareholder primacy*) olarak adlandırılan anlayış güçten düştükçe diğer menfaat sahiplerinin de dikkate alınması gerektiği yönünde düşünceler ifade edilir olmuştur. Bu durum menfaatlerde çoğulcu (*interessenpluralistisch*) anlayışı gündeme getirmiştir⁴⁵³. Bu görüşe eğilimin 2008 yılında, finansal krizin arifesinde başladığı ifade edilmektedir. Burada şirketle bir şekilde bağlantı gösteren işçiler, yöneticiler, alacaklılar, tedarikçiler ve kamu gibi farklı menfaat sahipleri mevcuttur. Menfaat sahiplerini de dikkate alan anlayışa göre ortaklık faaliyetleri öyle bir şekilde yürütülmelidir ki, bu kişilerin menfaati devamlılık gösterecek şekilde tatmin edilebilsin⁴⁵⁴. Bu görüşü benimseyen yazarların bir kısmı pay sahiplerinin üstünlüğü anlayışından vazgeçmez aslında, sadece onu yumuşatır. Kısa vadeli kârlılığı dışlar, sürdürülebilirliği önemser; fakat diğer menfaatleri pay sahiplerinin üstünlüğü ilkesi ile uyumlu oldukları sürece dikkate alır. Bu takdirde şirket menfaatinin bağımsız bir menfaate dönüştüğünü söyleyemeyiz. Hatta kuramın geliştiğini, çağdaşlaştığını savunmak dahi zordur⁴⁵⁵. Bu duvarın aşılabilmesi için öncelikle pay sahiplerinin tamamının menfaatleriyle şirket menfaatlerinin farklı olabileceği kabul edilmelidir⁴⁵⁶.

Bir adım ileri gittiğimizde, pay sahiplerinin menfaati ile diğer menfaatler eş konuma yerleştirilir. Artık bu noktada pay sahiplerinin kazanca dönük beklentilerini

⁴⁴⁹ **Paslı**, Kontrol Sahibi, s. 346. Her ne kadar yazar bu açıklamalarında kontrol sahibinden bahsetse de konumuz bakımından bahsedileni çoğunluk pay sahibi olarak kabul etmek hatalı olmayacaktır.

⁴⁵⁰ Farklı bir görüş için bkz. **Schmidt**, s. 9-10. Yazar farklı grup pay sahiplerinin menfaatlerini ele alır ve aslında kısa – uzun vade sonuçların ayrı görülmesini bu çerçevede, şu sözle reddeder: *Elde edilen kâr, kâr beklentisinden daha değerlidir*.

⁴⁵¹ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 272; **Sulu**, s. 79, 126; **Blanc**, s. 227; **Korkut**, s. 5-6.

⁴⁵² **Odman Boztosun**, s. 39.

⁴⁵³ **Sulu**, s. 27; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 250; **Helvacı/ Cankat**, s. 546.

⁴⁵⁴ **Sulu**, s. 16; **Blanc**, s. 227, 229. Geniş bir koruma alanı sağladığı yönünde **Memiş**, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 40.

⁴⁵⁵ **Rock**, s. 15-16; görüşü eleştiren **Blanc**, s. 236. Yazar bu düşüncenin kuramı belli oranda başlangıç noktasına geri götürdüğünü haklı olarak ifade eder (s. 232).

⁴⁵⁶ Bu görüşün erken tarihli bir ifadesi için bkz. N. Füsün Nomer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul: Beta, 1999, s. 20.

üstün tutmak imkânı yoktur. Fakat bu ihtimalde dahi şirket menfaati bağımsızlaşmaz. Münferit bir şirket menfaatinden bahsedebilmek için onu tüm bu sayılanlardan ayrı düşünebilmek gerekir.

b. Anonim Ortaklıklarda Öne Çıkan Düzenlemeler

Şirket menfaati anonim ortaklığın tüm faaliyetlerinde gözetilmesi gereken ve süzgecinden her bir işlemin geçirilmesini bekleyeceğimiz temel bir kriter, ilkedir. Bununla beraber bazı hükümlerle şirket menfaati arasında daha doğrudan bir ilişki kurulduğu görülmektedir. Aşağıda bu düzenlemelere işaret etmekle yetineceğiz.

i. Pay sahipliği haklarına dair düzenlemeler

Pay sahipleri haklarını özgürce kullanabilseler dahi bu özgürlüğün sınırını çizen birçok etmen vardır. Şirket menfaati bazı hükümler nezdinde bu etmenlerden biri olarak karşımıza çıkar⁴⁵⁷. Örneğin pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması talep edilen bilginin şirket menfaatlerini tehlikeye atmamasına bağlıdır (TTK m. 437/3). Yine pay sahiplerinin rüçhan hakkının şirket menfaati gereğince kısıtlanması mümkündür.

Bazen şirket menfaati hakkı sınırlayan değil, hakkın pay sahibine tanınmasını gerekçelendiren prensip olarak karşımıza çıkar. Yöneticilerin ortaklığa verdikleri zararların pay sahipleri tarafından dava edilebilmesi, diğer bir ifade ile dolaylı zararı tazmine yarayan davaların açılabilmesi bu duruma örnek gösterilebilir⁴⁵⁸.

Doktrinde bazı yazarlar hâkime tanınan alternatif çözüme hükmedebilme yetkisini dikkate alarak haklı nedenle fesih davasının (TTK m. 531) şirket menfaatini korumaya da hizmet ettiğini savunurlar⁴⁵⁹. Gerçekten bazı pay sahiplerinin şirketten uzaklaştırılması sonrasında ortaklığın faaliyetlerine devam etmesi hem davanın taraflarınca sıkça arzulanan hem de pratikte karşılığı olan bir durumdur. Eğer şirketin feshine karar verilmesi gerekiyorsa, bu sefer ortada somut bir şirket menfaati kalmadığı kabul edilmelidir. Haklı sebebin şirket menfaati ekseninde somutlaştığı bir

⁴⁵⁷ Detaylı inceleme için bkz. **Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz**, s. 322-327; **Sulu**, s. 82 vd.

⁴⁵⁸ **Sulu**, s. 101-104; **Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz**, s. 325-326.

⁴⁵⁹ **Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz**, s. 327; **Sulu**, s. 123-124. Bu bağlantı konumuz açısından anlamlıdır. Zira karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, anonim ortaklığın feshine veya pay sahibinin ortaklıktan çıkışına dair hakların (*exit rights*) ilişkili taraf işlemlerinin zararlı etkilerini sınırlandırmak için kullanılan hukuki stratejiler olarak sınıflandırıldığını görmekteyiz, bu hususta **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 152.

başka ihtimal, TTK m. 466/2 uyarınca önerilmeye muhatap olma hakkının sınırlandırılmasıdır. Burada kriter yine şirket menfaatidir⁴⁶⁰.

ii. Yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeler

Yönetim kurulu şirket menfaatini gözetmekle yükümlü şirket organıdır. TTK m. 369'da açıkça ifade olunan bu yükümlülük⁴⁶¹ ayrıca madde gerekçesinde de somutlaştırılmış, hiçbir menfaatin şirketin menfaatinin önüne geçirilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁶². Yönetim kurulundan beklenen, şirket menfaatini gözetmesi ve diğer menfaatler arasındaki çatışmayı bir hakem ya da arabulucu gibi çözümlemesidir⁴⁶³.

Söz konusu görev yönetim kuruluna ilişkin muhtelif hükümde kendini hissettirir. TTK m. 393, 395 ve 396 gibi yönetim kurulu üyelerine birtakım sınırlamalar veya yasaklar getiren düzenlemeler esas olarak şirket menfaatiyle yöneticinin kişisel menfaatinin karşı karşıya gelmesini engeller. Burada sayılan hükümlerin arka planında muhtemel bir menfaat çatışmasında yöneticinin objektif olamayacağı ön kabulü vardır⁴⁶⁴. Kanun koyucu bu düzenlemelerle yönetim kurulunun şirket menfaatini esas alma ihtimalini güçlendirmiştir.

Benzer bir bağlantı yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı için de yapılmaktadır. Doktrine göre şirket menfaati bu hakkın hem kaynağını hem de münferit olaydaki sınırını teşkil eder⁴⁶⁵. Son olarak, TTK m. 369'da da yer alan sadakat yükümlülüğünün bazı hukuk sistemlerinde ilişkili taraf işleminin adil olup olmadığını değerlendirmede bir ölçüt görevi gördüğünü belirtelim⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Sulu, s. 97.

⁴⁶¹ TTK m. 369'un ilgili kısmına göre, *yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, ... şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Hüküm menfaat çatışmalarında yönetim kurulunun nasıl hareket etmesi gerektiğini, hangi menfaati önde tutacağını göstermesi bakımından olumlu görülür (Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz, s. 313). İsviçre hukukunda mehaz OR Art. 717 için aynı yönde Blanc, s. 231.*

⁴⁶² TTK m. 369'un gerekçesinde ilgili kısım şu şekildedir: *"...Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder..."*

⁴⁶³ Blanc, s. 228; Akın/ Sulu, s. 171; Sulu, s. 136; Korkut, s. 3.

⁴⁶⁴ Sulu, s. 146 vd.; Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz, s. 315 vd.

⁴⁶⁵ Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz, s. 322, 321.

⁴⁶⁶ Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler, s. 161.

iii. Zararlı ilişkili taraf işlemlerine karşı düzenlemeler

Şirket menfaati ekseninde incelenen ilk ilişkili taraf işlemi TTK m. 358 ve 395 hükümlerinde düzenlenmiş olan borçlanma işlemi/ yasağıdır. Burada ifade edilmesi gereken, borçlanma yasağının bir temelini de şirket menfaati kavramı olduğudur. Zira korunmak istenen, şirketin tüm menfaat gruplarından bağımsız olan menfaattir⁴⁶⁷. Aynı şekilde, halka açık anonim ortaklıklar için açıkça düzenlenen ve kapalı şirketlerde de yansıması bulunan örtülü kazanç aktarımı yasağı (SerPK m. 21) şirketin ekonomik bütünlüğüne, hayatta kalma içgüdüsüne ve nihayetinde şirket menfaatine hizmet etmektedir⁴⁶⁸. Tüm bu düzenlemeler aynı zamanda ortaklığı zararlı ilişkili taraf işlemlerinden korumaya yarayan temel birer araç niteliğindedir.

c. Değerlendirme

İncelemenin bize gösterdiği, pay sahibinin tek menfaat grubu kabul edilip şirket menfaati ile özdeşleştiği anlayışın geçmişte kaldığı ve her hukuk sisteminde menfaat sahiplerinin belli ölçüde dikkate alındığıdır. Menfaat sahipleri bazen pay sahipleriyle eşit konumda görülmüş, bazen ise söz konusu menfaatlerin ancak bu sonuncuyla uyumlu olduğu ölçüde korunması gerektiği savunulmuştur. Her koşulda şirket menfaatinin başka menfaat gruplarıyla karşılaştırılarak anlamlandırılmış olması nedeniyledir ki bize göre şirket menfaatine ilişkin tartışmalar henüz yeterli olgunluğa ulaşmamıştır⁴⁶⁹.

Şirket menfaati, bağımsız bir kişinin menfaattir; pay sahipleri de dâhil diğer tüm menfaat sahiplerininkinden farklı içeriktedir. Böylesi bir farklılaşma, kavramı anlamlandırma noktasında tam bağımsızlığa işaret eder. Şirket menfaatinin diğer menfaatlerin bir harmanıymış gibi kabul edilip açıklanması eksik, daha doğrusu olgunlaşmamış anlayışlara neden olur. Güncel anlayışın şirket menfaatini tüm bu menfaatlerden ayırık düşünülebilmesi gerekir. İşte bu özgün içeriğiyle şirket menfaati konumuz açısından öne çıkan bir ölçüt hâlini alır. İlgili bölümlerde görüleceği üzere, ilişkili taraf işleminin zararlı olup olmadığında ilk kıstas matematikselidir. Fakat safi hesaplamalar sonuca ulaşmak için yetersiz kalır. Zarar olgusunun bir de somut olay gerçekleri ışığında değerlendirilmesi gerekir. Tam da bu noktada şirket menfaatinin dikkate alınması kaçınılmazdır.

⁴⁶⁷ Helvacı/ Çamurcu/ Türkyılmaz, s. 318-319; Sulu, s. 105 vd., 158-166.

⁴⁶⁸ Sulu, s. 119.

⁴⁶⁹ Helvacı/ Cankat, s. 547-548.

5. Menfaat Çatışmalarının Düzenlenmesi

a. Kavram

Bir önceki başlıkta şirket menfaati kavramı incelenmiş ve bir çatışma hâlinde – çatışan menfaat pay sahiplerinin menfaati olsa dahi – şirket menfaatinin üstün tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷⁰. Bununla beraber ortaklıklar hukukunda birden fazla menfaat (grubu) söz konusudur. Hatta anonim ortaklık, gücün ve kârın menfaat sahipleri arasında paylaştırıldığı yapı olarak tanımlanır⁴⁷¹. Anılan menfaatler şirket menfaatinden bağımsız olarak da karşı karşıya gelebilir. İşte menfaat çatışmasının ayrı bir ilke olarak ele aldığı ve çözmeye çalıştığı kuramsal sorun budur. Lakin sorun tekdüzeleştirmeye müsait değildir; zira anonim ortaklığın pay sahipliği yapısına göre çatışma hâlindeki menfaatler de farklılaşır⁴⁷². Örnek olarak, aile anonim şirketlerinde (*Familiengesellschaft*) çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki çatışma ağırlık kazanırken, halka açıklığın yüksek olduğu ortaklıklarda yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki çatışma öne çıkar. Gerçekten, ortaklığın ayrık bir menfaati bulunduğunu kabul etmediğimiz takdirde dahi pay sahiplerinin değişken menfaatinin; tek pay sahipli anonim ortaklıkta ise pay sahibi ile şirket çalışanlarının ya da alacaklıların menfaatinin farklı gereksinimleri olacak ve bunlar ortaklık için bir çatışma durumu yaratacaktır⁴⁷³.

Menfaat çatışmalarının temelinde aynı kişinin birden fazla ve karşıt menfaati aynı anda takip etmesi yatar⁴⁷⁴. İlişkili taraf işlemleri ise bu çatışmayı bir varsayım olarak içerir. Nüans, menfaat çatışmaları öznel değerlendirme gerektirirken ilişkili taraf işlemlerinin tespitinin emsallere uygunluk ilkesinin gölgesinde, nazaran nesnel bir süreç olmasındadır⁴⁷⁵. Keza *Karacan* anılan işlemleri bir tarafta ilişkili tarafın, diğer tarafta ise şirketin ve pay sahiplerinin bulunduğu çıkar çatışması olarak ifade eder. İlişkili taraf işlemleri birer menfaat çatışması olarak görüldüğünde, bunlara ilişkin özel düzenlemelerin menfaat çatışmalarını çözmek amacıyla getirildiği kabul edilir⁴⁷⁶. Yapılan önerme bir ölçüde doğrudur. Kanaatimizce bir çatışmadan

⁴⁷⁰ *Sulu*, s. 79.

⁴⁷¹ *Schmidt*, s. 27.

⁴⁷² *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 253-254.

⁴⁷³ Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler*, Ankara: BTHAE, 2008, s. 6 vd.

⁴⁷⁴ *Schmidt*, s. 27.

⁴⁷⁵ *Enriques*, *Related Party Transactions*, s. 12.

⁴⁷⁶ *Karacan*, *İlişkili Taraf İşlemleri*, s. 83-85.

bahsedilecekse bu, ilişkili taraf ile diğer tüm menfaatler arasında olacaktır. Ayrıca, işlemin her hâlükârda bir çatışma barındırması gerekmez. Kuram çatışma ihtimalini yeterli görmüş ve bu olgudan hareket etmiştir.

İlişkili taraf işlemleri ile menfaat çatışmaları arasındaki bu doğrudan bağlantı nedeniyle, anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri arasından en son ele alacağımız, menfaat çatışmalarının düzenlenmesidir. Fakat kavramın bir ilke⁴⁷⁷ olup olmadığı sorulabilir. Öncelikle bu soru cevaplanacak ve nihayetinde temel menfaat çatışmaları sıralanacaktır.

b. İlke Olarak Anlamı

Anonim ortaklıklara hâkim olan ilkeler bu ortaklığın tarihsel gelişiminin ürünüdür⁴⁷⁸. Kanunda bazen doğrudan bazen dolaylı olarak düzenlenen bu ilkelerin sınırlı bir sayımı ne doktrinde ne de mevzuatta yapılmıştır. Genelgeçer kabulün ürünüdürler ve uygulamayı belli bir mesafeden etkilerler. Ekseriyetle diğer normların yorumlanmasında ve kanun boşluklarının doldurulmasında kendilerinden yararlanılır, bu anlamda normatif karakterdedirler⁴⁷⁹. Lakin yazılı olmayan ilkelerden daha öte bir yararlanmayı arzulayan kanun koyucuların somut düzenlemelere gittiğini görürüz. Gözlemlediğimiz diğer husus, ilkeler arasında etkileşimin kaçınılmaz olduğudur. Örnek vermek gerekirse eşit işlem ilkesi, şirket menfaatinin gerekliliği olarak yorumlanır⁴⁸⁰. Malvarlığının korunması ilkesinin bugünkü konumunun ardında ise sınırlı sorumluluk ilkesi bulunur⁴⁸¹. Çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin kurulmasını gerektiren de yine malvarlığının korunması ilkesidir. Zira ortaklık operasyonlarının sürekliliğini korumayı hedefleyen bu ilke dahi pay sahipleri başta olmak üzere tüm menfaat sahiplerinin bir ölçüde gözetilmesini amaçlar⁴⁸².

Bu konudaki üçüncü tespitimiz, ilkelerin mutlak olmadığıdır. Eşit işlem ilkesi için en başında ifade edilen bu olgu bazı ilkeler için ekonomik ve sosyal gelişmelerin sonucudur. Tüzel kişilik perdesinin aralanmasına duyulan ihtiyaç örnek gösterilebilir.

⁴⁷⁷ *Veziroğlu* tarafından isabetle ifade edildiği üzere, “ilke” kavramı temel, genel vb. sıfatları içinde barındırır ve ayrıca bu sıfatlarla kuvvetlendirilmesine gerek yoktur. Hatta bu kullanımdan imtina etmek gerekir, bkz. Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 449, dn. 372.

⁴⁷⁸ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku I, N. 464a.

⁴⁷⁹ *Veziroğlu*, s. 449.

⁴⁸⁰ *Sulu*, s. 101.

⁴⁸¹ *Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)*, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 121.

⁴⁸² *Manavgat*, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 88.

Aynı şekilde ikincil yükümlülükler, kamu borçlarından sorumluluk, haklı nedenle fesih davası kanunun gerekli gördüğü esnemelerdir. O zaman söylenmesi gereken, anonim ortaklık tarihinin mirası olan ilkelerin soyut birer anlayışa karşılık geldiği ve bugünün uygulamasında somutlaştırılmaya ihtiyaç duyduğudur. Bu ihtiyacı gidermek için en uygun yerin pozitif hukuk, hatta kanun hükmü olduğu düşünülebilir. Fakat biz, akla ilk gelen bu düşüncenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Bizim desteklediğimiz görüş, ilkelerin kanun koyucunun müdahalesinden önce somutlaştırılabileceğini savunur. Bunun için yine anonim ortaklığın ilkelerinden bahsetmek gerekecektir. Fakat somut ve doğrudan uygulanabilir olmaları nedeniyle bu ilkelerin yukarıda açıklananlardan ayrı bir yere konulması icap eder. İşte biz bu ayrımı sağlayabilmek adına, ikincil ilkelerden bahsetmekteyiz. İkincil ilke, hâlâ anonim ortaklığın bir ilkesi olmakla beraber yukarıda sayılanlardan farklı, bugünün ihtiyaçlarını dikkate almış ve bu nedenle aslında evrensel olmayıp uzun vadede geçici, fakat kanun koyucunun düzenlemelerine dayanmaksızın doğrudan anonim ortaklıklar hukukuna uygulanan ilkedir. Böylece her bir hukuk sistemi yaşanan gelişmeleri ticaret hayatının etkisinde ve fakat kendi dinamikleriyle yakalayabilir; kanunlaşma faaliyetlerinin kendisini takip etmesini beklerken ihtiyaçlara gereken cevabı verebilir.

Görüşümüzü bu başlık altında açıklamamızın nedeni, menfaat çatışmalarının çözümünde ikincil ilkelerden destek alınmasını faydalı görmemizdir. Özellikle şirket menfaatinin (henüz) mutlak yol gösterici olarak görülmediği günümüzde bu boşluğu doldurmak üzere ikincil ilkedен yararlanılabilir. Aynı şekilde, ilişkili taraf işlemleri kuramının kanunlaşma faaliyetlerinde bağımsız bir bütün olarak dikkate alınmamış ve tarihsel temeli olan hükümlerde buna uygun değişikliklerin gerçekleştirilmemiş olmasının ortaya çıkardığı eksiklikler bu yöntemle giderilebilecektir. Savunduğumuz bağlamda, bir ilke olarak, şirket menfaatine aykırı işlemlerin hukuk düzeni tarafından mutlak şekilde reddedilmesini önermekteyiz. Fakat bu öneriyi şirketin akdettiği tüm işlemler veya tüm ortaklık kararları bakımından desteklemek bugün için mümkün değildir. Daha doğrusu, bu savunmayı soyut olarak yapmak mümkünse dahi – ki biz bunu yapıyoruz – pozitif hukuk çerçevesinde bu görüşün mutlak olarak uygulanması imkânı bulunmayacaktır. Halbuki ikincil ilkelerle bağlantılı gördüğümüz ilişkili taraf işlemleri için durum farklıdır. Zira çalışmamızın üçüncü ve dördüncü bölümlerinde inceleyeceğimiz ve aynı zamanda yorumlayacağımız ortaklıklar hukuku hükümleri

kapsamında görüşümüz tutarlılığını muhafaza etmektedir. Bu aşamada neyi savunduğumuzu ortaya koyabilmek adına ortaklıklar hukukunda öne çıkan çatışma hâllerini inceleyeceğiz.

c. Başlıca Menfaat Çatışmaları

Ortaklık içinde ilk akla gelen menfaat grubu şüphesiz pay sahipleridir. Pay sahipleri bütün olarak bağımsız bir menfaat grubu oluşturur. Bu grupta öne çıkan ortak arzu, kâr elde etmektedir. Fakat beklenti somutlaştıkça pay sahiplerinin şahsi menfaatlerinin her olayda örtüşmediği anlaşılr. Örnek olarak ortaklığın uzun soluklu pay sahipleri ve kısa vadeli yatırımcılar, dağıtılabilir kâra etki eden konularda farklı düşünecektir. Türkiye dâhil çoğu ülkede ortaklar arası çatışmalar genellikle kontrol eden/ hâkim/ büyük pay sahibi ile azınlık/ küçük pay sahibi arasında yaşanır⁴⁸³. Hatta ortaklığın kuruluşunda var olup kendini *affectio societatis* altında gösteren menfaat birliğinin zaman içinde ortadan kalkması imkân dâhilindedir⁴⁸⁴. Lakin pay sahipleri arasında şirketler hukukundan doğan özel bir bağ da vardır⁴⁸⁵. Bu nedenle menfaat çatışması çoğunluk veya azınlık pay sahipleri lehine çözümlenip ortadan kaldırılacak basit bir problemten daha fazlasıdır.

Çoğunluk pay sahibi tek kişi olabileceği gibi, aynı aile üyelerinin beraber çoğunluğu oluşturması da mümkündür. Diğer bir ihtimalde çoğunluk gücü yatırımcı pozisyonundaki kurumlara aittir⁴⁸⁶. Bununla beraber gelişmiş piyasa ülkelerinde, özellikle halka açık ortaklıklarda, zaman içinde çoğunluk pay sahiplerinin etkisi azalmış, pay sahipliği yapısı dağınık bir hâl almıştır. Bu gelişmeyi takiben çoğunluk olmayan, fakat önemli miktarda pay edinen blok pay sahipleri ortaya çıkmıştır. Bunlar genellikle yatırım ortaklıkları gibi belli finansal amaçlarla fon arz eden kişilerdir. Yatırımlarını korumak isteyen bu pay sahiplerinin aktif bir tutum izleme çabaları yeni menfaat çatışmalarını ve “*shareholder activism*” kavramını doğurmuştur⁴⁸⁷. Blok pay sahipleri hâkim ortağın bulunmadığı ortaklıklarda yaygın

⁴⁸³ Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 255-256; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 100.

⁴⁸⁴ H. Ali Dural, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 58-59.

⁴⁸⁵ Kavramla ilgili detaylı bilgi için bkz. Murat Yusuf Akın, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, 2002, s. 134 vd.

⁴⁸⁶ McCahery/ Vermeulen, Mandatory Disclosure, s. 8.

⁴⁸⁷ Gilson/ Milhaupt, s. 29; Baums/ Scott, s. 57; Christoph Van der Elst, “The Corporate response to shareholder activism”, ERA Forum, Y. 2014, S. 15, s. 232 vd.

bir şekilde görülse de tutumlarının aktivist olup olmadığı ülkeye, sermayenin dağılım şekline ve pay sahibinin niteliğine göre değişiklik gösterir⁴⁸⁸. Bu durumun somut bir örneği İtalyan Parmalat/ Lactalis hadisesinde görülür. Parmalat aleyhine tünelleme faaliyetinde bulunduğu hususunda yetkililere ihbarda bulunanlar, bu şirketin yönetim kurulu üyeleri idi. Fakat bunlar herhangi bir üye değil, pay sahibi konumundaki yatırım fonu tarafından önerilen ve azınlık pay sahipleri tarafından seçilen üyelereydi⁴⁸⁹.

Çoğunluk (ve blok) pay sahibi diğer menfaat grupları için başlı başına zararlı değildir. Ortaklığın başarılı olması tüm taraflar için ortak paydadır⁴⁹⁰. Çoğunluk pay sahibi gücünü bu amaçla kullandığı sürece kontrol verimli bir araçtır ve desteklenir. Burada kendisinden beklenen, ilk aşamada şirket menfaatini gözetmesidir. Şirketin çıkarlarına olmak kaydıyla azınlığa zarar verebilen çoğunluğun ikinci aşamada gücü sakınarak kullanması ve aynı sonuca ulaşan seçenekler arasından muhtabını en az zarara uğratacak olanı seçmesi gerekir⁴⁹¹. Fakat çoğunluk bu gücünü pekâlâ kötüye kullanabilir. Bu hâlde kontrolün özel yararı çoğunluk pay sahibine aktarıldığı ölçüde azınlık pay sahipleri zarar görmüş olur. İşte menfaat çatışmasının azınlık için zararlı ve şirket için verimsiz olduğu hâl bu ikinci durumdur⁴⁹². Lakin bu sonucun hukuk sisteminin başarısıyla doğrudan ilgili olmadığı söylenir. Çoğunluk pay sahipleri azınlık pay sahiplerine etkili bir koruma sağlayan ülke hukuklarında da bulunur⁴⁹³. Bazı araştırmacılar çoğunluk pay sahibinin varlığını iyi veya kötü şeklinde değerlendirirken gücün oranına bakmayı önerirler. Yapılan bir çalışmada %70, aynı çalışmada kullanılan diğer bir formüle göre ise %83 üzerindeki pay sahipliği oranının tünelleme eğiliminde ağır bastığı, çoğunluk pay sahibinin varlığının bu noktada

⁴⁸⁸ Gur Aminadav/ Elias Papaioannou, “Corporate Control around the World”, The Journal of Finance, Y. 2020, C. 75, S. 3, s. 1193, 1239.

⁴⁸⁹ Pomelli, s. 81-82

⁴⁹⁰ Bu açıklamalarımız çoğunluk pay sahipliği konumunu tamamen masumlaştırmamalıdır. Zira ABD piyasa verilerini temel alan bir çalışma blok pay sahibinin mevcudiyetinin ve pay sahipliği oranındaki artışın şirket değeri üzerinde negatif etkisi olduğunu tespit etmiştir, bkz. Sander J.J. Konijn/ Roman Kräussl/ Andre Lucas, “Blockholder dispersion and firm value”, Journal of Corporate Finance, Y. 2011, S. 17, s. 1332, 1336.

⁴⁹¹ Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 27-28; Necla Akdağ Güney, “Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ankara: Yetkin, 2017, s. 46.

⁴⁹² Kirchmaier/ Grant, s. 3; Gilson, Controlling Shareholders, s. 1651-1652; Jay Dahya/ Orlin Dimitrov/ John J. McConnell, “Dominant shareholders, Corporate boards, and Corporate value: A cross-country analysis”, Journal of Financial Economics, Y. 2008, S. 87, s. 74.

⁴⁹³ Çoğunluk pay sahiplerinin bulunmasında, bu anlamda kontrolün yoğunlaşmasında bazı faktörlerin etkili olduğu savunulmuştur. Bu faktörler, ortaklığın büyüklüğü; yaşı; kuruluştaki ortaklık yapısı ve kurucuların hayatta olup olmadığı, veliyetlerin varlığı; faaliyetlerinin taşıdığı risk; büyüme iştahı ve hızı; oydan yoksun payların kullanımı; kârlılık ve nakit akışının durumu şeklinde örneklendirilebilir, bu konuda bkz. Goergen/ Renneboog, s. 151-153, 164.

ortaklık için negatife döndüğü tespit edilmiştir⁴⁹⁴. Çünkü belli bir anda çoğunluk pay sahibi üzerindeki dış kontrol caydırıcı özelliğini yitirmekte ve ilişkili tarafın içsel kontrolü kural olarak yeterli görülmemektedir.

Hukuk düzeninin yarattığı fark, getirdiği koruma yöntemleri sayesinde çoğunluk pay sahibinin şirket menfaati için faydalı olma ihtimalini artırmasıdır. Öyle ki bu pay sahipleri payların atomize olduğu ve takiben güç boşluğunun olduğu ortaklıklarda tercih dahi edilebilir. Buna karşılık, eğer hukuk sistemi bir bütün olarak başarısız ya da “kötü” ise çoğunluk pay sahibinin varlığı kolaylıkla bir dezavantaja dönüşür. O vakit güç boşluğunun bulunması ve kontrolün özel yararlarının şirket içinde kalması daha avantajlı bir hâl alır⁴⁹⁵. Aksi eşleşmeden çıkabilecek bir olumlu sonuç, çevresi kötü şirketin iç ilişkilerindeki olumlu tutumunun piyasada sağlayacağı itibar kazancı olur⁴⁹⁶. Çatışma kelimesini anlamlandırırken tüm bu hususları dikkate almak gerekir.

Bununla beraber, ortaklar arası çatışmada kötü olanı çoğunluk pay sahibiyle özdeşleştirmek doğru olmaz. Azınlığın bu çatışmayı yaratması ve şirket menfaatine aykırı şekilde hareket etmesi ihtimal dâhilindedir. Örnek olarak, imtiyazlar veya belli oy gücü sayesinde çoğunluk olmayan pay sahibi de karar alınmasını engelleyebilir. Konuyu somutlaştırmak için ortaklığın sermaye azaltımına gitmek zorunda olduğunu farz edelim. TTK m. 473/3 uyarınca aranacak nisap yüzde yetmiş beştir. O hâlde %51’e sahip olan çoğunluk pay sahibi ortaklığın ekonomik sıhhati için gerekli olan azaltma kararında diğer pay sahibinin katılımına ihtiyaç duyar. Kötü niyetli veya şahsi menfaati doğrultusunda hareket eden azınlık pay sahibi ise kararın alınmasına engel olabilir veya ekonomik yükün çoğunluk tarafından üstlenilmesini isteyebilir⁴⁹⁷. Her iki durumda da menfaat çatışmasını yaratan azınlık konumundaki pay sahibidir. Bu durum azınlığın suistimali (*l’abus de minorité*) olarak isimlendirilir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Amzaleg/ Barak, s. 250-252. Bu araştırmada kurumsal yönetimin orta kuvvette olduğu İsrail’deki, çoğunluk pay sahibi tarafından kontrol edilen 129 halka açık ortaklık dikkate alınmıştır.

⁴⁹⁵ Gilson, Controlling Shareholders, s. 1649, 1661. Karş. önermenin sayısal karşılığının bulunmadığı yönünde Konijn/ Kräussl/ Lucas, s. 1337. Güç boşluğu (*the separation of ownership and control*) kavramı hakkında Hacımahmutoğlu, Yönerge Teklifi, s. 101.

⁴⁹⁶ Ronald J. Gilson, “Controlling Family Shareholders in Developing Countries: Anchoring Relational Exchange”, Stanford Law Review, Y. 2007, S. 60, s. 648.

⁴⁹⁷ Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması”, Batider, Y. 1994, C. XVII, S. 3, s. 48-50; Alman hukukunda benzer görüşte Langenbacher, s. 316.

⁴⁹⁸ Schmidt, s. 380-381.

Pay sahibinin haklarını kullanırken sadece kendisini düşünmüş olmasının bir müeyyide ile karşılaşmayacağı söylenir⁴⁹⁹. Lakin bu durum şirketin ve diğer menfaat sahiplerinin aleyhine bir sonuç yaratabilir. Buradaki çatışmayı çözmeyi hedefleyen muhtelif düzenleme mevcuttur. TTK m. 358 bu konuda ilgi çekici örneklerden biridir⁵⁰⁰. Genellikle azınlığın çoğunluğa karşı korunmasını hedefleyen hükümlerle karşılaşılır. Azınlığa yönetimde imtiyaz tanınması (TTK m. 360) veya her paya en az bir oy hakkı tanınırken birden fazla paya sahip olanlara dönük sınırlandırma imkânı (TTK m. 434/2) diğer örneklerdir. Çoğunluğun denetlenmesine yarayan güçlü katılma hakları ve emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340⁵⁰¹) yine bu kapsamda sayılmalıdır⁵⁰². Nihayetinde çoğunluğun azınlığa karşı yeterince korunmadığı söylene de⁵⁰³ ilkesel düzlemde şirket menfaatinin çatışmayı çözmek, en azından hafifletmek yönünde bir rolü olduğu kabul edilir⁵⁰⁴.

Diğer bir menfaat çatışması organlar arasında gündeme gelir. Klasik anonim ortaklık yapısında pay sahibinin kontrolünden bahsedilir. Bu kontrolün somutlaştığı yer genel kuruldur⁵⁰⁵. Fakat yönetim kurulunun bağımsız iradesi gün geçtikçe daha baskın hâle gelmiştir. Hâl böyle iken yönetim kurulu üyelerinin pozisyonlarını koruma çabalarının ağır basması ve bu nedenle çoğunluk pay sahiplerinin ya da doğrudan kendi menfaatlerini üstün tutmaları son derece olasıdır⁵⁰⁶. Pay sahipleri ile yöneticiler arasında menfaat temelli uyumsuzluklar yaşandığında, ilişki vekâlet sözleşmesi ekseninde ele alınmalıdır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri şirketin menfaatini gözetmekle yükümlü olduklarından ne kendilerinin ne de pay sahiplerinin menfaati ağır basmalı ve yine şirket menfaati doğrultusunda hareket edilmelidirler⁵⁰⁷. Aksi yönde hareket eden yönetim kurulu üyesi sorumluluk davasıyla karşılaşır⁵⁰⁸.

Anonim ortaklıkları çevreleyen menfaat çatışmalarından üçüncüsü denkleme şirket alacaklılarını, dördüncüsü şirketin çalışanlarını, beşincisi ise toplumu dâhil

⁴⁹⁹ **Paslı**, Kontrol Sahibi, s. 351.

⁵⁰⁰ **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 88.

⁵⁰¹ Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. **Veziroğlu**, s. 343 vd.

⁵⁰² **Karasu**, s. 59. Detaylar ve diğer örnekler için bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 259.

⁵⁰³ **Moroğlu**, Çoğunluk Paysahiplerinin Korunması, s. 52.

⁵⁰⁴ **Sulu**, s. 80.

⁵⁰⁵ **Paslı**, Oyun Hukuki Niteliği, s. 169.

⁵⁰⁶ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 267; **Şehirali Çelik**, s. 25-26; **Akın/ Sulu**, s. 172; **Sulu**, s. 130; **Erdal**, Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler, s. 386-387.

⁵⁰⁷ **Sulu**, s. 128; **Akın/ Sulu**, s. 171; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 270; **Korkut**, s. 3. Bu menfaatler çatıştığında yönetim kurulunun şirketin ve *pay sahiplerinin* menfaatine hareket etmesi gerektiği yönünde **Sulu**, s. 81.

⁵⁰⁸ **Akın/ Sulu**, s. 170; **Şehirali Çelik**, s. 51.

eder⁵⁰⁹. Tüm bu menfaat gruplarının ortaklıktan beklentisi, özet bir anlatımla, uzun vadeli yönetim anlayışının benimsenmesidir. Böylece alacaklıların tahsilat imkânı ile çalışanların iş ilişkisinin devamlılığı sağlanacaktır. Uzun vadeli yönetimin başarılı olabilmesi kurumsal yönetimin tatbiki hâlinde daha olasıdır. Bu kurumsal yönetimi ise sosyal sorumluluk izler⁵¹⁰. Aslında modern ortaklıklar hukuku pay sahibinin tek menfaat sahibi olmadığını göstermeyi ve bu sayılanların da dikkate alınmasını sağlamayı hedeflemektedir. Bu anlayışa şirket menfaati yaklaşıp.

Çalışmamız kapsamında son olarak topluluk menfaatine değinmek gerekir⁵¹¹. Kural olarak bağlı şirket bağımsız bir tüzel kişidir ve kendi şirket menfaati bulunur. Bunun yanında bağlı şirketler hâkim pay sahibinin, azınlığın ve yukarıda açıklanan menfaat sahiplerinin ciddi bir çarpışma içinde olduğu organizmalardır. Bu yapılarda hâkim pay sahibi ve yönetim menfaati ekseriyetle paralellik gösterirken diğer menfaatler karar sürecinden dışlanır⁵¹². İlk bakışta bu durum (bağlı şirketin) şirket menfaatinin zedeliyor gözükse de ekonomik bir gerçeklik olan şirketler topluluğunu yadsımamak gerekir. Zira tüm bu menfaatlerin aynı anda gözetilmesi mümkündür⁵¹³.

Gerçekten bağlı şirketlerin faaliyetleri topluluk hedefleri doğrultusunda, diğer ifadeyle ortak amaç uyarınca yürütülür⁵¹⁴. Bu ortak amaç nesnel anlamda topluluk menfaatine karşılık geliyorsa sorun yoktur. Bu takdirde menfaati dışlanmış gözükken bağlı şirket de dâhil olmak üzere tüm ilgili çıkar gruplarının uzun vadeli menfaatleri korunmuş olur⁵¹⁵. Aslında Türk kanun koyucusu da getirdiği hükümlerle bu menfaat dengesini sağlamak istemiştir. Bunun sağlamak için ilk etapta hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılmasını engelleyen hükümler (TTK m. 202, 206) getirilmiştir. Fakat şirketler topluluklarında nitelikli çoğunluğun azınlığa karşı korunması gerekir. Zira burada topluluk menfaati adı verilen diğer bir menfaat türüyle karşılaşılır. TTK

⁵⁰⁹ Şehirali Çelik, s. 22 vd.

⁵¹⁰ Bu çatışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 260-265, 274-279. Şirket menfaati ile çatışan bir toplumsal ya da kamusal menfaat söz konusu olduğunda bu sonuncuya öncelik verilmesi gerektiği yönünde Sulu, s. 23-24.

⁵¹¹ Topluluk menfaati nispeten yeni bir kavramdır. Keza AB hukukunda tam olarak yerini bulduğu söylenemez. Bunun bir nedeni de yeterince güçlü (bağlayıcı) bir *acquis communautaire* bulunmaması olarak gösterilir. Detaylı bilgi için bkz. Peter O. Mülbert, "Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?", ZHR, Y. 2015, S. 179, s. 657-667.

⁵¹² Özcanlı, Yeni Yaklaşımlar, s. 356; Altay, Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, s. 349; Böckli et al., s. 15; Göktürk, s. 36-37.

⁵¹³ Böckli et al., s. 42.

⁵¹⁴ Korkut, s. 3.

⁵¹⁵ Sulu, s. 180-181. Ayrıca bkz. Böckli et al., s. 42.

m. 208 bu düşüncenin ürünüdür⁵¹⁶. İlişkili taraf işlemleri şirketler topluluklarının bir gerçeğidir ve topluluk içi işlemler üçüncü kişilerle gerçekleştirilen işlemlerden farklı şartlar barındırabilir⁵¹⁷. Kanun koyucuların getirdikleri denge bu durumu tanıması beklenir.

C. Temel Düzenleme Politikaları

İlişkili taraf işlemlerinin ortaklıklar hukukunun ilkeleriyle ilişkisi ve bunlar karşısındaki konumu incelendikten sonra söz konusu işlemlerin hukuk nezdinde nasıl düzenleneceği tespit edilmelidir. Burada hedef, ortaklıktan değer çıkışı yaratan işlem ve eylemleri engellemek; fakat bu süreçte değer yaratan işlemlerin önüne geçmemek veya işlem maliyetlerini olması gerekenden daha yukarıya taşımamaktır⁵¹⁸. Amaca dönük olarak, şu ana dek edinilen bilgiler birkaç soru ekseninde somutlaştırılabilir⁵¹⁹. Karar verilmesi gereken ilk husus, ilişkili taraf işlemleri hakkında kimlere, hangi ölçüde bilgi aktarılacağıdır. Zira menfaat sahiplerinin haklarını doğru ve etkili kullanabilmeleri kendilerine gerekli bilgilerin sağlanmasına bağlıdır. Bunun üstünde bilgi paylaşımı ise ortaklığın ve ilişkili tarafların menfaatiyle bağdaşmayacağı gibi objektif olarak da faydalı görülmez⁵²⁰. Hakların kullanımıyla ilgili olarak ayrıca bağımsız yöneticilerin ve pay sahiplerinin sürece nasıl dâhil olacaklarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekecektir.

Düzenleme kurgulanırken usul hükümlerinin yanında esasa ilişkin hususların da ortaya konulması beklenir. Hangi ilişkili taraf işlemlerine hukuk tarafından cevaz verileceği ve hangilerinin yaptırıma tabi tutulacağı bu aşamada kararlaştırılmalıdır. Yaptırımın ne şekilde icra edileceği ve burada mahkemelerin rolü yine kanun koyucu tarafından belirlenmesi gereken temel noktalardır.

Sistem kurgulanırken ilgili ülkede yaygın görülen ortaklık kurguları dikkate alınmalıdır. Zira ilişkili taraf işlemlerinden kaynaklanan risk bu kurguyla doğrudan ilintilidir. Örnek olarak Amerikan ve İngiliz piyasalarında daha sık görülen dağınık pay sahipliği yapısında pay sahiplerinin yöneticilerin suistimallerine karşı harekete

⁵¹⁶ Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 259-260; Bilge Develi, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 467; Sulu, s. 192; Göktürk, s. 43 vd.

⁵¹⁷ Aksoy, s. 38.

⁵¹⁸ Enriques, Related Party Transactions, s. 13.

⁵¹⁹ Bu konuda bkz. Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 71; Enriques/ Tröger, s. 17 vd.

⁵²⁰ Pizzo, s. 324-325.

geçmesi öne çıkar, pay sahipleriyle akdedilen işlemler geri planda kalır⁵²¹. Oysaki aynı işlemler payların belli kişilerde yoğunlaştığı sistemlerde kurumsal yönetimin önemli bir parçası olarak görülür⁵²².

Kanun koyucunun yukarıdaki sorulara vereceği cevaplar bir bütün hâlinde onun hukuk politikasına denk gelir. Bu politikaya temel oluşturmak üzere mülkiyet ve sorumluluk kuralı adı verilen iki sistemden yararlanılır⁵²³. Fakat burada keskin bir ayırmadan bahsedemeyiz. Pratikte bu iki kural harmanlanır, ki bu son derece doğaldır. Örnek olarak mahkemelerin denetimini öne çıkaran bir hukuk düzeni, ortaklığı karar sürecinden soyutlayamayacağını bilir ve ortaklık içi dinamiklerle veya bilgilendirme yükümlülükleriyle sorunun mahkemeye gelmeden çözülmesini arzular⁵²⁴. O yüzden kanun koyucular pazarın rekabetçi yapısı⁵²⁵, mevcut hukuk kurumları ve siyasi gündem gibi birçok unsuru gözetken karma bir yapı oluşturur. Türk hukuku için de aynı durum geçerlidir⁵²⁶. Bu nedenle aşağıdaki politikaların esnemez kurallar olmadıkları akılda tutulmalıdır.

1. Mülkiyet Kuralı

İlişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilebilmesini ilişkili taraf dışındaki diğer menfaat gruplarının mutabakatına bağlayan sisteme mülkiyet kuralı (*property rule*) denilir. Bu sistemde koruma işlem akdedilmeden önce (*ex ante*) sağlanır⁵²⁷. Öğretide bu durumu anlatmak için *pre-facto* önleyici düzenlemelerden bahsedildiği görülür⁵²⁸. İlişkili taraf işlemlerinin sık gerçekleştiği veya tekrar ettiği hâlde mülkiyet kuralının temel alınması önerilir⁵²⁹.

⁵²¹ Aminadav/ Papaioannou, s. 1194; Victor Brudney, “Equal Treatment of Shareholders in Corporate Distributions and Reorganizations”, California Law Review, Y. 1983, C. 71, S. 4, s. 1073.

⁵²² Roth, s. 2.

⁵²³ Goshen, s. 398; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85. Nihayetinde her bir hukuk sisteminin iki kuraldan birine ait kabul edilebileceği yönündeki açıklamalar için bkz. Goshen, s. 409.

⁵²⁴ Melvin Aron Eisenberg, “Self-Interested Transactions in Corporate Law”, The Journal of Corporation Law, Y. 1988, C. 13, S. 4, s. 998; Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer, s. 463.

⁵²⁵ Ortaklığın faaliyet gösterdiği pazarlarda rekabet ne kadar kuvvetliyse ilişkili tarafların kontrolün özel yararlarından istifade etme imkânı o ölçüde azalır; bkz. Guadalupe/ Pérez-Gonzalez, s. 26. Bu nedenle kanun koyucular hukuk kuralları vasıtasıyla gerçekleştirecekleri müdahalede pazarın durumunu dikkate alır. Aksi hâlde getirdikleri düzenlemeler sistemin ihtiyaçları ile örtüşmeyecektir.

⁵²⁶ Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 269; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 99.

⁵²⁷ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85-86; Goshen, s. 398.

⁵²⁸ Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 76.

⁵²⁹ Engert/ Florstedt, s. 269; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 90.

Bu sistemde ilk çözüm, azınlık pay sahiplerine ilişkili taraf işlemini onaylama yetkisi tanınmasıdır⁵³⁰. Böylece ilişkili taraf işlemini konu alan menfaat çatışması pay sahipleri arasında pazarlık konusu yapılır⁵³¹. Fakat pazarlığın olumsuz sonuçları olabilir. Ortaklık için yararlı ve neticesinde adil işlemler olsalar dahi tüm ilişkili taraf işlemlerinin pay sahipleri ve kamu tarafından bilinmesi her zaman tercih edilmez. Zira bilgi suistimali ya da bilgi fazlalığı nedeniyle yatırımcıların yanlış tahlillerde bulunmaları olasıdır. Ayrıca işlemin gerçekleştirilmesinin bazı uygulamalara tabi kılınması süreci yavaşlatıp karmaşıklıştırabilecektir⁵³².

2. Sorumluluk Kuralı

Sorumluluk kuralında (*liability rule*) ilişkili taraf işlemi gerçekleştirildikten sonra koruma sağlanır. Bu sistemde menfaat gruplarının işlemi engellemesi arzu edilmez. İşlemin sonuçlarını doğurmasına izin verilmekte, fakat menfaat sahiplerinin nesnel koşullara göre tatmin ya da tazmin edilmesi öngörülmektedir⁵³³. Bu nedenle *ex post* denetim ve tazminat hakkı sorumluluk kuralında tercih edilen yöntemlerdir.

Sorumluluk kuralını mülkiyet kuralından ayıran ikinci husus, yönetsel yetiyi haiz olanın değerlemesine öncelik vermesidir. Zira sorumluluk kuralının temel taşı olan yargısal denetimde, işlemin şartlarının adil olup olmadığı değerlendirilir. Bu şartları takdir eden ise ilişkili taraftır. Halbuki mülkiyet kuralında işlemin gerçekleşip gerçekleşmemesine karar verecek olan azınlığın çoğunluğudur (MoM). Böylece mülkiyet kuralı azınlığın öznel değerlemesini (*subjective valuation*) gözetmiş olur⁵³⁴. Sorumluluk kuralının zayıf noktalarından biri, işlevselliğini denetimi yapacak kurumların kabiliyetine bağlamasıdır. Bu nedenle hukuk uygulamasının zayıf ve mahkemelerin nitelik anlamında yetersiz olduğu sistemlerde menfaat çatışması tatminkâr bir şekilde çözümlenemeyecektir⁵³⁵.

⁵³⁰ Goshen, s. 408; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85; Goergen/ Renneboog, s. 147.

⁵³¹ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 89.

⁵³² Engert/ Florstedt, s. 270-271.

⁵³³ Goshen, s. 398; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85-86.

⁵³⁴ Goshen, s. 408. Bir işlem için iki farklı değerden bahsedilmesi, ilgililerin o işleme biçtikleri öznel değerlerin aynı olmamasından kaynaklanır. Gerçekten bir işlem satıcı için 100 birim değerindeyken alıcı aynı işlemi 200 birim olarak değerleyebilir. Taraflar müzakere sürecine kural olarak karşı tarafın değerlemesinden bihaber olarak girer. İç ve dış faktörlerin etkisi altında anlaşmaya varılır. İşlem 190 birim olarak değerlendirirse fazlalık, beklediğinden 90 birim daha fazla elde eden satıcıda yoğunlaşır. 110 birim olduğunda ise 200 birim karşılık vermeye hazır olan alıcı artık bir değer elde etmiş olur. İşte adil değer 100 ila 200 birim arasındaki herhangi bir değer olduğu söylendiğinde, sorumluluk kuralı ilişkili tarafın, mülkiyet kuralı ise diğer menfaat gruplarının yanında yer alır (s. 411-412).

⁵³⁵ Aynı yönde Goshen, s. 408-409; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 91.

II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİ DÜZENLEME YÖNTEMLERİ

İlişkili taraf işlemleri vasıtasıyla ortaklık malvarlığına müdahale edilmesi, hâkim ortak yapısıyla sıklıkla karşılaşılan Türkiye’de temel ve yaygın bir sorundur. Konu genelde yatırımcının korunması kapsamında ele alınır. Tasarruflarını menkul kıymetlere yatırmak isteyen küçük yatırımcıların kontrol sahiplerine karşı korunması gerektiği ilişkili taraf işlemlerinden bağımsız olarak da kabul edilen bir gerçektir⁵³⁶.

İngiliz ve Amerikan piyasalarında aynı sorunla farklı kapsamda karşılaşılır. Bu sistemlerde paylar geniş bir tabana yayılır. Oluşan güç boşluğu nedeniyle şirketle yöneticiler arasında gerçekleşen işlemler ön plandadır⁵³⁷. Kıta Avrupası ülkelerinde ise hâlâ yoğun pay sahipliği ağırlıktadır⁵³⁸. Bu ülkelerde kanun koyucu ilişkili taraf işlemlerini doğrudan ya da dolaylı şekilde düzenlemiş, menfaat sahiplerini koruyan rejimler öngörmüştür. Lakin rejim durağan değildir; koruma refleksi zaman içinde artış gösterir⁵³⁹. 1995-2005 yıllarını kapsayan bir çalışma bu artışın korumanın zayıf olduğu sistemlerde daha yoğun şekilde görüldüğünü, özetle en iyi korumayı temin eden sistemler nezdinde bir buluşma gerçekleştiğini ortaya koymuştur⁵⁴⁰.

Konuya karşılaştırmalı hukuk perspektifinden yaklaşıldığında, farklı sistemler arasında gruplandırma yapmanın mümkün olduğu görülür. Hukuk politikalarını inceleyen yazarlar, ülkeler arasında ortaya çıkan farklılıkların o ülkede sık görülen pay sahipliği yapısını yansıttığını söylerler⁵⁴¹. Bu farklılaşmada klasik *common law* –

⁵³⁶ **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 95; **Aygün**, s. 76.

⁵³⁷ **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 1, 5; **Brudney**, s. 1073; **Hacımahmutoğlu**, Yönerge Teklifi, s. 101; **Cheffins**, s. 503-504; **Aminadav/ Papaioannou**, s. 1193. Çoğunluk pay sahibinin yokluğunda blok pay sahiplerine rastlanır (s. 1204). Sistemler arasındaki benzerlikler bu pencereden okunmalıdır.

⁵³⁸ **McCahery/ Vermeulen**, Corporate Governance Crises, s. 220; **Gilson**, Controlling Shareholders, s. 1645; **Goergen/ Martynova/ Renneboog**, s. 244; **Bava/ Gromis di Trana**, s. 120. Lakin dağıntık pay sahipliği yapısına doğru bir geçiş görülür, bkz. **Baums/ Scott**, s. 58; **Van der Elst**, s. 232 vd. Aynı ayrımın kurumsal yönetim anlayışı için de yapıldığı görülmektedir, bkz. **Ararat/ Muzaffer**, s. 106-107.

⁵³⁹ **Priya P. Lele/ Mathias M. Siems**, “Shareholder Protection: A Leximetric Approach”, Journal of Corporate Law Studies, Y. 2007, C. 7, S. 1, s. 30. Yazarlar farklı ülkelerin, pay sahiplerine tanıdığı korumayı hukuki metroloji yöntemiyle incelemiştir. Konumuz bakımından dikkat çekici olan diğer bir tespitleri, pay sahiplerinin birbirlerinden korunmasına dair hükümlerin pay sahiplerinin yöneticilerden korunmasına dönük hükümlerdeki artışı aynı güçte takip edememesi olmuştur (s. 35).

⁵⁴⁰ **Mathias M. Siems**, “Shareholder Protection Around the World (Leximetric II)”, Delaware Journal of Corporate Law, Y. 2008, C. 33, S. 1, s. 122-124. Bu çalışma önceki dipnotta yer alan eserin bir anlamda takibi niteliğindedir (karş. aynı eserde s. 116).

⁵⁴¹ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 168. *Goshen* ise hangi yöntemlerin o ülke için verimli olacağının bu yöntemlerin uygulanacakları piyasanın etkinliğine bağlı olduğu görüşündedir **Goshen**, s. 407. Kanaatimizce her iki yorum birbirini tamamlar. Keza piyasanın özellikleri ve o piyasanın birincil aktörleri olan ortaklıkların pay sahipliği yapısı sürekli etkileşim içindedir. Yoğun pay sahipliği yapısında kontrol sahibi ortakları dikkate alan piyasa mekanizmaları öne çıkacak, dağıntık pay

civil law ayrımının payı olduğu düşünülebilir⁵⁴². Kanaatimizce benzerliğin ardında evrensel ekonomik gerçekler vardır⁵⁴³. Anılan nedenle çoğu sistemde ilişkili taraf işlemleri bildirim yükümlülüklerine, ortaklık kararlarının alınmasında özel süreçlere veya yasaklamalara konu edilmektedir. İdari otoritelerin ve hatta yargı makamlarının bu işlemleri denetime tabi tutması çoğu sistemde karşımıza çıkan diğer yöntemlerdir. Aşağıda ilk olarak düzenleme yöntemleri genel hatlarıyla açıklanacak, daha sonra bu yöntemlerin somutlaştığı hukuk sistemleri ele alınacaktır.

A. Yöntemlere Genel Bakış

İlişkili taraf işlemlerini düzenleme yöntemleri ile ifade edilmek istenen, işlem o hukuk sistemi tarafından bir kere ilişkili taraf işlemi olarak tanımlandıktan sonra hangi özel düzenlemelerin devreye gireceği ve bu düzenlemelerin kime ne gibi borçlar yükleyip nasıl sonuçlar doğuracağıdır. Aslında hiçbir özel düzenlemenin devreye girmemesi de bir yöntem olarak görülebilir. *Nonintervention* – “karışmama yöntemi” adı verilen bu ihtimalde tam işlevsel piyasanın aktörleri zararlı ilişkili taraf işlemi gibi tünelleme faaliyetlerini negatif fiyatlandırarak; bu durumun farkında olan ilişkili taraflar fon taleplerine karşılık bulabilmek için zararlı faaliyetlerden kaçınacaktır. Bu yöntemde ilişkili taraf işlemlerinin serbest piyasa tarafından cezalandırılması beklenir. Burada başarı, pazarın etkinliğine bağlıdır. Lakin detaylıca değerlendirildiğinde bu sistemin verimli olmadığı sonucuna ulaşılır⁵⁴⁴. Ayrıca yasaklama rejiminde ortaklıklar ilişkili taraf işlemlerinin yararlı sonuçlarından mahrum kılınmaktadır. Keza böylesi düzensiz bir çerçevede zararlı işlemler yoluyla menfaat elde etmek cazip hâle gelir⁵⁴⁵.

Yöntemlerin sınıflandırılması noktasında önerimiz, bildirim yükümlülükleri, özel karar alma süreçleri, yasaklamalar, idari otoritelere dair yetkiler ve ex post

sahipliğinde ise yöneticiler daha ciddi bir risk unsuru hâlini alacaktır. Piyasalar ve anonim ortaklıklar geliştikçe karşılıklı pozisyonlar yenilenecektir. İlişkili taraf işlemlerini düzenleme yöntemleri bu ilişkiye tepeden bakıp gerekirse gelişip değişecektir.

⁵⁴² **Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer**, s. 462. Aksi yönde **Siems**, s. 123; **Lele/ Siems**, s. 43-44. Yazarlar verimliliği ön plana çıkaran düzenleme anlayışının iki sistem arasındaki farkları silikleştirdiğini savunur.

⁵⁴³ Kurumsal yönetimde olduğu gibi ilişkili taraf işlemlerinde de kültürel özelliklerin etkili olduğu yönünde **Bava/ Gromis di Trana**, s. 122.

⁵⁴⁴ **Goshen**, s. 404-406; ayrıca **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85. Görüş bildirmeksizin bu konu hakkında **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 268-269; **Gilson**, Family Shareholders, s. 636.

⁵⁴⁵ **Enriques**, Self-Dealing, s. 305; **McCahery/ Vermeulen**, Mandatory Disclosure, s. 20; **Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer**, s. 431; **Friedman/ Johnson/ Mitton**, s. 748.

yargısal denetim başlıklarının kullanılmasıdır⁵⁴⁶. Aşağıda sırasıyla bu konular ele alınacaktır.

1. Bildirim Yükümlülükleri

İlişkili taraf işlemlerini dikkate alan düzenlemelerin başında diğer menfaat gruplarına bu işlemler hakkında bilgi verilmesini sağlayan hükümler gelir. Bildirim yükümlülükleri olarak adlandırdığımız bu hükümler, kural olarak ortaklığın işlemi iç veya dış kanallarla duyurmasını zorunlu tutar. Buradaki temel hedef, yatırımcıların ve diğer menfaat sahiplerinin ortaklıkla ilgili kararlarını doğru bilgi birikimine sahip şekilde almalarını sağlamak ve mevcut menfaatlerini hukuka aykırı olarak zedeleyen işlemlere karşı harekete geçmelerine imkân tanımaktır. Bu sayede hem küçük yatırımcı korunmuş hem de menkul kıymetin fiyatı doğru olarak belirlenmiş ve nihayetinde adil piyasa düzeni sağlanmış olur⁵⁴⁷. TMS 24 ile temelde aynı sonucun hedeflendiği görülmektedir.

Hangi işlemlerin bildirileceği noktasında niceliğe dönük eşikler öngörülür. Bu sistemde sadece belli bir ekonomik değerin üzerindeki ilişkili taraf işlemlerinden haberdar olmak mümkündür. Türk sermaye piyasası hukukunda benzer bir anlayış benimsenmiştir⁵⁴⁸.

a. İlişkili Taraf İşlemleri Bakımından Önemi

Şeffaflık ilişkili taraf işlemlerinin doğal bir çıktısı değildir. Bu nedenle hukuk sistemleri bazı açıklamaları zorunlu tutarak (*mandatory disclosure*) bilgi asimetrisini ortadan kaldırmaya çalışır. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesinin engellenmesinde bildirim yükümlülükleri etkili bir yöntem olarak değerlendirilir. Zira açıklanan bilgi sayesinde hem menfaat sahipleri hem de yaptırım uygulamaya muktedir makamlar harekete geçebilir. Bu ihtimal şirket menfaatine uygun işlemler

⁵⁴⁶ Alternatif bir sınıflandırma ise kurumsal yönetime dair kurallar, bildirim/ açıklama kuralları, vergi hukuku kaynaklı kurallar ve alacakları korumayı hedefleyen kurallar şeklindedir (**Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 10). Borçlanma yasağı temelli üçlü yaklaşım için **Bora**, s. 60.

⁵⁴⁷ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 194-195; **Hacımahmutoğlu**, Yönerge Teklifi, s. 104; **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 498; **McCahery/ Vermeulen**, Mandatory Disclosure, s. 11; Veliye Yanlı, **Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması**, İstanbul: Beta, 2005, s. 105-106; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 85; Mustafa Keskin, **Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 34. Keza S&P 1500 şirketlerinin 2001 yılı verileri üzerinde yapılan bir inceleme, ilişkili taraf işlemleri gerçekleştirdiğini açıklayan şirketlerin piyasalar tarafından %8 daha düşük fiyatlandırıldığını göstermiştir, bu konuda **Kohlbeck/ Mayhew**, Valuation of firms, s. 116.

⁵⁴⁸ Keza İtalya'da OECD tavsiyeleri doğrultusunda nitel sistemden nicel sisteme geçildiği yönünde **Bava/ Gromis di Trana**, s. 128.

üzerinde olumsuz bir etki doğurmazken aynı zamanda ilişkili tarafları zararlı işlemler akdetmekten belli ölçüde uzaklaştıracaktır⁵⁴⁹.

Bununla beraber bildirim yükümlülüğüne ilişkin her düzenlemenin etkili bir sonuç vereceğini söylemek zordur. Öngörülen düzenleme hem ilişkili taraf işlemleri kuramını hem de ilgili hukuk sistemini dikkate almalıdır. Aksi takdirde sadece bilgi paylaşılacak, fakat menfaat sahipleri bu bilgi doğrusunda harekete geçemeyecektir. Keza Alman hukukunda 2020 yılında yürürlüğe giren düzenlemelerde, açıklanması gereken bilginin işlemin adil olup olmadığını değerlendirmeyi sağlayacak kapsamda olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Tüm sistemlerde bilginin içeriği kadar anlaşılabilirliği de eleştirinin bir parçasıdır. Açıklamaların mümkün olan en basit kavram ve terimler kullanılarak yapılması, ikilem yaratacak belirsiz ifadelerden kaçınılması ve teknik terimlerin herkesin kolayca anlamasına imkân verecek şekilde kullanılması gerekir⁵⁵⁰.

Bildirim yükümlülüğü düzenlemelerine getirilen diğer eleştiri zamanlamaya dönüktür. İdeal düzende bildirimin gerçek zamanlı yapılması ve tamamlanmadan önce işleme müdahale etme imkânı sağlaması gerekir. Bilgi paylaşımının temel kaynağı ise denetime tabi kılınmış finansal tablolarıdır⁵⁵¹. Hâlihazırda bu yükümlülük yıl sonu finansal tablolarında karşılanmakta ve bu nedenle işlem ile bildirim arasında önemli bir zaman bulunmaktadır⁵⁵². Son olarak, ilişkili taraf işlemleri hakkında bilgi sahibi olan idari otoritelerin bu bilgiyi kullanma arzuları bir risk olarak görülmekte ve gereğinden daha fazla yaptırım uygulanmasından endişe edilmektedir⁵⁵³.

⁵⁴⁹ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 42; **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 147. Diğer işlevleri için bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 196-197.

⁵⁵⁰ **Akyürek**, s. 48; şirketler topluluğu bağlılık raporları bakımından aynı yönde Asuman Yılmaz, “**Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi**”, Batider, Y. 2015, C. XXXI, S. 2, s. 116. Gerçekten S&P 1500 şirketlerinin ilişkili taraf açıklamaları üzerinde yapılan bir çalışma, basit ilişkili taraf işlemlerinin piyasa tarafından negatif fiyatlandırıldığını, karmaşık işlemlerde bu durumun söz konusu olmadığını tespit etmiştir, bkz. **Kohlbeck/ Mayhew**, Valuation of firms, s. 134. Bu farkın nedenlerinden biri yatırımcıların işlemi tepki verecek kadar anlamaması olabilir. İşte tam bu nedenle açıklamalarda basitlik beklenmelidir.

⁵⁵¹ Türk Ticaret Kanunu’nun bağımsız denetimi genel bir kural olarak öngören hükümlerinin 6335 sy. Kanun’la değiştirildiğini, bağımsız denetimin dar bir kapsamda uygulandığını, çoğu ortaklığın hiçbir tür denetime tabi kılınmadığını burada hatırlatalım.

⁵⁵² **McCahery/ Vermeulen**, Corporate Governance Crises, s. 232; **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 41; **Cho/ Lim**, s. 163; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 9.

⁵⁵³ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 147.

b. Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi

Şeffaflık ya da diğer adıyla kamuyu aydınlatma⁵⁵⁴ modern ticaret hukuku anlayışında önemli bir yer tutar. Türk ticaret hukuku da bu önemi tanımıştır. Hem TTK'da hem de SerPK'da menfaat sahiplerinin ortaklık hakkında bilgi edinmesini sağlayan düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili hükümlerin detaylı incelemesi başka bir çalışmanın konusunu oluştursa da ilişkili taraf işlemlerinde şeffaflığı sağlamayı konu edinen düzenlemeleri burada kısaca ele almakta fayda vardır.

i. Türk Ticaret Kanunu ekseninde denetim ve bildirimler

TTK, ilişkili taraf işlemlerinin bildirilmesi veya açıklanması ile ilgili özel düzenlemelere yer vermemiştir. Bununla beraber Kanun'un temel hedeflerinden biri bilginin menfaat grupları ile etkili şekilde paylaşılmasıdır⁵⁵⁵. Bu hedefe dönük olarak pay sahiplerinin ve diğer bazı menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesine hizmet eden hükümler öngörülmüştür⁵⁵⁶. Bu hükümlerden ilki, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 437 ile bu hakkı takip eden özel denetimdir (TTK m. 438). Kanun koyucunun amacı, olağan karar süreçlerinde etkili olamayan ve ekseriyetle bu nedenle ortaklığın operasyonlarından dışlanmış pay sahiplerinin şirketin işleri hakkında bilgi edinmelerini sağlamaktır. Kanun ayrıca bu amaca uygun bir yaptırım öngörmüş ve *pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran* genel kurul kararlarını batıl kararlar olarak (TTK m. 447/1-b) görmüştür⁵⁵⁷.

Bilgiye ihtiyaç duyan tek menfaat grubu pay sahipleri değildir. “Kamu”nun aydınlatılması ile ifade edildiği üzere, ortaklığın durumu ve faaliyetleri hakkında

⁵⁵⁴ İki kavram arasında fark bulunup bulunmadığı hakkında tartışma için bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 201. Şeffaflığın bir nevi kamuyu aydınlatma yükümlülüğü olduğu yönünde **Günay**, Yansımalar, s. 22; **Akyürek**, s. 47.

⁵⁵⁵ TTK'nın genel gerekçesinde, şeffaflığın bilgi toplumu yaklaşımının bir ürünü olduğu ifade edilmiştir. Kavram gün geçtikçe ağırlığını artırmakta ve hukuk sistemleri bu doğrultuda kendilerini yenilemektedir (par. 68). Yine modern ortaklıklar hukukunun vazgeçilmezlerinden olan kurumsal yönetimin dört taşıyıcı kolonundan biri şeffaflıktır (par. 89). Fakat mevcut hükümlerin gerekçede yer verilen bu asil amaçlara ulaşmakta ne kadar başarı olduğu diğer bir tartışma konusudur.

⁵⁵⁶ Hükümler tahdidi olmasa da toplu şekilde şöyle sayılabilir: TTK m. 149/1, 171/1, 188/1, 336, 354, 379/5, 437, 438, 460/2, 515, 1524 ve tescil ile TTSG'de ilana ilişkin kararlar; **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 203 vd. Bu hükümlere ve kamuyu aydınlatma ilkesine dair ipuçlarının 6762 sy. mülga Ticaret Kanununda bulunduğu yönünde **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 251.

⁵⁵⁷ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 205-207. Yeniden yapılandırma işlemlerinde getirilen ek şeffaflık düzenlemeleri hakkında ayrıca bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 205.

bilgi sahibi olmak isteyen kişiler çeşitlidir. Pay sahipleri, şirket çalışanları, potansiyel ve mevcut yatırımcılar, alacaklılar ve dar anlamda kamu hep bu bütünün bir parçasını oluşturur. Tüm bunlara bilginin aktarılması için temel yöntem ortaklık faaliyetlerini TTK uyarınca tescil ve ilandır⁵⁵⁸. Diğer bir yöntem, her ne kadar 6335 sy. Kanun’la etkisi zayıflatılmışsa da, ortaklığın internet sitesine sahip olmasını ve birtakım bilgileri buradan duyurmasını zorunlu tutmaktır. Şu anda TTK m. 1524 uyarınca sadece bağımsız denetime tabi olan sermaye şirketleri internet sitesi açmak ve kanunen yapılması gereken ilanları sitenin bu işe özgülenmiş bölümünde yayınlamak zorundadır⁵⁵⁹. İlanı gereken bir kararın ilan edilmemesi iptal sebebidir (TTK m. 1524/2).

Şeffaflığı temin edip menfaat sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerinden haberdar olmasını sağlayan diğer bir kurum bağımsız denetimdir. Çalışmamızın ilk bölümü finansal raporlama standartlarına yer vermişti. İşte bu standartlar uyarınca hazırlanan finansal tablolar, daha sonra bağımsız denetime konu edilecek ve denetim sonunda bir rapor tanzim edilecektir (TTK m. 402). Akabinde bu rapor olağan genel kurulda pay sahiplerine okunacaktır (Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 13/1-c). Böylece pay sahipleri ortaklığın finansal tablolarının dürüst bir resim çizip çizmediğini anlayacak, finansal tabloları bu bilgi ışığında dinleyip müzakere edecektir. Fakat bağımsız denetime tabi şirketlerin 6335 sy. Kanun’la değişik TTK m. 397/4 uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından belirlendiğini, sınırlı sayıdaki şirketin bu kapsamda olduğunu⁵⁶⁰ ve tabana yayılan bir bağımsız denetim anlayışının ne yazık ki bulunmadığını burada hatırlatmak gerekir.

ii. Şirketler topluluklarında ek bildirim yükümlülükleri

Şirketler topluluğuna dair TTK m. 195 vd. hükümlerde hâkim ve bağlı şirket pay sahiplerinin katılma haklarına bazı eklemeler yapılmıştır. Bilgi alma hakkına ilişkin TTK m. 199/4 ile m. 200/1 ve özel denetçi talep hakkına dair TTK m. 207 bu

⁵⁵⁸ Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 199, 207-208.

⁵⁵⁹ Karasu, s. 57. Bilgi ve kanun değişikliğine dair eleştiriler için bkz. Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 209-211. Sermaye piyasasında ise kurumsal internet sitesi hâlâ önemli bir rol oynamaktadır, bu hususta Eminoğlu, Kurumsal Yönetim, s. 44.

⁵⁶⁰ Güncel durum için bkz. 2018/11597 sayılı, Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı (RG. T. 26.05.2018, S. 30432).

eklemelere örnektir⁵⁶¹. Lakin hakların etkin şekilde kullanılması menfaat sahiplerinin topluluk işlemleri hakkındaki bilgi seviyesine bağlıdır. Bu noktada devreye *bağlılık raporu* girer (TTK m. 199/1-3). Bağlı şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanması zorunlu tutulmuş olan bu rapor topluluk içi dinamiklere ışık tutacaktır. Raporda bağlı şirketin topluluk mensuplarıyla ve bunların yönlendirmesi nedeniyle üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği hukuki işlemler ve ayrıca hukuki işlem niteliğinde olmayan her türlü fiil veya kaçınma – maddenin ifadesiyle önlemler – hakkında bilgi verilecektir⁵⁶². Bu yükümlülüğe uyulmaması hâlinde hukuki ve cezai (TTK m. 562/3) sorumluluğa ek olarak, alınacak ibra kararının ve bağımsız denetim raporunun sıhhati de şüpheli hâle gelir⁵⁶³.

Şeffaflığa dönük diğer düzenleme TTK m. 198’de yer alan bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleridir. Bu yükümlülükler birkaç farklı ihtimali ele alır. İlk olarak, şirketler topluluğuna mensup ortaklıklarda pay edinen veya paylarını elden çıkaran teşebbüslere bu durumu bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bildirimi gerekli kılan ilk husus, pay sahipliği oranının belli eşiklerin üstüne ya da altına doğru değişiklik göstermesidir⁵⁶⁴. Bu ihtimalde hem devreden hem devralan teşebbüs, yükümlülüğü doğuran işlemin tamamlanmasını izleyen on gün içinde yazılı olarak bu durumu payları iktisap edilen ya da elden çıkarılan sermaye şirketine bildirecektir⁵⁶⁵. Teşebbüs için bildirim yükümlülüğünün ortaya çıkması hâlinde, onunla beraber hem teşebbüsün hem sermaye şirketinin yöneticileri için benzer bir bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyeleri, tüzel kişi üyenin atanan temsilcisi ve TTK m. 367 uyarınca kendisine yönetim yetkisi devredilmiş yöneticiler bildirim yükümlüsüdür. Mezkûr yükümlülük bu sayılanlara, eşlerine, velayet altındaki çocuklarına ve tüm bu kişilerin sermayesinin en az yüzde yirmisine sahip olduğu sermaye şirketlerine ait payları kapsamaktadır⁵⁶⁶. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımını TTK m. 198/2’de ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer

⁵⁶¹ Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 207; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 160, 165; Aksoy, s. 37.

⁵⁶² Detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 105-113; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 133 vd.

⁵⁶³ Yılmaz, s. 120-122; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 154-155.

⁵⁶⁴ Bu oranlar yüzde 5, 10, 20, 25, 33, 50, 67 ve 100’dür. Teşebbüsün pay sahipliği oranının hesabında dolaylı iktisapların da dikkate alınacağı hükümde açıkça ifade edilmiştir.

⁵⁶⁵ Bu hükme ilişkin tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışındadır. Detaylı bilgi için bkz. Kadir Baş, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları”, Batider, Y. 2020, C. XXXVI, S. 1, s. 60 vd.; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 126-132.

⁵⁶⁶ Yine bu hüküm de muhtelif tartışmaya konu edilmiştir, bkz. Baş, s. 71-72, 74.

hakların donmasıdır. Lakin bu yaptırım geçici olup bildirimin tescil ve ilan için sicil müdürlüğüne başvuru yapılmasıyla ortadan kalkar⁵⁶⁷.

Şeffaflığı sağlamaya dönük son bir düzenleme hâkimiyet sözleşmesinin tescil ve ilanının aranmış olmasıdır (TTK m. 198/3).

iii. Sermaye piyasası hukuku düzenlemeleri

Şeffaflık kurumsal yönetimin temel kolonlarından biri olmanın yanında aynı zamanda SerPK'nın amaçları arasında sayılır (SerPK m. 1). İlişkili taraf işlemlerinin kamuya açıklanmasını inceleyen ampirik bir çalışma, faaliyetin önemini de ortaya koyar. *Güney* tarafından hazırlanan bu çalışmada Borsa İstanbul'da faaliyet gösteren ortaklıkların 14.10.2018 – 14.10.2019 tarihleri arasında KAP'ta yaptıkları ilişkili taraf açıklamalarının içerikleri analiz edilmiştir. Yazarın ulaştığı sonuçlara göre, bu sürede 112 şirket 177 adet bildirimde bulunmuştur. Bildirimler işlem türleri ve ortaklık bazında işlem sıklığı açısından sınıflandırılmıştır. Ortaklıklar hukuku için özellikle ilgi çekici olan, KAP'a yapılan bildirimlerin yarısının Nisan ayına kadar gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bize göre bu durumla genel kurul tarihleri arasında bağlantı görülebilir. Fakat bu hususun ayrı bir ampirik çalışmaya konu edilmesi gerekecektir. Yine, bildirilen ilişkili taraf işlemlerinin çok büyük bir kısmı (%46,89) mal alım veya satımıyla ilgili olmuştur. Daha sonra hizmet sunumu veya alımı (%17,51) gelmektedir. Sektör bazlı analizde ise en fazla bildirimin imalat sanayinde faaliyet gösteren ortaklıklarca yapıldığı tespit edilmiştir. Açıkladıkları işlemlerin çeşitliliği bakımından başı çeken ise mali kuruluşlar olmuştur⁵⁶⁸.

Sermaye piyasası hukukunda TTK yanında ek özel düzenlemeler bulunur. Bu düzenlemeler bilginin verilme zamanı yönünden üç konuyu ele alır⁵⁶⁹. Birincisi ihraç sürecidir. Bu süreçte şeffaflığa özel bir önem atfedilse de ilişkili taraf işlemleri öne çıkan kavram değildir. İkinci olarak, finansal tablolar, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu ve bağımsız denetim raporlarının kamuya paylaşılmasını içeren sürekli (dönemsel) kamuyu aydınlatmadan bahsedilir. SerPK m. 14 ve bu maddeye dayanan ikincil mevzuatın düzenlediği sürekli kamuyu aydınlatmanın TMS/TFRS sistemiyle

⁵⁶⁷ Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 132; Baş, s. 86-92.

⁵⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. *Güney*, s. 186 vd. Mal alım ve satımı başlığı altında ise hisse alımının öne çıktığı ayrıca tespit edilmiştir (s. 196).

⁵⁶⁹ Karş. *Yanlı*, Kamunun Aydınlatılması, s. 108 vd.

uyumlu olduğu söylenir⁵⁷⁰. Üçüncü olarak, SerPK m. 15 uyarınca sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin ihraççılar veya ilgili taraflarca kamuya açıklanması öngörülmüştür. Özel durum açıklaması olarak nitelendirilen bu şeffaflık sisteminde detaylar ikincil mevzuata bırakılmıştır⁵⁷¹. II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği ve II-15.2 sayılı Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklara İlişkin Özel Durumlar Tebliği⁵⁷² akla gelen ilk düzenlemelerdir.

Özel Durumlar Tebliği ilişkili taraf işlemlerine doğrudan yer vermiş olmasa da öngördüğü kavramların konumuza yakınlığı yadsınamaz⁵⁷³. Kısaca incelemek⁵⁷⁴ gerekirse “idari sorumluluğu bulunan kişi ile yakından ilişkili kişiler” üç alt bentte detaylı şekilde açıklanmış (ÖDT m. 4/1-g); keza “kontrol edilen işletme” kavramı ayrıca tanımlanmıştır (ÖDT m. 4/1-k). İlişkili kişi için sosyal ve ekonomik menfaat birliği dikkate alınmıştır. Kontrol ise oy hakkı ekseninde anlamlandırılır. SerPK’nın bu düzenlemeleri, benzer kavramlara TTK ve TMS 24’te verilen anlamlara yakındır; fakat bir örtüşmeden, hatta bir paralellikten bahsetmek yanıltıcı olur. Kanaatimizce yeknesak düzenlemelere yer verilmemesi ya da en azından diğer düzenlemeler ele alınıp da bunlardan ayrılma yoluna gidilmemesi eleştiriye açık hususlardır⁵⁷⁵.

Sistemi incelediğimizde, içsel bilgi ve sürekli bilgi şeklinde ikili bir ayrım la karşılaşılr. Burada sürekli bilgi sermaye yapısına ve yönetim kontrolü değişikliğine ilişkin bilgileri; içsel bilgi ise bu kapsamda olmayan diğer önemli bilgileri ifade eder. Kavramlar kanunla detaylandırılmadığından her bir bilginin hangi gruba girdiği yorum yoluyla tespit edilecektir⁵⁷⁶. Tebliğ içsel bilgiyi “sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi, olay ve gelişmeler” olarak tanımlar (ÖDT m. 4/1-e).

⁵⁷⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 199, 201; **Günay**, Yansımalar, s. 20-21.

⁵⁷¹ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 212-216. Sürekli kamuyu aydınlatmaya ilişkin esaslar da aynı şekilde ikincil mevzuatta, finansal raporlamaya dair II-14.1 ve II-14.2 sayılı tebliğlerde düzenlenmiştir (**Keskin**, s. 30-31).

⁵⁷² Her iki tebliğ için RG. T. 23.01.2014, S. 28891.

⁵⁷³ Mülga Seri: VIII, No: 139 sayılı Tebliğ bakımından bu yönde **Aygün**, s. 48. Bununla beraber tanımlar arasında “idari sorumluluğu bulunan kişi ile yakından ilişkili kişiler” düzenlenmiş olup bu kişileri ilgilendiren açıklamalara 11. maddede yer verilmiştir.

⁵⁷⁴ Kamuyu aydınlatma yükümlülüğü ve burada ele alınan mevzuat hakkında detaylı bilgi için bu konudaki monografilerden bkz. **Keskin**, s. 33 vd.; **Akyürek**, s. 51 vd. Ayrıca **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 61-74. Anında (derhal) kamuyu aydınlatmanın gelişimi hakkında bilgi için bkz. **Yanlı**, Kamunun Aydınlatılması, s. 133 vd.

⁵⁷⁵ Kavramların mevcut içeriğine dönük başkaca eleştiri noktalarının da bulunduğunu belirtelim, bu hususta **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 213.

⁵⁷⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 211; **Keskin**, s. 71, 85.

Doktrin içsel bilginin unsurlarını, bilginin niteliklerinin kesin veya belirli olması; kamuya açıklanmamış olması; sermaye piyasası araçlarıyla ya da ihraççıyla ilgili olması; fiyata etki etmesi şeklinde sayar⁵⁷⁷. Bu kapsamda bir bilgi ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde kural olarak ihraççı tarafından kamuya açıklanacaktır⁵⁷⁸. Burada SPK, ortaklığın oy haklarının veya sermayesinin en az onda birine sahip olanlar ile yönetim kurulu üyesini seçme veya aday gösterme imtiyazı bulunanları içsel bilgiye erişebilecek kişiler olarak görmüş ve ayrıca bu kişileri de içsel bilgiyi açıklamakla yükümlü tutmuştur (ÖDT m. 5/2).

Sürekli bilgi “içsel bilgi tanımı dışında kalan tüm bilgi, olay ve gelişmeler” olarak tanımlanmıştır (SerPK m. 4/1-p). Sürekli bilgiye dair hükümlere baktığımızda, ortaklığın sermaye ile hâkimiyet yapısındaki değişikliklerin ve ortaklık hakkındaki genel bilgiler ile genel kurul toplantısına ilişkin bilgilerin sürekli bilgi olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu bilgilerin ihraççı veya işlem söz konusu ise işlemi yapan kişilerden biri tarafından kamuya açıklanması öngörülmüştür⁵⁷⁹.

İlişkili taraf işlemlerinin kamuya açıklanmasını düzenleyen diğer tebliğ, II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğidir. Tebliğ, *inter alia*, ilişkili taraf işlemlerinin anonim ortaklık tarafından nasıl karara bağlanacağını düzenler. Ayrıca bu kararı bir de açıklama takip edecektir. Böylece menfaat sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerinin onaylanıp onaylanmadığını ya da kimin tarafından onaylandığını öğrenmesine imkân sağlanmıştır⁵⁸⁰.

iv. Değerlendirme: TTK m. 371/6

Bildirim yükümlülükleriyle beraber inceleyip değerlendirmek istediğimiz bir diğer hüküm, anonim ortaklığın temsiline dair 371. maddenin 6. fıkrasıdır. Mezkûr hükme göre, *sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu şart piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmaz.*

⁵⁷⁷ Keskin, s. 75-80; Akyürek, s. 61-63.

⁵⁷⁸ İçsel bilginin kamuya açıklanması sürecine dair detaylı bilgi için bkz. Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 216-222; Keskin, s. 72-85; Akyürek, s. 60-70.

⁵⁷⁹ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 223, 225-227; Keskin, s. 85-107; Akyürek, s. 70-73.

⁵⁸⁰ Bu konu ilgili kısımda incelenmiş olup daha fazla açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, IV/A/3/b.

Düzenlemenin ilişkili taraf işlemlerini dikkate aldığına kuşku yoktur. Şirket ile sözleşme akdeden tek pay sahibi her durumda yönetsel yetiyi haizdir; şahsi ve şirket menfaati arasında kolaylıkla çatışma yaratabilecek bir konumdadır. Kanunun çatışmayı çözümlmek için tercih ettiği yöntem, ilişkili taraf işleminin şekil şartına bağlanması olmuştur. Hüküm bu hâliyle bir bildirim yükümlülüğü içermez. Keza öğreti tam da bu durumu eleştirir. Söz konusu hükmün alt komisyonda eklendiğini belirten yazarlar, manipülasyonlarının engellenebilmesi için söz konusu işlemlerin geçerliliğinin aleniyeti sağlayacak unsurlara bağlanması gerektiğini belirtmektedir⁵⁸¹.

Hem hüküm hem de hükme getirilen eleştiriler ilişkili taraf işlemleri kuramı için son derece anlamlıdır. Bir kere, ilişkili taraf işlemlerinin ortaya çıkardığı riskin belli oranda Türk hukuku uygulamacılarının da dikkatini çektiğini gösterir. Fakat, bu dikkat karşılaştırmalı hukuktan beslenmediğinden olsa gerek, getirilen çözüm önerisi zayıf kalmıştır. Gerçekten diğer hukuk sistemlerini incelediğimizde adi yazılı şeklin ilişkili taraf işlemlerinde öngörülen yaygın bir yöntem olmadığını fark ederiz. Aksine her bir düzenleme şekli, nihayetinde diğer menfaat sahiplerinin işlemlerden haberdar olmasını öngörür. Böylece gerek işlemi onaylama gerek ona muhalefet etme imkânı doğar. Adi yazılı şekil şartı bu imkânları sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle eleştirilere ilişkili taraf kuramı penceresinden bir bakışla biz de katılıyoruz.

Olması gereken hukuk bakımından, öğretilerde de ifade edildiği üzere, aleniyeti sağlayacak bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. Yazılı şekilde yapılan işlemlere faaliyet raporunda açıkça ve ayrı ayrı yer verilmesi düşünülebilir. Daha kuvvetli bir koruma bu işlemlerin tescil ve ilan edilmesinin aranması, duruma göre bu tescile kurucu nitelik tanınması olacaktır. Hangi yöntemin seçileceği hukuk politikasını ilgilendirir. Kesin olan husus, adi yazılı şeklin etkin bir koruma tesis etmediğidir. Bu hükmün işlevselliği, bir bildirim yükümlülüğüne dönüştürülmesine bağlıdır.

2. Özel Karar Alma Süreçleri

Oy, şirket organlarına mensup olanlar veya bazı hâllerde bunların temsilcileri tarafından kullanılır. Kural, bu süreçte oyun sahibinin özgürce karara katılması ve ortaklığın iradesine katkıda bulunmasıdır. Buradaki özgürlük üyenin şahsi menfaati doğrultusunda (*conflict of interest voting*) veya diğer üyelerin hangi yönde oy

⁵⁸¹ Erdoğan Moroğlu, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu – Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 178; ayrıca bkz. **Teoman**, Değerlendirme, s. 14.

kullanacağı hesaba katılarak (*strategic voting*) kullanıldığında şirket menfaatinin talep ettiği verimlilikte kayıp söz konusu olur⁵⁸². Arzu edilmeyen bu durum, ilişkili taraf işlemleri karara bağlanacağı zaman daha olası bir hâl alır. Zira çatışma hâlinde ilişkili tarafın kendi çıkarlarını düşünmesi, zarar verme kastı olsun ya da olmasın tehlikelidir⁵⁸³. Bu nedenle ilişkili tarafların kendilerini ilgilendiren işlemlere katılımı sınırlanmaya, engellenmeye çalışılır.

Üçüncü bölümde açıklanacağı üzere anonim ortaklık organlarında belli bir karar alma prosedürü söz konusudur. Ortaklığın iradesini ortaya koyması beklenen organ mevzuatta belirlenen şekilde toplanacak, kanundaki usullere uyarak karar alacaktır. İlişkili taraf bağıntısını kurmakta yönetsel yetiden yararlanıldığından, bu yetinin alınacak kararlara sirayet etmesi son derece doğal karşılanmalıdır. Diğer bir deyişle sistem, kontrolü elinde bulunduranın istediği yönde karar alabilmesine imkân tanır. Fakat bu sistemin ilişkili taraf işlemlerinde özelleştirildiği, kanun koyucunun bazı yöntemlerle menfaatler dengesini oluşturmaya çalıştığı görülür. Bu noktada öne çıkan yöntemler ilişkili taraf olmayan yöneticilerin veya pay sahiplerinin işleme onayını almaktır.

a. İlişkisiz/ Bağımsız Yöneticilerin Onayı

Yöneticiler ve ilişkili taraflar arasında etkileşim kaçınılmazdır. Bu durumun zararlı sonuçlarını engelleyebilmek adına, menfaat çatışması içeren işlemlerin konu ile ilişkisi bulunmayan, ilişkisiz/ bağımsız yöneticilerin onayına sunulması tercih edilir⁵⁸⁴. Diğer bir imkân ise hangi işlemlerin ilişkili taraf işlemi olarak sınıflanıp özel usule tabi tutulacağının bağımsız yöneticiler tarafından kararlaştırılmasıdır⁵⁸⁵. Bu yöntemlerin arkasında yatan düşünce, ilişkisiz/ bağımsız yöneticilerin ilişkili taraf karşısında etkili bir şekilde durabileceği, gerekli müzakereleri yürütebileceğidir⁵⁸⁶. Gerçekten 22 ülkeden 799 şirket üzerinde yapılan araştırmada, bağımsız yöneticilerin

⁵⁸² Goshen, s. 399-400. Atfin yanıltıcı olmaması adına şirket menfaati vurgusunun bize ait olduğunu belirtelim.

⁵⁸³ Geneviève Helleringer, “**Related Party Transactions in France: A Critical Assessment**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 418-419.

⁵⁸⁴ Enriques/ Tröger, s. 8-9. Aşağıda inceleneceği üzere ilişkisiz ve bağımsız kavramları eşanlamlı değildir, ayrıca bkz. Baums/ Scott, s. 38.

⁵⁸⁵ Helleringer, s. 419. Diğer ihtimaller için Enriques, Related Party Transactions, s. 19-20.

⁵⁸⁶ Enriques, Self-Dealing, s. 316.

oranı arttıkça ilişkili taraf işlemi akdedilme ihtimalinin düştüğü gözlemlenmiştir⁵⁸⁷. Türkiye araştırmanın bir parçası değildir. Fakat gerçek anlamda bağımsız⁵⁸⁸ yönetim kurulu üyelerinin varlığının olumlu etkisi Türk hukuk sisteminde de yadsınmamıştır.

Kimlerin bağımsız yönetim kurulu üyesi olduğu uygulamada ilgili mevzuatın güdümüyle tespit edilir. Evrensel bir tanımı yoktur⁵⁸⁹. Benzer kavramlardan farkları ortaya konularak açıklanır. Bunlar, ortaklar ile şirket çalışanları arasından seçilmeyen *şirket dışı yönetim kurulu üyeleri*; hiçbir pay sahibi grubu ile maddi veya manevi bağı bulunmayan *tarafsız yönetim kurulu üyeleri*; yönetim ve temsil yetkilerinden soyut *icracı olmayan yönetim kurulu üyeleri*⁵⁹⁰. Yönetim kurulu üyeleri öncelikle icracı (*executive*) ve icracı olmayan⁵⁹¹ (*non-executive*) yönetim kurulu üyeleri olarak ikiye ayrılır. Gelişmiş sermaye piyasalarında güç boşluğu bulunduğu ve pay sahipleri kural olarak yönetsel yetiyi haiz olmadığı için bu ayrım yeterli görülür; icracı olmayan üye bağımsız kabul edilir. Çünkü görevini hiçbir etki altında kalmaksızın icra etme kabiliyetini haiz durumdadır⁵⁹². Pay sahiplerinin kontrol ilişkisinde dikkate alındığı sistemlerde ise icracı olmayan üyenin ayrıca pay sahipleriyle bağlantısı incelenir ve ancak icracı olmadığı gibi pay sahipleri ile de bağlantısı bulunmayan üyeler bağımsız yönetim kurulu üyesi kabul edilir⁵⁹³. Zira icracı olmasa dahi mevcut konumu çoğunluk pay sahibinin inisiyatifinde olan yönetim kurulu üyeleri tünelleme faaliyetlerini engellemekte faydalı birer araç değildir⁵⁹⁴. Bu nedenle çatışmadan ari

⁵⁸⁷ **Dahya/ Dimitrov/ McConnell**, s. 90, 95-96. Ayrıca Şanghay Menkul Kıymetler Borsasına kote 266 şirket üzerinde yapılan araştırmada benzer sonuçlara ulaşıldığı yönünde bkz. Agnes W.Y. Lo/ Raymond M.K. Wong/ Michael Firth, “**Can corporate governance deter management from manipulation earnings? Evidence from related-party sales transactions in China**”, Journal of Corporate Finance, Y. 2010, S. 16, s. 231. Temel hukuk sistemlerindeki durum hakkında özet bilgi için ayrıca bkz. **OECD**, Related Party Transactions, s. 22-24.

⁵⁸⁸ Karş. **ECLE**, Implementation of the SRD II, S. 32-33.

⁵⁸⁹ **Çamoğlu** şu tanımı önerir (**Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 76): *Hâkim ortak ve şirketle doğrudan veya dolaylı bir menfaat ya da iş ilişkisi bulunmayan; seçimi, değiştirilmesi ve maddi kaynakları şirketin ve büyük ortakların denetiminde olmayan; oylarını gereğinde ortaklar, alacaklılar, çalışanlar ve müşteriler, kısaca şirketle ilgili tüm menfaat sahipleri lehine özgürce kullanma yetisine ve görevin gerektirdiği bilgi birikimine ve deneyime sahip, icrai görev üstlenmemiş, etik değerleri özümsemiş tarafsız yönetim kurulu üyeleri*.

⁵⁹⁰ **Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 66-67.

⁵⁹¹ Türk sermaye piyasası hukukunda icracı olmayan üyenin somut karşılığı bulunur. Özetle bu üye, yönetim ve temsil yetkilerinden soyutlanmış olup mezkûr yetkilere sahip olanları gözetmek ve burada meydana gelen menfaat çatışmalarını gidermekle görevlendirilmiş üyedir; detaylı açıklama için bkz. **Manavgat**, Yetki Devri, s. 33, 36; **Pazarbaşı**, s. 30; **Odman Boztosun**, s. 44-45. Benzer bir anlayışın TTK öğretisinde benimsendiği görülür, bkz. Beşir Fatih Doğan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat, 2011, s. 242-245.

⁵⁹² **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 69.

⁵⁹³ **Odman Boztosun**, s. 49; **Ararat/ Muzaffer**, s. 110-111. Bu nedenle üyeler ilk aşamada icracı – icracı olmayan; icracı olmayan üyeler ise bağımlı icracı olmayan ve bağımsız icracı olmayan şeklinde sınıflandırılır. Sadece bu sonuncular konumuz bakımından bağımsız yönetim kurulu üyesidir.

⁵⁹⁴ **Amzaleg/ Barak**, s. 249.

üyelik (*non-conflicted director*) ile bağımsız yöneticilik (*independent director*) iki ayrı durum olarak kabul edilir⁵⁹⁵.

Yönetim kurulu ilişkili taraf işlemlerinin onaylanması sürecine birden fazla şekilde dâhil edilebilir. İlk olarak, kurulun bu işlemlerden haberdar edilmesiyle yetinilebilir. Kurulun sürece gerçek anlamda iştiraki kendisine işlemi onaylama hak ve yetkisi verilmesi ile olur. Burada hangi üyelerin oy kullanacağı hususunda hiçbir sınırlama getirilmemiş olabilir. Diğer bir ihtimal işlemin tarafı olan ilişkili tarafın ve vasıtalı ilişkili tarafların oy hakkı bulunmamasıdır. Son bir yöntem, kararın bağımsız yönetim kurulu üyelerine bırakılması, bir anlamda veto hakkı tanınmasıdır⁵⁹⁶. Türk sermaye piyasası hukukunda bu son yöntemin tercih edildiği görülmektedir (SerPK m. 17/3). Maddede özetle ilişkili taraf işlemlerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından onaylanması, aksi takdirde genel kurul onayının alınması gerekli kılınmıştır. Hükmü değerlendiren Türk doktrini, hâkim ortak yapısının egemen olduğu Türk sermaye piyasalarında bağımsız yöneticilere görev yüklenmesini olumlu karşılar⁵⁹⁷. Bu düşünceye biz de katılıyoruz. Lakin yöntemin başarısı bağımsız yöneticilerin bağımsızlıklarının derecesiyle doğru orantılıdır. Zira söz konusu yöneticilerin seçiminde kontrolü haiz pay sahipleri de rol oynar. Buna rağmen bağımsız yöneticilerin adil ve adil olmayan (zararlı) ilişkili taraf işlemlerini objektif bir şekilde ayırabilmesi beklenecektir⁵⁹⁸.

b. Azınlığın Çoğunluğu (MoM) Pay Sahiplerinin Onayı

Doktrinde ve kanun koyucular nezdinde öne çıkan diğer düzenleme yöntemi azınlığın karar alma sürecine doğrudan dâhil edilmesidir. Bu yöntemde işlem karara bağlanırken nisap olarak ilişkili taraf dışındaki pay sahiplerinin çoğunluğu aranır ve böylece azınlığın çoğunluğuna (*majority of the minority*) veto hakkı tanınmış olur⁵⁹⁹. Türk hukukunda oy hakkından yoksunluk (TTK m. 436) bu yönteme örnek oluşturur.

⁵⁹⁵ Peter Böckli, “*Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR*”, GesKR, Y. 2012, s. 361-362.

⁵⁹⁶ Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler, s. 153; Enriques, Related Party Transactions, s. 19-20. Öğretide bağımsız yönetici sisteminin eleştirildiği görülmektedir (McCahery/ Vermeulen, Corporate Governance Crises, s. 236). Lakin yöntem birçok farklı derecede kurgulanabilir. Kanaatimizce bu eleştirileri yukarıda sıralanan ihtimallerden daha hafif koruma sağlayanlara hasretmek gerekir.

⁵⁹⁷ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 285.

⁵⁹⁸ Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler, s. 153; Enriques/ Tröger, s. 9; Helleringer, s. 419-420.

⁵⁹⁹ Enriques/ Tröger, s. 9-10; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 84. Bu yöntemin başarıya ulaşması için gerekli unsurlar hakkında ayrıca bkz. Enriques, Related Party Transactions, s. 16.

Hem ret kararı neticesinde işlemin gerçekleştirilememesi hem de ret kararı endişesiyle ilişkili tarafın temkinli davranması bu yöntemden beklenen çıktılardır⁶⁰⁰. Öğretide azınlığın çoğunluğu sisteminin bazı avantajlarından bahsedilir. Bunlardan birincisi, işlemi gerçekleştirmeye isteksiz bir azınlığa bu işlemin dayatılamamasıdır. İkincisi ise yargı denetiminin sistem dışında bırakılmasıdır⁶⁰¹. Buna karşın yöntemin yumuşak karnı çoktur. İlk sakınca asimetrik bilgi paylaşımı nedeniyle azınlık pay sahiplerinin şirket için en doğrusunu bilemeyecek olmasıdır. Bu eksiklik karşılaştırmalı hukukta denetçi raporu sayesinde bir ölçüde giderilir⁶⁰². Ayrıca bilgiye erişmeyi başaran pay sahibinin şirket için en doğru kararları alabilmesi o konudaki bilgi ve tecrübesine bağlıdır. Ek olarak, kötü niyetin azınlık pay sahibinde bulunması da mümkündür. Her daim azınlık pay sahiplerinin stratejik oy kullanımı ortaklık için tehdit oluşturabilir⁶⁰³. İlişkili taraf olmamakla beraber kendi menfaatinin şirket menfaatine üstün tutan pay sahiplerinin varlığında, çoğunluğun yararlı işlemlere onay verip zararlı işlemleri engelleyeceğinin gerçek bir garantisi yoktur. Keza bu olumsuz tablo bir menfaat çatışması yokken dahi somut olay özelinde gündeme gelebilir⁶⁰⁴.

3. Yasaklamalar ve Geçersizlik Yaptırımı

İlişkili taraf işlemleri pekâlâ yasaklanabilir. Genellikle bu yasaklamalar ilgili işlemin geçersizliği, ilgililerin sorumluluğu ve sermaye piyasaları özelinde öne çıkan idari ve adli cezalarda kendini gösterir⁶⁰⁵. Hukuk sistemi bazı ilişkili taraf işlemlerini bu şekilde dışlayabilir, dışlamakta da haklıdır. Zira yukarıdaki açıklamalarda yer verdiğimiz üzere, bazı ilişkili taraf işlemlerinin zararlı olduğu kabul edilir. Tartışma daha ziyade hangi işlemlerin hangi derecede yasaklanacağı noktasındadır.

İşlemlerin mutlak şekilde yasaklanması basit çözüm olarak görülür. Tarihsel süreçte mahkemelerin bu anlayışı benimsediklerine rastlanır. Zira bu, sonuç odaklı,

⁶⁰⁰ Nan Li, “Do Greater Shareholder Voting Rights Reduce Expropriation? Evidence from Related Party Transactions”, Columbia Business School Research Paper, Columbia University, 2018, s. 12 (Kaynak: <https://www8.gsb.columbia.edu/programs/doctoral-program/dissertations/do-greater-shareholder-voting-rights-reduce-expropriation-evidence>; E.T. 17.02.2021). Yazar, Hindistan piyasasını ele aldığı çalışmada oy hakkı temelli yöntemlerin ilişkili taraf işlemleri üzerindeki caydırıcı etkisini ampirik olarak tespit eder, bkz. aynı eserde s. 30-31.

⁶⁰¹ Goshen, s. 402.

⁶⁰² Yöntemin verimliliği hakkında HELLERINGER, s. 420-421.

⁶⁰³ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 8; ENRIQUES, Self-Dealing, s. 325; ENRIQUES/ HERTIG/ KANDA/ PARGENDLER, s. 156; GOSHEN, s. 402; KARACAN, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 84; LANGENBUCHER, s. 314-315; LI, s. 2-3.

⁶⁰⁴ Bu yönde örnekler için bkz. ENRIQUES/ TRÖGER, s. 10.

⁶⁰⁵ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 38.

uygulaması kolay ve dar amaca ulaşmakta başarılı bir tercihtir. Bununla beraber yararlı ilişkili taraf işlemlerini engelleyeceğinden, bedeli ağırdır. Keza tüm tünelleme tiplerinde eşdeğerde yasaklamalar öngörülmediği takdirde gerçek anlamda sonuç alınması da mümkün olmaz⁶⁰⁶. Anılan nedenlerle bugün daha ziyade belli başlı işlem türlerinin yasaklanmasıyla yetinilir⁶⁰⁷. Burada kredi işlemleri ve rekabet yaratacak işlemler öne çıkar. Kredi işlemleri ile kastedilen, ortaklığın ilişkili taraflarına kullandırdıkları ödünçlerdir. İkinci olarak yöneticilerin bazı üçüncü kişilerle hizmet ilişkisine girmesi yasaklanmaktadır. Burada hedef, iki farklı şirkette yönetici görevi gören kişinin bunlardan biri lehine ve diğeri aleyhine değer aktarımı yapmasının önlenmesidir⁶⁰⁸.

Türk Ticaret Kanunu ilişkili taraf işlemlerinin yasaklanmasındaki güncel anlayışı büyük ölçüde yansıtır. İlk olarak, ortaklığın ilişkili tarafa kredi sağlamasına dönük işlemlerin açık hükümle sınırlandırıldığı görülür. Yönetim kurulu üyeleri için mutlak nitelikteki yasağın (TTK m. 395/2) pay sahiplerine sirayet etmesi için bazı koşulların varlığı aranmıştır (TTK m. 358). Keza yöneticilerin rekabet etmesini yasaklayan bir hükme de yer verilmiştir (TTK m. 396). Bu hükümler çalışmamızın devamında incelenecektir.

4. İdari Otoritelerin İnceleme ve Müdahale Yetkileri

İlişkili taraf işlemleri geniş bir işlem yelpazesi barındırdığından, fakat daha da önemlisi kontrol veya yönetsel yeti ilişkisine dayandığından, bankacılık ve sermaye piyasası uygulamalarında sıklıkla karşımıza çıkar. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerini düzenleyen bağımsız idari otoriteler gündeme gelir. Bu otoritelerin müdahalesi bilgi asimetrisini ortadan kaldırmakta faydalı görülür. Benzer şekilde, adli mahkemelerde açılacak davaların çıktıklarına göre daha kapsayıcı bir yaptırım, idari otoritelerin uhdesindedir⁶⁰⁹. Yine de bu yaptırımlar, piyasanın itibar kaybına vereceği karşılıklara oranla ikincil ve daha zayıf bir yöntem olarak sınıflandırılır⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ **Enriques**, Related Party Transactions, s. 13-14.

⁶⁰⁷ **Goshen**, s. 401-402; **ECLE**, Implementation of the SRD II, s. 8; **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 158; **Enriques**, Related Party Transactions, s. 14; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 84.

⁶⁰⁸ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 158-159. Yazarlar ayrıca içeriden öğrenenlerin ticaretini (*insider trading*) bu kapsamda incelemişlerdir. Fakat kendilerinin de ifade ettiği üzere burada gerçek anlamda bir ilişkili taraf işleminden bahsedilemez.

⁶⁰⁹ **Enriques/ Tröger**, s. 13-14.

⁶¹⁰ **OECD**, Related Party Transactions, s. 25.

Vergi idaresi, yürüttüğü faaliyetler esnasında dolaylı şekilde ilişkili taraf işlemleri kuramını güçlendiren diğer bir otoritedir. Zira maliye kurumları şirket kaynaklarının dışarıya aktarılmasını önlemeye gayret gösterirler. Günümüzde bu çalışma transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenlemeler ekseninde yürütülmektedir. Amaç vergi kaybını önlemek olsa da değerleri şirketin uhdesinde tutmak için yapılan çalışma ve bu amaca hizmet eden araştırma faaliyetleri aynı zamanda azınlık pay sahiplerinin menfaatini korumaktadır⁶¹¹. Bu anlamda bağımsız idari otoritelerin faaliyetlerindeki benzer bir çıktıyı burada elde etmek mümkündür.

Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerini birden fazla noktada ele almış olan bağımsız idari otorite Sermaye Piyasası Kurulu'dur. Kurul, sermaye piyasalarının etkin bir şekilde işlemlerini temin etmek ana hedefi altında muhtelif amaçla SerPK tarafından kendisine tanınan yetkileri kullanır. İlişkili taraf işlemleri de bu çerçevede düzenlenen, SPK'nın görev ve yetkilerinin kapsamına giren müesseselerden biridir. Önemli bir kısmı SerPK m. 128'de sayılan, fakat yine de dağınık düzenlendiğini söyleyebileceğimiz bu görev ve yetkiler çeşitli olmakla birlikte birkaç başlık altında toparlanabilir⁶¹². Bunlar sırasıyla genel düzenleyici işlemler çıkarmak; bu işlemlere dayanan birel işlemler tesis etmek; denetim faaliyetleri gerçekleştirip gerektiğinde uyarıda bulunmak, tedbir uygulamak ve yaptırıma tabi tutmaktır. Ayrıca SerPK m. 115 uyarınca, mezkûr kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturması yapılması için Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunma yetkisi SPK'ya tanınmıştır.

5. *Ex Post Yargısal Denetim*

Yaptırım zamansal olarak iki farklı anda uygulanabilir: işlemten önce (*ex ante*) veya işlemten sonra (*ex post*)⁶¹³. Yargısal denetimde kurgu, ilişkili taraf işleminin adil olup olmadığının mahkemeler tarafından değerlendirilmesidir. Bu faaliyete öğretilde ve yargıda dürüstlük/ adillik testi (*fairness test*) adı verilmiştir⁶¹⁴.

⁶¹¹ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 65.

⁶¹² Sınıflandırma için bkz. Akyürek, s. 99-104. Ayrıca bkz. Bayram Volkan Alan, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 61-64. Genel olarak bağımsız idari otoritelerin yetkileri ise üç başlık altında toplanır: yönetmelik veya benzeri düzenleyici işlemler yapma; yaptıkları düzenlemelere uyulup uyulmadığını gözetip denetleme; aykırılıklara yaptırım uygulama (s. 36-38).

⁶¹³ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 61; Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer, s. 462.

⁶¹⁴ Enriques/ Tröger, s. 11; Goshen, s. 403; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 84. İptal davalarının unutulmaması gerekir, bkz. Conac/ Enriques/ Gelter, s. 516.

Mahkemenin kararına tanınan etki birden fazla şekilde kurgulanabilir. Belli usullerin izlenmiş olmasına gerçek anlamıyla bir sonuç bağlanmadığı, yöneticilerin doğru menfaati izledikleri ve görevlerini layıkıyla yerine getirdikleri durumda tazminat sonucunun gündeme gelmediği ihtimalde mahkemenin adillik denetimi öne çıkar. Sistemin yargısal denetimi zayıflatmayı tercih etmesi de olasıdır. Bu ihtimalde işlemin akdi veya en azından yargıya başvurulması öncesinde izlenen usul ilişkili taraf işlemine belli bir muafiyet kazandırır⁶¹⁵. Bu durumu dikkate alması gereken mahkemelerin kararları bazı menfaat gruplarını tatminden uzak olabilecektir.

Kural olarak yargısal denetimde ilişkili taraf işleminin adil olup olmadığını tespiti çalışılır. Uzmanlardan yararlanacak olan mahkeme aynı işlem ilişkisiz üçüncü kişiler arasında gerçekleştirilseydi tarafların bu şartlarla işlem yapıp yapmayacağını araştırır. Bu araştırmanın hedefi, başta azınlık pay sahipleri olmak üzere, ilişkili taraf dışındaki menfaat gruplarının beklentilerini karşılamak değildir. Zira beklenti sabit bir nokta olarak düşünülebilirse, adil işlem doğrusaldır ve doğrunun üzerindeki her bir nokta adil görülecektir. O nedenle mahkemenin incelemesi, denetime tabi işlemin bu doğrunun üzerine düşüp düşmediğini incelemekten ibaret olacaktır⁶¹⁶. Fakat yine de yargısal denetim azınlık pay sahipliği haklarını korumakta etkili bir yöntem olarak kabul edilir⁶¹⁷.

İlişkili taraf işleminin yargılamaya konu edilmesi için hukuk sisteminin özel bir düzenleme getirmesi zorunlu değildir. Hukuka aykırılığı yaptırıma bağlayan fakat ilişkili taraf işlemleri bakımından herhangi bir özellik arz etmeyen muhtelif hüküm de bu sonucu doğurabilir⁶¹⁸. Kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler (TTK m. 553 vd.) bu hususta örnek teşkil edecektir⁶¹⁹. Daha yakın ama aynı durumdaki diğer bir örnek ise haksız alınan kâr payının iadesine ilişkin TTK m. 512 hükmüdür.

⁶¹⁵ **Enriques/ Tröger**, s. 13; **Enriques**, Related Party Transactions, s. 24-25. Bu muafiyetler yargısal denetimle çatışmaz, daha ziyade onu dengeler. Zira mahkemelerin doğru kararı vermeleri için gerekli olan bilgiye her zaman ulaşamamaları ihtimal dâhilindedir. Bu gibi nedenlerle yöneticilerin sorumlu değilken sorumlu addedilmesi hem yöneticileri hem de ortaklığı istenmeyen bir konumda bırakır (**Enriques**, Self-Dealing, s. 301-302).

⁶¹⁶ **Goshen**, s. 403-404; **Eisenberg**, s. 999.

⁶¹⁷ **Baums/ Scott**, s. 39.

⁶¹⁸ **Enriques/ Tröger**, s. 12.

⁶¹⁹ Sorumluluk davalarının tünelleme faaliyetlerine karşı bir yaptırım yöntemi olduğu yönünde **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 507 vd.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Görünüm Biçimleri

İlişkili taraf işlemleri kuramı sabit bir olgu değildir. Hem içeriği hem de etkisi hukuk sisteminin ona verdiği anlam neticesinde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kanun koyucuların bilinçli ya da bilinçsiz tercihleri bilimsel önemi haizdir. Kuramın doğru gelişimini sağlamak, farklı hukuk sistemlerini karşılaştırmakla mümkündür. Buna ek olarak, kanun koyucunun seçimleri doğrudan ekonomik yansımalar barındırır. Zira kontrolün değeri, daha açık bir anlatımla kontrolün onu elinde tutana ne ölçüde kazanım sağladığı ve bu kapsamda kontrol edene nasıl bir ekonomik getiri sunduğu hesaplanırken ilgili hukuk sistemi de hesaba katılır. Örnek olarak, kontrolü haiz olmayan diğer (azınlık) pay sahiplerinin hukuk tarafından ne kadar korunduğu, kontrolün değerini etkileyen bir unsurdur⁶²⁰. Bu değer, nihayetinde ortaklığın ve ilgili payların ekonomik karşılığını verecektir.

Bu başlık altında Türk hukukuna ve genel olarak kurama etkisi nedeniyle Avrupa Birliği düzenlemeleri ile birlikte sırasıyla İngiliz, Fransız, Alman, İsviçre ve Amerikan hukuklarına temas edilecektir⁶²¹. Uluslararası literatürde diğer sistemlerin ayrı olarak ya da birlikte incelendiğine rastlamak da mümkündür⁶²².

1. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa Birliği mevzuatında (*acquis communautaire*) konuya ilişkin en temel düzenleme, Borsaya Kote Şirketlerde Pay Sahipliği Haklarının Kullanımına İlişkin 11.07.2007 tarihli ve 2007/36/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi olup Direktifin güncel hâli, 20.05.2017 tarihinde yapılan değişikliğin sonucudur. Bu hukuki metnin temel hedefi pay sahiplerinin uzun dönem bağlılıklarını güçlendirmek

⁶²⁰ **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 59, 61-63. Benzer hukuki yapılarda özel yararların farklılık göstermesinin ise yaptırım mekanizmalarının verimliliği ile açıklanabileceği yönünde bkz. aynı eserde s. 62.

⁶²¹ Bu ülkelerin hangilerinde hangi yöntemlerin tanındığı hususunda pay sahipliği hakları özelinde toplu bir karşılaştırma için bkz. **Van der Elst**, s. 236-237. Bu ve bazı diğer Avrupa ülkelerinde ilişkili taraf işlemleri kuramının güncel durumu hakkında toplu bir özet için bkz. **Böckli et al.**, s. 20-27 ve en kapsamlı çalışma olarak **OECD**, Related Party Transactions, s. 30-36.

⁶²² Bkz. Kanada için **Goshen**, s. 432-434; İtalya için **OECD**, Related Party Transactions, s. 107-117; **Pomelli**, s. 76-80; **Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer**, s. 438-439; **Goshen**, s. 435-437; **Bava/ Gromis di Trana**, s. 127-130; Hollanda için **McCahery/ Vermeulen**, Corporate Governance Crises, s. 240-242; Belçika’da yapılan kanun değişikliği hakkında **Wymeersch**, s. 15-20 ve genel olarak **OECD**, Related Party Transactions, s. 49-59; İtalya, Japonya ve Brezilya’yı içeren toplu bir inceleme için **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 147 vd. Ayrıca Doğu Asya’dan Hong Kong ve Singapur örnekleri için bkz. **Chen/ Wan**, s. 8 vd. Hindistan ve İsrail için **OECD**, Related Party Transactions, s. 75 vd.

ve muhtelif ortaklık kararı üzerindeki etkilerini temin etmektir⁶²³. Daha doğrusu, üye ülkelerin bu yöndeki mevzuatlarını bir sistem dâhilinde uyumlaştırmaktır⁶²⁴. Aşağıda bu direktif incelenecektir⁶²⁵.

Bununla beraber, Ortaklıklar Hukukunun Muhtelif Yönlerine Dair 14.06.2017 tarihli ve 2017/1132 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi de şirketlerin sermayelerinin korunmasına ilişkin hükümler içerir. Haksız dağıtılan kârın iadesine ilişkin 57. madde burada örnek gösterilebilir. 2017/1132 sayılı Direktif ilişkili taraf işlemleri kavramına da yer verir. 65. maddesine göre, TTK m. 380'deki anlamıyla ortaklığın finansal destekte bulunduğu ihtimalde destek verilen kişinin ilişkili taraf olması durumunda üye ülkeler gerekli koruma mekanizmalarını öngörmeli ve söz konusu çatışmanın şirket menfaatine zarar vermesini engellemelidir⁶²⁶.

a. Kapsam

i. Kişi ve konu yönünden

Direktif hükümleri incelendiğinde, aslında başlığından da anlaşıldığı üzere, tüm ortaklıkları kapsayacak şekilde geniş bir kapsamı bulunmadığı, keza iç hukukları bütünleştirmek noktasında iddialı olmadığı anlaşılır. Burada asgari bir uyum yeterli, daha doğrusu en uzlaşılabilir çözüm olarak görülmüştür. Çoğu temel husus bu duruma örnek teşkil eder. İlk olarak hükümlerin uygulama alanı, tescilli faaliyet merkezleri AB'ye üye ülkelerden birinde olan ve payları bu ülkelerden birinde, borsa gibi teşkilatlandırılmış pazarlarda işlem gören şirketlerle sınırlıdır (Art. 1). SRD II de bu kapsamı değiştirmemiştir. Yine Direktifte ilişkili taraf işlemleri tanımlanmışsa da bu tanım bilimsel anlamda tatminkâr değildir. Zira Direktife göre ilişkili taraf

⁶²³ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 10-11. Avrupa Birliği mevzuatının en güncel hâline <https://eur-lex.europa.eu> adresinden ulaşılabilir.

⁶²⁴ Tim Florstedt, “Der Aktionärsschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111 a-c AktG”, ZHR, Y. 2020, S. 184, s. 13.

⁶²⁵ 2007/36/EC sayılı Direktif ve özellikle bu direktifte yapılan değişiklik hakkında değerlendirmeler için Thomas U. Reutter, “EU Shareholder Rights Directive: Action required for Switzerland?”, Swiss Capital Markets Law, Y. 2016, S. 43; Alman hukuku çerçevesinde ayrıca bkz. Thorsten Kuthe/Gero Lingen, “Neue Compliance-Anforderungen durch das ARUG II”, Compliance Berater, Y. 2019, s. 378 vd.

⁶²⁶ Hükmün lafzında terminolojinin bu kadar açık olmadığını belirtelim. Her ne kadar madde başlığı “ilişkili taraf işlemleri” demişse de hükümde ilişkili taraf ibaresine yer verilmediği gibi kavramı kendi içinde düzenlemiş olan IAS 24 ve benzeri metinlere atıf yoktur. Bunun yerine ortaklığın yöneticileri ile hâkim şirketin yöneticilerini ve bunlar adına hareket eden kişileri kapsayan bir sayıma gidilmiştir. Son olarak, açıklamamızda tercih edilen şirket menfaati ifadesi somut durumda şirketin yararı (*company's best interest/ Wohl der Gesellschaft/ intérêts de la société*) kavramının tercümesinden ibarettir. Finansal destek yasağının AB hukukundaki tarihsel gelişimi için bkz. Gürel, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 11 vd.

işlemleri, uluslararası muhasebe standartlarındaki ile aynı anlama sahiptir. Kimlerin bu kapsama dâhil olduğunu IAS (UMS) kapsamında çözümleme görev ve yetkisi üye ülkelere bırakılmıştır⁶²⁷.

Direktifin ilgi çekici bir noktası “işlem” kavramında IAS 24’e atıf yapmamış olması, bunun yerine üye devletlere önemli (*material*) ilişkili taraf işlemlerini tanımlama yükümlülüğü getirmesidir⁶²⁸. Üye devletler bu tanımlamayı yaparken ve hangi işlemlerin önemli birer ilişkili taraf işlemi olarak kabul edileceğini belirlerken, o işlemle ilgili bilginin pay sahiplerinin ekonomik kararları üzerindeki etkisini ve işlemin ilişkili taraf sıfatını taşımayan pay sahipleri ve ortaklık için taşıdığı riski dikkate alacaktır (Art. 9c/1). Böylece hükümlerin uygulama alanı önemli nitelikteki işlemlerle sınırlandırılmıştır. Fakat üye ülkelerin bu eşiği tanımlamamayı ve bu nedenle ilgili tüm işlemleri düzenlemenin kapsamında tutmayı tercih etmesi mümkündür. Belçika hukukunun tercihi bu yönde olmuştur⁶²⁹.

Hangi işlemlerin önemli olduğunu tespit için üye devletlerin niceliksel oranlar belirlemeleri gerekmektedir (Art. 9c/1). SRAD’nin önceki taslaklarında bu oran belli idi. Ortaklık varlıklarının %1’ini aşan ilişkili taraf işlemleri bildirim yükümlülüğünü, %5’ini aşanlar ise onay yükümlülüğünü canlandırmaktaydı. Fakat bu oranlar kabul edilen metinde yoktur⁶³⁰. Bunun yerine mezkûr hükümde, oranın belirlenmesinde işlemin finansal durum, gelirler, varlıklar gibi ortaklığın ekonomik verileri üzerindeki etkisine bakılması veya işlemin doğası ile ilişkili tarafların konumunun dikkate alınması öngörülmüştür.

Üye devletlere tanınan yetki son derece geniştir. Direktif hükmü ise önemlilik testinin içeriğine dair bir kılavuz niteliğindedir. Bu kılavuza göre bir pay, payda ve eşik niteliğinde oranlar belirlenecektir. Oranın yansıtması gereken, ilişkili taraf işleminin ortaklık üzerindeki ekonomik etkisidir. Bu mantık izlendiğinde pay sütunu için en iyi aday ilişkili taraf işleminin beyan edilen bedelidir. Payda ise referans değer olarak ortaklıkla ilgili sabit ekonomik bir gösterge olmalıdır. Sermaye, aktifler veya pazar değeri düşünülebilir. Son olarak oransal bir eşik belirlenip pay/paydaya uygulanmalıdır. Bu noktada asıl belirleyici o ülkenin hukuk politikasıdır. Belçika ve

⁶²⁷ Böckli et al., s. 26; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 11, 25.

⁶²⁸ Enriques/ Tröger, s. 15; Reutter, N. 7; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 12-13. Türk sermaye piyasası hukukunda benzer yöntem izlenmiştir, bkz. Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 273.

⁶²⁹ Wymeersch, s. 7.

⁶³⁰ Engert/ Florstedt, s. 267-268; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 12; Roth, s. 1.

İsveç'te %1, Almanya'da %1.5, İspanya'da ise %2.5 ve %5 oranlarına rastlanır⁶³¹. Birleşik Krallık'ta ise %0.25 kadar düşük oranlar ile dahi birtakım düzenlemelerin devreye girdiği görülür. Tek bir orandansa farklı eşiklerin uygulanmasını ve böylece bir iç sağlama yapmayı daha etkili gören yazarlar da vardır. Bu noktada Direktifin konusunun borsaya kote ortaklıklar olduğunu hatırlatalım. Pazar fiyatından kasıt teşkilatlanmış pazar yerinde oluşan fiyattır. Lakin yazarlar haklı olarak ilişkili taraf işlemi incelemesinin doğru değerlendirilmeyen işlemleri de kapsadığını belirtirler⁶³².

ii. Öngörülen yöntemler

Diğer hukuk sistemlerinde rastladığımız yöntemlerin bir kısmı 2007/36/EC sayılı Direktifte çerçeveye kavuşmuştur. Komisyonun önerisi ilişkili taraf işlemlerini kuvvetli *ex ante* denetime tabi kılmaktaydı. Yukarıda aktardığımız sınıflandırmaları dikkate alırsak tercihin mülkiyet kuralından yana yapıldığını söyleyebiliriz. Burada ilk olarak varlıkların %1'ini aşan işlemlerin yapıldıkları anda kamuya açıklanması ve bu açıklamanın işlemin adil olup olmadığını belirten bir beyanı (*fairness opinion*) da içermesi öngörülmüştü. Böylece finansal raporlama sistemini destekleyen önceki tarihli bir bildirim yapılacaktı. İkinci olarak, varlıkların %5'ini aşan işlemler ve kâr ya da ciro üzerinde önemli etki doğuran diğer işlemler ilişkili pay sahiplerinin oydan yoksun olduğu genel kurulda onaylanacaktı⁶³³.

Buna karşılık yürürlüğe giren direktifin ilgili (*transparency and approval of related party transactions*) 9c maddesinde özetle, ilişkili taraf işlemlerinin en geç akdedildikleri anda kamuya bildirilmesi gerektiği, üye devletlerin ayrıca raporlama yükümlülüğü öngörebileceği ifade edilir. Ek olarak, ilişkili taraf işlemlerinin genel kurulda veya şirketin idarecileri tarafından onaylanmasına ilişkin yükümlülükler de getirilebilecektir. Hüküm kabul edilen hâliyle taslağın barındırdığı somut sistemi yansıtmamaktadır. Bir kere *fairness opinion* zorunluluk olmaktan çıkarılmıştır. Keza üye ülkelerin onay sürecini genel kurul yerine yönetim kuruluna taşıması ve yeterli korumayı sağladıkları gerekçesiyle oydan yoksunluk düzenlemelerini öngörmekten imtina etmeleri de mümkündür⁶³⁴. Bu ve diğer gerekçelerle düzenlemelerin önemli kısmı üye devletler tarafından dışarıda bırakılabilir niteliktedir (Art. 9c/6). İstisnalar

⁶³¹ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 22. Ayrıca bkz. **Bava/ Gromis di Trana**, s. 129-131.

⁶³² **Engert/ Florstedt**, s. 268, 287-289.

⁶³³ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 12; **Langenbucher**, s. 313.

⁶³⁴ **Enriques/ Tröger**, s. 15; **Roth**, s. 1; **Mülbert**, s. 656. Hükümlerin detaylı analizi için bkz. ECLE, Implementation of the SRD II, s. 28-31.

ve imkânlar Direktifin etkisini asgariye indirmiştir. Buna karşın ulusal hukuklardaki düzenlemeleri tekrar eden yararsız yöntemlerin önüne geçildiği de ifade edilen diğer bir görüş olmuştur⁶³⁵.

b. Düzenlemeye Getirilen Eleştiriler

Öngörmüş olduğu tüm yükümlülüklerle rağmen 2007/36/EC sayılı Direktifin açık uçlu bir düzenleme sunduğu ve üye ülkelerin önemli bir kısmının hiçbir gerçek değişiklik yapmamayı tercih etmesinin dahi mümkün olduğu yorumu yapılmaktadır. Zira Direktif üye ülkelere geniş takdir yetkisi tanıyan bir asgari uyum (*minimum harmonization*) direktifidir⁶³⁶. Öğretideki bu yorumun temelinde birçok ilişkili taraf işleminin piyasa şartlarında gerçekleşen olağan ticari faaliyet (olağan iş seyri, *ordinary course of business*) adı altında yükümlülüklerden muaf tutulması ve iç hukukların yeterli güvenceyi sağladığı ihtimalde özel karar alma süreci işletilmemesi gibi⁶³⁷ muhtelif istisnaların varlığı yatar. Değişiklik sürecinde daha ciddi ve bağlayıcı düzenlemelerin gündeme geldiği, fakat yürürlüğe giren metinde bu düzenlemelerin sulandırıldığı açıkça ifade edilen bir olgudur⁶³⁸.

Avrupa Birliği'ne üye ülkeler, Direktif hükümlerini iç hukuka yansıtmakla yükümlüdürler⁶³⁹. Bu yükümlülük, sistemleri belli ölçüde birbirine yaklaştırmış olsa da devletlere tanınan geniş takdir yetkisi kadar tarihsel ve kültürel farklılıkların da etkisiyle, sistemler arası farklılıklar mevcudiyetini korumuştur. Bu nedenle ülkeler bazında karşılaştırmalı bir inceleme hâlâ değerini muhafaza etmektedir.

2. Birleşik Krallık

İngiliz hukuku ilişkili taraf işlemleri doktrinde önemli bir yol göstericidir. Zira tüm ayrışmalara rağmen ABD düzenlemelerine ilk şeklini veren; global arenaya etkisi nedeniyle AB mevzuatını etkileyen; Kıta Avrupası hukuk sistemlerini değişip

⁶³⁵ Engert/ Florstedt, s. 269. Direktifte yapılan değişiklik öncesine ait bir yorum olmakla birlikte, üye ülkelerin bildirim yükümlülüğü hususunda AB düzenlemelerini aşan daha ciddi hükümler getirdikleri yönünde Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler, s. 149. Kanaatimizce bu yorum geçerliliğini bugün de korumaktadır.

⁶³⁶ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 39; Enriques/ Tröger, s. 16.

⁶³⁷ İstisnalar bunlarla sınırlı değildir. Tam liste için bkz. 2007/36/EC sayılı Direktif Art. 9c/6 ve Enriques/ Tröger, s. 16; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 13-14. Lakin uyum yasalarında bu imkânın kullanılmadığı, daha sıkı rejimler öngörüldüğü görülmüştür (s. 33).

⁶³⁸ Böckli et al., s. 44; Roth, s. 2; Tröger, s. 427, dn. 7; Mülberr, s. 655-656; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 2, 40. Keza değişiklik öncesi metin de bazı eleştirilerle karşılaşmaktaydı, bu hususta bkz. Enriques, Related Party Transactions, s. 27-30.

⁶³⁹ Bu kapsamda çıkarılan uyum yasalarının listesi için bkz. ECLE, Implementation of the SRD II, s. 47-48.

kendisine ayak uydurmaya zorlayan hep İngiliz hukuk sistemidir. Bu zorlamanın yerindeliği tartışılabilir, hatta özünde tarafımızca desteklenmediğini ifade etmekte hiçbir sakınca yoktur. Fakat tüm bu düşüncelere rağmen İngiliz hukukunun tarihsel gelişimi kadar mevcut düzenlemelerini de incelemek bilimsel bir zorunluluktur.

a. Tarihsel Gelişim

Mevzuatın müdahalesine değin Birleşik Krallık'ta ilişkili taraf işlemleri mahkeme kararları ile belli bir kuramsal altyapıya kavuşturulmuştu. Belki bugün kabul edilen anlamda geniş bir uygulama alanı gözetmese de ortaklığa karşı sadakat (*fiduciary*) yükümlülüğü olan kişilerin, şahsi menfaatleri ile ortaklık menfaati arasında çatışma yaratacak işlemlerden kaçınmaları gerektiği daha 19. yüzyılda ifade edilmekteydi⁶⁴⁰. İlk zamanlarda korumacı anlayış son derece katıydı. Öyle ki işlemin koşulları ayrı bir incelemeye konu edilmeksizin, menfaat çatışması temelli mutlak yasaklama mevcuttu. Zamanla ilişkili taraf işlemlerinin içeriği yargı denetiminin bir parçası oldu ve yöneticilerin geniş kapsamlı tazminat yükümlülükleri gündeme gelmeye başladı. İşlemi akdeden yöneticiler kadar, niteliğini bildiği hâlde onay veren yöneticiler de sadakat (*loyalty*) yükümlülüğü uyarınca sorumlu tutuluyordu⁶⁴¹.

1844 tarihli *Joint Stock Companies Act*, yöneticinin doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olduğu işlemlerin pay sahipleri tarafından onaylanmadıkça geçersiz olacağını, birtakım istisnalarla beraber, öngörmüştü. 1844 tarihli kanunun yerini alan düzenlemelerde ise konu bir hükümle düzenlenmemişti. İlgili hususların esas sözleşme ve iç tüzük gibi ortaklık içi belgelerde kararlaştırılması bekleniyordu. Yönetim kurulunun yükümlülüklerinin geniş bir şekilde düzenlendiği güncel kanun olan *Companies Act 2006* ise bu anlayışı muhafaza etmekle birlikte, yöneticilere ilişkili taraf işlemine dönük bildirim yükümlülükleri öngören modern, şeffaf yönetim ilkesine yer vermiştir⁶⁴².

⁶⁴⁰ Davies, s. 363; Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer, s. 439. Hatta anonim ortaklıklar ayrı birer hukuk (tüzel) kişisi olarak kabul edilmeden önce dahi yöneticilerin (*trustees*) sadakat borcu bulunduğu kabul edilmekteydi, bkz. Sibel Hacımahmutoğlu, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Kendilerine Verilen Yetkiler İçinde İşlem Yapma ve Yetkileri Veriliş Amaçlarına Uygun Kullanma Yükümlülükleri”, Batider, Y. 2017, C. 33, S. 1, s. 74.

⁶⁴¹ *Duckwari plc (No 2)*, [1998] 2 BCLC 315 (CA); *JJ Harrison (Properties) Ltd v. Harrison*, [2002] 1 BCLC 163 (CA); Davies, s. 364, 365.

⁶⁴² Davies, s. 368-369, 371; Hacımahmutoğlu, Yetkilerin Sınırları, s. 75-76.

b. Kapsam Dışında Bırakılan Menfaat Grupları

İngiliz hukuku ilişkili taraf işlemi denilince yöneticilerin bağımsız menfaati ile şirket menfaati arasında çatışma yaratan ya da bu yönde risk barındıran işlemleri anlar⁶⁴³. Bu çerçeveden bakıldığında kimlerin ilişkili taraf ve nelerin ilişkili taraf işlemi olduğu noktasında bazı yönlerden daha geniş, fakat bazı yönlerden ise daha dar bir kapsamla karşılaşılır. Örnek olarak, pay sahiplerinin ve topluluk şirketlerinin ortaklıkla yaptığı işlemler ilişkili taraf işlemlerine dair hükümlerin dışındadır. Oysaki modern anlayışta bunlar da ilişkili taraf işlemidir. Aşağıda bu durum ele alınacaktır.

i. Pay sahipleri, özellikle çoğunluk pay sahipleri

İngiliz hukukunda pay sahiplerinin ortaklığa ve diğer (ekseriyetle azınlık) pay sahiplerine karşı sadakat (*fiduciary*) yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilir. Bu görüş ile bağlantılı olarak ilişkili taraf işlemlerine dair hükümler pay sahiplerini dikkate almaz. İşlemin ortaklık tarafından onayı Anglosakson sistemlerde tercih edilen bir yöntemdir. Fakat pay sahibinin ilişkili taraf olarak görülmemesi ve bu nedenle somut olay gözetilip gerektiğinde onay sürecinden dışlanmaması karar alma sürecinden beklenen sonucun alınmasını engeller. *Companies Act 2006* çerçevesinde bu durum varlığını korumakla birlikte belli başlı açılımlara da yer verilmiştir (*Companies Act 2006, section 239*). Bu hâllerde yetersayı yönetici konumundaki kişi ve onunla bağlantılı diğer pay sahipleri dikkate alınmaksızın hesaplanacaktır⁶⁴⁴.

Kapsamdan kaynaklanan problem kanunla açıkça çözüme bağlanmadığından, bazı noktalarda yorum faaliyetine başvurulur. İlk olarak, Kıta Avrupası sistemlerinde tam karşılığı bulunmayan *agency* kavramı geniş yorumlanmakta ve çoğunluk pay sahipleri de kavrama dâhil edilmektedir. Böylece *agency* sıfatını haiz kişilerin azınlık pay sahiplerine zarar veren haksız uygulamaları kapsamında çoğunluk pay sahibinin ortaklıkla akdettikleri işlemler de yaptırıma bağlanmıştır⁶⁴⁵.

İkinci olarak, Türk hukukunda karşılaştığımız fiili organ teorisine benzer şekilde, çoğunluk pay sahiplerinin şeklen olmasa da gerçekte talimatlarıyla ortaklığa yön veren kimseler, diğer bir ifade ile gizli yöneticiler (*shadow directors*) olarak tanımlandığı görülür. Böylece ilişkili taraf işlemlerini konu alanlar da dâhil olmak

⁶⁴³ Böckli et al., s. 21-22.

⁶⁴⁴ Goshen, s. 430; Roth, s. 11. Bu düzenlemenin tek başına meşru ihtiyacı karşılamadığı görüşünde Davies, s. 377-378.

⁶⁴⁵ Davies, s. 379.

üzere, yöneticilerin yükümlülükleri uygun düştüğü ölçüde gizli yöneticilere de uygulanır⁶⁴⁶.

ii. Topluluk şirketleri

Topluluk şirketlerinin birbirleriyle yaptıkları işlemler belli bir ölçüye kadar değer yaratıcı ve nesnel ekonomik bakışla bir noktada zorunludur. Bu nedenle İngiliz hukuku da çoğu hukuk sistemi gibi topluluk içi işlemleri ayrık şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucunun buradaki refleksi daha ziyade toplulukları kanuni düzenlemeden muaf tutmak şeklinde olmuştur. Bu duruma birkaç örnek gösterilebilir.

Bir zorunluluk ifade etmemekle birlikte, topluluk oluşumlarında hâkim şirket genellikle bağlı şirketin paylarına doğrudan ya da dolaylı olarak, hâkimiyet kurmayı sağlayacak oranda sahiptir. Bu nedenle pay sahiplerini bir şekilde yükümlendiren hükümler, hâkim şirketin ilişkili taraf benzeri bir konuma gelmesine neden olabilir. Bu durumu arzu etmeyen *Companies Act*, hâkim şirketlerin fiili yönetici (*shadow director*) olarak kabul edilmeyeceğini ve bu nedenle ek yükümlülüklerle tabi tutulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, bağlı şirket yöneticilerinin hâkim şirket yöneticilerinin emir ve talimatları uyarınca hareket etmek yönünde bir davranış şekli benimsemesi, yöneticilerin genel yükümlülükleri ile ilişkili taraf işlemlerine dair hükümlerin hâkim şirket yöneticilerine de uygulanması sonucunu doğurmaz⁶⁴⁷. Benzer dışlamalar pay sahiplerinin onayına tabi kılınmış ilişkili taraf işlemleri bakımından da söz konusudur (*Companies Act 2006, section 192*).

c. Tercih Edilen Yöntemler

İngiliz hukukunda temel dayanak noktası, yöneticilerin menfaat çatışmalarını veya bu yöndeki riskleri bildirmesi ve ortaklıktan bu riskli işlemler için izin alması gereklilikleridir⁶⁴⁸. Bu nedenle aşağıda incelenecek yöntemler sırasıyla yöneticinin bildirim yükümlülüğü ve ortaklık onayıdır. Yine diğer hukuk sistemlerine benzer

⁶⁴⁶ Böckli et al., s. 22; Davies, s. 380. *Companies Act 2006, section 170(5)*: “The general duties apply to a shadow director of a company where and to the extent that they are capable of so applying.”

⁶⁴⁷ *Companies Act 2006, section 251(3)*: “A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of – Chapter 2 (general duties of directors), Chapter 4 (transactions requiring members’ approval), or Chapter 6 (contract with the sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.”; Bu hususta ve istisnanın bağlı şirketin iflası hâlinde uygulama bulmayacağı yönünde Davies, s. 381, 382.

⁶⁴⁸ Djankov/ La Porta/ Lopez-de-Silanes/ Shleifer, s. 440.

şekilde Birleşik Krallık'ta da halka açık anonim ortaklıklar için daha sıkı bir koruma rejimi getirilmiştir.

Aşağıdaki açıklamalarımızda fark edileceği üzere, bu hukuk sisteminde tercih edilen koruma yöntemleri işlem gerçekleşmeden önce (*ex ante*) işletilecektir. İşlemin doğasının, bu anlamda yararlı mı yoksa zararlı mı olduğunun, mahkemeler tarafından incelemeye konu edildiği bir mekanizma İngiliz hukukunda mevcut değildir. Biraz da bu incelemenin yokluğundan kaynaklanmakla birlikte güncel İngiliz hukukunda yer alan yöntemlerin yeterli verimlilikte olmadığı yorumu yapılmaktadır⁶⁴⁹.

i. Ortaklığın işleme onay vermesi

İlişkili taraf kavramı ile yöneticiler arasında kurulan bağlantı nedeniyle ilişkili taraf işlemlerinin hukuka uygunluğu yöneticilerin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde incelenir. Sadakat borcunu ihlâl eden işlemlerinse şirket tarafından onaylanabileceği kabul edilmiştir. Bu doğrultuda İngiliz hukukunda ilişkili taraf işlemine şirketin onay vermesi hâlinde yöneticinin kendisi ile işlem yapabileceği söylenir. Yukarıda ifade edildiği üzere, ortaklık ile pay sahibinin, özellikle de çoğunluk pay sahibinin bir tutulduğu anlayış çok uzun süre hüküm sürmüştür. Bu anlayışın bir yansıması olarak yöneticinin ilişkili taraf işlemine onay verebilecek makam ortaklığın kendisi, yani pay sahipleri idi. Onayın belli bir işlem grubunu kapsayacak şekilde esas sözleşme ile tanınabilmesi ayrıca mümkün kılınmıştı. Başlığın “pay sahiplerinin onayı” yerine “ortaklığın onayı” olarak tercih edilmesinin yine de bir nedeni bulunur. Zira esas sözleşmeye eklenecek hüküm vasıtasıyla işleme onay verme yetkisi yönetim kurullarına devredilebilmekte idi, ki bu yetki yoğun şekilde kullanılmıştır. Sonuçta 20. yüzyıla gelindiğinde ortaklıkların neredeyse yüzde doksanda işleme yönetim kurulu tarafından izin verilmesi öngörülmüştü⁶⁵⁰.

Birleşik Krallık'ta kanun koyucu, ilişkili taraf işleminde denetimin yönetim kurulu onayıyla sağlanmasının risklerini görmüş ve *Companies Act 2006* ile farklı yönde hükümler getirmiştir. Ortaklığın onayına dair olan bu hükümler, yönetim kurulu onayının özellikle sorun arz ettiği dar bir kapsamda pay sahiplerinin işleme izin vermesini şart koşmuştur. Geçmiş yıllarda yaşanan skandalların ürünü olan bu hükümler, *section* 188 ile 225 arasında, ortaklığın yöneticilerine ilişkin 10. kısmın,

⁶⁴⁹ Davies, s. 377, 381.

⁶⁵⁰ Davies, s. 365-370.

üyelerin iznini gerektiren yönetici işlemlerine dair 4. bölümü olarak düzenlenmiştir. Burada temel olarak yöneticilerin hizmet sözleşmeleri ile tazminatları, önemli miktarda devirler ve kredi olarak nitelendirilebilecek işlemler ele alınmıştır⁶⁵¹. Tüm bu işlemlere pay sahipleri tarafından izin verilmesi aranmış; söz konusu iznin yokluğunda işlemin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacağı öngörülmüştür. Keza hukuki sorumluluk rejimi çok geniş bir kapsamda düzenlenmiş; ilişkili ya da değil tüm yöneticiler ile birlikte bu sıfatı haiz olmayan diğer ilgili kişiler de zararı tazminle yükümlü tutulmuştur⁶⁵².

ii. Bildirim yükümlülüğü

Kanun koyucunun hükme bağladığı diğer bir yöntem yöneticilerin, doğrudan ya da dolaylı şekilde ilgili oldukları işlem ve anlaşmalar hakkında diğer yöneticilere bilgi vermesidir (*Company Act 2006, section 177*). Verilen bilginin ilişkinin doğasını ve kapsamını açıklaması gerekir. Ayrıca hükümde, açıklanan bilginin yanlış ya da yetersiz olması durumunda, yeni bir bildirimde bulunmak gerektiği düzenlenmiştir.

Hükümün 4. fıkrasında bildirimin işlemden önce yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Böylece *Company Act*, *ex ante* yöntemlere öncelik vermiştir. Fakat hükümün ne kadar etkili olduğu ayrı bir sorudur. Bu çerçevede aynı hükümde yöneticilerin bildiği veya bilmesinin beklenebileceği menfaat çatışmaları hakkında bildirimde bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun ötesinde, menfaat çatışmasına yol açmayacağı muhtemel görülen işlemlerin bildirilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmiştir⁶⁵³.

iii. Borsaya kote şirketlerde durum

Başta mahkemeler, daha sonra *Companies Act* tarafından öngörülen kurallar, borsaya kote ortaklıklar için uygulananlara nazaran esnek bir rejim getirmiştir. Bu rejim farklılığı sadece bugün için değil, geçmiş düzenlemeler bakımından da geçerlidir⁶⁵⁴. Zira yatırımcıların korunması için geliştirilen yaklaşım İngiliz hukuku

⁶⁵¹ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 154, 156; **Roth**, 10-11; **Davies**, s. 374-375.

⁶⁵² **Davies**, s. 376.

⁶⁵³ **Davies**, s. 373. *Company Act 2006, section 177*, para. 6(a): “A director need not declare an interest – (a) if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest.”

⁶⁵⁴ Bilgi için **Davies**, s. 362, 384 vd. Ayrıca bkz. **Goshen**, s. 431-432. Yakın tarihe kadarki İngiliz sistemi yatırımcıları yöneticilerden korumaya odaklanmıştı. Blok ya da hâkim pay sahiplerinin varlığı yabancı şirketlerin Londra sermaye piyasalarında varlık göstermesiyle kamunun ve medyanın dikkatini çeker olmuştur, bkz. **Cheffins**, s. 510 vd.

tarafından benimsenmiş olmakla birlikte, aynı korumanın kapalı anonim ortaklıklar için gerekli olmadığı yanılması yine bu hukuk sisteminde kendine yer bulmuştur.

Borsaya kote anonim ortaklıklar içinden *premium* kotasyonda olanların⁶⁵⁵ ilişkili taraflarıyla yapacaklar işlemler, ilgili kamu otoritesi olan *Financial Conduct Authority* tarafından yayınlanan kotasyon kurallarının (*listing rules*) 11. bölümünde bazı düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bir ilk tespit olarak, bu düzenlemelerin diğer ülkelerde karşımıza çıkan modern yaklaşımı yansıttığı söylenebilir. Bu duruma ilk örnek ilişkili tarafın tanımıdır (LR 11.1.4). İngiliz hukukunda alışık olunanın aksine burada pay sahipleri de dikkate alınmıştır⁶⁵⁶. Daha ötesinde, önemli etkinin ilişkili taraf konumu yarattığı görülmektedir⁶⁵⁷.

Borsaya kote şirketler için getirilen düzenlemeler temelde iki alışlageldik yönetime ilişkindir. Bunlar bildirim yükümlülüğü ve bir özel karar alma süreci olan azınlık pay sahiplerinin çoğunluğunun onayıdır (MoM). İlk olarak, ortaklık ilişkili tarafın kim olduğunu ve işlemle olan bağlantısının doğası ile kapsamını piyasa kurallarına uygun şekilde açıklayacaktır. Ayrıca pay sahiplerine de bir sirküler ile bu durumun bildirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak, bu işlemler için pay sahiplerinin izni alınacak ve izne dair bu kararda ilişkili tarafların oy kullanmaması sağlanacaktır (LR 11.1.7). Buna karşın, belli bir hacmin altındaki veya ticaretin olağan akışında (*ordinary course of business*) gerçekleştirilen işlemler bu düzenlemelerin kapsamı dışındadır⁶⁵⁸. Nihayet bu yöntemlere borsanın denetim ve yaptırım mekanizmalarını eklemek gerekir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ Henüz *Brexit*'in hüküm ifade etmediği şu günlerde, Birleşik Krallık'ta iki tip kotasyondan bahsedebiliriz. Birincisi, AB mevzuatından (*acquis communautaire*) kaynaklı yükümlülükleri yerine getiren standart kotasyon; ikincisi ise daha ağır yükümlülükleri dahi karşılayan ortaklıklar için geçerli olan *premium* kotasyondur. İşte bu ikinci gruba giren ortaklıklara ilişkili taraf işlemlerine dair özel bazı yükümlülükler getirilmiştir. Benzer düzenlemelere diğer Birleşik Krallık piyasalarında da rastlamak mümkündür, bkz. **Davies**, s. 389. Eğer Birleşik Krallık SRD II düzenlemelerini iç hukuka aktarmak durumunda olsaydı standart kotasyondaki şirketler için de değişikliğe gitmesi gerekcekti (ECLE, Implementation of the SRD II, s. 18).

⁶⁵⁶ **Roth**, s. 11; **Cheffins**, s. 524; **Davies**, s. 392; **Böckli et al.**, s. 22. Kontrolü haiz pay sahipleri kadar belli bir oranın (%10) üstünde oya sahip olup da bu anlamda kararlara katılım gösterebilen önemli pay sahipleri (*substantial shareholder*) de ilişkili taraf kabul edilmiştir (LR 11.1.4A).

⁶⁵⁷ **Davies**, s. 386. Burada incelediğimiz hükümlere ek olarak Birleşik Krallık'ta, bir de çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız muhasebe standartları düzenini yansıtan *Financial Reporting Standard* (FRS) bulunur. Bu kapsamda FRS 8'in IAS (TMS) 24'teki ilişkili taraf tanımını aynen benimsediği ifade edilmektedir (**Aygün**, s. 28).

⁶⁵⁸ **Cheffins**, s. 525; **Davies**, s. 387-388. Buradaki eşiklerin işlemlerin önemli bir kısmının dışarıda kalmasına neden olduğu yönünde bkz. aynı eserde s. 390 vd.

⁶⁵⁹ **Davies**, s. 395.

3. Fransa

Fransız hukuku ilişkili taraf işlemleri kuramına önemli malzemeler sunar. Bu milenyumda başlayıp günümüze dek devam eden tartışmaların bir sonucu olarak Fransız hukuk sisteminde menfaat çatışmaları ve tünelleme kavramlarına geniş yer ayrılmıştır⁶⁶⁰. Çoğu sistemde karşımıza çıkan sermaye piyasası ve şirketler topluluğu konularının yanında ticaret hukukunun genel hükümleriyle de birtakım açılımlar gerçekleştirilmiştir.

a. İlgili Mevzuat

Fransız ticaret kanunu *Code de commerce* anonim ortaklıkları L. 225-1 ile 225-270 maddelerinde düzenlemiştir. L. 225-38 ile 225-43 arasında ilişkili taraf işlemlerine dair hükümler mevcuttur⁶⁶¹. Mezkûr maddeler sistematik anlamda ortaklığın yönetimine ilişkin ikinci bölümün (*section*) altında yer almakla birlikte belli bir oranın üzerinde paya sahip olan kişileri de kapsar. Ayrıca L. 242 altında cezai sorumluluk düzenlenmiş; L. 242-6 ile yöneticilerin, yarattıkları menfaat çatışmalarında – ki bu çatışmanın ilişkili taraf işlemi şeklinde gündeme gelmesi son derece olasıdır – anonim ortaklığa zarar vermeleri hâlinde duruma göre 5 ya da 7 yıl hapis cezası ve 375.000 ila 500.000 Euro para cezası ile cezalandırılmaları hükme bağlanmıştır⁶⁶².

C. com. art. L. 225-38, ilişkili taraf (*partie liée/ intéressée*) kavramına yer vermemekle birlikte, kimlerin ilişkili taraf olduğunu belirlemektedir. Zira bu hükme göre, ortaklık ile yöneticileri ve yüzde ondan daha yüksek oranda oy hakkına sahip pay sahipleri ve bu pay sahipleri birer ortaklık iseler bunları kontrol eden şirketler arasında akdedilen veya bu sayılan kişileri dolaylı olarak ilgilendiren işlemler özel bir rejime tabidir (*al. 1, 2*). Aynı şekilde ortak bazı yöneticileri barındıran şirketler arasındaki işlemler de bu kapsamdadır (*al. 3*). Dolaylı olarak ilgili kimselerden kasıt, sözleşmenin taraflarıyla bağlantısı olan veya onları yönlendirme gücü bulunup da işlemten yarar sağlayan kişilerdir⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Helleringer**, s. 401 vd. İlişkili taraf işlemlerinin 1863'ten bu yana tarihçesi için aynı eserde s. 404-406. Ayrıca bkz. **Bora**, s. 58-59.

⁶⁶¹ **Schmidt**, s. 110-111; **Helleringer**, s. 400.

⁶⁶² **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 165; **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 518. Kanun burada azınlığa şikâyet hakkı tanıyarak etkin bir yaptırım sistemi öngörmüştür.

⁶⁶³ **Helleringer**, s. 423. Tanımlamanın doktrinin ve idari otoritenin önerilerinden kaynaklandığını, bu konuda kanunda açıklık olmadığını belirtelim. Detaylı bir inceleme için bkz. **Schmidt**, s. 122-129.

b. Tercih Edilen Yöntemler

C. com. art. L. 225-38 vd. hükümleri hem halka açık hem de kapalı anonim ortaklıklara uygulanır⁶⁶⁴. Fransız hukuku böylece önemli bir atılım gerçekleştirmiştir. İlişkili taraf işlemlerini ortaklık tiplerine göre ayırtırmadan önce genel bir sistem kurgulamış olması, bizim savunduğumuz bütünlükçü bakış açısına son derece uygundur. Ortaklık tipleri özelinde hükümlerin varlığı ise kaçınılmazdır ve şüphesiz desteklenmelidir. Aşağıdaki açıklamalar bu iskeleti dikkate alacaktır. İlişkili tarafları ilgilendiren diğer oy hakkı kısıtlamaları ise incelemenin dışında bırakılmıştır⁶⁶⁵.

i. Genel olarak

Fransız hukukunda ilişkili taraf işlemleri birtakım özel düzenlemeye tabidir. Fakat bu düzenlemelerin kapsamına akdedilen işlemin niteliği yönünden bazı sınırlar getirilmiştir. Direktife uygun olarak, olağan (gündelik) ticari faaliyetlerle ilgili olarak ve piyasa şartlarında gerçekleştirilen işlemlere muafiyet tanınmıştır⁶⁶⁶ (C. com. art. L. 225-39). Doktrinde ve yargı kararlarında bu işlemleri tespit ederken, belli bir sıklıkta tekrarlanıp tekrarlanmadıklarına ve şartlarının daha önce akdedilen emsal işlemlere uygunluğuna bakılmaktadır⁶⁶⁷.

Düzenlemelerin uygulama alanına giren ilişkili taraf işlemleri içinse öncelikle özel bir karar mekanizması gündeme gelir. C. com. art. L. 225-38 uyarınca maddede sayılan ilişkili tarafların ortaklıkla akdettikleri ya da dolaylı olarak bu tarafları ilgilendiren tüm işlemler yönetim kurulunun onayına tabidir. Kanuna göre işlemle doğrudan veya dolaylı ilgili olan kişiler oylamaya ya da müzakereye katılamazlar (C. com. art. L. 225-40). Güncel hâlinde *Code de commerce* yönetim kurulunun onaya ilişkin kararının gerekçelendirilmesini aramıştır. Bu gerekçede işlemi akdetmenin şirket için yararı ve özellikle işlemin finansal şartları belirtilir (C. com. art. L. 225-38, al. 4). Yönetim kurulu kararı sonrasında denetçinin bir rapor hazırlaması ve bu raporun genel kurula sunulması gerekecektir⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 18; **Helleringer**, s. 400.

⁶⁶⁵ Bu konuda bilgi için bkz. **Schmidt**, s. 129 vd.

⁶⁶⁶ **Helleringer**, s. 400, 423-424; **Schmidt**, s. 119; **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 498-499. Kanunda (art. L. 225-39) piyasa şartları değil, normal şartlar (*conditions normales*) ifadesinin kullanıldığını belirtelim.

⁶⁶⁷ Philippe Pétel (Ed.), **Code de commerce**, Vingt-sixième édition, Paris: Lexis Nexis, 2013, s. 285-286.

⁶⁶⁸ **Helleringer**, s. 407-408.

Fransız hukukunda farklı yaklaşılan bir yöntem, azınlığın çoğunluğu (MoM) ile işlemin onaylanması sürecidir. Zira burada işlem yapıldıktan sonra olağan genel kurulda işleme icazet verilmesi öngörülmüştür. Doktrinde bu yöntemin gerçek bir sonucu olup olmadığı sorgulanır. Zira düzenlemeye göre, genel kurul işleme onay versin ya da vermesin, işlem hile ile sakatlanmamışsa üçüncü kişiler için sonuç doğuracaktır (C. com. art. L. 225-41, al. 1). Diğer bir ifade ile işlem, ortaklık için bağlayıcıdır⁶⁶⁹. Lakin uluslararası literatürde bu düzenlemeler dahi anlamlı görülür. Zira işlemin gerçekleşmesini engelleyemeyen olumsuz oylar ilişkili taraf ve yönetim için bir itibar ya da güven kaybına yol açacaktır⁶⁷⁰.

Code de commerce yukarıda bahsi geçen düzenlemelere aykırılığı iki noktada yaptırıma bağlamıştır. İlk olarak pay sahipleri genel kurulun onaylamadığı işlemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için ilişkili tarafa ve yönetim kurulu üyelerine dava açabilmektedirler. Hukuki sorumluluğa ek olarak şirket malvarlığının suistimali kapsamında bazı ilişkili taraf işlemlerinin cezai sorumluluğu gündeme getirmesi de mümkündür. İkinci olarak, yönetim kurulunun onaylamadığı işlemlerden ortaklık için zararlı sonuçlar doğuranların iptali talep edilebilecektir⁶⁷¹ (C. com. art. L. 225-42). Son olarak, borçlanma yasağı yönünden Türk hukukuna benzer bir sistemin izlendiğini ve bu işlemlerde ciddi bir yasaklama rejimi öngörüldüğünü belirtelim⁶⁷².

ii. Borsaya kote anonim ortaklıklarda durum

Bilindiği üzere ilişkili taraf işlemleri, payları borsaya kote edilmiş, bu nedenle pay sahipliği yapısı dağınık ortaklıklarda özel ilgi görür. Çoğu hukuk sisteminde karşılaştığımız bu fenomene bir örnek de Fransız hukukudur. Bu bağlamda, ihraç ettiği sermaye piyasası araçları borsada işlem gören ortaklıklar IAS 24 doğrultusunda bildirim yükümlülüklerine tabidir. Yılda iki kere yayınlanması öngörülen raporlar yardımıyla ortaklığın finansal durumunu ya da ulaştığı sonuçları önemli ölçüde (*significativement*) etkileyen ilişkili taraf işlemleri ve önceki yıllık raporda açıklanan

⁶⁶⁹ Schmidt, s. 111; ECLE, Implementation of the SRD II, s. 30; Enriques/ Tröger, s. 10-11; Helleringer, s. 408; Conac/ Enriques/ Gelter, s. 516.

⁶⁷⁰ Li, s. 2.

⁶⁷¹ Conac/ Enriques/ Gelter, s. 507, 515. Genel kurulun işlemi onaylamamasına ise bu yönde sonuç bağlanmamıştır (Pétel, s. 287).

⁶⁷² Pétel, s. 288-289; Helleringer, s. 408, 409, 412-414; Conac/ Enriques/ Gelter, s. 499; Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler, s. 158.

işlemleri etkileyen değişiklikler *inter alia* açıklanır (Règlement général de l'autorité des marchés financiers, art. 222-6⁶⁷³).

Emredici hükümlerin yanı sıra, finans piyasalarını gözeten idari otorite olan *Autorité des Marchés financiers* önerileri ve kılavuzlarıyla Fransız uygulamasına yön vermektedir. Bu otoritenin halka açık anonim ortaklıklara dönük tavsiye kararları da farklılık yaratan diğer bir husustur. Bu kararlarda *Autorité des Marchés financiers*, ortaklıklara ilişkili taraf işlemlerini belirlemeye yarayan kriterleri bir iç yönergede yayınlamalarını, ciddi etkileri olan işlemlerde bağımsız danışmanlardan yararlanılmasını ve şeffaflığı sağlamak adına işlemlerin ayrı ayrı onaya sunulmasını önermektedir⁶⁷⁴.

iii. Şirketler topluluklarına uygulanacak hükümler

Aynı topluluğa mensup şirketlerin sürekli etkileşim hâlinde olduklarını ve bu durumun işlem hacmi bakımından sonuçları olduğunu gözetten hukuk sistemlerinden biri de Fransız hukukudur. Zira tam hâkimiyet durumunda hâkim şirket ile bağlı şirket arasında gerçekleştirilen işlemler diğer bir muafiyet hâlidir (C. com. art. L. 225-39). Bu hüküm bakımından tam hâkimiyetten anlaşılmaması gereken, bir şirketin diğerinin sermayesinin toplamına sahip olmasıdır.

Fransız yüksek mahkemesi *Cour de cassation* ise bu muafiyeti getiren kanun değişikliği öncesinde verdiği kararlarında, ciddi ekonomik bağlantılar içinde olan grup şirketlerinin aşırı görülmecektir, bu anlamda şirketleri risk altına sokmayacak ölçüdeki işlemlerini topluluk menfaati gerekçesiyle hukuka uygun görmekteydi. Bu savunmadan yararlanabilmek için, topluluk içi işlemde doğan edimlerin belli bir ekonomik denge içinde olması da aranmıştı⁶⁷⁵. Fransız uygulaması bu yönüyle, bağlı şirketin tekil menfaatini her koşulda koruyan Alman şirketler topluluğu sisteminden ayrılmaktaydı⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Yönetmelik için bkz. <https://reglement-general.amf-france.org/eli/fr/aai/amf/rg/notes/fr.html> (E.T. 29.07.2020).

⁶⁷⁴ **Helleringer**, s. 400, 410-411.

⁶⁷⁵ *Rozenblum* doktrini olarak adlandırılan bu kararlar hakkında bilgi için bkz. **Helleringer**, s. 411; **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 519-520; **Böckli et al.**, s. 18. Bu doktrin AB düzeyindeki uyumlaştırma çalışmalarına da yön vermektedir, bu konuda bkz. **Özcanlı**, Yeni Yaklaşımlar, s. 377-378.

⁶⁷⁶ **Özcanlı**, Yeni Yaklaşımlar, s. 379.

4. Almanya

Alman ortaklıklar hukuku Türk hukukuna hem doğrudan hem de İsviçre hukukuna etkisi nedeniyle dolaylı olarak yön vermiştir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine Alman hukuk sisteminin bakışı Türk hukukunu anlamak açısından son derece önemli görülmelidir. Bu bağlamda ilişkili taraf işlemlerine karşı süregelen kayıtsızlığa Almanya örneğinin ışık tuttuğu kanaatindeyiz. İleriye dönük olarak ise, pratik çözüm önerileri için Alman hukukundaki gelişmelerden yararlanılabilir.

Konu üç başlıkta incelenecektir. İlk olarak, kanun koyucunun seçimlerinde rol oynadığı ifade edilen finans atmosferinden bahsedilecektir. İkinci olarak, klasik diye adlandırabileceğimiz, ilişkili taraf işlemlerini dağınık bir şekilde de olsa konu edinen ve bir ölçüde koruma sağlayan yöntemler ele alınacaktır. Üçüncü ve son olarak güncel gelişmeleri aktaracağız.

a. Finansal Altyapının Hukuk Düzenine Etkisi

Alman hukukunda ilişkili taraf işlemlerini inceleyen yazarlar açıklamalarına bu ülkenin finans sistemini izah etmekle başlarlar. Bu refleks yerindedir. Zira Alman şirketlerinin pay sahipleri arasında genellikle bir banka bulunur ve bu banka, şirketin finansal operasyonlarında etkin rol alır. Hâliyle ilişkili taraf işlemleri genellikle bu banka ile şirket etrafında gerçekleşir⁶⁷⁷. Aşağıda evvelemirde “banka temelli şirketler topluluğu” olarak tanımladığımız bu durum ele alınacak, devamında Türk hukukuna etkisi irdelenecektir.

i. Banka temelli şirketler topluluğu

Tarafımızca “banka temelli” addedilen Alman endüstriyel yapılanmasında, bankalar başta olmak üzere sigorta şirketleri ve benzeri finans kurumlarının ortaklar çevresinde önemli roller üstlendikleri bir zaman dilimi olmuştur. Aynı kişilerin çok sıfatlı konumunun ortaklıklar arasında bağlantı veya etkileşim yaratması Alman hukukuna özgü değildir. Keza Güney Kore ve Japonya gibi diğer sanayi ülkelerinde de kısmi hâkimiyet altındaki bağlı şirketlere ve bunlar vasıtasıyla kurulan ilişkiler yumağına rastlanır⁶⁷⁸. Fakat bu durumun sıklığının da etkisiyle Almanya’da, farklı

⁶⁷⁷ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 96; Goshen, s. 434; ayrıca bkz. Tröger, s. 432-433.

⁶⁷⁸ Roth, s. 2. Almanya’da *konzern* olarak adlandırılan bu yapılar Japonya’da *keiretsu*, Güney Kore’de ise *chaebol* ismi verilmiştir. Japonya örneğinde iki alt tür bulunur. Pay sahibinden ziyade yönetici odaklı olan bu gruplarda odak noktası bir bankaysa ve ayırt edici olan bu bankanın gruba

sektörlerden birçok oyucunun tek bir yapı gibi düşünülmesine imkân veren, özellikli bir pazar kurgusu oluşmuştur. Doktrinde bu yapıya Almanya A.Ş. (*Germany Inc. – Deutschland AG*) adı verilir⁶⁷⁹.

Banka temelli yapı, bankaların oy gücüne işaret eder. Bu fenomenin temelleri Alman sanayisinin kuruluşunda atılmıştır. Çağdaş Alman ekonomisinin yükselişi 19. yüzyılın ikinci yarısına tekabül eder. Alman şirketleri bu dönemde sermaye ihtiyacını bankalardan borç alarak değil, özsermaye finansmanıyla sağlarlar. Lakin yatırımcılar küçük tasarruf sahiplerinden ziyade diğer ortaklıklar olmuştur. Bu nedenle dağınık pay sahipliği yapısı yerine blok pay sahipleri ağırlık kazanır. Dikkat çekici diğer bir husus, fon arz edenlerin piyasalara erişiminde bankalara tanınan aracı rolüdür. Erken dönemde yaşanan mağduriyetler nedeniyle tercih edilen bu yöntem bankaların blok pay sahipleriyle arasındaki ilişkiye de yansımıştır. Nihayetinde Alman ekonomisinde dış kaynak borçlanması düşük, payları blok pay sahipleri arasında paylaşılmış ve bir miktar payı bankalarca edinilmiş ortaklıklar yaygınlaşmıştır. Aynı bankalar blok pay sahiplerinin temsilcisi olarak hareket ettikleri için düşük pay sahipliği oranına karşın kontrol gücünü de edinmiştir⁶⁸⁰. Bu gücün karşılığında ortaklıklar da ihtiyaç duyulan tüm finansal desteği o bankadan almıştır⁶⁸¹. Aslında bu hikâye, Türk hukukunda garipsenen bazı hükümlerin varlık sebebini de bize gösterir.

Almanya A.Ş. örneğinde ortaklıklar hukukunu etkileyen, pay sahiplerinin menfaatindeki değişim ve bu değişimin sonuçlarıdır. Zira gelir odaklı hareket eden finans kurumları bu geliri tek bir ortaklıkta değil, daha geniş yapıda maksimize etmeye çalışırlar. Bunu başarabilmek için münferit ortaklıkların değerini tepeye çıkarmaktan kaçınılır. Sonuçta, tünellemenin temel gerekçelerinden biri olup şirket menfaati ile doğrudan çatışan kısa vadeli pay sahipliği menfaati bu yapıda mevcut olmaz. Bunun yerini kazancı korumak adına da olsa nihayetinde yönetimi ve diğer blok pay sahiplerini sürekli denetim altında tutan pay sahipliği yaklaşımı alır⁶⁸². Arz

sağladığı finansmansa yatay *keiretsu*; temelde bir üretici bulunuyor ve grubun diğer üyeleri genellikle bu üreticinin sağlayıcıları ile müşterilerinden oluşuyorsa dikey *keiretsu* söz konusudur, bilgi için bkz. **Dow/ McGuire**, s. 1818. Türk okuyuculara tanıdık gelecek bir yatay keiretsu örneği Mitsubishi'dir.

⁶⁷⁹ **Tröger**, s. 428, 431; Wolf-Georg Ringe, “**Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG**”, *The American Journal of Comparative Law*, Y. 2015, C. 63, S. 2, s. 499.

⁶⁸⁰ Bu açıklamalar için bkz. Julian Franks/ Colin Mayer/ Hannes F. Wagner, “**The Origins of the German Corporation – Finance, Ownership and Control**”, *Review of Finance*, Y. 2006, C. 10, S. 4, s. 538, 582; **Ringe**, s. 500-501.

⁶⁸¹ Bu bankalar için *Hausbank* tabiri kullanılmaktaydı, bkz. **Ringe**, s. 501.

⁶⁸² **Tröger**, s. 432-434. Finans kurumlarının şirkete müdahalesinin daha ziyade ortaklıktan değer çıkışına dönük olduğu yönünde aynı sayfada bkz. dn. 24.

aşamasında rol alan, hisselere yediemin ve oylara temsilci konumundaki bankalar güven kurumu rolünü bu şekilde üstlenince, hukuk düzenlemeleri de aynı doğrultuda gelişmiştir. Bu nedenle yatırımcıları korumak yerine bankaların bu konumuna yoğunlaşmış bir mevzuat ortaya çıkmıştır⁶⁸³.

Bu yapının öne çıkan diğer bir özelliği yönetim personelinde çakışmadır⁶⁸⁴. Aynı kişilerin birden fazla (aynı grubun parçası olan) ortaklığın yönetiminde rol oynaması grup içi işlemleri sıkılaştıran ve zararlı ilişkili taraf işlemlerini kolaylaştıran bir husus olarak kabul edilir. Fakat Almanya örneğinde bu riski bertaraf eden ya da en azından ön plandan kaldıran finans kurumlarının etkisi ve kontrolü olmuştur.

Ekonomik gelişmelerin, bu kapsamda özellikle Avrupa pazarlarında meydana gelen yakınlaşmanın ve küreselleşmenin etkisiyle Almanya A.Ş. güçten düşmüştür. Gelişmelerin Alman bankaları üzerinde rekabetçi baskı yarattığı ve iş modellerini değiştirmeye yönelttiği söylenir⁶⁸⁵. Aslında bu durum bankalar tarafından da tercih edilmiş; kârlılığı düşük sanayi yatırımları bir kenara bırakılarak yatırım bankacılığı gibi daha kârlı sektörlere ağırlık verilmiştir⁶⁸⁶. Neticeten Almanya’da pay sahipliği konsantrasyonu ekseriyetle dağınık⁶⁸⁷ ve ulus üstü bir yapıya kavuşmuştur. Böylece güvenilir Alman bankalarının denetimine dayanan topluluk içi harmoni de yok olmuştur.

ii. Türk hukuku bakımından bir (ek) değerlendirme

Alman doktrininden aktardığımız görüşlerin ortaya koyduğu üzere, bu hukuk sisteminde bazı temel çatışmaların çözümünde finansal yapının taşıdığı özelliklerden, bu çerçevede şirketler topluluklarına ilişkin hükümlerden yararlanılmıştır. Cümleyi tersten okumak gerekir: Şirketler topluluklarına ilişkin hükümlerin fayda sağlamış

⁶⁸³ **Franks/ Mayer/ Wagner**, s. 539, 554; **Ringe**, s. 496.

⁶⁸⁴ **Tröger**, s. 431; ayrıca aynı sayfada dn. 16.

⁶⁸⁵ **Tröger**, s. 448.

⁶⁸⁶ **Ringe**, s. 523. Bu değişimin nedenleri hakkında detaylı açıklama için bkz. aynı eserde s. 517-526.

⁶⁸⁷ **Baums/ Scott**, s. 58. Yazarların dağınık yapıdan kastı, sistemin temelindeki banka yoğunluğunun dağılımıdır. Zira 2010’lar Almanya’sında halka açık şirketlerin %40’ında çoğunluk pay sahibi, %73’ünde ise oy haklarının beşte birinden fazlasına sahip güçlü ortak gözlemlenir (**Engert/ Florstedt**, s. 265). Başka bir araştırma ise, halka arzdan sonraki 6 yıl içinde Alman şirketlerinin sadece %1,85’inde güçlü ortağın (bu çalışmada dörtte bir olarak alınmıştır) ortadan kalktığını tespit eder. Birleşik Krallık’ta bu oran %33,33’tür (**Goergen/ Renneboog**, s. 163). Bu süreçte oy haklarının bireylerden çıkıp şirketlere ve bankalara geçişi de gerçekleşmiştir (**Franks/ Mayer/ Wagner**, s. 568). Ayrıca bkz. **Ringe**, s. 501 vd.

olmasının nedeni, finansal altyapının buna izin vermesidir⁶⁸⁸. Uzun yıllar boyunca büyük bir eksiklik hissedilmemiş olması, kendi gerçekliğini dikkate alan özgün (*tailor-made*) hükümlerin geçerliliğini muhafaza etmesindendir.

Peki Türkiye’de ve Türk hukukunda durum nasıldır? Aile şirketlerinin ve tek pay sahipli ortaklıkların sık görüldüğü, şirket mevcutlarının kullanımı noktasında hâkim ortak ile şirket tüzel kişiliğinin bir tutulduğu bu sistemde, şirketler toplulukları sık karşılaşılan bir yapı değildir. Gerçek kişinin pay sahipliğinde yatay şekilde birden çok ortaklığın bulunduğunu görmek mümkün olmakla birlikte, bu yapıların şirketler topluluklarına vücut vermediği kabul edilir. Aksi görüşün kabulü hâlinde dahi kanaatimizce denetim mekanizmalarının yetersizliği nedeniyle TTK m. 202 vd. hükümlerden istifade etmek pek kolay değildir.

Türk hukuku yönünden kanaatimiz, şirketler topluluğu hükümlerinin ilişkili taraf işlemlerini düzenlemekte yeterli bir uygulama alanı olmadığı yönündedir. Bu nedenle mehzaz kanunların geriye kalan düzenlemelerinin yeterliliği önem arz eder. Aşağıda görüleceği üzere, Almanya A.Ş. düzeninin ortadan kalkması ile birlikte Alman hukuku için dahi söz konusu düzenlemelerin yetersizliği ifade edilir olmuştur. Türk hukuku yönünden değerlendirmeyi bu güncel zaman dilimini dikkate alarak yapmak gerekir. Ulaşılabilecek sonucun Alman kanun koyucusunu reform yapmaya iten değerlendirmeden farklı olmayacağı düşüncesindeyiz.

b. İlişkili Taraf İşlemlerine Uygulanabilir Kurumlar

Alman hukukunda o ülkedeki şirket modellerine uygun bir yapı kurulmuş olması, ilişkili taraf kavramının dışlanması sonucunu doğurmuş olabilir. Fakat bu durum, anonim ve limited ortaklıklara ilişkin Alman kanunlarında azınlıklara koruma sağlanmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁶⁸⁹. Mevcut korumanın yeterli, Direktif hükümlerinin ise gereksiz olduğu dahi savunulmuştur⁶⁹⁰. Zira karşıdaki yapıyı dikkate alan ve bu nedenle kapalı bir sistemde etkili sonuçlar veren düzenlemeler Alman hukukunda pekâlâ mevcuttur. Bunların yansımaları Türk hukukunda yer

⁶⁸⁸ Doktrinde bu sistemin verimliliğinin ayrıca tartışıldığını da belirtelim. Kaybın denkleştirilmesine ilişkin yükümlülüklerin geçmişte göz ardı edilmiş olması eleştirilerin temel nedenidir, bu hususta bkz. **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 163.

⁶⁸⁹ **Tröger**, s. 428; **Baums/ Scott**, s. 40. Hatta genel kurul kararlarının iptaline dair AktG § 243 hükmünün sorumluluk kuralının klasik bir örneği olduğu yönünde **Goshen**, s. 434. Bu düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. **Roth**, s. 4-5; **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 499-502, 513.

⁶⁹⁰ **Tröger**, s. 438, dn. 40. Bilgilendirme yükümlülüklerinin yeterli olmadığı gerekçesiyle aksi yönde **Baums/ Scott**, s. 70.

almakta ve çalışmanın devam eden bölümlerinde incelenmektedir. Burada başlıca müesseselere değinmekle yetineceğiz.

i. Örtülü kâr dağıtım yasağı

Sermayenin korunması ilkesi, ilişkili taraf işlemleri düzenlenirken gözetilen birincil ilkelerdendir. İhlâli hâlinde geçersizlik ve zararın tazmini dâhil birçok yaptırımın gündeme geldiği sermayenin korunması ilkesinin Alman hukukundaki bir görünüm şekli de örtülü kâr dağıtım yasağıdır⁶⁹¹.

Aktiengesetz § 57/1'de sermayenin iadesi yasaklanmıştır. Ortaklık tasfiye edilmedikçe ortaklık malvarlığından pay sahiplerine sadece kâr payı ödemesi yapılır. Kâr dağıtımına dair kurallara riayet edilmeden gerçekleştirilen işlemler ise örtülü kâr dağıtımı olarak görülür ve yasaklanır. Burada kastedilen dağıtım, şirket değerlerinin pay sahiplerine aktarılmasını sağlayan (= tünelleme) işlemleri kapsayacak biçimde geniş anlamlıdır. Keza hükümle sadece sermaye değerleri değil, ortaklığın tüm malvarlığı korunur⁶⁹².

Kanun bu korumayı sağlamaya elverişli yaptırımlar öngörmüştür. Zira örtülü dağıtımı gerçekleştiren yöneticiler doğacak zarardan sorumlu oldukları gibi (AktG § 93/3, bent 1⁶⁹³), pay sahiplerinin aldıklarını iade etme yükümlülükleri ayrıca hükme bağlanmıştır (AktG § 62/1). Bu maddeye göre, iade yükümlülüğü kusurdan bağımsız olarak ödemeyi yeterli görmekte, sebepsiz zenginleşmeye dair genel hükümlerin iade borcunu hafifleten kurallarını da dışlamaktadır⁶⁹⁴.

ii. Şirketler topluluğu hükümleri

Almanya örneği açıklanırken vurgu şirketler topluluğundadır. Hâliyle zararlı ilişkili taraf işlemlerinin etkili yaptırımları şirketler topluluğu hükümleri arasında yer alır. Öyle ki bu yaptırımların ilişkili taraf işlemleri akdedilmeden önce devreye giren (*ex ante*) başkaca yöntemleri gereksizleştirdiği dahi ileri sürülebilir⁶⁹⁵. Bu başlık altında mezkûr hükümlere kısaca değineceğiz. Zira sistemin temellerinde TTK'nın

⁶⁹¹ Engert/ Florstedt, s. 264; Özdin, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 87-89.

⁶⁹² Conac/ Enriques/ Gelter, s. 502; Tröger, s. 439; Özdin, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 88.

⁶⁹³ Yöneticilerin sorumluluğunu doğuran, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi olgusudur: „Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden.”

⁶⁹⁴ Özdin, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 89.

⁶⁹⁵ Engert/ Florstedt, s. 269.

şirketler topluluğu hükümlerine benzer bir kurgu vardır⁶⁹⁶. Daha doğru bir ifade ile, TTK'nın şirketler topluluğu hükümlerinin temelleri Alman kanunundadır.

İlişkili taraf işlemlerine uygulanacak hükümlere fiili şirketler topluluklarında sorumluluğa dair AktG § 311 vd. maddeler örnek gösterilir. Bunlardan AktG § 311'e göre hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki etkisini onu kayba uğratacak şekilde kullanmaması veya kaybı bir yıl içinde tam olarak karşılaması gerekir⁶⁹⁷. Aksi hâlde hâkim şirketin, hâkim şirket yöneticilerinin ve bağlı şirket yöneticilerinin zarardan sorumlu tutulması ihtimal dâhilindedir (AktG § 317, 318).

Yönetim organı tarafından hazırlanıp bağımsız denetime sunulacak olan bağlılık raporu (*Abhängigkeitsbericht*) topluluk içi işlemler ile birlikte hâkim ortağın gerçekleştirdiği veya onun yararına olan işlemleri ortaya koyması adına yararlı görülmektedir⁶⁹⁸ (AktG § 312). Bağımsız denetim raporuyla tespit edilen aykırılıklar ve yöneticilerin uyarıları karşısında her bir ortağa tanınan özel denetim talep etme yetkisi (AktG § 315; karş. TTK m. 406) ilişkili taraf işlemlerinin tespit edilmesine imkân veren diğer bir düzenlemedir⁶⁹⁹.

c. Uyum Çalışmaları Kapsamında Kanun Değişikliği

Konuyu ele alan yazarların yorumu Almanya'nın ilişkili taraf işlemlerine dönük reformları desteklemediği, hatta ilgili AB Yönergesinin daha sıkı bir rejim getirmesinin önünde Almanya'nın engel oluşturduğu yönündedir⁷⁰⁰. Bu iddiayı haklı çıkaracak şekilde doktrinde bazı yazarlarca Direktifin Anglosakson sistemini esas aldığına vurgu yapıldığı görülür⁷⁰¹. Bu sitemkâr vurguya rağmen Alman kanun koyucusu Direktifin gereğini yapmış ve iç hukukun *acquis communautaire*'e uyumuna dönük faaliyetlerini gerçekleştirmiştir.

⁶⁹⁶ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 97.

⁶⁹⁷ Tröger, s. 443; Conac/ Enriques/ Gelter, s. 503.

⁶⁹⁸ Engert/ Florstedt, s. 264; Tröger, s. 444-445; Langenbucher, s. 316; Conac/ Enriques/ Gelter, s. 504; Roth, s. 6; McCahery/ Vermeulen, Corporate Governance Crises, s. 239.

⁶⁹⁹ Roth, s. 6; Conac/ Enriques/ Gelter, s. 504.

⁷⁰⁰ Tröger, s. 427. Bu tutumun Alman doktrini tarafından desteklendiği yönünde aynı sayfada dn. 5. Direktifin halka açık ortaklıkları esas aldığını hatırlayalım. Bu kapsamda dikkat çekici olan, ilgili mevzuatın Almanya'da yüz yıla yakın bir süre durağan seyretmesidir. 21. yüzyıla gelene değin, ciddi bir değişikliğe uğramayan hukuk kurallarının gösterdiği direnç anlayışla karşılanmalıdır. Bu bilgiler için ayrıca bkz. Franks/ Mayer/ Wagner, s. 544-545.

⁷⁰¹ Engert/ Florstedt, s. 264; Florstedt, s. 16, 18.

12.12.2019 tarihli İkinci Pay Sahipliği Direktifine Uyum Kanunu⁷⁰² ile *Aktiengesetz* başta olmak üzere muhtelif kanunda Direktif doğrultusunda değişiklik yapılmıştır. Uyum Kanunu’nun 1. maddesi fıkralar hâlinde *Aktiengesetz* dâhilindeki değişiklikleri düzenler. Konumuz bakımından öne çıkanlar ise 5. ve 6. fıkralardır. Bu fıkralar AktG § 107 hükmünün 3. fıkrasında değişiklik yapmakta ve AktG § 111’den sonra gelmek üzere 111a, 111b ve 111c maddelerini ihdas etmektedir.

Uyum Kanunu 1 Ocak 2020’de yürürlüğe girmiştir (Art. 16). Bu nedenle söz konusu maddeler çalışmamızın tanzim edildiği günlerde bir hayli yenidir. Konunun doktrin tarafından ele alınması için biraz daha süre tanımak gerekirken burada söz konusu hükümlerin ilgili kısımlarının Türkçe tercümelerini aktarmakla ve değişikliği açıklayan kısa izahlar yapmakla yetineceğiz.

AktG § 111 gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) üyelerinin hak ve borçlarını düzenler. Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere, hükümler içerikleriyle uyumlu olacak bir yerde konumlandırılmıştır. AktG § 111a maddesinin başlığı ise “İlişkili Taraf İşlemleri” (*Geschäfte mit nahestehenden Personen*) şeklindedir. Hükmün ilk fıkrasına göre, (1) *bir malın veya diğer bir malvarlığı unsurunun bedel karşılığı ya da bedelsiz olarak devrini veya kullanıma sunulmasını konu alan ve (2) 2. cümle uyarınca ilişkili taraflarla yapılan hukuki işlemler veya yöntemler ilişkili taraf işlemidir*. Fıkranın ikinci cümlesi ise kimlerin ilişkili taraflar olduğunun tespitinde uluslararası muhasebe standartlarının uygulanmasını konu alan AB mevzuatına atıfta bulunmaktadır. Özetle, ilişkili tarafın ve ilişkili taraf işlemlerinin tespiti uluslararası muhasebe standartlarına göre yapılacaktır. Bu nedenle kapsamın geniş şekilde belirlendiği yorumu yapılır⁷⁰³. Bu noktada Kıta Avrupası sistemleri için önemli gördüğümüz bir hüküm AktG § 111a Abs. 1’in son cümlesidir. Bu hükme göre yapmama edimleri maddedeki anlamıyla ilişkili taraf “işlemi” değildir⁷⁰⁴.

Maddelerin uygulama alanını daraltan diğer bir hüküm ise ikinci fıkradır. AktG § 111a Abs. 2’nin ilk cümlesine göre, *ilişkili taraflarla olağan ticari işleyiş içinde ve pazar şartlarında gerçekleştirilen işlemler, § 107 ve § 111a ila 111c hükümleri anlamında ilişkili taraf işlemi sayılmaz*⁷⁰⁵. Fakat bu istisnanın, daha doğru bir ifade ile bazı işlemlerin denetim dışı bırakılmasını sağlayan bu imkânın ortadan

⁷⁰² *Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)*, BGBl Nr. 50, 19.12.2019.

⁷⁰³ **Kuthe/ Lingen**, s. 381. Detaylı bir değerlendirme için **Florstedt**, s. 20 vd.

⁷⁰⁴ “*Ein Unterlassen ist kein Geschäft im Sinne des Satzes 1.*”

⁷⁰⁵ **Florstedt**, s. 32-36.

kaldırılması mümkündür. Ortaklık esas sözleşmesinde aksinin belirtilmesi hâlinde, bu kapsamdaki işlemler de söz konusu maddelerin kapsamında olacaktır (Abs. 2, son cümle⁷⁰⁶). Hangi işlemlerin bu fıkra yazılı koşulları sağladığı ise işlemle ilişkili tarafların dışlandığı bir karar alma süreci neticesinde belirlenecektir (Abs. 2, cümle 2).

Hükmün üçüncü ve son fıkrasında 6 bent hâlinde diğer istisnalar sayılmıştır. Yine burada sayılan işlemlerin AktG § 107 ve § 111a ila 111c hükümleri anlamında ilişkili taraf işlemi sayılmayacağı, diğer bir ifade ile bu işlemlerin getirilen denetim düzeninin dışında kaldığı öngörülmüştür. Bir önceki fıkra olduğu üzere, istisnanın esas sözleşme hükmü ile ortadan kaldırılması ve denetimin kapsamının genişletilmesi imkânı burada yazılı değildir. İstisnalardan ilki, bağlı şirketler (*Tochterunternehmen*) ile yapılan işlemlerdir. Bağlı şirket tanımlanırken uluslararası muhasebe standartları esas alınmıştır. İlk bölümde ilişkili tarafları incelerken TFRS 10'dan bahsetmiştik⁷⁰⁷. Burada da IFRS 10 esas olacak şekilde benzer bir kapsam söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucu bağlı şirketleri tanımlamakta uluslararası muhasebe standartlarına atıf yaptıktan sonra kapsamda daraltmaya gitmiştir. Buna göre tam hâkimiyet altındaki veya başka ilişkili taraf barındırmayan bağlı şirketler ile payları AB dâhilinde borsada işlem gören ilişkili taraflardan bahsedildiği açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu bağlı şirketler ile gerçekleştirilen işlemler AktG § 107 ve § 111a ila 111c hükümleri anlamında ilişkili taraf işlemi kabul edilmeyecektir⁷⁰⁸.

İkinci bende göre, *genel kurulun onayını ya da yetkilendirmesini gerektiren işlemler* mezkûr hükümlerin kapsamı dışındadır. Aynı şekilde *genel kurulun onayını ya da yetkilendirmesini hayata geçirmek üzere yapılan tüm işlemler ve faaliyetler* de AktG § 107 ve § 111a ila 111c hükümlerinin dışında tutulmuştur. Üçüncü bendin devamında bu işlem ve faaliyetlere örnekler verilmiştir. Sermaye artırımı, azaltımı, ortaklık malvarlığının devri, kendi paylarının iktisabı, azınlık pay sahiplerinin çıkarılması ve yeniden yapılandırma faaliyetleri öne çıkan örneklerdir. Borsaya kote ortaklık yönetim kurulu ve gözetim kurulu üyelerine yapılacak ödemeler de diğer bir istisna hâlidir. İdari makamların talebi veya onayı dâhilinde ortaklığın mali istikrarı için kredi kuruluşlarıyla yapılan işlemler de beşinci bendin konusudur.

⁷⁰⁶ “Die Satzung kann jedoch bestimmen, dass Satz 1 nicht anzuwenden ist.”

⁷⁰⁷ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/A/1/a.

⁷⁰⁸ Florstedt, s. 37.

Görüldüğü üzere üçüncü fıkra esas olarak topluluk içi işlemleri ve hâlihazırda başka mekanizmalar tarafından korunan işlemleri düzenlemektedir. Kanaatimizce altıncı ve son bent ayrık bir mantığın ürünüdür. Bu hükme göre, tüm pay sahiplerine eşit şartlarla yapılan teklifler de AktG § 107 ve § 111a ile 111c hükümleri anlamında ilişkili taraf işlemine sonuç vermezler⁷⁰⁹. Direktifin bu istisnaya imkân veren hükmü öğretide eleştirilir⁷¹⁰. Gerçekten ortaklık malvarlığının pay sahipleri arasında eşit şekilde dağıtılması dağıtımın hukuka veya şirket menfaatine uygun olduğu anlamına gelmeyecektir.

AktG § 111a hükmü ile ilişkili taraf işlemi tanımlandıktan ve bazı ilişkili taraf işlemleri uygulamanın dışında bırakıldıktan sonra, § 111b ve § 111c maddeleri hangi yöntemlerin işletileceğini düzenler. AktG § 111b hükmünde özetle işlemin onaya tabi kılınması; AktG § 111c hükmünde ise bildirim yükümlülükleri söz konusudur.

AktG § 111b⁷¹¹ uyarınca borsaya kote şirketlerin ilişkili taraflarıyla yaptığı işlemler gözetim kurulunun iznine tabidir (Abs. 1). Burada izinden bahsedilmiş olmasının sebebi, lafız uyarınca onayın işlemten önce verilmesinin (*vorherige Zustimmung*) aranmış olmasıdır. Maddede ayrıca bir oransal sınıra yer verilmiş ve ilişkili tarafla yapılan işlemin ekonomik değerinin tek başına veya aynı faaliyet yılında bu tarafla gerçekleştirilen diğer işlemlerle birlikte ortaklığın duran ve dönen varlıklarının toplamının %1,5 oranını aşması aranmıştır⁷¹². Paydanın tespitinde tanzim edilen son bilanço dikkate alınacaktır⁷¹³. Ortaklığın hâkim şirket olduğu bazı ihtimallerde ise konsolide finansal tabloların dikkate alınması öngörülmüştür (Abs. 3). Burada paydayı ortaklığın aktifleri olarak düşünmek hatalı olacaktır, zira atıf yapılan HGB § 266 düzenlemesine bakıldığında kanun koyucunun aktiflerden bahsetmekten bilinçli olarak imtina ettiği ve bu aktiflerin belli kısmını⁷¹⁴ dikkate almakla yetindiği anlaşılmaktadır.

Onayın bağımsız gözetim kurulu üyeleri tarafından alınmasını temin etmek amacıyla, işlemin iznine dair kararda oy hakkından yoksunluk öngörülmüştür. Buna

⁷⁰⁹ “Geschäfte, die allen Aktionären unter den gleichen Bedingungen angeboten werden.”

⁷¹⁰ ECLE, Implementation of the SRD II, s. 37.

⁷¹¹ Madde başlığı “Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäften mit nahestehenden Personen” şeklindedir. Bu hüküm hakkında bilgi için Kuthe/ Lingen, s. 381.

⁷¹² ECLE, Implementation of the SRD II, s. 22.

⁷¹³ Florstedt, s. 31. İlişkili tarafla son 12 ay içinde veya ilgili faaliyet yılında yapılan tüm işlemlerin birlikte hesaba katılacağı yönünde bkz. aynı eserde s. 39.

⁷¹⁴ Dikkate alınan bilanço kalemleri, duran ve dönen varlıklardır. Dışarıda bırakılan kalemler ise emeklilik planı fonları, tahakkuk eden ve ertelenen kalemler ile vergilerdir.

göre karara bağlanacak işleme ilişkili taraf olarak katılan veya bu ilişkili tarafla olan ilişkisi nedeniyle menfaat çatışması şüphesi bulunan gözetim kurulu üyeleri kararda oy kullanamazlar (AktG § 111b Abs. 2).

Kanun, gözetim kurulunun izin vermemesi hâlinde ne yapılacağını ayrıca düzenler. Bu husustaki dördüncü fıkraya göre, gözetim kurulunun izni reddetmesi durumunda yönetim kurulu genel kuruldan konuyu karara bağlamasını isteyebilir. Burada yine işleme katılan ilişkili tarafların oy haklarını kendisi veya bir başkası için (*für sich noch für einen anderen*) kullanamayacakları düzenlenmiştir (AktG § 111b Abs. 4). Görüldüğü üzere oy hakkından yoksunluk, Alman hukukunun ilişkili taraf işlemlerine yaklaşımında önemli bir yere sahiptir.

İlişkili taraf işlemleriyle ilgili olarak getirilen diğer bir düzenleme, işlemlerin kamuya açıklanmasına dair AktG § 111c maddesidir. Bu hükme göre borsaya kote ortaklıkların, AktG § 111b uyarınca izne tabi kılınan ilişkili taraf işlemlerini kamuya açıklaması gerekmektedir. Hatırlanacağı üzere %1,5 oranında bir izin eşiği mevcut idi ve bu eşiğin aynı faaliyet yılı içindeki birden fazla işlemin toplamıyla geçilmesi mümkündü. İşte bu sonuncu hâlde, hesaba katılan tüm işlemlerin açıklanması gerekli kılınmıştır⁷¹⁵.

Açıklama yükümlülüğünün kapsamı, şirketler topluluklarına uygulanacak özel bir hükümle genişletilmiştir. AktG § 111c Abs. 4 uyarınca, ortaklığın hâkim şirket olduğu ihtimalde bu ortaklığın (hâkim şirketin) ilişkili tarafıyla bir bağlı şirketi arasında gerçekleştirilen işlemler, eğer işlemin tarafı bağlı şirket yerine hâkim şirket olsaydı ortada AktG § 111b uyarınca izne tabi bir işlem bulunacak idiyse, yine AktG § 111c uyarınca kamuya açıklanması gereken işlemlerden sayılmıştır⁷¹⁶.

Ortaklığa getirilen açıklama yükümlülüğünün kapsamı ve yöntemi ise AktG § 111c Abs. 2’de düzenlenmiştir⁷¹⁷. Temel kural kamunun gerekli bilgilere kolay bir şekilde erişebilmesidir. Ayrıca erişime açılan bilgilerin içeriği, söz konusu işlemin ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin ve ortaklığın bakış açısından adil bir işlem olarak görülüp görülmediğini değerlendirmeye imkân verecek kapsamda olmalıdır.

⁷¹⁵ Bu işlemlerin içeriden öğrenenlerin ticaretine ilişkin mevzuatın kapsamında kalması hâlinde ikinci bir bildirim yükümlülüğü daha mevcut olup bu yükümlülük söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

⁷¹⁶ AktG § 111b ve 111c düzenlemelerinin devreye girmesini sağlayan oransal sınırın tespitinde, bağlı şirketin bu hüküm kapsamındaki işlemlerinin de hesaba katılacağı yönünde **Florstedt**, s. 41.

⁷¹⁷ **Kuthe/ Lingen**, s. 382.

Bu çerçevede asgari içerikte ilişkili tarafların isimleri, ortaklık ile ilişkileri, işlemin değeri ve de tarihi açıklanmalıdır. İlgili mevzuat uyarınca yapılacak açıklamaların ayrıca ortaklığın internet sitesinde en az beş yıl boyunca erişilebilir kılınması zorunlu tutulmuştur.

Son olarak, AktG § 107 hükmüne yapılan eklemeye borsaya kote şirketlere bir kolaylık getirilmiştir. Mezkûr hüküm esas olarak gözetim kurulunun iç işleyişini düzenler. Hükümün komitelere ilişkin üçüncü fıkrasında, üçüncü cümleden sonra gelmek üzere şu ekleme yapılmıştır: Borsaya kote ortaklıkların gözetim kurulları ayrıca, AktG § 111b Abs. 1 uyarınca verilecek onayları karara bağlamak üzere bir komite kurabilir. AktG § 111a Abs. 1'in 2. cümlesi anlamında işlemle ilgili ilişkili taraflar bu komiteye üye olamazlar. Komite üyelerinin çoğunluğu, ilişkili taraflarla ilişkileri nedeniyle menfaat çatışması bulunduğu şüphesi barındırmayan üyelerden oluşmalıdır.

Alman hukukunun bu değişikliklere ihtiyacı olup olmadığı veya en azından bu değişikliklerin bir fayda sağlayıp sağlamayacağı noktasında *Tröger* olumlu cevap verir. Fakat yazara göre bu yapılanlar ilişkili taraf işlemlerinin menfi sonuçlarından korunmak için yeterli değildir. Zira şirketler topluluğu kurallarının denetimindeki Almanya A.Ş. tasfiye olmuştur. Geriye kalan hükümlerse dağınık pay sahipliği çevrelerini korumakta yetersizdir⁷¹⁸.

5. İsviçre

Borsaya kote anonim ortaklıklara uygulanan İsviçre hukuku düzenlemeleri ile 2007/36/EC sayılı Direktif karşılaştırıldığında, ilişkili taraf işlemlerinin raporlanması ve kamuya açıklanması bakımından mevzuatta farklılıklar olduğu görülmektedir⁷¹⁹. Direktifin şeffaflığı sağlamak hususunda hassas davrandığı ve bilginin daha simetrik bir şekilde yayılmasını sağlayarak pay sahiplerinin ortaklığa bağlılığını artırmayı hedeflediği dikkate alındığında bu farklılık makul karşılanabilir. Bununla beraber, İsviçre ortaklıklar hukukunun ciddi bir reform içinde olduğu ve bir noktada yukarıda ifade edilen noktaların ötesine geçeceği akılda tutulmalıdır.

Halka açık ortaklıkları bir kenara bıraktığımızda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilişkili taraf işlemlerine bakışı, mehzaz kanun niteliğine uygun olarak, çalışmamızda

⁷¹⁸ *Tröger*, s. 438, 450.

⁷¹⁹ *Reutter*, N. 7-8.

ele alınanla örtüşür. Bu nedenle bu hukuk sistemini açıklamak için ilgili bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz⁷²⁰. Bununla beraber, Türk hukuku ile arasındaki önemli bir kısım farklılığa burada değinmek gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 678. maddesi, ortaklıktan haksız olarak alınanların iadesini düzenlemektedir. İlk fıkrada kâr payı ve benzeri ödemeler dikkate alınmıştır. Mezkûr maddenin ikinci fıkrası ise ortaklığın ifa ettiği edimlerin, karşı edimiyle arasında orantısızlık bulunması (ve diğer şartların mevcut olması) hâlinde iadesini düzenler. Fıkranın Türk Ticaret Kanunu’nda karşılığı yoktur. Bu ciddi fark konunun doktrinde ele alınış şekline, uygulamanın ilişkili taraf işlemlerine bakışına kadar birçok noktada sistemlerin birbirinden uzaklaşmasına neden olmuştur. Fakat kanaatimizce mesafe sunidir ve ortaklıklar hukukunun ilkeleri ile mevcut hükümler ışığında kapatılması gereken bir ayrışmadır. Bu hedefle OR Art. 678 II hükmünü ayrıca inceleyeceğiz⁷²¹.

Öte yandan Türk ve İsviçre kanun koyucuları zaman içinde gerçekleştirdikleri kanun değişiklikleri ile iki sistemi birbirinden uzaklaştırmıştır. TTK, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1991 yılındaki, o yıl yapılan reform sonrası ortaya çıkan hâlini dikkate almıştır. Aslında bu reformun ne ölçüde yansıtılabildiği ayrıca tartışılmalıdır. Fakat her hâlükârda daha sonraki değişiklikler Türk ortaklıklar hukukuna gerçek anlamda etki etmemiştir. Hâliyle ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak düzenlemelerde de bazı farklılıklar oluşmuştur. Bu duruma verilebilecek bir örnek OR Art. 717a hükmüdür. OR Art. 717, TTK m. 369’da olduğu gibi yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenler. İsviçre Borçlar Kanunu’nun ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümlerinde 19.06.2020 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik sonrasında hüküm genel ilke hâlini almış, alt başlık olarak Art. 717a ile menfaat çatışmaları düzenlenmiştir. Mezkûr maddeye göre⁷²², yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler içinde bulundukları menfaat çatışmalarını gecikmeksizin ve kapsayıcı bir biçimde yönetim kuruluna bildirmekle yükümlüdür (f. 1). Bunun üzerine yönetim kurulu, şirket menfaatini korumak için gerekli önlemleri alacaktır (f. 2). Hüküm henüz tasarı

⁷²⁰ Kural bu şekilde olmakla birlikte, bazı düzenlemelerin tarihçesinde farklılıklar göze çarpar. Örnek olarak müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393) 6762 sy. mülga Ticaret Kanunu’nda dahi mevcuttu. Fakat İsviçre hukukunda bu yasak öğreti ve yargı kararları ekseninde gelişen bir kurumdur; bilgi için bkz. Akar Öcal, “**Fransız, Belçika ve İsviçre Hukuklarında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılmaktan Yasaklanması**”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, s. 342. Hatta diğer özel karar alma süreçleri için de benzer bir yorum yapılabilir, bkz. Ayan, s. 133.

⁷²¹ İlgili açıklamalar için bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, I/B/1/b.

⁷²² Bu konuda bilgi için Böckli, Art. 717a, s. 365-369; Böckli et al., s. 25-26; Memiş, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 42; Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016, s. 208-209.

hâlindeyken dahi menfaat çatışmalarının düzenlenmesinde asgari standart olarak kabul edilmiştir⁷²³.

6. Amerika Birleşik Devletleri

Federal devlet statüsündeki ABD’de ortaklıklar hukuku eyaletler nezdinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler arasında Delaware hukuku öne çıkar. Tarihsel sebeplere ek olarak, şirket içi ilişkileri düzenlemekte yumuşak davranması, ortaklık yöneticilerini kollayan hükümlere yer vermesi ve uzman hukukçuların varlığı tercihte etkili olan unsurlardır. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuk incelemelerinde Delaware hukuku dikkate alınır⁷²⁴. Biz de aynı noktadan hareket edeceğiz.

Temel düzenleme yöntemlerini ve gelişmiş piyasa ülkesi hukuklarının konuya bakışını yukarıda inceledik. Bu bilgileri Amerikan hukukuyla karşılaştırmalı olarak ele aldığımızda, öncelikle halka açık ortaklıkların bu hukuk sisteminde de bildirim yükümlülüklerine tabi kılındığını görmekteyiz. Hem SEC⁷²⁵ hem de New York Menkul Kıymetler Borsası ilişkili taraf işlemlerinin açıklanmasına ilişkin hükümler barındırır. Fakat bu düzenlemelerde her ne kadar açıklama eşiği düşük belirlenmiş olsa da adil işlemin şartlarının açıklanmamış olması eleştirilir⁷²⁶. Yine borsaya kote şirketlerin ilişkili taraflarıyla gerçekleştirecekleri birtakım tahsisli satış işlemlerinde pay sahiplerinin onayı aranmıştır⁷²⁷.

Halka açık anonim ortaklıklara dönük birtakım düzenlemeler bulunsa ve hatta hükümler diğer borsaları etkilemiş olsa da Amerikan hukukunun diğer sistemlerden

⁷²³ **Böckli et al.**, s. 25-26. Tasarı hâlindeyken hüküm bir de karara katılma yasağı içermekteydi ve bu nedenle doktrinde müzakereye katılma yasağıyla ilişkilendirilerek inceleniyordu, bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 209, dn. 549. Hüküm şöyleydi: *Bei der Beschlussfassung über die entsprechenden Massnahmen muss die betroffene Person in Ausstand treten*. Ayrıca bkz. **Böckli**, Art. 717a, s. 365.

⁷²⁴ **Ansary**, s. 9-10; **Lele/ Siems**, s. 32, dn. 78; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 95; **Bora**, s. 57.

⁷²⁵ Federal düzenlemelerde 17. başlık altında ticaret ve menkul kıymetler borsaları, burada 2. bölüm altında 229. bölüm, yapılması gereken yazılı bildirimleri düzenler. 404. alt bölüm ise ilişkili taraf işlemlerinin (*Transactions with related persons, promoters and certain control persons*) hangi şartlar altında ve nasıl bildirileceğini açıklar. Sistemin önceki başlıklarda açıklananlarla uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Yükümlülüklerin doğması için ilişkili taraf işleminin değerinin kural olarak 120.000,00 Amerikan dolarını aşması gerektiğini belirtelim. Bu konuda bilgi için ayrıca **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 148; **Gordon/ Henry/ Palia**, s. 10-11; Ning Chiu/ Richard Truesdell, “**Disclosure and Approval of Related Party Transactions: Examining the Revised Regulations**”, The Corporate Governance Advisor, Y. 2009, C. 17, S. 3, s. 17-19; **Bava/ Gromis di Trana**, s. 131; **Kohlbeck/ Mayhew**, Red Flags, s. 904. Yazarlar söz konusu düzenlemeler içerisinde ilişkili taraf işlemlerinin emsallere uygun olmadığını bir varsayım olarak yer aldığını belirtirler.

⁷²⁶ **Atanov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 25. Eleştirilere rağmen, ABD’de yapılan bir çalışma revize bildirim yükümlülüklerinin yöneticilerin mali hakları üzerinde olumlu etki yarattığını ortaya koymuştur, bkz. **Balsam/ Gifford/ Puthenpurackal**, s. 880.

⁷²⁷ NYSE Listed Company Manual, Section 3, § 312.03(b). Ayrıca aynı yerde § 314.00.

olumsuz ayrıştığı, pay sahiplerine tanıdığı korumanın daha zayıf olduğu söylenir. Bu yorumda *ex ante* inceleme ve onay mekanizmalarının ikincilliği etkilidir. Fakat gün geçtikçe modern anlayışa uygun olarak bu yöntemlerin arttığı görülür. Şimdilik bu hukuk sisteminde ilişkili taraf işlemlerinin zararlı etkilerinden korunmak için yargısal denetim mekanizmaları esastır⁷²⁸. Amerikan mahkemeleri ilişkili taraf işlemlerini *entire fairness test* adı verilen bir teste tabi tutmakta ve işlemin adil bir fiyattan gerçekleştirilmiş adil bir işlem olup olmadığını incelemektedir⁷²⁹.

Amerikan piyasalarında ekseriyet pay sahipliği yapısı dağınık ortaklıklardadır ve bu nedenle ortaklığın kontrolü Türkiye’de karşılaştığımız şekilde stabil değildir. Nicel ve nitel anlamda geniş yatırım ortamını, verimli işleyen sermaye piyasaları takip eder. Bu şartlar altında ortaklık itibarının piyasalar için ayrıca önemli olduğunu tahmin etmek zor olmayacaktır. Sayılan özellikler esnek ve asgari bir koruma olarak nitelenen *fairness test* ile desteklenir⁷³⁰. Yönetim kurulunun işleme onayı da bu testin uygulanmasını engellemeyecektir⁷³¹. Kanaatimizce Amerikan hukukunda yargısal denetimin yeterli gelmesinin ardındaki en önemli gerekçe ticaret hayatının ve piyasaların olgunluğudur. Zararlı işlemlerin sonuçları piyasada fiyatlandırılabilirdiği ölçüde müdahale ihtiyacının azalması doğal karşılanmalıdır⁷³².

Fairness test, menfaat sahiplerinin mahkeme nezdinde itiraz ettikleri işlemin tabi tutulacağı denetime verilen addır. Bu denetimde ilişkili tarafın kim olduğu, hangi sıfatı ya da konumu nedeniyle ilişkili taraf addedildiği önemlidir. Zira Delaware hukukunda kontrolü haiz pay sahipleri de ilişkili taraf kabul edilmiş ve denetime tabi kılınmıştır⁷³³. Somut olayda ilişkili taraf pay sahibiyse işlemin neden adil olmadığını davacının ispatlaması gerekir. Fakat ilişkili taraf ortaklığın bir yöneticisiyse testin

⁷²⁸ **Lele/ Siems**, s. 41, 43; **ECLE**, Implementation of the SRD II, s. 9. *Ex post* yargısal denetimin tek yöntem olmadığı ve *ex ante* onay süreçlerinin umut vadettiği yönünde **Atanasov/ Black/ Ciccotello**, Law and Tunneling, s. 41.

⁷²⁹ **Davies**, s. 399; **Goshen**, s. 396; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85, 95.

⁷³⁰ **Goshen**, s. 426.

⁷³¹ **Davies**, s. 399. Keza 1976 tarihli *Fliegler v. Lawrence* kararında usule ilişkin kurallara riayet eden bir ilişkili taraf işlemi mahkeme tarafından adil olup olmadığı yönünden değerlendirmeye tabi tutulmuştur (361 A 2d 218 [1976]; **Davies**, s. 364; **Eisenberg**, s. 1008). Bununla beraber işlemin bağımsız yöneticiler tarafından onaylanıp onaylanmadığı yargı denetiminde, özellikle ispat yükünün kimde olduğu tespit edilirken dikkate alınmaktadır (**Enriques/ Tröger**, s. 8; **Eisenberg**, s. 1005).

⁷³² Lakin Amerikan hukuku bu noktaya bir anda gelmemiştir. Yirminci yüzyıla kadar geçen karmaşık süreçte konu ilk başta yöneticilerin şirketle işlem yapma yasağı kapsamında ele alınmıştı. Sonraları bu yasak yumuşamış, özel karar alma süreçleri ve açıklama yükümlülükleri yeterli görülmüştür. Ulaşılan sonuç tatminkâr olmayınca nihayet *fairness test* ile denge kurulmuştur. Tarihsel gelişime dair detaylı bilgi için bkz. **Farrar/ Watson**, s. 498 vd. Ayrıca **Eisenberg**, s. 997.

⁷³³ Bu yönüyle Amerikan sisteminin İngiliz sisteminden ayrıldığı görüşünde **Davies**, s. 399.

kapsamı değişmekte ve ilişkili tarafın basiretli iş insanı gibi davranıp davranmadığı (*business judgment rule*) irdelenmektedir⁷³⁴.

Doktrinin yorumu, tünellemeyi engellemeyi amaçlayan hükümlerde boşluklar bulunduğu ve fırsatçı bir kontrol sahibinin bu konumunu suistimal için birçok imkâna sahip olduğudur. Tam da bu nedenle Amerika Birleşik Devletleri yöneticiyi merkeze koyan, pay sahiplerine ve özellikle çoğunluk karşısında azınlık pay sahiplerine tanınan korumanın zayıf olduğu bir hukuk sistemi olarak nitelendirilir⁷³⁵. Buna rağmen tünelleme durumuyla nispeten düşük oranda karşılaşılmaması hukuk dışı caydırıcıların varlığıyla açıklanır. İlişkili tarafın uzun vade kazançlarına ya da itibarına zarar vereceği korkusuyla tünelleme faaliyetlerini sınırlaması, pay sahipliği oranı yüksek kişiler ile yöneticiler arasındaki menfaat çatışmaları, kurumsal şeffaflık, pazarın likiditesi ve buna bağlı olarak ilişkili taraf işleminin hisse fiyatına negatif etkisi bu caydırıcılara örnektir⁷³⁶.

III. VERGİ HUKUKU YAKLAŞIMI

Vergi hukuku, vergilendirmenin hukuksal düzenini inceleme konusu edinmiş hukuk bilim dalıdır. Özeldir kamu maliyesi hukukunun, genelde ise kamu hukukunun bir disiplini olarak kabul edilir. Bulunduğu konum niteliğiyle daha ziyade kamu maliyesi ve işletme bilim dalları ile yakın temas içindedir⁷³⁷. Vergi hukukunun özel hukukla ilişkisi ise ne bir çatışma ne de ayrışmadır. İki hukuk bilimi tek kelime ile, farklıdır. Bu farklılık yönetime ve amaca ilişkindir. Gerçekten vergi hukukuna hâkim olan ekonomik yaklaşım ilkesi gereğince, burada işlem ve olguların iktisadi içeriği önem arz eder. Bunların biçimsel yapısı ile özel hukukun bunlara verdiği anlamların vergi hukukuna etkisi sınırlıdır. Bu nedenle özel hukukta yerleşik anlam ve kullanımlar vergi hukukunda değişiklik gösterir. Yine de hukuk düzeninin birliği uyarınca, vergi hukuku ilkeleri aksini gerektirmedikçe iki hukuk disiplininin kurum ve kavramlara aynı pencereden bakması tercih edilmelidir. Her koşulda farklılaşmayı meşrulaştıran ise kurumun amacıdır. Zira vergi hukuku düzenlemelerinin temel

⁷³⁴ Goshen, s. 427; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 85, 95.

⁷³⁵ Atanasov/ Black/ Ciccotello, Law and Tunneling, s. 24, 40; Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 82; Lele/ Siems, s. 41, 43.

⁷³⁶ Atanasov/ Black/ Ciccotello, Law and Tunneling, s. 36-39.

⁷³⁷ Selim Kaneti/ Esra Ekmekçi/ Gülsen Güneş/ Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, İstanbul: Filiz, 2019, s. 12.

hedefi, kamunun menfaatlerinin korunmasıdır⁷³⁸. Elbette, ortaklığı kontrol edenlerin tünellemede bulunma imkânı da bu süreçte dolaylı olarak sınırlanır⁷³⁹.

Önceki bölümlerdeki açıklamalarımızda ilişkili taraf işlemlerini ele alırken daha farklı çıkış noktalarımız mevcuttu. Bu nedenle ulaştığımız en temel sonuç, tüm ilişkili taraf işlemlerinin zararlı olmadığı, sadece ortaklık değerlerinde kayba neden olan ilişkili taraf işleminin tünelleme yarattığı şeklindeydi. Oysaki vergi hukukunun bu kayba ilgisi dolaylıdır. O, ilişkili taraf işlemlerini farklı nedenlerle mercek altına almıştır.

Vergi hukukunda transfer fiyatlandırması küresel ticaretin yaygınlaşmasının sonucudur. Sermayenin uluslararası niteliği ile beraber kazancın tedavülü coğrafi sınırları aşmış, çok uluslu şirketler yaygınlaşmıştır. Ekonomideki bu evrenselleşme transfer fiyatlandırması kavramını yaratır ve ilişkili taraf işlemi bu gelişme ışığında somutlaşır. Nihayet çok uluslu şirketler toplulukları içinde ortaklıkların birbirleriyle yaptıkları işlemler başta olmak üzere, belli bir ilişki içindeki kişilerin kazançları arzu ettikleri vergi sistemine aktarmaları sık rastlanan ve çok şikâyet edilen bir durum hâlini alır⁷⁴⁰. Bu noktada vergi güvenliğini hedef alan bir kontrol aracı olarak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kavramına yer verilmiştir. Müessese sayesinde mükelleflerin vergiye tabi gerçek değerlerinin tespiti sağlanmakta ve bu tutar üzerinden yapılacak tarhiyatla vergi gelirlerinin erozyonu önlenmektedir⁷⁴¹.

Aslında vergi hukuku yönünden ilişkili taraf işlemlerinin akdedilme gayeleri ve sonuçları çeşitlidir. Bu çeşitlilik olumlu ögelerde olduğu kadar olumsuz ögelerde de kendini gösterir⁷⁴². Bir kişi ya da kurumun faaliyetleri sonucunda elde ettiği vergi öncesi kazançlarını kamu otoriteleri ile mümkün olan en az düzeyde paylaşma arzusu ve bu arzuyu takiben kazancını vergi yükünün daha hafif olduğu ülkelere aktarması

⁷³⁸ Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 12, 15-16.

⁷³⁹ Atanasov/ Black/ Ciccotello, Law and Tunneling, s. 12.

⁷⁴⁰ Nergis Feride Kaplan Dönmez, “Transfer Fiyatlandırması Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Y. 2020, C. 12, S. 23, s. 404; Yasemin Taşkın, Transfer Fiyatlandırmasında Emsallere Uygunluk İlkesi, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2012, s. 29-30; Leyla Ateş, Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme, Ankara: Turhan, 2011, s. 1; Tunç Köse/ Emrah Ferhatoglu, Transfer Fiyatlandırması (Üretim İşletmelerinde Uygulama), Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008, s. 3. Bu durumun sayısal bir örneği için bkz. Mehmet Altan Masun, “Çokuluslu Şirketlerin Finansal Yönetiminde Transfer Fiyatlandırması ve Bir Uygulama”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2019, C. 41, S. 1, s. 252-253.

⁷⁴¹ Kaplan Dönmez, s. 409; Gözde Saruhan, “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2014, C. 88, S. 2, s. 414.

⁷⁴² Köse/ Ferhatoglu, s. 5-11; İsmail Onay, Transfer Fiyatlandırması (OECD Yaklaşımı Işığında Türk Vergi Pratiği), İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2020, s. 9-11.

sonuncuya örnektir. İşlem tünelleme teşkil etmese ve herhangi bir nedenle ortaklık için zararlı görülmesi de vergi idaresi gözünde olumsuzdur, müdahaleyi gerektirir⁷⁴³.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı vergi hukukçularının detaylıca ele aldığı, derin bir çalışma konusudur. Burada yapacağımız açıklamalar ise müessesenin detaylarına temas etmekten uzaktır. Amacımız konuyu anlaşılabilir kılmak adına hukuki çerçeveden; ilişkili taraf işlemi kuramıyla benzerlik ve farklılıklarını tespit edebilmek için unsurlarından; bütünlüğü sağlamak hedefiyle sonuçlarından bahsetmektir.

A. Hukuki Çerçeve

Bir hukuki müessese olarak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, bünyesinde mali hukukun özelliklerini barındırır. Bunları açıklayabilmek ve şimdiye kadarki anlatımlarımızdan farkını yakalayabilmek adına kavramı hukuki bir çerçeveye oturtmayı deneyeceğiz.

1. Mevzuat

Kanun koyucu transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını en başta Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenler. 1934 tarihli mülga Kazanç Vergisi Kanunu m. 13/5 ve 5422 sayılı mülga Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15 ile 17. maddeleri güncel hükme tarihsel temel teşkil etmektedir⁷⁴⁴. Fakat KVK m. 13'te yer verilen çağdaş sistemin asıl kaynağı OECD düzenlemeleridir⁷⁴⁵. Maddeye göre *kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır* (KVK m. 13/1).

İlgili kanun maddeleri bundan ibaret değildir. KVK'da yer alan diğer bazı düzenlemeler (örn. KVK m. 11/1-c) yanında, konu Gelir Vergisi Kanunu'nda da ele

⁷⁴³ Saruhan, s. 412-413; Masun, s. 250. Buna imkân sağlayan ise zararlı vergi rekabetidir, bu hususta Serkan Ağar, “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında ‘İlişkili Kişi’”, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 94, s. 229.

⁷⁴⁴ Pehlivanoglu, s. 56-59; Ağar, İlişkili Kişi, s. 188 vd.; Köse/ Ferhatoğlu, s. 17-19. Hükümlerdeki eksikliklerin vergi uyumsuzluklarına neden olduğu yönünde bkz. aynı eserde s. 1.

⁷⁴⁵ Sadece Türkiye'nin değil, çoğu ülkenin bu konudaki mevzuatı OECD düzenlemeleri ekseninde şekillenmiştir. Mevzuat düzenlemeler ve diğer ülkelerdeki durum hakkında bilgi için ayrıca bkz. OECD, **Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations**, Paris: OECD Publishing, 2017, s. 97 vd.; Köse/ Ferhatoğlu, s. 119-124; Saruhan, s. 415-416. Güncel durumun mevzuat metinleri ile uyumlu olduğu yönünde Kaplan Dönmez, s. 404-405, 410.

alınmıştır. Özellikle, gider kabul edilmeyen ödemeleri düzenleyen GVK m. 41’de *teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunması* bu kapsamda görülmüştür. Hükmün devamında vergi uygulamasına ilişkin detaylar KVK’da olana benzer şekilde düzenlenmiştir⁷⁴⁶.

Kanunlarda yer almayan usul ve esaslar ile kanunun yetki verdiği hususlar ikincil mevzuatta düzenlenmiştir⁷⁴⁷. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ⁷⁴⁸ bu açıdan önemli bir kaynak niteliğindedir. Diğer bir örnek ise daha önce Bakanlar Kurulu kararları ile düzenlenen hususlarda birtakım değişiklikler gerçekleştiren 2151 sayılı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararıdır⁷⁴⁹.

2. Kavramlar

Vergi hukukunun maliye ve iktisat bilimlerine yakınlığının bir sonucu olarak, kullanılan terminolojide farklılıklar mevcuttur. Çalışmamızın diğer bölümlerinde ele aldığımız bazı kavramları burada tekrar anlamlandırmak gerekecektir. Bu faaliyette pusula KVK ve GVK hükümleridir.

a. Transfer Fiyatlandırması

Transfer fiyatlandırması (*transfer pricing*) aslında bir faaliyet, bir fiyatlama sistemidir. Bir işletmenin varlıklarını transfer ederken kullandığı fiyat transfer fiyatı, bu fiyatın tespit edilmesi süreci ise transfer fiyatlandırmasıdır⁷⁵⁰. Tanımın diğer bir unsuru, taraflar arasında ilişki bulunmasıdır⁷⁵¹. Unsurlar birlikte değerlendirildiğinde

⁷⁴⁶ Bu durumu ve çalışmamızın temel konusunun ilişkili taraf işlemleri olduğunu gözeterek aşağıdaki açıklamalarımızı Kurumlar Vergisi Kanunu ekseninde yapmış bulunmaktayız. Bununla beraber, konumuz açısından dikkate değer farklılıkların gündeme geldiği noktalarda Gelir Vergisi Kanunu’na da yer verilmiştir. Bu düzenleme hakkında toplu bilgi için bkz. **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 22-23.

⁷⁴⁷ **Saruhan**, s. 416; **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 15; Döndü Kara/ Ahmet Vecdi Can, “**Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramının 6728 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi**”, İşletme Bilimi Dergisi (JOBS), Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 14-15.

⁷⁴⁸ RG. T. 18.11.2007, S. 26704. Tebliğ hükümlerinde bu çalışmanın yazımı sırasında yapılan en güncel değişiklik, 01.09.2020 tarihinde yayınlanan 4 Seri No’lu Tebliğ ile gerçekleştirilmiştir.

⁷⁴⁹ RG. T. 25.05.2020, S. 31050.

⁷⁵⁰ **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 4; Hakan Karşioğlu, **Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı**, Ankara: Adalet, 2015, s. 119; **Saruhan**, s. 415.

⁷⁵¹ **Pehlivanoğlu**, s. 17.

transfer fiyatlandırması, ilişkili kişilerle akdedilen işlemlerde uygulanan fiyat veya bedeldir⁷⁵². Görüleceği üzere tanımda hukuka uygunluk vurgusu yoktur.

Transfer fiyatlandırmasının tanımında coğrafi unsurun bulunmadığına dikkat çekilmelidir. Bu faaliyeti önemli kılan, hâsılat ve giderlerin ilişkili kişiler arasında ne şekilde bölüneceğini doğrudan etkilemesidir. Zira bu bölünme, kazancı ve buna bağlı olarak verginin miktarını etkileyecektir. Fakat etkinin sınır aşan bir özellik taşıması zorunlu değildir. Aynı ülkede faaliyet gösteren işletmeler arasında gerçekleştirilecek transfer fiyatlandırması da eş oranda tehlikelidir. Buradaki tek kavramsal fark, eğer fiyatlamaya konu olan işlem çok uluslu işletmelerin birden fazla ülkedeki birimlerini ilgilendiriyorsa uluslararası transfer fiyatlandırmasından bahsedilmesidir⁷⁵³.

b. Örtülü Kazanç Dağıtımı

Transfer fiyatlandırması başlı başına hukuka aykırı bir faaliyet değildir. Onu hukuka aykırı hâle getiren, fiyat doğru şekilde tespit edilmediği takdirde kazancın örtülü olarak dağıtılmasıdır⁷⁵⁴. Tarihsel gelişime baktığımızda örtülü kazanç dağıtımı 1949 tarihli ve 5422 sayılı mülga Kurumlar Vergisi Kanunu'nda müesseseyi tek başına tanımlamaktaydı. Uluslararası literatüre paralel şekilde KVK m. 13'te transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ifadesi tercih edilmiştir⁷⁵⁵.

Örtülü kazanç vergi hukuku tarafından reddedilen bir ilişki ya da işlemdir. Bu kapsamda örtülü kazanç dağıtımı, kazancın vergi matrahına yansımadan firma dışına aktarılması olarak tanımlanabilir. Burada temel hedef kazancı düşük göstermek ve ortaklara vergisiz olarak dağıtmaktır. Yöntem ise kâr-zarar hesabını meydana getiren kalemlerin gerçeğe aykırı büyüklükte ya da küçüklükte gösterilmesidir⁷⁵⁶.

İki kavramı birlikte düşündüğümüzde transfer fiyatlandırması, örtülü kazanç dağıtımının sadece bir yoludur. Kazancın bir şekilde gizlenerek, örtülü olarak şirket dışına aktarılmasının başkaca yöntemleri de bulunur. İfadedeki değişiklik bu nedenle son derece önemlidir. Bunun yanında, her fiyatlandırma da kazancın örtülü olarak

⁷⁵² **Kaplan Dönmez**, s. 407; **Ateş**, s. 1; **Taşkın**, s. 33; **Masun**, s. 250. İkincil mevzuat bakımından bu yönde **Kaplan Dönmez**, s. 406.

⁷⁵³ **Ateş**, s. 1, 6; **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 4; **Masun**, s. 250.

⁷⁵⁴ **Saruhan**, s. 415; **Pehlivanoglu**, s. 17.

⁷⁵⁵ **Ağar**, İlişkili Kişi, s. 189-190; **Ateş**, s. 6.

⁷⁵⁶ **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 20; **Karshoğlu**, s. 119; **Kara/ Can**, s. 17-18; **Kaplan Dönmez**, s. 413. Terminolojik tercihi genel olarak yerinde bulmakla birlikte “kaynak aktarımı” ifadesinin daha doğru bir tercih olacağı yönünde **Pehlivanoglu**, s. 34.

dağıtıldığı anlamına gelmez. Zira işlemin emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilen fiyat veya bedel üzerinden gerçekleştirildiği ihtimalde örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olmaz. Bu nedenle denilebilir ki, iki kavramın kesişen bir uygulama alanı bulunsa da birinin diğerini kapsamı söz konusu değildir⁷⁵⁷.

3. Hukuki Niteliği

Transfer yoluyla örtülü kazanç dağıtımının bir vergi güvenlik müessesesi olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁷⁵⁸. Bu müesseseden yararlanan vergi idaresi vergilendirmede ortaya çıkacak kayıpları önlemeyi hedefler. İdarenin bu faaliyetini meşrulaştıran ilk olgu, ekonomik yaklaşım ilkesidir. Bu ilkeye göre vergi hukukunda bir işlemin nitelendirilmesinde onun gerçek ekonomik içeriği, diğer bir ifade ile özü esas alınacaktır⁷⁵⁹. Vergi hukukunun birçok alanında ekonomik yaklaşım ilkesinin uygulandığı örneklerle rastlanabilir⁷⁶⁰. Bu başlığın konusu, o örneklerden biridir⁷⁶¹.

Ekonomik yaklaşım ilkesini somutlaştıran sistemler arasından transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını kapsayan ise peçeledir⁷⁶². *Kaneti* peçeleme işlemini *olağan ve doğal olarak, vergi yasasının vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılması gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi yasasında vergilendirme konusu sayılmamasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kullanımı dışında başvurulmuş başka tür ve nitelikteki özel hukuk işlemi* olarak tanımlar⁷⁶³. Kısacası peçeleme, vergi yükümlülerinin vergi kanunlarını dolanmak suretiyle vergisel çıkar sağlamalarıdır. Keza transfer fiyatlandırması

⁷⁵⁷ Karshoğlu, s. 119; Köse/ Ferhatoğlu, s. 20; Rüknettin Kumkale, “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2015, C. 10, S. 110, s. 161; Saruhan, s. 418. KVK sisteminde örtülü kazanç aktarımının ancak transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilebileceği yönünde aksi görüş için bkz. Pehlivanoglu, s. 16.

⁷⁵⁸ Serkan Açar, “Transfer Fiyatlandırmasının Hukuki Niteliği”, TBB Dergisi, Y. 2015, S. 119, s. 202; Açar, İlişkili Kişi, s. 193. Yazar diğer vergi güvenlik önlemlerini kontrol edilen yabancı kurum, örtülü sermaye, zararlı vergi rekabetine vergi kesintisi (KVK m. 30), emsal kira bedeli, emsal bedel ve emsal ücret düzenlemeleri olarak örneklemiştir (bkz. aynı yerde dn. 6).

⁷⁵⁹ Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 69. VUK m. 3/B şu şekildedir: “İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.” Hükme eleştiriler için bkz. Açar, Hukuki Nitelik, s. 152.

⁷⁶⁰ Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 67.

⁷⁶¹ Açar, Hukuki Nitelik, s. 153.

⁷⁶² Açar, Hukuki Nitelik, s. 200. Örneklerle bu yönde Harun Akgül, “Peçelemenin Özellikleri, Unsurları ve Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 3, S. 5, s. 82 vd. Her iki örtülü kâr dağıtımı yöntemi için bu yönde Karshoğlu, s. 137. Burada kanuna karşı hilenin söz konusu olduğu; peçelemenin de bir tür kanuna karşı hile olduğu yönünde Pehlivanoglu, s. 30. Sadece bazı transfer fiyatlandırmalarının peçeleme olduğu görüşünde Onay, s. 107.

⁷⁶³ Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 70. Yazarlar peçeleme ile birlikte perdeleme tabirine de yer vermiştir. Benzer tanımlar için bkz. Açar, Hukuki Nitelik, s. 146.

yoluyla örtülü kazanç dağıtımında kurum kazancının ilişkili kişiye aktarılması söz konusudur. Fakat bu iktisadi sonuca vergi kanunlarının kabul etmediği hukuksal kalıplar veya yöntemlerle ulaşılmış, peçeleme yapılmıştır⁷⁶⁴. Bu durumu diğer bölümlerdeki açıklamalarımız doğrultusunda incelediğimizde, aslında ortaklığa ait bir değer ilişkili tarafa aktarılması suretiyle ortaklık malvarlığının azaltılmasından bahsedildiğini görmekteyiz. İlişkili tarafın ortaklık değerine somut olayda tercih edilen işlemle ulaşması ortaklıklar hukuku tarafından kabul edilmediği gibi, vergi hukuku tarafından da yasaklanmıştır.

Dış görünüm ile maddi içerik arasında farklılık yaratmak suretiyle vergiden kaçınmayı konu alan işlem peçeleme sözleşmesi olarak adlandırılır. KVK m. 13 ile peçeleme sözleşmesinin varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Aksini, yani somut olayda akdedilen işlemin ekonomik gerçekleri yansıttığını ispat yükü vergi mükellefi üzerinde bırakılmıştır. Öğreti bu durumu adi kanuni karine olarak yorumlar⁷⁶⁵.

Nihayetinde, vergi hukukunun düzenlediği yaptırımların ve sonuçların vergi uygulamasıyla sınırlı olduğuna işaret edilmelidir. Gerçekten bir işlemin vergi idaresi tarafından, transfer yoluyla örtülü kazanç dağıtımında karşılaşıldığı üzere peçeleme olarak nitelenmesi hâlinde bu işlem vergi idaresi karşısında kısmen ya da tamamen geçersiz sayılacaktır. Fakat bu durum *ipso iure* işlemin borçlar hukuku anlamında geçersizliğine neden olmayacaktır⁷⁶⁶. İşte bu noktada işlemin ilişkili taraf işlemi olup olmadığı ve öyleyse işlemin bu nedenle sakatlanıp sakatlanmadığı ayrıca incelenmesi gereken hususlar olarak kalır. Aksi ihtimalde de aynı kaide geçerlidir. Bir işlem özel hukuk tarafından zararlı ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilse ve bu nedenle geçersizlik sonucuna ulaşılsa dahi söz konusu işlem geçerliymiş gibi vergilendirme yapılacaktır⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Akgül, s. 72 vd. Peçelemenin varlık şartları (unsurları) ile ilgili açıklamalar için bkz. Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 71; Açar, Hukuki Nitelik, s. 183 vd. Yazara göre burada peçelemeyi oluşturan, tarafların gerçek iradelerine uygun bir işlemin emsal bedel veya fiyattan daha düşük veya yüksek bir değerden yapılmasıdır (s. 200).

⁷⁶⁵ Açar, Hukuki Nitelik, s. 201-202.

⁷⁶⁶ Akgül, s. 85. Bununla beraber işlemin bir kanun kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmesi hâlinde çoğu zaman öteki kanun bakımından da örtülü kazanç aktarımı oluşturacağı yönünde Pehlivanoglu, s. 121-122.

⁷⁶⁷ Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 74.

B. Hukuka Aykırı Transfer Fiyatlandırmasının Unsurları

Bir işlemin ne zaman transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılacağı KVK m. 13 ve GVK m. 41/1 yönünden ayrı ayrı Genel Tebliğ'de ifade edilmiştir. Doktrindeki açıklamaların da bu doğrultuda yapıldığı görülmektedir⁷⁶⁸.

Mevzuatta öncelikle hükmün uygulama alanı tespit edilmiştir. Buna göre tam ve dar mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı artık kapsama dâhildir⁷⁶⁹. Aşağıda ele alacağımız unsurların varlığı hâlinde, bu mükelleflerin akdettiği işlem örtülü kazanç dağıtımı kabul edilmektedir. Bu unsurlar kısaca, ilişkili kişinin taraf olması; belli nitelikleri haiz bir hukuki işlemin bulunması; fiyat veya bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilmesi; hazine zararının doğması ve sübjektif unsurdur.

1. İlişkili Kişinin Taraf Olması⁷⁷⁰

KVK m. 13, bir işlemin örtülü kazanç dağıtımı olup olmadığının sadece ilişkili kişilerle akdedilen işlemler bakımından sorgulanacağını ilk fıkrasında açıkça ifade etmiştir. İlişkili kişi tanımına girmeyenlere aktarılan menfaatler ise transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kabul edilmez. Bu işlemler emsallere aykırı olduklarında, örnek olarak emsalden daha yüksek fiyattan alım yapılmışsa sadece israfa, yersiz bir harcamaya işaret edecektir⁷⁷¹.

İlişkili kişilerin kimler olduğu ikinci fıkrafta açıklanmıştır. Buna göre ilişkili kişiler öncelikle, *kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder*. Gerçek kişilerin bazı yakınları⁷⁷² da yine maddede sayılan ilişkili kişiler arasındadır. Ayrıca, vergi cenneti olarak tabir edilen

⁷⁶⁸ Saruhan, s. 417-418. Sadece ilk üç unsura yer veren görüş için bkz. Onay, s. 13.

⁷⁶⁹ Ateş, s. 36; Saruhan, s. 417. Tam ve dar mükellef kavramları KVK m. 3'te tanımlanmıştır.

⁷⁷⁰ Vergi hukuku doktrini ilişkili kişi kavramını geniş şekilde ele almış, tartışmalı hususlarda önemli ölçüde bilimsel çıktı yaratmıştır. Bu derece bir inceleme çalışmamızın konusunu aşmaktadır. Kavrama temel özellikleriyle sınırlı olarak ve ilişkili taraf işlemleri için önem arz ettiği ölçüde yer veriyoruz. Bu konuda daha kapsamlı bilgi için bkz. Ağar, İlişkili Kişi, s. 201 vd.; Ateş, s. 43 vd.; Köse/ Ferhatoğlu, s. 24-33; Kaplan Dönmez, s. 415-418; Saruhan, s. 419; Pehlivanoglu, s. 73-83; Onay, s. 14-21; Kara/ Can, s. 18-30.

⁷⁷¹ Ateş, s. 38; Ağar, İlişkili Kişi, s. 195-196; Kaplan Dönmez, s. 413; Kara/ Can, s. 18.

⁷⁷² Bu noktada kavrama dair bir not düşmek gerekir. Zira ortaklıklar hukukunda ve hatta TMS 24 uygulamasında karşımıza çıkan "yakın" kelimesi KVK uygulamasında daha geniş uygulama alanına sahiptir. Burada ortakla ilgisi nedeniyle ilişkili kişi sayılanlar ortağın yakınları olarak adlandırılırken, kurumla ilgili bulunanlara da aynı şekilde kurumun yakınları diye tabir edilmektedir (Ateş, s. 44).

lkelerden Cumhurbaşkanı tarafından bu kapsamda olduğu ilan edilenlerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılmaktadır⁷⁷³.

Kimlerin ilişkili kişi olduğu hususunda kanun hükmünün ilk bakışta işaret ettiği kapsam aslında buzdağının görünen kısmından ibarettir. Bu duruma sebep olan birkaç hüküm mevcuttur. İlk olarak, KVK m. 13'te kullanılan kurum ve gerçek kişi kavramları hukuki tanımlarından daha geniş kapsamlıdır. Genel Tebliğ'de ifade edildiği ve doktrin tarafından tekrarlandığı üzere kurum ifadesi ile sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernekler, vakıflar ve bunların iktisadi işletmeleri ile iş ortaklıkları anlatılmaktadır. Görüldüğü üzere madde uygulaması kurumun tüzel kişi olmasını zorunlu tutmaz. Aynı şekilde gerçek kişi, kişiler hukuku tanımlamasından farklı olarak şahışlar ile birlikte şahış şirketlerini ve adi ortaklıkları kapsayan bir ifadedir⁷⁷⁴.

İkinci olarak, Genel Tebliğ kanun hükümlerini genişleten düzenlemelere yer vermiştir. rnek olarak, 3 numaralı başlık altındaki açıklamalardan sonra 3.1.2'de kimlerin ilgili olduğu açıklanırken, ekonomik ve sosyal ilişki içinde bulunan gerçek kişiler de sayılmıştır. Böylece kanunda yer almayan kavramlarla kapsam daha geniş bir hâl alır⁷⁷⁵. Diğer bir örnek aynı başlık altında *kurum çalışanları gibi şahışların* ilişkili kişi sayılmasıdır. Kurumla arasındaki ilişki iş akdinden ibaret olanları da kapsayan bu ifade öğretide eleştiriyle karřılanmıřtır⁷⁷⁶.

Son olarak, ilgili kanunlarda 2016 yılında yapılan deėiřikliėe⁷⁷⁷ kadar, tüm ortaklar kurumla ilişkili sayılmaktaydı. Ortaklık ilişkisinin yoğunluğunun bir derece olarak dikkate alınmaması özellikle payların atomize olduğu yapılar da müessese ile öngörülen amacı aşan uygulamalara sebep olabilecek nitelikteydi⁷⁷⁸. Hükmün güncel hâlinde %10 oranında alt sınır geçerlidir. Ayrıca bu sınırd a değişiklik yapma yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmıştır.

⁷⁷³ Anayasal sistemin değişikliğinden önce yetki bakanlar kurulundaydı (Köse/ Ferhatoğlu, s. 33).

⁷⁷⁴ Ağar, İlişkili Kişi, s. 197; Kara/ Can, s. 22; Saruhan, s. 418.

⁷⁷⁵ Saruhan, s. 418; Kaplan Dönmez, s. 416; Ağar, İlişkili Kişi, s. 207. Ağar bu durumu fonksiyon gaspı olarak nitelendirmiştir. Karş. ekonomik ilişkiler terimi ile sözleşmeye dayalı ilişkilerin, sosyal ilişki terimi ile sosyolojik ilişkilerin ifade edildiği yönünde Ateş, s. 45. Benzer bir ayırım şahış ilişki – maddi ilişki düzleminde yapılmaktadır (Ağar, İlişkili Kişi, s. 203).

⁷⁷⁶ Ağar, İlişkili Kişi, s. 205-206; Kaplan Dönmez, s. 415.

⁷⁷⁷ Söz konusu değişiklik 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. T. 09.08.2016, S. 29796) ile gerçekleştirilmiştir.

⁷⁷⁸ Ağar, İlişkili Kişi, s. 202; Kaplan Dönmez, s. 414. Keza değişiklik öncesinde azınlık pay sahiplerine yapılan aktarımlar da pekâlâ örtülü kazanç dağıtımı niteliğindeydi (Ağar, İlişkili Kişi, s. 201).

Vergi hukukundaki “ilişkili kişi” ile çalışmamızın birinci bölümünde TMS 24 çerçevesinde ele aldığımız ve akabinde görüşlerimiz uyarınca somutlaştırdığımız⁷⁷⁹ “ilişkili taraf” kavramları arasında ciddi farklar bulunduğu açıktır. Sermayenin bazı alacakları da içerecek şekilde geniş tanımlanması bu farklardan biridir⁷⁸⁰. Ekonomik nüfuzun ilişkinin varlığı için yeterli görülmesi bir diğeridir. Özellikle Genel Tebliğ 3.1.3’teki örnek ışığında, sıkı iktisadi bağlantı içindeki, yurt dışında bulunan işletme ve Türkiye’deki dağıtıcısının ilişkili kişi sayılması kapsamın ne kadar genişletildiğini gösterir⁷⁸¹. Aslında bu yaklaşım şirketler hukukuna zannedildiği kadar uzak değildir. TTK m. 195/1-b’ye göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini aralarındaki hâkimiyet sözleşmesi gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa hâkim şirket – bağlı şirket ilişkisinden ve nihayetinde şirketler topluluğundan bahsedilir. Mezkûr hükümde geçen “başka yolla hâkimiyet” öğretide incelendiğinde, özellikle borçlar hukuku sözleşmelerinin ortaklıklar arasında yarattığı bağımlılık ilişkisinin hâkimiyeti tesis edebileceği yorumu yapılmıştır⁷⁸². Bu duruma örnek gösterilen sözleşmesel ilişkiler (özel şartlar barındıran tedarik sözleşmeleri) Genel Tebliğ 3.1.3’te yer verilenlere son derece benzerdir. Ek olarak, finans kurumlarının alacaklarını güvence altına almak hedefiyle ortaklıklar üzerinde kurguladığı denetim ve sınırlama mekanizmaları da hâkimiyeti sağlayacak nitelikte gösterilmiştir⁷⁸³.

Bununla beraber iki sistemin yakınlaştığı noktalar da mevcuttur. Bu duruma örnek olarak Genel Tebliğ 3.1.3’te kurumlar arasındaki ilişkinin kontrol (ve ortak kontrol) ile açıklanması gösterilebilir⁷⁸⁴. Aynı tebliğ hükmü etkinin doğrudan ya da dolaylı olabileceğini vurgular. Yine, yöneticilere yapılan ücret ödemeleri için transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının en basit şekli nitelemesi yapılmıştır. Konunun ilişkili taraf işlemlerinde ele alınış biçimi benzer bir yorumu haklı çıkarabilir. Keza vergi hukuku doktrini TMS 24’e dair farkındalığını eserlerde göstermiştir⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ Bu hususta bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/E.

⁷⁸⁰ Ağar ilişkili kişiye hasrettiği çalışmasında KVK m. 12 uyarınca örtülü sermaye ödemesinde bulunan ve bu nedenle alacağı yabancı sermaye kaleminde muhasebeleştirilen kişilerin de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinde dikkate alınması gerektiğini belirtir; bu yönde açıklamalar için Ağar, İlişkili Kişi, s. 213-214.

⁷⁸¹ Ağar, İlişkili Kişi, s. 215-217.

⁷⁸² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 2042.

⁷⁸³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 2042.

⁷⁸⁴ Ateş, s. 40. Cümle şu şekildedir: “Bir kurumun diğer bir kurumla ilişkili sayılabilmesi için kurumun diğer bir kurum tarafından kontrol edilmesi, kurumun başka bir kurumu kontrol etmesi ya da aynı kurum ile ortak kontrol altında bulunması gerekmektedir.”

⁷⁸⁵ Ağar, İlişkili Kişi, s. 198-201, 212.

Kanaatimizce her iki sistem vakfedildiği amaçların ışığı altında şekillenmiştir ve amaçlardaki farklılık doğal olarak kapsama yansır. Bu sonucun eleştirilmesi veya düzeltilmesi gerekmediği düşüncesindeyiz. Zira her iki düzenlemeye uygulama penceresinden bakıldığında bu farklılıkların işletmeler ya da mükellefler için zorluk arz etmediği görülecektir. Hâl böyle olunca kurumların farklılıklarını pratik gerekçe ile yontmaya da gerek yoktur. Vergi hukukunun özel hukuka aykırı kapsamı kamu maliyesinin ihtiyaçlarını, muhasebe standartlarının ekonomik bakışı da finansal raporlama düzeninin gereklerini karşılamaktadır.

2. Hukuki İşlem

Mükellefin kazancının ilişkili kişiye aktarımı dış dünyaya ekseriyetle bir sözleşme olarak yansır. Bu nedenle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı için, özel hukuk sözleşmesine dayanan gizlenmiş işlem yorumu yapılır⁷⁸⁶.

KVK m. 13/1’de bu durum emsallere uygunluk ilkesine aykırı fiyat ya da bedelin mal veya hizmet alım ya da satımına ilişkin olması şeklinde ifade edilmiştir. Hükmün devamına göre ise *alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir*. Maddedeki sayım tahdidi (*numerus clausus*) değildir. Örnek kabilinden sayılan bu işlemler ekonomik yaklaşımın gereği olarak çoğaltılabilir⁷⁸⁷. Kanaatimizce lisans sözleşmeleri de bu kapsamdadır.

3. Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırılık

KVK m. 13/1, örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için hukuki işlemin fiyatının veya bedelinin emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde belirlenmesini aramıştır. Bu madde kapsamında yapılacak denetimde emsallere uygunluk ilkesi kilit konumdadır⁷⁸⁸. Tercih edilen sistem aslında OECD tarafından açıklanan uluslararası standartların yansımasından ibarettir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ Kaplan Dönmez, s. 414; Ateş, s. 7.

⁷⁸⁷ Köse/ Ferhatoğlu, s. 35; Ateş, s. 39, 52.

⁷⁸⁸ Kumkale, s. 161; Saruhan, s. 415.

⁷⁸⁹ OECD, Transfer Pricing, s. 33 vd.; Kaplan Dönmez, s. 410; Ateş, s. 52; Ağar, Hukuki Nitelik, s. 187. Emsallere uygunluk ilkesine alternatif olabilecek, fakat uygulamada tercih edilmeyen diğer yöntem global oranlama ilkesi (*global formulary apportionment*) olarak adlandırılır. Bu sistemde

Emsallere uygunluk, işlemin tarafları arasında mevzuatta ifade edilen şekilde bir ilişki olmasaydı kararlaştırılacak olan işlem fiyatına (= emsal) ilişkili kişilerle gerçekleştirilecek işlemlerde de riayet edilmesi durumudur. Bu fiyat Genel Tebliğ'in 4. başlığında *aralarında ilişkili kişi tanımına uygun herhangi bir ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu piyasa ya da pazar fiyatı* şeklinde tanımlanır. Diğer bir ifade ile emsale uygun olan, ilişkinin yarattığı etkiden bağımsız bir şekilde ve üçüncü kişilerle gerçekleştirilmesi (*arm's length*) beklenen nesnel şartlar altında belirlenen fiyat veya bedeldir. Pazarlık sonucu oluşan fiyat şeklinde de tanımlanabilir⁷⁹⁰.

Emsallere uygunluk ilkesi dinamik bir unsurdur. Yükümlünün akdettiği sözleşmeyi odak alır, daha sonra bu sözleşmeye emsal olabilecek nitelikteki işlemleri ve nihayet bu işlemlerde kararlaştırılan fiyatı veya bedeli tespit eder. Son aşama, tespit edilen bu emsal fiyatın ya da fiyatların somut olayda incelemeye tabi işlemin fiyatıyla karşılaştırılmasıdır. Her iki tutar arasında farklılık bulunması hâlinde, ilişkili kişiyle akdedilen işlemin emsale uygun olmadığı sonucuna ulaşılabılır⁷⁹¹.

Vergi hukukunda emsallere uygunluk ilkesi ile ilgili olarak yapılan çalışmalar ticaret hukukçuları tarafından SerPK m. 21'de düzenlenen örtülü kazanç aktarım yasağı için doğrudan yararlanılacak bir kaynak olarak görülmüştür. Mezkûr madde çalışmamızın son bölümünde zararlı (ve bu nedenle kural olarak geçersiz) ilişkili taraf işlemlerinin bir parçası olarak ayrıca ele alınacaktır. Burada doktrine paralel şekilde emsallere uygunluk vergi hukuku penceresinden incelenecektir⁷⁹². O nedenle anlatımda tekerrüre düşmemek adına bu başlık altında genel bir tanıtım yapmakla yetineceğiz.

Emsallere uygunluk ilkesini anlamlandırmak temel bazı kavram ve kuralları tanımakla mümkün olur. Bunlardan ilki iç emsal – dış emsal ayrımıdır. Farkı kısaca ortaya koymak gerekirse, işlemi incelemeye tabi tutulan kurumun, ilişkili olmadığı kişiler ile gerçekleştirdiği benzer işlemler iç emsal niteliğindedir. Dış emsallerde, diğer (tabiri caiz ise bağlantısız, alakasız) kurumların ilişkisiz kişilerle yaptıkları

küresel kârın işleme katılan şirketler arasında bölünmesi yoluyla sonuca ulaşılır, bkz. OECD, Transfer Pricing, s. 39-43; Köse/ Ferhatoğlu, s. 13-14; Onay, s. 101.

⁷⁹⁰ Saruhan, s. 419; Açar, Hukuki nitelik, s. 192; Köse/ Ferhatoğlu, s. 36-37; Onay, s. 21; Taşkın, s. 87.

⁷⁹¹ Bu konuda yapılan detaylı incelemeler için bkz. Ateş, s. 52 vd.; Taşkın, s. 102 vd.

⁷⁹² Bu konuda bkz. aça. Dördüncü Bölüm, III/B/1.

benzer işlemler dikkate alınır⁷⁹³. Genel Tebliğ iç emsalin öncelikli olduğunu açıkça ifade eder. Ancak bu şekilde emsal fiyata ulaşamaması veya ulaşılan emsalin güvenilir olmaması durumunda dış emsallerden istifade edilebilecektir.

İncelemenin ilk aşamasında, emsal oluşturabilecek işlemler tespit edilir. Burada yapılması gereken, ilişkili kişi ile gerçekleştirilen işlemin ilişkisiz kişilerle akdedilen benzerleri ile karşılaştırılmasıdır. Buna karşılaştırılabilirlik analizi, bu analizde kullanılan işlemlere ise karşılaştırılabilir işlem ya da emsal işlem denilir⁷⁹⁴. Analizde dikkate alınması gereken unsurlar uluslararası literatürü takiben Genel Tebliğ 4.1’de belirtilmiştir. Bunlar mal veya hizmetlerin nitelikleri, ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri işlemler ve üstlendikleri riskler, işlemlerin gerçekleştiği pazarın yapısı, pazardaki ekonomik koşullar, sözleşme koşulları, iş stratejileridir⁷⁹⁵. Sayılan unsurlarda yeterli benzerlik yakalanamadığı takdirde emsal işlem den bahsedilemez.

İlişkili kişi ile akdedilen işlemle tam anlamıyla özdeş koşullarda akdedilen işlemlerin tespiti kolay bir faaliyet değildir. Bu nedenle süreci destekleyen hususlar öngörülmüştür. İlk olarak, işlemi somut bir şekilde etkilemeyen farklılıkların emsal olma kabiliyetini engellemeyeceği ifade edilmiştir. Yine, farklılığın etkisini ortadan kaldırmak mümkünse bu yola gidilmesi tercih edilir (Genel Tebliğ 4.1, par. 2). Tek bir fiyat ya da bedel yerine ancak bir fiyat aralığına ulaşılabilirdiği hâlde ise mevzuatın “emsal fiyat aralığı” olarak isimlendirdiği (Genel Tebliğ 4.2) bu fiyat dizisi esas alınabilir⁷⁹⁶. Burada önemli olan, emsal oluşturabilecek işlemlerin tespit edilmesi ve nihayetinde mükellefin ilişkili kişiyle akdettiği işlemin bu fiyattan ya da bu fiyat aralığında gerçekleştirilmesidir.

Emsal fiyat (ya da aralığı) tespit edildikten sonraki aşamada mükellefin ilişkili kişiyle akdettiği sözleşmenin fiyat veya bedelinin emsale uygunluğunu temin etmek gerekecektir. Bu faaliyette esas alınan yöntemlere transfer fiyatlandırması

⁷⁹³ Köse/ Ferhatoğlu, s. 38; Onay, s. 341-342; Taşkın, s. 175; Ağar, Hukuki Nitelik, s. 191-199. Yazar ayrıca fiyatlandırmayı yapan kurum için erişilebilir olmayan, fakat vergi idaresinin bilgisi dâhilindeki işlemlerin “gizli emsal” olarak adlandırıldığını; Türk vergi hukukunda bunların kullanılamayacağını ifade etmiştir (s. 198). Güncel maliye uygulaması hakkında bilgi için ayrıca bkz. Kaplan Dönmez, s. 411.

⁷⁹⁴ Ateş, s. 57; Köse/ Ferhatoğlu, s. 38; Robert Ackerman/ Elizabeth Chorvat, “Modern Financial Theory and Transfer Pricing”, George Mason Law Review, Y. 2002, C. 10, S. 4, s. 642-643.

⁷⁹⁵ Ateş, s. 58; Köse/ Ferhatoğlu, s. 39-44; Onay, s. 22-24. OECD ilkeleri kapsamında ayrıca bkz. Taşkın, s. 102-109.

⁷⁹⁶ Köse/ Ferhatoğlu, s. 44; Ateş, s. 61; Onay, s. 25.

yöntemleri denilir. Bu yöntemler ismen, karşılaştırılabilir fiyat yöntemi; maliyet artı yöntemi; yeniden satış yöntemi; kâr bölüşüm yöntemi; işleme dayalı net kâr marjı yöntemidir⁷⁹⁷. Doğru yöntemin tespiti için şu üç soru önerilir⁷⁹⁸: 1. Ürünün dış piyasada üreticisi var mı? 2. Satıcının değişken maliyeti pazar fiyatından düşük mü? ve 3. Satıcı tam kapasitede mi çalışmaktadır? Verilecek cevaplara göre öncelikle alımın işletme içinden mi yoksa dışından mı yapılması gerektiği tespit edilecektir.

Yöntemlerin birbiriyle ilişkisi zaman içinde değişiklik göstermiştir. Kanunda ve buna paralel ikincil mevzuatta yapılan değişiklikten⁷⁹⁹ önce yukarıda sayılanlar arasından geleneksel işlem yöntemleri olarak adlandırılanların ilk sırada dikkate alındığı, daha sonra mevzuatta bahsi geçen diğer yöntemlerin uygulandığı ve eğer bu yöntemler sonuca ulaşmakta yetersiz kalırsa mükellefin belirleyeceği yöntemin kullanılacağı üç aşamalı sistem söz konusuydu⁸⁰⁰. Artık yöntemler arasında öncelik yoktur. Mükelleflerin işlemin niteliğine en uygun yöntemi kullanmaları beklenir. Hatta maddede sayılmayan, OECD rehberlerinde veya başka ülke uygulamalarında yer alan yöntemleri de kullanabilecekleri kabul edilir⁸⁰¹.

Vergi yaklaşımından kaynaklanan son bir yöntem, fiyat veya bedelin Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirli süreliğine kararlaştırılmasıdır. Peşin fiyatlandırma anlaşması (*advance pricing agreement*) olarak ifade edilen bu yöntemde, mükellefin ilişkili kişi ile akdedeceği bazı işlemlerde uygulanacak transfer fiyatlandırmasına vergi idaresi ve mükellef bir sözleşme dâhilinde karar verir. Bu, bağlayıcı nitelikte bir idari sözleşmedir. Mükelleflere işlemlerini hukuki belirlilik içinde akdetme şansı sağlar. Zira kendisinin sözleşmeye uygun davranışları çekişme konusu edilemeyecek, örtülü kazanç dağıtımından bahisle ek tarhiyat yapılamayacaktır. Vergi idaresi ise önlenen vergi ihtilafları sayesinde zaman ve iş gücünden, yargılamanın getireceği ekonomik sonuçlardan tasarruf edecektir⁸⁰².

⁷⁹⁷ Ateş, s. 52-54; Köse/ Ferhatoğlu, s. 71-72; Onay, s. 27-43; Ackerman/ Chorvat, s. 643 vd. Daha detaylı açıklamalar için OECD, Transfer Pricing, s. 101 vd. ve bu metni takiben Taşkın, s. 110 vd.

⁷⁹⁸ Köse/ Ferhatoğlu, s. 66, 95.

⁷⁹⁹ Söz konusu değişiklik, 15.07.2016 tarihli ve 6728 sy. Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. T. 09.08.2016, S. 29796) ilgili hükümleriyle gerçekleştirilmiştir.

⁸⁰⁰ Ateş, s. 55-56; Köse/ Ferhatoğlu, s. 71-72.

⁸⁰¹ Saruhan, s. 420-421; Köse/ Ferhatoğlu, s. 72; Taşkın, s. 111. Yöntemler eşit derecede uygulanabilir olduğunda geleneksel işlem yöntemlerinin tercih edildiği yönünde Onay, s. 27.

⁸⁰² Köse/ Ferhatoğlu, s. 107-118; Onay, s. 45-52; Saruhan, s. 421; Taşkın, s. 135-139; Ateş, s. 171 vd. KVK m. 13/5'teki Maliye Bakanlığı ifadesinin ikincil mevzuat gereğince Gelir İdaresi Başkanlığı olarak okunması gerektiği yönünde aynı eserde s. 175.

İfade ettiğimiz üzere, emsallere uygunluk ilkesi vergi hukuku literatüründe detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu incelemelerden sermaye piyasası hukukunda yararlanılması doğal karşılanmalıdır. Bununla birlikte, transfer fiyatlandırmasının bedel veya fiyat tespitine odaklandığı isabetle ifade edilmektedir⁸⁰³. Bu durumun SerPK uygulamasında dikkate alınması gerekir⁸⁰⁴.

4. Hazine Zararı

KVK'nın 13. maddesinin 5766 sy. Kanun'la⁸⁰⁵ değişik 7. fıkrasında, örtülü kazanç dağıtımından bahsedilebilmesi için hazine zararının varlığı aranmıştır. Kanun değişikliğinden önce öğretide bu şartı savunan yazarlar, hazine zararı oluşmadan yapılacak uygulamaların mükerrer vergilemeye yol açacağını ifade etmekteydi. Lakin bu şartın aranmamasını savunan yazarlar da mevcuttu⁸⁰⁶. Artık tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemlerde bu şart kanun hükmü gereğince aranacaktır.

Revize hüküm tartışmalara son verdiği gibi hazine zararından ne anlaşılması gerektiğini de açıklar. Burada geniş bir tanımlama yapılmıştır. Her türlü verginin eksik veya geç tahakkuku bu anlamda zarar teşkil eder⁸⁰⁷. Gelir Vergisi Kanunu'na baktığımızda ise hükmün uygulanması için hazine zararının aranmadığı görülür. Bu durum gelir vergisi mükellefleri aleyhine bir eşitsizlik olarak görülmekte ve öğretilerde eleştirilmektedir⁸⁰⁸.

5. Sübjektif Unsur

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için öğretilerde aranan son unsur, mükellefin fiyatlandırmadaki amaç ve iradesini esas alır⁸⁰⁹. Sübjektif unsur olarak adlandırılan bu şarta göre, mükellefin somut işlemi

⁸⁰³ Ateş, s. 33. Kapsam yönünden müessesenin tamamlayıcısı ekonomik yaklaşım ilkesine dair VUK m. 3/B hükmüdür.

⁸⁰⁴ Vergi hukuku düzenlemelerinin hangi ölçüde dikkate alınması gerektiğine dair görüşümüz için bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, I/B/3/b/i ve III/B/1/b/ii.

⁸⁰⁵ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişik Yapılması Hakkında Kanun, RG. T. 06.06.2008, S. 26898 (Mükerrer).

⁸⁰⁶ Ateş, s. 63-65; Köse/ Ferhatoglu, s. 54; Onay, s. 257.

⁸⁰⁷ Saruhan, s. 423; Ateş, s. 63.

⁸⁰⁸ Kaplan Dönmez, s. 421.

⁸⁰⁹ Ateş, s. 65; Açar, İlişkili Kişi, s. 195.

kazanç dağıtmak ve böylece vergi kaçırmak amacıyla yapıp yapmadığı sorgulanır. Fakat sübjektif iradenin zorunlu olmadığını savunan yazarlar da vardır⁸¹⁰.

Sübjektif unsur kabul eden yazarlara göre kanun bu iradenin mevcudiyetini varsaymıştır, fakat mükellefin bu durumun aksini ispatlamasına müsaade edilmelidir. Bu şekilde mükellef vergi kaçırma amacıyla hareket etmediğini ortaya koyarsa, bir görüşe göre artık örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemez. Fakat bu ihtimalde dahi VUK m. 134 uyarınca matrah farkının vergilendirilmesi gerekecektir⁸¹¹.

C. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları

Yukarıdaki unsurları barındıran bir işlemin varlığı hâlinde ne olacağı KVK m. 13/6 ve 11/1-c'de (GVK m. 41/5) düzenlenir. Buna göre transfer fiyatlandırması yoluyla dağıtılan kazançlar kabul edilmeyen gider olarak sınıflanır. Bu nedenle örtülü olarak dağıtıldığı anlaşılan kazanç kurum matrahına eklenerek tarhiyata konu edilir⁸¹².

Aktarılan tutarın gider kabul edilmemesi yoluyla hem vergi güvenliği sağlanır hem de kurum kazancının aşındırılması engellenir. Zira kurum kazancı örtülü şekilde dağıtılmasaydı öncelikle bu kazancın KVK uyarınca vergilendirilmesi gerekecekti. Vergilendirilen kazancın ilgili kişilere (pay sahipleri, ortaklar, intifa senedi sahipleri gibi) kâr olarak dağıtılmasına karar verilmişse, muhtemeldir ki bu aşamada kesintiler gerçekleştirilecekti. Son olarak, kâr edinen kişilerin bu kazançlarını vergilendirmeleri gerekebilecekti⁸¹³. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayesinde ilişkili kişilerin anlatılan süreç sonunda elde etmesi gereken ekonomik fayda ilişkili taraf işlemiyle yine sağlanmakta ve fakat vergilendirme süreci dışlanmaktadır. Hukuka aykırı hedef bu olduğuna göre, vergi kanunlarının düzenlediği sonuç da bunu engellemeye dönüktür.

⁸¹⁰ Onay, s. 258-259.

⁸¹¹ Ateş, s. 66-67.

⁸¹² Saruhan, s. 424; Köse/ Ferhatoğlu, s. 52; Onay, s. 124. Burada ikmalen veya resen tarhiyat söz konusu olabilir (Akgül, s. 82-83). İkmalen tarhiyat ile kastedilen, yükümlünün beyanına dayalı tarhtan sonra vergi idaresinin kesin belgesel bulgulara dayalı olarak ek matrah ya da matrah farkı üzerinden yaptığı tarhiyat işlemidir. Resen tarhiyat ise sağlıklı bir vergi incelemesine elverişli maddi defter, belge ve kayıtların yokluğu nedeniyle yükümlünün beyanının doğru kabul edilememesi ve bu nedenle matrahın vergi idaresi tarafından resen takdir edilmesi hâlinde gündeme gelen tarhiyat biçimidir (Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 175-177).

⁸¹³ Kaplan Dönmez, s. 404, 412; Onay, s. 11.

Hükümde ifade edilen sonucun doğması için kurumda gerçekten kâr oluşması zorunlu değildir. Herhangi bir kâr oluşmasa dahi aktarılan tutar, dağıtılmış kazanç kabul edilir. Daha sonra bu tutar tam mükellefler açısından dağıtılmış kâr payı ve dar mükellefler açısından ana merkeze aktarılan tutar olarak vergilendirilir⁸¹⁴. Ayrıca gecikme faizi ödenecektir⁸¹⁵.

Başka bir hukuki kisvede beyan edilen işlemin vergisel düzlemdeki anlamının bu şekilde değişmesi mezkûr işlemin parçası olduğu vergilendirme sürecinin geriye dönük düzeltilmesini gerektirir. KVK m. 13/6'nın "*Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir.*" şeklindeki ifadesi buna işaret etmektedir. Hem örtülü kazancı dağıtan kurum hem de kendisine kazanç dağıtılan ilişki kişi için düzeltme söz konusudur. Burada öncelikle vergi mükellefinin matrahı ilişkili taraf işlemi emsale uygun fiyat ya da bedel üzerinden yapılsaydı ne olacak idiyse o duruma getirilir, diğer bir ifadeyle yukarı doğru düzeltilir. Bu işleme birincil düzeltme denilir. Sonraki aşamada ise birincil düzeltmeye konu tutar ilişkili tarafın vergiye tabi gelirlerinin arasından çıkartılır. Nihayet aynı tutar gerekiyorsa temettü geliri olarak vergilendirilir. Sırasıyla karşı ve ikincil düzeltme denilen bu faaliyetler kazanç dağıtılan ilişkili tarafın matrahını yeni duruma uydurur⁸¹⁶. Fakat Kanun ek düzeltmenin öncesinde, örtülü kazancı *dağıtan* mükellefin adına düzeltme sonucunda tarh edilen verginin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasını aramıştır (KVK m. 13/6; Genel Tebliğ 9.1).

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının yaptırımları arasında idari ve cezai sorumluluk da bulunur. Cezai sorumlulukta kanunilik, Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleriyle sağlanır. Bu kapsamda ilk akla gelen VUK m. 341 uyarınca vergi ziyai cezasıdır. İncelediğimiz konu bağlamında, kurumun vergiye tabi kazancı örtülü olarak dağıtılmakta, bu miktarda vergi ziyai meydana gelmekte ve ceza doğmaktadır⁸¹⁷. Ayrıca kurumların, KVK m. 13/3'te öngörülen saklama ve

⁸¹⁴ Köse/ Ferhatoğlu, s. 52; Kaplan Dönmez, s. 412; Saruhan, s. 424. Ayrıca bkz. Genel Tebliğ'de 9 numaralı başlık.

⁸¹⁵ Akgül, s. 83.

⁸¹⁶ Onay, s. 122-124, 135, 140; Köse/ Ferhatoğlu, s. 52; Saruhan, s. 424; Ateş, s. 67, 83-89. Bu durumun katma değer vergisine etkisi hakkında açıklamalar için bkz. aynı eserde, s. 89-92; Onay, s. 228 vd.

⁸¹⁷ Akgül, s. 83-84; Köse/ Ferhatoğlu, s. 55-56. Kumkale, s. 163. Karş. KVK m. 13/8. Vergi ziyai ve cezası hakkında bilgi için bkz. Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 349-354.

sunma yükümlölüklerine aykırı hareketleri özel usulsüzlük cezasına (VUK m. 355) sebebiyet verecektir⁸¹⁸.

Son olarak, vergi suçları arasından kaçakçılığın (VUK m. 359) örtülü kazanç dağıtımı esnasında işlenmesi mümkündür. Zira fiyat veya bedel emsale aykırı olarak gösterilip kazancın aktarımı sağlanırken, aynı zamanda hesap durumlarının doğru olarak tespiti de engellenmektedir. Bu suçu işleyenlerin on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılması öngörülmüştür⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Akgül, s. 85; Köse/ Ferhatoğlu, s. 56. Açıklamalar ve özellikle kanunilik ilkesi kapsamındaki eleştiriler için bkz. Ateş, s. 189-190.

⁸¹⁹ Ateş, s. 191-192; Kaneti/ Ekmekçi/ Güneş/ Kaşıkçı, s. 374.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL KARAR ALMA SÜREÇLERİ

Ortaklığın ilişkili tarafları bu sıfatlarını kural olarak yönetsel yetiye sahip oldukları için kazanırlar. Aynı kişilerin ortaklık organlarına yön verme kudretini de haiz olmaları son derece olasıdır. Bu nedenle tüm dünyada kanun koyucular ilişkili tarafların ortaklığa istedikleri kararları aldırabilecekleri ve böylece yukarıda yer verdiğimiz ilkelere aykırı nitelikte sonuçlar doğabileceği düşüncesinden hareketle, ilişkili tarafların ortaklık organlarındaki gücünü sınırlamayı tercih etmiştir.

Anonim ortaklıklarda kararlarıyla ortaklık faaliyetlerine yön veren organlar genel kurul ve yönetim kuruludur. Çoğunluk ilkesinin kendini gösterdiği bu organlarda pay sahiplerinin ve yöneticilerin temel enstrümanları ise oy hakkıdır. Düzenlemelerin önemli bir kısmı bu nedenle oy hakkını hedef alır. Pay sahibinin veya yönetim kurulu üyesinin oy hakkını kısıtlamak bu kişilerin ortaklıktaki varlık sebebini sorgulamasını gerektirecek ciddi bir harekettir. Zira özel karar alma süreçleri, işlemlerin iç ilişkide bloke edilmesinde gerçek bir tehdit unsurudur⁸²⁰. Bu nedenle söz konusu kısıtlama sadece ilişkili taraf işlemlerinde benimsenen kuramsal düşünce (ve diğer ortaklıklar hukuku ilkeleri) izin verdiği ölçüde olmalıdır. Özel karar alma süreçlerini ayrı bir ana başlık altında incelenmeye değer kılan işte bu ince çizgidir.

Bu bölümde her bir başlık altında ilk olarak konu bütünlüğünü sağlayabilmek adına organların ne şekilde karar aldıkları açıklanacaktır. Burada genel açıklamalarla yetinilecek olmasının nedeni, konunun ilişkili taraf işlemleri yönünden herhangi bir özellik arz etmemesidir. Daha sonra ilk bölümde, karar mekanizmasının bir parçası olan oy hakkından yoksunluk incelenecektir. Pay sahiplerinin genel kurul nezdinde somutlaştırdıkları iradelerinin vasıtası olan oyun ilişkili taraflardan hangi kapsamda soyutlandığı ve bu tercihin ilişkili taraf işlemleri bakımından anlamı ele alınacak olan konulardır.

İkinci alt başlıkta inceleyeceğimiz yönetim kurulu bakımından, Türk Ticaret Kanunu birden fazla düzenleme öngörür. Kanaatimizce ortaklığın yönetiminde aldığı rol ve bu kapsamda sahip olduğu geniş yetkiler nedeniyle, yönetim kurulu üyelerine zararlı ilişkili taraf işlemlerinin önlenmesi açısından daha dikkatle yaklaşılmalıdır.

⁸²⁰ Li, s. 4.

Bu yaklaşım sermaye piyasası hukukuna da yansımıştır. Bu nedenle son başlıkta TTK sistemini halka açık anonim ortaklıkların ihtiyaçları için genişleten SerPK hükümleri incelenecektir. Bu konuda temel düzenleme kurumsal yönetim gereğince öngörölmüş özel karar alma sürecidir. İlgili hüküm ilişkili taraf işlemi odak alması bakımından da TTK'daki genel düzenlemeden ayrılmaktadır.

I. GENEL KURULDA OY HAKKINDAN YOKSUNLUK

Pay sahiplerinin oy hakkı belli şartlar altında kanun veya esas sözleşme ile kısıtlanabilir. Bu sonuca yönelen birden fazla yöntem mevcuttur. Bunlardan biri olan oy hakkından yoksunluk TTK m. 436'da düzenlenmiştir⁸²¹: *(1) Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz. (2) Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz.*

Oy hakkından yoksunluk, pay sahiplerinin ve bunlar vasıtasıyla kapsama dâhil olan üçüncü kişilerin ortaklıkla akdettikleri belli bazı işlemleri konu edinir. Kişi yönünden kapsamı gözetildiğinde TTK m. 436, ilişkili taraf işlemlerini konu alan özel karar alma süreci niteliğindedir. Aşağıda bu kurum incelenecek olmakla birlikte, konuyu daha anlaşılabilir kılmak adına önce kısaca genel kurul açıklanacaktır.

A. Genel Kurul

Anonim ortaklığın organları olan genel kurul ve yönetim kurulu, aldıkları kararlara ortaklığın iradesini oluşturma hak ve görevini haizdir. Organların yetki paylaşımı ve aralarındaki etkileşim ile bu durumun sonuçları ayrı bir incelemeyi hak

⁸²¹ TTK m. 436'nın başlığı oydan yoksunluktur. Kanun koyucunun yaptığı aksine, burada oydan yoksunluk ile oy hakkından yoksunluk arasındaki nüansı dikkate almak gerekir. Oydan yoksunluk 6362 sayılı SerPK öncesinde karşılaşılan ve hiçbir oy hakkı bahşetmeyerek TTK'daki kurala istisna teşkil eden hisse senetlerinin durumunu anlatır. Bu hisseler pay sahibinden bağımsız olarak oydan yoksun kılınan özel bir pay çeşidiydi (N. Füsün Nomer, **Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar**, İstanbul: Beta, 1994, s. 5-6). Dengeyi sağlamak adına hisselerin sahiplerine diğer pay sahipliği hakları yanında kârda imtiyaz tanınmıştı (Mehmet Murat Aktaş, **Oydan Yoksun Hisse Senetleri**, Ankara: Yetkin, 2006, s. 105-108; Nomer, **Oydan Yoksun Paylar**, s. 53). TTK m. 436'da yer verilen ise oydan değil oy hakkından yoksunluk müessesesidir, bu yönde haklı olarak Fahriye Pelin Tokcan, **Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 11-12.

eder⁸²². Bu nedenle mezkûr konuya izlediğimiz metoda uygun ve ilişkili taraf işlemlerinin anlaşılmasında gerekli olduğu ölçüde değındikten sonra genel kurul kararlarının nasıl alındığını inceleyeceğiz. Hedef, ilişkili taraf işlemleri söz konusu olduğunda karar alma sürecinin ne şekilde değıştiğini ortaya koyabilmek adına, temel sürecin küçük ölçekli planını çıkarmaktır.

1. Genel Kurulun Temel Yapısı

a. Anonim Ortaklık Organlarının Karşılıklı Konumu

6102 sy. TTK’da denetçiler organ sıfatını yitirmiştir, artık anonim ortaklığın organları denildiğinde sadece genel kurul ve yönetim kurulu anlaşılacaktır⁸²³. Her iki organ da karar almaya yetkilidir. Hangi işlemin nerede karara bağlanacağı ve sürece etki edecek bir altlık üstlük ilişkisinin mevcut olup olmadığı sorularının öncelikle cevaplanması gerekir.

i. Teoriler

Anonim ortaklığın organları arasındaki ilişkiyi ortaya koyan muhtelif teori mevcuttur. Bu teoriler aynı zamanda ihtimallere karşılık gelir. Bunlardan sözleşme teorisine göre, ortaklığın idaresi genel kurula aittir. Bir tüzel kişi olan ortaklığın dış dünyaya ulaşan iradesi genel kurul kararlarında somutlaşır⁸²⁴. İradenin uygulanması ise sözleşmesel ya da organ sıfatından kaynaklı temsil yetkisini haiz kişi ve kurullara bırakılmıştır. Genel kurulu bu şekilde üst konuma yerleştiren ve yönetim kurulunun yetkilerine müdahale edebilecek noktada gören anlayış öğretide üstünlük teorisi (*Omnipotenztheorie*) olarak da adlandırılır⁸²⁵.

İki organ arasından diğersini, yani yönetim kurulunu öne çıkaran teori ise Alman hukuku kaynaklı liderlik teorisidir (*Führerprinzip*). Bu teori genel kurulun yetkilerini temelde lideri, yani yöneticiyi seçmekle sınırlandırır ve ortaklık iradesinin

⁸²² Bu konudaki yakın tarihli bir çalışma için bkz. Esra Kaşak, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

⁸²³ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 143-144.

⁸²⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 514.

⁸²⁵ Arthur Meier-Hayoz/ Peter Forstmoser, **Droit suisse des sociétés**, Berne : Stämpfli, 2015, s. 600; Veliye Yanlı, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda ‘İşbölümü İlkesi’ ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 263; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 15. Üstünlük teorisi yine kendi içinde, genel kurulun yetkilerinin sınırına göre mutlak üstünlük ve sınırlı üstünlük teorisi olarak ikiye ayrılmaktadır (Kaşak, s. 77 vd.).

oluşumuna dair diğer görev ve yetkilerin yönetim organında olmasını savunur⁸²⁶. Ortaklar arasında bu yönde bir ayrım görmeyen görüş ise iş bölümü veya kurum teorisi olarak adlandırılır. Bu teoriye göre her organ kendi görev ve yetkileri dâhilinde ortaklık iradesini oluşturma gücünü haizdir. Bu sisteme eşitlik teorisi (*Paritätsprinzip; principe de parité*) de denilir⁸²⁷.

ii. İsviçre hukuku

Mehaz kanun olmasına rağmen İsviçre Borçlar Kanunu bu hususta TTK'ya tam anlamıyla yol gösterici değildir. Zira İsviçre sisteminde genel kurulun ortaklığın en üst organı olduğu OR Art. 698 hükmünde açıkça belirtilir⁸²⁸. Oysaki aşağıda görüleceği üzere Türk hukukunda organlar arasında ast-üst ilişkisi yoktur. Esasen İsviçre hukukundaki üstünlük, ortaklığı temelden etkileyen önemli kararların genel kurulun yetkisine bırakılmış olmasını ifade eder. Bu nedenle genel kurulun üst organ niteliğinin yönetim kurulunun yetkilerine sınırsız bir müdahale imkânı olarak anlaşılmaması gerekir. Zira yönetim kurulu da kendisine tanınan yetkiler yönünden en üst makamdır⁸²⁹. Bu nedenle lafzen olmasa da sistemsel anlamda İsviçre hukuku mehaz olma özelliğini muhafaza etmektedir⁸³⁰.

2017-2020 yılları arasında gerçekleştirilen ve İsviçre anonim ortaklıklar hukukunu günümüz ekonomik-teknolojik gelişmelerine adapte eden değişiklikler bir kenara bırakılırsa, hükümlerde en ciddi değişiklik 1991 tarihinde gerçekleştirilmiştir. İsviçre doktrini bu değişiklikleri genel kurulun üst organ niteliğinde bir zayıflama, eşitlik (iş bölümü) teorisine doğru bir geçiş olarak niteler⁸³¹. Keza daha sonraki revizyonlarda yönetim kurulunun bazı kararlarının genel kurul onayına sunulması fikri tartışılmış ve fakat reddedilmiştir⁸³².

⁸²⁶ Yanlı, İşbölümü İlkesi, s. 263; Kaşak, s. 74-76; Meier-Hayoz/ Forstmoser, s. 600; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 18.

⁸²⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 514; Meier-Hayoz/ Forstmoser, s. 600; Yanlı, İşbölümü İlkesi, s. 263; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 16-17; Kaşak, s. 83 vd.

⁸²⁸ Hüküm şu şekildedir: (fr.) *L'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société*; (alm.) *Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre*.

⁸²⁹ Meier-Hayoz/ Forstmoser, s. 601; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 516; Yanlı, İşbölümü İlkesi, s. 264-265. Ayrıca bkz. Kaşak, s. 85 ve aynı sayfada dn. 390 ile 391'deki yazarlar.

⁸³⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 4.

⁸³¹ Kaşak, s. 87-88; Yanlı, İşbölümü İlkesi, s. 274; Mehmet Bahtiyar/ Esra Hamamcıoğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul: Beta, 2014, s. 8.

⁸³² Meier-Hayoz/ Forstmoser, s. 601.

iii. Türk hukuku

6102 sy. Kanun'un yürürlüğe girdiği 2012 yılına kadar organlar arasındaki ast-üst ilişkisinin yoğun bir tartışmaya konu edildiği, bugün yürürlükte olan TTK ile bu tartışmaların belli ölçüde sonuçlandırıldığı görülmektedir. Artık Türk hukukunda genel kurul, şirket için hayati önem taşıyan konuları karara bağlamaya yetkili ise de üst organ değildir. Kanun bu noktada işlevler ayrılığı ilkesini benimsemiştir⁸³³.

1926-1957 yılları arasında yürürlükte olan 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda üst organı gösteren bir düzenleme bulunmadığı gibi genel kurul ile yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini bütün hâlinde ortaya koyan maddeler de yoktu. Yetki ekseninde ve dağınık şekilde düzenlenmiş muhtelif hüküm karşısında, organlar arasında eşitlik gören görüşlerle birlikte genel kurulu üst organ olarak kabul eden görüşler doktrinde yer almıştı. 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu benzer bir içeriğe sahipti. Bu nedenle temel yaklaşım önceki ticaret kanunu ile aynı olmakla birlikte doktrinde güncel kanunun anlayışını yansıtan görüşlere yer verilmişti. Genel kurulun veya yönetim kurulunun yetkileri arasında sayılmayan hususlarda yönetim kurulunun yetkili görülmesi, organların devredilemez görev ve yetkileri bulunduğunun kabulü bu yöndeki görüşlerdir. Bu nedenle organlar arasında bir ast-üst ilişkisi bulunmadığı görüşü aynı dönemde yaygınlaşmıştır⁸³⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, getirdiği hükümlerle doktrindeki görüşleri önemli ölçüde karşılaştırmış ve sınırları büyük ölçüde belirli bir sistem kurgulamıştır. Bu sistemde genel kurula kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş bulunan konulara dair karar alma yetkisi tanınmış (TTK m. 408/1) iken geriye kalan hususlarda her çeşit iş ve işlem hakkında karar alma yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır (TTK m. 374). Genel kurul için TTK m. 408/2, yönetim kurulu içinse TTK m. 375 hükmüyle hangi görev ve yetkilerin devredilemeyeceği belirlenerek mevzu bahis belirginlik tesis edilmiştir⁸³⁵. Bu hükümler ışığında TTK'nın genel

⁸³³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 663; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 144-146; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 20-21; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 6.

⁸³⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 145. Detaylı bilgi için bkz. **Kaşak**, s. 104 vd. Karş. **İmregün**, s. 6. Yazar, 1962 tarihli eserinde genel kurulu üst organ olarak nitelemiştir.

⁸³⁵ Yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini kullanarak aldığı kararların genel kurul onayına dahi sunulamayacağı yönünde **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 21-22. Ayrıca bkz. **Bahtiyar/ Hamamcioğlu**, s. 8-9.

kurul ve yönetim kurulu arasında fonksiyonel bir eşitlik öngördüğü doktrinde ifade edilmiştir⁸³⁶.

İlgili hükümlerden ulaşılan ilk sonuç, TTK m. 408/2’de sayılan devredilemez görev ve yetkiler başta olmak üzere kanunda ve esas sözleşme vasıtasıyla TTK m. 340 kapsamında tanınmış olan yetkiler haricindeki tüm konularda görev ve yetkinin yönetim kuruluna ait olduğudur⁸³⁷. Kanuni yetki düzeni yönetim kurulu üyelerinin ilişkili taraf olarak kabulünde yatan doğru hukuki mantığı adeta ispatlar niteliktedir. Böylesi yetkilere sahip olan kurul, ortaklığın akdedeceği işlemlerin içeriğini, koşullarını ve tarafını kolayca belirleyebilir. Bu durum şirketin yönetimine ilişkin temel prensipten vazgeçilmesini gerektirmemekle birlikte, bazı ihtimallerde kuraldan ayrılmayı makul kılacak ciddiyettedir. Bu ayrılma bazen kendini bir yetki kayması olarak gösterir⁸³⁸.

İlişkili taraf işlemlerini gözetken ve bu nedenle ortaklığın yönetimine dair bir yetkiyi yönetim kurulundan alıp genel kurula aktaran düzenlemelere örnek, yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapma yasağıdır⁸³⁹. Gerçekten TTK m. 395’e göre, pekâlâ yönetim kurulunun yetkisi dâhilinde olan herhangi bir işlem akdinde, eğer işlemin diğer tarafı bir yönetim kurulu üyesi ise işlemin geçerli şekilde akdedilmesi genel kurulun iznine bağlanmıştır. Bazen ise yetkinin diğer organa kaydırılmadığı, fakat somut iş ve işlem bazında ilişkili tarafların karardan dışlandığı görülür. Belki de bu fenomeni “yetkinin kişi ekseninde kayması” olarak adlandırmak düşünülebilir. Bu ihtimalde yukarıdaki açıklamalarımız yetkinin organ ekseninde kaymasını ifade eder.

b. Organ Niteliği

Genel kurul anonim ortaklığın iki organından biridir. Pay sahipleri katılma haklarını bu kurulda kullanır; kanun ve esas sözleşme ile belirlenen hususları bu kurulda karara bağlarlar. Bu nedenle genel kurul bir karar organıdır. Aynı zamanda iç organ olarak tanımlanır. Bu niteleme genel kurul kararlarının dış ilişkide istisnaen

⁸³⁶ Karasu, s. 39-40; karşı. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 146; Bahtiyar/ Hamamcıoğlu, s. 5-7; Kaşak, s. 130 vd. Teoman bu sistemi hükümde geçen “kendisine bırakılan alanda yönetim” ibaresinin açık olmadığı gerekçesiyle eleştirir, bkz. Teoman, Değerlendirme, s. 15.

⁸³⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 663.

⁸³⁸ Anonim ortaklık organlarında yetki kaymaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaşak, s. 154 vd.

⁸³⁹ Kaşak, s. 338.

doğrudan etki doğurmasından, kurulun üçüncü kişilerle muhatap olmamasından, bu anlamda ortaklığı temsile yetkisinin bulunmamasından kaynaklanır⁸⁴⁰.

c. Görev ve Yetkileri

Genel kurul, anonim ortaklığın iradesinin belirlendiği organdır. Pay sahipleri haklarını kural olarak bu kurul nezdinde kullanır ve alınan kararlar yoluyla ortaklığın iç ilişkilerine etki ederler⁸⁴¹. Bu nedenle pay sahiplerinin etki alanını belirleyen en önemli unsur genel kurulun görev ve yetkilerinin kapsamıdır.

TTK m. 408/2 genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerini toplu olarak sayar. Altı bent hâlinde sıralanan yetkiler ortaklığın kuruluşunda, işleyişinde ve sona erdirilmesinde etkili temel hususları karşılar. Mezkûr hüküm aynı zamanda TTK'nın diğer hükümlerinde başkaca devredilemez görev ve yetkilerin düzenlenebileceğini öngörür ve bu düzenlemeleri saklı tutar. Yapısal değişikliklerin karara bağlanması, tasfiye memuru atanması, özel denetçi atanması, esas sözleşmenin değiştirilmesi, menkul kıymet çıkarılması ve şirketin feshi bunlara örnek gösterilebilir⁸⁴². Ayrıca esas sözleşmeyle birtakım yetkilerin genel kurula devri de mümkündür (TTK m. 408/1). Fakat yetki devrinin organlar arasındaki işlevler ayrılığına aykırı olmaması gerekir⁸⁴³. Yine genel kurulun bu devredilmez yetkilerini kullanırken yönetim kurulu ile denetçilerin yetkilerine, imtiyazlara ve diğer pay sahipliği haklarına riayet etmesi, ortaklığa karşı üçüncü kişi konumunda olanların haklarını tek taraflı olarak ihlâl etmemesi gerekir⁸⁴⁴.

Konuya ilişkili taraf penceresinden yaklaşıldığında, hükümde sayılan bentler arasından öne çıkan TTK m. 408/2-b'dir. Bu bende göre yönetim kurulu üyelerinin kimlerden oluşacağı, görev süreleri, mali hakları ve benzeri konularda karar yetkisi münhasıran genel kurula aittir. Aşağıda görüleceği üzere yönetim kurulu ortaklığın yürütme ve temsil organıdır. Bu kurulun kaç kişiden oluşacağı esas sözleşmede tespit

⁸⁴⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 662; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 217; Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 9-10; Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, 2020, s. 340.

⁸⁴¹ **Paslı**, Oyun Hukuki Niteliği, s. 168.

⁸⁴² **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 665; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 147-148; **Bahtiyar/ Hamamcıoğlu**, s. 5-6; **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 341-343; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 229 vd.

⁸⁴³ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 665; **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 343.

⁸⁴⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 148-151.

edilebileceği gibi, yine esas sözleşmede asgari ve azami kişi sayısının belirtilmesi suretiyle takdir yetkisi genel kurula da bırakılabilir. Esas sözleşme hükmünü takiben genel kurul, yönetim kurulu üyelerini seçecektir. Bu seçim kararı ve ilgili üyelerin kabulü sonucu ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasında vekalet ilişkisi kurulur. Ortaklığın üçüncü kişilerle – keza ilişkili taraflarla – olan (dış) ilişkisi işte bu vekâlet akdi ekseninde şekillenecektir. Zira üyelerin ortaklığı temsil ederken bu vekâlet akdi çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Genel kurulun buradaki temel etkisi kimin vekil olacağını belirlemek, yönetim kurulu üyelerini seçmektir. Bununla beraber yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçilmesi kuralının istisnaları da mevcuttur. Bu istisnalar üyeyi kamu tüzel kişisinin, yönetim kurulunun veya mahkemenin seçmesi ile üyenin esas sözleşme uyarınca atanmasıdır⁸⁴⁵.

2. Genel Kurul Kararları

a. Genel Kurulun Oluşumunda Etkili Usul Kuralları

Genel kurulun oluşumu, pay sahiplerinin toplanmasından öte bir durumdur. Hem toplantı öncesinde hem toplantının yürütülmesi ve sonlandırılmasında izlenmesi gereken usuller bulunur. Doğru usul izlenmeksizin gerçekleştirilen toplantıların genel kurul vasfı veya alınan kararların geçerliliği ise tartışmalı bir hâl alır. Geniş anlamda karar alma süreci adı verilen bu süreçte ilgililerin çağrılı ya da çağrısız şekilde bir araya toplanmaları, müzakerelerde bulunmaları, oy kullanmaları ve sonucun tutanağa geçirilip imza altına alınması gibi muhtelif aşama bulunur⁸⁴⁶. Aşağıda kısaca bunlar ele alınacaktır.

i. Toplantı hazırlıkları ve çağrı

Genel kurul toplantıları kural olarak çağrı prosedürünü takiben yapılmaktadır. Bununla birlikte TTK m. 416 genel kurul toplantılarının çağrısız olarak yapılmasına imkân tanır. Buna göre tüm pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması ve itiraz etmemeleri hâlinde çağrıya ilişkin hükümlere uymaya gerek yoktur. Keza aynı oybirliği gündeme arzu ettikleri maddeyi ekleyip genel kurul toplantısının kapsamını diledikleri gibi belirleme imkânını sağlayacaktır. Bununla birlikte yönetim kurulunun

⁸⁴⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 521a, 521c, 543-547.

⁸⁴⁶ İbrahim Çağrı Zengin, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 10-11. Dar anlamda karar alma ise kurulun iradesini ortaya koyan oy verme ve sonucun tespiti aşamalarını kapsar.

her hâlükârda gerekli hazırlıkları yapması, gereğinde faaliyet raporunu hazırlaması ve hatta bakanlık temsilcisini davet etmesi gerekir⁸⁴⁷.

Çağrısız genel kurul toplantıları tüm pay sahiplerinin harmoni içinde hareket edebildiklerini gösterir. Bu nedenle çağrısız toplanabilen çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasında uyuşmazlık bulunmadığı varsayımı öne çıkar. Ortaklıkta azınlığın bulunmaması da buna gerekçe olabilir. Fakat çağrısız genel kurullar ilişkili tarafların mevcudiyetine dönük bir işaret teşkil etmez. Aynı şekilde menfaat çatışmasının olmadığını da göstermez. Sadece somut olayda çatışmanın uyuşmazlığa dönüşmediği varsayımı yapılabilir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine dair tüm düzenlemelerin çağrılı genel kurullar kadar çağrısız genel kurullarda da dikkate alınması gerekir.

Çağrılı genel kurul toplantısı ise toplantı gününün ve gündemin en az iki hafta önceden pay sahiplerine bildirildiği ve ayrıca ilan edildiği toplantı türüdür. İlanın esas sözleşmede gösterildiği şekilde, ayrıca bu zorunluluğa tabi olanların internet sitelerinde ve TTSG’de yayımlanarak yapılması gerekecek; ayrıca bazı kişilere iadeli taahhütlü mektup gönderilecektir⁸⁴⁸. Çağrılı genel kurullarda pay sahibine toplantı öncesinde hazırlık yapma imkânı tanınmış olur. Yönetimde etkin olmayıp varlığını ancak genel kurulda gösterebilen pay sahibinin ilişkili taraf işlemlerine karşı önlem alabilmesi için çağrı bu anlamda elzemdir. Finansal tabloların toplantı öncesinde pay sahiplerine açılması da bu hedefi destekleyen diğer bir pay sahipliği hakkıdır (TTK m. 437/1).

ii. Toplantının yürütülmesi

Bir kere çağrı gerçekleştirildikten ve toplantı günü geldikten, veya çağrısız olarak tüm pay sahipleri toplandıktan sonra genel kurul toplantısının yürütülmesine geçilir. Türk Ticaret Kanunu 417 vd. maddelerde toplantı sürecinin nasıl işleyeceğini düzenler⁸⁴⁹. Biz ilişkili taraf kuramıyla ilgili olduğumu düşünüyümüz için kısaca toplantı başkanına değineceğiz. Toplantı başkanı esas sözleşmede belirlenebileceği gibi, hükmün yokluğunda genel kurul tarafından seçilir. İç yönergeyi takiben genel

⁸⁴⁷ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 670; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 164-165; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 347; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 221.

⁸⁴⁸ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 163; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 675 vd.; Bahtiyar/ Hamamcıoğlu, s. 48-51; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 347.

⁸⁴⁹ Detaylı açıklamalar için Bahtiyar/ Hamamcıoğlu, s. 98-102; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 165 vd.; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 685 vd.; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 351 vd.; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 264 vd.

kurulu yönetir. Başkanın bu görevini tarafsız ve adil şekilde yürütmesi, gerektiğinde iyiniyetli olarak görüş ve eleştirilerini açıklaması beklenir⁸⁵⁰. Başkanın yetkileri pay sahibinin katılım haklarını verimli şekilde kullanmasını engelleyebilecek düzeydedir. Bu durum pratikte ciddi sonuçlar doğurabilir. Zira katılma hakları hukuka aykırı şekilde kısıtlanan ya da engellenen pay sahibinin ihtilafı çözmek için aktif bir şekilde harekete geçmesi gerekecek; pay sahibi haklı iddialarından sonuç alana değin ilişkili taraf işlemleri ve tünelleme riski varlığını koruyacaktır.

Toplantı başkanının seçiminde yetki genel kurulda olduğu ve kararın alınmasına dair özel kurallar öngörülmediği için, kontrolü elinde bulunduran pay sahipleri toplantı başkanını belirleme imkânına sahip konumdadır. Kanaatimizce bu durumun stratejik sonuçları yadsınmamalı, pay sahiplerinin ilişkili taraf konumunda olan pay sahiplerine karşı korunmaları toplantı başkanının seçimi aşamasında başlamalıdır.

iii. Toplantının sonlandırılması

Genel kurul toplantısının somut çıktısı toplantı tutanağıdır. Kanun tutanağın imzalanmasına, ticaret siciline tevdi, tescil ve ilanına ilişkin düzenlemeler öngördüğü gibi (TTK m. 422), tutanakta yer alan kararların etkisini de düzenlemiştir (TTK m. 423). Buna göre alınan kararlar, toplantıda bulunsun veya bulunmasın, oyu hangi yönde olursa olsun tüm pay sahipleri için bağlayıcıdır. Üçüncü kişiler bakımından ise kararı daha önceki bir tarihte öğrendikleri veya öğrenmiş kabul edildikleri hâller hariç olmak üzere, genel kurul kararları kendilerine karşı tescil ve ilan tarihinden itibaren ileri sürülebilir⁸⁵¹.

Bununla beraber, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanıp karar almasını gerektiren durumlarda genel kurul kararlarının icra edilebilirliği bu şartın yerine getirilmesine bağlıdır⁸⁵². Kanaatimizce bu fark, ilişkili taraflardan korunmak isteyen pay sahiplerinin tercihlerinde dikkate almaları gereken bir avantaj sağlar.

⁸⁵⁰ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 185; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 685a, 689; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 356; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 289.

⁸⁵¹ Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 364; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 711, 714a; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 187-189; Bahtiyar/ Hamamcioğlu, s. 106-108.

⁸⁵² Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 365; doktrindeki görüşler hakkında ayrıca Betül Aktaş, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 238-240.

b. Karar Alınması

i. Genel kurul kararının niteliği

Genel kurul kararı, aslında kurulun iradesinin bizzat kendisidir. Daha geniş ve teknik anlamıyla genel kurulun irade açıklamasıdır⁸⁵³. Bir irade beyanı olarak hukuki niteliğine baktığımızda hâkim görüş, kararı ortak hukuki işlem şeklinde tanımlar⁸⁵⁴. Bununla beraber öğretide *Pashı* ve onu takip eden yazarlar, kararın tek taraflı hukuki işlem olduğunu savunur⁸⁵⁵. Zira bu yazarlara göre hem beyan hem de beyanın sonucu doğrudan tüzel kişilikte var olur, oy kullananlardan bağımsız şekilde meydana gelir. Kanaatimizce bu durum çoğu ortak hukuki işlem için geçerlidir. Birden çok iradenin tek bir amaca yöneldiği çoğu ihtimalde beyan tüzel kişiliğe ait olacak şekilde ifade edilir, aynı yöndeki diğer beyanlarla buluşur, hukuken varlık kazanır ve daha sonra somutlaşıp bağımsızlaşır. Bu özellik genel kurul kararlarını ortak hukuki işlemlerden farklı düşünmeyi gerektirmemelidir. Nihayetinde hangi görüş kabul edilirse edilsin pay sahiplerinin oy kullanmak suretiyle açıkladıkları beyanları tekil olarak değil, fakat bir bütün dâhilinde ve tüzel kişinin iradesi olarak dış dünyaya yansıyacak, bu anlamda ortaklığı temsil edecektir⁸⁵⁶.

ii. Yetersayılar

Ortaklığın iradesinin somutlaşması, bu kapsamda genel kurulda karar alınmış olması için iki yetersayının varlığı aranır. Bunlar, toplantı ve karar yetersayılarıdır⁸⁵⁷. Genel kurul toplantısının açılıp yürütülmesi, karar alabilme ehliyetinin kazanılması ilk etapta toplantı yetersayısının sağlanmasına bağlıdır⁸⁵⁸. Toplantı yetersayılarının tespitinde kural olarak esas sermaye dikkate alınır. TTK m. 418'e göre bu yetersayı sermayenin en az dörtte biridir. Fakat ilk toplantıda bu oranın sağlanamaması hâlinde

⁸⁵³ Zengin, s. 21.

⁸⁵⁴ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 696, 712; Tolga Ayoğlu, “Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3’ün Uygulama Alanı)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2002/1 (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan), s. 735.

⁸⁵⁵ Pashı, Oyun Hukuki Niteliği, s. 170-172; Zengin, s. 22.

⁸⁵⁶ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 712.

⁸⁵⁷ Bazen her iki yetersayının kaynaştığı görülür. Karar yetersayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısını da karşıladığı bu durumda karma nisaptan bahsedilir, bkz. Zengin, s. 35.

⁸⁵⁸ Zengin, s. 33. Toplantı yetersayısı, genel kurulun toplanmış sayılması ve karar alınması icap eden durumlarda toplanmış sayılan genel kurulun karar ehliyetine sahip kabul edilmesi için gereken hazır bulunma kuralını/ esaslarını içeren norm şeklinde tanımlanabilir (s. 50).

ikinci toplantıda toplantı yetersayısı aranmaz⁸⁵⁹. Esas sözleşme değişikliği gerektiren hâllerde ise kararların ağırlığıyla orantılı olarak farklı toplantı yetersayıları aranır. Başkaca düzenlemenin yokluğunda bu oran ilk toplantıda sermayenin yarısı, ikinci toplantıda üçte biridir. Ayrıca bazı kararların alınmasında özel karar yetersayıları aranmış olup buna paralel şekilde toplantı yetersayıları da yükselmiştir⁸⁶⁰.

Karar alma ehliyeti toplantı yetersayısıyla sağlandıktan sonra, bir karar alınıp alınmadığını ve karar alınmışsa bunun yönünü tespit etmek için karar yetersayısından yararlanılır⁸⁶¹. TTK'da olağan karar yetersayısı toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğudur. Bu kural TTK m. 421/1'de esas sözleşme değişiklikleri için takip edilmiş olmakla birlikte hükmün devamında daha ağır karar nisapları da yer alır⁸⁶². Toplantı yetersayısında sermaye dikkate alınmışken karar yetersayısının tespitinde oydan ve oy hakkından bahsedilir⁸⁶³. Sermayenin durağan yapısına karşılık, oy hem ortaklığın esas sözleşmesel kurgusunda hem de somut olay özelinde farklılaşabilen dinamik bir yapıdadır. Bu özellik ilişkili taraf işlemlerine karşı korumada yarar sağlayabileceği gibi zararlı sonuçlar da doğurabilir. Gerçekten, TTK'nın örgüsündeki özel karar alma süreçleri ilişkili tarafın oy hakkını sınırlayıp azınlığın çoğunluğuna söz hakkı tanımaktadır. Öte yandan bu sınırlama sürekli veya geniş kapsamlı olmadığından ilişkili taraf konumundaki pay sahiplerinin imtiyaz ve benzeri yöntemlerle katılım haklarını genişletmeleri olasıdır. Bu noktada oy hakkının kilit bir rol oynadığı söylenebilir.

iii. Oy hakkı

TTK sisteminde oy hakkı pay sahibi ekseninde düzenlenmiştir⁸⁶⁴. Pay sahibi odaklı asgari oy hakkı kadar, hakkın doğumunun pay sahibinin sermaye borcunu

⁸⁵⁹ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 575; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 353; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 173-174; Bahtiyar/ Hamamcioğlu, s. 84-85; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 273.

⁸⁶⁰ Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 354; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 176-177; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 706c vd. Detaylı bir inceleme için Zengin, s. 223 vd.

⁸⁶¹ Zengin, s. 55-56. Yazar karar yetersayısını, genel kurulun iradesinin oluşması ve oluşan iradenin yönünün belirlenmesi için gereken çoğunluğu içeren norm şeklinde tanımlar (s. 57).

⁸⁶² Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 706a; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 358; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 176-177; Bahtiyar/ Hamamcioğlu, s. 90-94.

⁸⁶³ Zengin, s. 61-62.

⁸⁶⁴ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 696a. Mülga 6762 sy. Kanun'da oy hakkı paya bağlanmıştı. Bu nedenle TTK'nın dogmatik düzende temel bir değişikliğe gittiği söylenir; bu konuda eleştirilerle birlikte bkz. Emek Toraman Çolgar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkının Özellikleri ve Kullanılması", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 1719-1722; Ömer Teoman, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı", Batider, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 8-10. Mülga kanun sistemi

yerine getirmesine bağlanması (TTK m. 435) hep bu duruma işaret eden hususlardır. Bu hak, pay sahibinin yönetime en geniş anlamda katılmasını sağlayan, tek taraflı, varması gerekli bir yenilik doğurucu haktır. Bu kapsamda oyun kullanılması işlemi, hukuki işlem karakterini haiz irade açıklamasıdır⁸⁶⁵.

Oy hakkına ilişkin tüm ilkeler arasından⁸⁶⁶, pay sahibinin en az bir oy hakkını haiz bulunması (TTK m. 434/2), diğer bir deyişle “oysuz pay sahibi olmaz” ilkesi⁸⁶⁷ kanaatimizce ortaklık iradesinin oluşumuna tüm pay sahiplerinin katılımını sağladığı için ayrı bir önemi haizdir. Bununla beraber oy hakkı sınırlandırılmaz değildir. Mezkûr ilkeye ve eşit işlem ilkesi başta olmak üzere diğer bazı gerekliliklere (TTK m. 479/2 ve 3) uymak kaydıyla, pay sahibinin sadece belli bir orana veya miktara kadar olan oylarını kullanabileceği esas sözleşmede öngörülebilecektir⁸⁶⁸. Pay sahibi de oy hakkını kullanmamayı kural olarak tercih edebilir⁸⁶⁹.

Kuraldan ayrılmayı gerektiren tek hâl oy hakkının sınırlandırılması değildir. Bu duruma ek olarak, oyda imtiyaz da oy dağılımını etkilemekte kullanılabilir. Esas sözleşmede öngörülmesi gereken imtiyaz ile eşit itibari değerdeki paylardan farklı sayıda oy doğması sağlanacaktır⁸⁷⁰. Esas sözleşmeyle öngörülen ve pay sahiplerinin oy haklarının sermayedeki paylarından bağımsızlaşmasını sağlayan düzenlemelerin yanında, pay sahibinin kişiliğinden veya oyun kullanımından evvel meydana gelen

hakkında detaylı bilgi için Üner Dağ, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması**, İstanbul: Beta, 1996, s. 4 vd.

⁸⁶⁵ **Pash**, *Oyun Hukuki Niteliği*, s. 173, 181-182; **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 959; Mustafa Çeker, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Ankara: BTHAE, 2000, s. 13; Mehmet Fahrettin Önder/ Halis Karademir, “İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 10, S. 4, s. 179. Buna karşılık doktrinde oyun kullanımını hukuki bir eylem olarak niteleyenler ve niteleme ne olursa olsun hukuki işlemler hakkındaki kuralların uygulanması gerektiğini söyleyenler de vardır, bkz. Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara: BTHAE, 1983, s. 4-5; **Toraman Çolgar**, *Oy Hakkı*, s. 1709; **Dağ**, s. 6.

⁸⁶⁶ İlkelerle dair açıklamalar için bkz. **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 960 vd.; **Teoman**, *Oy Hakkı*, s. 7 vd.; **Toraman Çolgar**, *Oy Hakkı*, s. 1710-1723. Mülga kanun sistematğine uygun olarak ayrıca **Dağ**, s. 9 vd.

⁸⁶⁷ Bkz. TTK m. 434 Gereğesi. Oyun pay sahibine bağlanması karşısında söz konusu ilkenin sistemle uyumlu olmadığı yönünde **Teoman**, *Oy Hakkı*, s. 14-15. Asgari oy hakkının vazgeçilmez hak olduğu yönünde **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 960b.

⁸⁶⁸ Hasan Pulaşlı, “Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Dondurduğu Haller”, *Batider*, Y. 2017, C. XXXIII, S. 3, s. 25 vd.

⁸⁶⁹ **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 960c, 962c. Ayrıca eleştiriler için bkz. **Teoman**, *Oy Hakkı*, s. 16-17.

⁸⁷⁰ İmkânı bu şekilde sınırlamanın haklı gereğesi bulunmadığı yönünde **Teoman**, *Oy Hakkı*, s. 22.

olaylardan kaynaklı nedenlerle oy hakkından istifade edilememesi de mümkündür. Oy hakkından yoksunluk veya oy hakkının donması bu ihtimallere karşılık gelir⁸⁷¹.

Kanuni düzenlemeler yanında, pay sahibinin oy hakkından özgürce istifade etmesi kendisinin taraf olduğu borçlar hukuku sözleşmeleriyle de engellenebilir. Pay sahibinin oy hakkının ortaklıkların karar organlarında belli bir yönde kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren bu türden sözleşmeler oy sözleşmesi adıyla anılmaktadır⁸⁷².

iv. Kararların sakatlığı

Tüm hukuki işlemler gibi genel kurul kararlarının da hüküm ifade edebilmesi ilgili irade beyanının varlığına, geçerliliğine, tamlığına ve sıhhatine bağlıdır. Bu hususlarda eksiklikler kararın sakatlığını gündeme getirir. Sakatlığın türü ve neticesi ise nedenine göre belirlenecektir. Genel kurul toplantısı için toplanan pay sahipleri hukuken genel kurul olarak nitelendirilemediği veya genel kurul toplansa da şirketin irade beyanını yansıtan bir karar alınamadığı takdirde işlem yok hükmündedir⁸⁷³. Bu hâllerden biri toplantı veya karar yetersayısına ulaşamadığı hâlde karar alınmasıdır. Lakin öğretide bu eksikliği iptal sebebi gören yazarlar da mevcuttur⁸⁷⁴. Kanaatimizce yaptırımın yokluk olarak kabulü gerekmele birlikte, yetersayı sorunu oy hakkından yoksun kimselerin oy kullanmasından kaynaklandığı hâlde artık şeklen geçerli ama iptal edilebilir bir genel kurul kararı bulunduğu söylenmelidir⁸⁷⁵.

Ortada bir genel kurul kararı bulunmakla birlikte, TTK m. 447 uyarınca pay sahibinin vazgeçilmez haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, ayrıca anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı kararları kesin hükümsüzdür. TBK m. 27’de sayılan hâller de kural olarak kararın

⁸⁷¹ Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 359-361; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 696b vd.; Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 988 vd.

⁸⁷² Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 3; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 180-181; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 700-704a; Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 998-1003b; Çeker, Oy Hakkı, s. 233; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 361.

⁸⁷³ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 77; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 190; Ayoğlu, Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı, s. 736; Zengin, s. 489, 491; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 337.

⁸⁷⁴ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 130-131. Bu görüşteki yazarların toplu listesi için bkz. Zengin, s. 489, dn. 379.

⁸⁷⁵ Ayoğlu, Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı, s. 743; Zengin, s. 532.

kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur⁸⁷⁶. Tamamlanma şartlarının yokluğunda ise kararın askıda hükümsüzlüğünden bahsedilir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onama kararı ve ayrıca esas sözleşme değişikliklerinde ilgili kararın ticaret siciline tescili bu duruma örnektir. Bu sayılanlar tamamlanmadıkça genel kurul kararı askıda hükümsüzdür⁸⁷⁷.

Alınan kararın kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olması hâlinde ise genel kurul kararının iptali talep edilebilir. Kararın iptali bu yöndeki mahkeme kararı kesinleşince hüküm ifade edecektir⁸⁷⁸.

B. Yoksunluk Düzenlemesinin Kapsamı

TTK m. 436'nın iki fıkrası farklı hâlleri ele almış olsa da kanaatimizce tek bir hedeften hareket edilmiştir. Bu hedef, menfaat çatışmasının bulunduğu hâlde ilgili pay sahiplerinin oylamaya katılmamasını sağlamaktır⁸⁷⁹.

Hükümün kapsamını kişi ve işlem yönünden ele almak gerekir. Böylece hangi ilişkili tarafların ve hangi ilişkili taraf işlemlerinin özel karar alma sürecine tâbi olduğu anlaşılır. Kapsamın belirlenmesinde mehzaz kanundan yararlanma imkânı ise sınırlıdır. İsviçre hukukunda TTK m. 436/1'e yaklaşan bir hüküm 1936 tarihli⁸⁸⁰ değişiklik tasarısında mevcuttu. Hükme göre pay sahibi, kendisiyle gerçekleştirilen işlemlere dair kararlara katılamayacaktı⁸⁸¹. Fakat kanunlaşma faaliyetleri sırasında azınlığın hükmü kötüye kullanarak şirket için kârlı olan işlemleri dahi engelleyeceğinden korkulmuş ve ilgili fıkra kanuna alınmamıştır⁸⁸². Bu nedenle artık

⁸⁷⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 191-194; **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 365-366; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 342 vd.; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 158 vd.

⁸⁷⁷ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 40-44; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 194-195; **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 371. Bu hususta detaylı bilgi için **Aktaş**, s. 243 vd.

⁸⁷⁸ Detaylı bilgi için **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 195-207; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 255 vd.; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 350 vd.

⁸⁷⁹ Xavier Oulevey, *L'institution de la décharge en droit de la société anonyme*, Zurich: Schulthess, 2008, s. 299-300; **İmregün**, s. 33; **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 16; **Toraman Çolgar**, Oy Hakkı, s. 1743; **Tokcan**, s. 26 vd. İbra kararında oy hakkından yoksunluğun amacının farklı olduğu yönündeki görüşler için bkz. **Tokcan**, s. 36 vd. Belirtmek gerekir ki, açıklamaları nakleden **Tokcan** da bir menfaat çatışması bulunduğu yönünde görüş bildirmiştir (s. 39).

⁸⁸⁰ Burada tarihsel bir düzeltmeye yer vermek istiyoruz. İsviçre Borçlar Kanunu 1912 yılında yürürlüğe girdiğinde anonim ortaklıklara ilişkin hükümler henüz aynı aşamalardan geçmemiş; yeni kanuna 1881 tarihli Federal Borçlar Kanunu'nun anonim ortaklıklara dair hükümlerinin entegre edilmesiyle yetinilmişti. Bu nedenle 1936 tarihli değişiklikten bahsederken aslında bir revizyondan değil, güncel İsviçre anonim ortaklıklar hukukunun temel hükümlerinin kabulünden bahsetmekteyiz.

⁸⁸¹ "L'actionnaire ne peut prendre part aux décisions concernant les actes juridiques passés avec lui."

⁸⁸² **Oulevey**, s. 298.

ancak dürüstlük kuralı temelli bir uygulama gündeme gelebilmektedir. TTK m. 436/2 ise belli ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu'nun yansımasıdır.

1. Kişi Yönünden

Oy hakkında yoksunluk genel kurulda kullanılacak oyu düzenlediğinden, hükmün kişi yönünden kapsamına ilk olarak somut olayda ilişkili taraf konumundaki pay sahipleri dâhildir. Bununla beraber vasıtalı ilişkili taraflar bakımından fıkralar farklı düzenlemeler getirmiştir.

a. TTK m. 436/1 Bakımından

Hükmün lafzına göre oydan yoksun olanlar, pay sahibi ile pay sahibinin eşi, altsoyu, üstsoyu ve bu sayılanların ortağı oldukları şahıs şirketleri ile hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleridir⁸⁸³. Kanaatimizce bu sayılanlar gerçek kişiler ve ticaret ortaklıkları olmak üzere iki gruba ayrılabilir.

i. Gerçek kişiler

Pay sahiplerinin oyuna sunulan işlemler bakımından ilk ilişkili taraf grubu pay sahibinin kendisidir. Burada bahsedilen, karara konu işlemin bizzat tarafı olan pay sahibidir. Yoksunluk hâlinin diğer pay sahiplerine sirayet etmesi için TTK m. 436/1'de sayılan yakınlık hâllerinden birinin varlığı aranır. Öte yandan pay sahibinin oy hakkında yoksunluğu kontrol ilişkisine bağlanmamıştır. Kanun koyucu ilişkili pay sahibinin karara sayısal anlamda etki edip edemeyeceği ile ilgilenmez. Sahip olduğu oy miktarına bakılmaksızın tüm pay sahipleri kendileriyle ilgili kararlardan dışlanmıştır.

Maddede sayılan diğer gerçek kişiler, bizzat pay sahibi olmasalar da işlemde bulundukları ortaklığın pay sahiplerinden biriyle aile hukukundan kaynaklı ilişki (eş, altsoy, üstsoy) içindedirler. Diğer ifade ile, pay sahibi vasıtasıyla ilişkili taraf kabul edilirler. Çalışmamızın birinci bölümünde bu konumdakileri vasıtalı ilişkili taraflar olarak tanımlamıştık. TTK m. 436/1 vasıtalı ilişkili gerçek kişileri eş, altsoy ve üstsoyla sınırlı tutmuştur. Eş, evlilik birliği içerisinde olunan kişidir. Bu birlik ise evlenmeyle kurulur (TMK m. 185). Boşanma sonrasında TTK m. 436 anlamında eş

⁸⁸³ Bu sayımın tahdidi olduğu yönünde **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 989a.

sayılma durumu ortadan kalkar, hükmün uygulama alanı daralır⁸⁸⁴. Uygulamada boşanmanın muvazaalı olabileceğine dikkat çekilir ve bu ihtimalde oy hakkından yoksunluğun yine işletilmesi savunulur⁸⁸⁵. Kanaatimizce hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ölçüde bu görüş desteklenebilir.

Madde ayrıca alt ve üstsoydan bahseder. Üstsoy – altsoy ilişkisi (hısımlılığı) biri diğerinden gelen kişiler arasında mevcuttur (TMK m. 17). Bu kişiler bir bireyin anne ve babası ile onların anneleri ve babaları; ayrıca aynı bireyin çocukları ve torunları gibi alt ve üst soylardır. Düz kan bağı ilişkisine kardeşler dâhil değildir⁸⁸⁶.

ii. Ticaret ortaklıkları

Mezkûr hüküm gerçek kişi ilişkili tarafların, (1) ortağı oldukları şahıs şirketlerini ve (2) hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketlerini kişi yönünden kapsama dâhil etmiştir⁸⁸⁷. Her iki husus da incelemeye değerdir.

Şahıs şirketleri TTK m. 124/2’de kollektif şirket ve komandit şirket olarak sayılmıştır. Her iki şirketin hükmün kapsamında olduğunda şüphe yoktur. Bununla beraber adi ortaklıklar için cevap bu kadar net değildir. Zira TTK m. 124/2’nin lafzı hem açıktır hem de basit bir sınıflandırmanın ötesinde anlam ve değeri vardır⁸⁸⁸. Öte yandan doktrin adi ortaklığı bir şahıs ortaklığı olarak niteler⁸⁸⁹. Kanaatimizce madde gerekçesinin TTK m. 124’e yaptığı atfı ortaklıklar hukukuyla sınırlı bir etkide görüp adi ortaklıkları vasıtalı ilişkili taraf kabul etmek gerekir. Zira TTK m. 436/1’in amacı menfaat çatışmalarını engellemektir. Tüzel kişiliğin yokluğunda adi ortaklığın hak ve borçlarının doğrudan ortakların malvarlığını etkilediği gözetildiğinde (TBK m. 638), işleme pay sahibinin kendisinin taraf olması ile aynı işlemin ortağı olduğu adi ortaklık üyeleri ad ve hesabına gerçekleştirilmesi arasında TTK m. 436/1 nazarında fark görülmemelidir. Keza her iki durumda da aynı menfaat çatışması gündeme gelir.

⁸⁸⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 989b; Merdan Çalışkan, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarında Oy Hakkı Bulunmayanlar”, Mali Çözüm Dergisi, Y. 2012, S. 111 (Mayıs-Haziran), s. 121.

⁸⁸⁵ **Çalışkan**, s. 121.

⁸⁸⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 989a; **Çalışkan**, s. 121.

⁸⁸⁷ Mülga kanunun ilgili 374. maddesinde tüzel kişilere yer verilmemişti (**Teoman**, Oy Hakkı, s. 20; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 312). Bu genişleme, ticaret şirketlerinin adi sahalari bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (**Toraman Çolgar**, Oy Hakkı, s. 1739).

⁸⁸⁸ Bu durum madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “İkinci fıkra: Bu hüküm yeni olup öğretide yerleşmiş bulunan, klasikleşmiş bir ayrımı yansıtmaktadır. Bu ayrımın kanunî anlamı ve değeri de vardır.” Ayrıca TTK m. 436/1’in gerekçesi şahıs şirketlerinin TTK m. 124’te gösterildiğini ifade eder.

⁸⁸⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 70b; **Bilgili/ Demirkapı**, s. 16.

Bu nedenle pay sahibinin ortağı olduğu adi ortaklıkla şirket arasındaki işlemlerde ilgili pay sahibi oy hakkından yoksundur.

Sermaye şirketleri bakımından bu şirketlerin yapısına uygun olarak ortaklık değil hâkimiyet ilişkisi esas alınmıştır. Bu da hâkimiyetten ne anlaşılması gerektiği sorusunu doğurur. Madde gerekçesi hâkimiyet ilişkisi için TTK m. 195'e atıf yapar ve hükmün kıyasen uygulanabileceğini ifade eder. Öğreti de aynı görüştedir⁸⁹⁰. TTK m. 195'in şirketler topluluğunda hâkimiyeti nasıl tanımladığı, kontrole ilişkin açıklamalarımız sırasında ele alınmıştır⁸⁹¹. Gerekçe uyarınca gerçek kişi ilişkili tarafın hâkim şirket sayılmak için gereken oy, pay toplamı vb. şartlardan birini sağlaması hâlinde oy hakkından yoksunluk gündeme gelir.

Kanaatimizce hâkimiyet ilişkisini TTK m. 195 ekseninde tanımlamaya gerek yoktur. Zira çalışmamızın ulaştığı sonuç TTK'nın muhtelif maddelerinde ilişkili taraf çevresinin olması gerekenden daha sınırlı şekilde tanımlandığı ve bu durumun arzu edilen korumanın sağlanmasını engellediği şeklindedir. Bu görüşümüz ilişkili taraf kavramına ışık tuttuğu ölçüde TTK m. 195 için de geçerlidir. Hâl böyle iken TTK m. 436/1'in hâkimiyeti bir tanıma bağlamayarak açtığı imkânı doğru değerlendirebilmek adına, hâkimiyetin yönetsel yeti olarak yorumlanabileceği, ancak bu şekilde kanuna karşı hilenin tam anlamıyla önlenebileceği görüşündeyiz⁸⁹². Buna göre, gerçek kişi ilişkili tarafların üzerinde yönetsel yeti tesis ettiği ortaklıklar vasıtalı ilişkili taraf olarak oydan yoksunluğa sebep olacaktır. Bu görüşümüzün kapsamı gereğinden fazla genişlettiği düşünülebilir. Bu noktada oydan yoksunluk için konu (işlem) bakımından bir sınırlama da bulunduğu hatırlanmalıdır.

b. TTK m. 436/2 Bakımından

Hükmün ikinci fıkrası ibra kararını konu aldığından, kişi yönünden kapsam da bu doğrultuda düzenlenmiştir. Buna göre oydan yoksun pay sahipleri, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi veya yönetimde görevli olup imza yetkisini haiz bulunanlardır.

⁸⁹⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 989a; Toraman Çolgar, Oy Hakkı, s. 1740.

⁸⁹¹ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/A/1/a/i.

⁸⁹² Benzer görüşte Çalışkan, s. 123. Yazar hâliyle yönetsel yeti kavramına yer vermediğinden, kaynak ilişkiye dayalı ayırım yapar. Buna göre tam ve müşterek kontrol oy hakkından yoksunluğu meydana getirirken, önemli etkinin varlığında somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır (s. 124). Bu ayırım istenmeyen bir belirsizlik yaratacaktır, ki aslında yönetsel yeti kavramının sağladığı fayda burada kendini gösterir.

i. Yönetici konumundaki pay sahipleri

TTK m. 436/2 uyarınca oy hakkından yoksun ilk grup aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahipleridir. İkinci olarak yönetimde görevli ve imza yetkisini haiz kişiler oydan yoksun addedilmiştir. Bu hükümle mülga kanun zamanındaki tartışmaların önlendiği ifade edilir⁸⁹³. Kanun koyucunun limited şirketlere ilişkin öngördüğü hükümde (TTK m. 619/1) herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanların ibra oylamasında oy hakkından yoksun oldukları düzenlenir. Doktrinde tespit edildiği üzere, TTK m. 436'nın gerekçesinde “6762 sayılı Kanunun 374üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü korunmuştur.” denmiş olmasına rağmen mülga hükümde ve TTK m. 619'da mevcut olan kapsamla TTK m. 436/2'de öngörülen kapsam farklıdır. İbra kararında oy hakkından yoksun kılınanlar artık anonim ortaklıklarda çok daha sınırlıdır⁸⁹⁴. Değişikliği isabetli bulan yazarlar olduğu gibi⁸⁹⁵, mülga kanunda geçen, şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar ifadesini daha doğru görenler de mevcuttur⁸⁹⁶.

TTK m. 463/2'de yer verilen bu ikinci grup, yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişilerdir. Bir kişinin bu gruba dâhil olabilmesi için iki kümülatif şart mevcuttur. Bunlardan birincisi kişiye yönetim yetkisi tanınması, hakkında karar alabileceği bir sorumluluk alanı bırakılmasıdır. Ortaklık içindeki unvanı ise önemli değildir. İkinci olarak, imza yetkisini teminen bu kişinin imza sirkülerinde yer alması aranacaktır⁸⁹⁷. Ortaklığın tanıdığı iradi temsil yetkisi bu anlamda yeterli değildir; sınırlı da olsa bu kişinin ortaklığın organsal temsili için yetkilendirilmesi beklenir.

Yöneticilerin oydan yoksunluğu görev yaptıkları döneme ilişkin ibralarda söz konusudur. Önceki veya sonraki dönemlere ilişkin ibra kararlarında başka bir zaman diliminde yöneticilik yapmış pay sahipleri de oy hakkını haizdir⁸⁹⁸. Keza bir hesap dönemi içinde yönetim kurulunda boşalan üyelikler olmuş ve yeni üyeler atanmış ise

⁸⁹³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 988b. Bu konuda ayrıca bkz. Zühtü Aytaç, **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara: BTHAE, 1982, s. 120; Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası**, Ankara: Adalet, 2007, s. 143. Mezkûr hüküm şu şekilde idi: “Şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar, idare meclisi azalarının ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildirler. Bu yasağın murakiplara şümulü yoktur.”

⁸⁹⁴ **Çelik**, s. 143; **Tokcan**, s. 35-36, 42 vd.

⁸⁹⁵ Murat Alışkan, “İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve İbraya İlişkin Kararlarda Oy Hakkından Yoksunluğa Aykırılığın Yaptırımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2021, C. 16, S. 174, s. 354.

⁸⁹⁶ **Teoman**, *Oy Hakkı*, s. 21.

⁸⁹⁷ **Alışkan**, *İbranın Reddi Kararı*, s. 353; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 991a.

⁸⁹⁸ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 697b.

her bir üyenin aynı anda görev aldığı kişilerin ibrasında oy hakkından yoksun olduğu; fakat aynı hesap dönemi içinde olmakla beraber aynı anda görev almadığı üyelerin ibrasında oy kullanabilecekleri kabul edilir⁸⁹⁹.

Yöneticilerin kişi olarak oy hakkından yoksun olduklarını belirtmiş olsak da TTK m. 436/2 bu durumu kişilerin “kendilerine ait paylardan doğan” oy hakları ile sınırlamıştır. Bu nedenle kendi paylarından doğan oy haklarını temsilci yoluyla dahi kullanamazlar. Fakat aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahibinin maliki değil, sadece temsilcisi olduğu paylar varsa bu paylardan doğan oy hakları yine yöneticiler tarafından ibra kararında, hatta kendilerinin ibrasına ilişkin kararda kullanılabilir⁹⁰⁰. Elbette hangi yönde oy kullanılacağının tespitinde pay sahibinin talimatı dikkate alınmalıdır (TTK m. 427).

ii. Yöneticiler vasıtasıyla ilişkili tarafların durumu

İbra kararında kimlerin oy kullanabileceğiyle ilgili olarak güncelliğini hep koruyan bir tartışma, TTK m. 436/1’de sayılan ve bizim vasıtalı ilişkili taraf olarak adlandırdığımız kişilerin yöneticilerin ibrasında oy kullanıp kullanamayacaklarıdır. Hatırlanacağı üzere birinci fıkra pay sahipleriyle birlikte eş, altsoy – üstsoy ve bazı ortaklıklar da oy hakkından yoksun kılınmıştı.

Doktrinde *Tekinalp* üç gerekçeyle bu soruyu olumsuz yanıtlar. Gerekçelerden birincisi, cezai karakterde gördüğü yoksunluk hâlinin dar yorumlanması gerektiği; ikincisi, hükmün her iki fıkrasının birbirinden bağımsız olduğu; üçüncüsü ise ibra kararının bir iş olmadığı ve bu nedenle ilk fıkranın konu yönünden kapsamına girmediğidir⁹⁰¹. Bu gerekçelere katılan *Alışkan*, ibrayı kişisel nitelikte bir iş olarak görmez. Hâkimiyet ve benzeri ilişkiler yorum yoluyla genişletmeye dayanak teşkil etmeyecektir. Bununla beraber, payın devri gibi hukuki işlemler gerçekleştirilerek oy hakkından yoksunluğa ilişkin sınırlamalar dolanıyorsa, hükmü etkisiz bırakmayı

⁸⁹⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 991a.

⁹⁰⁰ **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 354-355; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 988b, 992a; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 337; **Çeker**, Oy Hakkı, s. 208; **Önder/ Karademir**, s. 183. Tartışmayı alevlendiren 1979 tarihli Yargıtay kararı hakkında bilgi ve öğretiyle aynı yöndeki görüşü için bkz. Turgut Kalpsüz, “**Bilânço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kurul Kararının İptali**”, Batider, Y. 1979, C. X, S. 1, s. 41. Sınırlamanın isabetli olduğu yönünde **Teoman**, Oy Hakkı, s. 21. Mülga hüküm vaktinde aksi görüşte **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 121.

⁹⁰¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 992. Aynı görüşte **Önder/ Karademir**, s. 182.

amaçlayan işlemler geçersiz (TTK m. 433/1) addedilecek ve oy hakkından yoksunluk bu paylar için de işletilecektir⁹⁰².

Aksi görüşteki yazarlar kişisel sorumluluğu gündeme gelecek yöneticilerin ibra kararına dair menfaatlerinin kişisel olduğunu ve ibra kararlarında ilk fıkranın da uygulanması gerektiğini savunur⁹⁰³. İbra kararı yöneticinin malvarlığına müdahale ihtimalini azaltmakta, ortak sıfatından bağımsız bir menfaate dokunmaktadır. İki fıkra arasındaki bağlantıyı bu şekilde ele alan *Tokcan*, iki ayrı fıkranın varlığını, ikinci fıkra ile ilk fıkraya ekleme yapıldığı şeklinde yorumlar⁹⁰⁴. Gerçekten yöneticilerin birbirlerinin ibrasında oy hakkından yoksun addolunması sadece ilk fıkra mevcut olsaydı mümkün görülmeyecek, bir ihtimal TMK m. 2 ekseninde değerlendirme yapmak gerekecekti. Bu nedenle kişisel işlerden biri olan ibra TTK m. 436/2 sayesinde niteliğine uygun düşen bir genişlemeye tabi tutulmuştur.

2. İşlem Yönünden

Oy hakkından yoksunluk yukarıda sayılan ilişkili tarafları ilgilendiren tüm işlemlerde gündeme gelmez. TTK, bu hususta kişi yönünden olduğu kadar konu, yani işlem yönünden de sınırlar getirmiştir. Aşağıda bu işlemler incelenecektir.

a. Kişisel Nitelikteki İş ve İşlemler

TTK m. 436/1’de yer alan ilk işlem grubu, kişisel nitelikte iş veya işlemlerdir. Bir önceki kanunda sadece iş kavramına yer verilmişken, güncel hüküm hem iş hem de işlemden bahsederek tüm hukuki işlemleri etki alanına almıştır⁹⁰⁵. Bir hukuki işlemin kişisel nitelikte olup olmadığı menfaat ekseninde tespit edilir. Karara konu hukuki işlemde söz konusu olan, pay sahibinin anonim ortaklıkla ilişkisiz bir menfaatliyse o işlemin kişisel olduğu ve pay sahibinin oy hakkından yoksun kılındığı söylenir. İlişkili tarafın malvarlığı unsurlarının ortaklığa ya da ortaklık mallarının ilişkili tarafa satışı, kiralanması veya hizmet ilişkisinin kurulması kişisel nitelikteki

⁹⁰² *Alışkan*, İbranın Reddi Kararı, s. 353, 356; *Çalışkan*, s. 128.

⁹⁰³ *Aytaç*, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 119; *Çelik*, s. 139; *Üçışık/ Çelik*, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 314; Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2010, s. 232. İbranın kişisel nitelikte iş ya da işlem olmadığı görüşünde açıkça Salih Canöz, *Anonim Şirketlerde İbra*, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 131.

⁹⁰⁴ *Tokcan*, s. 39-41.

⁹⁰⁵ *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku II, N. 988a. Yazar “iş” kavramını, hukuki işlem olmayan tüm faaliyetler olarak tanımlar (N. 989b). Mülga 6762 sy. Kanun döneminde ise metinde geçen “iş” kavramı hukuki işlem olarak yorumlanmaktaydı, bkz. *Teoman*, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 101.

işlemlerdir. Ortaklığın iç ilişkisine dair, yönetim kurulu üyeliği seçimi gibi, işlemlerse kapsamın dışındadır⁹⁰⁶. Bu ayrımda şirketle işlem yapmaya (TTK m. 395) veya rekabet etmeye (TTK m. 396) izin verilmesine dair kararların da şahsi bir işi ilgilendirdiği için oy hakkından yoksunluğa tabi olduğu savunulmaktadır⁹⁰⁷. Keza hâkim ile bağlı şirketin birleşmesi kişisel nitelikte değildir⁹⁰⁸. Pay sahibi bu son sayılan işlem grubu için oy hakkını haizdir.

Kapsamın tespitinde şirketler topluluğu hükümlerini dikkate almak gerekir. Kanun yeni sisteminde hâkimiyetin hangi şartlar altında kullanılabileceğini, hukuka aykırı kullanımdan ne anlaşılması gerektiğini ve yaptırımlarını düzenlemiştir. Burada hâkimiyetin kullanılması nedeniyle zarar doğabileceği fakat zararın giderilmesi gerektiği fikri benimsenmiştir. Koruma mekanizması bu şekilde yerleştirildiğine göre, hâkimiyet ilişkisine dayanan oy hakkı kullanımlarının yoksunlukla sınırlandırılması gerekli ya da sisteme uygun değildir⁹⁰⁹.

b. Hukuki Uyuşmazlıklar

Kanun koyucu doğacak menfaat çatışmaları kadar hâlihazırda doğmuş olanlar bakımından da ilişkili tarafı dışlar. Hükme göre, kişi yönünden kapsama dâhil edilen ilişkili taraflarla şirket arasındaki dava ve tahkim yargılamalarına dair müzakereler ilişkili tarafın oy hakkının yokluğunda karara bağlanır. Mülga kanun ise bir tek davadan bahsetmekteydi⁹¹⁰.

Lafzı takiben dava kavramı geniş yorumlanmalıdır. Hem mahkemeler hem de hakemler nezdinde görülen uyuşmazlıklar kapsamdadır. Hükümde adli mahkemeler kadar idari mahkemeler kastedildiği gibi, kurumsal tahkimle birlikte *ad hoc* tahkim de oy hakkından yoksunluğa gerekçe oluşturur. Keza yoksunluk sadece yargıya başvuruya dönük kararlar için değil, yargılamanın herhangi bir aşamasına dair tüm kararlar için söz konusudur⁹¹¹.

⁹⁰⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 989a; Teoman, Oy Hakkı, s. 21.

⁹⁰⁷ Çeker, Oy Hakkı, s. 203; Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 110.

⁹⁰⁸ Toraman Çolgar, Oy Hakkı, s. 1743; Gürel, Birleşme, s. 204. Görüşler için bkz. Yanlı, Finansal Destek Yasağı, s. 41-42.

⁹⁰⁹ Gürel, Birleşme, s. 205.

⁹¹⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 337; Toraman Çolgar, Oy Hakkı, s. 1743. Fakat öğreti o zaman dahi geniş yorumu desteklemekteydi, bkz. Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 105; Çeker, Oy Hakkı, s. 203.

⁹¹¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 990. Yazar yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarının da bu kapsamda olduğu görüşündedir.

c. Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası

Anonim ortaklıklarda ibra, yöneticilerin iş ve işlemlerinden dolayı meydana gelmesi muhtemel sorumluluklarından, anonim ortaklığın uğradığı zararlarla sınırlı olarak kurtarılması olarak tanımlanır⁹¹². Hukuki niteliği itibarıyla menfi borç ikrarı özelliği gösterir⁹¹³. TTK'nın 436. maddesinin ikinci fıkrası işte bu ibrayı ele alır. Hüküm uyarınca, maddede sayılan ilişkili taraflar ibra oylamasında oy hakkından yoksundur. Lafızdan anlaşıldığı ve yargı kararlarında ifade edildiği üzere, yoksunluk sadece kişinin kendisinin ibrasına ilişkin kararda değil, üyesi olduğu yönetim kurulunun tüm üyelerinin ibrasında söz konusudur⁹¹⁴.

Genel kurul ibrayı ilgili gündem maddesinde müzakere edip oylayabileceği gibi, ibraya ilişkin gündem maddesinin yokluğunda bazı kararların alınmasının ibra sonucunu doğurması da mümkündür. Bu ikinci hâl, örtülü ibra olarak adlandırılır⁹¹⁵. TTK m. 424'e göre, *bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur*. Doğurduğu sonuç bakımından, gündem ibraya ilişkin bir madde içermiyorsa bilançonun onaylanması kararının da oy hakkından yoksun bir şekilde alınması gerekir⁹¹⁶. İbra ayrı gündem maddesi olarak düzenlendiği takdirde ilgili kişi bilançonun onaylanmasına dair kararda oy kullanabilir. Bununla beraber ibra müessesesi ile bağlantılı diğer bir karar olan, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasına dair genel kurul kararı ibra ile aynı kapsamda değerlendirilemez. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre bu kararlar TTK m. 436/1 uyarınca oy hakkından yoksunluk işletilerek alınmalıdır, zira ilişkili tarafın şahsi menfaati ile şirket menfaati arasındaki çatışma tartışmasız söz konusudur⁹¹⁷.

⁹¹² **Önder/ Karademir**, s. 174; **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 7, 15-16; **Çelik**, s. 47 vd. Benzer bir tanım için ayrıca Erol Ulusoy, “**Şirketler Hukukunda İbranın Hukukî Niteliği**”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara: Turhan, 2003, s. 257.

⁹¹³ **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 225; **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 45, 48; **Çelik**, s. 101. Görüşlerin detaylı incelemesi için bkz. **Ulusoy**, İbranın Hukuki Niteliği, s. 258 vd.; bu konuda yeni tarihli bir çalışma için ayrıca **Canözü**, s. 20 vd.

⁹¹⁴ **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 353; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 991a-991b; **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 123; **Tokcan**, s. 46; **Önder/ Karademir**, s. 181.

⁹¹⁵ **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 138; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 227; **Tokcan**, s. 32; **Çelik**, s. 55; **Önder/ Karademir**, s. 178. Bu durum zımnî ibra veya ibra varsayımı olarak da anılır.

⁹¹⁶ **Aytaç**, Anonim Ortaklıklarda İbra, s. 122; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 991, 992a; **Tokcan**, s. 45; **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 357; **Çeker**, Oy Hakkı, s. 205; **Önder/ Karademir**, s. 182.

⁹¹⁷ **Tokcan**, s. 51, 53.

3. İlişkili Taraf Kavramı Bakımından Ara Değerlendirme

TTK m. 436'da yer alan düzenleme yorum teknikleri de kullanılmak suretiyle yukarıdaki başlıklarda detaylandırılmış, en azından bu hususta gayret gösterilmiştir. Bu anlamda *de lege lata* açıklamalar ilgili başlıklarda yapılmıştır. Bununla birlikte hükmün kapsamının kuramsal yönden ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Çalışmamızın birinci bölümünde TMS 24'ün sistemini incelemiştik. Burada yer alan hükümlerden hareketle yönetsel yeti kavramına ulaşmış ve ortaklığın temel kararları üzerinde etki edebilen kişileri ilişkili taraf kabul etmiştik. Yine, bu kişilerle aynı yönetsel ağa dâhil gerçek ve tüzel kişilerin kural olarak vasıtalı ilişkili taraf olarak tanımlanıp kapsamda görülmesini önermiştik. Bu önerilerimizi ilişkili taraf işlemlerini düzenleyen tüm yöntemler için *de lege ferenda* geçerli görmekteyiz. Oy hakkından yoksunluk da bu kapsamdadır. Zira oy hakkından yoksunluk müessesinde *ratio legis*, ilişkili tarafın kendi menfaatinin şirket menfaatinin üstün tutmasına dair endişeleri ortadan kaldırmaktır⁹¹⁸. Bu hedef ilişkili taraf kuramıyla uyumludur. Fakat tüm pay sahiplerinin çerçeveye dâhil edilmesinden kaynaklı farklılık dikkat çekicidir.

İlişkili taraf sıfatı kontrolün – bizim kullandığımız tabirle yönetsel yetinin – sonucu olduğuna göre, ortaklıktaki etkilerine bakılmaksızın tüm pay sahiplerinin ilişkili taraf kabul edilmesi, desteklediğimiz anlayışla uyumlu değildir. Burada TTK m. 436'nın ayırık bir sistem olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce mezkûr hükmü bir varsayımın geniş çerçeveli karşılığı olarak görmek ve bu çerçevede anlamlandırmak mümkündür. Bu görüşümüzü ihtimalleri ortaya koyarak gerekçelendirebiliriz. Şöyle ki, pay sahibinin kişisel menfaatinin devreye girdiği işlemlerde öne çıkan ihtimaller şunlardır: Birincisi, işlem gerçekten bir ilişkili taraf işlemidir. O takdirde hâkim anlayış işlemin zararlı olma ihtimaline binaen bir koruma yöntemi öngörülmesini bekler, ki somut olayda bu yöntem oy hakkından yoksunluktur. İkinci ihtimalde, işleme taraf olan pay sahibinin ilişkili taraf olup olmadığı şüphelidir. Fakat bu pay sahibinin kişisel bir menfaatinin şirket menfaati ile çatışma hâline girdiğine dikkat edilmelidir. Söz konusu pay sahibi nihayetinde ortaklık malvarlığından bir değer kendi mamelekine geçişini beklemektedir. O zaman risk iki kademelidir. Öncelikle bu pay sahibinin aslında bir ilişkili taraf olması riski vardır; devamında bu ilişkili tarafın tünellemede bulunma olasılığı gündeme gelir. Bu durum yine bir koruma

⁹¹⁸ Tokcan, s. 134.

yöntemini haklı gösterir, ki somut olayda bu yöntem oy hakkından yoksunluktur. Üçüncü ihtimalde ise ilgili pay sahibinin ilişkili taraf konumunda olamayacağı objektif bir gerçekliktir. Artık bu kişinin menfaatinin ilişkili taraf işlemi kuramı çerçevesinde değerlendirmeye alınması mümkün değildir. Fakat ortada yine de bir menfaat çatışması bulunur. Bu çatışmayı da nazara aldığımızda, ilişkili taraf işlemi niteliğinde olmayan bu işlemlerin tedbire tabi tutulmuş olmasında hukuk politikası anlamında bir zarar görmemekteyiz. Zira ideal işleyen, yani şirket menfaatini esas alan ortaklıklarda oy hakkını haiz pay sahiplerinin tünelleme sonucunu doğurmayan işlemi onaylaması beklenecektir. Öte yandan, pay sahibi ilişkili taraf olmadığına göre ortaklık üzerinde kontrol sahibi değildir; ya başka bir pay sahibi kontrolü haizdir ya da hiçbir pay sahibi tek başına karara yön verecek konumda bulunmaz. Bu şartlar altında ilişkili taraf olmayan pay sahibinin oy hakkı bulunsaydı çıkacak karara etki etme ihtimalini sınırlı görmek gerekir. Öyleyse TTK'nın tüm pay sahiplerinin kişisel işlemlerini oy hakkından yoksunluğun kapsamında görmesi, ilişkili taraf işlemlerinin zararlı etkilerinin önlenmesi açısından verimli bir yöntem olup diğer işlemlerden şirket menfaatine uygun olanların gerçekleştirilmesine de herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle mezkûr hükmü, getirdiği geniş koruma alanı sayesinde tünelleme riskini önemli ölçüde azaltan bir yöntem olarak kabul ediyoruz. Tüm bu etkenler birlikte düşünüldüğünde TTK m. 436'nın çoğunluk ilkesinden ayrılan düzenlemelerini ilişkili taraf işlemi kuramıyla uyumlu ve bir hukuk politikası olarak doğru bulmaktayız.

Bununla beraber, vasıtalı ilişkili taraf işlemleri yönünden hükümdeki sayımın yetersiz olduğu düşüncesindeyiz. Maddenin pay sahibinin belli bir yakınlıkta olduğu kişileri ilişkili taraf görmesi doğru yaklaşımdır. Zira ekonomik ve sosyal bütünlük göz ardı edildiği takdirde tünelleme karşıtı düzenlemeleri dolanmak son derece kolay bir hâl alır. Buna karşın, sınırlı bir sayımın tercih edilmiş olması ve bu sayımın da yeterince geniş bir kapsamı karşılamaması hükümden beklenen faydayı azaltmakta ve düzenlemeyi dolanmaya imkân tanımaktadır. Yukarıda ele aldığımız üzere, TTK m. 436/1'de sayılan ilk grup eş, üstsoy ve altsoydur. Kanun koyucu burada sosyal bütünlüğü esas almıştır. TMS 24 ise aynı amaçla yakın aile üyelerinden bahsetmekte idi. Biz gerçek kişiler üzerinde yönetsel yeti kurulabileceğini ve bunun kararlara etki edebilme şeklinde gündeme geleceğini belirtmiş; bu durumdaki yakın aile üyelerini vasıtalı ilişkili taraf olarak tanımlamıştık. TTK m. 436/1'den farklı olarak nişanlılık, medeni hâl değişmeksizin birlikte yaşama hâli veya kan ve kayın akrabaları ile bu

dereceye ulaşan sosyal yakınlık (örn. bu kişilerle aynı evde ve aynı ekonomik birlik içinde yaşamı sürdürme) hâlinde bu kişilerin de vasıtalı ilişkili taraf olacağını ileri sürmüştük. Bu görüşümüzü *de lege ferenda* TTK m. 436/1 için de önermekteyiz.

Vasıtalı tüzel kişi ilişkili taraflar için görüşümüz *de lege ferenda* değil, *de lege lata* etki doğuracak nitelikte olup ilgili başlık altında açıklanmıştır⁹¹⁹. Tekrar ifade etmek gerekirse, hükümde yer verilen hâkimiyet ilişkisinin sadece TTK m. 195 anlamında okunmaması gerektiği, bu yönde bir zorunluluk bulunmadığı ve TTK m. 195 anlamında bağlı şirket konumunda olmayan ortaklıkların da aradaki yönetsel yeti gerekçesiyle vasıtalı ilişkili taraf sayılması gerektiği kanaatindeyiz⁹²⁰.

C. Oy Hakkından Yoksunluğun İşletilmesi

1. Yoksunluğun Oy Hakkının Donmasından Farkı

Pay sahibinin genel kurulda oy kullanmasını engelleyen diğer bir kurum oy hakkının donmasıdır. Uygulamayı doğru bir şekilde ele alabilmek adına öncelikle bu iki müessese arasındaki farklara değinmek gerekir. Bu faaliyet bize aynı zamanda oy hakkından yoksunluğun nasıl işlediğine dair fikir verecektir.

Oy hakkının donması, genel bir oy kullanma yasağıdır. Kanunda çeşitli hâlde oy hakkının donacağı ifade edilmiştir. Topluluk şirketlerindeki pay sahipliği oranının belli eşiklere temas edecek şekilde artıp azalması veya karşılıklı iştirak konumuna geçilmesi, ticaret şirketlerinin kendi paylarını iktisabı ve esas sözleşmeyle öngörülen oy sınırlamaları (TTK m. 434/2, 2. cümle) donmanın öne çıkan örnekleridir⁹²¹. Oy hakkından yoksunluk ve donma arasında kapsam yönünden farklar bulunur. Yoksunluk her daim oy hakkına ilişkin iken donmanın neredeyse tüm pay sahipliği haklarına müdahale ettiği dahi görülür. Keza yoksunluk hâli sadece işlemin karara bağlanması sırasında mevcutken donma genel kurulda alınan tüm kararlara sirayet eder. Nihayet sınırlamanın kaynağı olarak yoksunluk hâlinde somut bir işlem mevcut

⁹¹⁹ Bkz. yuk. I/B/1/a/ii.

⁹²⁰ Görüşümüze getirilebilecek eleştiri, çoğunluğun da azınlığa karşı korunması gerektiği (**Moroğlu**, Çoğunluk Paysahiplerinin Korunması, s. 48, 52) ve oy haklarının bu derece sınırlandırılmasının işlem dışı pay sahiplerine gereğinden fazla güç vereceğidir. Gerçekten buradaki menfaat çatışmasının hassas çözümlere ihtiyacı vardır. Fakat mevcut hükümlerin ekonomik gerçekleri yansıtmadığı kabul edilmeli ve bu durum yorum faaliyetinde aktif şekilde gözetilmelidir.

⁹²¹ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 697c-697d; **Zengin**, s. 458-459; **Tokcan**, s. 7-8. TTK m. 434/2, c. 2 ile ilgili olarak ayrıca **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 994; donma hâli teşkil etmediği şeklindeki aksi görüş için **Zengin**, s. 481. TTK m. 198/2 kapsamında bkz. **Baş**, s. 87 vd. Tüm bu hâller ve diğerleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatih Çelikyurt, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması**, İstanbul: Beta, 2018, s. 105 vd.

olup oy hakkı ise aktif davranışla ortadan kaldırılabilecek somut bir durum nedeniyle donar⁹²².

Donmaya konu oyların karar nisabının hesabında dikkate alınmayacağı açık olmakla birlikte bu durumun toplantı nisabına etkisi tartışmalıdır. Zira donmaya dair hükümlerin sadece bir kısmında bu durum açıkça düzenlenmiş olup donma hâllerine ilişkin genel bir hüküm de yoktur. Bu şartlar altında bir görüş, düzenlemenin mevcut olmadığı hâlde donmaya konu payların toplantı nisabını etkilemeyeceğini savunur. Diğer bir ifade ile, oy hakkının donması toplantı yetersayısının hesabında değişikliğe yol açmaz⁹²³. Buna karşın öğretide bizim de katıldığımız diğer görüş kanunda açıklık bulunmayan hâllerde dahi oy hakları donmuş payların toplantı yetersayısında dikkate alınmayacağını ileri sürer⁹²⁴. Bu görüşün tatbiki hâlinde, donmuş payların temsil ettiği sermaye miktarı toplam sermayeden düşülür ve toplantı nisabının sağlanıp sağlanmadığı daha sonra hesaplanır.

2. Nisaplara Etkisi

Bazı pay sahiplerinin oy hakkından yoksun bırakılması ilgili gündem maddesi genel kurulda karara bağlanırken etkisini gösterir. Etkinin tam anlamıyla somutlaştığı nokta ise yetersayıdır. Menfaat çatışması hâlinde ilişkili tarafın katılımı olmaksızın ortaklığın ne yönde irade beyan edeceği, şirket menfaatinin somut olay özelinde ortaklık organlarınca nasıl tespit edildiği ortaya konulmalıdır. Bu hedefe nisaplarda yaratılan farklılıkla ulaşılır. Şunu da belirtmek gerekir ki yoksunluk ilgili hükmün kapsamında olan kişiler bakımından ve sadece hükmün kapsamındaki işlemlere dair somut oylamalarda gündeme gelir. Bu kişilerin oylarının temsilci aracılığıyla kullanılması mümkün değildir. Fakat aynı toplantıda oylanacak diğer gündem maddelerinde oy hakkından yoksunluk söz konusu olmaz; ilişkili pay sahipleri gündemdeki diğer konularda oy kullanabilir⁹²⁵.

⁹²² Tokcan, s. 9-10; Çelikyurt, s. 73, 93-94.

⁹²³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 995. Bazı donma hâlleri için aksi durum, yani toplantı yetersayısının da etkilenmesi hususu kanunda açıkça düzenlendiğinden, aradaki farklılık ancak kanunla aksi düzenlenmedikçe geçerliliğini korumaktadır (Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 697e).

⁹²⁴ Veliye Yanlı/ Gül Okutan Nilsson, “Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 778-779; Baş, s. 90-91; Çelikyurt, s. 78. Benzer şekilde Pulaşlı, Oy Hakkının Sınırlandırılması, s. 35; Zengin, s. 461, 483.

⁹²⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 697; Tokcan, s. 78-79; Zengin, s. 452.

a. Toplantı Nisabı

Oy hakkından yoksun pay sahibi genel kurul toplantısına katılabilir. Öğretide hâkim görüş oydan yoksunluğun toplantı nisabını etkilemediğini savunur. Diğer bir ifade ile oy hakkından yoksun paylar toplantı nisabının hesabında dikkate alınır⁹²⁶. Böylece genel kurulun menfaat çatışmasını oylama kabiliyeti de desteklenmiş olur.

Diğer görüşe göre oy hakkından yoksun pay sahibinin maliki olduğu sermaye payı toplantı yetersayısı hesaplanırken dikkate alınmaz⁹²⁷. Oydan yoksun pay sahibinin sermayedeki payı dışarıda bırakılmalı ve ortaklığın toplam (esas veya çıkarılmış) sermayesi geride kalan miktardan ibaret varsayılmalıdır. Bu şekilde toplantı yetersayısına ulaşıldığı takdirde genel kurul toplantısına başlanılır ve oydan yoksun pay sahibi arzu ederse toplantıya katılabilir.

b. Karar Nisabı

Oy hakkından yoksun pay sahibinin, bizim ifademizle ilişkili tarafın, sahip olduğu paylardan normal şartlar altında doğması gereken oylar bu hâlde mevcut olmadığından, toplam oy sayısı bunlar olmaksızın hesap edilecek ve karar yetersayısı buna göre belirlenecektir. Özetle yoksunluk durumunda, ilgili paylardan doğması beklenen oylar karar nisabına katılmaz⁹²⁸.

3. Aykırılığın Sonuçları

TTK m. 436 hükmüne aykırı davranış en basit şekilde, yoksunluk doğuran hâlde rağmen oy hakkının kullanılması şeklinde ortaya çıkar. Bu takdirde, alınan genel kurul kararı iptal edilebilir (TTK m. 445). Öğretiye göre burada iptal edilmesi gereken kararın kendisi değil oydur ve ancak iptali gereken oylara dayanan kararlar ayrıca iptal edilir⁹²⁹.

⁹²⁶ **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 358; **Toraman Çolgar**, Oy Hakkı, s. 1737; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 312; **Önder/ Karademir**, s. 183; **Zengin**, s. 452. Bu görüşü savunan yazarların kapsamlı bir listesi için bkz. aynı sayfada dn. 289 ve 290.

⁹²⁷ **Tokcan**, s. 125-126, dn. 135.

⁹²⁸ **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 358; **Toraman Çolgar**, Oy Hakkı, s. 1737; **Tokcan**, s. 126; **Zengin**, s. 456; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 311-312; **Önder/ Karademir**, s. 183.

⁹²⁹ **Tokcan**, s. 151; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, N. 993; **Toraman Çolgar**, Oy Hakkı, s. 1738; **Önder/ Karademir**, s. 184; Markus Vischer/ Dario Galli, “Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung”, SJZ, Y. 2019, C. 115, S. 1, s. 9.

Tartışmalı olan bir husus, TTK m. 446/1-b hükmünün burada uygulanması gerekip gerekmediğidir⁹³⁰. Mezkûr hükme göre “... genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, (...) ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri” iptal davası açabilir. Hükmün uygulanacağı kabul edildiği takdirde, oy hakkından yoksun kişilerin oy kullanmasının yaptırıma bağlanabilmesi için bu durumdaki oyların kararın alınmasına etki edecek nitelikte olması gerekir.

Mülga 6762 sy. Kanun ekseninde konuyu tartışan *Ayoğlu*, 361. maddenin 3. fıkrasının⁹³¹ uygulama alanını, pay sahibi olduğu hâlde, bir sebepten münferit kararın oylamasına katılma hakkı bulunmayan kişiler olarak tespit etmiştir. Yazara göre oy hakkından yoksunluk da bu duruma karşılık gelir. Eğer bu konumdaki kişiler karara katılmış, oy hakları varmış gibi oy kullanmışlarsa söz konusu karar iptal edilebilir niteliktedir. İptal davası açma hakkı yine 361. madde çerçevesinde değerlendirilecek; 381. maddedeki muhalefet şerhi şartı ayrıca gözetilmeyecektir. Kanuna aykırı şekilde kullanıldığı iddia edilen oyun kararın alınmasında etkili olup olmadığı ise açık kanun hükmü gereğince denetlenecektir⁹³².

6102 sy. Kanun döneminde ise *Tokcan* oy hakkından yoksunluğun TTK m. 446/1-b hükmünün kapsamına girmediğini, mezkûr hükmün genel kurula katılma yetkisi dahi olmayan kimselerle ilgili olduğunu savunur⁹³³. Bu hususta *Alışkan* ikinci fıkraya dair açıklamalarında oy hakkından yoksunluğun TTK m. 446/1-b kapsamında olduğunu savunur. Yazara göre, kullanılan söz konusu oylar kararın alınmasında etki doğurmuyorsa iptal talebi reddedilir; etkili ise, ibra kararının iptaline hükmedilir⁹³⁴.

⁹³⁰ Tartışmayla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Alışkan**, İbranin Reddi Kararı, s. 359-361; **Tokcan**, s. 147 vd.

⁹³¹ Mülga kanunun sistematigi TTK'dan farklıydı. 361. maddenin 3. fıkrası şu şekilde idi: “*Umumi heyet toplantısına iştirake salahiyeti olmıyan kimseler bir karara iştirak etmiş bulunuyorlarsa pay sahiplerinin her hangi birisi önceden itiraz etmemiş olsa bile, bu kararın iptalini mahkemeden istiyebilir. Şu kadar ki; davalı şirket bu iştirakin karara müessir olmadığını ispat ederse talep reddolunur.*” Ayrıca 381. madde uyarınca reyini kullanmasına haksız olarak müsaade edilmeyen yahut toplantıya davetin usulü dairesinde yapılmadığını veyahut gündemin gereği gibi ilan veya tebliğ edilmediğini yahut umumi heyet toplantısına iştirake salahiyetli olmıyan kimselerin karara iştirak etmiş bulunduklarını iddia eden pay sahipleri iptal davası açabilmekteydi. Artık TTK m. 433, eski 361. maddeden farklı olarak üçüncü bir fıkra içermez. Bu nedenle tartışmanın odağında hükümlerin çatışması yoktur.

⁹³² **Ayoğlu**, Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı, s. 741-744. Mülga Kanun döneminde bu yönde **Kalpsüz**, s. 42-43; **İmregün**, s. 38. Aksi görüşte **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 212.

⁹³³ **Tokcan**, s. 150.

⁹³⁴ **Alışkan**, İbranin Reddi Kararı, s.

İsviçre hukukuna baktığımızda OR Art. 695 uyarınca, ortaklık yönetimine herhangi bir şekilde dâhil olan kişiler yönetim kurulunun ibrasına dair kararlara katılamaz^{935,936}. Hükümün yasakladığı, ilgili pay sahibinin oylamaya katılımıdır⁹³⁷. Doktrinde bu hükme aykırı şekilde alınan genel kurul kararlarının *per se* yoklukla malul olmayacağı, fakat iptal edilebileceği ifade edilir⁹³⁸. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi, oy hakkı olmayan kişilerin katılımıyla alınan ibra kararının OR Art. 706 uyarınca iptal edilebilir olduğuna hükmetmiştir⁹³⁹. Burada TTK m. 446/1-b benzeri OR Art. 691/III uyarınca hukuka aykırı oy kullanımıyla kararın alınması arasında bir illiyet bağı aranmaktadır⁹⁴⁰.

Genel kurulda oy kullanılması şeklinde vuku bulan aykırılığa ek olarak öğreti, oy hakkından yoksunluğa ilişkin kanuni düzenlemeleri etkisiz kılma amacıyla akdedilen bazı işlemleri hükme dolaylı aykırılık hâli olarak sınıflandırır. Bu işlemlere payın inançlı devri, pay üzerinde intifa hakkı tesisi ve oy sözleşmesi akdedilmesi örnek gösterilir. Anılan işlemlerin geçersiz olduğu TTK m. 433'te ifade edilmiştir. Geçersizlik yaptırımı karşısında üçüncü kişi genel kurula yetkisiz katılmış olur ve TTK m. 446/1-b uyarınca yine kararın iptali gündeme gelir⁹⁴¹.

II. YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE YAPILACAK İŞLEMLER

Anonim ortaklığın diğer organı olan yönetim kurulu, genel kurulun aksine dinamik yapıdadır. Ortaklığın yönetiminin bir parçası olarak günlük operasyonlar yönetim kurulunun etki alanında, ortaklığın akdedeceği hukuki işlemlerin çok büyük bir kısmı onun kontrolü altındadır. Bu nedenle ilişkili tarafların zararlı faaliyetlerinde araç olarak kullanmak noktasında yönetim kurulu kararları ziyadesiyle önemlidir.

⁹³⁵ fr. “Les personnes qui ont coopéré d’une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge au conseil d’administration.”; alm. “Bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht.”

⁹³⁶ **CHK/Raemy/Gabriel**, s. 573-574. İsviçre’deki bu hüküm yönetime katılan herkesi, fiili organlar dâhil, dikkate alır. Bu yönüyle ilişkili taraf kavramına yerinde bir örnek teşkil etmektedir.

⁹³⁷ **Oulevey**, s. 303 ve orada dn. 1038’deki yazarlar. Yazarın da ifade ettiği üzere, esasen bu husus Almanca metinde açıktır; belirsizlik sadece metnin Fransızcasında mevcuttur.

⁹³⁸ **CHK/Raemy/Gabriel**, s. 574, N. 4; **Vischer/ Galli**, s. 9.

⁹³⁹ BGE 4C.107/2005, 29.06.2005, consid. 2.2.

⁹⁴⁰ **Vischer/ Galli**, s. 6. OR Art. 691/III aslında yukarıda ele aldığımız mülga TK m. 361/3’ü karşılar.

⁹⁴¹ **Alışkan**, İbranın Reddi Kararı, s. 356; **Önder/ Karademir**, s. 184; **Tokcan**, s. 136 vd. TTK m. 433/1 şu şekildedir: “Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaları dolanmak veya herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla, payların veya pay senetlerinin devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geçersizdir.” İsviçre hukukunda OR Art. 691/I benzer içeriktedir, bkz. **CHK/Raemy/Gabriel**, s. 574, N. 4.

Bu başlık altında iki TTK düzenlemesini özel karar alma süreci olarak nitelendirecek ve inceleyeceğiz: müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393) ve şirketle işlem yapma yasağı (TTK m. 395/1). Kurumların isminde geçen yasak kelimesi bir yere kadar doğru olmakla birlikte, aslında yasaklanan bir işlem yoktur. Sadece bazı işlemlerin gerçekleştirilmesi ortaklık organlarının bazı şartları havi kararı almasına bağlamıştır. Düzenlemeleri çalışmamız bakımından ilgi çekici kılan ise söz konusu işlemlerin bir cephesinde ortaklığın, diğer cephesinde ilişkili tarafların bulunmasıdır. Aşağıda yönetim kuruluna çalışmamız bakımından önem arz eden noktalarıyla ve kurulun temel bir tanıtımı için yeterli olduğu ölçüde değindikten sonra mezkûr maddeleri inceleyeceğiz.

A. Yönetim Kurulu

1. Temel Özellikleri

Yönetim kurulu hukuken kurul-organdır. Ortaklığın yürütme ve temsil organı olarak tüzel kişinin yönetici ve temsilci ihtiyacını karşılar⁹⁴². Üyelerden oluşan ve bağımsız bir tüzel kişiliği bulunmayan yönetim kurulu, üyelerin bir araya gelmesiyle karar alır, üyeleri vasıtasıyla temsile ilişkin görev ve yetkilerini kullanır, tüm bu faaliyetlerinde esasen organı olduğu ortaklığın iradesini dış dünyaya yansıtır. Yönetim kurulunun 6102 sy. TTK düzeninde tek bir kişiden oluşabilmesi dahi bu nitelemeyi değiştirmez⁹⁴³.

a. Görev ve Yetkileri

Yönetim kurulunun iki temel görevi bulunur: yönetim ve temsil⁹⁴⁴. Temsil, ortaklığın iradesinin dışa vurumu olarak tanımlanabilir. İç ilişkide pay sahipleri, dış ilişkide ise üçüncü kişiler karşısında ortaklığın kanuni temsilcisi olarak temsil organı,

⁹⁴² Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 521, 521a; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 36-37; Dural, Kilitlenme, s. 15; Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul: Vedat, 2011, s. 8; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 51; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 4; Ayan, s. 3; Bahar Sayın, s. 9.

⁹⁴³ Önceki kanun döneminde yönetim kurulunun asgari üç üyeden oluşması gerekiyordu. Artık tek üye yeterlidir. Hatta bu değişiklik nedeniyle tek kişiden oluşan yönetimin kurul niteliği sorgulanmış, fakat kavram muhafaza edilmiştir, bkz. Ersin Çamoğlu, “**Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2011/1 (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan), s. 197; Kübra Ercoşkun Şenol, “**Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1696; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 52.

⁹⁴⁴ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 3; Ayan, s. 3; Bahar Sayın, s. 9; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 309 vd. Yönetim kurulunun ayrıca iş hukuku açısından işletme sahibi olduğu yönünde Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 522.

yani yönetim kurulu görev yapar⁹⁴⁵. Temsil faaliyetinde işleme dönük irade beyanı açıklamaları temsil yetkisinin kullanımına dair kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılır. Bu kapsamda temsil yetkisi yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilere belli sınırlar dâhilinde devredilebilir⁹⁴⁶. Bu nedenle her somut işlemde temsil iradesinin hangi yönetim kurulu üyesi veya üyeleri ya da yöneticileri tarafından açıklandığı önem arz etmektedir.

Yönetim yetkisinin ise iki alt görünümü vardır. İlk görünüm, ortaklık amacına ulaşabilmek için gerekli stratejiyi kurgulayıp ilgili kararları almaktır. İkincisi ise bir ticari işletme işletmesi muhtemel olan anonim ortaklığın faaliyetlerinin yürütülmesi, *ortaklık işlerinin çevrilmesidir*⁹⁴⁷. Organizasyon büyüdükçe tüm bu faaliyetlerin tek bir kurul tarafından yerine getirilmesi zorlaşır ve verimliliği olumsuz etkiler. Kanaatimizce bu nedenle yönetim haklarının devri doğru yönetimin üçüncü bir ayağı olarak karşımıza çıkar⁹⁴⁸. Yönetim kurulunun bir iç yönergeye göre şirketin yönetimini düzenlemesi ve yetkilerin en doğru şekilde bölünüp devredilmesini sağlaması gerekir⁹⁴⁹.

TTK m. 375, TTK m. 408/2’de genel kurul için yapıldığı üzere, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini sayar. Yedi bent hâlinde sayılan bu yetkiler, yönetim organizasyonunun kurulmasını, işletilmesini ve gözetimini, finansal planlama düzenini kurmayı ve borca batıklığı bildirmeyi, keza genel kurulun toplanmasını ve kararlarının yürütülmesini yönetim kuruluna bırakır⁹⁵⁰. Yönetim kurulunun yetkileri bunlarla sınırlı değildir. Gerçekten TTK’nın

⁹⁴⁵ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 537. Bu türden temsil yetkisini tanımlamak için “organ temsil” ifadesi kullanılır. Organ temsili borçlar hukukunda düzenlenen temsilden ayırmak gerekir. Genel hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için boşluğun ortaya çıkması aranır. Detaylı bilgi için bkz. Alihan Aydın, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/ Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu”, Batider, Y. 2014, C. XXX, S. 1, s. 127 vd.

⁹⁴⁶ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 537a, 538-542a; **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 316; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 225-227.

⁹⁴⁷ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 523.

⁹⁴⁸ Öğretide bu ayırım icra ve kontrol işlevlerinin ayrılması şeklinde ifade edilmekte ve yönetim kurulunun bağımsızlığı için önemli görülmektedir. Tam bir yetki devri sayesinde yönetim (icra) ve kontrol fonksiyonları ayrıştırılmış olur. Bu hâlde yönetim kurulu gözetim rolünü üstlenecek ve iyi bir yönetim anlayışının mevcut olup olmadığını denetleyecektir. Detaylı bilgi için **Ararat/ Muzaffer**, s. 109 vd.

⁹⁴⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 222-223; **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 182-183. Öğreti iç yönergenin örgüt yönergesi (*Organisationsreglement*) ve iş yönergesi (*Geschäftsreglement*) olmak üzere iki alt türünden bahseder. Bu ayırım benimsendiği takdirde yukarıdaki durum örgüt yönergesini ilgilendirir, bu hususta bkz. **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 47, 125-127.

⁹⁵⁰ **Ayhan/ Çağlar/ Özdamar**, s. 310-315; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 522a vd.; **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 106 vd.; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 170 vd.; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 147-167.

muhtelif hükmünde bir kısmı yine devredilemez nitelikte olan başkaca yetkiler de öngörülmüştür⁹⁵¹.

b. Yönetim Kurulunun Oluşumu

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında organik bağ bulunur. Fakat bu bağa rağmen aralarındaki ilişki sözleşmeseldir. Bağ kuracak olan sözleşmenin akdi için öncelikle genel kurulun icapta bulunması, ki ilgili seçim kararı bu icaba karşılık gelir, ve yönetim kurulu üyesinin icabı kabul etmesi gerekir. Bu işlemde şirketi genel kurul temsil eder⁹⁵². Bu noktada yetki münhasıran genel kuruldadır (TTK m. 408/2-b). Genel kurul kural olarak bu seçiminde özgürdür ve geniş takdir yetkisine sahiptir. Adayın tam ehliyetli olması, seçilme engellerinin bulunmaması yeterlidir⁹⁵³. Bununla birlikte, genel kurulun bu yetkisini esas sözleşme hükümleri çerçevesinde kullanacak olması, bazı istisnaları gündeme getirir. İlk yönetim kurulunun esas sözleşmede belirlenmiş olması bu istisnalardan ilkidir. Keza kamu tüzel kişilerine tanınan, yönetim kuruluna temsilci gönderme imkânı (TTK m. 334), boşalan üyeliğin yönetim kurulu kararı ile doldurulması (TTK m. 363) ve mahkemelerin yönetim kurulu üyelerini belirlemesi (TTK m. 531) öne çıkan diğer istisnalardır⁹⁵⁴.

Konumuz bakımından önem arz eden ve genel kurulun yönetim kurulu üyelerini serbestçe takdir etme imkânını sınırlandıran bir hâl, yönetim kurulunda temsil imtiyazıdır (TTK m. 360). Buna göre bazı gruplara, ki burada kastedilen bir pay grubu, ortak bazı özellikleriyle bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlık olabilir, yönetim kurulu üyesini⁹⁵⁵ belirlemelerini sağlayacak imtiyaz esas sözleşme ile tanınabilir. İmtiyaz sahiplerinin elde ettikleri imkân duruma göre içlerinden

⁹⁵¹ Teoman, Değerlendirme, s. 15. Bu konuda örnekler için bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 207-210; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 315; Doğan, Yönetim Kurulu, s. 211-217; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 146-147.

⁹⁵² Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 543; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 224; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 307; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 7; Ayşegül Sezgin, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2006, C. 12, S. 1-3 (Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan), s. 367, 371. Bu sözleşme öğretide hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve bu ikisini ortaklık sözleşmesi ile harmanlayan *sui generis* sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmiştir, görüşler için bkz. aynı eserde s. 373 vd.; Ayan, s. 9-11.

⁹⁵³ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 544. Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 301-303; Çamoğlu, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 199. Detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 29 vd.

⁹⁵⁴ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 231-233; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 544 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 10-20; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 301-306. Yazarlar Sermaye Piyasası Kurulu’na tanınan istisnai yetkiyi sayılanlara eklerler (SerPK m. 128/1-k).

⁹⁵⁵ Yönetim kurulunun tek kişiden oluştuğu ihtimalde dahi bu imtiyaz tanınabilir, bkz. Çamoğlu, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 201.

birinin yönetim kuruluna (genel kurulca) seçilmesini sağlamak veya yönetim kurulu üyeliğine aday göstermek şeklinde olacaktır. İmtiyazı değerli kılan, haklı bir sebep olmadıkça genel kurulun gösterilen adayı seçmek zorunda olmasıdır⁹⁵⁶. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı ilişkili taraf işlemlerine karşı koruma mekanizması görevi görebileceği gibi, karar alınmasını kolaylaştırmada da kullanılabilir. Önemli olan, esas sözleşmede ne şekilde, kim(ler) yararına öngörüldüğüdür.

c. Yönetim Kurulunda Karar Alınması

Kural yönetim kurulunun toplanarak karar almasıdır⁹⁵⁷. Üyeler fiziki olarak ve esas sözleşmede öngörülmesi hâlinde elektronik ortamda toplantıya katılabilirler. Yönetim kurulunun toplanıp karar almasında ayrık bir usul, elden dolaştırma yoluyla karar alınmasıdır. Burada üyeler bir araya gelmeksizin, her üyenin olumlu ya da olumsuz oyuyla karara katılmış olması şartıyla karar alır ve yönetim kurulu karar defteri gerektiği şekilde tamamlanır⁹⁵⁸. Tek bir üyenin itirazının toplantı yapılmasını sağlayacak olması ve böylece istenen müzakere ortamının temin edilebilmesi elden dolaştırma yoluyla karar alınması yöntemini konumuz bakımından tehlikeli görmeye engeldir.

Üyelerin toplantıya çağrılmasında yetki ve görev yönetim kurulu başkanına aittir. Fakat genel kurulda olduğu gibi katı kurallar bulunmaz. Aynı durum toplantı yeri, zamanı ve şekli için de geçerlidir⁹⁵⁹.

i. Yetkilerin kullanımında karar kavramı

İlişkili taraf işlemlerinin zararlı etkilerinden korunmak adına öne çıkan yöntemlerden biri özel karar alma süreçleridir. Lakin bu sistem, müdahale edilecek

⁹⁵⁶ Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 306-307; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 52; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 588a, 587. Yazar imtiyazın ismen belirlenen bir veya birkaç pay sahibine tanınabileceği görüşündedir.

⁹⁵⁷ Bahar Sayın, s. 36-37. Tek kişiden oluşan yönetim kurulunda hâliyle toplantı yapılmasına gerek yoktur (Çamoğlu, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 206; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 526).

⁹⁵⁸ Hülya Çoştan, “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 156-159.

⁹⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 527-530c; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 211-213; Çoştan, s. 160-176; Bünyamin Gürpınar, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1105 vd.; Gizem Kılıç Akyıldız, “Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), s. 2304; Ercoskun Şenol, s. 1700-1704.

bir kararın varlığını zorunlu kılmaktadır. İlişkili taraf işlemleri en nihayetinde ilişkili taraf ve ortaklık arasındaki bir hukuki işlemi, ekseriyetle sözleşmeyi niteleyeceğine göre, ortaklık organlarının kararları ile bu işlem arasındaki bağlantı sistemsal bir kabulden ibarettir. Organın önce bir karar alacağı, daha sonra bu karar uyarınca işlem yapacağı varsayımından hareket eder ve zararlı işlemin akdine daha organ kararı noktasında engel olmayı hedefler. Oysaki yönetim kurulu her zaman bir karar almak zorunda değildir⁹⁶⁰. Defterlerin, finansal tabloların tanzimi; işçilik alacaklarının, sözleşmeden doğan borçların, amme alacaklarının ödenmesi hep karar alınmaksızın gerçekleştirilen işlemlerdir⁹⁶¹. Keza gündelik operasyonun yürütülmesinde her işlemin öncelikle karara bağlanması beklenemeyecektir. İşte bu nedenle her bir ilişkili taraf işleminin evvelinde bir organ kararı olduğunu düşünmek doğru değildir.

Özel karar alma süreçleri ancak bir organ tarafından karara bağlanan ilişkili taraf işlemlerine karşı koruma sağlayacağından, her ilişkili taraf işlemi de bir organ kararını takip etmediğinden, özel karar alma süreçlerinin sınırlı bir koruma sunduğu söylenebilir. Bu söylem kapsama dönük bakış açısından doğru olmakla birlikte, söz konusu yöntem işlem gerçekleşmeden önce (*ex ante*) uygulandığından ve önleyici nitelikte olduğundan, kanaatimizce zararı gidermeyi hedefleyen yöntemlere nazaran öncelikle tercih edilmelidir. Bu nedenle *de lege ferenda* tüm ilişkili taraf işlemlerinin veya organ üyesi ilişkili taraflarla akdedilen tüm işlemlerin en az bir organ tarafından azınlığın çoğunluğu (*MoM*) tekniğiyle karara bağlanmasını savunmaktayız.

ii. Yetersayılar

Yönetim kurulu kararlarının alınmasında genel kurul kararlarında olduğu gibi iki yetersayı öngörülmüştür. Bunlar toplantı ve karar yetersayıdır. Farklılık, genel kurulda toplantı ve yetersayılarının duruma göre değişkenlik göstermesine karşın yönetim kurulu kararlarında tek bir oranın olmasındadır. Bu oran üye tam sayısının çoğunluğudur. Bu sayı esas sözleşmeyle tüm veya bazı kararlar için artırılabilir⁹⁶². Fakat daha düşük oranda yetersayı öngörülmesi mümkün değildir. Elden dolaştırma şeklinde karar alınmasında toplantı yetersayısını karşılamak için tüm üyelerin karara katılımı gerektiğini belirtelim. Karar yetersayısı ise toplantıda bulunan üyelerin

⁹⁶⁰ Bahar Sayın, s. 279.

⁹⁶¹ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 522, 523; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 210; Ercoşkun Şenol, s. 1699.

⁹⁶² Yetersayıları ağırlaştıran esas sözleşme hükümlerinin yönetim kurulunun karar alabilme ehliyetini tehlikeye düşürmemesi gerektiği yönünde Coştan, s. 180.

çoğunluğudur. Her üyenin bir oyu vardır ve toplantı başkanının oyuna herhangi bir üstünlük tanınmamıştır⁹⁶³.

iii. Oy hakkı

Yukarıda ifade edildiği üzere yönetim kurulu kararlarında toplantıya katılan üyelerin çoğunluğunun olumlu oyu kararın alınması için yeterlidir. Yönetim kurulu üyelerinin oy hakkında sistem, genel kurulda olduğundan çok daha basit şekilde düzenlenmiştir. Oyun tespitinde tek kriter toplantıya kaç yönetim kurulu üyesinin katıldığıdır. Bu çerçevede yönetim kurulu üyelerinin birbirlerini temsil etmelerine veya toplantıya bir vekil aracılığıyla katılmalarına imkân tanınmamıştır. Her üyeye bir oy tanınan bu sistemde, eşitliği bozmaya yarayan mekanizmalar yoktur. Böylece yönetim kurulunda çoğunluk/ hâkimiyet kavramları, en fazla sayıda yönetim kurulu üyesini seçebilme gücüne paralel şekilde anlam kazanır. Genel kurul nezdinde oy hakkında farklılaşma yaratmak suretiyle sağlanan üstün konuma yönetim kurulunda ancak üyenin kimliğini belirleyecek güce sahip olunarak erişilebilir.

TTK m. 393 yönetim kurulu üyesi ile aynı üyenin bazı yakınlarının kişisel ve şirket dışı menfaatlerinin ortaklığın menfaatiyle çatıştığı konularda ilgili yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılamayacağını düzenler. Hükmün uygulama alanı ifade edilenden daha kapsamlı olduğu gibi, sonuçları da çeşitlidir. Maddenin bu başlık altındaki önemi, münferit yönetim kurulu üyelerinin oy kullanma imkânını somut olay bazında ortadan kaldırmasıdır.

iv. Yönetim kurulu kararlarının sakatlığı

Hukuki işlemin geçerliliğine dair medeni hukuk ilkeleri ve bu bağlamda genel kurul kararlarının sıhhatine ilişkin yaptığımız açıklamalar büyük ölçüde yönetim kurulu kararları için de geçerlidir. Buna göre bir irade beyanından bahsetmenin mümkün olmadığı hâlde yine yokluktan söz edilir. Bu yaptırım genellikle toplantı ve karar yetersayıları karşılanmadan karar alınması hâlinde gündeme gelecektir⁹⁶⁴. Buna ek olarak yönetim kurulu kararının TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz addedilmesi

⁹⁶³ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 529, 533; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 214-215; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 333; Çoştan, s. 179; Gürpınar, s. 1107-1108; Bahar Sayın, s. 55; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 436-437. Ayrıca Teoman, Değerlendirme, s. 11-12; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 252; Ercoşkun Şenol, s. 1706 vd.

⁹⁶⁴ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 534; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 216; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 334; Kılıç Akyıldız, s. 2308-2309; Ercoşkun Şenol, s. 1719; Bahar Sayın, s. 63; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 441.

mümkün olduğu gibi⁹⁶⁵, eşit işlem ilkesine ya da devredilemez görev ve yetkilere dair kurallara aykırı, ortaklığın temel yapısına uymayan, sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarını ihlâl eden, kısıtlayan veya güçleştiren kararlar da açık kanun hükmü karşısında kesin hükümsüz, diğer bir deyişle batıldır (TTK m. 391).

İptal edilebilirlik müessesesi bakımından, genel kurul kararlarında görüldüğü şekilde yaygın bir uygulama söz konusu değildir. Yönetim kurulunun adeta genel kurulun yerine geçerek karar aldığı konularda yakınlaşmanın sonucu olarak yönetim kurulu kararının iptali talep edilebilirse de bu imkân sınırlı sayı ve konudaki karar açısından mevcuttur⁹⁶⁶. Borçlar hukuku anlamında irade sakatlığının kararın iptaline yol açması ise bu tespiti değiştirmeyen temel bir müessese olarak gündeme gelebilir.

2. İlişkili Taraf İşlemleri Kuramındaki Yeri

TTK m. 393 ile 395/1 hükümleri klasik incelemede yönetim kurulu üyesinin görev ve yükümlülükleri başlığı altında ele alınır. Mezkûr düzenlemelerin ilişkili taraf işlemi kuramıyla bağlantılı olarak incelenmesi sık karşılaşılan bir olgu değildir. Bu nedenle öncelikle çalışmamızın planı ve işleyişi gerekçelendirilecektir.

a. Yönetim Kurulu Üyesinin İlişkili Taraf Sıfatı

Çalışmamız kapsamında inceleyeceğimiz müzakereye katılma ve şirketle işlem yapma yasaklarında ana süje yönetim kurulu üyesidir. TMS 24 uyarınca kilit yönetici personelin ilişkili taraf kabul edildiğini belirtmiştik⁹⁶⁷. Bu açıklamalarımızda yönetim kurulu üyelerinin her hâlükârda kilit yönetici personel sayıldıkları görülmüş idi. Keza ortaklıklar hukuku perspektifinden bakıldığında yönetim kurulu üyelerinin ilişkili taraf kabul edilmesi son derece doğaldır.

Kanun koyucunun hükümlerde yönetim yetki ve görevini haiz ilişkili tarafları değil, yönetim kurulu üyelerini odak almış olması hükümlerin ilişkili taraf işlemleri ile bağlantılı düzenlemeler olarak kabulüne de engel değildir. Çalışmamızın tümünde olduğu üzere, bu bağlantıyı kurarken iki kriterden hareket etmekteyiz. Birinci olarak,

⁹⁶⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 534; Bahar Sayın, s. 64.

⁹⁶⁶ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 220-221; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 335-336; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 267-268; Üçışık/ Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 447; Ercoşkun Şenol, s. 1720-1721; Bahar Sayın, s. 248 vd.

⁹⁶⁷ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/A/1/c.

düzenlemenin süjesi yukarıda açıklandığı üzere ilişkili taraftır. İkinci olarak, ilişkili tarafın bu sıfatı dolayısıyla belli bir özellik ya da özgünlük kazanan, diğer tarafının odak ortaklık olduğu bir işlem söz konusudur. Bu nedenlerle TTK m. 393 ve 395 hükümlerinin lafzında bu durumda yer verilmemiş olsa dahi ilişkili taraf işlemlerini konu edindikleri ve bu nedenle ilişkili taraf işlemleri kuramı dâhilinde incelenmeleri gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

b. Özel Karar Alma Süreci Olarak Nitelendirilme Nedenleri

İlişkili taraf işlemlerini düzenleme yöntemlerini incelerken özel karar alma süreçlerinden bahsetmiş; bu süreçleri de bağımsız yöneticilerin onayı ve azınlık pay sahiplerinin çoğunluğunun onayı olmak üzere ikiye ayırmıştık⁹⁶⁸. Şimdi kısaca neden TTK m. 393 ve 395/1 düzenlemelerini özel karar alma süreci olarak kabul ettiğimizi açıklayacağız.

i. Müzakereye katılma yasağı bakımından

Yönetim kurulu üyelerinin bazı işlemlerin müzakeresine katılamayacağı TTK m. 393'te hüküm altına alınmıştır. Bunlar üyeyi iki ayrı menfaatin etkisi altındayken oy kullanmak zorunda bırakacak ve bu nedenle şirket menfaatini gözetmesine engel olabilecek türden kararlardır⁹⁶⁹. Bu takdirde işlem diğer yönetim kurulu üyelerince karara bağlanır. Hükmü özel karar alma süreci hâline getiren işte bu mahrumiyet hâlidir. Esas aldığımız sınıflandırma uyarınca müzakereye katılma yasağı bağımsız (ilgisiz/ *disinterested*) yöneticilerin onayı şeklinde bir karar alma sürecidir. TTK'nın bu tipolojiyi tam olarak takip etmemesi niteleme üzerinde etkili olmayacaktır.

ii. Şirketle işlem yapma yasağı bakımından

Şirketle işlem yapma yasağı ise yetkiyi yönetim kurulundan alıp genel kurula devreder. Hükme göre ilişkili tarafın şirketle işlem yapması genel kurulun bu işleme izin vermesine bağlıdır. Genel kurulda karar alınırken, yönetim kurulu üyesi olan ilişkili taraf aynı zamanda pay sahibi ise oy hakkından yoksunluk (TTK m. 436/1) gündeme gelecek ve aynı kişinin genel kurulda yapılacak oylamadan da dışlanması gerekecektir.

⁹⁶⁸ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II/A/2.

⁹⁶⁹ Öcal, s. 335.

Yetkinin genel kurula devredildiği ve burada da ilişkili tarafın oydan yoksun bırakıldığı gözetildiğinde sınıflandırmamızın diğer ayağı olan azınlığın çoğunluğu (MoM) sürecinden bahsettiğimiz fark edilir. Zira ilişkili taraf, diğer pay sahipleri izin vermedikçe ilişkili taraf işlemini gerçekleştirememelidir. Kanun koyucunun getirdiği kurgunun odak noktası, özel karar alma süreçleriyle hedeflenen menfaat dengesidir.

B. Müzakereye Katılma Yasağı

Yönetim kurulu için öngörülen ilk özel karar alma süreci müzakereye katılma yasağıdır (TTK m. 393). Hükmün lafzı şöyledir: *(1) Yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır. Tereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz. Menfaat uyuşmazlığı yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır. (2) Bu hükümlere aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler. (3) Müzakereye, yasak nedeniyle katılmamanın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır.*

Maddenin gerekçesinde mülga kanunun 332. maddesinin esas itibarıyla korunduğu ve sadece tartışmalı bazı sözcük ve ibarelerin açıklığa kavuşturulmasına çaba harcandığı belirtilmiştir. Kanaatimizce farklılığı birtakım aydınlatmalarla sınırlı görmemek gerekir. Zira yeni hükümde hem kapsamın genişlediği hem de menfaat çatışması hâlinde izlenmesi gereken sürece detaylı şekilde yer verildiği görülür. Sadece bu örnekler dahi hükümde kapsamlı değişiklik gerçekleştirildiğinin kanıtıdır.

Çalışmamızda hükmü üç kesitte inceleyeceğiz. Önce kişi ve konu yönünden kapsamı ortaya koyacağız. İkinci olarak yasağın ne şekilde işletilmesi gerektiğini ve bu süreçte yönetim kurulu kararının nasıl alınacağını tespit edeceğiz. Son kesit ise yaptırıma ilişkindir. Zira gerçek anlamda bir hukuki korumadan bahsedebilmek için ihlâlin sonuçlarının bu sığa yaraşır olması zorunludur.

1. Kapsam

Yönetim kurulunun gündem maddesinin müzakeresinden dışlanması hem kişi hem de konu yönünden bazı sınırlara tabidir. Yasak kural olarak her iki unsurun birden karşılandığı somut durumlarda söz konusu olur. Bununla beraber kanun koyucu kapsamı yoruma son derece açık bir hâle getirmiştir. Zira dürüstlük kuralının gereği olan her durumda yasağın devreye girmesi ayrıca öngörülmüştür.

Hükmün tek kişilik organlara uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Zira bu ihtimalde yasağın mevcudiyeti anonim ortaklığın karar almasını engelleyebilir. Bir görüş, yönetim kurulunun tek kişiden oluşması durumunda müzakerelere katılma yasağının uygulanmayacağını, zira uygulanmasının mümkün olmadığını savunur⁹⁷⁰. Diğer görüş ise tek kişilik yönetim kurulu üyesi yasak kapsamında kaldığında ilgili kararın genel kurul tarafından alınması gerektiği düşüncesindedir⁹⁷¹.

a. Kişi Yönünden

TTK m. 393, lafzında yönetim kurulu üyesi ile birlikte yönetim kurulu üyesinin eşini, alt soyu ile üst soyunu ve üçüncü dereceye kadar (bu derece de dâhil olmak üzere) kan ve kayın hısımlarını da yasağı gündeme getirebilecek kişiler olarak saymıştır. Biz esas aldığımız yöntem uyarınca bu kişileri iki gruba ayıracağız: ilişkili taraflar (yani yönetim kurulu üyeleri) ve vasıtalı ilişkili taraflar.

i. Yönetim kurulu üyeleri

Yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmasını engelleyen ilk menfaat çatışması bizzat kendisi ile şirket arasında meydana gelendir. Yasak hem gerçek kişi hem de tüzel kişi yönetim kurulu üyelerine uygulanır. Yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması hâlinde, tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek kişi de tescil ve ilan edilir (TTK m. 359/2). *Kırca* bu gerçek kişinin de tüzel kişi ile birlikte yasağın kişi yönünden kapsamında olduğunu savunur. Böylece gerçek kişi adeta yönetim kurulu üyesi kabul edilecek, kendisinin maddenin devamında sayılan yakınları da yasağın kapsamına dâhil olacaktır⁹⁷². Tüm bunların şirket dışı kişisel menfaatlerini

⁹⁷⁰ Çamoğlu, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 206; Kılıç Akyıldız, s. 2307.

⁹⁷¹ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 500. Karş. bu konuda nihai bir görüş bildirmeksizin Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-99a.

⁹⁷² Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 495; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 210.

ilgilendiren hususlarda tüzel kişi (ve gerçek kişi temsilcisi) müzakereye katılmaktan yasaklı hâle gelecektir. Kanaatimizce bu yorum *de lege lata* geçerlidir. Çalışmamızda takip ettiğimiz metot uyarınca ilişkili taraf işlemlerine dair düzenlemelerin beklenen faydayı sağlaması, ilişkili tarafların en doğru şekilde tespit edilmesine bağlıdır. Gerçek kişinin anonim ortaklığın kararlarına yön verme kudreti en az temsilcisi olduğu tüzel kişinininki kadar geniştir. TTK m. 393'teki yasağın varlık sebebi düşünüldüğünde korunmayı gerektiren menfaat çatışması ortaklık ile temsilci gerçek kişi arasında da mevcut görülmelidir.

ii. Yönetim kurulu üyesi vasıtasıyla ilişkili taraflar

Maddeye göre yönetim kurulu üyesinin “*alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin*” menfaatinin şirket menfaati ile çatışması hâlinde de ilgili üyenin müzakereye katılması yasaktır. Bu hüküm kişisel menfaatlardan kaynaklı çatışmaları engellemeye çalışırken şahsi ilişkileri de gözetmesi yönünden önemlidir. Düzenlemenin diğer bir önemi, TTK m. 395/2 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasına ilişkin olarak kendisine yapılan doğrudan atıftır. Gerçekten hükme göre, *pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz*. Bu nedenle TTK m. 393 kapsamındaki tartışmalar zararlı ilişkili taraf işlemlerinin kapsamını tespit de rol oynayacaktır.

Eşin yakınlığı bu medeni hâlin devamına bağlıdır. Bu nedenle eski eşin TTK m. 393 (ve m. 395/2) kapsamında olmadığı ifade edilir. Buna karşılık kayın hısımlığı evliliğin sona ermesi hâlinde dahi devam eder (TMK m. 18/2). Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin boşanmış olması hükmün bu hâlinde kayın hısımlarını yasağın dışına çıkarmayacaktır. Lakin bu farklılık hükmün amacı bakımından anlamlı değildir⁹⁷³.

Kanun koyucu üyenin alt-üst soyu, eşi ve kan ile kayın hısımlarından söz ederken yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olduğu ihtimali dikkate almıştır. Oysaki tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olabilir⁹⁷⁴. Şu hâlde tüzel kişi vasıtasıyla ilişkili taraf sayılacak gerçek veya tüzel hiç kimse yoktur. Bu kabul şirketler hukuku gerçeklerine uygun değildir. Nasıl ki gerçek kişinin onunla aynı ekonomik bütünü

⁹⁷³ Bu yönde bir eleştiri için bkz. Mehmet Özdamar/ İlker Doğan, “**Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı**”, Bankacılar Dergisi, Y. 2013, S. 86, s. 6.

⁹⁷⁴ Çamoğlu, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 200.

paylaşan yakınları var ve bunlar menfaatler çatışmasında bir o kadar tehlikeli ise tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin de aynı menfaat çevresinde hem gerçek hem tüzel kişiler bulunur. Bu nedenle hükmün açık kapsamı son derece eksiktir. Lakin kanun koyucu bu hükme mülga kanunda bulunmayan bir genişletme getirmiştir. Müzakereye katılma yasağı *dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır*. Bu hüküm yasağın kişi yönünden kapsamını genişletmekte pekâlâ kullanılabilecek, böylece sorun bir ölçüde çözülebilecektir. Bu konu ilgili başlıkta değerlendirilmiştir.

b. Menfaat Çatışmasına Konu Müzakereler

Kanun koyucu yönetim kurulu üyesinin ilişkili taraf çevresiyle ilgili tüm kararlardan dışlanmasına gerek görmemiştir. TTK m. 393 uyarınca yasak sadece şirket dışı kişisel menfaatin söz konusu olduğu hâllerde gündeme gelir. Hatırlanacak olursa, özel karar alma süreçlerinin genel kuruldaki yansıması olan oy hakkından yoksunluk kişisel menfaatten değil, kişisel işten bahsetmekteydi⁹⁷⁵. Bu ifadelerden ne anlaşılması gerektiği bir ölçüde yoruma tabidir. Hüküm ayrıca dürüstlük kuralının gereği olan durumlara işaret eder. Böylece yorum faaliyeti kaçınılmaz bir hâl alır.

İlişkili tarafın kişisel menfaatinden kasıt, maddede sayılan kişileri konu alan veya onlarla ilgili olan menfaatlerdir. Bu anlamda bir topluluğun, grubun menfaatine olup da sayılan kişilerin dolayısıyla yarar sağladıkları durumlar yasağın kapsamından dışlanır⁹⁷⁶. Şirket dışı menfaat ise, ortaksal veya yönetsel haklardan kaynaklanmayan işler kapsamındaki menfaat olarak tanımlanmıştır⁹⁷⁷. Böylece ilişkili tarafların şirket dışı kişisel menfaatleriyle şirket menfaatinin çatıştığı konular, daha doğrusu bu konulardaki müzakereler yasağın içeriğini oluşturur. Hükümde “şirketin menfaati” denilmişse de burada ifade edilmek istenen şirket menfaatidir.

Hangi menfaatlerin şirket dışı ve kişisel olduğu, hangilerinin ise olmadığı hususunda madde gerekçesinde ve öğretide birtakım örnekler verilmiştir. Gerekçeye

⁹⁷⁵ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 496.

⁹⁷⁶ Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 213, dn. 370; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 496; Kılıç Akyıldız, s. 2306; Ercoskun Şenol, s. 1712. Ayrıca bkz. TTK m. 393 Gerekçesi. Aksi görüşte Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 89. Yazar dolaylı menfaat ilişkilerini yasağın kapsamında görürken, tüzel kişi üyenin temsilcisinin tüzel kişinin menfaatinin ilgilendiren konularda yasak kapsamında olmasını örnek verir. 6102 sy. TTK bu örneği bir ölçüde geçersiz kılar (Yazar bu örneği mülga kanun zamanında vermiştir).

⁹⁷⁷ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 578; Ercoskun Şenol, s. 1712. Karş. şirket dışı olmayı şirketin işleyişinden kaynaklanmamak şeklinde yorumlayan Ayan, s. 125.

göre, ilişkili tarafın şirket görevine seçimi, atanması, görevden alınması ve yolluk belirlenmesi gibi şirketi ilgilendiren konularda yönetim kurulu üyesi müzakereye katılabilir⁹⁷⁸. Neticede bu konular şirket içi olarak nitelendirilir. Yönetim kurulu üyelerine bu sıfatlarından doğan görevleri dışında ek bir görev verilmesi ve bu görev karşılığı ödenecek ücretin kararlaştırılması ise bir görüşe göre ortaklık dışı menfaate ilişkindir⁹⁷⁹. Aynı şekilde bağlı nama yazılı payların pay defterine kaydı da şirket dışı bir konu olarak görülmektedir⁹⁸⁰.

TTK m. 395'te düzenlenen şirketle işlem yapma ve TTK m. 396'da yer alan rekabet yasağı kapsamında yönetim kurulu üyelerine genel kurul tarafından izin verilmiş olabilir. Bu iznin akabinde yönetim kurulu nezdinde yapılacak müzakerede ilişkili yönetim kurulu üyesinin yine de katılmaktan yasaklı olduğu, zira iznin genel nitelikte olduğu ve çıkar çatışması hâlinde şirket menfaatine aykırı işlemlerin iznin kapsamında olmadığı ifade edilmiştir⁹⁸¹. Bu görüşe biz de iştirak etmekteyiz. Genel kurulun genel nitelikteki izni somut konunun şirket dışı kişisel menfaat olarak kabul edilmesine engel değildir. İlgili üyenin yönetim kurulu nezdindeki müzakerelerden dışlanması yine de somut bir gerekliliktir. Zira kararın gereğini yerine getirmek için yapılacak işlemler, izne rağmen şirket menfaatine aykırı olabilir. Bununla beraber, acaba genel kurul somut bir işleme dönük olarak izin vermiş ve devamında bu işlemin akdi noktasında yönetim kurulu kararı almak gerekmişse müzakereye katılma yasağı yine de gündeme gelecek midir? Kanaatimizce bu soru Türk ortaklıklar hukukunun birçok müessesesini neden ilişkili taraf işlemi kuramı altında incelemeyi arzu ettiğimizi ortaya koyar niteliktedir. Zira cevabı tüm bu müesseseleri dikkate alarak bulmak gerekir. Bu örnekte şekli anlamda ilişkili taraf işleminin akdedilmesine genel kurul tarafından izin verilmiştir. Böylece yönetim kurulu üyesinin işlemin her iki tarafında da bulunması mümkün kılınır. Fakat bu süreç ilişkili taraf işleminin maddi içeriğini dikkate almak zorunda değildir. Keza işlemin zararlı olup olmadığını tespit etmek noktasında kanunun genel kurulu yetkilendirmediği pekâlâ savunulabilir. O zaman yetki ve sorumluluk yönetim kurulundadır. Bu kurulda ayrıca müzakereye katılma yasağı öngörülmüştür. Böylece

⁹⁷⁸ Bu husus TTK m. 393'ün gerekçesinde de ifade edilmiş olmakla birlikte, ayrıca bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 213, dn. 370; **Kılıç Akyıldız**, s. 2306 ve bu çalışmada incelenen Yarg. 11. HD., T. 02.07.2014, 6772/12693 sayılı kararı.

⁹⁷⁹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-99; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 578.

⁹⁸⁰ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 496; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-99.

⁹⁸¹ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 496-497.

işlemin akdedilmesinin şirket menfaatine uygun olup olmadığını ilişkili taraf dışındaki üyelerin değerlendirmesi sağlanır. Kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin şirket dışı kişisel menfaatini ilgilendiren konuda işlemin her iki tarafında bu üyenin bulunabiliyor olması, genel kurulun bu yöndeki izni, işlemin zararlı olmadığı anlamına gelmeyecektir. Anılan nedenle izne rağmen müzakereye katılma yasağının işletilmesi gerekir.

c. Dürüstlük Kuralının Gereği Olan Durumlar

6762 sy. mülga kanunda bulunmayan bu hüküm, yasağın *yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanmasını* öngörür. Yasağın kapsamı genişlemiş ve mülga kanun dönemindeki kararların geçerliliği bazı başlıklarda ortadan kalkmıştır⁹⁸². Madde gerekçesine göre, yönetim kurulu üyesinin ortağını, ortağı olduğu şahıs şirketini veya eski eşini ilgilendiren konular bu duruma örnek gösterilebilir⁹⁸³. Bu sayılanlara yönetim kurulu üyesinin hâkimiyeti altındaki sermaye şirketlerini ilgilendiren konular eklenebilir⁹⁸⁴. Ayrıca *Kendigelen*, bir mütalâasında iki şirkette birden yönetim kurulu üyesi olan kişilerin, bu şirketlerin karşılıklı çıkarlarının var olduğu ihtimalde toplantıya katılmaktan yasaklı olduğunu belirtir⁹⁸⁵. *Memiş*, genişletmeyi TTK m. 436’u dikkate alarak yapmayı önerir. Buna göre yönetim kurulu üyesinin ortağı olduğu şahıs şirketleri ile hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikteki iş ve işlemler de yasağın kapsamındadır⁹⁸⁶. *Sulu* ise yönetim kurulu üyesinin nişanlısı ile dördüncü derece kan ve kayın hısımlarını örnek gösterir⁹⁸⁷. *Ayan* ise yönetim kurulu üyesinin ekonomik ya da psikolojik nedenlerle şirket menfaati yönünde karar almasının zorlaştığı hâllerin yasak kapsamında görülmesini önerir⁹⁸⁸. Elbette her somut olayın dürüstlük kuralı ekseninde ele alınması gerekir⁹⁸⁹.

⁹⁸² İştirak hisselerinin diğer bir pay sahibi/ yönetim kurulu üyesine satımı konusunun yasağın kapsamına dâhil olmadığı yönündeki içtihadın geçerliliğinin tartışılması gerektiği yönünde **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 497, dn. 317; mezkûr karar için bkz. Yarg. 11. HD., 23.01.2012, E. 2010/8171, K. 2012/581 (Kaynak: Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 1, s. 359-360). Bu kararda şirketin iştiraklerinden birinin payları, ilişkili tarafların pay sahibi ve yöneticisi oldukları diğer bir şirkete satılmaktadır.

⁹⁸³ Bkz. TTK m. 393 Gerekçesi. Buradaki örneklerin kapsamı kişi yönünden genişlettiği görülür.

⁹⁸⁴ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 497.

⁹⁸⁵ Abuzer Kendigelen, **Hukukî Mütalâalar Cilt XI: 2010-2011**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 11. Yazar görüşünü mülga 332. madde karşısında savunmuştu. Güncel hüküm pekâlâ bu görüşü destekler.

⁹⁸⁶ **Memiş**, *Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu*, s. 42.

⁹⁸⁷ **Sulu**, s. 151.

⁹⁸⁸ **Ayan**, s. 127. Bu görüşü biz de destekliyoruz.

İlişkili taraf işlemleri kuramı cephesinden bu hüküm son derece anlamlıdır. Çünkü TTK'nın tarihsel gelişim içinde birbirinden ayrılmış hükümlerini ve bunların kapsamlarını yakınlaştıracak niteliktedir. Bu anlamda bize göre, TMS 24 uyarınca yönetim kurulu üyesinin tüm vasıtalı ilişkili tarafları yasağın uygulanmasına sebep olmalıdır. Keza önerdiğimiz kapsam yukarıda paylaştığımız bilimsel görüşlerle ifade edilenden pek farklı değildir, farklılık kendini metodolojide gösterir. Ayrıca menfaat dengesini belli bir bütünde ele aldığı için uygulamada yeknesaklığa da fayda sağlar. Her hâlükârda somut olayın dürüstlük kuralı temelli denetiminin yapılması ise açık hükmün gereğidir.

2. İşleyiş

Müzakereye katılma yasağında kapsamdan sonra ele alınması gereken husus yasağın gereğinin nasıl yerine getirileceğidir. Acaba yasak karşısında ilişkili yönetim kurulu üyesi ve diğer üyeler ne yapmalıdır? Diğer bir soru ise tereddüt hâlinde takdir yetkisinin kim tarafından kullanılacağıdır. Nihayetinde, yasağın ne anlama geldiği sorgulanmalıdır.

a. Yasağın Varlığının Tespiti

i. İlişkili tarafın bildirim yükümlülüğü

Menfaat çatışması yaratan hâli yönetim kurulunun bilgisine sunmak, ilişkili yönetim kurulu üyesine getirilmiş bir yükümlülüktür (TTK m. 393/1, son cümle). Burada esasen ilişkili taraf işleminin menfaat sahiplerine (*stakeholders*) bildirimine benzer bir yöntem öngörülmüştür. Böylece ilk etapta şeffaflık sağlanacak ve ilişkisiz, yani bağımsız yöneticiler tarafından sağlıklı şekilde karar verilebilecektir. Aksi yöndeki davranışın yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu gerektireceği maddede açıkça ifade edilir (TTK m. 393/2).

Düzenleme sadece ilişkili yönetim kurulu üyelerinden bahsetmekle birlikte menfaat çatışmasını bilen diğer yönetim kurulu üyelerinin de kurulu bilgilendirmekle yükümlü oldukları doktrinde kabul edilmiştir⁹⁸⁹. Bu görüşe biz de iştirak etmekteyiz.

⁹⁸⁹ Dar yorumun tercih edilmesi ve ancak çok yoğun menfaat çatışmaları karşısında yasağın gündeme geleceği yönünde Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 210. Yazar bu görüşünü toplantıya katılmanın üye için hem bir hak hem de yükümlülük olmasıyla gerekçelendirir.

⁹⁹⁰ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 498.

Zira TTK m. 393/2 hükmü incelendiğinde, bahsedilen şartlar altında olup bildirimde bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulduğu görülecektir.

ii. Yönetim kuruluna tanınan takdir yetkisi

Yapılan bildirim üzerine gündem maddesinin menfaat çatışması yarattığı anlaşıldığında yasağın etkisini göstermesi beklenir. Fakat her somut olay şüpheyi yer bırakmayacak kadar açık değildir. Bazı durumlarda yönetim kurulunun yasak hâlini tespitte zorlanması, yönetim kurulu üyesinin katılma hakkını haksız yere sınırlamış olmaktan çekinmesi mümkündür. Bu durumda Kanun, yönetim kurulunun bir oylama yapmasını ve bu “ön” oylamada gündem maddesinin menfaat çatışması doğurup doğurmadığını takdir etmesini ister. Alınacak karara göre yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılıp katılmayacağı belli olacaktır⁹⁹¹. İlişkili yönetim kurulu üyesinin bu ön oylamaya katılamayacağı maddede açıkça belirtilmiştir.

b. Etkisi

Kanun koyucu ilişkili tarafın hükmün kapsamındaki konularda tarafsız davranamayacağı, şirket menfaatini kendi menfaatine üstün tutamayacağı endişesi ile bu yasağı getirmiştir⁹⁹². Yasağın etkisi de bu endişeyle tutarlıdır. İstenmeyen menfaat çatışması yönetim kurulu üyesini karar alma sürecinden dışlayarak çözülür.

i. Katılma hakkının sınırlandırılması

Yasağın birinci etkisi yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılamamasıdır. Buna göre ilişkili üye oylamaya geçmeden önce yapılacak tartışmalara iştirak edemez⁹⁹³. Kanun koyucunun toplantıya, daha doğrusu ilgili kararın müzakeresine katılmayı yasaklamasının nedeni, ilişkili tarafın tartışmalar esnasında diğer üyelerin bakış açılarını ve böylece kararın yönünü etkilemesi ihtimalidir⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Alınacak kararının evet ya da hayır şeklinde olacağı; görüşmelere katılıp müzakerelere katılmamak gibi ara formüllere karar verilemeyeceği yönünde **Ayan**, s. 129.

⁹⁹² **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 495; **Ayan**, s. 121-122.

⁹⁹³ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 499. Yönetim kurulu üyesi sadece ilgili kararın müzakeresine katılmaktan yasaklanmıştır. Bu yasak, aynı toplantıda görüşülecek diğer hususlara sirayet etmez (**Kılıç Akyıldız**, s. 2306).

⁹⁹⁴ Ömer Teoman, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?”, *Batider*, Y. 2010, C. XXVI, S. 4, s. 10; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 495.

ii. Yetersayılar

TTK m. 393'te belirtilen tek yasak müzakereye katılmaya ilişkindir. Öğretiye göre müzakereye katılma yasağı, katılmadan bir sonraki eylem olan oy vermeyi de içerir. Zira endişe oluşturan husus ilişkili tarafın menfaat çatışması nedeniyle nesnel davranamayacağı ise aynı endişe oylamada evleviyetle kendini gösterir. Bu nedenle kararın yasaklı üyenin oyu olmaksızın alınması gerekir. Üyenin oylama sürecinden dışlanmasının sonucu ise toplantı ve karar yetersayılarında dikkate alınmamasıdır⁹⁹⁵.

Üyenin katılma ve oy kullanma yasağı tüm toplantıya sirayet etmez. İlgili üye sadece TTK m. 393'ün kapsamındaki hâllerde sürecin dışında bırakılmalıdır⁹⁹⁶. Diğer kararların alınması esnasında üyenin katılım göstermesinin engellenmesi yetersayı kaynaklı sorunlara yol açabilir. Bu nedenle aynı toplantıda birden çok yönetim kurulu kararı tartışılacak ve bunlardan sadece bir ya da birkaçı için üyenin toplantıyı terk etmesi gerekecekse, kanaatimizce bu durumun ve karara uygulanacak nisapların tutanakta yeterli açıklıkta belirtilmesi lazımdır.

c. Yasağın İlgili Karara Yansıtılması

Yasağı doğuran hâlin yönetim kuruluna açıklanması tek başına yeterli görülmemiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, *müzakereye, yasak nedeniyle katılmamamın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır*. Böylece menfaat çatışmasını doğuran hâller ve bunların yönetim kurulu tarafından nasıl ele alındığı şeffaf bir şekilde ortaya konulmuş olur. Daha da önemlisi, hangi yönetim kurulu üyesinin tereddütlü hâllerde ne yönde kanaat kullandığı böylece toplantı tutanağından anlaşılabilecektir⁹⁹⁷. Elden dolaştırma yoluyla karar alındığı hâllerde de aynı açıklığın sağlanması gerekir⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 578; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 89, 91; Teoman, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 10; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 499; Kılıç Akyıldız, s. 2306, dn. 15.

⁹⁹⁶ Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2001, s. 74.

⁹⁹⁷ Hükmün gerekçesine göre bu hüküm kamuyu aydınlatma ve kamusal yönetim ilkesinin gereğidir, bkz. TTK m. 393 Gerekçesi; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 498.

⁹⁹⁸ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 74.

3. Yasağa Aykırılığın Sonuçları

TTK m. 393 hükmüne aykırı ilk davranış, yönetim kurulu üyesinin kendisinin veya vasıtalı ilişkili tarafın şirket dışı, kişisel menfaatiyle çakışan kararın müzakere ve akabinde oylama sürecine katılmasıdır. Üyenin menfaat çatışmasını açıklamaması veya tereddüt uyandıran bir hâlde yasaklamayı oylayan yönetim kurulu kararına katılması da aynı şekilde TTK m. 393 hükmüne aykırı birer davranıştır. İkinci olarak, ilişkili tarafın toplantıya katılmasına itiraz etmeyen ve toplantıya katılması yönünde karar alan diğer üyeler de yasağa aykırı hareket etmiş olur.

Anılan aykırılıklar hukuki sorumluluk altında incelenir. Ek olarak, aykırılığın alınan kararlara ve yapılan işlemlere etkisinin de ortaya konulması gerekecektir.

a. Hukuki Sorumluluk

TTK m. 393/2 yasağa aykırı hareket eden yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu öngörür. Hüküm özel bir sorumluluk hâli düzenler⁹⁹⁹. Sorumlu kişiler ve sorumluluk sebebi sınırlı sayıda belirtilmiştir. İlişkili taraf için bu sebep toplantıya katılımdır. Diğer üyeler için, katılıma itiraz etmemek ve bu yönde karar almaktır¹⁰⁰⁰. Sorumluluğun diğer şartları 553 vd. maddeler uyarınca belirlenecektir. *Helvacı*, sorumluluğun kaynağı olarak müzakerelere katılmayı değil, müzakere neticesinde alınan kararın neden olduğu zararı gösterir¹⁰⁰¹. Bu çerçevede, karara istinaden gerçekleştirilen işlem şirketi zarara uğratmalı ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁰⁰².

Madde gerekçesinde sorumluluğun kusur esasına dayandığı, fakat kurul karar veya eyleminin yokluğunda müteselsil olmadığı belirtilir. Bu ifade öğreti tarafından da tekrar edilir. Eğer ortaklığa zarar veren işlem yönetim kurulu kararı olmaksızın akdedilmişse burada hukuki sorumluluk kural olarak işlemi yapan temsilciye aittir¹⁰⁰³. Fakat sorumluluk sebeplerinin çeşitliliği karşısında bu kabulün detaylarına

⁹⁹⁹ **Odman Boztosun**, s. 149. Bu durumun eleştirisi için **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 211.

¹⁰⁰⁰ Serhan Dinç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Hâlleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2016, S. 4, s. 158-159.

¹⁰⁰¹ **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 74.

¹⁰⁰² **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 498; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 91.

¹⁰⁰³ **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 495; **Ercoşkun Şenol**, s. 1713; **Dinç**, s. 159.

bakmak gerekir. Biz konuyu çalışmamızla sınırlı olarak ele alacak ve ayrımı ilişkili taraf sıfatı üzerinden yapacağız.

i. İlişkili taraf bakımından

Hükümde ilişkili yönetim kurulu üyesi ve diğer yönetim kurulu üyeleri için nedensellik bağı farklı şekillerde kurulduğundan, hukuki sorumluluğun iki alt başlığı mevcuttur. Bunlardan ilkinine göre, ilişkili taraf yönetim kurulu üyesinin hükme aykırı hareketi sorumluluğunu gerektirir. *Kırca* menfaat çatışmasını bilen veya bilmemekte kusurlu olan üyenin sorumlu tutulduğunu belirtir. Hafif ihmâl derecesindeki kusur dahi yeterlidir¹⁰⁰⁴. Maddenin katılımı her hâlükârda yasakladığı, yasak sebebine dair bilgiyi yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından dikkate almadığı görülür. Kusur şartının varlığı gerekçeden ziyade TTK m. 553 vd. hükümlerin sisteminden anlaşılır. Bu nedenle kusur değerlendirmesi yapılırken ilgili üyenin yasağı ihlâlinde kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Menfaat çatışmasını bilmediğini ispat etme külfeti üyeye aittir.

İlişkili taraf konumundaki yönetim kurulu üyesi durumdan yönetim kurulunu haberdar etmelidir. Tereddüt hâlinde katılımına ilişkin yapılacak müzakereye ve oylamaya katılmaması, yasağın varlığı hâlinde ilgili kararın müzakeresinden ve oylamadan imtina etmesi gerekir. Müzakereye katılma ve oy verme fiilleri dışındaki aykırılığın ilişkili üyenin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı hususunda, biz tüm bu davranışların yaptırıma bağlandığı görüşündeyiz. Şüphesiz ki bir yönetim kurulu kararının ve neticesinde zararın varlığı aranacaktır. Bununla beraber, ilişkili tarafın müzakerelere katılmadığı ve oy kullanmadığı, fakat menfaat çatışmasını bildirmediği kararların neden olduğu zararlar da sorumluluk doğurabilecek niteliktedir. Bildirim yükümlülüklerinin ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesinde temel bir yöntem ve bu yöndeki davranışların ilişkili taraflar için kanuni birer yükümlülük olması hukuki sorumluluğu bu anlamda meşrulaştırır. Somutlaştırırsak, eğer ilişkili yönetim kurulu üyesi menfaat çatışmasını bildirmiş olsaydı yönetim kurulunun geriye kalan üyeleri menfaat çatışmasını bu doğrultuda değerlendirecek, belki de şirket menfaati ile ilişkili tarafın menfaati arasındaki çatışmayı algılayıp ortaya koyabilecektir. Tek başına bildirim dahi kurulun algısını ve kararını değiştirebilir. Bu nedenle kanun koyucunun hükümlere aykırı hareket eden üyeleri sorumlu tutması doğrudur.

¹⁰⁰⁴ **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 498.

ii. Sorumluluğu doğan diğer yönetim kurulu üyeleri

TTK m. 393/2 ilişkili taraf konumundaki üyenin yanında bu üyenin toplantıya katılımına itiraz etmeyen ve tereddüt hâlinde alınan kararda katılıma onay veren diğer yönetim kurulu üyelerini de neden oldukları zarardan sorumlu tutar¹⁰⁰⁵.

Madde sorumluluğun gündeme gelmesi için menfaat çatışmasının nesnelliği ile bilinirliğinden bahseder. Hükümdeki nesnellik menfaat çatışmasının araştırmaya veya yoruma ihtiyaç bırakmayacak kadar açık olması şeklinde ifade edilir. Bu açıklıktaki çatışmaların yönetim kurulu üyelerince bilindiğinin kabul edilmesi ve hükümde geçen “... ve biliniyorken” şartında bağlacın “veya” olarak anlaşılması gerektiği doktrinde ayrıca belirtilir. Bu hâlde diğer yönetim kurulu üyeleri, varlığı nesnel bir şekilde ortaya konulabilen çatışmalarla birlikte ayrıca aynı nesnellikte (açıklıkta) olmadığı hâlde kendileri tarafından bilinen çatışmalar nedeniyle sorumlu tutulabilecektir¹⁰⁰⁶.

Madde gerekçesinde sorumluluğun müteselsil olmadığı ifade edilmiştir. Fakat öğretide haklı olarak savunulduğu üzere bu üyelerin sorumluluğu ilişkili üyeninki ile birlikte dikkate alınması gereken, müteselsil bir sorumluluk hâlidir¹⁰⁰⁷.

b. İşlem Geçerliliğine Etkisi

Yasağın iki farklı hukuki işlemi etkilemesi ihtimal dâhilindedir. Bu işlemler yasak konusu olan yönetim kurulu kararı ve ortaklık temsilcilerinin bu karar uyarınca akdedecekleri, dış dünyada gerçekleşen hukuki işlemdir. Yasağın bunlar üzerindeki etkisini ayrıca değerlendirmek gerekir.

i. Yönetim kurulu kararı

Yönetim kurulu kararlarının birden fazla şekilde sakatlanması mümkündür¹⁰⁰⁸. Bu bilgiler somut olaya uygulandığında dikkat çeken ilk ihtimal, yetersayı eksikliği ve bundan kaynaklı olarak kararın geçersizliğidir. Bu durum uygulama ve öğretide tarafından 6762 sy. Kanun döneminde tartışılmıştır. Yargıtay 11.

¹⁰⁰⁵ Dinç, s. 159.

¹⁰⁰⁶ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 49; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-99.

¹⁰⁰⁷ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 578; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-99; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 211; Odman Boztosun, s. 149.

¹⁰⁰⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, I/C/3/d.

Hukuk Dairesi'nin ilgili kararlarını yorumlayan öğreti, yasaklı üye olmaksızın yetersayıya ulaşamayan kararlarda aynı zamanda yönetim kurulu üyelerine haksız bir menfaat sağlanıyorsa alınan kararın butlanına hükmedildiğini tespit etmiştir¹⁰⁰⁹.

Bu kararlar karşısında öğretilde bir görüş, Yargıtay'dan farklı olarak, yasağa aykırılığın yaptırımını yöneticilerin hukuki sorumluluğuyla sınırlı görmüştür. Hukuki sorumluluk dahi kararın geçerliliğinin göstergesidir¹⁰¹⁰. Aksi görüşteki yazarlar ise yokluk yaptırımını savunur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre TTK m. 393'te *ratio legis*, menfaat çatışması altında kullanılan oy vasıtasıyla ortaklığa zararlı bir karar alınmasına engel olmaktır. Bu nedenle söz konusu oy geçersiz sayılmalı ve hesaba katılmamalıdır. Bu oy olmaksızın gerekli nisabı sağlayamayan kararlar ise yoklukla maluldür¹⁰¹¹. Eğer yasaklı üyenin hesaba katılmaması nisapları etkilemiyorsa alınan karar geçerlidir¹⁰¹².

Geçersizlik yaptırımını kabul etmeyen yazarlardan *Teoman*, gerekçe olarak hükmün lafzını gösterir. Yazara göre kanun koyucu yaptırımı açıkça düzenlemiş ve böylece tartışmalarının önünü kesmiştir. Aksinin kabulü kanun koyucunun iradesiyle bağdaşmayacağı gibi menfaatler dengesine ve işlemin ayakta tutulması ilkesine de aykırıdır¹⁰¹³. Bu nedenle yasağa aykırı katılımın herhangi bir şekilde kararın butlanına yol açmadığı savunulmuştur. Yazar, 6102 sy. TTK'ya ilişkin değerlendirmelerinde, yaptırımın 393. maddede açıkça belirtildiğini, böylece 6762 sy. Kanun dönemindeki tartışmanın sona erdirildiğini belirtmiş ve bu durumu olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir¹⁰¹⁴. İhtimal dâhilindeki diğer geçersizlik türü ise iptal edilebilirliktir. Bununla beraber, yönetim kurulu kararlarının iptali istisnai hâllerde öngörülmüş bir imkân olup somut olayda dayanılabilecek bir müessese değildir. Bu nedenle yokluk ya da butlan yaptırımını kabul etmeyen yazarlar üyenin katılımının sorumluluk dışında yaptırma bağlanmadığını kabul eder. Ortaklıklar hukukunun dışından bir imkân olarak, katılan üyenin yönetim kurulu kararını (ki bu karar da neticesinde bir irade beyanı niteliğindedir) aldatma veya korkutma yoluyla

¹⁰⁰⁹ Yarg. 11. HD., T. 21.04.1998, 10481/2634; karar hakkında bilgi için bkz. **Teoman**, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 7-8.

¹⁰¹⁰ **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 74; **Teoman**, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 11; **Kendigelen**, Mütalâalar XI, s. 12.

¹⁰¹¹ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 499; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 239; **Çoştan**, s. 178.

¹⁰¹² **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 91.

¹⁰¹³ **Teoman**, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 11-12.

¹⁰¹⁴ **Teoman**, Değerlendirme, s. 16.

sakatladığı söylenebilirse TBK'nın ilgili 36. ve 37. hükümlerinden yararlanılması önerilir¹⁰¹⁵.

ii. Karar uyarınca dış ilişkide akdedilen işlemler

Yönetim kurulu kararını çoğu hâlde bu kararın gereğini yerine getirmek üzere üçüncü kişilerle akdedilecek ve dış dünyada hüküm ifade edecek bir hukuki işlem takip eder. Bu noktada kararın geçersizliğinin dış dünyadaki işleme etkisini ortaya koymak gerekir. Yargıtay HGK yasağa aykırı işleme genel kurul tarafından icazet verilmesi hâlinde artık işlemin butlanından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰¹⁶. Aksi takdirde işlemin kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılır.

Kararın TTK sistemini yansıttığı söylenemez. Zira yönetim kurulu kararı, üçüncü kişilerle akdedilecek işlemlerin şirket içi dayanağından ibarettir. Kurul kararı olmadan da ortaklık temsilcilerinin ilgili işlemleri gerçekleştirmesi mümkündür. Bu nedenle yönetim kurulu kararının geçersizliği kabul edilse dahi iyiniyetli üçüncü kişilerle akdedilen işlem geçerliliğini koruyacak, şirket bu işlemle bağlı olacaktır¹⁰¹⁷.

Bununla beraber, temsilcilerin geçerli bir ortaklık kararının yokluğunda işlem gerçekleştirmeleri ortaklıklar hukukunun desteklediği davranış şekli değildir. İşlemin zarar doğuran sonuçlarından ortaklığı koruyan düzenleme ve kuramlar mevcuttur. İlk olarak, somut olayda şartları olduğu takdirde TTK m. 371'de yer alan temsil yetkisi sınırlamalarından yararlanılması mümkündür. Özellikle söz konusu durumu bilen (müspet vukuf) üçüncü kişilere karşı ortaklık, işlemle bağlı olmadığını iddia edebilir.

İkinci bir ihtimal, müzakereye kanuna aykırı şekilde katılıp yönetim kurulu kararı alınmasını sağlayıp akabinde hileli bir şekilde temsil yetkisinin kullanılmasına genel hükümler uyarınca engel olunmasıdır. Alman hukukunda *Kollusion* olarak ifade edilen bu durumda, temsilci ve işleme taraf olan üçüncü kişi şirketin zararına işlem gerçekleştirmek hususunda anlaşır. Fakat bu hile hukuk düzenince korunmaz. Hem anlaşma hem de onu takip eden işlem ahlâka aykırı, böylece kesin hükümsüz addedilir¹⁰¹⁸. Kanaatimizce bu imkândan sadece müzakerelere katılma yasağına

¹⁰¹⁵ Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 578; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 92; Teoman, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 11; Coştan, s. 178.

¹⁰¹⁶ Yarg. HGK. T. 30.03.1994, 15-860/181; karar için Teoman, Müzakerelere Katılma Yasağı, s. 6-7.

¹⁰¹⁷ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 495, 499-500.

¹⁰¹⁸ Aydın, s. 176; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 753-754; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 648. Hukuki sorunun yetkisiz temsil hükümleri kapsamında çözülmesi gerektiği yönündeki karşıt görüşü ayrıca aktaran Aydın, s. 177.

aykırılık nedeniyle olmasa da ihlali takiben zararlı ilişkili taraf işlemi gerçekleştiriliyorsa yararlanılabilecektir. Yine, şartları varsa TBK m. 49/2'nin uygulanması ihtimal dâhilindedir.

C. Şirketle İşlem Yapma Yasağı

İlişkili tarafların yönetim ve temsil yetkilerini suiistimallerini engellemek amacıyla öngörülen diğer bir düzenleme TTK m. 395'tir. Bu hükmün ilk fıkrasına göre, *yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.*

Mezkûr fıkranın konusu, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan bir ilişkili tarafın ortaklıkla hukuki işlem akdetmesi, karşılıklı irade beyanlarında bulunmasıdır. Ortaklığı temsil yetkisinin kural olarak yönetim kurulunda olduğu dikkate alınır, ortaklık ve yönetim kurulu üyesi arasında akdedilecek işlemlerde menfaat çatışması bulunması ve yetkinin kötüye kullanılması son derece olasıdır¹⁰¹⁹. Bu takdirde şirketin irade beyanı sakatlanmasa da bir anlamda çarpıklaşır¹⁰²⁰. Meydana gelen çatışmada ilişkili tarafın menfaatinin şirket menfaatine üstün tutulmasını engellemek isteyen kanun koyucu^{1021,1022}, akdedilecek işlemlerin şirket menfaatine uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisini genel kurula tanımıştır. Konu öğretide temsilcinin kendisiyle işlem yapması ve çifte temsil kurumlarıyla ilişkilendirilerek ele alınmakta ve hüküm yetersiz geldiğinde borçlar hukuku öğretisinden yararlanılmaktadır. Bu tercih bizce de desteklenmekle birlikte, maddenin daha geniş bir kapsama işaret ettiğini gözden kaçırmamak gerekir. Zira TTK m. 395/1'in

¹⁰¹⁹ Erol Ulusoy, **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**, Ankara: Yetkin, 2005, s. 23-24, 57; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 213; Farrar/ Watson, s. 495; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 565; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 665; Ebru Demirci, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 13.

¹⁰²⁰ Çarpık irade beyanı kavramına esin kaynağı olan “*pervertierte Willensbildung*” ifadesi için bkz. Böckli, Art. 717a, s. 359.

¹⁰²¹ Yönetim kurulu üyesi sadakat yükümlülüğü çerçevesinde menfaatler dengesini bu şekilde kurmak, diğer bir ifade ile şirket menfaatini kendi menfaatinden üstün tutmak durumundadır (Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 13; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 568). Bu nedenle TTK m. 395/1 aslında yükümlülüğün yaptırım olmaksızın yerine getirilmesini beklemenin gerçekçi olmadığının kanıtıdır. Keza İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda yöneticinin kendisiyle işlemi ve çifte temsili sadakat yükümlülüğü çerçevesinde dolaylı yoldan ele alınmakta ve uygulanmakta (Böckli, Art. 717a, s. 366) iken 19.06.2020 tarihinde menfaat çatışmalarının artık açık hükme bağlanması yoluna gidilmiştir.

¹⁰²² Hükmün aslında ortaklık malvarlığını koruma amacını güttüğü ve aynı zamanda hukuki işlemlerin güvenliğini sağladığı yönünde Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 109-110.

uygulanması için somut işlemde ortaklığı temsil edecek kişinin, işlemin diğer tarafı konumundaki yönetim kurulu üyesi olması zorunlu değildir¹⁰²³.

1. Yasağa Tabi Olan Kişiler

Hükmün lafzından yönetim kurulu üyelerinin yasağın süjesi olduğu anlaşılır. Yakın konumdaki diğer kişilerin durumu hakkında kanunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle yöneticilerin durumunun ayrı başlıklar altında incelenmesi gerekmiştir.

a. Yönetim Kurulu Üyeleri

Yönetim kurulu üyelerinin maddede sayılmış olması şaşırtıcı değildir. Zira temsil yetkisi kural olarak kendileri tarafından kullanılacaktır. Bununla beraber, hükümde hiçbir ayrıma gidilmediğini de belirtmek gerekir. Gerçekten, pay sahibi olsun olmasın, temsil yetkisi bulunsun bulunmasın, tüm yönetim kurulu üyeleri yasak kapsamındadır¹⁰²⁴. Yönetim kurulu üyesinin bir tüzel kişi olduğu ve ayrıca tüzel kişiyi temsilen bir gerçek kişi belirlendiği (TTK m. 359/2) takdirde, doktrinde bir görüş hükmün lafzından hareket eder ve yasağın sadece tüzel kişiyi kapsadığını savunur¹⁰²⁵. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız diğer görüş temsilcinin konumunu dikkate almakta ve yasağın kapsamına bu kişiyi de dâhil etmektedir¹⁰²⁶.

Açık hüküm olmamakla birlikte, tasfiye memurları yasağa tabi kabul edilir. Zira tasfiye hâliyle sınırlı da olsa aynı yönetim kurulu üyeleri gibi anonim ortaklığı yönetir ve temsil ederler¹⁰²⁷. Bu kapsamda TMK uyarınca ortaklık yönetimine atanan kayyımın da şirketle işlem yapmasının yasaklandığı ifade edilir¹⁰²⁸.

¹⁰²³ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 24, 33, 129; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 666; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 94; Gizem Alper, “**Yönetim Kurulu Üyesinin Anonim Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 12, S. 1, s. 47-48, 52.

¹⁰²⁴ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 14; **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 132; **Alper**, s. 51; **Ayan**, s. 134-135. Öngörülen yasağın yönetim ve temsil yetkisinden bağımsız olmasına ve genişliğine getirilen eleştiriler için bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 221-224.

¹⁰²⁵ Özen Atlıhan, “**Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı (TTK m. 334 – Tasarı m. 395)**”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2009, C. 83, S. 4, s. 1956; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 30.

¹⁰²⁶ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 407.

¹⁰²⁷ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 22; **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 138.

¹⁰²⁸ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 140. Aksi görüşte **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 23. Yazar, olağanüstü işlemler bakımından vesayet makamının iznini, olağan işlemler bakımındansa temsile ilişkin borçlar hukuku hükümlerini yeterli görmektedir.

b. Diğer Yöneticilerin Durumu

Anonim ortaklıklar farklı ekonomik hacimlere sahiptir ve belli bir noktanın ötesine geçildiğinde yönetim organizasyonunun genişlemesi gerekir. İşte bu ihtiyacı karşılamak üzere yönetim kurulu, yönetim ve temsil yetkisini belli sınırlar dâhilinde üçüncü kişilere devreder. Yasağın bu kişilere uygulanıp uygulanmayacağı hususunda madde suskundur. Öğreti yasağın varlık sebebinin bu yöneticiler bakımından mevcut olduğunu haklı olarak savunur. Bu nedenle yönetim ve temsil yetkisi TTK'nın 367 ve 370/2 hükümleri uyarınca devredildiğinde, bu kişilerin işlem yapma yasağına tabi olduğu ifade edilir¹⁰²⁹. Lakin bu kişilere işlem yapma izninin genel kurul yerine yönetim kurulu tarafından verilmesini isabetli bulan yazarlar mevcuttur¹⁰³⁰. Biz yönetim organizasyonunun faaliyetlerine karşı genel kurul denetimi getirilmişken yöneticilerin konum ve niteliklerini temel alan ayrımı mümkün görmüyoruz. Hükmün kapsamındaki tüm kişilere izin vermeye yetkili organ genel kuruldur.

Ortaklığın yönetim ve temsilde kendisinden yararlanan diğer bir grup ise tacir yardımcılardır. Ticari temsilci ve ticari vekil, ortaklığın taraf olduğu işlemler bakımından belli ölçüde aktif ve pasif temsil yetkisine sahiptir. Doktrinde bir görüş ticari temsilci ve vekilin de şirketle işlem yapmaktan yasaklı olduğunu savunur¹⁰³¹. Diğer görüş ise TTK m. 395/1 hükmünün tacir yardımcılara uygulanmasının mümkün olmadığı, fakat ilişkiye uygulanacak borçlar hukuku hükümlerinin benzer bir sonuca götüreceği düşüncesindedir¹⁰³². Gerçekten iradi temsile dair borçlar hukuku hükümleri ihtiyacı karşılamak noktasında kafidir. Fakat ihtiyacı çözenin ötesinde, tacir yardımcılarını bu özellikli konumlarıyla kabul etmek gerekir. Bu nedenle biz ilk görüşe katılıyoruz.

c. Kapsamın İlişkili Taraflar Yönünden Değerlendirilmesi

Çalışmamızın önceki başlıklarında ilişkili taraf işlemlerine karşı faydalı bir koruma rejimi getirilebilmesi için kimlerin ilişkili taraf olduğunun doğru ve yeterli

¹⁰²⁹ Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 92; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 665, dn. 737; Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 135; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 18; Atlıhan, s. 1957-1959; Alper, s. 52.

¹⁰³⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 224; Ayşe Selcen Kutgi Taşan, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2018/2, C. 17, S. 34, s. 165.

¹⁰³¹ Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 136-137; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 21.

¹⁰³² Atlıhan, s. 1960.

genişlikte tespit edilmesi, düzenlemelerin de bu tespiti paralel yapılması gerektiğini vurgulamıştık. Temel önermemiz geçerliliğini korumaktadır. Gerçekten hükümlerin “eskidiğini” kabul etmek ve TTK’nın bütüncül bakış eksikliğini yorum faaliyetinde dikkate almak gerekir. Bu çerçevede *Memiş* hükümdeki “başkası adına” ifadesini yorumlamayı ve ilişkili taraf işlemlerini yasağın kapsamına almayı önermektedir¹⁰³³. Benzer bir yaklaşımı benimseyen *Ulusoy*, çıkar çatışmalarındaki paralelliği dikkate alarak, dolaylı temsil durumunu eş, alt soy ve üst soy ile ortaklık arasındaki işlemleri kapsayacak şekilde anlamayı savunur. Yani bu kişilerle ortaklık arasındaki işlemler kural olarak yasaklanmalı, genel kurulun onayına tabi kılınmalıdır. Yine burada TTK m. 436/1 (6762 sy. mülga Kanun m. 374/1) hükmünden kıyasen yararlanılması önerilmiştir¹⁰³⁴.

Bununla beraber, TTK m. 395 özelinde farklı bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün gözükmemektedir. Zira mezkûr hüküm ilişkili taraflardan ziyade temsil yetkisini haiz olanların menfaatlerinin şirket menfaatiyle çatıştığı hâllerini konu almış ve bu duruma müdahale etmiştir. Kişi ve konu yönünden yaşanan kesişim, ilişkili taraflara bu sıfatlarını kazandıran esas yöntem olan yönetsel yeti sahipliğinin temsil yetkisi ile paralel gitmesinden kaynaklanır. Bu nedenle TTK m. 395 ilişkili taraf işlemlerini konu edinen bir özel karar alma süreci ise de bir anlamda bundan çok daha fazlasıdır.

Aşağıda açıklanacağı üzere, yöneticilerin kendi adlarına yaptıkları işlemler kadar başkaları adına doğrudan temsil yoluyla akdettikleri işlemler de hükmün kapsamına dâhildir. Bu durum uygulama alanında konu bakımından önemli bir genişleme yaratır. Hükmün getiriliş amacı ve bu kapsam birlikte düşünüldüğünde *de lege lata* ve *de lege ferenda* kişi yönünden kapsamın daha fazla genişlemesinde fayda ya da doğruluk bulunmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle hükümde vasıtalı ilişkili tarafların dikkate alınmaması bir eksiklik olarak görülmemeli ve bu kişilerin TTK m. 395/1 anlamında işlem akdetmekten yasaklı olmadıkları kabul edilmelidir.

2. Yasaklı İşlemler

TTK m. 395/1’e göre genel kurulun iznine tabi kılınan işlemler, yöneticilerin kendileri veya başkası adına gerçekleştirecekleri işlemlerdir. Bu ifade ile neyin

¹⁰³³ **Memiş**, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 43. İlişkili taraf işlemi ifadesi yazar tarafından halka açık anonim ortaklıklara atıfla kullanılmıştır.

¹⁰³⁴ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 149.

kastedilmek istendiği noktasında hükümde başkaca bir açıklık yoktur. Aşağıdaki alt başlıklarda bu husus ele alınacaktır.

Hükmün kapsamında olmadığı kabul edilen bir hâl, yasağa tabi yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda tek pay sahibi olmasıdır. Bilindiği üzere, 6102 sy. TTK ile hukukumuzda anonim (ve limited) ortaklıkların tüm paylarının (esas sermaye paylarının) tek bir pay sahibine ait olması mümkün kabul edilmiş, bu hâl tek pay sahipli ortaklık olarak adlandırılmış ve bazı özel düzenlemelere tabi kılınmıştır. Bu düzenlemelerden biri de TTK m. 371/6'dır. Mezkûr hükme göre, *sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu şart piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmaz.* Kanun tek pay sahibi ve ortaklık arasındaki işlemlere mezkûr yasağın uygulanmamasını kararlaştırmıştır. Bu nedenle TTK m. 371/6'da yer verilen usul izlendiği takdirde ayrıca genel kurulda karar alınmasına gerek yoktur¹⁰³⁵. Lakin hüküm öğretide eleştirilmiş; alt komisyonca yapılan eklemenin yetersiz olduğu ve manipülasyonlarının engellenebilmesi için söz konusu işlemlerin geçerliliğinin aleniyeti sağlayacak unsurlara bağlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰³⁶.

a. İşlem Türü Yönünden

Hüküm hangi işlemlerin yasak kapsamında olduğuna dair bir sayım içermez. Bu nedenle ilk tespit, *a contrario* tüm işlemlerin yasaklandığı, genel kurulun izni olmaksızın yasaklı kişilerin şirketle hiçbir işlem yapamayacağıdır. TK m. 395/1'de çizilen kapsama borç doğuran sözleşmeler ve tasarruf işlemleri kadar karşı tarafa varması gereken tek taraflı hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiil de dâhildir. Keza ciro veya keşide gibi kambiyo işlemleri de bu kapsamdadır. Hükmün doğal sınırını TTK m. 358 ve 395/2 oluşturur. İlişkili tarafın ortaklığa borçlanması dair bu hükümler ve SerPK'daki benzer düzenlemeler işlem yasağının kapsamını daraltır. Kanun koyucu bu hâllerde menfaat çatışmasını farklı kurallarla çözmeyi tercih etmiştir¹⁰³⁷. Bu kurallarda organın iznini aşan koşullar ya da yasaklamalar öngörülür.

¹⁰³⁵ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 669; Atlıhan, s. 1955; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 31.

¹⁰³⁶ Moroğlu, Değerlendirme, s. 178; hükmün içeriğine katılmayan Teoman, Değerlendirme, s. 14.

¹⁰³⁷ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 670; Bora, s. 123; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 32, 37 vd.; Atlıhan, s. 1962; Alper,

Bazı işlem türlerinin zarar doğurma riskinin daha yüksek olması nedeniyle bu ayrıma gidilmesi gerekmiştir.

Yasak açısından işlemin şirketin amacına ve işletme konusuna girip girmediği (TTK m. 371/1) önemsizdir. Mülga Ticaret Kanunu şirket konusuna giren işlemlerin aklının yasaklandığına dair hüküm içermektedir. Esasen bu durum önceki kanunda *ultra vires* ilkesinin yürürlükte olmasından ve yasağın ortaklığın hak ehliyetini gözetmesinden kaynaklanıyordu¹⁰³⁸. TTK'nın 125. maddesi karşısında artık bu sınırlama dayanaksız kalmıştır. Zira *ratio legis* ekseninde paralellik mevcutsa da işlem yapma yasağı temsil yetkisinin sınırlarından bağımsızdır.

6762 sy. Kanun döneminde sadece ticari işlemler yasağın kapsamında iken bu sınırlamanın hem gereksiz yere daraltıcı hem de yorum güçlükleri yaratan nitelikte olduğu gerekçesiyle¹⁰³⁹ “ticari” kelimesi maddeden çıkartıldı. Lakin güncel hüküm de işlem türü yönünden fazla geniş kapsamlı bulunmuştur. Gerçekten maddenin lafzı uyarınca otomobil lastiği, buzdolabı gibi perakende ürünlerin alımı dahi şirketlerin yönetim kurulu üyeleri için yasak kapsamındadır¹⁰⁴⁰. TTK tasarısı hâlindeyken *Arkan ve Bahtiyar* hükme *ticari amaçla* ifadesinin eklenmesini ve konu yönünden kapsamı böylece daraltmayı önermişti¹⁰⁴¹. Fakat bu değişiklik gerçekleştirilmedi.

Hükmü mülga kanun zamanında detaylıca incelemiş olan *Ulusoy*, maddenin yorumlanmasında amaçsal yorumu desteklemiştir¹⁰⁴². Hükmün amacından hareketle mutlak bir uygulamayı reddeden yazar, ortaklığın herhangi bir zarara uğramadığı ve ortaklık çıkarlarının ihlâl edilmediği işlemleri geçerli sayar, yasağın kapsamı dışında

s. 52; **Kutgi Taşan**, s. 167-168. Kapsama dâhil olan işlem türlerinin detaylı incelemesi için bkz. **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 154 vd.

¹⁰³⁸ **Atlıhan**, s. 1961; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 565; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 32-33. Bu bilgiler ışığında hem güncel hem mülga hükmün temsil yetkisinin sınırlarıyla ilgilenmediği yorumunu benimsiyoruz. Belirttiğimiz gibi, hükümler arasındaki farklılık daha ziyade hak ehliyetinin sınırlarının genişlemesi ile alakalıdır. Karş. hükümdeki değişikliğin geniş yorumu gerektirdiği yönünde **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 283.

¹⁰³⁹ Bkz. TTK m. 395 Gerekçesi; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 665. Ticari ibaresinin hükümden çıkarılmasını sözleşme özgürlüğünü aşırı kısıtlayıcı gören ve kişisel işlemlerin emsalleriyle benzer olduğu sürece tehlike arz etmediği yönünde aksi görüş için bkz. **Atlıhan**, s. 1962.

¹⁰⁴⁰ Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Y. 2005, S. 61, s. 75; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 33-34.

¹⁰⁴¹ **Bahtiyar**, Tasarının Değerlendirilmesi, s. 75. Mülga kanunda geçen “ticari muamele” ifadesi ticari iş kaideleri (TTK m. 19/2) anlamında teknik yönden gereksiz bulunmakta ve bu ifadenin de “ticari amaçla” şeklinde okunması önerilmekteydi, bkz. **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 93.

¹⁰⁴² **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 106.

görür¹⁰⁴³. 6102 sy. kanunun kabulüyle birlikte ifadede gerçekleşen değişiklik kapsama dönük bu eleştiriyi tabiri caizse körükleyecek niteliktedir. Keza öyle de olmuştur. Yürürlükteki hükmü eleştirenler, ortaklığa zarar verme ihtimali bulunmayan işlemleri kapsam dışında kabul ederler. Yönetim kurulu üyesinin bağışta bulunması, borcu üstlenmesi veya alacağını ortaklığa devretmesi gibi, şirket menfaatini zedelemeyen ve ortaklığın korunmasına ihtiyaç bulunmayan hâller bu duruma örnek gösterilir¹⁰⁴⁴. Yine öğreti emsalleriyle aynı koşulları taşıyan işlemlerin yasak dışında bırakılmasını tavsiye eder. Bu tavsiyeye emsal araştırması gerektirmeyen, cari fiyatı belirli işlemlere sınırlı olarak katılanlar da mevcuttur¹⁰⁴⁵.

Öğretideki öneriler hükmün amaca uygun bir şekilde sınırlanması (teleolojik redüksiyon) faaliyetine karşılık gelmekte olup *de lege lata* yerindeliği ayrı bir tartışma konusudur. Şu kadarını belirtmek isteriz ki bu yorum, zararlı ilişkili taraf işlemlerini tespit ve yaptırıma bağlama noktasında savunduğumuz görüşle uyum içerisindedir. Fakat ilgili kısımda da belirttiğimiz üzere, işlemin şirket menfaatine uygun yararlı bir işlem olarak kabulü için emsal değerden gerçekleştirilmesinin ötesinde bazı şartlar aranmalıdır¹⁰⁴⁶.

b. İşlem Tarafı Yönünden

Hüküm yönetim kurulu üyesinin işlemi kendisi adına yapamayacağı gibi başkası adına da yapamayacağını düzenler. Bu anlamda iki farklı temsil hâli yasağın kapsamındadır: Yönetim kurulu üyesinin kendi adına katılımıyla ortaya çıkacak olan temsilcinin kendisiyle işlem yapması durumu ve başkası adına temsilci olarak katılımıyla gündeme gelen çifte temsil¹⁰⁴⁷. Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere, her iki temsil hâline ek olarak, ortaklığın diğer bir kişi tarafından temsil edildiği işlemler

¹⁰⁴³ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 167. Yazar bu duruma çok sayıda örnek vermiştir. Borcun ifası niteliğindeki işlemler, tüketici sözleşmeleri, karşılıksız kazandırmalar, emsallere uygun işlemler, pay sahipliği konumuyla ilgili korporatif işlemler öne çıkan örneklerdir; bkz. aynı eserde s. 169-179. Fakat mülga kanun zamanında aksi görüş de ileri sürülmüştür, bkz. **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 95.

¹⁰⁴⁴ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 669; **Bilgili/ Demirkapı**, s. 394-395; **Şener**, s. 415; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 219-220. Görüşlere toplu bir bakış için ayrıca **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 37 vd.

¹⁰⁴⁵ **Atlıhan**, s. 1986-1987; **Alper**, s. 54; **Kutgi Taşan**, s. 166; **Ayan**, s. 138.

¹⁰⁴⁶ İlgili açıklamalar için bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, I/B/4. Öğretide benimsenen kriterlere uygun bir işlemin yine de şirket menfaatini zedeleyebileceği yönünde **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 220; benzer görüşte **Böckli**, Art. 717a, s. 358.

¹⁰⁴⁷ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 36. Mülga kanunda “bizzat veya dolayısıyla” ifadesi mevcuttu, bu durumun sonuçları için bkz. **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 34.

de TTK m. 395/1'in kapsamındadır¹⁰⁴⁸. Keza işlemin bir tarafında ayrıca üçüncü kişinin bulunması yönetici ve ortaklık arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmayacak, bu hâlde dahi madde uygulanacaktır¹⁰⁴⁹.

i. Yönetim kurulu üyesinin kendi adına işlem yapması

Yönetim kurulu üyesinin kendi ad ve hesabına yaptığı işlemler bu ifadenin ve yasağın şüphesiz kapsamındadır. Hüküm yönetim kurulu üyesinin adına yapılan işlemlerden bahsettiği için, yönetim kurulu üyesinin kendisi adına, fakat başkası hesabına yaptığı işlemlerin de yasak kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile, üyenin dolaylı temsil yetkisiyle katıldığı işlemler için genel kurulun izni aranır¹⁰⁵⁰. Yukarıda işlem yapma yasağını ilişkili taraf kuramıyla karşılaştırmış ve vasıtalı ilişkili tarafların kapsam dışında kalmasının hükmün amacına uygun olduğunu ifade etmiştik. Bu açıklamalarımız esnasında temsil yetkisinin mezkûr düzenlemede dikkate alınan birinci husus olduğuna değinmiştik. İşte aynı nedenlerle, burada dolaylı temsilin kapsama dâhil olduğunu düşünmekteyiz. Bütünsel bir yaklaşımda, vasıtalı ilişkili tarafların kuramdaki konumunun buradaki yansıması dolaylı temsille işlemin akdedilmesidir, denilebilir.

Maddenin lafzı yönetim kurulu üyesinin işlemi bizzat gerçekleştirmesi hâlini düzenliyor gözükse de, bir kişi adına işlem akdedilmesi için o kişinin her koşulda işleme bizzat katılmış olması gerekli değildir. Zira bu kişinin, konumuz bakımından yönetim kurulu üyesinin, ad ve hesabına temsilcinin işleme katılması mümkündür. Bu takdirde de aynı yasağın uygulanacağı haklı olarak savunulmaktadır¹⁰⁵¹.

Nihayet yöneticinin dolaylı şekilde temsilinde sonucun değişip değişmediği ele alınmalıdır¹⁰⁵². TTK m. 395'te yönetim kurulu üyesinin "adına" yapılan işlemler dikkate alınmıştır. Bu tercihte çifte temsilin sakıncaları rol oynadığına göre üçüncü kişi tarafından kendi adına ve yönetim kurulu üyesi hesabına yapılan işlemlerin

¹⁰⁴⁸ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 24, 33, 129; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 666; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 94.

¹⁰⁴⁹ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 130.

¹⁰⁵⁰ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 35.

¹⁰⁵¹ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 145; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 218; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 35.

¹⁰⁵² Doktrinde **Çamoğlu**, dolayısıyla yapılan işlemleri de yasak kapsamında görür. Yazar bu duruma şirketin temsilci üye lehine üçüncü kişiye kefil olmasını örnek verir (**Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 93). Kanaatimizce bu paragrafta yapacağımız açıklamalar yazarın görüşü karşısında da geçerlidir.

dışlanması makul karşılanmalıdır. Bununla beraber öğreti aksi görüştedir¹⁰⁵³. Hükmün bu şekilde dolanılacağına duyulan endişe görüşte etkili olmuştur. Bize göre temsil kurumunun kötüye kullanımında TMK m. 2 temelli yaptırım ihtimal dâhilinde olup bu durum hükmün uygulama alanının genişletilmesi için gerekçe teşkil etmez¹⁰⁵⁴.

ii. Yönetim kurulu üyesinin başkası adına işlem yapması

Başkası adına yapılan işlemlerden kasıt, yönetim kurulunun kendisine verilen temsil yetkisiyle işleme katılmasıdır. Aynı temsilcinin işlemin her iki tarafında varlık göstermesi hâlinde işlem taraflarından birinin zarar görmesi ihtimali yükselir. TTK bu ihtimalde anonim ortaklığı korumayı seçmiştir¹⁰⁵⁵.

İşlemin her iki tarafında da ticaret şirketinin bulunduğu ihtimal (çifte temsil) özellikle bir şirketler topluluğu varsa kendini gösterecektir. Aynı yöneticinin birden fazla topluluk şirketinde görev alması bu duruma kaynak teşkil eder¹⁰⁵⁶. Söz konusu ihtimalde aynı kontrol grubundaki ortaklık kurullarının aynı kişiyi yönetici seçmesi örtülü izin olarak addedilmekte ve bu kişinin akdedeceği topluluk içi işlemlerin yasağa dâhil olmadığı savunulmaktadır¹⁰⁵⁷. 6762 sy. Kanun döneminde temel hukuk ilkelerinden hareketle ulaşılan bu sonuç 6102 sy. TTK rejiminde şirketler topluluğu hükümlerinin özel hüküm olarak kabul edilmesi suretiyle desteklenir.

3. Yasağın Kaldırılması

TTK m. 395/1 yönetim kurulu üyesinin yasağın kapsamındaki işlemleri genel kuruldan izin almak suretiyle yapabileceğini belirtir. İznin yokluğunda işlemin batıl (kesin hükümsüz) olduğu, diğer tarafın bu durumu ileri süremediği gözetildiğinde, izne kadar geçen sürede işlemin askıda olduğu anlaşılmaktadır. İznin verilmesiyle

¹⁰⁵³ **Atlıhan**, s. 1954; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 36; karş. **Alper**, s. 50. Yazar kanuna karşı hile kurumuna vurgu yapmaktadır.

¹⁰⁵⁴ Benzer görüşte **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 146.

¹⁰⁵⁵ **Alper**, s. 49; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 35. Yazar buradaki açıklamalarında çifte temsilin her iki tarafı koruduğunu belirtmişse de (s. 36) kanaatimizce yönetim kurulu üyesinin temsilcisi olduğu diğer kişi genel kurul kararı ile korunan bir menfaat sahibi değildir. Kararın nihayetinde diğer tarafın da menfaatine sonuç doğurması olasıdır, fakat bu durum hükmün amacı dışında kalan bir olgudur.

¹⁰⁵⁶ **Memiş**, Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu, s. 45.

¹⁰⁵⁷ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 226; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 142-143.

birlikte kanuni şart da tamam olacak ve işlemin geçerliliğine dair herhangi bir ihtilaf kalmayacaktır¹⁰⁵⁸.

İşlemin yapılmasına izin verilmesi, genel kurulun devredilemez yetkilerinden biridir. Bununla beraber *Demirci*, yasağın kişi unsurunun ticari temsilci veya ticari vekil olması durumunda izni yönetim kurulunun vereceğini savunur. Görüşün dayanak noktası tacir yardımcılarının yönetim kurulu tarafından atanması ve bu atama yetkisinin TTK m. 375 uyarınca devredilemez yetkilerden olmasıdır. Yazar oluşan zararlardan yönetim kurulunun sorumlu olacağını belirtir¹⁰⁵⁹. *Akdağ Güney* ise bu görüşü bir adım öteye götürür ve onay mekanizmasının genel yetki dağılımına uygun şekilde işletilmesini önerir. Bu takdirde genel kurula kısıtlı bir izin alanı kalır, ki o da yasağın süjesi olan üyeler dışlandıktan sonra ortada karar alacak bir yönetim kurulu kalmaması hâlidir¹⁰⁶⁰. Kanaatimizce ilişkili taraf kuramı penceresinden yapılan değerlendirmeler bu nedenle önemlidir. Zira yasak sadece temsilcinin şirket menfaatine aykırı davranışları olarak ele alındığında savunulan görüşler kendi içinde tutarlıdır. Bununla birlikte konuyu ilişkili taraf işlemi olarak değerlendirdiğimizde, buradaki arzusun şirket menfaatinin azınlığın çoğunluğu tarafından tespit edilip korunması olduğunu anlıyoruz. Bu bilgi ışığında, eğer ki yönetim kuruluna izin yetkisi tanırsak, işleme izni verecek olan yine yönetsel yetiyi haiz, yani ilişkili taraf konumundaki kişiler olacaktır. Anılan nedenle, izne karar verme yetkisinin her hâlükârda genel kurulda olduğu görüşündeyiz¹⁰⁶¹.

İznin içeriğine ilişkin olarak genel kurulun geniş takdir yetkisi bulunur. İznin somut bir işlem için veya genele dönük verilmesi mümkündür. Yine süresini, konusunu, hangi koşullarla geçerli olacağını genel kurul belirleyecektir. Aynı şekilde kararın kişi yönünden kapsamı da takdir yetkisine dâhildir¹⁰⁶². Bununla beraber iznin konusunu ancak şirketin işletme konusuna giren işlemler oluşturabilir. TTK m. 371/2 uyarınca ortaklığı bağlamayacak türdeki işlemler verilen genel nitelikteki izne dâhil görülemeyecektir¹⁰⁶³. İznin yasak kapsamındaki tüm kişileri veya bunlardan sadece

¹⁰⁵⁸ Bkz. a.ş. 4/a.

¹⁰⁵⁹ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 46-47.

¹⁰⁶⁰ **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 224, 227-228. Esasen bu görüş TTK m. 395/1 benzeri bir hükmün bulunmadığı İsviçre hukukunda savunulur, bkz. **Böckli**, Art. 717a, s. 356.

¹⁰⁶¹ Farklı gerekçelerle benzer görüşte **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 184.

¹⁰⁶² **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 565; **Alper**, s. 55; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 666; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 47 vd. Genel kurulun işleme koşullu olarak izin verebileceği görüşünde **Atlıhan**, s. 1964. Detaylı bilgi için bkz. **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 182 vd.

¹⁰⁶³ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 667.

bir kısmını kapsamayı da mümkündür. Genele dönük olarak verilen onayın görevdeki tüm yönetim kurulu üyeleri için geçerli olduğu, bu sıfatı daha sonradan kazanan kişiler içinse ayrıca onay kararı alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁶⁴.

İşlemin tamamlanmasını sağlayacak tek imkân önden alınacak izin değildir. Yasak kapsamında olan bir işlemin izin olmaksızın gerçekleştirilmesi hâlinde, genel kurulun geçmişe etkili olarak işleme icazet vermesi mümkündür¹⁰⁶⁵. İcazet örtülü olarak da verilebilir¹⁰⁶⁶. İbra kararı bu değerdedir¹⁰⁶⁷. Bununla beraber, genel kurulun uzun süre hareketsiz kalması veya işlem tarafının icazet verilmesi yönündeki talebine cevap vermemesi hâlinde işlem kesin hükümsüz addedilecektir¹⁰⁶⁸.

Diğer bir imkân olarak, yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma yasağının esas sözleşme hükmüne konu edilmesi ihtimali doktrinde genellikle olumlu karşılanır¹⁰⁶⁹. Aksi görüşteki yazarlar esas sözleşme hükmünün istisnayı kural hâline getireceğinden ve TTK m. 395'in *ratio legis*'i ile bağdaşmayacağından bahisle esas sözleşmeyle verilecek genel geçer bir izne karşı çıkar¹⁰⁷⁰. TTK m. 340'ı gerekçe göstererek aynı sonuca ulaşan yazarlar da mevcuttur¹⁰⁷¹.

Genel kurul kararının alınmasında özel bir nisap aranmamıştır, olağan nisap yeterli olur. Bununla beraber oy hakkından yoksunluk bulunabilir. Genel kurul kararı muhtelif içerikte olabileceğinden kimlerin oy hakkından yoksun olduğu karar konusu gözetilerek tespit edilmelidir. İşlemin tarafı olacak yönetim kurulu üyesi kural olarak

¹⁰⁶⁴ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 565. Aksi görüşte **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 48.

¹⁰⁶⁵ **Atlıhan**, s. 1963; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 565; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 95; **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 205, 213; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 54.

¹⁰⁶⁶ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 668-669; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 57; **Alper**, s. 56.

¹⁰⁶⁷ **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 211; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 61; **Atlıhan**, s. 1965. Lakin yazar haklı olarak ibranın etkisinin genel kurula açıklanan olaylarla, bu kapsamda bilançoda ve faaliyet raporunda gösterilen işlemlerle sınırlı olduğunu belirtir. Aksi takdirde yönetim kurulu üyesi bu işlem için ibra edilmiş sayılmayacak, hâliyle genel kurulun icazetinden de bahsedilemeyecektir.

¹⁰⁶⁸ **Atlıhan**, s. 1964, 1969.

¹⁰⁶⁹ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 565; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 666; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 219.

¹⁰⁷⁰ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 65-66; TTK m. 340'ı dayanak göstererek bu yönde **Alper**, s. 55; şirket menfaatine aykırı olacağı görüşünde **Sulu**, s. 155. Ayrıca bkz. **Atlıhan**, s. 1964. Yazar hükmün sadece ilk yönetim kurulu üyeleri için geçerli olabileceğini düşünür. Her hâlükârda iznin süresi ve kapsamının belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Benzer bir görüş için **Ulusoy**, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 190-191. Bu yazar ise çoğunluk görüşüne çifte temsille sınırlı olarak katılır.

¹⁰⁷¹ **Ayan**, s. 141.

oy hakkında yoksundur. İzin tüm yönetim kuruluna verildiği ihtimalde üyelerin hepsi için oy hakkında yoksunluk geçerli olacaktır¹⁰⁷².

4. Aykırılığın Sonuçları

Şirketle işlem yapma yasağına aykırılığın temel sonucu işlem üzerinde doğar ve ortaklık bu işlemin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Bunun yanında, yasağın gereğini yerine getirmeyip ortaklığı zarara uğratanların da bu zararı tazmin etmeleri gerekir.

a. Askıda Hükümsüzlük

Hükümde ifade edildiği üzere, genel kurulun onayıyla beraber işlem ortaklık için bağlayıcı hâle gelir. Bu durumda işlem baştan itibaren hüküm doğurur. Aksi takdirde, yani genel kurulun onay vermediği ihtimâlde ise işlem batıl olacaktır¹⁰⁷³. O zaman genel kurulun onayına bağlı olarak meydana gelen ya da gelmeyen butlan hâlinin ele alınması gerekir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş maddenin askıda hükümsüzlük hâlini düzenlediğini savunur¹⁰⁷⁴. Borçlar hukuku öğretisinde askıda hükümsüzlük, veya diğer adıyla noksanlık, kurucu unsurları tamam olan bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi için gerekli unsurlardan bir veya birkaçının eksik olması şeklinde tanımlanır. Bu unsurların tamamlanmasıyla sözleşme hüküm ifade edecektir. Eğer unsurlardan birinin gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşılırsa sözleşme kesin olarak hükümsüz hâle gelir. Yetkisiz temsil hâlinde temsil olunanın onayına kadarki sürede işlemin akıbeti bu duruma örnek verilebilir¹⁰⁷⁵. TTK m. 395/1’de onayı verecek olan genel kuruldur. Kanaatimizce konunun yetkisiz temsil temelinde aydınlatılması askıda hükümsüzlük yorumunu destekler. İzinsiz yapılan işleme genel kurulun icazet verip vermeyeceğinin bilinmediği dönemde hükümsüzlüğün diğer tarafça ileri sürülemiyor

¹⁰⁷² Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 51; Atlıhan, s. 1963, 1966; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 666; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 229; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 95. Karş. Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 180-181, 234. Yazar çifte temsil durumunda genellikle çıkar çatışması bulunmadığı düşüncesinden hareketle bu ihtimalde oy hakkında yoksunluğun gündeme gelmeyeceğini belirtir.

¹⁰⁷³ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 668. Onay kararının mahkemece iptal edilmesi aynı sonucu doğurur ve işlem hiç onay verilmemişçesine geçersiz addedilir (Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 64).

¹⁰⁷⁴ Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 199; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 566; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 96; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 90; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 237; Atlıhan, s. 1969; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 70; Alper, s. 56; Bora, s. 123-124.

¹⁰⁷⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 554-556.

olması bizi aynı sonuca götürür. Sonuçta işlemin geçerliliği genel kurulun onayına bağlanmıştır. Bu görüşteki yazarlardan *Çamoğlu* ayrıca hükümsüzlüğün genel kurul tarafından “ileri sürülebilir” olmasını ifade temelinde yorumlamakta ve buradan hareketle TMK m. 451’in kıyasen uygulanabileceğine işaret etmektedir¹⁰⁷⁶. Burada uygulanması düşünülebilecek olan esasen hükmün ikinci fıkrasıdır: *Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur*. Benzer bir uygulamayı yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46/2 (818 sy. mülga Borçlar Kanunu m. 38) çerçevesinde öneren yazarlar da mevcuttur¹⁰⁷⁷. Buna karşın, işlemin ifasının tamamlandığı ve aradan uzun bir süre geçtiği ihtimalde artık TMK m. 2 temelinde işlemin ayakta tutulması söz konusu olacaktır¹⁰⁷⁸.

TTK m. 395/1’in iptal edilebilirlik yaptırımını düzenlediğini savunan yazarlar da mevcuttur¹⁰⁷⁹. Keza Yargıtay’ın bazı kararlarında iptalden bahsettiği görülmekle birlikte bu kararların içerik olarak mezkûr görüşü desteklediğini söylemek zordur¹⁰⁸⁰. Kanaatimizce bu görüş işlem yasağına uygun değildir. Bir kere bu görüş ortaklığı dava açmak zorunda bırakmaktadır¹⁰⁸¹. Bunun ötesinde, herhangi bir iradede sakatlık yoktur. İşlem yapma yasağının gündeme geldiği hâlde temsilcinin açıkladığı iradede hata veya temsilcinin ortaklığa dönük hilesinden bahsedilmez. Sorunun kaynağı irade sakatlığı değil, menfaat çatışmasıdır.

¹⁰⁷⁶ *Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)*, Ortaklıklar Hukuku I, N. 566; *Çamoğlu*, Hukuki Sorumluluk, s. 98.

¹⁰⁷⁷ *Ulusoy*, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 203-204; *Demirci*, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 72-73. Ayrıca bu ifadeyle ilgili tartışma için bkz. *Atlıhan*, s. 1970-1971.

¹⁰⁷⁸ *Demirci*, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 52; *Atlıhan*, s. 1965.

¹⁰⁷⁹ *Akdağ Güney*, Yönetim Kurulu, s. 233. İşlemin batıl addedilebilmesinin mahkeme kararına bağlı olduğu yönünde *Helvacı*, Hukuki Sorumluluk, s. 92; *Sulu*, s. 155. Mülga kanun zamanındaki görüşler için ayrıca bkz. *Atlıhan*, s. 1968.

¹⁰⁸⁰ “Mahkemece, davalılardan kararı temyiz eden Q. C. adına olan tapu kayıtlarının da iptaline, BK’nun 32. ve öncesinde TTK’nun 334. maddesine dayalı gerekçe ile karar verilmiştir. Oysa, 30.03.1994 tarih ve 1993/15-860 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun ilamı ile Dairemizin 25.10.1991 tarih ve 6515/5628 sayılı ilamında da açıklandığı ve doktrinde de kabul edildiği üzere, genel kurul işleme açık veya zımni olarak icazet verebilir. Zira, ortaklıkla yapılan işlem, re’sen batıl olmayıp iptali kabildir. Batıl sayıma yetkisi genel kuruldadır. Genel kurulun işlemi takip eden yıllarda aksine bir karar almaması, yönetim kurulunun ibra edilmesi, bu işlemlerin de bilançoda, kar tablolarında gelir olarak yer alması ve onaylanması, kâr dağıtımının bu işlemlerin geliri üzerinden yapılması, uzun süre genel kuruldaki aksi yönde bir karar çıkmaması, kurumlar vergisinin bu gelirlere göre ödenmesi gibi olgularla zımni olarak genel kurulun işlemlere icazet vermesi mümkündür.” Yarg. 11. HD., T. 11.05.2010, 2021/5217; ayrıca Yarg. 11. HD., T. 14.06.1991, 3710/4031 (*Demirci*, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 70, dn. 206).

¹⁰⁸¹ *Ulusoy*, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 201; *Çamoğlu*, Hukuki Sorumluluk, s. 98.

b. Hukuki Sorumluluk

İşlem yapma yasağına aykırılık yönetim kurulu üyesi için sadakat borcuna da aykırılık oluşturur. Genel kurulun işleme izin veya icazet vermemiş olması kadar izni alan yönetim kurulu üyesinin işlemi akdederken şirket menfaatini gözetmemesi ve özenli davranmaması (TTK m. 369) da yükümlülüğü ihlâl edecektir. Yükümlülüğüne aykırı hareket eden kişiler bu nedenle doğan zarardan sorumludur¹⁰⁸². Yasağa tabi bir işlemi ilişkili tarafla gerçekleştiren yöneticiler de keza sadakat borcuna aykırı hareket etmiş olur ve zarardan sorumlu tutulabilir¹⁰⁸³. Sorumluluğun şartları TTK m. 553 vd. maddeler uyarınca tespit edilecektir.

İşlem yasağında dikkat çeken bir husus, işleme genel kurul tarafından izin ya da icazet verilmesinin sorumluluğa etkisidir. Genel kurul onayının ortaklık zararına işlem gerçekleştirilmesini meşrulaştırmayacağı açıktır. Yönetim kurulu üyesi özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun şekilde hareket etmeli ve işlemi yapıp yapmamaya bu kapsamda karar vermelidir¹⁰⁸⁴. Kanaatimizce burada ibra kararı alınmış gibi düşünülmelidir. Gerçekten genel kurul yönetim kurulu üyesinin yapacağı işlemi onaylayarak sorumluluğu belli ölçüde dışlamıştır. Fakat aynı ibra kararında olduğu gibi genel kurulun bilgisinde olmayan hususlar nedeniyle ilgili üyenin sorumluluğu yine de gündeme gelebilmelidir. Keza işlemi onaylamayan pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesini bu işlemin sonuçlarından sorumlu tutabilmesi, genel kurul kararının bu duruma engel olamaması gerekir¹⁰⁸⁵. Kanaatimizce bu nedenle TTK m. 558/2’de yer alan 6 aylık sürenin de burada kıyasen uygulanması gerekir.

III. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE UYGULANACAK ÖZEL KARAR ALMA SÜREÇLERİ

Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen bazı konular Sermaye Piyasası Kanunu tarafından tekrar ama farklı içerikte ele alınmıştır. İlişkili taraf işlemleri de bu konu başlıklarından biridir. Öğretiye göre bu davranışla hedeflenen, azınlık pay sahiplerine

¹⁰⁸² Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 568; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 667-668; Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 91; Dinç, s. 162; Bora, s. 124; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 229, 233; Ayan, s. 143.

¹⁰⁸³ Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 99.

¹⁰⁸⁴ Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 194-196; Ayan, s. 143-144.

¹⁰⁸⁵ Benzer bir görüş için ayrıca bkz. Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 231; Atlıhan, s. 1971. Aksi görüşte Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 231-232. Yazar genel kurulun işleme onayını riskin ortaklık tarafından kabul edilmesi şeklinde yorumlamaktadır.

ve yatırımcılara ek bir koruma sağlamaktır¹⁰⁸⁶. Gerçekten halka açık ortaklıkların ilişkili taraf kuramındaki yerinin ayrık olduğuna, pay sahipliği yapısındaki farklılaşmanın ek bazı kurallar getirilmesini haklı çıkardığına önceki bölümlerde değinmiştik. Avrupa Birliği düzenlemelerinin odağında payları borsaya kote şirketlerin olduğunu burada hatırlatalım. Keza Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerine kavram olarak yer veren özel hukuk alanı sermaye piyasası hukukudur. Hâliyle Sermaye Piyasası Kanunu'nda ilişkili taraf işlemlerine dair özel düzenlemelerin bulunması doğal karşılanmalıdır.

SerPK sisteminde çoğu müessese ikincil mevzuatta detaylandırılır. TTK'da mevcut yapıların esaslarının kanunla tekrar belirlenmesiyle nadiren karşılaşılır¹⁰⁸⁷. Fakat bu başlık altında inceleyeceğimiz SerPK m. 17/3 ve m. 29/6 bu kurala istisna teşkil eder. Dördüncü bölüm altında ele alacağımız örtülü kazanç aktarımı için aynı yorum yapılabilir. Kanaatimizce ilişkili taraf işlemlerine dair hükümlerin yoğun bir şekilde düzenlenmesinin temel gerekçesi TTK sisteminin kurama suskun kalmasıdır.

SerPK m. 17/3 ve m. 29/6 yönetim kurulu ile genel kurulda alınacak kararlar için izlenecek özel süreçleri düzenler. Uygulamanın içinde ilişkili taraf işlemleri önemli yer tutar. SerPK m. 17/3, kurumsal yönetimin gereği olarak bazı konularda kararı öncelikle bağımsız yönetim kurulu üyelerine, üyelerin olumsuz duruşu karşısında ise nihai kararı genel kurula bırakmıştır. Kurgulanan sistem temelde bir özel karar alma süreci olduğundan bu başlık altında incelenecektir. İkinci düzenleme halka açık anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarına ilişkin esasları düzenleyen 29. maddenin son fıkrasıdır. Bu hükümde genel kurulca karara bağlanacak bazı hususlar için özel nisaplar öngörülmüştür. Ayrıca TTK m. 436/1'e atıfla oydan yoksun olan pay sahiplerine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu yönüyle mezkûr hüküm ilişkili taraf işlemlerine dair özel karar alma süreci niteliğindedir.

A. Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyarınca Karar Alınması

Kurumsal yönetim ilkelerinin kanuni temelini oluşturan TTK m. 1529 ve SerPK m. 17 uyarınca bu ilkelere dair düzenlemelere esas olarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ikincil mevzuatta yer verilir. Bununla beraber, kurumsal yönetimin birtakım gereklerinin kanun koyucu tarafından detaylandırıldığına tanık olunur. Bu

¹⁰⁸⁶ Karacan, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 101.

¹⁰⁸⁷ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Açıklamalı Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat, 2018, s. 21 vd.

yöndeki hükümlerden SerPK m. 17/3 ilişkili taraf kavramını Türk özel hukukuna ilk defa tanıtmının yanında¹⁰⁸⁸, ayrıca bir de özel karar alma süreci öngörür. İlgili fıkra şu şekildedir: *Halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması hâlinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Söz konusu genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları bir oylamada karar alınır. Bu maddenin genel kurul toplantısında görüşülmesinde, toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Bu fıkroda belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz.* Görüldüğü üzere hükmün kapsamı ilişkili taraf işlemleri şeklinde tespit edilmiştir. Bununla beraber hangi işlemlerin bu nitelikte olduğunu veya bu nitelikteki işlemlerden hangisine hükmün uygulanacağını belirleme yetkisi nihai olarak SPK'ya bırakılmıştır. SerPK m. 17/3 bu anlamda sadece konu yönünden kapsamı ikincil mevzuata emanet etmiş gözükse de ilgili tebliğ hükümleri aksi yönde kanaat uyandırmaktadır. Zira düzenlemenin kapsamındaki ilişkili taraf işlemlerinin tarafları, ikincil mevzuatta tekrar ve daha farklı bir kapsamda ele alınmıştır.

II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin üçüncü bölümü "İlişkili Taraf İşlemleri" başlığını taşır. Bu bölümde, 9. madde ile hangi işlemlerin SerPK m. 17/3 kapsamında olduğu, 10. madde ile ise ortaklıkların ilişkili taraflarıyla akdettikleri işlemlerden yaygın ve süreklilik arz edenlerin ne şekilde karara bağlanması gerektiği düzenlenir. Hangi ortaklıkların kapsama dâhil olduğu KYT m. 1'de açıklanır. Tüm bu hükümler bize SerPK m. 17/3'ün gerçek uygulama alanını vermektedir.

1. Düzenlemenin Kapsamı

Hangi işlemlerin bu özel karar alma sürecinin kapsamında kaldığı belirlenir iken hem işlemi karara bağlayan ortaklığın türüne hem de işlemin ilişkili taraf işlemi

¹⁰⁸⁸ **Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 29. Hükmün kaynağı olarak 2007/36/EC sayılı Direktifin 9c maddesine gönderme yapılmaktadır (**Aksoy**, s. 37). AB düzenlemeleriyle ilgili bilgi için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II/B/1.

olup olmadığına bakılmalıdır. Yine bu noktada tüm ilişkili taraf işlemleri değil, kişi ve konu yönünden düzenlemenin dikkate aldığı işlemler tespit edilmelidir. Nihayet bu kapsamdaki işlemlerden miktar yönünden belli eşikleri aşanlar özel uygulamaya tabi tutulur. Aşağıda bu hususlar ele alınacaktır.

a. Kapsama Giren Ortaklıklar Yönünden

Kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanacağı ortaklıklar, SerPK m. 17/3'te tüm halka açık ortaklıklar olarak belirtilmiştir. Daha doğru bir ifade ile, hükümde halka açık anonim ortaklıklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır¹⁰⁸⁹. Oysaki KYT, 1. maddesinde kurumsal yönetim ilkelerini çeşitli gruplara ayırmakta ve hangi ilkelerin hangi gruptaki ortaklıklara uygulanacağını belirlemektedir.

KYT m. 1/4'e göre ilişkili taraf işlemlerine dönük düzenlemeler (KYT m. 9 ve 10) payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklara uygulanmayacaktır. Bilindiği üzere kotasyon, halka açıklığın esas yöntemi olsa da tek yöntemi değildir. SerPK halka açık ortaklıkları, "kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar" olarak tanımlar (SerPK m. 3/1-e). Hükme göre, borsada işlem görmese dahi halka arz edilmiş sayılan ortaklıklar mevcuttur. Bunlara pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar (SerPK m. 16/1) ile kooperatif merkez birliklerinin kontrolündeki, asgari elli milyon Türk lirası satış hasılatı olan anonim ortaklıklar (SerPK m. 16/3) örnek verilebilir. SerPK m. 17/3 bu ortaklıklara uygulanmayacaktır.

b. Kapsama Giren İşlemler Yönünden

Tebliğde ilişkili tarafın *Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili tarafı*, ilişkili taraf işlemlerinin ise *Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf işlemlerini* ifade ettiği belirtilmiştir (KYT m. 3/1-g ve ğ). Burada TMS 24'e doğrudan gönderme yapılmıştır. Dolayısıyla kapsama da muhasebe standartları yön verecektir¹⁰⁹⁰. Bu hususta ilgili açıklamalarımıza, ilişkili taraf ve ilişkili taraf işlemine dair bilgi için çalışmamızın birinci bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz.

¹⁰⁸⁹ Karş. **Odman Boztosun**, s. 36.

¹⁰⁹⁰ **Odman Boztosun**, s. 105.

TMS 24'e yapılan atfın sınırları yine ikincil mevzuatta çizilmiştir. Zira TMS 24 uyarınca ilişkili taraf işlemi kabul edilen her bir işlem SerPK m. 17/3 hükmünün işletilmesine sonuç vermez. Hükmün açık lafzı uyarınca özel karar alma sürecinin işletilmesi gereken kararlar, Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce alınması gereken kararlardır. Hangi ilişkili taraf işlemlerinin bu kapsamda olduğu KYT m. 9 ve 10 ile aşağıdaki şekilde açıklanmıştır.

i. Kişi yönünden

İlişkili taraf işlemlerinin en basit tanımı, bir ortaklık ile ilişkili tarafı arasında gerçekleştirilen işlemler şeklindedir. SerPK m. 17/3'teki kullanım da bu tanıma uygundur. Fakat KYT m. 9/1'e göre ortaklıkların *ve bağlı ortaklıklarının*, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri işlemler hükmün kapsamındadır. Tebliğ uyarınca bağlı ortaklığın tanımı TMS'ye göre yapılır. O hâlde burada bahsedilenler TFRS 10 anlamında tam kontrol altında olanlardır. Bu ortaklıklar halka açık ve borsaya kote olmasalar dahi hükmün kapsamına alındıklarına göre bu kapsamın açıklanması icap eder. *Sönmez* burada amaçsal yorumu tercih eder. Yazara göre halka kapalı olup da tebliğdeki genişletme uyarınca kapsama dâhil edilen ortaklıkların ilişkili taraflarıyla akdedecekleri işlemler, bu işlemin kapsama girmesine neden olan hâkim halka açık ortaklığın genel kurulu tarafından onaylanmalıdır¹⁰⁹¹.

Manavgat ise düzenlemeyi şu şekilde okumayı önerir: Hükmün kapsamındaki (payları borsada işlem gören) bir ortaklık ile ilişkili tarafı arasındaki işlemler bu ortaklık tarafından özel karar alma sürecine tabi kılınırken, ek olarak, bu ortaklığın bağlı ortaklığının bir ilişkili tarafı ile yapacağı işlemlerde de aynı özel karar alma süreci işletilir. Hüküm bu şekilde yorumlandığında sadece halka açık bağlı ortaklıklar için uygulanabilen, sınırlı etkili bir düzenlemeye dönüşür¹⁰⁹².

KYT m. 9/2'nin ilk cümlesi de yukarıdaki yorumu destekler¹⁰⁹³. Bize göre de hüküm hangi ortaklıkların özel karar alma sürecini işleteceği yönünden değil, payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıkların (SerPK m. 1/4) hangi işlemlerinin özel karar alma sürecine tabi tutulacağı yönünden okunmalıdır. Bu anlayışa göre ise halka açık (ve payları borsada işlem gören) bir anonim ortaklığın kendisi yönünden ilişkili taraf olmadığı hâlde bağlı ortaklığının ilişkili tarafı

¹⁰⁹¹ *Sönmez*, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 275.

¹⁰⁹² *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 279.

¹⁰⁹³ “*Ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki, (...)*”

konumunda bulunan kişilerle gerçekleştireceği işlemler de SerPK m. 17/3 uyarınca karara bağlanmalıdır. Yine bu işlemlerin de konu yönünden KYT m. 9 veya 10'un kapsamında olması gerekecektir. Tercih ettiğimiz yorumun pratik sonuçları sınırlıdır. Zira TMS 24 ve TFRS 10 hükümlerinde şirketler grubu üyelerinden biri için ilişkili taraf konumunda olan kişi, diğeri için de ilişkili taraftır. TMS 24.9-(b)'nin (i), (ii) ve (vii) alt bentleri bu duruma örnektir.

Genişlemenin hukuk politikası olarak yerindeliği düşünüldüğünde, yukarıda tercih edilen yorumdan bağımsız olarak, tebliğin SerPK'ya aykırı hüküm getirerek bağlı ortaklıkları böylesi bir konuma yerleştirmesi eleştirilmekte, fakat malvarlığının korunması ilkesinin topluluk düzeyinde korunması desteklenmektedir¹⁰⁹⁴. Bu görüşe biz de iştirak ediyoruz.

ii. Konu yönünden

Bir ilişkili taraf işleminin özel karar alma sürecine tabi kılınmış olması için, bazı hukuki işlem (daha doğru bir ifade ile, sözleşme) türlerinden birine dâhil olması ve ek olarak, işlem tutarı bakımından KYT'de öngörülen eşikleri aşması gerekir. Ayrıca söz konusu işlem münferit olmanın ötesinde yaygın ve süreklilik arz eden nitelikte ise bu kapsamdaki ilişkili taraf işlemleri için öngörülen farklı bir sürece ve sonuçlara tabi tutulur. Bu bilgiler ışığında konu yönünden kapsamı dört başlıkta ele alacağız.

İlk olarak, KYT m. 9 uyarınca hangi sözleşme tiplerinin SerPK m. 17/3'ün uygulama alanında olduğu belirlenmiştir. Varlık ve hizmet alışı veya satışı işlemleri bu kapsamdadır¹⁰⁹⁵. Öte yandan özel karar alma süreci bu sayılan işlemlerin “benzeri işlemler” için de geçerlidir. Yapılan genişletmenin öncelikle kiralama işlemlerini ve satış sözleşmesi olmayıp nakit akışı doğuran, bu anlamda işlem taraflarından birinin ediminin bir miktar paranın ödenmesi olduğu diğer sözleşmeleri konu aldığı rahatlıkla söylenebilecektir. Zira bu sayılanlarda işlem tutarının nasıl tespit olunacağı maddede ayrıca açıklanmıştır. Keza yükümlülük transferi işlemleri de burada sayılan diğer bir hukuki işlem türüdür (KYT m. 9/2). Kanaatimizce çizilen çerçeve analitik

¹⁰⁹⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 279.

¹⁰⁹⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 281; **Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 73. Ortaklığın temsiline ilişkin işlemlerin yönetim kurulu kararına tabi kılındığı yönündeki görüş için bkz. **Aksoy**, s. 29.

incelemeye izin verecek nitelikte olsa da, gerçek anlamda seçicilik içermediği için ek bir fayda sağlamayacaktır.

Doktrinde *Manavgat*, ortaklık malvarlığının korunması ilkesini gözeterek ve *ratio legis* ekseninde sadece ilişkili tarafla akdedilecek işlemlerin değil, ilişkili taraf lehine sonuç doğuracak işlemlerin de SerPK m. 17/3 kapsamında değerlendirilmesini savunmuştur. Rüçhan hakkının kullanılmaması kararı bu görüşe örnek gösterilmiştir. Zira taahhüt edilmeyen payların ilişkili taraflara satılması riski gündeme gelir¹⁰⁹⁶. Biz açık hüküm yokluğunda aksi görüşteyiz. Zira ilişkili taraf işlemini TMS 24 nezdinde anlamlandırmak gerekir. Bu kapsamda bir ortaklık varlığının ilişkili tarafa aktarımını aramak kaçınılmazdır¹⁰⁹⁷.

İkinci olarak, yukarıda sayılan işlemler için uygulama eşikleri öngörülmüştür. Özel karar alma süreci, bu işlemlerin tutarının varlık toplamına, hasılat tutarına veya ortaklık değerine oranının yüzde onu aşacağına öngörülmesi hâlinde devreye girer. Özetle burada bir önemlilik/ anlamlılık testine (*significance test*) yer verilmiştir¹⁰⁹⁸. Eşik sistemi karşılaştırmalı hukuka yabancı değildir. AB düzenlemelerinde uygulama alanı taslak direktifte belirlenen eşikle sınırlanmıştı. Fakat direktifin yürürlüğe giren son hâlinde yetki üye devletlere bırakılmıştır. Ülkelerin ekseriyetle %10'dan daha düşük eşikler öngördüğü, hatta bazı örneklerde bu ayrımı reddettikleri görülür¹⁰⁹⁹. İlginç bir örnek olarak, Hindistan'da yine %10 tercih edilmiştir¹¹⁰⁰. Burada seçilecek oran önemlidir. Eşiğin olması gerekenden daha yüksek belirlenmesi nicelik tabanlı ölçümün sağladığı korumayı zayıflatır¹¹⁰¹.

Nicel ölçüt karşılandıktan sonra işlemin zararlı olup olmadığıyla ilgili ayrıca bir değerlendirme yapılmaz, her hâlükârda özel karar alma süreci uygulanır¹¹⁰². Eşiğin hesabında pay, ilişkili taraf işleminin tutarıdır. İşlem tutarının tespitinde, eğer işlem bir kiralama işlemiyse veya nakit akışlarının kesin olarak ayrıştırılabildiği bir işlemse, gelirin ya da duruma göre giderin indirgenmiş nakit akışı yöntemine göre hesaplanan net güncel değeri dikkate alınır (KYT m. 9/2). Payda ise birden fazladır;

¹⁰⁹⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 285. Bu örnekte ikinci aşamayı oluşturan satışın ilişkili taraf işlemi niteliği taşıyacağına dikkat çekmek isteriz.

¹⁰⁹⁷ Aynı görüşte **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 272.

¹⁰⁹⁸ **Bava/ Gromis di Trana**, s. 129.

¹⁰⁹⁹ **ECLE**, Implementation of the SRD II, s. 22.

¹¹⁰⁰ **Li**, s. 3, 10.

¹¹⁰¹ **Bava/ Gromis di Trana**, s. 143; **OECD**, Related Party Transactions, s. 22.

¹¹⁰² **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 273; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 281.

bunlardan herhangi birine göre eşiğin aşılması SerPK m. 17/3 uygulaması için yeterli olduğuna göre, her somut olayda paydalardan en düşük olanın dikkate alınması gerekir. Paydanın tespitinde varlık toplamı kamuya açıklanan son finansal tabloya; hasılat tutarı¹¹⁰³, kamuya açıklanan son *yıllık* finansal tabloya; ortaklık değeri ise ortaklığın paylarının yönetim kurulu kararından¹¹⁰⁴ önceki altı ayda oluşan günlük ağırlıklı ortalama fiyatlarının ortalamasına göre belirlenir¹¹⁰⁵.

Üçüncü olarak, bazı işlemlerin SerPK m. 17/3 kapsamında olmadığı tebliğde açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenlemelere göre, *bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetlerinden kaynaklanan ilişkili taraf işlemleri için bu madde kapsamında yer alan yükümlülükleri yerine getirmesi zorunlu değildir* (KYT m. 9/8). Ayrıca, *yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetleri için bu madde hükümleri uygulanmaz* (KYT m. 9/7). Yatırım ortaklıkları tarafından gerçekleştirilen diğer alım satım ve benzeri işlemlerde süreç işletilecek ise dahi bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onayı olmaksızın işlemin yapılabilmesi, genel kurulun onayına gerek görülmemesi tebliğde öngörülen diğer bir istisnadır (KYT m. 6/4). Benzer bir istisna aşağıda ele alacağımız yaygın ve sürekli ilişkili taraf işlemleri için de getirilmiştir. KYT m. 10/4'e göre *temettü dağıtımı, sermaye artırımı nedeniyle yeni pay alma hakkı kullanımı ve yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemeler ile menkul kıymet yatırım ortaklıklarının, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının ve girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetleri ile bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetlerinden kaynaklanan ilişkili taraf işlemleri için bu madde hükümleri uygulanmaz*. Böylece sayılan ortaklık tiplerinin kendi mevzuatları uyarınca hareket etmeleri öngörülmüştür¹¹⁰⁶. Son olarak, KYT m. 12'de özel düzenlemeye tabi tutulan

¹¹⁰³ Varlık toplamına ve ortaklığın değerine nazaran hasılat, ortaklığın mali durumunu bütünlükçü bir şekilde yansıtmaz, yansıtmayabilir. Bu durumu dikkate alan KYT m. 9/2-c ve ç hükümlerine göre, *hasılatın %5 oranındaki kısmına isabet eden tutarın, toplam öz kaynakların binde biri oranındaki kısmına tekabül eden tutardan düşük olması halinde; hasılatı dayalı oran uygulanabilir olarak kabul edilmez*. Ayrıca, *bankalar açısından hasılat, ana faaliyetlerinde elde edilen faiz geliridir*.

¹¹⁰⁴ Mevzubahis yönetim kurulu kararı, işlemin eşiği geçeceği öngörüldüğü için yaptırılması gereken değerlemeyi konu alacaktır.

¹¹⁰⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 281-282.

¹¹⁰⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 289.

teminat işlemleri ilişkili taraf işlemi niteliğinde olsa da artık mezkûr maddeye göre karara bağlanacaktır¹¹⁰⁷.

Dördüncü olarak, bazı ilişkili taraf işlemleri yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olarak adlandırılmış ve SerPK m. 17/3 kapsamında farklı düzenlemelere tabi kılınmıştır. Söz konusu işlemler, KYT m. 3/1-m’de ortaklıkların olağan faaliyetleri kapsamında ticari nitelikte olsun veya olmasın bir yıllık hesap dönemi içinde en az iki defa yapılan veya yapılacak olan aynı nitelikteki işlemler olarak tanımlanmıştır. Bu işlemlerin de birer ilişkili taraf işlemi olduğunda kuşku yoktur¹¹⁰⁸. Fakat her bir işlem, tek başına değerlendirildiğinde hükümde belirlenen eşiklerin altında kalacak ve böylece koruma yönteminden soyutlanacaktır. Halbuki işlemin sürekli tekrarı vesilesiyle ortaklıktan varlık çıkışı gerçekleştirmek mümkündür. Bu ihtimal KYT m. 10’da düzenlenmiştir.

Tanımda yer verilen iki unsur, tekrar edilirlilik ve aynı nitelikte olmadır. İşlemin tekrar etmesinden kasıt, bir yıllık hesap döneminde birden fazla sefer işlemin yapılmasıdır¹¹⁰⁹. Kanaatimizce tanımda “bir” hesap döneminden değil, “bir yıllık” hesap döneminden bahsedilmesi bilinçlidir. Bu nedenle işlemin tekrar edip etmediği incelenirken ortaklığın tercih ettiği hesap dönemi periyoduyla bağlı kalmaksızın, tespit edilen ilişkili taraf işleminden geriye 1 yıllık inceleme yapılmalıdır¹¹¹⁰. İkinci unsur, ilişkili tarafla gerçekleştirilen işlemlerin aynı nitelikte olmasıdır. Aksi takdirde bir tekrardan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu noktada *Manavgat*, sözleşme türlerini esas almayı ve karşılıklı alış-satış, hizmet alma-verme işlemlerini aynı nitelikteki farklı işlemler olarak kabulü savunmaktadır¹¹¹¹. Buradaki temel hedefin münferit olarak herhangi bir denetimden yoksun olan işlemlerin bütüncül şekilde ele alınması ve böylece şeffaflığın sağlanması olduğu hatırlanmalıdır. Açıklanan hedefi gözettiğimizde sözleşme tipolojisine sıkı bir bağlılığın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bize göre, sözleşmelerin amaçları ve içerikleri yönünden yapılan ayrımın¹¹¹² takip

¹¹⁰⁷ **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 276.

¹¹⁰⁸ KYT m. 3/1-m’de işlemin ilişkili tarafla gerçekleştirilmesine atıf yapılmış değildir. Fakat KYT m. 10 yaygın ve süreklilik arz eden işlemin ilişkili tarafla akdedilmesini açıkça aramıştır. Mezkûr tanımın tebliğde başka bir kullanımı da yoktur. Bu nedenle bahsedilenin her hâlde bir ilişkili taraf işlemi olduğunu kabul etmek gerekir.

¹¹⁰⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 287.

¹¹¹⁰ Bu görüşümüz, KYT m. 10 uyarınca gerçekleştirilecek tespit ile TMS 24’e göre yapılacak finansal raporlamanın sonucu arasında uyumsuzluk doğurabilecektir. Bu durum doğal karşılanmalıdır; zira söz konusu düzenlemelerin hedef ve sonuçları farklıdır.

¹¹¹¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 287.

¹¹¹² Bu ayrıma göre sözleşmeler, mülkiyetin devri amacını güden sözleşmeler, kullandırma ve yararlandırma amacını güden sözleşmeler, iş görme amacını güden sözleşmeler, saklama (muhafaza)

edilmesi, böylece farklı türde ama aynı nitelikteki işlemlerin KYT m. 10 kapsamında bir bütün olarak kabul edilmesi, hedeflenen koruma rejimine uygun olacaktır.

2. İşlemin Karara Bağlanması

Özel karar alma sürecine tabi kılınan ilişkili taraf işlemleri hakkında yönetim kurulunda ve duruma göre genel kurulda karar alınması gerekmektedir. Fakat sürecin ilk aşaması KYT m. 9/2 uyarınca hesaplanacak oranın %5'i aşacağını yönetim kurulu tarafından öngörülmesi ve bu öngörü müteakip değerlendirme yaptırılmasıdır. Takip eden aşamada, mezkûr oranın %10'dan daha yüksek olacağını görülmesi hâlinde özel karar alma süreci işletilecektir. Bu somut incelemenin her bir işlem özelinde ayrı ayrı yapılması gerekir. Baştan tek seferde onay verilmesi hükmün gereklerini yerine getirmez¹¹¹³.

Görüldüğü üzere KYT m. 9 bir öngörüden bahseder. Yönetim kuruluna bu noktada nesnel bir gösterge olarak değerlendirme raporu yardım edecektir. Fakat eşğin aşılabileceğinin makul olarak öngörülebildiği durumlarda yönetim kurulunun da bu durumu öngörmesi beklenir¹¹¹⁴. Özellikle değerlendirme raporunun tanzim edilmesi kararı yönetim kurulunun öngörüsünün sonucu olacaktır. Bu noktada herhangi bir şüphenin varlığı hâlinde değerlemenin yaptırılması gerektiği görüşündeyiz.

Değerleme ve özel karar alma süreci işletme yükümlülüklerini doğuran eşik aynı formülle hesap edilir. Bu pratik yaklaşım tüm ihtiyaçlara cevap vermemiş olsa gerek ki, değerlemeye dair bazı ek hükümler getirilmiştir. Özellikle SPK'nın gerekli gördüğü hâllerde değerlendirme yapılmasını ve sonuçlarının kamuya açıklanmasını talep edebilmesi dikkat çeken bir yetki tahsisidir. Bu hâlde işlemin ilişkili taraf işlemi tanımına uymasına dahi gerek görülmemiştir (KYT m. 9/9). Buna ek olarak, değerlemenin konusu gayrimenkul ise, *gayrimenkul ile gayrimenkulün bütünleyici parçaları, gayrimenkul projeleri ve gayrimenkule bağlı haklar, Kurulun gayrimenkul değerlemesine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde değerlemeye tabi tutulur* (KYT m.

amacını güden sözleşmeler, güvence (teminat) sağlama amacını güden sözleşmeler, sonuçları talih ile tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri olarak sınıflandırılabilir (Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Ankara: Turhan, 2018, s. 26-28).

¹¹¹³ Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 270.

¹¹¹⁴ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 281.

9/4). İlişkili taraf işleminin konusu borsada gerçekleştirilen bir pay devri ise artık değerlendirme raporuna gerek görülmemiştir (KYT m. 9/2¹¹¹⁵).

a. Yönetim Kurulu Kararı

Değerleme sonucuna bakacak olan yönetim kurulu, %10 eşiğinin geçileceğini öngörmesi hâlinde özel karar alma sürecini işletir¹¹¹⁶. Burada ilk aşama, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyunu gerektiren bir yönetim kurulu kararı alınmasıdır (SerPK m. 17/3). Bu karar ilişkili taraf işleminin ortaklık içindeki dayanağını oluşturan adeta bir ön karar niteliğindedir¹¹¹⁷.

i. Kararın içeriği

İlişkili taraf işlemini onaylayacak yönetim kurulu kararının işlemin esaslarını belirlemesi zorunludur (SerPK m. 17/3). İşlemin esaslarından ne anlaşılması gerektiği burada açıklanmamışsa da kanaatimizce KYT m. 9/6 hükmünden istifade edilebilir. Mezkûr hükmü gözeterek denilebilir ki, ilişkili taraf bağlantısı ile işlemin niteliği, tutarı ve eşik hesabında nasıl değerlemeye tabi tutulduğu yönetim kurulu kararında yer alması gereken esaslardır.

Genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerini ilgilendiren bir ilişkili taraf işlemi karşısında yönetim kurulunun SerPK m. 17/3 uyarınca karar alıp almayacağı ise diğer bir sorudur. Bu kararlar halka açık anonim ortaklıklar bakımından dahi devredilemez niteliklerini muhafaza eder. Hâl böyle olmakla beraber, SerPK m. 17/3'ün dayandığı koruma güdüsü TTK m. 408/2'dekinden farklıdır. Burada hedeflenen, ilişkili taraflardan bağımsız şekilde işlemin onaylanabilmesi ve bunun belli bir sırayla yapılmasıdır. Zira bu sıra bize ortaklık yöneticilerinin tutumunu gösterecektir, ki bu tutum şeffaf bir şekilde kamuya da açıklanır. Bu nedenlerle genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerine dâhil olan ilişkili taraf işlemlerinin de öncelikle yönetim kurulunda karara bağlanması gerektiği; fakat bağımsız yönetim

¹¹¹⁵ Bu durumun değerlendirme yükümlülüğünün tek istisnası olduğu yönünde **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 274.

¹¹¹⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 281. Burada üç aşamalı bir yapı öngörüldüğü ifade edilmektedir, bkz. **Günay**, Yansımalar, s. 21.

¹¹¹⁷ **Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 72; **Aksoy**, s. 28.

kurulu üyelerinin onayı olsa dahi her hâlükârda ayrıca genel kurulda karar alınması gerektiği görüşündeyiz¹¹¹⁸.

ii. Müzakerelere katılım ve oy hakkı bulunanlar

İlişkili taraf işleminin yönetim kurulu tarafından onaylanabilmesi için Kanun, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyunu aramıştır. Aksi takdirde konu genel kurul tarafından görüşülecektir (SerPK m. 17/3). Tebliğ ise buna ek olarak, ilişkili taraf niteliğinde olan yönetim kurulu üyelerinin ilgili kararda oy kullanamayacağını belirtir (KYT m. 9/3). Böylece tebliğ hükmü ile SerPK m. 17/3'te yer almayan bir sınırlama getirilmiştir¹¹¹⁹. Doktrin bu sınırlamaya ekleme yapmakta ve ilişkili tarafın aday göstermesi vesilesiyle seçilen fakat kendisi ilişkili taraf tanımına uymayan üyelerin de oy kullanamaması gerektiğini savunmaktadır. Mezkûr hükümlerin ortaya çıkardığı düzen birkaç noktada izaha muhtaçtır. İlk olarak tebliğ hükmü ile getirilen oy hakkından yoksunluk incelenmelidir. Zira söz konusu düzenlemenin dayanağı olarak SerPK m. 17/3 gösterilemeyecektir. Burada doktrin oy hakkından yoksunluğu TTK m. 393 kapsamında düşünmeyi önerir¹¹²⁰. Bu görüşe biz de iştirak etmekteyiz. Gerçekten TTK m. 393'te düzenlenen müzakereye katılma yasağının kapalı anonim ortaklıklar kadar halka açık anonim ortaklıklara da uygulanması gerekir. Mezkûr hüküm yönetim kurulu üyelerinin ilişkili taraf işlemlerine dair kararların müzakere ve oylama aşamalarına katılımını yasakladığına göre SerPK m. 17/3 çerçevesindeki karar alma süreçlerinde aynı yasak gözetilir¹¹²¹.

İkinci olarak müzakereye katılma ve oy kullanma yasağının kimleri kapsadığı tespit edilmelidir. Tebliğe göre bunlar ilişkili taraf niteliğinde olan yönetim kurulu üyeleridir. Fakat bilindiği üzere, “ilişkili taraf konumundaki yönetim kurulu üyesi” tanımını aslında aldatıcıdır. Zira tüm yönetim kurulu üyeleri TMS 24 anlamında birer ilişkili taraftır¹¹²². Bu nedenle tüm ilişkili tarafların değil, karara bağlanacak işleme taraf olanların müzakereye katılma ve oy kullanma hakkı bulunmadığı söylenir¹¹²³.

¹¹¹⁸ Aynı yönde **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 285-286.

¹¹¹⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 282.

¹¹²⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 282. İlgili üyenin müzakerelere katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olduğu yönünde ayrıca bkz. **Aksoy**, s. 28. TTK m. 393'ün kapsamına dair açıklamalar için bkz. yuk. II/B.

¹¹²¹ Aynı yönde H. Erdal Demir, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 115-116.

¹¹²² Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II/A/1/c.

¹¹²³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 282.

Biz bu noktada “vasıtalı ilişkili taraf” kavramına başvurmayı öneriyoruz. Karara konu işlemi SerPK m. 17/3’ün uygulama alanına dâhil eden husus, işlemin bir tarafında ortaklığın, diğer tarafında ise TMS 24 uyarınca ilişkili taraf kabul edilen bir kişinin bulunmasıdır. Bu kişinin oy hakkından yoksun olması TTK m. 393 ve KYT m. 9/3 gereğidir. Ayrıca, yönetim kurulu üyesi olduğu için TMS 24 uyarınca ilişkili taraf kabul edilmenin ötesinde, işlem tarafı üyenin etki alanına dâhil olan aile üyeleri, yönetsel yetisi altındaki ticaret şirketleri gibi “vasıtalı ilişkili taraflar” oy hakkından yoksun kabul edilmelidir. Keza kendisi ilişkili taraf olmayıp ilişkili tarafça önerilen yönetim kurulu üyelerinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği görüşündeyiz¹¹²⁴.

Böylece işlemle ilişkili tarafın ve vasıtalı ilişkili tarafların müzakerelere katılamayacağı, oy hakkından yoksun oldukları tespit edilmiştir. Oy hakkı bulunanlar ise bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile birlikte işlemle ilişkili olmayan diğer yönetim kurulu üyeleridir.

iii. Yetersayılar

Yetersayıların belirlenmesinde kanun hükmü kadar, bir üst başlıkta yapılan tartışmanın sonuçları da etkili olacaktır. Bizim desteklediğimiz görüş, TTK m. 393 uyarınca ilişkili tarafların müzakereye katılma ve oy kullanma hakkı bulunmadığını kabul etmektedir. Bu kabulün sonucunda, ilişkili taraf konumundaki yönetim kurulu üyelerinin yetersayı hesabından dışlanması gerekir¹¹²⁵.

Anonim ortaklık yönetim kurullarında toplantı nisabı yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğudur. Halka açık anonim ortaklıkların ilişkili taraf işlemlerine dair aldıkları kararlarda bu yetersayı bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile ilişkili taraf konumunda olmayan diğer üyelerin toplamının çoğunluğudur. Karar yetersayısı ise bu üyelerden toplantıya katılanların çoğunluğudur. Ek olarak, SerPK m. 17/3 uyarınca bağımsız üyelerin çoğunluğunun kararı onaylamış, olumlu yönde oy kullanmış olması aranır. Bu şart sağlanamadığı takdirde bir sonraki başlığın konusu olan genel kurul kararına başvurulur. Şartın sağlanamamasının nedeni hiç bağımsız üye bulunmaması olabilir. Bu hâlde de sürece genel kurul onayıyla devam etmek gerekir¹¹²⁶. Keza bir görüş oy hakkından yoksunluk nedeniyle toplantı nisabının

¹¹²⁴ Bu görüş için bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 282.

¹¹²⁵ Müzakereye katılma yasağında ulaşılan bu sonuç için bkz. yuk. II/B/2/b/ii.

¹¹²⁶ **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 274-275.

sağlanamaması hâlinde işlemin doğrudan genel kurulun onayına sunulmasını önerir¹¹²⁷. Tüm üyelerin ilişkili taraf sıfatını taşıdığı ihtimal bu son hâle örnektir.

b. Genel Kurul Kararı

Yönetim kurulu bir karar aldı ve işlemin esaslarını belirledi, fakat bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu kararda olumlu oy kullanmadı veya olumsuz oy kullandı ise işlemin esasları genel kurulun onayına sunulur. Genel kurulun işleme onay vermesi hâlinde ortaklık temsilcileri işlemi gerçekleştirir¹¹²⁸. Böylece ilişkili taraf işleminin şirket menfaatine uygun olup olmadığını takdir etme görevi ilk olarak bağımsız yönetim kurulu üyelerine, ikinci aşamada ise genel kurul kararı aranarak azınlığın çoğunluğunu (MoM) oluşturan pay sahiplerine verilmiştir. Zira sıradaki alt başlıkta irdeleneceği üzere ilişkili tarafların oy hakkından yoksunluğu burada da söz konusudur.

SerPK m. 17/3'te genel kurul kararıyla ilgili olarak toplantı yetersayısının bulunmadığı, basit çoğunluğun onay için yeterli olduğu ve işlemin tarafları ile bunlarla ilişkili kişilerin kararda oy kullanamayacakları belirtilmiştir. KYT m. 9/3 bu konuda mezkûr maddeyi tekrarla yetinir. Buna karşılık, yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerinde daha istisnai bir süreç öngörülmüştür¹¹²⁹. KYT m. 9'a göre genel kurul, bağımsız üyelerin çoğunluğunun yönetim kurulu kararını onaylamaması hâlinde sürece dâhil olsa da yaygın ve sürekli işlemlerde buna gerek yoktur. Bu işlemlerde alınan kararlara ek olarak bir rapor hazırlanması¹¹³⁰ ve bu raporun KAP'ta ilan edilmesi gerekli ve yeterlidir. Karara bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu oy vermediyse bu muhalefetin ayrıca raporda izahı zorunlu tutulmuştur (KYT m. 10/2). Fakat bu muhalefet onayın genel kurula taşınması sonucunu doğurmaz, zira KYT m. 10'da genel kurul aşaması düzenlenmemiştir¹¹³¹. Yönetim kurulunun TTK m. 393'ü dikkate alan toplantı ve karar yetersayıları karşılandığı takdirde, ortaklık temsilcilerinin bu kararı müteakip işlemi gerçekleştirmesi mümkündür.

¹¹²⁷ Aksoy, s. 28-29.

¹¹²⁸ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 282-283.

¹¹²⁹ Bu işlemler için sürecin kolaylaştırıldığı yönünde Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 274.

¹¹³⁰ Bu raporun asgari içeriği KYT m. 10/3'te belirtilmiştir.

¹¹³¹ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 288 ve dn. 240; Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 276; Aksoy, s. 29.

i. Oy hakkından yoksun olanlar

KYT m. 9/3 hükmünde, ilişkili taraf işleminin taraflarının ve bunlarla ilişkili kişilerin genel kurul kararında oy kullanamayacakları açıkça ifade edilir. Söz konusu olan oy hakkından yoksunluk müessesesidir. Bu kurum TTK m. 436'da karşımıza çıkar. Fakat SerPK m. 17/3'te işin kişisel nitelikte olup olmadığıyla ilgilenilmez¹¹³². İki hükmün kişi ve konu yönünden özdeş olmaması amaçtaki farklılığın sonucudur. Bunun ötesinde işlevsel bir benzerlik bulunur.

İşlemin esaslarının onaylanacağı genel kurul kararında oy hakkından yoksun olanlar işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişiler olarak ifade edilmiştir. Bu ifade hem kanun hem de tebliğ hükmünde kullanılmış olup yoruma muhtaçtır. Bir yoruma göre *ratio legis* ortaklıkla işlem akdeden taraftan bağımsız pay sahiplerinin oy kullanmasını sağlamak olup bu nedenle oydan yoksun olanlar işlemin diğer tarafı ve bu tarafla bağlantılı kişilerdir¹¹³³. Savunulabilecek diğer bir yorum, işlemi akdeden ilişkili tarafla birlikte ayrıca ilişkili taraf konumundaki tüm pay sahiplerinin oy hakkından yoksun olduğudur. Zira yönetim kurulu üyelerinin aksine tüm pay sahiplerinin ilişkili taraf olarak kabulü söz konusu değildir. Bu nedenle ortaklık üzerinde yönetsel yetiyi haiz kişilerden birinin aralarından diğerinin akdedeceği işleme onay verememesinin, böylece azınlığın gerçek anlamda söz sahibi kılınmasının hedeflendiği söylenebilir.

Kanaatimizce hükümlerde tercih edilen bu lafız diğer düzenlemelerde dikkate alınmasını önerdiğimiz vasıtalı ilişkili taraf kavramını karşılar. İşlemin tarafı olan kişiyle birlikte bu kişiyle olan bağlantıları nedeniyle ilişkili taraf kabul edilen diğer pay sahipleri de oy hakkından yoksun kılınır. Hükmün bu kapsamı aşmayı ve tüm ilişkili tarafları oylamadan dışlamayı arzuladığını söyleyebilmek için bize göre ya tartışmaya yer bırakmayan bir lafzi düzenleme – ki mevcut değildir – ya da sistemin genelinde bu tercihi temellendirecek bir menfaatler dengesi bulunması gerekir. Her ne kadar Türk kanun koyucusu şirket menfaati kavramını tanımış, bu kapsamda ve hatta bundan bağımsız olarak azınlık pay sahiplerini korumayı tercih etmiş olsa da çoğunluk ilkesi hâlâ anonim ortaklık ilkelerinden biridir. Pay sahibi sadece çoğunluk olduğu gerekçeyle tüm menfaat çatışmalarından dışlanamaz. Oy hakkından yoksun

¹¹³² Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 275.

¹¹³³ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 283-284; benzer yönde Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 275-276.

olanlar, ortaklıkla işlemi akdeden ilişkili taraf ve onun vasıtalı ilişkili taraflarından ibarettir.

ii. Yetersayı

İlişkili taraf işleminin esaslarının onaylanacağı genel kurul kararında nisaplar, kanun ve tebliğ hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre işlemin *genel kurul toplantısında görüşülmesinde, toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır* (SerPK m. 17/3; KYT m. 9/3). Hükmün karar yetersayısını “oy hakkı bulunanların” çoğunluğu şeklinde ifade etmesi hatalıdır. Zira anonim ortaklıklarda belirleyici olan pay sahibi değil paydır. Bu nedenle hükümdeki karar yetersayısı oyların çoğunluğu olarak okunmalıdır¹¹³⁴.

Manavgat, yukarıdaki açıklamalarımızla aynı yönde görüş bildirmekte, fakat karar yetersayısının toplantıya katılan pay sahiplerinin sahibi olduğu toplam oya göre belirlenmesini savunmaktadır¹¹³⁵. Oy hakkından yoksun kişilerin sahibi olduğu paylar veya ortaklığın iktisap ettiği paylar gibi bu karara katılım gösteremeyecek paylardan doğan oylar hesaba katılmayacaktır. Bu noktada herhangi bir kuşku yoktur. Tartışma, geriye kalan oyların hepsinin mi yoksa sadece toplantıda hazır bulunanların mı çoğunluğunun karar nisabı olarak aranacağına ilişkindir. Kanaatimizce “oy hakkı bulunanların” çoğunluğu şeklindeki kendince hatalı vurgunun amacı, diğer kararlarda gördüğümüzün aksine toplantıya katılanların değil, bu durumdan bağımsız olarak tüm oyların dikkate alınmasını sağlamaktır. Tek bir yetersayidan ibaret olan bu sistemde oy hakkı bulunmaması vurgusunun oy hakkından yoksunluğa işaret ettiğini söylemek de bize göre kuvvetli bir argüman olmayacaktır, zira oy hakkından yoksunluğun işletilebileceği başka bir yer yoktur. Ayrıca, bazı pay sahiplerinin oydan yoksun olduğu bir önceki cümlede açıkça belirtildiğine göre bu ifadenin oydan yoksunluğu hatırlattığı da söylenemeyecektir. Bu nedenlerle hükmün lafzı dahi karar yetersayısında tüm pay sahiplerine ait oyların hesaba katılmasını desteklemektedir.

Görüşümüzün diğer bir dayanağı, kimlerin oy hakkından yoksun olduğu ile ilintilidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce genel kurulda alınacak karara işlemin tarafı olan ilişkili taraf ve vasıtalı ilişkili taraflar katılamayacaktır. Bu yorum,

¹¹³⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 284; benzer şekilde **Çamoğlu**, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 72.

¹¹³⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 284.

işlemin tarafından bağımsız bir şekilde ortaklık üzerinde yönetsel yetiyi haiz olan pay sahiplerinin oy kullanabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Yönetsel yetiye sahip olma ve pay oranı arasındaki paralellik de gözetildiğinde, genel kurula katılanların ekseriyetle bu gruba dâhil olacağı söylenebilir. Bir sonraki aşamada, azınlık pay sahiplerinin halka açık anonim ortaklık genel kurullarına katılımının söz konusu grup karşısında daha düşük olduğu hatırlanmalıdır. Tüm bu veriler ışığında karar nisabının toplantıya katılanlar üzerinden hesaplanması hâlinde çoğu somut olayda gerçek anlamda azınlık pay sahiplerinin çoğunluğunun (MoM) onayından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Oy hakkı bulunan tüm pay sahipleri dikkate alındığında ise genel kurula bizzat katılma ihtimalini düşük gördüğümüz azınlık pay sahiplerinin ortaklık için zararlı olması muhtemel bir işleme – keza bu işlem bağımsız yönetim kurulu üyeleri tarafından bir nedenle onaylanmamıştır – karşı koyduğu varsayımını desteklemiş olmaktadır. Bir ilişkili taraf işlemine SerPK m. 17/3 (KYT m. 9/3) hükmünün uygulanması için gerekli tüm şartlar düşünüldüğünde yorumumuzun menfaatler dengesini de gözettiği fikrindeyiz.

3. Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü

İlişkili taraf işlemi karara bağlanırken bu süreçte paralel şekilde gelişmelerin kamuya açıklanması gerekir. Açıklamanın kapsamı genel ve özel olarak, söz konusu kararın olumlu ve olumsuz olmasına göre değişiklik gösterecektir.

a. Özel Durumlar Tebliği

İlişkili taraf işlemlerinde şeffaflığın önemini, bu kapsamda bir düzenleme yöntemi olarak bildirim yükümlülüğünü yukarıda ele almıştık. Sermaye piyasası hukukunda bu amaca hizmet eden, kamuyu aydınlatmaya dair hükümlerdir¹¹³⁶. II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği başta olmak üzere ikincil mevzuatın düzenlediği kamuyu aydınlatma sisteminde ilişkili taraf işlemleri ayrı bir sınıf oluşturmaz. Fakat ilişkili taraf işlemlerinin kamuyu aydınlatma yükümlülükleri çerçevesinde kamuya açıklanması olasıdır.

İlk ihtimal, işlemin konusunun pay veya diğer bir sermaye piyasası aracı, taraflarının ise halka açık ortaklık ve ilişkili taraf olmasıdır. Bu hâlde işlemin kamuya açıklanması gerekecektir. Somutlaştırsak, ÖDT m. 11 uyarınca idari

¹¹³⁶ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II/A/1b/iii.

sorumluluğu bulunan kişiler ile bunlarla yakından ilişkili kişilerin¹¹³⁷, ayrıca TFRS 10 anlamında ana ortaklığın halka açık ortaklığın payları ve bu paylara dayalı sermaye piyasası araçları üzerinde yapacakları işlemin kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur. Lakin zorunluluğun gündeme gelmesi için ÖDT m. 11/2 ve 3 uyarınca işlemlerin toplam tutarının belli bir eşiğe (250.000,00 TL) ulaşması aranır¹¹³⁸. İkinci olarak, sürekli bilgilerin kamuya açıklanması kapsamında gerçek veya tüzel kişilerin ihraççının paylarının veya toplam oy haklarının belli oranına¹¹³⁹ sahip olması veya sahiplik durumunun sona ermesi hâlinde açıklama yükümlülüğü getirilmiştir (ÖDT m. 12). Her iki hüküm ilişkili taraf işlemlerinden bağımsız birer düzenlemedir. Bununla beraber, açıklamaya konu edilen işlemin tarafı çoğu olayda halka açık ortaklığın ilişkili tarafıdır¹¹⁴⁰. İşlemin diğer tarafında halka açık ortaklığın kendisinin bulunması ihtimalinde açıklanan bilgi aynı zamanda ilişkili taraf işlemine dair olacaktır. Bu ihtimal bir ölçüde Geri Alınan Paylar Tebliği¹¹⁴¹ ile düzenlenmiştir. GAP m. 12 uyarınca payları borsada işlem gören ortaklıkların geri alım işlemleri kamuya açıklanır¹¹⁴². Bu geri alım işlemlerinin bir kısmı keza yine ilişkili taraf işlemi niteliğinde olacaktır.

Üçüncü ihtimal, ilişkili taraf işlemi doğrudan dikkate almasa da kurumlar arasındaki çakışma nedeniyle ilişkili taraf işlemlerini ilgilendiren bir düzenlemedir. II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği, malvarlığı devri gibi bazı işlemleri belli şartlar altında önemli nitelikteki işlem olarak sınıflandırır. Bu işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınacaktır. Bu karar, bağımsız üyelerin oy kullanıp kullanmadığı bilgisiyle ve varsa bu üyelerin muhalefet şerhiyle birlikte kamuya açıklanır (ÖNİT m. 8/2). Tebliğden anlaşıldığı üzere önemli nitelikteki işlem kavramı ilişkili taraf işleminden

¹¹³⁷ Yakından ilişkili kişiler ÖDT m. 4/1-g’de sayılmıştır. Hükümde aynı evde ikamet eden kişiler veya ekonomik birlik içinde olanlar gibi sosyal ve ekonomik ilişkileri dikkate alan geniş bir kapsama yer verilmiştir.

¹¹³⁸ Keskin, s. 84.

¹¹³⁹ Bahsi geçen oranlar %5, %10, %20, %25, %33, %50, %67 ve %95 şeklinde değişkenlik gösterir. Bu oranların TTK’nın şirketler topluluğu için öngördüğü yüzdelik oranlarla örtüştüğü yorumu yapılır (Akyürek, s. 71). Yorumun bildirim, tescil ve ilan yükümlülüklerini düzenleyen TTK m. 198 için geçerli olduğunu; fakat şirketler topluluğunun TTK m. 195 uyarınca tespitinde bu şekilde değişken oranların bulunmadığını belirtelim.

¹¹⁴⁰ Burada bahsi geçen “ilişkili taraf olma” durumu kuramsal niteliktedir. Zira şu anda ele aldığımız tebliğ düzenlemeleri ilişkili taraf işlemlerini doğrudan düzenlemediği için TMS 24’e yapılmış bir atıf da söz konusu değildir. Hâliyle burada bahsedilen, ÖDT m. 11 ve 12’ye konu kişilerin ortaklıkla belli bir kontrol ilişkisi içinde olma ihtimallerinden ibarettir.

¹¹⁴¹ RG. T. 03.01.2014, S. 28871.

¹¹⁴² Keskin, s. 100-101.

daha genişdir¹¹⁴³. Bununla beraber ilişkili taraf işleminin aynı zamanda önemli nitelikte işlem olması ve mezkûr düzenlemenin kapsamına girmesi mümkündür.

b. Organ Kararının Açıklanması

Kurumsal Yönetim Tebliği ilişkili taraf işlemlerini ilgilendiren özel açıklama yükümlülükleri öngörmüştür. Burada yükümlülük kararın olumlu olup olmamasına göre değişiklik gösterir.

i. Olumlu karar

İlişkili taraf işleminin esasları bağımsız yönetim kurulu tarafından veya genel kurul tarafından onaylanmış olabilir. Her iki ihtimalde de KYT m. 9/6 uyarınca kamuya açıklamada bulunulacaktır. Bu hükme göre, *işlemin taraflarının birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkileri, işlemlerin niteliği, değerlemede kullanılan varsayımlar ve değerlendirme sonuçlarını içeren değerlendirme raporunun özeti, işlemler değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse bu durumun gerekçesi KAP'ta duyurulmalıdır*. Her hâlükârda yönetim kurulu kararı tüm katılanların oybirliğiyle alınmadıysa kararın bir örneği ile beraber muhalefet şerhinin de açıklanması gerekir (KYİ m. 1.3.9). Pay sahiplerinin kararı üzerinde belirleyici olduğundan bahisle, muhalefet şerhleri kadar olumlu oy veren bağımsız yönetim kurulu üyelerinin gerekçelerinin de açıklanması gerektiği haklı olarak savunulur¹¹⁴⁴.

Yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemleri ise KYT m. 10'da ayrı bir rejime tabi tutulmuştur. Bu işlemler için olumlu – olumsuz karar ayrımı pek anlamlı olmayacaktır, zira yönetim kurulunun aldığı karara bağımsız yönetim kurulu üyeleri ne şekilde katılırsa katılsın işlem gerçekleştirilebilir. Belki de bu nedenle KAP'a yapılacak açıklamada farklı bir tercihe gidilmiştir. Hükme göre yönetim kurulu her hâlükârda bir rapor hazırlar, bu raporun tamamı veya sonucu kamuya açıklanır (KYT m. 10/2). İlişkili taraf işlemlerinin şartlarını ve piyasa koşulları ile karşılaştırmasını konu alacak bu raporun asgari içeriği ise bir sonraki fıkrada belirtilmiştir¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 228.

¹¹⁴⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 283.

¹¹⁴⁵ KYT m. 10/3'e göre raporun asgari içeriğini şu bilgiler oluşturur: a) *İşleme taraf şirketler hakkında ticaret unvanı, şirket ile ilgili olan faaliyetleri, halka açık olup olmadığı, yıllık bazda aktif toplamı, faaliyet karı, net satışlar gibi özet finansal veriler ve benzerlerini de içerecek bilgi*; b) *İşleme taraf şirketlerle olan ilişkilerin niteliği, ortaklığın faaliyetlerine olan etkisi hakkında genel bilgi*; c) *İşlemin dayandığı sözleşmenin tarihi, konusu, ticari sır niteliğinde olmamak kaydıyla sözleşmedeki*

ii. Olumsuz karar

Bu başlıkla ifade edilmek istenen, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onaylamadığı bir yönetim kurulu kararı alınmasıdır. KYT m. 9'a göre bu karara konu edilen esasların artık genel kurul onayına sunulması gerekecektir. Ek olarak, bağımsız üyelerin bu duruşu *işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde* kamuya açıklanır¹¹⁴⁶.

Yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemleri için getirilen yükümlülük benzerdir. Her ne kadar bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz yaklaşımı bu işlemlerin akdine engel değilse de *bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması hâlinde, muhalefet gerekçesinin KAP'ta açıklanması* zorunlu tutulmuştur (KYT m. 10/2).

4. Usule Aykırılığın Sonuçları

Yönetim kurulu kararını bağımsız üyelerin çoğunluğunun onaylamamış olması ve buna rağmen işlemin esaslarının genel kurulun onayına sunulmaması veya sunulsa da genel kurulun onay kararı al(a)mamış olması hâlinde işlemin yine de ortaklık temsilcilerince yerine getirilmesi, en başta usule aykırılık teşkil edecektir. Bu durumun yaptırımını kanunda açıklanmış değildir. Doktrindeki görüşleri takiben yaptırıma dönük ihtimaller kesin hükümsüzlük başlığı altında tartışılacaktır. Usule herhangi bir aykırılık olmadığı takdirde temsilcilerin her türlü işlemi akdetmekte serbest olup olmadıkları ise ele alınacak ikinci meseledir.

a. Kesin Hükümsüzlük

SerPK m. 17/3'e göre, *bu fıkırdaki belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz*. Hükümde ifade edilen geçersizlik durumunun hangi sakatlık hâline karşılık geldiği açık değildir. Burada ilk bakışta bir yetersayı sorunu olduğu, zira nisabın karşılanmadığı düşünülecektir. Bu durumda yaptırım yokluk olmalıdır. Fakat her ne kadar ilk bakışta nisaba dönük bir sorunla karşılaşılmış gibi görünse de aslında maddede bağımsız yönetim kurulu üyelerinin onayının şart koşulduğu ve bu onayın eksikliğinin çoğu ihtimalde işlemin

önemli unsurlar, daha önce izahname gibi dokümanlarda yer verilmiş ise buna ilişkin bilgi; ç) İşlemin piyasa koşullarına uygunluğu değerlendirilirken esas alınan kriterler; d) İşlemin piyasa koşullarına uygun olup olmadığı hakkında değerlendirme.

¹¹⁴⁶ **Günay**, Yansımalar, s. 21; **Tuğ**, s. 218.

yapılmasını engellemediği hatırlanmalıdır. Bu nedenle ortaklıklar hukukunun genel işleyişinde genel kurul ve yönetim kurulu toplantı ve karar yetersayıları sağlanmadığı takdirde gündeme gelen yokluk hâlinin, SerPK m. 17/3 uygulamasında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun işleme onay vermemesi durumunda karşımıza çıkmadığı kabul edilmelidir.

Maddede ve onu takip eden tebliğ hükümlerinde düzenlenen usule aykırılığın organ kararları üzerinde neden olacağı geçersizlik hâli kesin hükümsüzlüktür. Genel kurul ve yönetim kurulu kararları için aynı sonucun öngörülmüş olması ve söz konusu aykırılığın ekseriyetle anonim ortaklığın malvarlığını korumaya dair ilkelere hâle getirdiği gözetildiğinde doktrinin yorumu bu yönde olmuştur¹¹⁴⁷.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının dayanağı ilk etapta genel hükümlerdir (TBK m. 27; TTK m. 391/1-b; TTK m. 447/1-c). Bununla beraber geçersizliğin SerPK m. 92 uyarınca ileri sürülmesi de mümkündür¹¹⁴⁸. Bu sonuncu hükme göre, ortaklığın *durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya malvarlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi hâlinde*, Kurul (SPK) tarafından durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının tespitinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde butlanın tespiti davası açılabilir (SerPK m. 92/1-b¹¹⁴⁹). İlişkili taraf işleminin aynı zamanda ortaklık malvarlığını azaltması hâlinde SPK'nın açacağı butlanın tespiti davası bu hükme dayanır¹¹⁵⁰.

Usule aykırılık gölgesinde akdedilen ilişkili taraf işleminin akıbeti ilgili organ kararını takip eder. *Kırca*, temsil yetkisine getirilen kanuni sınırlamaları açıklarken

¹¹⁴⁷ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 286; **Günay**, Yansımalar, s. 21. Uluslararası eğilim yaptırım olarak hukuki sorumluluğu tercih etmekten soyut bir şekilde geçersizlik yaptırımının öngörülmesinin eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. **Aksoy**, s. 28.

¹¹⁴⁸ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 286; **Sinan/ Tok**, s.825.

¹¹⁴⁹ Maddenin devamında öngörülen ve SPK'ya sorumluların imza yetkilerini kaldırma, bunlar hakkında suç duyurusunda bulunma ve yönetim kurulunda değişiklik yapma yetkilerini veren hüküm (SerPK m. 92/1-c) yine malvarlığının azalması veya kaybı hâlinde uygulama bulacaktır (**Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 287).

¹¹⁵⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 286. Yazarın görüşünün pratik bir sonucu bulunur. Zira SerPK m. 92'de butlan davası süreye bağlanmış iken borçlar hukukunun genel ilkeleri uyarınca butlan davası her zaman açılabilmekte, onu yokluk yaptırımından ayıran unsur olarak, ancak dürüstlük kuralı uyarınca sınırlandırılmaktadır. Süresiz bir şekilde dava açılabilmesinin SerPK m. 92'nin amacına aykırı olduğu yorumu yapılabilir (s. 287). Kanaatimizce SPK'nın butlan davası açma hakkının SerPK m. 92'nin kapsamıyla özdeş olup olmadığı, davaya konu edilen ilişkili taraf işleminin ortaklık malvarlığında bir azalma ya da kayıp yaratmaması ihtimalinin bulunup bulunmadığı sorusu, esasen malvarlığından ne anlaşıldığına bağlı olarak sonucu değişebilecek, fakat her hâlde sınırlı bir uygulama alanına işaret edecektir. Her hâlükârda SPK'nın dava açma hakkının mezkûr maddedeki sürelerle sınırlı olduğunu kabul etmek bizce de işlem güvenliğinin gereğidir. Diğer ilgililerin dava hakkının ise SerPK m. 92'den bağımsız bir şekilde ele alınması gerektiği açıktır.

SerPK m. 17/3 uyarınca alınması gereken genel kurul kararının yokluğu hâlinde ilişkili taraf işleminin askıda hükümsüz olacağını savunur¹¹⁵¹.

b. Zararlı İlişkili Taraf İşlemlerinin Durumu

SerPK m. 17/3 ve onu takip eden ikincil mevzuat, değeri belli bir eşiğin üzerinde olan ilişkili taraf işlemlerinin özel bir karar alma sürecinden geçmesini arzu eden hükümlerdir. Bu hükümlere riayetın sonucu ortaklık temsilcilerinin dış dünyada akdettikleri işlemlerin ortaklık içinde bir dayanağı olmasıdır. Hükümlere aykırılık ise alınan yönetim kurulu veya genel kurul kararının kesin hükümsüz olması, akdedilen ilişkili taraf işleminin ortaklık içinde bir dayanağının bulunmaması anlamına gelecek ve bu takdirde ilişkili tarafın ortaklığa başvurması engellenebilecektir (TTK m. 371). Hukuki sorumluluk ise diğer bir hukuki yol olarak varlığını elbette ki koruyacaktır.

Peki özel karar alma süreci kanuna uygun olarak işletilmişse şirket menfaati mutlak şekilde gözetilmiş olacak mıdır? Bu takdirde gerçekleştirilen tüm ilişkili taraf işlemleri hukuka uygun mudur? Bu soruların cevabı olumsuzdur¹¹⁵². Özel karar alma sürecinin işletilmesi, ortaklık kararlarının hükümsüzlüğüne engel olacak ise de esasa dönük eksiklikleri tamamlamayacaktır. Bir işlem zararlı ilişkili taraf işlemi¹¹⁵³ olarak kabul edildiği sürece hukuken yaptırıma tabi tutulur. Sermaye piyasası hukukunda bu yaptırım, örtülü kazanç aktarımı adını almıştır.

İlişkili taraf işlemi SerPK m. 17/3 uyarınca karara bağlandığı hâlde ayrıca SerPK m. 21 çerçevesinde denetlenecektir. Söz konusu hüküm ortaklık organlarının işlemi karara bağlama yetkisinin sınırını teşkil eder. Somut olayda örtülü kazanç aktarımı tespit edildiğinde ortaklık ve ilişkili tarafı arasında akdedilen işlem geçersiz addedilir. SerPK m. 17/3 ortaklık içinde geçersizlik yaptırımı öngörmüşken SerPK m. 21 aynı yaptırımı ortaklık dışında tesis eder. Ayrıca belirtmek gerekir ki bir işlem örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirildiğinde diğer yaptırımlarla beraber SerPK m. 94 ve onun atfıyla SerPK m. 92 hükümleri de tekrar uygulama alanı bulur¹¹⁵⁴.

Bununla beraber, özel karar alma sürecinin hukuki sorumluluk davasına etkili olduğu belirtilir. Davalı yönetim kurulu üyeleri iş adamı kararı (*business judgment*

¹¹⁵¹ Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 644-645.

¹¹⁵² Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 277.

¹¹⁵³ Tanıma dönük değerlendirmelerimiz için bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, I/A/3.

¹¹⁵⁴ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 287; Aksoy, s. 28; Sinan/ Tok, s. 824.

rule) çerçevesinde özenli davrandıklarını mezkûr sürecin işletildiği gerekçesiyle ispat etmiş olacak, bir anlamda ispat yükü tersine çevrilecektir¹¹⁵⁵.

B. Belirli Genel Kurul Kararlarında Farklılaştırılmış Yetersayı ve Oy Hakkından Yoksunluk

Halka açık ortaklıkların genel kurullarının işleyişi TTK m. 407 vd. yanında birçok noktada ayrıca SerPK tarafından düzenlenir. Bu nedenle özel hüküm – genel hüküm ilişkisi uyarınca SerPK hükümlerinin öncelikle uygulanacağı, bu kanunla ayrıca düzenlenmeyen hususlar bakımından TTK düzenlemelerinin esas alınacağı kabul edilir. Toplantı ve karar yetersayıları bu konulardan biridir. SerPK m. 29/3 yatırımcıların genel kurula katılım oranlarının düşük olduğunu, halka açıklık yükseldikçe ağırlaştırılmış yetersayıların karşılanmasının zorlaştığını gözeterek¹¹⁵⁶ TTK’nın özel yetersayılarını dışlamıştır¹¹⁵⁷. Böylece kural, sermayenin dörtte biri ile toplanan genel kurulun toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile karar alması olmuştur. Toplantı yetersayısının ilk toplantıda sağlanamaması hâlinde ikinci toplantıda ayrıca toplantı yetersayısı aranmaz¹¹⁵⁸.

Yukarıda ifade edilen kurala istisnayı¹¹⁵⁹ SerPK m. 29/6’da ele alınan birtakım özellikli kararlar¹¹⁶⁰, bu kararlar için öngörülen yetersayılar ve ilişkili taraflar için getirilen oy hakkından yoksunluk mekanizmaları oluşturur. Mezkûr hüküm şu şekildedir: *Halka açık ortaklıklarda yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yeni pay alma haklarını kısıtlama yetkisinin verilmesine, sermaye azaltımına ve 23 üncü maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesi için, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha*

¹¹⁵⁵ Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 277.

¹¹⁵⁶ Adıgüzel, Rüçhan Hakkı, s. 29. Bu konudaki diğer gerekçeler için bkz. Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 141. Ayrıca bkz. SerPK m. 29’un gerekçesi: “(...) Böylelikle yatırımcıların daha önce genel kurul gündeminden haberdar olmaları ve genel kurula katılımın artırılması amaçlanmıştır.”

¹¹⁵⁷ İlgili SerPK m. 29/3 şu şekildedir: “Halka açık ortaklıkların genel kurul toplantılarında, ortaklık merkezinin yurtdışına taşınması ile bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar hariç olmak üzere, bu Kanunda veya esas sözleşmelerinde açıkça ortan belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, 6102 sayılı Kanunun 418 inci maddesi uygulanır. Esas sözleşmelerde, 6102 sayılı Kanundaki hükmün içeriği yazılmaksızın yalnızca 6102 sayılı Kanuna veya ilgili madde numarasına atıf yapılmış olması aksine hüküm sayılmaz. Altıncı fıkra hükmü saklıdır.”

¹¹⁵⁸ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 41; Bahtiyar/ Hamamcıoğlu, s. 96-97.

¹¹⁵⁹ Diğer istisnalar ise TTK m. 421/2 ile SerPK m. 33/4 hükümleridir (Mehmet Bahtiyar, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul: Beta, 2019, s. 61).

¹¹⁶⁰ Bu tabir için bkz. Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 142.

ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır. Bu işlemlerde, 6102 sayılı Kanunun 436ncı maddesinin birinci fıkrasına göre taraf olan ortaklar bu işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamazlar. Bu fıkra da belirtilen nisapları hafifleten esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

1. Düzenlemenin Kapsamı

SerPK m. 29/6 hangi kararların oy hakkından yoksunluk ve farklı yetersayı düzenlemelerine tabi olduğunu açıkça ifade etmiştir. İlgili tebliğ hükümlerinin içeriği de benzerdir. Maddenin kapsamını temelde bu işlemler oluştursa da SerPK ile TTK arasındaki uyumsuzluk bir tartışmaya daha sebebiyet vermiştir ki bunun da kapsam çerçevesinde incelenmesi gerekir.

a. Halka Açık Anonim Ortaklıklar

Hükmün açık lafzı uyarınca SerPK m. 29 tüm halka açık ortaklıklarda dikkate alınmalıdır. Borsa şirketleri de bu kapsamdadır¹¹⁶¹. Fakat bu basit tespit birçok sorunu beraberinde getirmiştir. TTK m. 421/5 adi yetersayı düzenlemesinin, payları borsada işlem gören anonim ortaklıklarda uygulanmasını bazı kararlar bakımından öngörmüş idi. Bunlar sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine dair kararlar ile yeniden yapılandırılma (birleşme, bölünme, tür değiştirme) kararlarıdır. Bununla beraber SerPK m. 29/3 hükmünde kapsayıcı bir lafız kullanılmış ve TTK m. 421/5'e konu işlemler tekrardan düzenlenmiştir¹¹⁶².

Uygulanacak hükmün tespitinde sorun bundan ibaret değildir. Zira ayrıca SerPK m. 29/6'da önemli nitelikteki işlemlerden bahsedilmiştir. 7222 sy. Kanun ile 20.02.2020 tarihinde değiştirilen SerPK m. 23'te ise *halka açık ortaklıkların birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirmesi ve yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açacak ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemler* önemli nitelikteki işlemler olarak sayılmıştır. O zaman sorulması gereken soru şudur: Acaba

¹¹⁶¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 142.

¹¹⁶² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 141; **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 60.

borsa şirketleri SerPK m. 29/6'nın kapsamında olan kararlar için mezkûr hükme tabi midir; yoksa TTK m. 421/5'te sayılan işlemlere dair kararlarda yetersayıların bu maddeye göre mi belirlenmesi gerekir? Sorulardan ikincisi lehine görüş bildirildiği takdirde, ilişkili taraflar için öngörülen oy hakkından yoksunluk düzenlemesinin akıbeti ne olacaktır?

Cevap sorudan daha basittir. Öğreti yukarıda açıklanan düzenin bilinçli tercihten öte bir uyumsuzluktan ibaret olduğunu kabul etmekte ve *lex specialis* prensibinin uygulanmasını savunmaktadır¹¹⁶³. Bu nedenle hem SerPK m. 29/3 hem de TTK m. 421/5'te adi yetersayıya tabi kılınan kararların alınmasında artık – kapsamda çakışma olması hâlinde – SerPK m. 29/6'daki yetersayı ve oy hakkından yoksunluk dikkate alınır.

b. Konu Yönünden

SerPK m. 29/6'da hangi kararların özel bir yetersayıya ve karar alma sürecine tabi kılındığı açıkça ifade edilmiştir. Bunlar rüçhan hakkının sınırlandırılmasına, sermayenin azaltımına ve önemli nitelikteki işlemlere dair kararlardır. Hükümdeki sayımın sınırlı (*numerus clausus*) olup olmadığı açık değildir. Bu hâllerin örnekten ibaret olduğunu söylemek zordur. Bize göre sayımın sınırlı olduğu ve pay sahipliği haklarına dokunmak suretiyle yatırımcıların kararlarını etkileyen diğer işlemlerin, SerPK m. 29/6 hükmünün kapsamına girmedikleri savunulmalıdır.

Sınırlı sayı ilkesi dikkate alınırken önemli nitelikteki işlemlere dair kararların hükümde ifade edilen hallerden biri olduğu hatırlanmalıdır. Zira önemli nitelikteki işlemlere dair SerPK m. 23/1 sayımı örnek kabilindendir ve hangi işlemlerin önemli nitelikte olduğunu nihayetinde ikincil mevzuatta SPK belirleyecektir¹¹⁶⁴.

i. Rüçhan hakkı

Maddede sayılan ilk durum yeni pay alma haklarının kısıtlanması veya kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun aynı hususta yetkilendirilmesidir. Burada

¹¹⁶³ **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 60; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 144. Aksi yönde görüş için ayrıca bkz. Ali Paslı, “**Türk Ticaret Kanunundaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 39: “(...) kanaatimce Sermaye Piyasası Kanununun 29. maddesinin varlığı, TK 421/5'in uygulanmasına engel değildir.”

¹¹⁶⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 179.

kastedilen aslında rüçhan hakkının kısıtlanmasıdır¹¹⁶⁵. Rüçhan hakkı kısaca, ortaklığın dış kaynaklardan sermaye artırması sonucunda ortaya çıkan yeni payları almada pay sahiplerine tanınan öncelik şeklinde tanımlanır¹¹⁶⁶. Bu hakkın kısıtlanmasının çeşitli nedenleri bulunabilir. Bu nedenlerin kısıtlamaya dayanak teşkil edebilmesi için şirket menfaati, büyüme stratejileri ve sosyal düşünceler nazarında gerekçelendirilebilir olması gerekir. Halka arz, devralma işlemleri ve işçilerin şirkete katılmaları kanunda sayılan haklı sebeplerdir¹¹⁶⁷.

SerPK m. 29/6 uygulaması nisabı ve oy hakkından yoksunluğu ilgilendirir. TTK m. 461/2 uyarınca rüçhan hakkı ancak sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlanabilirken, SerPK’da oran çok daha düşük ve esnektir¹¹⁶⁸. Hükmün kapsamı nedeniyle, kısıtlama kararının sıhhati için aranan diğer şartlar ise bakidir.

ii. Sermaye azaltımı

Özel bir düzenlemeyi hak ettiği düşünülen ikinci karar sermayenin azaltımına ilişkindir. Zira bu kararın payın borsa fiyatını ve bu doğrultuda pay sahiplerinin haklarını etkilemesi son derece olasıdır¹¹⁶⁹. Kapalı anonim ortaklıklarda sermayenin azaltılmasına TTK m. 421/3’ün birinci cümlesi uyarınca karar verilecektir (TTK m. 473/3). Atıf yapılan hükme göre karar yetersayısı sermayenin %75’ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyudur. Ağırlaştırılmış yetersayılar için olduğu üzere ayrıca toplantı yetersayısı belirtilmemiştir (karma nisap modeli). Bu nedenle aynı oran toplantı yetersayısı olarak da düşünülmelidir.

SerPK m. 29/6’da öngörülen oran kapalı ortaklıklar için öngörülenden bir hayli uzaktır. Farklılık halka açık ortaklıkların ihtiyaçlarıyla ancak bir ölçüye kadar açıklanabilir. Bu nedenle yaratılan aşırı farklılık ölçsüz ve uyumsuz görülür¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁵ **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 61; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 143; Onur Görmez, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, İstanbul: Beta, 2017, s. 158.

¹¹⁶⁶ **Görmez**, s. 3-6; **Adıgüzel**, Rüçhan Hakkı, s. 2.

¹¹⁶⁷ **Adıgüzel**, Rüçhan Hakkı, s. 6-9. Diğer örnekler için bkz. **Görmez**, s. 101-102.

¹¹⁶⁸ **Adıgüzel**, Rüçhan Hakkı, s. 28.

¹¹⁶⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 143.

¹¹⁷⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 144. Yazar bu görüşü rüçhan hakkının kısıtlanması için de geçerli olacak şekilde paylaşmıştır.

iii. Önemli nitelikteki işlemler

İlk iki duruma nazaran maddenin uygulama alanını bir hayli artıran ise önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların da SerPK m. 29/6'ya tabi kılınmasıdır. Mezkûr hüküm “23 üncü maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen” işlemlerden bahsederek kanun koyucunun önemlilik nitelemesi ile doğrudan bağlantı kurar. 7222 sy. Kanun ile 20.02.2020 tarihinde değiştirilen SerPK m. 23/1'e göre, birleşme, bölünme, tür değiştirme, imtiyazlarda değişiklik yapma veya yeni imtiyaz tanıma kararları gibi yatırım kararlarını etkileyebilecek, ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemler önemli niteliktedir. Fakat sayım sınırlayıcı (*numerus clausus*) değildir. Bu belirtilenlere ek olarak, ikincil mevzuatta yer alan önemli nitelikteki işlemler de kapsama dâhildir¹¹⁷¹. Söz konusu mevzuat öncelikle II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği'dir¹¹⁷². Bu değişiklik öncesinde yürürlükte olan mülga II-23.1 sayılı Tebliğde ilişkili taraflardan önemli ölçüde mal varlığı edinmek veya kiralamak ayrıca önemli nitelikte sayılmıştı (m. 5/1-e¹¹⁷³). Güncel Tebliğde aynı ilişkili taraf vurgusu yoktur. Önemlilik ölçütünü karşılayan işlemler taraflarından bağımsız bir şekilde kapsama dâhildir. Buna karşın kısa dönem finansman sağlamaya dönük bazı işlemler ancak ilişkili tarafla akdedilir ise önemli görülmüş (ÖNİT m. 15/1-ı), ilişkili taraf vurgusu dar kapsamda da olsa muhafaza edilmiştir.

Tebliğe göre SerPK m. 23/1'de sayılanlar yanında¹¹⁷⁴, malvarlığı devirleri ve devir sonucunu doğuran işlemler ile sınırlı aynı hak tesis edilmesi de önemlilik ölçütünü sağladıkları takdirde birer önemli nitelikte işlemdir¹¹⁷⁵. Önemlilik ölçütü ise bu işlemlerin pay; aktifler toplamının, ortaklık değerinin veya gelir kalemleri toplamının payda olduğu herhangi bir oranın %75'ten fazla olmasıdır (ÖNİT m.6/1). Elbette ki ölçütün oranında ve hesabında dikkate alınması gereken özel durumlar

¹¹⁷¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 144; **Gürel**, Birleşme, s. 207; **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 97. Değişiklik öncesinde önemli nitelikteki işlemler beş bent hâlinde, yine sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmış ve devam düzenlemeler ikincil mevzuata bırakılmıştı.

¹¹⁷² RG. T. 27.06.2020, S. 31168.

¹¹⁷³ Damla Gül Tarhan, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 154-156.

¹¹⁷⁴ Kanunda sayılan işlem türleri II-23.3. sy. Tebliğ'de muhafaza edilmiş olmakla birlikte bazı somut işlemler önemli nitelikte sayılmamıştır. Örnek olarak, yeniden yapılandırma işlemlerinde halka açık ortaklık devralan konumunda ise ve fakat %50'den daha düşük bir oranda sermaye artırımı yapacaksa bu yapılandırma işlemi tebliğ ve kanun kapsamında değildir (ÖNİT m. 5).

¹¹⁷⁵ Damla Songur, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler**, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 76, dn. 211. ÖNİT m. 4/1-c şu şekildedir: “6 ncı maddede belirlenen önemlilik ölçütlerini sağlayan mal varlığının devri veya bu mal varlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis edilmesi veya bu mal varlığı üzerinde 3/1/2014 tarihli ve 28871 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)’nin 12 nci maddesine aykırı olmamak kaydıyla üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis edilmesi, (...)”

aynı maddede ayrıca düzenlenmiştir¹¹⁷⁶. Tebliğin varlığı diğer mevzuatı dışlayıcı etki yaratmayacaktır. Başkaca sermaye piyasası hukuku düzenlemelerinde önemli nitelikte oldukları ifade edilen işlemler de kapsama dâhildir. Ayrıca, açıkça ifade edilmemekle birlikte bütüncül bir bakışta ortaklığın temel faaliyetlerinde veya olağan ticari hayatında esaslı değişiklik yarattığı ve böylece yatırım kararlarının değişmesine sebep olabileceği tespit edilen temel işlemler SPK tarafından önemli nitelikte birer işlem olarak addedilebilecektir (ÖNİT m. 4/2 ila 3).

Son olarak, tüm önemli nitelikteki işlemlerin SerPK m. 29/6'nın kapsamında olmadığını hatırlatalım. Önemli nitelikte işlem ayrılma hakkının doğmasına neden olmuyorsa ve bu niteliğinden bağımsız olarak genel kurulda karara bağlanması gereken bir işlem de değilse¹¹⁷⁷ yönetim kurulu kararı alınması yeterlidir (ÖNİT m. 15/2). Bu hâlde ayrıca genel kurul toplantısı yapılmayacağından, SerPK m. 29/6 da uygulanmayacaktır.

2. Karar Alınması

SerPK m. 29 halka açık ortaklıklarının genel kurullarını düzenlerken üçüncü ve altıncı fıkralar bu kurulda kararın nasıl alınacağı ile ilgilenir. Burada ilk olarak yetersayı düzenlenmiş, ikinci olarak oy hakkından yoksunluk getirilmiştir.

a. Yetersayı

Hükmün kapsamındaki işlemlerin genel kurul tarafından karara bağlanabilmesi için, genel kurula katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisi olumlu yönde oy kullanmalıdır. Bu oran karar yetersayısı olup ayrıca bir toplantı yetersayısı öngörülmemiştir¹¹⁷⁸. Öğretide *Adıgüzel*, SerPK m. 29/3'te yapılan atıf uyarınca TTK m. 418'le düzenlenen toplantı nisabının uygulanması gerektiğini savunur. Buna göre ilk toplantıyla sınırlı olarak sermayenin dörtte birinin hazır bulunması aranır¹¹⁷⁹. Biz burada SerPK m. 29/3 hükmünün tamamen dışlandığı görüşündeyiz. Bir kere 29/6.

¹¹⁷⁶ Nicel ve nitel ölçütler hakkında bilgi için bkz. **Songur**, s. 117 vd.

¹¹⁷⁷ Genel kurul kararı esas sözleşme değişikliği veya önemli miktarda varlığın toptan satışı gibi genel kurulun devredilemez yetkisindeki bir işleme dair olabilir. Bunun yanında, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin onaylamadığı ilişkili taraf işlemleri de ayrılma hakkı doğurmayan bir önemli nitelikte işlem olsalar da genel kurulda onaylanacaktır.

¹¹⁷⁸ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 142; **Tarhan**, s. 189; Veliye Yanlı, “**Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 6, S. 2, s. 464; **Songur**, s. 190.

¹¹⁷⁹ **Adıgüzel**, Rüçhan Hakkı, s. 28-29; **Görmez**, s. 159. Olması gereken hukuk yönünden düşük de olsa toplantı yeter sayısına yer verilmesi gerektiği görüşünde **Tarhan**, s. 194.

maddede toplantı nisabı aranmayacağı açıkça ifade edilir. Ayrıca 3. fıkra da son cümlesiyle mezkûr fıkranın saklı olduğunu belirtir.

Bununla beraber sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısı genel kurula katılmışsa artık karar yetersayısı oy hakkını haiz payların çoğunluğudur. SerPK m.29/6'nın bu lafzında tartışılması gereken hususlar mevcuttur. Öte yandan, ilişkili taraf işlemlerinin esasları genel kurulun onayına sunulduğu takdirde SerPK m. 17/3'te adi karar yetersayısı öngörüldüğü hatırlanmalıdır. Düzenlemelerin çatışma hâli inceleme gerektiren diğer bir husustur.

Detaylı incelemeye geçmeden önce esas sözleşmesel özgürlüğün sınırlarına değinilmelidir. Burada kanun koyucu ortaklık esas sözleşmelerinde açıkça daha ağır bir yetersayı öngörülebileceğini, fakat kanuni düzenlemeyi hafifletmeyi hedefleyen esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda TTK sistemi takip edilmiştir¹¹⁸⁰.

i. Genel olarak

Kanun genel kurula katılımın yoğunluğuna göre iki farklı yetersayı rejimi düzenlemiştir. İlk olarak genel kurula katılım yoğun değilse, *ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oyu* karar yetersayısı olarak kabul edilir. SerPK m. 29/6 uyarınca oy kullanması yasaklanan pay sahiplerine ait paylar ve diğer herhangi bir nedenle oy hakkı bulunmayan paylar bu hesapta dikkate alınmaz¹¹⁸¹. Hükümde payların üçte ikisinden bahsedilmiş olması, TTK sisteminden ayrılan diğer noktadır. Zira TTK (m. 418 ve 421/1) uyarınca karar yetersayısı oyların çoğunluğudur. Bu farklılık, SerPK m. 29/6'da oyda imtiyazların etkisizleştirildiği izlenimi yaratır. Halbuki bu izlenim dahi yanlıştır; zira farklı itibari değerde pay çıkarılması yoluyla yaratılan imtiyaz bu lafızda varlığını korur.

Hükümde ikinci olarak, katılımın belli bir oranı aştığı durum düzenlenmiştir. Bu oran teknik anlamda bir toplantı yetersayısı değildir, zira genel kurul bu sayı olmaksızın da toplanıp ilk ihtimale göre karar alabilir. Bununla beraber, ölçüt toplantıya katılımdır, bu açıdan toplantı nisabına benzer bir konumda olduğu söylenmelidir. Buna göre oy hakkını haiz payların en az yarısı toplantıya katılmışsa karar yetersayısı bu payların çoğunluğudur. Öğreti anılan ihtimalde 6. ve 3. fıkraların

¹¹⁸⁰ Tarhan, s. 190; Songur, s. 190; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 707m vd.

¹¹⁸¹ Görmez, s. 159; Tarhan, s. 200-201.

(SerPK m. 29, ayrıca TTK m. 418) eşitlendiğini belirtir¹¹⁸². Lakin Kanun burada da oyların değil, payların çoğunluğundan bahseder. Hem toplantıya katılan payların hem karar yetersayısının hesabında sadece oy hakkını haiz paylar dikkate alınacaktır¹¹⁸³. Örneğin, sermayesi 110 adet paya bölünmüş bir halka açık ortaklıkta 10 adet payın oy hakkından yoksun olduğu ihtimalde, geriye kalan paylardan en az 50'sinin genel kurula katılması hâlinde yarıdan bir fazlanın, somut olayda 26 adet payın olumlu oyu ile karar alınabilecektir¹¹⁸⁴.

SerPK m. 29/6 hükmünün bu sistemi öğretide eleştirilir. Yapılan ilk tespit, katılım oranına göre TTK'da düzenlenen yetersayıların daha hafif kalabileceği şeklindedir¹¹⁸⁵. Bu tespiti oy hakkı bulunmayan payların, farklı itibari değerde pay gruplarının veya imtiyazın bulunmadığı (*ceteris paribus*) ortaklıkta örneklendirelim: 100.000,00 Türk Lirası sermayenin 1.000,00 TL itibari değerde 100 paya bölündüğü ortaklıkta esas sözleşmenin TTK m. 421 uyarınca değiştirilebilmesi için ikinci sefer toplanan 36 payın 19'unun olumlu oyu ile esas sözleşmeyi değiştirmek mümkünken SerPK m. 29/6 uyarınca 24 payın olumlu oyu gerekecektir. Böylece ilk toplantıda aynı yetersayıyla karar alacak olan ortaklıklardan kapalı ortaklık ikinci toplantıda esas sözleşmeyi değiştirmeyi başarırken halka açık ortaklık için aynı miktarda oy yeterli gelmeyecektir.

Sorun matematikseldir ve TTK hükümlerinden bağımsız olarak SerPK m. 29/6 sisteminden kaynaklanır. Aynı ortaklıkta 48 payın temsilinde 32 payın olumlu oyu gerekirken 50 payın katıldığı toplantıda 26 payın yeterli gelmesi ikili sistemin doğru kurgulanamamış olmasından kaynaklanır¹¹⁸⁶. Sayıların bize gösterdiği *de lege ferenda* çözüm, ikinci yetersayı rejimine geçişte eşiğin payların en az yarısının değil, üçte ikisinin hazır bulunmasına bağlanmasıdır¹¹⁸⁷.

Öğretide üzerinde durulan diğer bir husus, çok düşük katılımı yetersayının yine de toplantıda hazır bulunan oy miktarı üzerinden hesap edilmesinin yarattığı

¹¹⁸² **Tarhan**, s. 193. Bu tartışma hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Songur**, s. 191, dn. 144.

¹¹⁸³ Bununla beraber diğer pay sahiplerinin toplantıya katılması yine de mümkündür (**Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 61).

¹¹⁸⁴ **Görmez**, s. 159.

¹¹⁸⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 142-143. SerPK m. 29/6'da hükmün üçüncü fıkrası karşısında daha ağır veya daha hafif bir yetersayı öngörüldüğünün söylenemeyeceği yönünde **Tarhan**, s. 190.

¹¹⁸⁶ **Görmez**, s. 159; **Tarhan**, s. 193.

¹¹⁸⁷ Yüzde ellinin üçte ikisi 33,33 olduğuna göre ilk yetersayı rejiminde aranacak olan en yüksek karar yetersayısı da 100 birimde 34'e tekabül edecektir. Aynı yetersayıya ikinci rejimde yüzde altmış altı oranında katılım ile beraber ulaşmakta ve artarak devam etmektedir.

tehlikedir. Gerçekten toplantı yetersayısının yokluğunda sistem, arzu edilenden çok daha az miktarda olumlu oyun karar almasına imkân tanır. Öyle ki SerPK m. 29/3'te ve bu bağlamda TTK m. 418'de öngörülen yetersayıları ağırlaştırmayı hedefleyen SerPK m. 29/6 bazı hâllerde daha az sayıda payın olumlu iradesiyle karar almayı mümkün kılar. Yukarıdaki örnekte ilk toplantı için en az 25 payın, esas sözleşmenin değiştirilebilmesi için her hâlükârda asgari 34 payın toplantıya katılımı gerekirken, SerPK m. 29/6'ya göre sadece üç payın temsil edildiği genel kurulda 2 paya ait oyların olumlu olması karar almak için yeterli olacaktır¹¹⁸⁸.

Hükmün sorunları karşısında *Manavgat*, karar yetersayısının *de lege ferenda* toplam sermaye üzerinden hesaplanması gerektiği görüşündedir¹¹⁸⁹. *Görmez* ise yine TTK m. 418'deki toplantı yetersayısının burada da aranmasını savunur¹¹⁹⁰. *Tarhan* soruna dikkat çekerken, ilk toplantı için yetersayı arayan TTK düzenlemelerinin ikinci toplantının yapılabilmesi için yetersayı talep etmediğini hatırlatır. Bununla beraber yazar *de lege ferenda* yüzdesel olarak düşük bir toplantı yetersayısına yer verilmesini ve böylece çok az oranda sermayenin temsili ile karar alınmasının önüne geçilmesini önerir¹¹⁹¹.

ii. İlişkili taraf işlemlerinde

Konuyu ilişkili taraf işlemleri yönünden ayrı başlıkta incelememizin nedeni, SerPK'nın birden fazla hükmünün burada uygulanabilecek olmasıdır. Bu hükümleri kısaca hatırlarsak ilk olarak, ele almakta olduğumuz SerPK m. 29/6'da üçte iki ve adi çoğunluk şeklinde iki farklı karar yetersayısı öngörülmüştü. Bu maddeyi ilişkili taraf işlemleri ile bağdaştıran iki nokta bulunur. Birincisi, TTK m. 436 hükmüne atıfla oy hakkından yoksunluğun düzenlenmesidir. Böylece SerPK m. 29/6, bir özel karar alma süreci olarak çalışmanın kapsamına girmiştir. İkincisi ise sistemin doğasından kaynaklanır. İlişkili tarafla gerçekleştirilen işlem aynı zamanda SerPK m. 29/6'da sayılan kararlardan birinin konusunu oluşturuyorsa diğer sıfatlardan bağımsız olarak SerPK m. 29/6 hükmünü de dikkate almak gerekecektir. Özellikle, karara bağlanacak husus ilişkili tarafla akdedilecek bir işlem değilse, fakat bu karar bir ilişkili tarafa

¹¹⁸⁸ **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 61; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 143; **Görmez**, s. 158-159.

¹¹⁸⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 143.

¹¹⁹⁰ **Görmez**, s. 159. Aynı görüşü *de lege lata* savunan **Adıgüzel**, Rüçhan Hakkı, s. 28-29. Toplantı yeter sayısının ayrıca düzenlenmediği hâllerde karma nisaptan bahsedildiğini ve karar yetersayısının toplantı yetersayısını örtülü olarak içerdiğinin kabul edildiğini burada hatırlatalım, bkz. **Zengin**, s. 57.

¹¹⁹¹ **Tarhan**, s. 191, 194.

dolaylı olarak menfaat temin ediyorsa ortada yine de ilişkili taraf işlemi bulunduğunu savunan görüş¹¹⁹² söz konusu çakışmanın meydana gelme ihtimalini önemli ölçüde artırmaktadır. Önemli ölçüde malvarlığı devirleri diğer bir örnektir¹¹⁹³. Bu nedenle bahsedilen çatışma hâli teorik olmanın ötesinde aynı zamanda pratiktir, uygulamada görülecek niteliktedir.

Bahsedilen çatışmada dikkate alınması gereken ikinci yetersayı düzenlemesi ilişkili taraf işlemlerini konu edinen SerPK m. 17/3 hükmünde bulunur. Bu hükme göre, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onaylamadığı bir işlemin esasları genel kurulda, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karara bağlanır. Hangi hükmün uygulanacağı önemlidir. Zira maddelerdeki oy hakkından yoksunluk düzenlemeleri özdeş kabul edilse dahi SerPK m. 29/6'daki ilk karar nisabı ile SerPK m. 17/3'teki oran farklıdır. Bu nedenle düşük katılımlı genel kurul toplantılarında SerPK m. 17/3 uygulandığı takdirde daha az sayıda olumlu oyla karar alınabilecektir.

Doktrin SerPK m. 29/6'nın ilişkili taraf işlemleri bakımından özel hüküm olduğunu ve kapsamına giren olaylarda SerPK m. 17/3 yerine bu hükmün dikkate alınması gerektiğini savunur¹¹⁹⁴. Bu görüşe biz de iştirak ediyoruz. Zira iki hüküm arasındaki menfaatler dengesi incelendiğinde, SerPK m. 17/3'te temel hedef ilişkili taraf işleminin bağımsız kişilerce onaylanmasını sağlamakken, SerPK m. 29/6 hükmünün gayesi ortaklık için ayrı bir önem arz eden işlemlerin adi yetersayından daha yüksek yetersayılar ile karara bağlanmasıdır. İşlemin ilişkili tarafla akdediliyor olması kanun koyucunun bu gayesini değiştirecek nitelikte olmadığına, keza ilişkili taraf işlemleri hükümde dikkate alındığına¹¹⁹⁵ ve diğer hükmün uygulanması hâlinde SerPK m. 29/3 sistemine getirilen istisna tümüyle anlamsızlaşacağına göre, SerPK m. 29/6'da sayılan işlemlerin bu hükümdeki yetersayı uyarınca karara bağlanması, diğer hâllerde ise SerPK m. 17/3 hükmüne başvurulması gerekmektedir. Fakat bu ayrımın genel kurulda uygulanacak yetersayıyla sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle SerPK m. 29/6'nın kapsamındaki bir ilişkili taraf işlemi SerPK m. 17/3'te ve ilgili ikincil mevzuatta öngörülen özel karar alma sürecine tabi olmaya devam edecektir.

¹¹⁹² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 285.

¹¹⁹³ Mülga Tebliğ m. 5/1-e hükmünde ilişkili taraftan açıkça bahsedilirken, mezkûr hükmün KYT düzenlemelerine göre daha dar olduğu yorumu yapılmaktaydı (**Tarhan**, s. 155). Artık bu ibare yoktur. Lakin önemli ölçüde malvarlığı devri bakımından bu yorumun geçerliliğini koruduğu kanaatindeyiz.

¹¹⁹⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 145; **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 276. Aksi görüşte **Odman Boztosun**, s. 106. Yazar ilişkili taraflarla akdedilen önemli nitelikteki işlemlerin diğer kişilerle akdedilenlerden farklı bir yetersayıya tabi olduğunu ifade etmektedir.

¹¹⁹⁵ Burada bahsedilen, ilişkili tarafların oy hakkından yoksun kılınmış olmasıdır.

İşlemin bağımsız yönetim kurulu üyeleri tarafından onaylanmaması veya niteliği gereği her hâlükârda genel kurul kararına ihtiyaç duyması hâllerinde açıklamalarımız önem kazanacaktır.

b. Oy Hakkından Yoksunluk

SerPK m. 29/6 uyarınca karara bağlanacak işlemlerde, TTK m. 436/1'e göre *taraf olan ortaklar bu işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamazlar*. Burada düzenlenen oy hakkından yoksunluktur. İlgili pay sahipleri genel kurula ve müzakerelere katılabilecek, fakat oy kullanamayacaktır. Bu nedenle oy hakkından yoksun paylar karar yetersayısında dikkate alınmaz¹¹⁹⁶.

Oy hakkından yoksun payların sahipleri maddede *taraf olan ortaklar* şeklinde ifade edilmiş ve TTK m. 436/1 hükmüne atıfta bulunmuştur. Mezkûr hükmün kişi yönünden kapsamı çalışmamızın ilgili bölümde incelenmişti. Ulaşılan sonuç bir pay sahibinin kendisi veya vasıtalı ilişkili taraflarınca akdedilen işlemler bakımından oy hakkından yoksun kılındığı şeklinde idi¹¹⁹⁷. Görüşümüz SerPK m. 29/6'da yapılan atıf yönünden geçerliliğini korur. Buna göre, ilgili işlem bir pay sahibi ile veya onun vasıtalı ilişkili taraflarından biri ile gerçekleştirilecekse bu işlemin onaylanması aşamasında ilgili pay sahibi oy kullanamayacaktır¹¹⁹⁸.

Hükümlerin uygulama alanının kesiştiği hususlardan biri de oy hakkından yoksunluk müessesesidir. Zira SerPK m. 17/3'te *işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları* düzenlenmiştir. SerPK m. 29/6 uyarınca karara bağlanması gereken işlemin diğer tarafı bir pay sahibi olabilir. Fakat bu durum tek başına işlemin bir ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmesi için – güncel sermaye piyasası hukuku mevzuatı çerçevesinde – yeterli değildir. Zira SerPK'ya göre ilişkili taraf TMS 24 ekseninde tanımlanıp tespit edilecektir. Her pay sahibinin ilişkili taraf olmadığı ise ilgili bölümde açıklanmıştır. Bu nedenle pay sahibi (veya hükümlerde sayılan bir yakını) ile akdedilen bir işlemin genel kurulda onaylanması, SerPK m. 17/3 hükmünü ilgilendirmeyebilir. Diğer ihtimalde, karara konu işlemi akdedecek olan pay sahibi ilişkili taraf sıfatını haizdir ve işlem bir kez daha hem SerPK m. 29/6'nın hem de m. 17/3'ün kapsamındadır. Bu çakışma oy hakkından yoksunluk bakımından bir önem taşıyacak mıdır? Bize göre cevap olumsuzdur.

¹¹⁹⁶ **Bahtiyar**, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 61; **Görmez**, s. 159; **Tarhan**, s. 200-201; **Songur**, s. 197.

¹¹⁹⁷ Bu açıklamalar için bkz. yuk. I/B/1/a.

¹¹⁹⁸ Bu hususta bkz. **Tarhan**, s. 194 vd.

Bunlarla ilişkili kişiler (TTK m. 17/3) ibaresinin vasıtalı ilişkili tarafları ifade ettiği, TTK m. 436'nın kapsamı belirlenirken mümkün olduğu ölçüde yönetsel yeti kavramı lehine yorum yapılması gerektiği, bu nedenle aslında hükümde de kapsamın vasıtalı ilişkili taraflar ekseninde ele alınabileceği ilgili kısımlarda ifade edilmişti. Görüşümüz uyarınca her iki hükümdeki oy hakkından yoksunluk müesseselerinin aynı somut durumları karşılayacağı ve bu nedenle mevcut çakışmanın bu açıdan bir sonucu olmadığı düşüncesindeyiz. Fakat düzenlemelerin içeriklerinin farklı olduğu görüşü desteklenirse¹¹⁹⁹, o zaman bir önceki başlıktaki açıklamalarımıza paralel olarak uygulanacak hükmün tespit edilmesi ve hangi hüküm uygulanıyor ise yine aynı hükmün düzenlediği yoksunluk hâlinin dikkate alınması gerekecektir.

Son olarak, oy hakkından yoksunluğun Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nde ne şekilde düzenlendiğine değinmek gerekecektir. Tebliğ içerisinde genel kurul toplantılarına ayrı bir madde hasredilmiş ve burada SerPK m. 29/6 hükmüyle uyumlu yetersayılar öngörülmüştür. Fakat oy hakkından yoksunluk için değişikliğe gidilmiştir. Geride kalan küçük azınlığın karar mercii hâline gelmesi artık bu noktada desteklenen değil endişe doğuran husus hâlini almıştır. Hükme göre, *önemli nitelikte işleme TTK'nın 436ncı maddesinin birinci fıkrasına göre taraf olan nihai kontrol eden pay sahibi statüsündeki gerçek kişiler veya bunların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketler, bu işlemin gerçek kişilerin kendileri için doğrudan kişisel nitelikte sonuç doğurması halinde, söz konusu önemli nitelikteki işlemin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamazlar* (ÖNİT m. 10/3). Önemli nitelikteki yeniden yapılandırma işlemleri aynı fıkranın son cümlesiyle dışlanmış, oy hakkından yoksunluğun bu kararlarda işletilmeyeceği ifade edilmiştir.

Bazı yazarlara göre bu hüküm yoksunluk uygulamasını daraltmıştır¹²⁰⁰. Diğer bazı yazarlar ikincil mevzuatın genişletici olduğu görüşündedir¹²⁰¹. Gelineen noktada öğreti TTK m. 436'nın uygulanmasına işaret eder¹²⁰². Görüşü gerekçelendirenlerin iddiaları tebliğ düzenlemesinin kanuna aykırı olduğu ve SPK'nın bu değişikliği yapmaya yetkilendirilmediği şeklindedir¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 146.

¹²⁰⁰ **Yanlı**, Önemli Nitelikteki İşlemler, s. 466.

¹²⁰¹ **Tarhan**, s. 194; **Songur**, s. 194, dn 150.

¹²⁰² **Sönmez**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 276; **Tarhan**, s. 196; karş. **Yanlı**, Önemli Nitelikteki İşlemler, s. 466. Mülga tebliğ hükmüne ilişkin olarak ayrıca bkz. **Gürel**, Birleşme, s. 207.

¹²⁰³ **Tarhan**, s. 194. Yazar bu açıklamalarını mülga Tebliğ zamanında yapmıştır. Fakat eski ve yeni hükümler arasındaki farkların sınırlılığı karşısında söz konusu açıklamalar geçerliliğini korur.

3. Usule Aykırılığın Sonuçları

SerPK m. 29/6'da yer alan kurallara aykırı şekilde karar alınmasının yaptırımını mezkûr maddede düzenlenmemiştir. Bu nedenle kuralların niteliğinden hareketle genel hükümleri uygulamak gerekecektir. Hükümde ilk olarak karar yetersayısı düzenlenir. Yetersayı, çok taraflı bir işlemle kararın meydana getirilmesi ve böylece ortaklığın irade beyanının somutlaşması için gereklidir. Yetersayılara uyulmaksızın alınan kararların irade beyanı olarak değeri yoktur. Bu nedenle uygulanması gereken yaptırım da yokluktur. Gerçekten ortaklık genel kurulu SerPK m. 29/6'da sayılan işlemleri hükümde şart koşulan yetersayıya uymaksızın karara bağlarsa bu karar yok hükmündedir¹²⁰⁴. Yokluğun tespitini tüm ilgililer ileri sürebilir. SPK'nın yokluğun tespiti davası açma hakkı ise 3 ay ve 5 yıllık sürelerle tabidir (SerPK m. 92/1-b).

İkinci düzenleme ise ilişkili tarafların oy hakkından yoksunluğuna dairdir. Bu müessese işlemin tarafı olan kişinin şahsi menfaati ile şirket menfaati arasındaki çatışmayı düzenlediği ve ilişkili tarafları hedef aldığı için ayrı bir bölümde, özel karar alma süreci olarak incelenmişti. İlgili açıklamalarımız dâhilinde oy hakkından yoksunluk hükümlerine riayet edilmeksizin alınan kararların iptal edilebileceğini ifade etmiştik. Bu açıklamalarımız ve bunlarla bağlantılı tartışmalar için ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹²⁰⁵.

¹²⁰⁴ **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 722a. Yetersayı kuralına aykırı kararların sadece iptal edilebilecekleri yönündeki aksi görüş için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 145. Konunun toplu bir değerlendirmesi için **Zengin**, s. 484 vd.

¹²⁰⁵ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, I/C/3.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNDE GEÇERSİZLİK VE HUKUKİ SORUMLULUK

Yukarıdaki tüm açıklamalarımızın işaret ettiği üzere, anonim ortaklıkların ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdikleri işlemler *per se* hükümsüz değildir. İlişkili taraf işlemlerinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe akdedilebileceği düşüncesi ise çok uzun zaman önce terk edilmiştir. Gerçekten bu kapsamdaki bazı işlemler için işleme dönük iradenin karara bağlanmasında özel bir usul öngörülmüş, usuldeki aksaklıklar yaptırıma bağlanmıştır. Bazı işlemler için bildirimde bulunulması yeterli görülür. Bir kısım ilişkili taraf işlemi ise her türlü özel muameleden muaftır. Bu şartlar altında şu soruyu cevaplamak zarureti doğar: Hangi ilişkili taraf işlemleri geçersizdir? Bundan da öte, ilişkili taraf işlemi olmak bir geçersizlik nedeni midir?

Cevabı olumlu olan bu sorulara, yanlış anlaşılmayı önlemek adına ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira yorum faaliyetindeki yanlışlıklar ya da eksiklikler diğer bir temel prensibi, işlem güvenliğini zedeler. Bununla beraber, ilişkili taraf işlemlerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşabileceği ve bu sıfatları nedeniyle özel incelemeye tabi tutulmaları gerektiği mutlak surette kabul edilmelidir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ilk olarak ilişkili taraf işlemlerinin ne zaman geçersiz olduklarını ele alacağız. Geçersizliğin kendini ne tür bir sakatlık olarak göstereceği işlemin ortaklık düzlemindeki ve dış dünyadaki yansımaları bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Çalışmamızın bu bölümünde temel gayemiz, ilişkili taraf işlemlerini kendi kuralları bulunan ayırık bir hukuk kurumu olarak kabul edip bu çerçevede genel borçlar hukuku kaideleri karşısında adeta test etmektir. Bu testi geçemeyen işlemleri akdedenlerin hukuki sorumluluğu ise bu kapsamda ele alınması gereken temel sorunlardan bir diğeridir.

İlişkili taraf işlemlerinin geçersizliği, tarafımızca ispatlanmaya çalışıldığı üzere sadece genel hükümlere bağlı değildir. Kanun koyucu hâlihazırda bazı düzenlemeler vasıtasıyla ilişkili taraf işlemlerinin geçerli addedilmesini koşullara bağlamış ve hatta daha ileriye giderek, bazı ilişkili taraf işlemlerini bütün olarak yasaklamıştır. İlişkili tarafların ortaklığa borçlanması konu alan düzenlemeler ile esas uygulama alanını sermaye piyasası hukukunda bulan örtülü kazanç aktarımı yasağı bu niteliktedir. Dördüncü bölümün diğer başlıkları işte bu düzenlemelere ayrılmıştır. Bu bölümde

son olarak, TTK 195 vd. hükümlerle hukuk sistemimize kazandırılmış olan şirketler toplulukları, zararlı ilişkili taraf işlemleriyle olan bağlantıları ölçüsünde ele alınacaktır. Özel hükümlerin varlığı nedeniyle ortaya çıkan uygulanacak hüküm problemi buradaki ana inceleme konumuzdur.

I. ZARARLI İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

Nasıl ki ilişkili taraf işlemi TTK'da tanımlanmadıysa *zararlı ilişkili taraf işlemleri* de Türk ortaklıklar hukukuna yabancısıdır. En azından kavramsal boyutta bu böyledir¹²⁰⁶. Kuramsal boyutta ise ilişkili taraf işlemlerinin ayrıca incelenmeye değer bir işlem grubu olduğunu; bunları bütüncül şekilde ele almanın menfaatler dengesi açısından fayda sağlayacağını ifade etmiştik. Nihayetinde bu denge, işlemleri yararlı ve zararlı olarak ikiye ayırmayı zorunlu kılar¹²⁰⁷. Zararlı ilişkili taraf işlemi olarak sınıflandırılmanın neticesi hukuk düzeni tarafından dışlanmaktır. Nasıl sorusunun cevabı ise bu bölümün konusudur.

A. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

Zararlı ilişkili taraf işlemlerini doğrudan bu isim ve kapsam altında düzenleyen bir hüküm yoktur. Buna karşılık hem anonim ortaklığın tipine hem de işlemin türüne göre bazı somut olayların TTK ve SerPK tarafından dikkate alındığı görülür. Yorum faaliyetine duyulan ihtiyacı sınırlayan, fakat dar bir kapsamı ele alan bu hükümlerin öncelikle tespiti gerekmektedir. Aşağıdaki başlıkların gayesi budur. Özel hükümlerin tespitinden sonraki ikinci aşama TTK'nın hangi hükümlerinin ve hangi ortaklıklar hukuku ilkelerinin zararlı ilişkili taraf işlemlerine uygulanacağını ortaya koymaktır.

1. Halka Açık – Kapalı Anonim Ortaklık Ayrımı

Pozitif hukuk düzenlemelerinde karşımıza çıkan ilk ayırım halka açık ve kapalı anonim ortaklık ayırımıdır. Zira tüm dünyada halka açık ortaklıklar için kapsamı daha belirgin ve ekseriyetle daha sıkı ilişkili taraf işlemi düzenlemelerine yer verilir. Bu tercihte genel hükümler ile düzenlenen konuların sınırlı olması kadar düzenlemelerin sermaye piyasaları için elverişli olmaması da etkilidir. Keza ilişkili taraf işleminin sermaye piyasalarındaki yararlı işlevleri hukuk politikası çerçevesinde dikkate alınır

¹²⁰⁶ Kavramı Türk hukukunda kullanan yazarlar için bkz. **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 8; Ali Hakan Evik, **Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 98.

¹²⁰⁷ Bu konudaki kuramsal açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I/A/2/c.

ve düzenlemeleri etkiler¹²⁰⁸. Türk hukuku da bu düşünceden hareketle halka açık ortaklıklara uygulanacak özel hükümler öngörmüştür.

Halka açık ortaklık SerPK m. 3/e, 16/1 ve 16/3 uyarınca payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıktır. Payları halka arz edilmiş sayılma, SerPK m. 16/1 uyarınca ortaklığın pay sahibi sayısının beş yüzü aşması hâlinde söz konusu olur. Bu terimlere bir de payların borsada işlem görmesi hususu eklenmelidir. Fakat borsa kotuna alınmamış halka açık anonim ortaklıklarla yine de karşılaşılabılır¹²⁰⁹.

Üç kavram (arz edilme, arz edilmiş sayılma, borsada işlem görme) zamansal yönden bazen aynı anda bazen birbirini takip eden yakın periyotlarda gündeme gelir. Bu nedenle aralarında fark bulunmadığı izlenimi doğabilir. Fakat konumuz açısından bu ayrım önemlidir. Zira durumu bir örnekle açıklamak gerekirse Kurumsal Yönetim Tebliği'nde bazı bölümlerin sadece payları borsada işlem gören ortaklıklara ve yer yer bunlar arasında da farklılaşmaya giderek uygulanacağı hatırlanmalıdır.

Konuya ilişkili taraf işlemleri yönünden yaklaştığımızda SerPK m. 17/3'te halka açık ortaklıklardan; SerPK m. 21/3'te ise halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile birlikte bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarından bahsedildiğini görmekteyiz. SerPK m. 21'in başlığı örtülü kazanç aktarımı yasağıdır. İçeriğine baktığımızda halka açık ortaklıkların (ve maddede sayılan diğer ortaklıkların) ilişkili tarafları ile akdettikleri işlemlerin denetime tabi tutulduğu, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerden farklı şartları taşıyan ilişkili taraf işlemlerinin yaptırıma bağlandığı anlaşılır¹²¹⁰.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin kuramsal tanımında, ortaklığın ilişkili tarafıyla gerçekleştirdiği işleminden (= ilişkili taraf işlemi) doğan edimler karşılaştırılır. Bu karşılaştırma neticesinde ortaklıktan ilişkili tarafa değer aktarıldığı söylenebiliyorsa ilişkili taraf işleminin zararlı olduğundan bahsedilir. İşlemden kasıt sinallagmatik sözleşmeye değer aktarılıp aktarılmadığını tespit için, tarafların edimleri arasındaki değer farkı bulunur. Yapılan alışverişte ortaklığın vazgeçtiği (malvarlığından çıkan) değer ile elde ettiği değer arasındaki “değersel” farklılık emsallere uygun değilse

¹²⁰⁸ Sönmez, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 267.

¹²⁰⁹ Bahtiyar, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 18-21. Pay dışındaki sermaye araçlarının borsada işlem görmesi ilgili ortaklığa payları borsada işlem gören ortaklık sıfatını kazandırmayacaktır, bkz. **Odman Boztosun**, s. 33.

¹²¹⁰ Kapsama dair tüm bu açıklamalar için bkz. aşa. III/A.

yapılan işlemin ortaklık için faydalı olmadığını söylemek gerekecektir, meğerki şirket menfaati bu işlemi haklı gösterebilir¹²¹¹.

Ortaklığın akdettiği işlemin bir değer kaybına neden olması hâlinde, eğer ki işlem bir ilişkili tarafla gerçekleştirilmediyse tek söylenebilecek olan, yöneticilerin yanlış kararı nedeniyle ortaklığın “kaybettiği” ve nihayetinde riskin ortaklık tarafından sönmüneceğidir¹²¹². Bununla beraber, aynı kayıp ilişkili taraf işleminin neticesiyse kayıp – ekonomik anlamda – ilişkili tarafın kazancına dönüşür. Kuramın buradaki varsayımı ilişkili tarafın, yönetsel yetiden istifade etmek suretiyle şirketin menfaatine olmayan işlemi yapmayı arzuladığıdır. Bu varsayımda şirket menfaatinin ilişkili taraf lehine ihlâli kabul edilmeyecek ve yaptırıma tabi tutulacaktır. SerPK m. 21 hükmü de halka açık ortaklıkları bu sonuçtan korumaya çalışır. Her ne kadar malvarlığında meydana gelen azalmalardan bahsetmiş ve bu nedenle hükmün uygulama alanını ekonomik değerlerin aktarımıyla sınırlamış olsa da¹²¹³ mezkûr madde zararlı ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak hukuk bakımından özel hüküm niteliğindedir. Hüküm tüm halka açık ortaklıkları kapsar.

TTK m. 330’a göre özel kanunlara tabi anonim şirketlere TTK hükümlerinden önce özel kanun hükümleri ve özel hükümlerin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemeler uygulanacaktır¹²¹⁴. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin sonuçlarının düzenlenmesi noktasında, örtülü kazanç aktarımına dair SerPK m. 21 özel hükümdür. Halka açık anonim ortaklıklar (ve kolektif yatırım kuruluşları) tarafından gerçekleştirilen işlemlerden hangilerinin zararlı olduğu ve bu durumun sonuçları öncelikle mezkûr hükmün çizdiği sınırlar çerçevesinde yorumlanır. Bu bölümde yapacağımız açıklamalar ancak aksi özel hükümle düzenlenmediği sürece veya özel hükmün yorumuna yardımcı olduğu ölçüde dikkate alınmalıdır.

¹²¹¹ Bu durumda negatif sonuçtan, diğer bir ifade ile değer kaybından bahsetmemek gerekir. Eğer şirket menfaatinin işlemi doğruladığını söyleyebiliyorsak söz konusu işlem aslında ortaklık için yararlıdır; fakat bu yararın ekonomik dışavurumu yoktur. O nedenle yapılan ölçümde ortaklığın değer kaybettiği gibi yanlış bir sonuca ulaşılır.

¹²¹² Türk Dil Kurumu’na göre sönmünelemek, fizikte bir salınım hareketinin genliğini küçültmek, azaltmak, itfa etmek anlamına gelir. Ticaret terimi olarak ise bir borcu, her yıl ödenen taksitlerle belli zaman sonra ödemek, itfa etmek demektir. Bizim burada ifade etmek istediğimiz, meydana gelen (maddi ya da gayri maddi veya manevi) kaybı taşıması ve ortadan kaldırması gerekenin ortaklık olmasıdır. Eğer şartları varsa, özellikle kayıp kendini özen borcuna aykırılık temelli bir zarar şeklinde göstermişse bazı kişilerin sorumluluğuna başvurmak ve zararın tazminini sağlamak mümkündür. Fakat bu ihtimalde dahi aslında kaybı sönmüneleyen ortaklık olmuş; riski ortadan kaldırabilmek adına elindeki dava haklarını kullanmıştır.

¹²¹³ Bu yönde Şahin/ Tok, s. 812.

¹²¹⁴ Çağlar Manavgat, “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları”, İÜHF, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 288-289; karş. Paşlı, Temel İlkeler, s. 144.

2. Özel Hükümle Düzenlenen İlişkili Taraf İşlemleri

Kuramda ağırlık kimin ilişkili taraf olduğunu tespittedir. Gerçekten TMS 24 veya KVK m. 13 gibi detaylı düzenlemeler ilişkili taraf çevresini etraflıca ele almış, fakat işlem kavramı hakkında az sayıda açıklamaya yer vermiştir. Örnek olarak TMS 24.9 işlemi *işletme ile ilişkili bir taraf arasında kaynakların, hizmetlerin ya da yükümlülüklerin, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferi* olarak tanımlamakla yetinir. Fakat bu açıklamalar dahi kapsamın ne kadar geniş olduğunu ortaya koymak için yeterlidir¹²¹⁵.

Böylesi bir işlem yelpazesinde kanun koyucu bazı işlemleri ayrıca düzenlemiş; önemine ve etkisine binaen hâlihazırda kurala bağlamıştır. İlişkili tarafların ortaklığa borçlanmaları bu duruma örnektir. Konu iki farklı hükümde ele alınmıştır. İlk olarak, TTK m. 358’de pay sahiplerinin hangi şartlar altında ortaklığa borçlanabileceği açıklanmış ve böylece bu şartları taşımayan borçlanmalar zararlı ilişkili taraf işlemi olarak sınıflandırılmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin ve vasıtalı ilişkili tarafların ortaklığa nakit borçlanmaları ise başkaca bir şart öngörülmezsizin zararlı ilişkili taraf işlemi sınıfına dâhil edilmiştir (TTK m. 395). Her iki maddenin kendince derinliği ve doktrinde tartışmalı yönleri bulunur. Bunlar çalışmamızın devamında¹²¹⁶ ayrıca incelenecektir.

TTK m. 358 ve 395 başta ödünç sözleşmeleri olmak üzere ilişkili taraf ve ortaklık arasında akdedilen bazı sözleşmeleri ele alır, bunların zararlı olup olmadığını pozitif hukuk kuralında ortaya koyar. Artık bu işlem türlerinin genel hükümlerden hareketle incelenip nitelendirilmesine gerek ya da imkân yoktur. Bununla beraber, hükümlerin ihdasında ilişkili taraf işlemleri kuram olarak dikkate alınmış değildir. Bu nedenle, kurulan menfaat dengesinin mezkûr kuram ışığında değerlendirilmesi ve yorum faaliyetinde bu hususun gözetilmesi gerekir, en azından faydalı görülmelidir.

Son olarak, TTK m. 512’nin de uygulama alanını doğrudan etkilediğinin altını çizmek gerekir¹²¹⁷. Pay sahiplerine kâr payı adı altında yapılan ödemelerin haksız ve kötüniyetli olup olmadığı mezkûr madde uyarınca değerlendirilir. Bu nedenle ilişkili

¹²¹⁵ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/D.

¹²¹⁶ Dördüncü Bölüm, II.

¹²¹⁷ İsviçre hukuku için bu yönde Jean-Luc Chenaux/ Alexandre Gachet, “**Art. 678**”, *Commentaire Romand Code des obligations II* (Ed. Pierre Tercier/ Marc Amstutz/ Rita Trigo Trindade), 2^e édition, Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2017, N. 28.

taraf sıfatını taşıyan bir pay sahibi ile ortaklık arasında gerçekleştirilen ve kâr payının ödenmesini konu alan işlemler çalışmamızda ayrıca incelenmeyecektir.

3. Görüşümüz

Ortaklık malvarlığının örtülü şekilde ilişkili taraflara devredilmesi sonucunu doğuran işlemlerin açık kanuni düzenlemelerin yokluğunda da yaptırıma tabi olduğu açıktır. Bu yaptırım kendini safi iade yükümlülüğü, butlan veya iptal edilebilirlik gibi çeşitli şekillerde gösterir. Kanunilik ilkesi çerçevesinde cezai sorumluluğun gündeme gelmesi de mümkündür¹²¹⁸. Fakat bu sonuçları dikkate alıp ilişkili taraf işlemlerinin bir kısmını zararlı addeden hükümler yukarıdakilerle sınırlıdır. Diğer hâllerde hukuki sonuçlar, ortaklıklar hukukunun genel ilkeleri ile bu ilkelerin somutlaştığı genel hükümler çerçevesinde, ilişkili taraf işlemlerinin modern bütüncül anlayışının gerekli kıldığı şekilde tespit olunur. Başka deyişle, bir işlemin ne zaman ilişkili taraf işlemi olarak kabul edileceği, hangi şartlar altında zararlı addedileceği ve en önemlisi, bir işlemin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak sınıflandırılmasının ortaklıklar hukukunda herhangi bir sonucu olup olmadığı ciddi yorum faaliyeti sonucunda tespit edilebilir.

Elbette ki bu tespit sadece kapalı anonim ortaklıklar için ve ortaklığın ilişkili tarafa borçlanması konu *almayan* işlemlere yönelik yapılacaktır. Diğer işlemler ise yukarıda açıklandığı üzere özel hükümlerin konusudur. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, görünürdeki işlem ile gerçekteki işlem arasındaki farkın uygulanacak hükme etkisidir. Muvazaa hâlini örnek alalım. Burada iki ihtimal bulunur. İlk olarak, gizlenen işlem özel hükümlerle düzenlenmemiş bir satım ilişkisi olup zararlı ilişkili taraf işlemi niteliğindedir. Fakat görünürdeki işlemde ilişkili taraf ortaklığa borçlanır ve işlem TTK m. 358 veya 395'in kapsamına girmektedir. Daha muhtemel olan diğer ihtimalde ilişkili taraf ortaklığa borçlanmakta, fakat borçlanma işleminin şartlarını dolanmak ya da borçlanma yasağını göz ardı edebilmek amacıyla görünürde başka bir sinallagmatik sözleşme akdedilmektedir.

Son örnekte görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle geçersizdir. Gerçek iradeyi yansıtan borçlanma işlemi ise TTK'daki açık hükümler ışığında değerlendirilmelidir. Eğer ki, ödücün TTK m. 358'deki şartları sağlaması durumunda olduğu gibi, geçerli

¹²¹⁸ Arslan Kaya, "Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK'ya Tabi Şirketler/ Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi – Vakıa Üzerinden Bir Deneme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3 (Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), s. 1537.

bir borçlanmadan bahsedilebiliyorsa tarafların gerçek iradesini yansıtan borçlanma işlemi hukuki varlığını devam ettirecektir. Tam tersi ihtimalde ise ilk bakışta ortaklık ilişkili tarafa ödünç veriyor gözüксе de aslında farklı bir sonuç arzu edilmekte; belki de ilişkili tarafın ortaklığa ödünç vermesi söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda borçlanma işleminin geçersizliğini muvazaa temin eder. Tarafların gerçek arzusunu yansıtan ilişkili taraf işleminin geçersiz olup olmadığı ise kanaatimizce hem ilişkili tarafların ortaklığa borçlanmasına ilişkin hükümler hem de bu bölümde incelenecek ilkeler çerçevesinde ikili denetime tabi tutulmalıdır. Zira işlemin gerçek doğası borçlanmaya yönelmese dahi dış dünyada kendini gösteren borçlanma işlemidir. Bu demektir ki işlemin hukuki sonuçları ilişkili tarafın ortaklığa borçlanmasını andırır. O zaman kanun koyucunun öngördüğü sistem muvazaa karşısında dahi işletilmelidir. Eğer ortaklık organları ilişkili taraf işlemi öncesinde bu hususu karara bağlamışlarsa kararın geçerliliğinin tespitinde de aynı yöntemi izlemek gerekir.

B. Unsurları

Bu noktada sorulması gereken, kapalı anonim ortaklıkların gerçekleştirdikleri hangi işlemlerin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirileceğidir. TTK bu soruyu doğrudan cevaplamış değildir. Fakat kanunun çizdiği sınırların belirsizliği imkânların darlığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira ortaklıklar hukuku ilkelerinin en güncel dışavurumu olan ilişkili taraf işlemleri yine bu ilkeleri somutlaştıran maddeler çerçevesinde sonsuz ihtimale karşılık gelir. O nedenle hedef, kanunun sistematüğini doğru yansıtan uygulamayı tespit etmek olmalıdır.

1. Yöntemin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Çalışmamızın önceki bölümlerinde desteklediğimiz görüş, ekseriyetle ortaklığı kontrol edenlerin bu kontrolü kötüye kullanacağını, ortaklığa ait değerleri kendilerine geçireceklerini, böylece hem şirket menfaati hem de diğer menfaat grupları aleyhine davranmış olacaklarını varsaymıştır. Bu varsayım ne kadar doğru olursa olsun, ortaklıkların ilişkili taraflarıyla işlem yapmalarını tamamen yasaklamak kabul edilemez. Zira ortaklığın bu işlemlerden yarar sağlaması, rekabetçi piyasada bu işlemlerden mahrum kalmasının tehlike arz etmesi, yasaklamanın yatırım isteğini azaltması son derece mümkündür. Halbuki tüm bu sayılanlar ortaklıklar hukukunun

desteklediği veya en azından koruduğu durumlar arasında yer alır. O hâlde çözüme bağlanması gereken son bir menfaat çatışması daha mevcuttur: 6102 sy. TTK'da bir ilişkili taraf işlemi ne zaman zararlı sayılmalıdır?

Kuramın bize gösterdiği iki temel unsur vardır. Bunlardan ilki, işlemin ortaklık ve ilişkili taraf arasında akdedilmesidir. Burada yapılması gereken, açık hükmün yokluğunda ilişkili taraf kavramının kapsamının belirlenmesidir. İkinci olarak, işlem ancak ortaklıktan ilişkili tarafa değer çıkışı yaratması hâlinde zararlı addedilebileceği için bu unsurun somutlaştırılması gerekir. Sinallagmatik sözleşmelerde ortaklık karşı edimi talep hakkını edinmekte, bu nedenle işlemin zararlı olup olmadığını tespit zorlaşmaktadır. Biz *karşı edimde nispetsizlik* olarak adlandırdığımız durumda ilişkili tarafın kazanımının ortaklığına orantısız olmasını arayacağız. Edimler arasındaki fark ilişkili tarafa aktarılan değere ve bu nedenle işlemi zararlı kılan unsura karşılık gelecektir.

Bir ilişkili taraf işleminin zararlı olarak nitelendirilebilmesi için başkaca bir unsur aranıp aranmayacağı tartışılması gereken diğer bir husustur. Bu tartışmada kılavuz, bir ölçüde mehz kabul edebileceğimiz İsviçre hukuku olacaktır.

b. İsviçre Hukukunda Durum

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin İsviçre hukukundaki durumunu iki kısımda ele alacağız. İlk olarak, bu satırların yazıldığı esnada yürürlükte olan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 678. maddesi ile bu hükmün TTK'daki karşılığını inceleyeceğiz. İkinci olarak, 2020 yılında gerçekleştirilen ve 2022 yılında yürürlüğe girmesi beklenen¹²¹⁹ değişik 678. madde ile yeni ihdas edilen 678a maddelerini aktaracağız. Zira hükümde yapılan değişiklik ilişkili taraf işlemlerine dair tezimizi doğrudan etkilemektedir.

Öncelikle Türk hukukuna bakalım. Kâr payının iadesine ilişkin TTK m. 512 iki fıkradan oluşur. Metin şöyledir: (1) *Haksız yere ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları hakkında da aynı hüküm uygulanır. (2) Geri alma hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.* Mezkûr hükmün kaynağı olarak OR Art. 678 gösterilir. Lakin iki madde arasında önemli

¹²¹⁹ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html> (E.T. 07.06.2021)

farklar vardır¹²²⁰. İlk olarak, OR Art. 678/I daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Kişi yönünden kapsamına pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri dışında bunlara yakın olan kişiler de dâhildir. Konu yönünden ise iadesi talep edilebilecek olan aktarımlarda başka tür menfaatler şeklinde ek bir kalem daha bulunur, ki TTK'nın lafzında böylesi bir genişletme yoktur. İadenin ortaklık ile beraber ortaklığa ödenmek üzere ayrıca pay sahipleri tarafından da talep edilebilmesi iki madde arasındaki diğer bir farklılıktır¹²²¹.

Konu yönünden kapsamı genişleten ve iki maddeyi birbirinden uzaklaştıran asıl düzenleme ise kanaatimizce OR Art. 678/II'dir. Bu hüküm uyarınca, ortaklığın ekonomik durumuna göre ve karşı edime nazaran açık bir nispetsizlik barındıran diğer edimler de ortaklığa iade edilmelidir. Bu yükümlülük pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri ile birlikte bunların yakınlarına getirilmiştir¹²²². Elbette ki hükmün zararlı ilişkili taraf işlemlerini doğrudan düzenlediği söylenemez. Özellikle kişi ve konu yönünden tam bir örtüşme söz konusu değildir. Bununla beraber ortaklığın malvarlığını koruma amacı güden OR Art. 687/II ile zararlı ilişkili taraf işlemlerinin TTK'daki izdüşümü arasında ciddi benzerlik bulunduğu kanaatindeyiz. Özellikle, haksız dağıtılan kâr payı ve ilişkili tarafların ortaklığa borçlanması meseleleri için benimsenen benzer çözümler, kanuna şekil veren ilke ve uygulamalardaki yakınlık bu duruma işaret etmektedir. Bu nedenle bir işlemin ne zaman zararlı ilişkili taraf işlemi olarak kabul edileceğini İsviçre hukuku ekseninde ele alacağız. Fakat tüm bu süreçte OR Art. 678/II benzeri bir hükmün Türk hukukunda bulunmadığını akılda tutmak gerekir¹²²³. Peşinen ifade etmek isteriz ki, benzer içerikte bir hükme TTK'da

¹²²⁰ Bu konuda tespit ve açıklamalar için bkz. **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 153-155; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 90-94.

¹²²¹ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 153. Kullanılan terminoloji yönünden bu konu son derece dikkat çekicidir. Hükmün Fransızca metninde ilgili kısım "(...) *les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches*, (...)" şeklindedir. Almanca metne baktığımızda ise, "(...) *Aktionäre und Mitglieder der Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen*, (...)" şeklinde bir lafız görmekteyiz. Almanca metindeki "*die nahe stehende Personen*" kavramı, IAS 24'ün Almanca çevirisi ile konuya ilişkin nice kaynakta ilişkili taraflar anlamında kullanılmaktadır. Öyle ki – Fransızcada olanın aksine – yerleşik bir hukuk kavramı hâlini aldığını dahi savunmak mümkündür. İşte bu nedenle OR Art. 678/I zararlı ilişkili taraf işlemlerine doğrudan yer veren bir hüküm olarak düşünülebilecektir. Ne yazık ki TTK m. 512'nin kişi yönünden kapsamı her hâlükârda bu grubu dışarıda bırakmıştır.

¹²²² **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 6 vd.; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 153; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 92-93; Hans Caspar von der Crone/ Yves Mauchle, "**Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR**", SZW (RSDA), Y. 2015, S. 3, s. 200 vd. Karş. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Rolf Watter, **Basler Kommentar – Obligationenrecht II-I**, 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012, Art. 678, N. 6; Stephan Dekker, "**OR 678**", Aktienrecht Kommentar (Hrsg. Jeannette Wibmer), Zürich: Orell Füssli, 2016, s. 220.

¹²²³ Kanaatimizce farklılığın temel nedenlerinden biri tarihseldir. Zira söz konusu ikinci fıkra İsviçre Borçlar Kanunu'na 1991 yılındaki büyük ortaklık hukuku revizyonu esnasında eklenmiştir (**CR CO**

yer verilmesini destekliyoruz. Bununla beraber, hükmün yokluğunun zararlı ilişkili taraf işlemlerini bir bütün içinde ele almaya ve aynı bütünlük içinde gerektiğinde yaptırıma tabi tutmaya engel olmadığı görüşündeyiz.

İsviçre hukukuna dair ikinci mesele yakın tarihli kanun değişikliğidir. Uzun ve meşakkatli çalışmalar sonucunda İsviçre Borçlar Kanunu'nun ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümlerinde 19.06.2020 tarihinde değişiklik yapılmıştır¹²²⁴. Değişiklikle OR Art. 678'in kapsamı daha da genişletilmiştir. Kişi yönünden kapsama danışma kurulu üyeleri ve (yönetim kurulu üyelerine ek olarak) ortaklığın yönetimiyle görevli kişiler de açıkça dâhil edilmiştir. Yine konu yönünden kapsam artık kanuni yedek akçeleri de içerir. Bununla beraber ilk fıkradan kötüniyet ibaresi çıkartılarak sadece haksız edinmeye yer verilmiştir. Genel kurulun iade davası açılması ve bu davayı yürütmek için yönetim kuruluna ek olarak ayrıca bir temsilciye görev verebilmesi ise yeni 5. fıkra ile getirilmiş, ortaklıklar hukukundaki modern menfaat çatışmalarını yansıtan yerinde bir hüküm olmuştur. Zararlı ilişkili taraf işlemleri için kılavuz aldığımız OR Art. 678/II ise lafız yönünden ciddi ölçüde değişmiş olmakla birlikte kanaatimizce iki temel farklılık dikkat çekmektedir. İlk olarak bu aktarımın şirketin mal edinmesi dışında başka tür hukuki işlemlerle de gerçekleştirilebileceği maddenin lafzında açık bir şekilde ifade edilmiştir. İkinci olarak ortaklığın ekonomik durumu nispetsizliğe bir ölçüt olmaktan çıkarılmıştır¹²²⁵.

İsviçre hukuku bu değişiklik neticesinde iade istemi ve sebepsiz zenginleşme arasında belli bir yakınlık kurmuştur. OR Art. 64 hükmünün uygulanabileceğini ifade eden OR Art. 678/III ve zamanaşımını öğrenmeden itibaren üç, her hâlde on yıllık zamanaşımı sürelerine bağlayan OR Art. 678a/I bu duruma örnek teşkil eden kanun maddeleridir.

II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 3; **BSK OR II-Kurer/ Kurer**, Art. 678, N. 3; Markus Vischer, "Art. 678", OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Fankhauser), 3., überarbeitete Auflage, Zürich: Orell Füssli, 2016, N. 1; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 92, dn. 21).

¹²²⁴ RO 2020 4005. Değişikliğin gerekçelerini açıklayan 23.11.2016 tarihli mesaj için ayrıca bkz. FF 2017 353.

¹²²⁵ Taslak kanun zamanından bilgi için **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 110-113; **von der Crone/ Mauchle**, s. 206-208; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 153; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 94.

c. Örtülü Kâr Dağıtımı Kavramıyla İlişkisi

Örtülü kâr dağıtımı, örtülü sermayeye dair Kurumlar Vergisi Kanunu m. 12 ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı (KVK m. 13) hükümleri nezdinde meydana gelen varlık çıkışına vergi mevzuatında verilen isimdir. Buradaki anlayışa göre pay sahibinin ortaklıkla gerçekleştirdiği ve aslında kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilmesi gereken işlem peçelenmekte; vergi ödemekten imtina etmek amacıyla başka bir hukuki işlem üzerinden haksız menfaat sağlanmaktadır. Oluşan vergi zıyayına müdahale amacıyla, aktarılan değer kâr payı ile bir tutulmakta ve buna göre vergilendirilmektedir¹²²⁶.

Örtülü kâr dağıtımı iki şekilde gerçekleşir. İlk olarak, pay sahiplerinin sermaye olarak getirmesi gereken bir tutar ortaklığa verilmiş borç olarak işlenir. Bu “borç” karşılığı yapılan faiz vb. ödemeler ise örtülü kâr dağıtımı oluşturur. Bu durum KVK m. 12’de detaylandırılmıştır. Örtülü sermaye başlığını taşıyan bu hükme göre KVK uyarınca kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır. Örtülü sermaye üzerinden gerçekleştirilen faiz ve benzeri ödemeler ise vergisel anlamda kâr payı kabul edilmiştir¹²²⁷.

İkinci olarak, ortaklığın ilişkili kişilerle gerçekleştirdiği işlemlerde emsallere uygun hareket edilmemesi nedeniyle ilişkili kişiye kazandırılan değer kâr payı ödemesi ile bir tutulur. Bu ihtimal ise KVK m. 13’te düzenlenmiştir. Doktrinde *Karshoğlu* konuyu ele aldığı monografisinde kanun koyucunun kavram tercihini eleştirir¹²²⁸. Yazara göre, düzenlemeye konu haksız kazanç TTK nezdinde kâr payı niteliği taşımaz. Buna rağmen konunun kâr payı dağıtımı ekseninde çözülmeye çalışılması mali kayıtlarda, finansal raporlarda ve hatta stopaj ödemelerinde gerçeğe aykırı bir resim çizilmesine neden olacaktır. Bu gibi nedenlerle yazarın önerisi, KVK m. 12 ve 13. maddelerde düzenlenen güvenlik önlemlerinin kâr dağıtımı dışında bir ifadeyle, örnek olarak kazanç dağıtımı ve benzeri kavramlarla karşılanmasıdır¹²²⁹.

¹²²⁶ *Karshoğlu*, s. 107; *Kendigelen*, Mütalâalar XI, s. 141; *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 291.

¹²²⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Karshoğlu*, s. 143 vd.

¹²²⁸ Aynı yönde *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 160.

¹²²⁹ *Karshoğlu*, s. 113-115, 333-338. Yazar kavramın yerindeliğinden bağımsız şekilde örtülü kâr dağıtımına ilişkin vergi hukuku düzenlemelerinin aslında TTK hükümlerinin uygulanmasına yardımcı olduğu düşüncesindedir (s. 365). Bu düşünceye biz de iştirak etmekteyiz.

Gerçekten vergi hukuku ortaklık malvarlığının ilişkili kişilere aktarılmasını kendi cephesinden ele almış ve dağıtılan her bir değeri kâr payı olarak görmeyi tercih etmiştir. Bu anlayışı dar kapsamda yorumlamak ve ortaklıklar hukukuna yansıtılacak bir müessese olarak görmemek gerekir. Zira bir anonim ortaklığın ilişkili taraf işlemi akdetmesinde kâr payından doğan vergiden kaçınmak dışında muhtelif gerekçe söz konusu olabilir. Şüphesiz ki bu gerekçelerden biri tarh edecek vergiden kaçınmaktır ve bu amaçla pay sahiplerine dağıtılacak kârın genel kurulda karara bağlanmaksızın ve öngörülen usul izlenmeksizin pay sahibinin mamelekine geçirilmesi (= zararlı ilişkili taraf işlemi) gündeme gelebilir. Lakin bu durumu KVK m. 12 ve 13 yanında ayrıca TTK çerçevesinde nitelemek gerekir¹²³⁰.

Ortaklıklar hukukunda yukarıdakine benzer ama üzerinde uzlaşmayan bir terminoloji, farklı içerikte karşımıza çıkar. Öncelikle vergi hukuku tanımlamalarının ortaklık hukuku bakımından doğrudan bir sonucu olmadığı söylenmelidir¹²³¹. Fakat ortak ve temel endişe şirket varlıklarının pay sahiplerine aktarılmasıdır. Bu aktarım kâr dağıtımı, kâr payı avansı gibi ortaklık değerinin pay sahibine transfer edildiğini açıkça gösteren bir yöntemle yapıldığında açık dağıtımdan bahsedilir. Şeklen geçerli bir yöntemin kanuna aykırı içerikte gerçekleştirilmesi problemin kaynağını oluşturur. Yoksa pay sahiplerine kâr payı dağıtılmış olması başlı başına hukuka aykırı değildir. Buna karşın ortaklık ile pay sahibi arasında bir hukuki işlem akdedilmiş olup işlemin ekonomik şartları ortaklık değerinin pay sahibine aktarılması sonucunu doğurmuşsa artık örtülü dağıtımdan, örtülü aktarımdan, örtülü kâr dağıtımından, sermaye payının gizli olarak geri ödenmesinden bahsedilir¹²³². Bu tür işlemler nihayetinde birer ilişkili taraf işlemidir ve ortaklık malvarlığına zarar verir. İsviçre hukukunda bu ayrımın OR Art. 678'in ilk ilki fıkrasında somutlaştığı görülmektedir¹²³³. İlk fıkra ile haksız kâr dağıtımlarından bahsedilirken, ikinci fıkra da örtülü kâr dağıtımları (*verdeckte*

¹²³⁰ Vergi incelemesinin sonuçlarının maddi hukuk yönünden bağlayıcılık içermediği yönünde **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 294.

¹²³¹ **Kendigelen**, Mütalâalar XI, s. 141; karşı. Meltem Hayat Bulgur, “Örtülü Kazanç Dağıtımı ile Hâkim Şirketin Bağlı Şirkete Vermiş Olduğu Talimatlar Doğrultusunda Bağlı Şirketin Kayba Uğraması Arasındaki İlişki”, Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, S. 2, s. 153.

¹²³² **Doğan**, Geri Ödeme Yasağı, s. 50-52. Ayrıca bkz. **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 462. Yazar, esas sermayeye temas eden işlemleri sermayenin gizli şekilde iadesi; esas sermayenin karşılığı dışında kalan varlıklardan yapılan aktarımları ise gizli kâr dağıtımı olarak nitelendirir.

¹²³³ **Von der Crone/ Mauchle**, s. 201. Yazarlar tek tarafa (ortaklığa) borç yükleyen işlemleri ilk fıkra, sinallagmatik sözleşmeleri ise ikinci fıkra kapsamında görürler. Bu görüşün bizim yaptığımız ayrımı tam olarak yansıtmadığı ifade edilmelidir.

Gewinnausschüttung) düzenlenmiştir. Bu hukuk sisteminde de terimlerin kaynağı olarak vergi hukuku gösterilmektedir¹²³⁴.

2. İlişkili Taraf İşlem Gerçekleştirilmesi

Desteklediğimiz teze göre, ayrı bir işlem grubu olarak kabul edilmesi gereken zararlı ilişkili taraf işlemlerinden bahsedebilmek için öncelikle işlemin ortaklık ve ilişkili taraf arasında akdedilmesi gerekir. Bu noktada karşımıza iki alt unsur çıkar: ilişkili taraf ve işlem.

a. Hükümün Yokluğunda İlişkili Taraf Çevresi

TTK zararlı ilişkili taraf işlemlerini özel bir hükümde düzenlemediği için, kimlerin ilişkili taraf olarak kabul edileceğini de kararlaştırmış değildir. Buna karşın ilişkili taraf çevresinin belirlenmesi zorunludur. Zira ortaklığın gerçekleştirdiği tüm işlemlerin denetimden geçmesi şeklinde bir sistem TTK nezdinde – hatta modern ortaklıklar hukuku sistemlerinin hiçbirinde – savunulamaz. Zira tekrar hatırlatmak isteriz ki zararlı ilişkili taraf işlemlerinin temelinde yatan *ratio legis*, yönetsel yetiyi haiz olanların bu konumlarını kötüye kullanmak suretiyle diğer menfaat sahiplerine zarar vermesinin görece kolaylık arz etmesidir. Bu zarar ortaklık malvarlığında somutlaşacaktır. Denetlenmek istenen ise ortaklığın akdettiği tüm işlemler değil, menfaatler dengesiyle doğrudan çarpışma içinde olan bu işlemlerdir.

İsviçre hukukuna baktığımızda, OR 678/II hükmünde kişi yönünden kapsam gösterilmemiştir. Bu fıkra cümle “onlar” (*fr. Ils; alm. Sie*) kişi zamiri kullanılarak kurulmuştur. Zamiri anlamlandıran ilk fıkra ise pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve bunlara yakın olan kişilerden bahsedilir. Lakin bu hükmü karşılayan TTK m. 512 öncelikle pay sahiplerini sayar, daha sonra kazanç payları için yönetim kurulu üyeleri bakımından hükmün uygulanmasını öngörür. Fakat bunlarla ilişkili kişilerden bahsetmez. OR Art. 678/I Fransızca metinde yakın kişilerden (*proches*), Almanca metinde ise doğrudan ilişkili taraf olarak çevirebileceğimiz (*nahe stehende Personen*) bir kişi grubundan bahseder. Hangi çeviri tercih edilirse edilsin İsviçre doktrinine göre burada ifade edilmek istenen kişiler, pay sahibi veya yönetim kurulu üyesi ile sıkı kişisel, ekonomik, fiili ya da sözleşmesel ilişki içinde olan kimselerdir. Şüphesiz ilişkideki yakınlığın madde ile ifade edileni karşılayıp karşılamadığı her somut olay

¹²³⁴ **CHK/Schmid**, s. 507; **Dekker**, OFK-Aktienrecht, s. 221; Roland von Büren/ Walter Stoffel/ Rolf Weber, **Grundriss des Aktienrechts**, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2011, s. 230, N. 962.

özelinde değerlendirilir. Zira her bir olaya uygulanabilen objektif kriterlerin ortaya konulması mümkün görülmez¹²³⁵.

Art. 678/II ilişkili taraflardan önce pay sahipleri ve yönetim kurulu üyelerinden bahseder. Hükmü TMS (IAS) 24 ile karşılaştırdığımızda iki tespite ulaşılır. İlk olarak tüm pay sahiplerinin ilişkili taraf kabul edilmediğini hatırlatalım. Pay sahibine ilişkili taraf sıfatını kazandıran, yönetsel yetiyi haiz olmasıdır. Sıradaki alt başlıkta bu husus tekrar ele alınacaktır. İkinci ve daha önemlisi, yönetim kurulu üyeleri ifadesinin dar bir kapsama işaret etmesidir. OR düzenlemesi diğer yöneticileri ve fiili organları bu hâliyle dışlar. Eksiklik kanun koyucu tarafından fark ve kabul edilmiştir. Bu nedenle 19.06.2020 tarihli revizyonda Art. 678/I hükmüne yönetim kurulu üyelerinden sonra “yönetimle görevli kişiler” ibaresi eklenmiştir¹²³⁶.

Türk hukukuna geri döndüğümüzde, açık hükmün yokluğunda ilişkili tarafı nitilemekte kullanılabilecek muhtelif düzenleme görülür. Her biri çalışmamızın ilgili kısmında ele alınan bu düzenlemeler arasından hangisine öncelik verilmesi gerektiği ve burada kıyasen uygulamanın mümkün olup olmadığı cevaplanması gereken temel sorulardır.

i. TMS 24’ün uygulanabilirliği

İlişkili taraf işlemlerinin finansal tablolarda nasıl gösterileceğine hasredilmiş olan Türkiye Muhasebe Standardı (TMS) 24, çalışmamızın birinci bölümünün temel inceleme konusunu oluşturmaktaydı. Bu tercihin iki gerekçesi bulunmaktadır. İlk olarak, ilişkili tarafın en teferruatlı şekilde ele alındığı düzenleme TMS 24’tür ve en azından Avrupa Birliği ile *acquis communautaire* etkisindeki ticaret sistemlerinde bağlayıcı bir metin niteliğindedir. İkinci olarak, hem AB direktifleri hem de Türk ticaret hukukunda SerPK ikincil mevzuatı ilişkili tarafı tanımlarken TMS 24’e atıf yapmaktadır. Görüldüğü üzere TMS 24 hâlihazırda hukuk pratiğine doğrudan etki eder niteliktedir.

TMS 24’ün çıkış noktası, gerçek ve tüzel kişiler için farklı şartlara tabi olmak üzere, kişiler ve işletmeler arasındaki bağlantılar ve bu bağlantılardan doğan kontrol gücüdür. Biz kontrol kavramının ortaklıklar hukukundaki yerleşik kullanımının TMS

¹²³⁵ **BSK OR II-Kurer/ Kurer**, Art. 678, N. 7; **CHK/Schmid**, s. 507; **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 11 ve örnekler için ayrıca N. 13; **Vischer**, OFK-OR Art. 678, N. 5; **Dekker**, OFK-Aktienrecht, s. 220.

¹²³⁶ **Von der Crone/ Mauchle**, s. 200, 206.

24'teki kullanım ile tam olarak örtüşmediğini tespit ettik ve bu nedenle ilişkili taraf bağlantısını kuran hukuki durumu “yönetmelik yeti” olarak tanımlamayı önerdik¹²³⁷.

Yönetmelik yeti, ortaklığın kararlarına yön verebilme ya da herhangi bir şekilde etki edebilme gücü olarak tanımlansa da standardın aslında bu tanıma ihtiyacı yoktur. Zira düzenleme son derece somut bir çerçeve çizmiş durumdadır. Bununla beraber TMS 24.10 uyarınca, *her olası ilişkili taraf ilişkisi değerlendirilirken ilişkinin özü dikkate alınır, sadece yasal şekle bakılmakla yetinilmez*. Bu nedenle yorum imkânı standart çerçevesinde belli ölçüde muhafaza edilmiştir.

Öte yandan standardın ortaklıklar hukukunu yansıtmayan unsurları mevcuttur. Standart ile güdülen amacın finansal tablo kullanıcılarına doğru ve yeterli bilgiyi sağlamak olduğu; varlık nedeninin hukuki yaptırım yaratmak olmadığı dikkate alındığında bu durum doğal karşılanmalıdır. Bununla beraber, TMS dâhilinde kavramlara yüklenen geniş anlam ilişkili taraf çevresini istenmeyen ölçüde genişletme riskini de beraberinde getirmektedir. İstenmeyenden buradaki kasıt, yukarıda izah etmiş olduğumuz menfaatler dengesiyle doğrudan çatışma içinde olmayan işlemlerin de denetime tabi kılınması ile sözleşme özgürlüğüne yersiz müdahale edilmesidir.

ii. KVK m. 13'ün uygulanabilirliği

İlişkili tarafın kanuni tasvirine yegâne örnek vergi mevzuatıdır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 41. maddesinde de bir tanım bulunmakla birlikte asıl kaynak Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesidir. Burada ilişkili *kişi*, kurumların kendi ortakları ve kurumun ya da ortaklarının ilgili bulunduğu, bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Maddede zikredilen ilişki türlerinin ne anlama geldiği ise Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'de örneklerle birlikte açıklanır. Vergi hukukunun gayesi kamunun alacaklarını korumak olduğu için, ilişkili kişi tanımına başkaca eklemeler de yapılır. Vergi cennetlerinde bulunan kişilerin tümünün ilişkili kişiymiş gibi kabul edilmesi bu duruma örnektir. Yine, bağlantı için %10 gibi bir oranın yeterli görülmesi ilişkili kişi çevresini genişleten düzenlemelerdendir¹²³⁸.

¹²³⁷ Bu husustaki değerlendirmelerimiz için bkz. Birinci Bölüm, II/E.

¹²³⁸ Bu konudaki detaylı açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, III/B/1.

Vergi hukukunun geniş ilişkili kişi tanımının ortaklıkların iç ilişkilerini tam anlamıyla yansıttığını söylemek zordur. Keza bizim tespitimiz, ekonomik yaklaşımın ilişki anlayışının ortaklıklar hukukundaki kontrol kavramıyla örtüşmediği yönünde olmuştur. Vergi cennetlerine ilişkin düzenlemeler görmezden gelinse dahi KVK m. 13'ün çizdiği çerçevenin ortaklığın kararlarına etki edecek kuvveti haiz olmayan kişileri de içerdiği gerçektir. Bu noktada değinilmesi gereken somut bir husus, tüm pay sahiplerinin ilişkili kişi kabul edilmesidir. Halbuki TMS 24'te sadece yönetsel yetiyi haiz pay sahipleri ilişkili taraf sayılır. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmasının nedeni, ortaklık malvarlığına kolaylıkla erişebilen kişilerin bu erişimlerini diğer menfaatler aleyhine kullanmasını engellemek olduğuna göre pay sahipleri arasında ayrıma gidilmesi gerektiği açıktır. Kanaatimizce transfer yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi zararlı ilişkili taraf işlemlerini tespit, daha doğrusu ilişkili tarafın kim olduğunu tespit, doğru bir pusula olmayacaktır.

iii. Kıyasa konu edilebilecek diğer hükümler

TTK'nın ilişkili tarafı tanımlamadığını söylemiştik. Bununla beraber *ratio legis* seviyesinde ilişkili taraf işlemleri kuramını yansıtan hükümler mevcuttur ve bunlar çalışmamızın muhtelif bölümünde incelemeye konu edilmiştir¹²³⁹. Bu hükümlerden biri olan TTK m. 436 ilişkili tarafı ilk fıkrada “pay sahibi, kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri” olarak ifade etmiş; ikinci fıkrasında ise sadece yöneticileri esas alan dar bir çevre öngörmüştür. İki fıkra da ilişkili tarafa doğrudan atıf yapmış değildir.

Diğer bir düzenleme ise TTK m. 395/2 atfı sayesinde hem karar alma sürecinde hem de zararlı ilişkili taraf işlemlerinde uygulama alanı bulacak olan TTK m. 393/1 hükmüdür. Burada ortaklığın ilişkili taraflarını karşılamak üzere yönetim kurulu üyesi, alt ve üst soyu, eşi, en uzak üçüncü dereceden olmak üzere kan ve kayın hısımlarından bahsedilmiştir. İlişkili taraf işleminde çifte temsili ele alan TTK m. 395/1 ise ilişkili taraf olarak sadece yönetim kurulu üyesinden bahseder.

Mezkûr hükümlerin ilişkili taraf işlemi kavramıyla bağlantısı bilinçli değildir. Keza ilişkili taraf işlemleri (*related party transactions*) bu hükümlerin varlık nedeni olamayacak kadar yeni bir anlayış, yeni bir kuramdır. Bununla beraber ilişkili taraf

¹²³⁹ Şimdi inceleyeceğimiz bu hükümler hakkında açıklamalarımız için bkz. sırasıyla Üçüncü Bölüm, I/B/1; II/B/1/a; II/C/1.

işlemleri kuramının çözümlemeye gayret ettiği menfaat çatışmaları bir o kadar eski ve yerleşiktir. Öyle ki bu çatışmalar arasında denge sağlama arzusu kanun koyucular tarafından belli şekillerde karşılanmıştır. Bir zamanlar mezkûr hükümler yeterli iken, modern düşünce ilişkili taraf işlemlerini bütün olarak ele almayı gerektirir. İşte tam da bu nedenle, TTK'daki mevcut hükümlerin ilişkili tarafı yansıtmakta başarılı olmadığı kanaatindeyiz. Hem hükümler arasındaki farklılık hem de hükümlerin kapsamında mevcut olan zafiyetler, kanunun doğru şekilde tatbikinde dahi tatminkâr sonuçlar alınmasının önüne geçmektedir.

iv. Görüşümüz

İlişkili taraf çevresinin tasnifi önemlidir. Fakat bu önem pratik olmaktan ziyade teoriktir. Zira yukarıda yer verdiğimiz hükümlerden hiçbirisi yaptırım ile ilişkili taraf kavramı arasında bağlantı kurmamıştır. Bir kararın alınmasında kimlerin oy hakkı bulunduğu araştırılırken veya yapılan borçlanma işleminin geçerli olup olmadığı incelenirken, ilgili hükümde sayılan ve yorum yoluyla kapsama dâhil edilen kişilerin somut olayda bulunup bulunmadığını tespitle yetinilecektir.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin yaptırıma bağlanmasında da durum bundan ibarettir. Aşağıda detaylandırılacağı üzere bizim zararlı ilişkili taraf işlemi olarak nitelediğimiz işlemler, borçlar hukuku anlamında kesin hükümsüz olduğu takdirde yaptırıma tabidir. Aynı şekilde, bir zararlı ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesini konu alan organ kararı, işlemin ortaklık malvarlığına vereceği zarar nedeniyle sakat addolunur. Burada teknik anlamda ilişkili taraf çevresinin tespitine gerek yoktur. Hâl böyle olmakla birlikte, işletmesel anlamda “yanlış” işlemlerden hangilerinin ortaklık malvarlığında başkası lehine azalma yaratma hedefiyle akdedildiğini ortaya koymak için nesnel kriterlere ihtiyaç vardır. Aksi takdirde ortaklıklar hukukunun ilkelerinin her somut olay özelinde tekrar ele alınması gerekir. Bu hâlde menfaatler dengesini temin için gerekli gördüğümüz bütüncül yaklaşımdan vazgeçilmiş olur. İşte bu nedenle ilişkili taraf çevresinin TTK'dan bağımsız şekilde tespitini zorunlu görmekteyiz.

Kanaatimizce TMS 24 çerçevesinde önerdiğimiz yönetsel yeti kavramı ilişkili taraf çevresini belirlemekte temel ölçüt olmaya müsaittir. Buna göre ortaklığın karar mekanizmalarına etki edebilme gücünü doğrudan ya da dolaylı şekilde haiz olan gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerle arasındaki medeni hukuk ya da ortaklık ilişkisi

belli bir yoğunluğa ulaşan yakın çevre üyeleri ilişkili taraf addedilir. Tanımın somutlaştırılmasında TMS 24.9'un açık düzenlemelerinden yararlanılması son derece uygun olur. Bununla beraber, bazı sermaye piyasası hukuku hükümlerinde olanın aksine, TTK nezdinde TMS 24.9'u harfi harfine takip etme zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, kavramların ortaklıklar hukuku ışığında anlamlandırılmasının dışında, kapalı anonim ortaklıkların doğasına uygun olmayan açılımların (her ne kadar TMS 24.9'da ifade edilmiş olsalar dahi) yönetsel yetinin bağımsız yorumuna dâhil olmadıkları kolaylıkla savunulabilecektir.

Bu noktada, eğer pozitif düzenlemelerden bağımsız bir yöntem ileri sürülecek ise neden İsviçre hukukunda olduğu gibi kontrolü dışlayan ve azlık dâhil tüm pay sahiplerini kapsama dâhil eden bir sistemin¹²⁴⁰ desteklenmediği sorgulanabilir. Bize göre İsviçre hukukunun yol gösterici niteliği ilişkili taraf işlemi kuramını yansıttığı ölçüdedir. Zira ancak bu çerçevede genel hükümlerin işleme müdahalesi mümkün olabilir. Bu kapsamı aşan denetimin hukuka uygun görülmesi için kanun koyucunun en azından buyurucu bir hukuk kuralı öngörmesine ihtiyaç vardır. Keza ilişkili taraf ile sınırlı bir uygulamanın gerekli olmadığı, ortaklığın tüm işlemlerinin yarar – zarar denetimine açılması gerektiği de ileri sürülebilir. Fakat bu durum irade ve sözleşme özgürlüğü karşısında ortaklıklar hukukunun destek olmayacağı derecede bir kontrol anlamına gelir. İlişkili taraflarla yapılan işlemlerin belli bir denetime tabi olmasının yegâne gerekçesi ortaklıklar hukuku ilkelerinin tesis etmeye çalıştığı menfaat dengesinin bu denetimi haklı çıkarmasıdır.

Nihayet yönetsel yeti üzerine kurulu ilişkili taraf çevresinin herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesinden bağımsız olduğuna bir kez daha işaret edelim. Bu nedenle özellikle yargı kararlarıyla çerçevenin somutlaştırılması hukuki belirliliğinin temini açısından son derece faydalı görülmelidir.

b. İşlem Unsuru

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde riski meydana getiren, işlemin türü değildir. Aşağıda inceleneceği üzere bazı sözleşme tiplerinde doğası gereği riskin yükseldiği kabul edilir. Fakat bu durum dahi işlem tipini öncelikli kaygı noktası hâline getirmez. Zira en riskli işlem grubunun (nakdi borçlanma) zarar vermemesi mümkün olduğu gibi herhangi bir işlem türünün zararlı ilişkili taraf işlemi akdetmek için kullanılması

¹²⁴⁰ CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 15.

da mümkündür. Hukukun cevaz verdiği bu işlem türlerini zararlı hâle getiren edimler arasındaki tutarsızlık ve tutarsızlığın sebep olduğu aktarımdır¹²⁴¹. Kapsamın tespiti bu gerçek ışığında yapılmalıdır.

i. Kapsam

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde diğer unsur, ortaklık ile ilişkili taraf arasında bir işlem gerçekleşmesidir. Zira ortaklık malvarlığının ilişkili tarafa devri bu işlemle mümkün olacaktır. Ortada geçerli bir işlemin bulunmadığı ihtimalde ise, zararlı olup olmadığına bakılmaksızın, ilişkili tarafın borç olmayan şeyin ifası gereğince sebepsiz zenginleştiği kabul edilir.

Hukuki işlemin korporatif düzleme ait olması, ortaklık ilişkisi gereğince (*causa societatis*) yapılmış olması zorunlu değildir¹²⁴². Elbette ki korporatif düzeleme dair hukuki işlemlerin de ilişkili tarafla akdedilmesi hâlinde ilişkili taraf işleminden söz edilir. Bu nedenle muhasebe standartlarında ve vergi mevzuatında çizilen çerçeve son derece geniştir. İlk olarak TMS 24.9’da işlem, kaynakların, hizmetlerin veya yükümlülüklerin transferi olarak tanımlanmıştır. KVK m. 13’te ise öncelikle mal veya hizmet alım satımından bahsedilmiş, akabinde bu satıma kira, ödünç vb. işlemler dâhil edilmiştir¹²⁴³. Her iki düzenleme de teknik hukuk anlamında zayıftır. İçerik olarak ise tek bir sözleşme tipiyle bağlı kalmaksızın ortaklıktan ilişkili tarafa varlık devrini sağlayan muhtelif ilişkiyi kapsarlar.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinin TTK’daki somut örneği borçlanma yasaklarıdır (TTK m. 358; 395/2). Her iki hüküm de tüm borçlandırıcı işlemleri değil, başta nakdi borçlanma olmak üzere onunla aynı ekonomik sonucu doğuran birtakım işlemi konu edinir¹²⁴⁴. Fakat yine de hükümlerin kapsamı belirlenirken amaçsal yorum tercih edilir. Çünkü kanun koyucunun asıl engellemek istediği ekonomik sonuçtur. Bu nedenle tarafların işlemi ne şekilde adlandırdığı veya işlemin hukuki niteliği önem arz etmez.

Kanaatimizce zararlı ilişkili taraf işlemlerini de aynı şekilde geniş yorumlamak gerekir. Konuya sinallagmatik sözleşmeler cephesinden baktığımızda, herhangi bir sözleşmenin edimleri arasında nispetsizlik bulunabileceği ve bu şekilde ortaklık

¹²⁴¹ Von der Crone/ Mauchle, s. 200.

¹²⁴² CR CO II-Chenau/ Gachet, Art. 678, N. 15.

¹²⁴³ İlgili açıklamalarımız için bkz. sırasıyla Birinci Bölüm, II/D ve İkinci Bölüm, III/B/2.

¹²⁴⁴ Pay sahipleri ile yakınları ve yönetim kurulu üyeleri yönünden bkz. aşa. II/A/2/b ve II/B/2/b.

malvarlığına zarar verilebileceği kabul edilmelidir. Riskin bazı işlem tiplerinde daha ciddi olduğu kuşkusuzdur. Bunların başında ilişkili tarafın ortaklığa borçlandığı ödünç sözleşmesi gelir. Burada ilişkili tarafın iade borcunu yerine getirmemesi hâlinde çok açık bir malvarlığı kaybından bahsedilir. Bu nedenle kanun koyucu edimler arasındaki dengeyi tartmaya dahi gerek görmeksizin bazı kurallar öngörmüştür. Edimlerin karşılaştırılmasına gerek duyulan işlemlerde ise uygun düştüğü ölçüde satım ve kira gibi tip sözleşmelerden yararlanılabilir. Burada âkitler ilişkili tarafın edimini ortaklığına nazaran daha düşük bir değerle kararlaştırarak ekonomik değerini aktarımını sağlayacaktır. Herhangi bir sinallagmatik sözleşme kolaylıkla bu sonuca yönlendirilebilir.

Sinallagmatik sözleşmeler dışındaki hukuki işlemlerin ilişkili tarafı bir şekilde ilgilendirmesi hâlinde kanaatimizce işlem unsurunun yine sağlandığı söylenmelidir. Bu durum tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, yani iki taraflı hukuki işlemlerde kolaylıkla anlaşılabilir¹²⁴⁵. Karşı edimin yokluğunda ortaklığın edimi her hâlükârda orantısız olacaktır. Ayrıca, bize göre tek taraflı hukuki işlemler de zararlı ilişkili taraf işlemi niteliği taşıyabilir. Bu ihtimal yenilik doğurucu beyanlarda öne çıkar. Zira tek taraflı hukuki işlemin tarafı bu işlemi diğer bir hukuk kişisine yöneltir. Bu iki konum ortaklık ve ilişkili tarafça doldurulduğunda, tek taraflı hukuki işlem ve varsa onu takip eden işlem neticesinde şirket malvarlığından ilişkili tarafa bir değer aktarılıyorsa ortada yine bir zararlı ilişkili taraf işlemi bulunduğu kabul edilmelidir.

Son olarak, zararlı ilişkili tarafın akdine ilişkin organ kararlarının bu kapsamda olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira ortaklığın iç işleyişine ait olan bu kararlar da nihayetinde birer hukuki işlemdir. Kanaatimizce organ kararlarını ilişkili taraf işlemi olarak sınıflandırmak teknik anlamda doğru değildir. İlişkili tarafın karara katılmış, irade beyan etmiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Zira karar şeklindeki hukuki işlemlerde iradelerin tek bir noktaya yöneldiği ifade edilmektedir. Bu süreçte ilişkili tarafı ayırtırmak mümkün olmayacaktır. Keza organ kararlarının geçerlilik şartları ve geçersizliğin ne şekilde ortaya çıkacağı gibi hususlar TTK hükümleri kapsamında ayrı bir değerlendirmeye tabidir. Bu, iki işlem türünün ilişkili taraf işlemleri kuramı çerçevesinde farklı hususlara işaret ettiklerinin diğer bir göstergesidir. Yine, ibra kararı gibi dış dünyada sonuç doğuracak organ kararlarının kanun koyucu tarafından dikkate alındığı ve menfaatler dengesinin özel olarak kurgulandığı görülmektedir. O

¹²⁴⁵ Aynı şekilde **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 32.

zaman kanaatimizce söylenmesi gereken, organ kararlarının ilişkili taraf işlemi olmadığı, fakat bir ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmesini konu aldıkları takdirde söz konusu işlemin zararlı yapısından büyük ölçüde etkilendikleridir.

ii. Muvazaanın etkisi

TBK m. 19/1'e göre bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu madde, başlığında da yer verildiği üzere, muvazaalı işlemlerin hukuki durumunu ortaya koyan temel hükümdür. Muvazaa, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri uyumsuzluktur¹²⁴⁶. Muvazaanın mutlak ve nispi olmak üzere iki temel çeşidi bulunur¹²⁴⁷. Mutlak (adi, basit) muvazaa hâlinde sadece görünürdeki işlemde bahsedilir. Nispi (nitelikli) muvazaada ise ikinci bir işlem daha mevcuttur; fakat taraflar bu ikinci işlemi gizlemek istemiştir. Gizlenmek istenen olgu hangisi ise ona göre işlemin niteliğinde muvazaadan, kişide muvazaadan veya (edimde, miktarda) kısmi muvazaadan bahsedilir¹²⁴⁸. Satış sözleşmesinin akdinde anlaşılan, fakat şeffaflıktan imtina eden (örnek olarak, işlemin finansal tablolarda olduğundan daha düşük bir değerle gözükmeyi isteyen) tarafların görünürdeki satış sözleşmesinde bedeli farklı kararlaştırmaları yine kısmi muvazaa hâlini örnekler¹²⁴⁹.

Muvazaada görünürdeki işlemin tarafları arasında mezkûr işlemin muvazaalı olduğuna dair bir anlaşma bulunur¹²⁵⁰. “Muvazaa anlaşması” olarak adlandırılan bu anlaşma uyarınca işlemin her iki tarafı bilerek ve isteyerek gerçek durum ile görünen durumu birbirinden ayırır. Aynı sonuç tek taraflı işlemlerde de gündeme gelebilir¹²⁵¹.

¹²⁴⁶ Eren, s. 349; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 347. Muvazaa, geniş anlamda irade bozukluklarının bir türüdür. İç iradenin sıhhatli bir şekilde oluşması, fakat iç irade ile beyan arasında bir uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluk işlemin her iki tarafınca da istendiyse işlemin muvazaalı olduğundan bahsedilir (Hüseyin Hatemi/ K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: Vedat, 2017, s. 89).

¹²⁴⁷ Muvazaanın çeşitleri hakkında toplu bilgi için bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 412-414; Eren, s. 353-356; mutlak muvazaa teriminin başarılı olmadığı yönünde Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 347-348.

¹²⁴⁸ Hatemi/ Gökyayla, s. 90-91; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 348 vd.

¹²⁴⁹ Örnekteki gibi kısmi muvazaa hâllerinde aslında tek bir hükmü muvazaalı tek bir sözleşmeden bahsedilmesi gerektiği, zira bedel dışındaki tüm hususların taraflarca gerçekten istendiği, görünürdeki sözleşmeye bedele ilişkin gerçek anlaşmanın eklenmesiyle iradeyi doğru yansıtan bir hukuki işlemin elde edileceği yönünde Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 351.

¹²⁵⁰ Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 411.

¹²⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 349-350.

Doktrinde *Kaya* SerPK m. 21’de düzenlenen örtülü kazanç aktarımına dönük açıklamalarında örtülü işlemlerin çoğu hâlde muvazaalı işlemler olduklarını, hükmün konuluş amacının örtülü/ muvazaalı işlemler vasıtasıyla haksız menfaat sağlanmasını önlemek olduğunu belirtir¹²⁵². Aynı görüşteki *Günay* örtülü kazanç aktarımının genel olarak bedelde kısmi muvazaa nedeniyle nispi muvazaa şeklinde değerlendirileceğini savunur¹²⁵³. Bununla beraber örtülü kazanç aktarımına neden olan işlemin muvazaalı olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Buna göre görünüşteki işlem zaten yapılmak istenen işlemdir; bu yol sadece vergiye veya kâr payına dair düzenlemeleri dolanmak için seçilmiştir¹²⁵⁴. *Duran*, işlemin tarafların gerçek iradesini yansıttığı, fakat gerçek amacını gizlediği bu durumu kanuna karşı hile olarak tanımlar. İstisnaen tarafların muvazaalı işlemlerle örtülü kazanç aktarabileceklerini de kabul eder. Bu durumun temel örneklerinden biri, ortaklığın ilişkili tarafa karşılıksız kazandırmada bulunmak istemesi, fakat bunu bir sinallagmatik sözleşme gibi göstermesidir¹²⁵⁵.

Örtülü kazanç aktarımı yasağı işlem türü yönünden son derece geniş kapsamlı bir düzenlemedir. Yazarların bu gerçek altında muvazaa niteliğine başvurması pek şaşırtıcı değildir. Fakat ilişkili taraf işlemlerinin teorik temellerinde muvazaanın yeri yoktur. Zira ilişkili taraf işleminde taraflar görünürdeki işlemi akdetmeyi ve bu işlemin ekonomik sonuçlarını doğurmasını arzu ederler. Örnek olarak bir satış sözleşmesinde, keza ifanın da üzerinde anlaştıkları bedelden yapılmasını, malvarlığı üzerindeki etkinin aynen sözleşmede kararlaştırılan şekilde doğmasını isterler. Böylesi bir anlaşma muvazaalı değildir. Tam da bu nedenle “zararlı” işlemlerden bahsetmek gerekir. İstisnaen dış dünyada gerçekleştirilen işlem iki katmanlı olur. Görünürdeki ilişkili taraf işlemi tarafların akdetmek istedikleri işlem değildir ve tam da bu nedenle muvazaalıdır. Geride gerçek irade uyuşmasını yansıtan diğer bir işlem vardır ve gizlenmekte olan bu ilişkili taraf işlemi koşulları varsa zararlı addedilir. Fakat ilişkili taraf işlemlerinin de örnekteki gibi muvazaalı olarak akdedilebilmesi, bunların doğaları gereği muvazaalı birer işlem olduğunu göstermez.

¹²⁵² Arslan Kaya, “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M. 21)”, İÜHFM, Y. 2013, C. LXXI, S. 2, s. 202.

¹²⁵³ *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 214, dn. 14.

¹²⁵⁴ *Pehlivanoglu*, s. 30.

¹²⁵⁵ Arif Duran, *Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)*, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 226-228.

3. Karşı Edimde Nispetsizlik

Bir ilişkili taraf işleminin zararlı olup olmadığını belirleyecek kıstas, ortaklığın edimi ile ilişkili tarafın karşı edimi arasındaki değer dengesidir. Bu dengenin ortaklık aleyhine bozulduğu, diğer bir ifade ile karşı edimde nispetsizlik bulunduğu ihtimalde örtülü aktarım gerçekleştirildiği, ilişkili taraf işleminin zararlı olduğu söylenir¹²⁵⁶. Bu, zararlı ilişkili taraf işleminin objektif şartı olarak da ifade edilebilir¹²⁵⁷.

“İlişkili taraf” ve “işlem” unsurlarında olduğu gibi, “karşı edimde nispetsizlik” kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda ifade edilmiş değildir. Bu durumda kuramın dayandığı ilkelerden ve mevcut yargı kararlarından hareketle hangi işlemlerin zararlı olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya konulmalıdır. Kavrama açıkça yer vermiş olan İsviçre hukuku (OR Art. 678/II) burada değerli bir yol göstericidir.

a. Anlamı

Nispetsizlik (*Missverhältnis, disproportion*) değere ilişkin, matematiksel bir oransızlığı ifade eder. İşlem taraflarının edimleri, üçüncü kişilerle gerçekleştirilen işlemler için pazar şartlarında oluşması beklenen değerde tespit edilmediği takdirde ortaya çıkan tutarsızlık aslında orantısızlık, nispetsizliktir¹²⁵⁸ ve işlemin geçerliliği üzerinde doğrudan etki doğurur¹²⁵⁹.

Edimler arasındaki oransal dengenin kaynağı emsallere uygunluk ilkesidir¹²⁶⁰. Mezkûr ilke çalışmamız kapsamında iki yerde ele alınmıştır. İlk olarak, Türk vergi hukukunun transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak tanımladığı vergi güvenlik müessesesinde unsurlardan biri emsallere uygun ilkesine aykırılık idi. İkinci olarak, SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımından bahsedebilmek için *inter alia* emsallere uygun olmayan sözleşme şartlarının varlığı aranmıştır¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Von der Crone/ Mauchle, s. 201-202.

¹²⁵⁷ Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 141. Yakın bir kullanım için bkz. Doğan, Geri Ödeme Yasağı, s. 51.

¹²⁵⁸ Von der Crone/ Mauchle, s. 201-202; CHK/Schmid, s. 507-508.

¹²⁵⁹ “(...) edimler arasında aşırı nispetsizlik bulunan sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğu, (...)”, Yarg. 11. HD., T. 04.07.2017, E. 2016/2200, K. 2017/4078 (Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

¹²⁶⁰ İlke karşılaştırmalı hukukta *arm's length standard* (ing.) veya *Drittmantest – Drittvergleich* (alm.) gibi farklı isimlerle anılır. Konuya hangi yönden yaklaşıldığına bağlı olarak kavrama yüklenen anlamın detaylarında değişkenlik görülür.

¹²⁶¹ İlgili açıklamalar için bkz. sırasıyla İkinci Bölüm, III/B/3 ve bu bölümde III/B/1.

Her iki hüküm de sözleşme özgürlüğünün rasyonel sınırlarını dayanak alır. Zira taraflar arasında adil menfaat dengesinin sağlanabilmesi için her birinin kendi menfaatini sözleşmeye eşit koşullar altında yansıtmış olması gerekir¹²⁶². Bu anlayışa göre bir alışverişe özgür iradesiyle katılan tarafların yükümlülükleri arasında bir denge bulunur. Bu denge bağımsız iki tarafın yürüttüğü sözleşme görüşmelerinin sonucudur. Herkes kendi menfaatini gözeterek irade beyanında bulunacağına göre, tarafların özgürce katıldıkları müzakerenin neticesinde alacak ve borçlar karşılıklı olarak kabul edilebilir değerdedir, diğer bir ifade ile dengededir. Bununla beraber müzakerelere katılan taraflardan biri iradesini karşı taraftan bağımsız olarak ifade edemiyorsa gerçek anlamda bir müzakereden, hatta bir adım daha ileri gidersek iki farklı taraftan dahi söz edemeyiz. Böylece adeta kişinin kendisiyle işlem yapmasına (*self-dealing*) benzer bir durum ortaya çıkar¹²⁶³.

b. Karşılaştırma

i. Karşılaştırmanın içeriği

Edimler arasındaki nispetsizliği anlayabilmek için ilişkili taraf işlemi emsal işlemle karşılaştırmak gerekecektir. Fakat hangi anda nispetsizliğin mevcut olacağı, bu konuda hüküm barındırmayan TTK kadar, sistemi açıkça düzenlemiş olan OR Art. 678/II hükmünde de gösterilmemiştir.

İsviçre hukuku mezkûr hükmün kaynağında vergi hukukundaki gelişmelerin bulunduğunu kabul eder. Bu nedenle yorum faaliyetinde transfer fiyatlandırmasına ilişkin ulusal ve uluslararası vergi hukuku uygulamasından yararlanılabileceği açıkça ifade edilmektedir¹²⁶⁴. Keza Türk hukukunda SerPK m. 21’de düzenlenen örtülü kazanç aktarımını ele alan yazarlar bu hükümdeki emsallere uygunluk ilkesini vergi hukuku ekseninde, ilgili OECD düzenlemelerini gözeterek incelerler¹²⁶⁵. Biz de Türk kapalı anonim ortaklıklar hukuku çerçevesinde gerçekleştirilecek emsallere uygunluk denetiminde vergi hukukunun bilgi birikiminden yararlanılabileceği görüşündeyiz. Bu inceleme çalışmanın devamında, örtülü kazanç aktarımına dair açıklamalar içerisinde yapılmıştır. Ne zaman nispetsizliğin söz konusu olacağına ilişkin emsallere uygunluk denetimi ve bu denetimin içeriği ile ilgili olarak öncelikle aşağıdaki

¹²⁶² **Veziroğlu**, s. 39-40.

¹²⁶³ **Enriques/ Hertig/ Kanda/ Pargendler**, s. 145.

¹²⁶⁴ **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 2, 30.

¹²⁶⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 410 vd.; **Duran**, s. 180 vd.; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 45 vd.

açıklamalarımıza atıf yapıyoruz¹²⁶⁶. Burada özellikle ele alınması gereken bir husus, vergi hukukundan yararlanmanın mutlak bir zorunluluk olup olmadığıdır.

Öncelikle emsal fiyatı tespiti dönük klasik yöntemlerin vergi uygulamasında dahi yetersiz kalmaya başladığını belirtelim. Şirketler topluluğunun yarattığı sinerjiyi ve kazanç ile riskin paylaşımının sonuçlarını yeterince dikkate almadığı ifade edilen bu yöntemlerin, gayri maddi varlıkların önemi arttıkça isabetini kaybettiği söylenir. Keza yöntemlerin (en azından önceliğinin) değişmesi dahi önerilmektedir¹²⁶⁷. Vergi hukuku incelemesi fiyatı, fiyatın olması gerekenden farkını ve bu durumun yarattığı vergi kaybını gözetir. Fakat ortaklıklar hukukunda edimler arasındaki oransallığın sadece matematiksel düzlemde ele alınması sonuca ulaşmak için yeterli değildir. Her ne kadar çoğu olayda ilişkili taraf işleminin ekonomik sonuçları edimlerle sınırlıysa da bu durum mutlak değildir. Her somut olayda işlem akdedilirken taraflarca bilinebilecek veya tarafların işlemin akdinde gözetmiş olabilecekleri hususların dikkate alınması gerekir¹²⁶⁸. Örneğin, ortaklığın bir başka ortaklıkta pay sahibi olduğunu, aktifinde bu ortaklığın paylarını barındırdığını düşünelim. Payların gerçek değeri üzerinden ilişkili tarafa satılması hâlinde işlemde matematiksel herhangi bir sorun yoktur. Bununla beraber söz konusu ortaklığın gerçek değerini, bu nedenle de payların değerini etkileyecek bir hususun taraflarca bilindiğini varsayalım. Burada sayısız örnek akla gelebilir. İmar planındaki değişiklik nedeniyle taşınmazların değerinde yaşanacak önemli artış veya ar-ge çalışmalarında sona gelmesi nedeniyle kısa zaman sonra edinilecek fikri mülkiyet hakları son derece olası iki örnektir. Böylesi bir durum karşısında, payların o anki gerçek değeri üzerinden satışı dahi ortaklığa ait olması gereken değerlerin ilişkili tarafa aktarımı anlamına gelecek ve satış sözleşmesinin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak kabulü gerekecektir. Keza aksi ihtimal de dikkate alınmalıdır. Bir işlemde doğan edimler arasında nispetlilik bulunuyor gibi gözükse de ortaklığın o işlemi yapmasında şirket menfaatinin haklı gösterdiği, kâr elde etmekten bağımsız hedefler (*but non lucratiif*) söz konusuysa ortaklığın değere yansımayan bir kazancı nedeniyle işlemin zararlı olmadığı pekâlâ söylenebilmelidir. Kira geliri getiren bir taşınmazın lojman olarak kullanılmaya başlanması ve aslında kira gelirinden vazgeçerken hem ekonomik hem sosyal bazı

¹²⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. aşa. III/B/1.

¹²⁶⁷ Ackerman/ Chorvat, s. 637-639.

¹²⁶⁸ Benzer yönde Arslan Kaya, “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 157. İsviçre hukukunda benzer bir görüş için Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 9.

kazanımlar yaratılması bu hedeflere örnek gösterilebilir¹²⁶⁹. Öte yandan tek teklif yapan ilişkili taraf olabileceği gibi, üçüncü kişilerden teklif almak için yapılacak tüm masraflar sonrasında ilişkili tarafın ortaklık için daha elverişli bir hâl de alabilir¹²⁷⁰.

Elbette ki tüm varsayımların ya da işlemin akdinden sonra gerçekleşen tüm değer artışlarının bu şekilde dikkate alınması mümkün ya da doğru değildir. Bizim önerdiğimiz, ilişkili taraf işlemi gerçekleştirildiği sırada taraflarca bilinebilecek veya işlemin akdinde etkili olduğu söylenebilecek olguların hesaba katılmasıdır. Eğer bu nitelikte bir olgu tercihen sayısallaştırıldığında veya bu mümkün değilse, işletmesel etkisi dikkate alındığında, edimler arasında nispetlilik olduğu söylenebiliyorsa söz konusu ilişkili taraf işlemi zararlı kabul edilmelidir. Kanaatimizce burada fiili karine benzeri¹²⁷¹ bir durumdan bahsedilebilir. Yönetmelik yetinin iki bağımsız hukuk süjesi arasında kurduğu bağ nedeniyle, ortaklık tarafından bilinen hususların bu ortaklık üzerinde yönetmelik yetiyi haiz olan kişiler, daha doğru bir ifadeyle ilişkili taraflarca da bilindiği kabul edilmelidir. Zira ortaklığın karar sürecini etkileyebilenlerin kural olarak bu ortaklığın bilgi dağarcığına da erişebilmeleri gerekir. Bu nedenle ortaklığın malvarlığı unsurlarının değerine etki eden olgular, ortaklık tarafından biliniyor veya nesnel anlamda bilinebilir durumdaysa, bu durumun ortaklık kadar ilişkili tarafın da bilgisinde olduğu kabul edilmelidir. Elbette ki bu kabuller birer karineden ibaret olup aksini duruma göre ortaklık veya ilişkili taraf ispat etmelidir.

ii. Karşılaştırmanın yapılacağı an

İlişkili taraf işlemi akdedildiğinde sözleşme tarafları bazı borçlar altına girer. Aslında bu süreçte sırasıyla işlemin akdi, borcun doğumu, borcun vadesinin gelmesi ve tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gibi temel bazı aşamalar yer alır. Hatta bu aşamalardan bazıları her bir borç için farklı zamanlara tekabül edebilir. Bazen kısa zaman aralıklarına rağmen, bazen ise aradan geçen uzun süre nedeniyle aynı edimin

¹²⁶⁹ CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 37.

¹²⁷⁰ Enriques, Related Party Transactions, s. 7.

¹²⁷¹ Medeni usul hukukunda fiili karine bir hukuk kuralına dayanmaksızın, tarafların vakıa iddialarının doğruluğu veya bir delilin değeri hakkında hâkimin kanaat oluşturmaya yarayan, hayat tecrübesi kurallarına dayanan değer yargıları olarak tanımlanır. Karinenin dayanağı yaşam deneyi kurallarıdır, bkz. Pekcanitez/ Atalay, s. 1655. İsviçre vergi hukukunda edimler arasındaki nispetlilik başka şekilde açıklanamadığı takdirde işlemi örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendiren yargı kararlarına rastlanır. Bu durumdan hareketle İsviçre doktrini ilişkili kişilerin tespitinde aynı düşüncenin benimsenmesinin ve edimler arasında nispetlilik bulunduğu takdirde işlemin ilişkili tarafla akdedildiğinin kabul edilmesinin mümkün olup olmadığını sorgulamıştır. Fakat İsviçre Medeni Kanunu'nun 8. maddesi nedeniyle (TMK m. 6) cevap olumsuz olmuştur (CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 12). Kanaatimizce fiili karine yaklaşımı bu endişeyi giderecek niteliktedir.

değerinde değişimler, dalgalanmalar gerçekleşir. Değerlerden birini diğerlerine üstün tutmak ve edimin gerçek değeri olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Zira her bir değer o an için gerçek değere karşılık gelir. Fakat karşılaştırmanın yapılabilmesi bu zaman dilimlerinden birinin tercih edilmesine bağlıdır.

İsviçre doktrini ve yargı kararları uyarınca sözleşmenin akdedildiği an temel alınır¹²⁷². Bununla beraber ortaklığın borcunun talep edilebilir olduğu anı ölçüt kabul eden yazarlar da vardır. Bu düşünceden hareketle sürekli borç ilişkilerinde ise fesih anına kadar edimler arasındaki emsallere uygun dengenin muhafaza edilmesi aranır. Eğer ortada sözleşme de yoksa aktarımın gerçekleştiği ve buna bağlı olarak ortaklık malvarlığında azalmanın meydana geldiği an öne çıkar¹²⁷³.

4. Başkaca Unsurların Aranıp Aranmayacağı Sorunu

İlişkili taraf işleminin emsallere uygun olmayan şartlar içermesi ve bu nedenle edimler arasında ortaklık aleyhine bir nispetsizlik bulunması yukarıda ele alınan unsurlardır. Bu noktada cevaplanması gereken soru, işlemin zararlı addedilmesi için bu unsurların yeterli olup olmadığıdır. Tartışmanın kaynağı, zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair bir düzenleme olarak nitelendirdiğimiz OR Art. 678/II hükmüdür. Mezkûr hükme göre ilişkili taraf işlemindeki nispetsizlik tek başına yeterli değildir. Bu duruma ek olarak aşağıdaki unsurların da varlığı aranır¹²⁷⁴.

Hükmü karşılayan bir düzenlemenin TTK'da bulunmadığını hatırlatalım. Buna rağmen OR Art. 678/II için temel oluşturan ortaklıklar hukuku ilkeleri TTK'da da mevcuttur. Bu noktada her iki kanunun aynı menfaatler dengesini kurup korumak istediği kabul edilmelidir. İşlemlerin zararlı addedilmesinde başka unsurların aranıp aranmayacağı meselesi de bu menfaat dengesi ile doğrudan ilgilidir.

a. Nispetsizliğin Açık Olması

İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan unsurlardan ilki, ortaklık ile ilişkili tarafın edimleri arasındaki nispetsizliğin açık (*offensichtlich; évident*) olmasıdır. Bu şartın varlığını ilişkili taraf işlemlerinin amacı ile açıklayabiliriz. Kuramın hedefi ortaklık malvarlığına ait bir değer ilişkili tarafa aktarılmasını engellemektir. Ortaklığın

¹²⁷² BSK OR II-Kurer/ Kurer, Art. 678, N. 14; CHK/Schmid, s. 508; Dekker, OFK-Aktienrecht, s. 221; Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 9.

¹²⁷³ CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 40.

¹²⁷⁴ Bu unsurların kümülatif olduğu yönünde von der Crone/ Mauchle, s. 202.

yaptığı her bir işlemin denetlenmesi ve edimler arasında mutlak bir denge sağlamak değildir. Zira ortaklığın takdir yetkisine sadece malvarlığının korunması ilkesi haklı gösterdiği ölçüde müdahale edilebilecektir¹²⁷⁵. Açık olma şartı dengenin bozulma oranı yüksek olduğunda sağlandığına göre, takdir yetkisi ile malvarlığının korunması ilkesi arasında çizgi çizmeye de elverişlidir.

OR Art. 678/II bu unsura açıkça yer vermiştir. Burada kanun koyucu ortaklığın işletmesel takdir hakkını muhafaza etmiştir¹²⁷⁶. Bilindiği üzere TTK'da benzer bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle ilişkili taraf işleminin ortaklık malvarlığına zarar verdiğini söyleyebilmek için söz konusu zararın, diğer bir ifade ile oransızlığın açık olmasının beklenip beklenmeyeceği kuramsal bir sorundur. Kanaatimizce soru olumlu yanıtlanmalıdır. Türk ortaklıklar hukukunda bir işlemin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmesi ve bunu takiben sakat addedilmesi için işlemde edimler arasındaki değer farklılığının açık olması aranmalıdır. Ötesi ortaklığın karar vermeye yetkili organının takdir hakkı olarak değerlendirilmelidir. Bununla beraber örtülü kazanç aktarımı yasağı (SerPK m. 21) özelinde farkın bariz olmasını ayrıca aramayıp emsallere uygunluk denetimin bir parçası gören yazarlar da mevcuttur¹²⁷⁷.

b. Ortaklığın Ekonomik Durumunun Elverişsizliği

OR Art. 678/II hükmü, nispetsizliğin açık olmasını aradığı gibi, aynı zamanda ortaklığın ekonomik durumuyla orantısızlığı şart koşar. Fakat bu şart örtülü kazanç aktarımının sadece ekonomik durumu kötü ortaklıklar için yasaklandığı ve finansal anlamda iyi durumdaki ortaklıkların diledikleri aktarımı yapabilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Ekonomik kuvvet ortaklık organlarının takdir yetkisini artırsa dahi ortaklık malvarlığına gerçek anlamda zarar veren işlemlerden kaçınılmalıdır¹²⁷⁸.

Ortaklığın ekonomik durumunun ölçüt alınması öğretide tartışılmış ve farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre hükümde yer verilen iki şartın kümülatif olarak kabulünde bir yarar yoktur. Keza pay sahipleri ile yöneticilerin ortaklık aleyhine zenginleşmesi finansal durumdan bağımsız bir olgudur. Bu nedenle finansal durum olsa olsa edimler arasındaki nispetsizliğin tespitinde yoruma yardımcı

¹²⁷⁵ CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 36.

¹²⁷⁶ BSK OR II-Kurer/ Kurer, Art. 678, N. 17; CHK/Schmid, s. 508; Dekker, OFK-Aktienrecht, s. 222; Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 11.

¹²⁷⁷ Duran, s. 197-198.

¹²⁷⁸ CHK/Schmid, s. 508; Dekker, OFK-Aktienrecht, s. 222; ATF 140 III 602, consid. 9.3.1.

nitelik gösterebilir¹²⁷⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bu görüş yönünde hareket etmiş ve ortaklığın ekonomik durumunu takdir hakkını artıran veya azaltan bir unsur olarak nitelemiştir¹²⁸⁰. Bu görüşteki yazarlardan mezkûr şartı tamamen yok saymayı öneren dahi olmuştur¹²⁸¹. Diğer görüş ise şartı anlamlı bulur ve nispetsizliğin ortaklığın ekonomik durumu üzerindeki etkisinin ortaya konulmasını arar¹²⁸². Zira bu görüşteki yazarlar nispetsizliğin tespitinde somut olayın bir bütün olarak ele alınması gerektiğini ve bu kapsamda açık bir nispetsizliğin mevcudiyetinde ortaklığın finansal durumunun da etkili olduğunu savunurlar¹²⁸³.

Tartışma güncelliğini korurken 19.06.2020 tarihli değişiklikle kanun koyucu ortaklığın ekonomik durumuyla nispetsizlik koşulunu hükmün lafzından çıkarmıştır. Yeni ikinci fıkra, ortaklığın karşı ediminin ortaklığın elde ettiği edimin ya da varlığın değeri ile açıkça orantısız olduğu ölçüde iade edileceğini belirtir^{1284,1285}.

Türk hukuku nazarında hükmün, tartışmanın ve hükümdeki değişikliğin sadece yol gösterici olduğunu hatırlamak gerekir. Bize göre ilişkili taraf işleminin malvarlığına zarar verip vermediğinin tespitinde ortaklığın ekonomik durumuna göre nispetsizlik bağımsız bir ölçüt değildir. Yukarıdaki açıklamalarımızı takiben ortaklık organlarının takdir haklarının muhafaza edilmesi gerektiği ve bu nedenle her nispetsizliğin değil, sadece bu takdir hakkını aşan aşırılıktaki nispetsizliklerin zararlı ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilmesi yönündeki görüşümüzü yineliyoruz. Görüşümüz çerçevesinde ortaklığın finansal durumuna sınırlı rol biçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Keza bu rol ortaklığın içinde bulunduğu olumlu veya olumsuz ekonomik duruma göre değişiklik gösterecektir. Eğer ortaklık olumsuz bir finansal konumdaysa organların takdir hakkının daraldığını düşünmek gerekir. Zira daha düşük orandaki nispetsizlikler daha ciddi, daha açık sonuçlar doğurur. Buna karşılık, ortaklığın finansal durumu işlemin akdi esnasında olumlu görülüyorsa ortaklığın takdir hakkı somut olayda kolaylıkla dikkate alınacak ve nispetsizlik tespit edilirken

¹²⁷⁹ Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern: Stämpfli, 1996, s. 661 N. 121; benzer yönde **von Büren/ Stoffel/ Weber**, s. 230, N. 964. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 41.

¹²⁸⁰ **Von der Crone/ Mauchle**, s. 202; ATF 140 III 602, consid. 9.3.1.

¹²⁸¹ **Handschin/ Kenel**, s. 1039. Yazarlar burada yorum yöntemi olarak teleolojik redüksiyonu tercih etmiştir.

¹²⁸² **BSK OR II-Kurer/ Kurer**, Art. 678, N. 16; **Böckli**, Aktienrecht, s. 1529.

¹²⁸³ **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 44.

¹²⁸⁴ **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 94; **von der Crone/ Mauchle**, s. 207.

¹²⁸⁵ “(...) restituer la contre-prestation reçue dans la mesure où cette dernière est en disproportion manifeste avec (...)”; “(...) werden diese Personen rückerstattungspflichtig, soweit ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.”

daha geniş şekilde gözetilecektir. Fakat takdir hakkının genişlemesi nispetsizliğin varlığı için aranacak matematiksel oranı değiştirmez. Zira ilişkili taraf işlemlerine karşı korunması gereken menfaat grupları çeşitlidir. Bu gruplara şirket menfaati gibi sürekli veya ileri vadeli alacak sahipleri gibi uzun süreli menfaatler de dâhildir. Fonun hâlihazırda mevcut olduğu gerekçesiyle ortaklığın bu fonu dilediği gibi harcayabileceği, örnek olarak mutlak şekilde pay sahipleri yararına (*shareholder primacy*) kullanabileceği düşüncesi bugün şirket menfaati lehine dışlanır. İlişkili taraf işlemlerini bu çerçevede ele almak gerekir. Söz konusu işlemin akdinin ortaklık için ekonomik zorluk doğurmayacak olması işlemin ortaklık malvarlığındaki zararlı etkisini görmezden gelmek için gerekçe oluşturmaz. Takdir hakkı, bir kere var olduğu kabul edildikten sonra ekonomik kuvvetten bağımsız, şirket menfaati gereğince kullanılması gereken bir yetkidir. Şirket menfaatine zarar verecek şekilde kullanılamaz, ilişkili taraf işlemlerini bu ölçüde genişletemez.

c. İlişkili Tarafın Kötüniyetli Olması

Ortaklık malvarlığına zarar veren bir işlemin hukuka aykırı görülmesi için bu işlemin ilişkili tarafının kötüniyetli olması aranacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, ilişkili tarafın kendisine yapılan aktarımın hukuki temelden yoksun olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması¹²⁸⁶ ayrıca beklenecek midir? İsviçre hukukunda, OR Art. 678/I kâr payının kötüniyetle alınmasını şart koşar. Aynı koşul TTK m. 512'de de ifade edilmiştir¹²⁸⁷. Lakin edimler arasındaki nispetsizlik nedeniyle iade borcunun öngörüldüğü OR Art. 678/II hükmünde açıklık yoktur. Bu nedenle doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Hâkim görüşe göre ikinci fıkra ilkiyle aynı şartlara tabi kılınmalıdır¹²⁸⁸. Aynı düşünceden hareketle İsviçre Federal Mahkemesi, Art. 678/II uygulamasını kötüniyet koşuluna bağlamıştır¹²⁸⁹. Diğer bir görüş iki fıkra arasında tam bağlılığı reddederken, edimler arasında oransızlık bulunmasını kötüniyetin göstergesi kabul eden yazarlar da mevcuttur. Zira karşı edim ile kendi edimi arasındaki açık farklılığın bu işlemde

¹²⁸⁶ Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 17.

¹²⁸⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nun ortaklıklar hukuku hükümlerinde geniş kapsamlı değişiklikler öngören uzun soluklu tasarıda ortaklıkla işlem yapan kişilerin kötüniyetli olması şartı kaldırılmaktaydı (CR CO II-Chenau/ Gachet, Art. 678, N. 111). Bu kanun değişikliği nihayet 19.06.2020 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

¹²⁸⁸ BSK OR II-Kurer/ Kurer, Art. 678, N. 18; CHK/Schmid, s. 508; Handschin/ Kenel, s. 1039.

¹²⁸⁹ ATF 140 III 602, consid. 10.1; von der Crone/ Mauchle, s. 203.

menfaat sağlayan ilişkili tarafın dikkatini çekmiş olması beklenir¹²⁹⁰. Nihayet 2020 yılında gerçekleştirilen değişiklikte kötüniyet şartı ilk fıkradan çıkarılmıştır¹²⁹¹. Artık tartışmanın İsviçre hukuku bakımından dahi ortadan kalktığı söylenebilir.

Kanaatimizce teknik hukuk anlamında işlemi akdedenlerin kötüniyetli olması aranmamalıdır¹²⁹². Bunu takiben, tarafların ortaklığa zarar verme kastıyla hareket ettiklerinin ispatına da gerek yoktur. Ortaklık varlıklarının ilişkili tarafa aktarımı işlemin zararlı olduğunu kabul için yeterlidir. Aksi takdirde malvarlığının korunması ilkesinin iyiniyetli kişiler tarafından zedelenmesine izin verilmiş olur ki kanun koyucunun bu duruma cevaz verdiği söylenemez. Farkı bir örnekle anlatmak gerekir ise, karar alma gücü hiç kimse tarafından sorgulanmayan bir pay sahibi, işlemi her şartta akdedebileceği için piyasa koşullarını araştırmaya gerek görmeksizin bu işlemi akdetmiş olabilir. Bu gibi örneklerde ilişkili tarafın kötüniyetli olmadığından bahisle işlemin zararlı olmadığı söylenemeyecektir.

Kötüniyetin teknik anlamda olmasa dahi işlemin zararlı olup olmadığını tespit için önem arz ettiği yegâne ihtimal, edimlerin mevcut değerleri arasında nispetsizlik bulunmadığı hâlde somut olayın bütünü incelendiğinde bir orantısızlıktan bahsedilen hâllerdir. Bu durum yukarıda karşılaştırmanın içeriği bahsinde ele alınmıştır. Sayılarla ifadesi mümkün olmayan, fakat yine de ortaklıktan ilişkili tarafa değer aktarımını konu alan işlemler de zararlı addedilebilecektir. Artık bu ihtimalde işlemin taraflarına değer aktarımında bulunmayı hedeflemediklerini ispatlama imkânı tanınmalıdır¹²⁹³.

d. Eşitlik İlkesine Aykırılık

Son olarak, ilişkili taraf işleminin malvarlığında bir eksilmeye yol açsa dahi eşitlik ilkesine riayet ettiği ihtimalde zararlı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu örnekte belirleyici olan, malvarlığından çıkan toplam tutarın pay sahipleri arasında eşit olarak dağıtılmasıdır. Aslında bu durum kâr payı hakkına ve kâr payı avansına

¹²⁹⁰ **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 61; **Böckli**, Aktienrecht, s. 1528.

¹²⁹¹ **Von der Crone/ Mauchle**, s. 207.

¹²⁹² Aynı görüşte **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 142.

¹²⁹³ Esasında kötüniyeti bu yöndeki iddianın sahibi ispatlamalıdır. Zira TMK m. 3 uyarınca asıl olan iyiniyetin varlığıdır (TMK m. 3). Ancak somut olayın şartları iyiniyetin varlığından bahsetmeye imkân tanıımıyorsa artık iyiniyet karinesine dayanılamayacağı kabul edilmelidir (Karş. **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 57). Kanaatimizce bu dipnotun ilişkili olduğu varsayımında sayısal değil olgusal tespitler öne çıktığından ilişkili tarafın iyiniyetli olmadığını söylemek, fakat kendisine bu durumun aksini ispat imkânı tanımak gerekecektir.

dair emredici hükümler bakımından zaten sorunludur. Fakat burada tespit etmeye çalıştığımız husus alınacak kararların geçersizliğinden öte eşitlik ilkesine ilişkili taraf işlemleri kuramında verilen anlamdır.

Kanaatimizce zararlı ilişkili taraf işleminden bahsetmek için eşitlik ilkesine aykırı hareket edilmiş olması aranmamalıdır. Zira kuramın koruduğu unsur ortaklık malvarlığıdır ve tüm pay sahiplerine eşit davranılsa dahi ortaklık malvarlığı pekâlâ zarar görebilir. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde korumanın konusu bir tek pay sahipleri değil, malvarlığına müdahaleden etkilenecek olan tüm menfaat sahipleridir. Kuramın koruduğu bütün menfaatler nazara alındığında, pay sahipleri arasındaki eşitliğin muhafaza edilmiş olması hiçbir surette yeterli görülmemelidir. Hâl böyle olunca eşitlik ilkesine uygunluk da ilişkili taraf işlemi zararlı olmaktan çıkaran bir unsur değildir.

İsviçre hukukunda benzer bir yaklaşım pay sahiplerinin onayında ve bu onayın iyileştirici etkisinde görülür. Zira İsviçreli yazarlara göre genel kurulun veya diğer tüm pay sahiplerinin onayı dahi bir işlemi OR Art. 678/II kapsamından çıkarmaz, onu yaptırıma uğramaktan kurtarmaz¹²⁹⁴. Kanaatimizce bu noktada özel karar alma süreci ve zararlı ilişkili taraf işlemi arasındaki kuramsal farklılığa tanık olunmaktadır. Korunan ilke nispi ya da safi korporatif düzene ilişkin olduğunda ortaklık içi menfaat dengesi bir söz hakkına sahip olurken korunan menfaatin genişlediği ve ilkenin daha mutlak bir hâl aldığı ihtimalde sonuç değişmektedir. Bu sonuç aşağıda, sakatlıklara dair açıklamalarımızda incelenmiştir.

C. Zararlı İlişkili Taraf İşlemlerinde Karşılaşılabilecek Sakatlıklar

OR Art. 687/II ve Türk ortaklıklar hukuku zararlı ilişkili taraf işlemlerinin kişi ve konu yönünden kapsamının belirlenmesinde yolu aydınlatmış olsa da bir işlemin bu şekilde nitelenmesinin sonuçları mezkûr hükümlerden bağımsız olarak tespit edilmek durumundadır. Zira şu ana kadarki açıklamalarımızda zararlı ilişkili taraf işlemi tanımlayabilmek adına karşılaştırmalı hukuktan, mehaz kanunlardan ve ortaklıklar hukukunun ilkelerinden yararlanılmıştır. Yaptırımların tespitinde ise pozitif hukuktan ilkelerin ötesinde ve en somut şekilde faydalanmak icap eder.

¹²⁹⁴ **BSK OR II-Kurer/ Kurer**, Art. 678, N. 26; **CHK/Schmid**, s. 509. Karş. **Handschin/ Kenel**, s. 1043 vd. Yazarlar burada ayrıma gider ve bağlı malvarlığı için doktrine katılırken serbest malvarlığı değerlerini etkileyen aktarımların tüm pay sahiplerinin onayıyla yapılabileceğini savunurlar.

Konunun iki ana başlıkta incelenmesi gerekir. İlk inceleme konusu, ilişkili taraf işlemini gerçekleştirmek yönünde bir organ kararı alınması ve söz konusu işlemin zararlı olarak sınıflandırılması hâlinde bu organ kararının akıbetidir. İkinci olarak, organ kararının varlığından veya geçerliliğinden bağımsız şekilde, ortaklık ile ilişkili taraf arasında gerçekleştirilen hukuki işlemin zararlı addedilmesi hâlinde neden ve ne tür bir sakatlığın meydana geldiği araştırılacaktır.

1. İşleme Dair Ortaklık Kararı Yönünden

Anonim ortaklıkların iradeleri her tüzel kişilikte olduğu gibi organları vasıtası ile somutlaşır. Daha sonra bu irade, ortaklığı temsile yetkili olanlar tarafından dış dünyada açıklanacaktır. Bu başlık altında konumuz mevzubahis sürecin ilk aşaması, anonim ortaklık organlarının ilişkili taraf işlemi gerçekleştirilmesine dönük aldıkları karardır. Lakin kararın nasıl alındığıyla değil, alınan kararın geçerli olup olmadığıyla ilgilenmekteyiz. Buna göre anonim ortaklığın ilgili organı (genel kurul ya da yönetim kurulu) bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi yönünde karar alır. Bu hukuki işlemde ortaklığın karşı tarafı aynı zamanda ilişkili taraf sıfatını haiz bir kimse olacaktır. Aynı işlem zararlı ilişkili taraf işlemlerinin unsurlarını taşıyorsa, bu anlamda edimler arasında nispetsizlik mevcutsa bu işlemin gerçekleştirilmesini hedefleyen organ kararının geçerli olduğu söylenebilecek midir?

a. Organ Kararının Zorunlu Olup Olmadığı Meselesi

İlk olarak her ilişkili taraf işleminin öncesinde bu işlemin gerçekleşmesini konu alan bir organ kararı bulunmayacağını belirtelim. Zira ortaklığı temsile yetkili olanlar bu yetkinin kapsamında kalmak suretiyle somut olaya dair ayrı bir genel kurul veya yönetim kurulu kararı bulunmasa dahi işlem gerçekleştirebilir. TTK hükümleri – özellikle TTK m. 371 – uyarınca organın temsili için olduğu kadar ortaklığın tanıdığı iradi temsil yetkisinde de durum böyledir.

Bununla beraber, bazı işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için öncesinde organın karar alması zorunludur. Doktrinde verilen örneklerden biri, önemli miktarda şirket varlığının toptan satış¹²⁹⁵. Kapalı anonim ortaklıklar için getirilen düzenlemelerde bu konu bakımından ilişkili taraf işlemlerini diğer işlemlerden ayıran bir yön yoksa

¹²⁹⁵ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 644; karş. genel kurul kararının satış sözleşmesinin geçerlilik şartı olmadığı yönünde aksi görüşte Tolga Ayoğlu, “**Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 101.

da¹²⁹⁶ organ kararını zorunlu tutan bu gibi işlemlerin ilişkili taraflarla akdedilmesi pekâlâ mümkün, hatta son derece olasıdır. Zira bu işlemlerin ortaklık malvarlığı üzerinde istenmeyen etkileri olabileceği fark edilmiş ve olumsuz sonuçların belli bazı süreçler sayesinde engellenmesi arzulanmıştır. İlişkili taraf işlemlerinin ortaklık üzerindeki etkisi de benzerdir.

Organ kararını gerektiren işlemlerde bu kararın yokluğunun sonuçları doktrin tarafından TTK m. 408/2-f kapsamında, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı başlığı altında tartışılmıştır. Bir görüşe göre, organ kararı olmaksızın işlem askıda hükümsüzdür ve ancak kararın tamamlanmasıyla *ex tunc* sonuç doğurur¹²⁹⁷. Görülüyor ki bu gruba giren bir işlemin ilişkili tarafla akdedilmesi öncesinde gerekli organ kararı alınmadıysa veya kararda başkaca bir eksiklik saptanıyorsa, bu durum ilişkili taraf işleminin geçerliliğini etkileyebilir. Zira söz konusu işlemlerin ilişkili tarafla akdedilmesinde sonucu değiştirecek bir özellik yoktur.

Yukarıda ele alınan ihtimal dışında, akla gelen diğer bir durum, zorunlu olmasa dahi ilişkili taraf işlemi evvelinde anonim ortaklığın ilgili organının yine de bir karar almış olmasıdır. Bu karar TTK'nın (bir zorunluluk getirmeyen) diğer düzenlemeleri uyarınca veya ortaklığın yönetim anlayışının bir parçası olarak alınmış olabilir. Her hâlükârda kararın konusu ortaklığın bir zararlı ilişkili taraf işlemi akdetmesi ise söz konusu organ kararı kanaatimizce hükümsüzdür. Şimdi bu durumu inceleyeceğiz.

b. Sakatlığın Türü: Butlan

TTK'da varlığını koruyan adıyla butlan veya TBK'daki yenilenmiş ifadesiyle kesin hükümsüzlük, işlemi yapıldığı andan itibaren geçersiz kılan ve sonradan düzelmesi mümkün olmayan ciddi bir yaptırım şeklidir¹²⁹⁸. Kesin hükümsüzlüğe neden olan hâllerin başında işlemin emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması, işlemin konusunun imkânsız olması gelir. TBK m. 27 vd. hükümlerinde düzenlenen ve genel butlan sebepleri olarak tanımlanan bu

¹²⁹⁶ Halka açık anonim ortaklıklarda ilişkili taraf işlemlerinin genel kurul kararına bağlanması bu anlamda özel bir düzenleme olarak görülebilir. Bu bağlantı için **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 645.

¹²⁹⁷ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 645; H. Ali Dural, “Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 237-238. Lakin öğretinin bu görüşte mutabık olmadığını belirtelim. Zira diğer bir görüşe göre, genel kurul kararı mevcut olmasa da iyiniyetli üçüncü kişiyle akdedilen satış işlemi geçerlidir, bkz. **Ayoğlu**, Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı, s. 100, 102.

¹²⁹⁸ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 583-584; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 86.

kesin hükümsüzlük hâlleri anonim ortaklık organlarının TTK uyarınca aldıkları kararlar için de geçerlidir¹²⁹⁹. Bununla beraber anonim ortaklığın yapısı ve hukuki işlemin niteliği hükmün tatbikinde dikkate alınmalıdır. Öte yandan, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının geçersizliği TTK'da ayrıca düzenlenmiştir. Fakat bu düzenlemeler dahi *numerus clausus* değildir¹³⁰⁰. Bu nedenle anonim ortaklık organlarının aldığı herhangi bir kararın geçerli olup olmadığı tüm bu hükümler ekseninde ortaya konulmalıdır.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerini konu alan anonim ortaklık kararlarının geçerli olup olmadığı meselesi Türk ticaret hukuku doktrini için görece yeni bir problemdir. *Kaya* konunun malvarlığının korunması ilkesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade eder. Yazara göre örtülü kazanç aktarımını açıkça yasaklayan bir madde olmasa dahi kapalı anonim ortaklıkların bu yöndeki işlemleri sermayenin, alacaklıların ve azınlığın korunmasına dair normlarla çatışma içindedir¹³⁰¹. Konuyu bağımsız bir başlıkta ele alan yazarlardan *Özdin*, hukuki sorunu TTK m. 480/3 özelinde çözümler. Yazara göre, pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar kanunda öngörülen usullere riayet etmek zorundadır. Aksi yöndeki her bir davranış ortaklık malvarlığının açık ya da örtülü şekilde dağıtım anlamına gelecektir ve TTK tarafından engellenir. Burada işletilecek olan korumanın hukuki dayanağı ise TTK m. 480/3'tür. Hükmün lafzına rağmen amaca uygun *de lege lata* yorum uyarınca pay sahiplerinin ortaklığın tüm malvarlığına dönük hukuka aykırı müdahaleleri yasağın kapsamındadır ve bu nedenle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir¹³⁰².

Yüksel ise TTK m. 480/3'ün kapsamını esas veya çıkarılmış sermayeyle sınırlı görür. Lakin TTK'nın muhtelif hükmüne yayılmış olan koruma ortaklık malvarlığını bir bütün olarak kapsamaktadır. Bu çerçevede bağlı malvarlığının sermayeyi aşan kısmı üstünde nasıl tasarruf edileceği emredici hükümlerle düzenlenmiş vaziyettedir. Daha ötesinde, pay sahiplerine nasıl kazandırma yapılacağı detaylı hükümlere tabi kılınmıştır. Burada kazandırmaların kâr payı, hazırlık dönemi faizi, itfa bedeli ve tasfiye payı ödemeleri adı altında yapılabileceği kararlaştırılmıştır¹³⁰³. Ortaklığın pay sahiplerine varlık aktarmasının yegâne yöntemi bunlardır. Elbette bu kişilerin kendi

¹²⁹⁹ **Bahar Sayın**, s. 208.

¹³⁰⁰ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 515; **Bahar Sayın**, s. 210.

¹³⁰¹ **Kaya**, Şirketler Topluluğu ve SerPK ilişkisi, s. 1537, 1545.

¹³⁰² **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 99-100, 103. Aynı yönde **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1682, 1699.

¹³⁰³ **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 140-142; aynı yönde **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 103.

aralarında işlem yapmaları, sözleşme akdedip karşılıklı borçlanmaları mümkündür. Fakat sürecin nesnel şartlar altında yürütülmemesi hâlinde, hak ve borçların alışverişi dışında ayrıca ortaklık malvarlığından pay sahibine bir aktarım gerçekleşebilir, ki yazar bu durumu örtülü aktarım veya kazandırma olarak tanımlar. İşte bu ihtimalde zarar gören sermayenin kendisi ise TTK m. 480/3 hükmü; zarar gören diğer ortaklık varlıkları ise bu paragrafta bahsedilen diğer TTK hükümleri ihlâl edilmiş olur. Her iki durum da malvarlığının korunması ilkesine aykırıdır. Bu nedenle aktarımı konu alan organ kararları TTK m. 391 ve 447 uyarınca batıldır¹³⁰⁴.

i. Görüşümüz

Çalışmamızın önceki kısımlarında kuramsal çerçeveyi çizerken, malvarlığının korunması ilkesine değinmiştik. Burada sermaye ile malvarlığı kavramları arasındaki farkı yadsımaksızın ilkenin alacaklılar başta olmak üzere diğer menfaat sahiplerini de koruduğunu söylemiştik. Keza korumanın sadece sermaye ile sınırlı kalmasını değil, tüm malvarlığını kapsamasını savunmuştuk¹³⁰⁵. Bu görüşümüzü ilişkili taraf işlemleri çerçevesinde yineliyoruz.

Kanaatimizce tartışmayı TTK m. 480/3 ile sınırlı görmemek gerekir. Bizce de *pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*, şeklindeki mezkûr hüküm ancak sermayenin iade edilmesini yasaklamaktadır. Ne var ki ilkenin yegâne uygulaması bu hüküm değildir. Türk Ticaret Kanunu ortaklık malvarlığından yapılacak kazandırmaları birçok farklı maddede düzenlemiştir. İlk olarak kâr payına dair TTK m. 509 vd. hükümleri akla gelmelidir. Bu hükümler pay sahiplerinin hangi şartlar altında yatırımlarının karşılığını alabileceklerini ortaya koymuştur. Yine aynı maddelerde yönetim kurulu üyelerinin kazançtan alacakları payın koşullarına yer verilir (TTK m. 511). Böylece ortaklığın malvarlığından menfaat sahiplerine, diğer bir ifade ile ilişkili taraflara, herhangi bir karşılık beklemeksizin yapılacak olan aktarımların sınırları belirlenmiştir. Belki şirket menfaati bu varlıkların da ortaklıkta muhafazasını gerektirirdi lakin kanun koyucunun kurduğu menfaatler dengesinde ortaklık, ilişkili tarafları lehine bu fedakârlığı yapmakla yükümlüdür.

Öyleyse ortaklıkla aralarındaki bağın ekonomik bir menfaate dönüşmesini arzu eden menfaat sahipleri TTK'nın emredici hükümlerine uymak durumundadır. Kanun

¹³⁰⁴ **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 147-148. Aynı görüşte **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 173.

¹³⁰⁵ Bu açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I/B/1/a.

koyucunun aksi yöndeki girişimleri engellemek istediği açıktır. Pay sahiplerinin şirkete borçlanması (TTK m. 358); keza yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla bu yönde işlemler akdetmesine (TTK m. 395); kanuna karşı hileye (TTK m. 356) dair düzenlemeler bu isteğin kanıtı niteliğindedir. İşte bu hükümler akla gelmesi gereken ikinci grup düzenlemelerdir. Kanaatimizce ilişkili taraf işlemlerini konu alan tüm özel karar alma süreçleri ile yasaklamalar da bu kapsamda düşünülmelidir.

O zaman söylenmesi gereken şudur: Ortaklığa ait varlıkların üçüncü kişilere – ki hayatın olağan akışında bu kişilerin belli bazı menfaat sahipleri, diğer bir ifade ile ilişkili taraflar olması beklenir – aktarımı noktasında, eğer bu aktarımın hiç ya da olması gereken değerde bir karşılığı yoksa Türk Ticaret Kanunu bu ekonomik sonuca hangi yollarla ulaşılabilceğini ortaya koymuştur. Bu meşru yollar kanun koyucunun tercih ettiği menfaatler dengesini bize göstermektedir. Aynı ekonomik sonuca başka yöntem ve işlemlerle ulaşılacak istenmesi hâlinde malvarlığında meydana gelen azalma özellikle alacaklıların, bu aktarımdan istifade etmeyen diğer tüm menfaat sahiplerinin ve şirketin menfaatine aykırı olacaktır. İşte tam bu noktada malvarlığının korunması ilkesi devreye girmekte ve Kanun mezkûr ilkeye aykırı işlemleri kesin hükümsüz addetmektedir.

İlişkili taraf işlemini ayrı bir işlem grubu olarak düşünüp ele almayı gerektiren, işleme katılım gösteren kişiler nedeniyle ortaya çıkan şüphedir. Bu şüphe ilkesel, kuramsal bir anlam taşır ve söz konusu işlemin ortaklığın işletmesel faaliyetlerinin parçası olmadığını varsayar. Bu durum karşısında bir koruma mekanizması olarak ilişkili taraf işlemleri finansal tablolarda ayrıca gösterilir, kamuya açıklanır ve özel kurallara tabi olurlar. Bir ilişkili taraf işlemini zararlı kılan ise ortaklık malvarlığının toplam ekonomik değerinde meydana getirdiği azalmadır. Bu azalma TTK'nın uygun gördüğü bir yöntemle gerçekleştirildiği ihtimalde sorun yoktur. Aksi takdirde işlem ve bu işlemi onaylayan organ kararı yukarıda açıklamış olduğumuz nedenlerle malvarlığının korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Türk Ticaret Kanunu, malvarlığının korunması ilkesine aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu iki farklı hükümde açıkça ifade etmiştir (TTK m. 447/1-c; 391/1-b). Bu hükümler zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair kararların geçersizliğinin pozitif hukuktaki temelini oluşturur.

ii. Genel kurul kararı

Desteklediğimiz görüşü takiben, zararlı ilişkili taraf işleminin akdine dair genel kurul kararlarının kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir¹³⁰⁶. Zira TTK m. 447/1-c uyarınca genel kurulun *anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan* kararları batıldır.

Her ne kadar maddede sermayenin korunmasına dair hükümlerden bahsedilmiş ise de bizim yüklediğimiz anlam çerçevesinde malvarlığının korunması ilkesine ve bu ilkenin somutlaştığı hükümlere aykırı kararların da batıl olduğunda şüphe yoktur. Doktrinde sermayenin korunması ilkesine aykırılığın butlan yaptırımına bağlanması, bu hükümler ile pay sahibinin menfaati arasındaki bağ ile gerekçelendirilmiştir¹³⁰⁷. Aynı bağ malvarlığında meydana getirilen azaltmalar için de söz konusudur.

Moroğlu, ortaklık alacaklılarının çıkarlarını koruduklarından bahisle, *inter alia* pay sahiplerinin şirkete borçlanması ilişkin TTK m. 358 ve yöneticilerin şirkete borçlanmasını yasaklayan TTK m. 395 hükümlerine aykırı kararların batıl olduğunu ifade etmiştir¹³⁰⁸. Mezkûr hükümler belli tipteki ilişkili taraf işlemlerinin ne zaman zararlı olacağını düzenler. Bu düzenlemelere aykırı, zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair genel kurul kararları batıldır. Kanaatimizce aynı yaklaşım, belli bir madde ile değil, doğrudan malvarlığının korunması ilkesi ile karşı konulan diğer zararlı ilişkili taraf işlemleri için de geçerli olmalıdır^{1309,1310}.

iii. Yönetim kurulu kararı

Yönetim kurulu kararlarının hangi şartlar altında batıl olacağı TTK m. 391’de düzenlenmiştir. Bununla beraber, butlan hâllerinin bu maddede sayılanlarla sınırlı

¹³⁰⁶ SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı için aynı yönde **Sinan/ Tok**, s. 824.

¹³⁰⁷ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 15-26. TTK m. 447/1-c hükmünün kapsamına hem sermayeyi hem de diğer ortaklık malvarlığını koruyan maddelerin dâhil olduğu yönünde **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1699.

¹³⁰⁸ **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 170-171.

¹³⁰⁹ İsviçre doktrininde benzer bir anlayışa yer verildiğini görmekteyiz. Buna göre TTK m. 447/1-b’ye paralel OR Art. 706b düzenlemesi (... *portent atteinte aux dispositions de protection du capital*) karşısında OR Art. 678 hükmüne aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararları kesin hükümsüz kabul edilmektedir, bkz. **Vischer**, OFK-OR Art. 678, N. 22.

¹³¹⁰ İsviçre hukukunda OR Art. 678 ile tüm malvarlığı değerlerinin korunduğu belirtilir (**Handschin/ Kenel**, s. 1039). Lakin hükmün kapsamını özkaynakların (*fonds propres*) korunmasıyla sınırlı gören yazarlar da mevcuttur, bkz. **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 80. Kanaatimizce buradaki nüansı tespit etmek gerekir. Bizce doğru yaklaşım, hükmün kapsamını tüm malvarlığına sirayet eder görmek, fakat hükmün serbest malvarlığına uygulanmayacağı hâllerin gündeme gelebileceğini kabul etmek (**Handschin/ Kenel**, s. 1043) olacaktır.

olmadığını ve özellikle TBK m. 27'ye aykırılık durumunda yönetim kurulu kararının yine batıl olacağını ifade etmek gerekir¹³¹¹.

TTK m. 391/1-b hükmü uyarınca yönetim kurulunun sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen kararları batıldır. Maddeyi inceleyen yazarlar, sermayenin korunması – malvarlığının korunması kavramları arasındaki çatışmanın ve görüş farklılıklarının mezkûr hükmün uygulama alanını etkilediğini tespit eder. Çatışmada TTK m. 391'in gerekçesi¹³¹² sermaye kavramını vurgular¹³¹³. *Şehirali Çelik* ise bir ayırım yapmakta, batıl yönetim kurulu kararlarına ilişkin düzenlemelerde dar anlamda sermayenin korunduğunun düşünülebileceğini, fakat ilkenin geniş anlamda tüm malvarlığını korumaya yönelik olduğunu savunmaktadır¹³¹⁴.

Bizim de katıldığımız diğer görüş, madde gerekçesindeki vurguya karşın butlan yaptırımının malvarlığını bir bütün olarak ele aldığını ve sermayeyi aşan malvarlığı değerlerine dönük saldırının da TTK m. 391 uyarınca yaptırıma bağlanacağını kabul eder¹³¹⁵. Bu kapsamda zararlı ilişkili taraf işlemi akdedilmesine dair yönetim kurulu kararları batıldır.

iv. Tespit davası açabilecek kişiler

Kesin hükümsüzlük hukuki işlemin tarafları ve onların hukuki halefleriyle birlikte bu hükümsüzlükten etkilenen üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir¹³¹⁶. Bu duruma bağlı olarak kesin hükümsüzlüğün tespitinin talep edileceği davaların da yine bu hususta menfaati olan tüm ilgililer tarafından açılabileceği söylenmektedir. Dava hakkının ilgililere ait olduğu kabulü anonim ortaklık organlarının kararlarına karşı açılacak (yokluk ve) butlan davalarında da geçerlidir. Bu davalar pay sahipleri,

¹³¹¹ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 534. Genel butlan sebepleri uygulanırken anonim ortaklığın kendine özgü yapısının dikkate alınması gerektiği yönünde **Bahar Sayın**, s. 210.

¹³¹² Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: “b) Sermayenin korunması. Bu ilkesi (Genel Gerekçe 57 ve 66 numaralı paragraf), şirketin malvarlığının korunması ilkesinden ayırmak, ayrıca genel kurulun ve yönetim kurulunun devredilemez yetkileri ile karıştırmamak gerekir. İlkenin amacı Tasarının 379 (3), 380 (1), 384 ve 399’uncu maddelerinde görüldüğü gibi “sermaye”ye odaklanmıştır. Yedek akçelerin korunması tartışılabilir. Hükmün kapsamına, *inter alia*, sermaye paylarına faiz ödenmesi girer.”

¹³¹³ **Bahar Sayın**, s. 157-158, özellikle dn. 289.

¹³¹⁴ **Şehirali Çelik (Kırca/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 130.

¹³¹⁵ **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1699; **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 144, 148. Ayrıca bkz. sermayenin korunması ilkesi kavramının, malvarlığının korunması ilkesine nazaran sınırlayıcı ve dar olduğu ve bu nedenle kabul edilmesinin mümkün olmadığı yönünde **Teoman**, Değerlendirme, s. 13.

¹³¹⁶ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 588.

alacaklılar¹³¹⁷ ve yönetim kurulu üyeleri tarafından açılabilir. Somut olayda rehin hakkı veya intifa hakkı sahipleri gibi diğer kişilerin de ilgili olarak kabulü mümkündür¹³¹⁸. Burada önemli olan, davacının bu tespiti istemekte meşru bir menfaati bulunup bulunmadığıdır¹³¹⁹.

Kanaatimizce zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair organ kararlarının butlanının tespitini de yine pay sahipleri başta olmak üzere tüm ilgililer talep edebilecektir. Bu noktada sorulması gereken, ilişkili tarafın da bir anonim şirket olması ihtimalinde ilişkili tarafın pay sahiplerinin veya yönetim kurulu üyelerinin bu davayı açmak noktasında ilgili görülüp görülemeyeceğidir. İlk bakışta zararlı ilişkili taraf işleminden bahsedildiğine göre ortaklık malvarlığından çıkan değeri edinen ilişkili tarafın pay sahiplerinin bu davayı açmakta herhangi bir hukuki menfaati olmadığı düşünülebilir. Fakat bize göre bu kişiler de butlanın tespitini talep edebilmelidir¹³²⁰. Zira mamelekteki etkisinden bağımsız olarak ortada hukuken sakat bir işlem söz konusudur. Bu hukuka aykırı işlem nedeniyle zenginleşen tarafın iade yükümlülüğü başta olmak üzere birtakım borçlar altına gireceği kuşkusuzdur. Bize göre sakatlığın sonraki sonuçlarını hafifletmek veya ilişkili tarafta meydana gelen gerçek dışı değer artışını ortaya koymak dahi anılan kişileri ilgili kabul etmek için yeterli birer gerekçe teşkil etmektedir. Özellikle ilişkili taraf konumundaki ortaklığın azınlık pay sahiplerinin bulunması ilişkili tarafta gerçekleşen haksız değer artışının (haklı olarak) sorgulanmasını muhtemel kılacaktır.

2. İşlemin Dış Dünyadaki Yansıması

a. Tespitler

Ortaklığın ilişkili tarafla işlem akdetmeye karar vermesi aslında ortaklığın iç meselesidir. Takip eden aşamada ortaklık ve ilişkili taraf arasında bir işlem kurulur, ki bu noktada işlemin dış dünyaya yansıdığından bahsederiz. Kural olarak bu işlem borçlandırıcı nitelikte olacak veya taraflardan en az biri için borç doğuracaktır. Daha

¹³¹⁷ Alacaklılar ilişkili taraf işlemindeki kesin hükümsüzlüğü ileri sürdüklerinde ilgili sıfatına neden sahip oldukları kolaylıkla anlaşılabilir. Çünkü ortaklık malvarlığında yaşanan azalma kendi alacakları için bir risk oluşturur. Oysaki ilişkili taraf işlemi henüz akdedilmeden organ kararına muhalefet edip edemeyecekleri ayrı bir sorudur. Öğretide üçüncü kişilerin organ kararına karşı tespit davası açması, mezkûr dava ile elde edilecek hukuki korumanın başka bir hukuki yöntemle elde edilememesi şartına tabi kılınır, bkz. **Bahar Sayın**, s. 322; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 187. Alacaklılar da bu gruptadır.

¹³¹⁸ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 722f.

¹³¹⁹ **Bahar Sayın**, s. 320.

¹³²⁰ Benzer bir görüş için bkz. **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 218.

sonra borcun ifa edilmesi beklenir. Sürecin sonunda ortaklık malvarlığında ilişkili taraf lehine bir azalma yaşıyorsa işlemi, yukarıda yer verilen şartlar çerçevesinde, zararlı ilişkili taraf işlemi olarak adlandırmayı öneriyoruz.

İsviçre hukukunda hâkim görüş örtülü kazanç aktarımlarının geçersiz olduğunu savunur¹³²¹. Bu görüş hem OR Art. 680/II (TTK m. 480/3) hem de OR Art. 678/II hükmüne aykırı hukuki işlemler için beyan edilir¹³²². TTK m. 480/3 yönünden aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Fakat hukukumuzda OR Art. 678/II kapsamındaki işlemleri doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir. Bununla beraber Türk yargı kararları uyarınca ortaklığın taraf olduğu işlemdeki aşırı nispetsizlik yine de bir geçersizlik sebebidir¹³²³. Değerlendirmenin doğruluğunu her bir karar özelinde ayrıca ele almak gerekir, fakat biz Yargıtay’ın benimsediği ilkenin son derece doğru olduğu kanaatindeyiz. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere ortaklığın malvarlığına bu şekilde zarar verilmesine ilk başta ortaklıklar hukukunun ilkeleri karşı çıkar. Dış dünyada gerçekleştirilen işlem için de aynı sonuca ulaşmak gerekir. Keza bunun için *de lege ferenda* önerilerde bulunmaya gerek yoktur. Borçlar hukuku prensipleri ışığında yaptırım menfaatler dengesini sağlamak noktasında yeterli olacaktır.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak yaptırımı tespit etmeden önce hukuk dünyasının somut işlemle etkileşimindeki bazı cephelerine değinmek gerekir. Bize göre burada cevaplanması gereken üç önemli soru bulunur. Bu sorulardan ilki, işlemin gerçekleştirilmesi için organ kararının gerekmesi yahut zorunlu olmasa dahi bu yönde karar alınmış olması hâlinde, kararın geçersizliğinin işleme nasıl etki edeceğidir. Özetle burada incelenecek olan, iki hukuki işlem arasındaki bağlantıdır. Alınması zorunlu olan bir kararın mevcut olmamasının sonuçları yine bu kapsamda irdelenecektir. İkinci soru ise, ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesinin başka bir sözleşmeyi ihlâl etmesinin sonuçlarını ele alır. Bu soruyu pay sahipleri sözleşmesi özelinde düşünmek aydınlatıcı olur. İşlem akdeden ortaklık ve ilişkili taraf, üçüncü kişileri de kapsayan başka bir sözleşmede – ki bu ekseriyetle pay sahipleri sözleşmesidir – işlemi gerçekleştirilmemeyi yükümlenmiş iseler ne olacaktır?

Tartışacağımız üçüncü ve son soru irade sakatlıklarının sürecin bir parçası olup olmadığını anlamaya dönüktür. Zira zararlı ilişkili taraf işlemlerinin bağımsız üçüncü

¹³²¹ Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 21; Enrico Friz, “**Darlehen an Konzerngesellschaften**”, GesKR, Y. 2006, S. 4, s. 328.

¹³²² Niklaus Dietschi, **Beabsichtigte Sachübernahmen**, Zürich/ St. Gallen: Dike, 2012, s. 235-236.

¹³²³ Yarg. 11. HD., T. 04.07.2017, E. 2016/2200, K. 2017/4078 (Kaynak: Kazancı İhtihat Bankası)

kişilerin akdetmeyeceği içeriklere sahip olduğunu söylüyoruz. Keza ilişkili tarafın bu duruma vakıf olduğunu varsaymaktayız. O zaman görünürdeki irade uyuşmasının sıhhatini de sorgulamak gerekecektir.

i. Organ kararının geçersizliğinin etkisi

Zararlı ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesine dönük organ kararı geçersiz addedilmelidir. Fakat bu karar dış dünyada vücut bulan işlemin bir tamamlanma şartı veya diğer bir deyişle kanuni şartı değildir. Bu nedenle kararın geçersizliğinin işleme etkisi somut olaya göre değişiklik gösterir¹³²⁴.

Ortaklığı temsile yetkili kişiler, kendilerine o işlemi yapmayı buyuran ortaklık kararı geçersiz olsa dahi temsil yetkisini haizdir. Zararlı ilişkili taraf işleminde *per se* yetkisiz temsilden söz edilemez. Bununla beraber, tüzel kişiliğin bağımsızlığı ve *ultra vires* ilkelerinden kaynaklı bu durum mutlak değildir. Kötü niyetli yaklaşımlara karşı bazı koruma yöntemleri öngörülmüştür. Eğer söz konusu karar yönetim kurulu tarafından alınmışsa TTK m. 371/4 hükmünden kıyas yoluyla yararlanılacak, organ kararının geçersizliğini bilen ya da bilmesi gereken kişilere karşı işlem ortaklığı bağlamayacaktır¹³²⁵.

İlişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesine dair karar genel kurulda alınmış olabilir. Önemli nitelikteki malvarlığının satışına dair TTK m. 408/2-f hükmü bu ihtimalin en somut örneklerini verir. Burada yönetim kurulu kararlarının butlanında olduğu gibi ve fakat doğrudan TTK m. 371/4 hükmü uygulanmalıdır¹³²⁶. Böylece şirket alınan genel kurul kararının batıl olduğunu ileri sürerek iyiniyetli olmayan kişilere karşı ilişkili taraf işlemiyle bağlı olmaktan kurtulur¹³²⁷.

¹³²⁴ Organ kararında butlan yaptırımını benimsediğimiz için gündeme gelmeyen bir sorun, karardaki iptal edilebilirliğin “düzelmeyişinin” etkisidir. Bu husus İsviçre hukukunda tartışılmıştır. Acaba zararlı ilişkili taraf işlemi iptal edilebilir bir genel kurul kararına dayanıyorsa ve hak düşürücü süre içerisinde iptal davası açılmazsa hukuki işlemin akıbeti nedir? Ağırlıklı görüş artık iadenin istenemeyeceğini savunsa da (BSK OR II-Kurer/ Kurer, Art. 678, N. 34) doktrin her iki yönde de görüş bildirmiştir, bu konudaki görüşler için bkz. von der Crone/ Mauchle, s. 205, dn. 74 ve 75.

¹³²⁵ Eryiğit, s. 144-145.

¹³²⁶ Lakin bu husus öğretide tartışmalıdır. TTK m. 408/2-f hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. I/C/1/a.

¹³²⁷ Bir görüş TTK m. 371/4’te alınan karara aykırı işlem den söz edildiği için kararın batıl olması hâlini hükmün kapsamında görmez. Karar hiç alınmadıysa veya geçersizse işlem tarafının iyiniyetli olmasına sonuç bağlanmamalıdır, işlem her hâlükârda geçersiz addedilmelidir, detaylı bilgi için bkz. Eryiğit, s. 147-151. Tartışmanın sadece genel kurul kararının zorunlu tutulduğu hâller için anlamlı olduğunu belirtelim.

ii. İşlemin sözleşmeye aykırılık yaratması

Burada dikkate alınan ihtimal, zararlı işlem vasıtasıyla borç yüklenen ortaklığın veya ilişkili tarafın mezkûr işlemi akdetmemek yönünde bir yapmama borcu veya bu sonucu doğuran bir yapma borcu altında olmalarıdır. Burada ortaklıklar hukukunun temel inceleme konusunun dışına çıkmaktayız. Zira borca aykırılığın kaynağı olarak diğer bir borçlandırıcı işlemin varlığından bahsediyoruz. Fakat ilişkili taraf işlemi akdedenlerin aksi yönde taahhütte bulunmuş olmaları, söz konusu borçlar hukuku düzenlemesini korporatif düzleme bir anlamda yaklaştırır.

Bahsi geçen duruma sebep olabilecek hukuki işlemleri tek bir tür altında veya isimde toplamak doğru olmayacaktır. Zira sözleşme serbestisi içinde birden çok hukuki işleme aynı görev yüklenebilir. Bununla beraber uygulamada ekseriyetle pay sahipleri sözleşmelerinin tercih edildiği görülmektedir. Bu sözleşmeler, anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının, pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri sözleşmelerdir¹³²⁸. Yöneticiler başta olmak üzere, diğer menfaat gruplarından kişiler de bu sözleşmeye taraf olabilir. Hatta öğretide tartışmalı olmakla birlikte sözleşmeye konu ortaklığın da bizzat pay sahipleri sözleşmesine katılması ihtimal dâhilindedir¹³²⁹. Lakin bu katılım borçlar hukuku düzleminde etkili olmakla birlikte korporatif borç doğurmayacak ve borçların ifası noktasında ortaklık TTK hükümleriyle bağlı olacaktır¹³³⁰.

Pay sahipleri sözleşmesinde zararlı ilişkili taraf işlemleri akdedilmeyeceği yönünde hükümler yer alabilir. Sözleşmeye taraf pay sahipleri için bu yükümlülük kanaatimizce bir nevi sadakat borcu niteliğindedir¹³³¹. Fakat bu borca aykırı hareket edilmiş olması ilişkili taraf işlemi geçersiz kılmaz. Zira borç nispidir; işlemin her

¹³²⁸ Pay sahipleri sözleşmeleriyle ilgili detaylı bilgi için Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı, 2004, s. 43 vd. Paylaştığımız tanım için s. 468.

¹³²⁹ Görüşler hakkında bilgi için bkz. Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul: On İki Levha, 2018, s. 200-204. Şirketin pay sahipleri sözleşmesine taraf olmasına dair eleştiriler için ayrıca Esin, s. 479.

¹³³⁰ Okutan Nilsson, Paysahipleri Sözleşmeleri, s. 312-315; karşı. pay sahipleri sözleşmesinin şirketi borç altına sokmayacağı ve ancak bir niyet bildirimi olarak görülebileceği yönünde Ayoğlu, Şirketler Hukukunda Tahkim, s. 204.

¹³³¹ Anonim ortaklık pay sahiplerinin kural olarak sadakat yükümlülükleri bulunmadığı, fakat mezkûr sözleşme ile bu yükümlülüğün öngörülebileceği yönünde Okutan Nilsson, Paysahipleri Sözleşmeleri, s. 260. Somut konu bakımından ortaklık da benzer bir taahhüt altına girebilir (s. 314-315). Karşı. pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunduğu yönünde Akın, Sadakat Borcu, s. 139; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü, s. 76-77.

iki tarafı birden ve hatta (eğer mümkün görülürse) ortaklığın kendisi pay sahipleri sözleşmesine taraf olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Bununla beraber, işlemin akdi nedeniyle pay sahipleri sözleşmesinden doğan borç ihlâl edildiği için sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklı zararın tazmini (TBK m. 112) gerekir. Bu noktada aynen ifa ve fesih gibi borçlar hukuku kaynaklı diğer yaptırım türlerine başvurulması da mümkündür¹³³².

Hukuki durum bütün olarak değerlendirildiğinde, tünellenmenin ekonomik sonuçlarının ortadan kaldırılması için ilişkili taraf işleminin geçersiz addedilmesinin zorunlu olmadığı görülür. Nispi borç ilişkisi işlemde sakatlık yaratmasa dahi şirket malvarlığındaki azalma mevcudiyetini korur. Ortaklığa ve diğer pay sahiplerine karşı bu yönde azaltmada bulunmamayı taahhüt etmiş olan ilişkili taraf, işlemin geçerli olduğunu ileri sürerek borca aykırı davranışının yaptırımından kurtulamayacaktır. Bu nedenle iade borcu gündeme gelir. Sadakat borcu niteliğindeki nispi borca aykırılık nedeniyle iade borcunun doğması için edimler arasındaki nispetsizliğin açık olmasını da aramaya gerek yoktur. Sözleşme özgürlüğü içerisinde tarafların hangi kapsamdaki işlemleri yasakladığına bakılmalıdır. Sözleşmesel düzenlemenin yorumu gerektirdiği noktada kuramdan faydalanmak ve ortaklığın takdir hakkını gözeterek nispetsizliğin açık olmasını aramak doğruysa da tarafların herhangi bir nispetsizlik hâlinde ilişkili taraf işlemini zararlı addetmesi veyahut tüm ilişkili taraf işlemlerini yasaklaması da mümkündür. Yeter ki ilişkili taraf bu borcu sözleşmeyle yükümlenmiş olsun.

İlişkili taraf işleminin yarattığı zararın, malvarlığı değerini kendi mamelekine geçirmiş olan borçlu ilişkili taraftan talebi noktasında iki ihtimal bulunur. Birincisi, ortaklığın pay sahipleri sözleşmesinin alacaklısı sıfatıyla zararın tazminini bizzat talep etmesidir. Bu hâlde talep konusu, edimler arasındaki farkın ortaklığa iadesi ya da ödenmesi olur. Lakin ortaklık çelişkili davranıştan ve dürüstlük kuralını (TMK m. 2) ihlâlden kaçınmalıdır. Bu nedenle sadakat borcuna aykırılığın ortaklık tarafından ileri sürülebilmesi için işlemin korporatif yansımalarında da sakatlık bulunmalıdır. Örnek olarak, ilişkili taraf işlemi aynı zamanda genel kurulu kararına da aykırı olmalı (TTK m. 371/4) veya ortaklığın işleme dönük iradesinde sakatlık bulunmalıdır (TTK m. 393). İkinci ihtimalde ortaklık dışındaki sözleşme taraflarının, muhtemelen diğer pay sahiplerinin talepte bulunmaları söz konusudur. Fakat zarara uğrayan ortaklık

¹³³² **Okutan Nilsson**, Paysahipleri Sözleşmeleri, s. 287-288, 344. Aynen ifa bakımından aynı görüşte **Ayoğlu**, Şirketler Hukukunda Tahkim, s. 195.

tüzel kişiliğidir. Bu noktada diğer pay sahiplerinin harekete geçip geçemeyecekleri sorulmalıdır. Konuyu finansal yardım yasağı çerçevesinde ele alan *Gürel*, maddi hak sahibi olmayan kişiye talep hakkı tanınması için kanunda bu yönde açık hüküm bulunması gerektiğini savunur. Bu nedenle pay sahiplerinin şirketin iade talebini şirket yerine ileri süremeyeceği, bu yönde bir dava açamayacağı sonucuna ulaşır¹³³³.

Pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunduğu görüşündeki *Nomer* ve *Akın* ise pay sahipleri sözleşmelerinden bağımsız şekilde, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı tazminat yaptırımına tabi görür ve hukuki dayanağın sözleşmeye aykırılık (818 sy. mülga Borçlar Kanunu m. 96; TBK m. 112) olduğunu ifade ederler¹³³⁴. Pay sahipleri sözleşmelerinin nasıl konumlandırılacağıyla ilgili olarak kanaatimizce bu sözleşmelerin hukuki niteliği önem arz eder. Öğretide bir görüş bu sözleşmeleri ortak amaç barındırdıklarında adi ortaklık, aksi takdirde isimsiz (sui generis) sözleşme olarak niteler; bir diğeri ise adi ortaklık nitelemesini reddedip her hâlde sui generis sözleşmeden bahseder. Lakin bu görüş adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasını mümkün görür¹³³⁵. Hangi görüş tercih edilirse edilsin hukuki nitelemenin her bir sözleşme özelinde yapılması gerekecektir. Eğer somut olayda adi ortaklık hükümlerinin uygulanacağı söylenirse, ortaklık dışındaki sözleşme taraflarının oluşan zararın ortaklığa tazminini isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Zira bu talebin hukuki dayanağı *actio pro socio* olacaktır¹³³⁶.

iii. İrade sakatlığının ileri sürülüp sürülemediği

Hukuki işlemin geçersizliğine neden olan hâllerden bir kısmında işleme vücut veren irade sorunludur. Görünüşte uyuşan iradelerden biri aslında açıklama sahibinin gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Bu durum yanlışlıktan (hata), aldatmadan (hile), korkutmadan (tehdit) veya aşırı yararlanmadan (gabin) kaynaklanabilir. İlişkili taraf işlemleri vasıtasıyla ortaklık malvarlığında eksilme gerçekleştirildiğinde, hata ve hile ihtimalleri ön plana çıkar.

¹³³³ *Gürel*, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 237.

¹³³⁴ *Nomer*, Sadakat Yükümlülüğü, s. 150; *Akın*, Sadakat Borcu, s. 246. Tazminatın ortaklığa ödenmesini dolaylı zarara uğrayan pay sahibinin de talep edebileceği, bu noktada 6762 sy. mülga Ticaret Kanunu'nun 309. maddesinin (TTK m. 555) kıyasen uygulanabileceği görüşünde *Nomer*, Sadakat Yükümlülüğü, s. 154-156; karşı *Akın*, Sadakat Borcu, s. 254-256.

¹³³⁵ Görüşlerin toplu bir değerlendirmesi için bkz. *Ayoğlu*, Şirketler Hukukunda Tahkim, s. 177 vd.

¹³³⁶ Sadakat yükümlülüğüne aykırılık hâlinde açılan davada bu temele dayanan görüş için bkz. *Akın*, Sadakat Borcu, s. 256; *Nomer*, Sadakat Yükümlülüğü, s. 156-157. Türk hukukunda adi şirket ortaklarının, sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırılık karşısında ortak davası (*actio pro socio*) açma hakkıyla ilgili olarak bkz. Aynur Yongalık, *Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)*, Ankara: BTHAE, 2010, s. 94-99. Ortaklıklar hukukundaki somut bir örnek ise TTK m. 128/7'dir.

Ortaklık malvarlığı için zararlı olan işlemin akdinde, ilişkili tarafın bu durumu bildiği kabul edilir. Kendisi somut işlemi yapmak, borcunu ifa etmek ve karşı edimi elde etmek arzusundadır. Herhangi bir irade sakatlığından söz edilemez. Zarar verme kastıyla hareket edilip edilmediği ise bu aşamada önemli değildir. Şayet anlatılandan bağımsız bir irade sakatlığı mevcutsa ilişkili taraf elbette işlemi iptal edebilecektir. İşlemin zararlı ilişkili taraf işlemi niteliği genel hükümlerden ayrılmayı gerektirmez.

Ortaklığın irade beyanı yönünden öne çıkan iki ihtimal ve bu ihtimallere bağlı iki hukuki sorun mevcuttur. Ortaklık iradesi temsil yetkisini haiz organ üyeleri veya diğer kişiler aracılığıyla açıklanır. İrade sakatlıklarında belirleyici olanın temsilcinin iradesinin sıhhati olduğu söylenir¹³³⁷. Öyleyse ilk ihtimalde temsilcinin işlemin şirket malvarlığındaki zararlı etkisini bilmediğini varsayalım. Acaba hangi şartlar altında bu durum irade sakatlaması oluşturur? İkinci ihtimalde ise temsilci işlemin sonuçları hakkında bilgi sahibidir, fakat yine de işlemi gerçekleştirir. Bu hâlde ortaklığın kendi iradesini temsilcinin iradesinden ayırıp işlemi iptal etmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Birinci ihtimalde, temsilci mezkûr işlemin ortaklık malvarlığının ilişkili taraf lehine azaltılması amacıyla gerçekleştirildiğini bilmemektedir. Oysaki ilişkili tarafın işlemi akdetmedeki saiki budur ve bunu ortaklık ile temsilcisinden gizlemiştir. Bize göre, TBK'da sayılan şartların mevcut olması hâlinde esaslı yanılmadan¹³³⁸ ve somut olayda mevcutsa aldatmadan¹³³⁹ bahsetmek mümkündür. Fakat bir ilişkili taraf işlemi akdedilmiş olması iradenin her hâlükârda sakatlandığı şeklinde yorumlanmamalıdır. İradenin sakatlandığından bahsedebilmek için, oluşumundaki aksaklıktan kaynaklı bir bozukluk bulunmalıdır¹³⁴⁰. Fakat zararlı ilişkili taraf işlemlerinin doğası gereği irade sakatlıklarını dışlayan yazarlar da vardır¹³⁴¹. Bize göre önemli olan, tünelleme sonucunun iradenin oluşumu esnasında gözetilmemiş olması ve bu durumu takiben

¹³³⁷ Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 409.

¹³³⁸ Esaslı saik yanılmasının şartları şu şekilde sıralanır (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 404-409; Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 326 vd.): Sözleşme yapma arzusunun oluşmasında etki eden belirli bir olguda yanılmış olmak; bu olgunun işlemin gerçekleştirilmesi için *condicio sine qua non* teşkil etmesi; yanılmanın karşı tarafça bilinmesi; iş hayatındaki dürüstlük kurallarının yanılmanın geçerliliği etkilemesini haklı göstermesi.

¹³³⁹ Karşı tarafın aldatılmasında şartlar şöyledir (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 455-463; Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 353-359): İşlemi akdetmek noktasında aktif ya da pasif davranışla aldatılmış olmak; yanıltıcı davranışın kasten yapılması; işlemin gerçekleştirilmesine bu aldatmanın sebep olması; aldatanın işlemin tarafı ya da onun yardımından yararlandığı bir kimse olması.

¹³⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 344.

¹³⁴¹ Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 221-232. Yazarın açıklamaları örtülü kazanç aktarımlarını (SerPK m. 21) gözetmektedir.

iptalin kanuni şartlarının oluşmasıdır. Bu takdirde ortaklık iptal beyanını kullanıp işlemi hükümsüz kılabilir¹³⁴². Fakat çoğu somut olay anılan ihtimali karşılamaz.

İkinci ihtimalde ise temsilcinin irade beyanında herhangi bir sakatlık yoktur. Bununla beraber, ortaklığın kararı alan organı nezdinde bir hile ya da en azından hata meydana gelmiştir. Örnek olarak, hem ilişkili taraf hem de işlemi ortaklığı temsilen akdeden kişi edimler arasındaki açık nispetsizliğin farkındadır. Lakin yönetim kurulu işlemin akdini bu durumdan bihaber şekilde, şirket menfaatine uygun işlem yapıldığı saiki altında onaylamıştır. Acaba bu durumda yine de aldatmadan bahsedilebilir mi? Doktrinde yerleşik görüş, irade sakatlığının ve buna bağlanan hükümsüzlük hâlinin temsilcinin iradesinde gerçekleşen sakatlıklarla sınırlı olduğunu ifade eder¹³⁴³. Bazı yazarlar ise, temsil olunanda gerçekleşen irade sakatlığını dikkate almayı savunur. Temsil olunanın sözleşme şartlarını bizzat belirleyip temsilciye talimat verdiği, fakat yine temsil olunanın bu süreçte hataya düştüğü somut ihtimalde sözleşmenin iptal edilebileceği söylenir. Fakat bu geniş yoruma rağmen, temsilcinin kötü niyetinin ya da hilesinin iyiniyetli temsil olunana bir yarar sağlamayacağı kabul edilmiştir¹³⁴⁴. Bu görüşler birlikte değerlendirildiğinde, irade sakatlıklarında esas alınması gerekenin işlemin kurulmasını sağlayan irade beyanı olduğu görülmektedir. Temsilciye ait olan bu beyan temsil olunan tarafından somutlaştırılmış, çerçeveye oturtulmuş ise ancak bu ihtimalde ve sadece bir görüşe göre temsil olunanın işleme dönük iradesi dikkate alınabilir. Fakat yukarıda örneklediğimiz şekliyle temsilci ile ortaklık arasındaki saik farklılığından irade sakatlığı oluşması kabul edilmemiştir.

b. Kesin Hükümsüzlük ve Nedenleri

Hukuki işlemin meydana geldiği, fakat arzu edilen hüküm ve sonuçların baştan itibaren hiç doğmadığı hâlde kesin hükümsüzlükten bahsedilir. TBK m. 27/1'e göre *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya*

¹³⁴² Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 338, 361; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 438. İptal beyanında bulunmak için bir yıllık hak düşürücü süre bulunduğunu belirtelim.

¹³⁴³ Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 410; Eren, s. 393. Yazar bu noktada temsilci ile aracı arasındaki farka işaret eder ve haklı olarak TBK m. 33'ün burada uygulanmayacağını belirtir. TTK m. 395/1 ile ilgili olarak aynı yönde Ulusoy, Şirketle İşlem Yapma Yasağı, s. 193.

¹³⁴⁴ Selâhattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/ Atillâ Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 1993, s. 189-190. Lakin şartları mevcutsa temsilcinin yetkilendirilmesine dair işlemin irade sakatlığı gerekçesiyle iptal edilmesi ve yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması düşünülebilir (Oğuzman/ Öz, Cilt 1, N. 410). Fakat ilişkili taraf işlemleri gibi organın temsiliyle karşılaşılan hâllerde bu imkânın bulunmadığı görüşündeyiz.

*konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Maddedeki sayım sınırlı değildir, şekle aykırılık gibi başkaca kesin hükümsüzlük hâlleri de mevcuttur*¹³⁴⁵.

İlişkili taraf işlemleri nihayetinde birer hukuki işlemdir. Ortaklıkların akdettiği nitelikli bir işlem grubu olarak ticaret hukukunun ilgi alanına girseler de geçerlilikleri borçlar hukukunun temel prensiplerine tabidir. Organ kararının geçersizliğinin ilişkili taraf işleminin geçersizliğine neden olmaması da bu durumu bir anlamda teyit eder. Fakat konumuz bakımından önemli olan, işlemler için yapılan zararlı nitelemesinin kesin hükümsüzlük hâliyle bağlantı kurup kurmadığıdır. Zira ortaklığın ilişkili tarafı ile hukuki işlem akdetmesini yasaklayan veya işlem akdedilse dahi edimleri arasında belli oransal yakınlık bulunmasını zorunlu tutan genel bir hüküm TTK’da yoktur. Bu konudaki özel hükümler ise kendi uygulama alanlarıyla sınırlı olarak yaptırımı ya belirtmiş ya da yoruma imkân tanıyan açık ifadelere yer vermiştir.

Oysaki kapalı anonim ortaklıklarda konuya ilişkin buyurucu hukuk kuralı dahi yoktur. Zararlı ilişkili taraf işlemi nitelemesinin hukuki dayanağı açık kanun hükmü değil, ortaklıklar hukukunun ilkeleri ile bunlara ilişkin somut düzenlemelerdir. Bu nedenle mezkûr işlemlerin kesin hükümsüz olduğunu başkaca hükümlerden yardım almaksızın ileri sürmek mümkün değildir. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde TBK m. 27 başta olmak üzere hukuki işlemin hükümsüzlüğünü düzenleyen maddeler çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir. Bir işlemin aynı zamanda bu hükümlere aykırı olduğu söylenebildiğinde, aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanır. Aykırılığın dayanağı doğrudan işlemin zararlı niteliği olmadığına göre, en azından teorik temelde, her zararlı ilişkili taraf işleminin kesin hükümsüz olmadığı; genel hükümlere aykırı durumdakilerin yaptırımla karşılaşacağı kabul edilmelidir. Bu noktada öne çıkan kesin hükümsüzlük hâlleri aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Kesin hükümsüzlüğün sonuçları yine genel hükümlere göre tatbik edilir. Örnek olarak kesin hükümsüzlüğü işlemin taraflarıyla birlikte üçüncü kişiler de ileri sürer, hatta hâkim bu durumu resen dikkate alır¹³⁴⁶. Bununla beraber ilişkili taraf işlemleri TTK m. 19 anlamında birer ticari iş olacaktır. Kanaatimizce her ne kadar geçersizlik genel hükümlerin bir sonucu olsa da işlemin ticari karakteri uyarınca TTK m. 1530

¹³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 583.

¹³⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 588.

uygulama alanı bulur¹³⁴⁷. Buna göre, *sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır*. Üstelik, bir hükümdeki sakatlığın tarafların iradesi gereğince sözleşmenin geri kalanına sirayet etmesine imkân veren TBK m. 27/2, c. 2 düzenlemesi ticari hükümlerle yasaklanmış işlerde uygulanmaz.

i. Muvazaa olarak nitelendirilme ihtimali

İlişkili taraf işlemleri ile muvazaa arasındaki bağlantı çalışmamızın önceki kısımlarında incelenmişti. Ulaştığımız sonuca göre, ilişkili taraf işleminin edimleri arasında açık bir nispetsizlik bulunması başlı başına muvazaa olarak yorumlanamaz. Zira zararlı da olsa mevcut ilişkili taraf işleminin akdedilmesi taraflarca istenmiş ve buna uygun şekilde hareket edilmiştir. Bununla beraber, örtülü kazanç aktarımını ele alan yazarlar bazen doğru sınırlar dâhilinde bazen ise olması gerekenden daha geniş biçimde muvazaa nitelemesinde bulunurlar¹³⁴⁸. Zararlı ilişkili taraf işlemi teorisiyle uyumsuz gördüğümüz bu nitelemenin sonuçlarına, karşılaştırma için gerekli olduğu ölçüde değineceğiz.

Muvazaalı işlem kesin hükümsüz addedilir. Bu sonuç, görünürdeki (muvazaalı) işlem için söz konusudur. Tarafların gerçekte akdetmek istedikleri işlem ise kural olarak geçerlidir. Fakat işlemin gizlenmesi, şekil şartları başta olmak üzere başka geçerlilik şartlarının sağlanmasını engellemiş olabilir. Bu gibi durumlarda gizlenen işlemin de hükümsüzlüğü gündeme gelecektir¹³⁴⁹. Bedelde muvazaa gibi kısmi muvazaa hâllerinde ise yaptırım tartışmalıdır. Zira ortada bedel hususu hariç gerçek iradeye uygun ve diğer tüm geçerlilik şartlarını haiz bir işlem vardır. Buna rağmen gizlenen işlemi tamamen bağımsız mı değerlendirmek gerekir, yoksa görünürdeki işlemin bedel hükmünde değişiklik yapıp bu değişikliğin gereklerini yerine getirmek suretiyle görünürdeki sözleşmenin geçerli addedilmesi mi uygun olur, öğreti iki

¹³⁴⁷ Borçlanma yasaklarında bu yönde **Pash**, Temel İlkeler, s. 161; **Veziroğlu**, s. 431. İsviçre hukuku için aynı görüşte **Handschin/ Kenel**, s. 1048. Aksi yönde bir görüş için **Doğan**, Geri Ödeme Yasağı, s. 58. Yazar sermayenin iadesi yasağına aykırılığı ele aldığı çalışmasında mezkûr hükmün düzeltici değil geçersiz sayıcı bir düzenleme olduğunu ve aykırılık teşkil eden kısım nedeniyle işlemin bütünüyle geçersiz olduğunu savunur. Ayrıca yine aksi yönde **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 234. Zira yazar pozitif hukukun yasal sınır öngörmediğini ifade eder. Fakat karşıt görüşte s. 239.

¹³⁴⁸ İlgili açıklamalar için bkz. yuk. I/B/2/b/ii.

¹³⁴⁹ **Hatemi/ Gökyayla**, s. 91; **Oğuzman/ Öz**, Cilt 1, N. 415, 419; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 356 vd. Bununla beraber yazarlar, hükümsüzlüğün türünün yokluk olması gerektiğini savunurlar (s. 357).

yönde de görüş bildirmiştir¹³⁵⁰. Örtülü kazanç aktarımını kısmi muvazaa hâli olarak değerlendiren *Günay* ise işlemin, ilişkili taraf olmayan üçüncü bir kişiyle nasıl gerçekleştirilecektiye o koşullarda ayakta kalmasını savunur¹³⁵¹.

ii. Emredici hükümlere aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan kurallara aykırılıktır. Kanunun emredici hükümlerine aykırılık ise hukuka aykırılığın bir türüdür ve TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur. Burada bahsedilen emredici hükümler, taraf iradeleriyle bertaraf edilmeleri mümkün olmaksızın, mutlaka uygulanması gereken hükümlerdir¹³⁵².

Konumuz açısından sermayenin iadesini yasaklayan TTK m. 480/3 ve kâr payı dağıtımına ilişkin TTK m. 509/2 birer emredici kanun hükmüdür. Pay sahipleriyle akdedilen işlemler bu hükümlere aykırı oldukları takdirde kesin hükümsüzlükten bahsetmek gerekecektir. Lakin mezkûr hükümlerin uygulama alanı tüm ilişkili taraf işlemlerini kapsayacak kadar geniş değildir. Bu nedenle bir kez daha işlem temelli değerlendirme yapılmalıdır. Yoksa zararlı ilişkili taraf işlemlerinin bir bütün olarak kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu söylenemez.

iii. Ahlâka aykırılık

TBK m. 27’de sayılan kesin hükümsüzlük hâllerinden bir diğeri olan ahlâka aykırılık, emredici hukuk kuralı ile yasaklanmamış sözleşmelerin konusu veya amacı toplumda yerleşmiş ahlâkî kurallara aykırı olduğunda gündeme gelir. Bu takdirde hukuka aykırılık söz konusuymuş gibi işlem kesin hükümsüz addedilir¹³⁵³. Hükmün uygulama alanı bakımından belirleyici olan ahlâk kavramıdır. Aynı zamanda genel ahlâk şeklinde ifade edilen bu kavram tanımlanırken farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Toplumda hâkim olan ortalama düzeyi, diğer bir ifadeyle sosyal ahlâkı temel alan ilk görüş; pozitif hukuk normları ekseninde tespit edilecek bir hukuki ahlâkı destekleyen ikinci görüş; çatışma hâlinde ikincisine öncelik vermek suretiyle sosyal ahlâkı ve

¹³⁵⁰ Konu genellikle resmi şekle tabi olan taşınmaz satışları ekseninde tartışılmaktadır, bu konudaki açıklamalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı*, s. 358-362; *Oğuzman/ Öz*, Cilt 1, N. 419-422. Fakat kanaatimizce bu tartışmanın çıktıları, gizlenen işlemdeki diğer geçerlilik şartı eksikliklerine de uygulanabilir.

¹³⁵¹ *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 217, 249.

¹³⁵² *Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı*, s. 534, 536.

¹³⁵³ *Oğuzman/ Öz*, Cilt 1, N. 282.

pozitif hukukun temelini oluşturan etik ilkeleri birlikte dikkate alan üçüncü görüş bu tartışmada öne çıkan düşüncelerdir¹³⁵⁴.

Hükmün kapsamını yukarıdaki görüşler belirlerken, hükmün görünüm şeklinde üç biçim öne çıkar. İlk olarak, doğrudan sözleşmenin yapılması ahlâka aykırı olabilir. Sözleşmenin konusunda bulunmayan ahlâka aykırılık vaat edilen edimde mevcutsa yaptırım yine kesin hükümsüzlüktür. Nihayet, görünürdeki sözleşmenin türünden ve kararlaştırılan edimlerden kaynaklanmayan aykırılık tarafların bu sözleşme ile takip ettikleri amaçta kendini gösterebilir¹³⁵⁵.

Ahlâka aykırılığa dair öğreti ortaklıklar hukuku tarafından benimsenmiş ve korporatif ilişkinin etkili olduğu bazı işlemleri nitelemeye kullanılmıştır. Yerinde bir örnek, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı hileli anlaşmalardır. Alman hukukunda *Kollusion* olarak ifade edilen bu durumda, temsilci ve işleme taraf olan üçüncü kişi şirketin zararına işlem gerçekleştirmek hususunda anlaşmıştır. Bu anlaşma gereğince bir işlem (örn. zararlı ilişkili taraf işlemi) akdedilir. Öğreti buradaki anlaşmayı ahlâka aykırı ve bu nedenle kesin hükümsüz addetmekte; hükümsüzlüğün ayrıca işleme de sirayet edeceğini (bulaşacağını) savunmaktadır¹³⁵⁶. Kanaatimizce zararlı ilişkili taraf işlemleri için aynı anlayış benimsenmelidir.

D. İşlemin Zararlı Yapısının (ve Sakatlığın) Hukuki Sonuçları

Anonim ortaklığın malvarlığına zarar veren, tünelleme faaliyeti niteliğindeki işlemler ilişkili tarafla gerçekleştirildiklerinde hem bu işlemin kendisi hem de işleme dönük organ kararı, yukarıda açıklanan kapsamda kesin hükümsüzdür. Fakat hukuki işlemlerin geçersizliğinin tespit edilmiş olması şirket menfaatini korumakta tek başına yeterli olmaz. Aynı zamanda, ortaklıktan çıkan malvarlığı değerlerinin¹³⁵⁷ bir şekilde ortaklığa geri kazandırılması gerekir. Alacaklılar başta olmak üzere ilişkili

¹³⁵⁴ Görüşlerle ilgili detaylı bilgi için **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 552-556.

¹³⁵⁵ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 556. Amaçtaki ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için her iki tarafın da bu amacı benimsenmiş olması gerektiğini hatırlatalım (**Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 558; karş. **Oğuzman/ Öz**, Cilt 1, N. 285).

¹³⁵⁶ **Aydın**, s. 176; **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 753-754; **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 648. Hukuki sorunun yetkisiz temsil hükümleri kapsamında çözülmesi gerektiği yönündeki karşıt görüş için bkz. **Aydın**, s. 177.

¹³⁵⁷ İsviçre hukukunda, OR Art. 678/II'ye konu aktarımların sermayenin iadesine yol açanlarla sınırlı olduğu yönündeki görüş için bkz. **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 85. Lakin yazarlar bu görüşlerini gerekçelendirmemiştir.

taraf dışındaki tüm menfaat sahiplerinin etkili bir şekilde korunması bu iadenin fiilen gerçekleşmesiyle mümkündür.

TTK zararlı ilişkili taraf işlemlerinde iadenin nasıl yapılacağını düzenlemiş değildir. Lakin yorum faaliyetini destekleyen iki hüküm bulunur. İlki, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 678. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Edimler arası nispetizliği yaptırıma bağlayan mezkûr hükmün bir benzerinin TTK'da bulunmadığını, bu durumun nasıl yorumlanması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. İkinci hüküm ise 678. maddenin ilk fıkrasını karşılayan TTK m. 512'dir. Hükme göre, pay sahipleri haksız yere ve kötüniyetle aldıkları kâr payı ile hazırlık dönemi faizlerini iade etmekle yükümlüdür¹³⁵⁸.

Haksız alınan kazançların iadesini düzenleyen kanun koyucu ortaklığın iadeye dönük talebini zamanaşımına tabi alacak hakkı şeklinde kurgulamıştır. Aşağıda ilk olarak zararlı ilişkili taraf işlemleri için benzer bir hakkın mevcut olup olmadığı incelenecektir. İkinci olarak, konu sorumluluk rejimi çerçevesinde ele alınacaktır. Zira ortaklığı söz konusu işlemi gerçekleştirmeye yönelten kişiler belli şartlar altında doğan zarardan sorumlu tutulmuştur.

1. Edimlerin İadesi

Ortaklığın kesin hükümsüz ilişkili taraf işlemine dayanarak ifa ettiği edimlerin ortaklık malvarlığına iadesi gerekir. Eğer mezkûr işlemde doğan borç henüz ifa edilmemişse sorun yoktur. Ortada geçerli bir borç bulunmadığı için, ilişkili tarafın ifaya dönük taleplerinin basitçe reddiyle sorun çözülür. En kötü ihtimalle menfi bir tespit yeterli olacaktır.

Ortaklık edimi ifa etmiş, bu nedenle malvarlığında bir azalma gerçekleşmişse artık iade süreci işletilecektir. İsviçre hukukunda OR Art. 678 hükmünün sebepsiz zenginleşmenin (OR Art. 62) özel görünümü (*lex specialis*) olduğu açıkça ifade edilir¹³⁵⁹. Maddenin üçüncü fıkrasında, ilk iki fıkarda düzenlenen hâllerde hem ortaklığın hem de her bir pay sahibinin ortaklıktan haksız şekilde edinilen malvarlığı değerinin iadesini talep edebileceği belirtilir. Pay sahibinin talebi iadeye dönük ifanın ortaklığa yapılması şeklinde olacaktır. Ortaklık ad ve hesabına bu talebi ileri sürmesi

¹³⁵⁸ Detaylı bilgi için Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 915-918.

¹³⁵⁹ Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, N. 113; CHK/Schmid, s. 507; CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 4, 91; von der Crone/ Mauchle, s. 203; BSK OR II-Kurer/ Kurer, Art. 678, N. 3; Handschin/ Kenel, s. 1035; Vischer, OFK-OR Art. 678, N. 3; Dekker, OFK-Aktienrecht, s. 219.

gereken ise yönetim kuruludur. Lakin 19.06.2020 tarihinde yapılan değişiklikte genel kurulun yönetim kuruluna ve hatta bir temsilciye, iade talepli dava açması yönünde talimat verebileceği düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin mevcut ya da önceki üyelere dava açmakta çekingen davranabileceğini düşünen öğreti bu değişikliği olumlu karşılar¹³⁶⁰.

Türk hukukunda benzer bir hüküm mevcut değildir. Haksız alınan kâr payının iadesine dair TTK m. 512 kıyasen uygulanabilir, fakat bu hüküm de kuralı koymakla yetinir. Bu nedenle iade, borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşmeye dair kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmelidir¹³⁶¹.

TBK m. 77/1'e göre *haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür*. Kanun sebepsiz zenginleşmeyi borcun kaynaklarından biri olarak düzenler. Denkleştirici adalet düşüncesine dayanan kurum, genellikle diğer hukuki müesseselerin yarattığı hukuki sonuçları tamamlamakta veya düzeltmekte kullanılır¹³⁶². Kanaatimizce ilişkili taraf işleminin kesin hükümsüzlüğü tespit edilip ortaklığın malvarlığındaki azalmayı ortadan kaldırmak gerektiğinde edimin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabidir. Sebepsiz zenginleşme teorisiyle karşılaştırdığımızda¹³⁶³ ilişkili taraf işlemleri vücut verdikleri edimlerdeki açık orantısızlık nedeniyle ve yukarıda incelenen şartlar altında kesin hükümsüz addedildiğinde, muhtemeldir ki ilişkili tarafın malvarlığının aktiflerinde artış gerçekleşecektir. Bununla beraber, pasiflerdeki azalma ile beraber fakirleşmeden kurtulma (*damnum cessans*) da zararlı ilişkili taraf işleminin konusunu oluşturabilir. Tüm bu hâllerde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Sebepsiz zenginleşmenin türleri bulunur¹³⁶⁴. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde, borçlanılmamış edimin ifa edildiği söylenmelidir (*condictio indebiti*). Bu hâl, geçerli sebebe dayanmayan zenginleşmelerin bir alt türü olup TBK m. 78'da ayrıca hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre, *borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri*

¹³⁶⁰ CR CO II-Chenau/ Gachet, Art. 678, N. 63-77; Dietschi, s. 553; von der Crone/ Mauchle, s. 205, 208.

¹³⁶¹ Sermayenin iadesi yasağı bakımından aynı yönde Doğan, Geri Ödeme Yasağı, s. 59.

¹³⁶² M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2**, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul: Vedat, 2020, N. 886, 892.

¹³⁶³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 908 vd.

¹³⁶⁴ Zenginleşmenin ifa sonucu mu gerçekleştiği, yoksa ifa dışında sebepsiz zenginleşmeden mi bahsedildiği buradaki temel ayrımdır. Yine her iki ayrımında alt türler mevcuttur. Detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 988 vd.

isteyebilir. Konumuza uyarlarsak, geçerli ilişkili taraf işlemi bulunduğundan bahisle ifa amacıyla kazandırma yapılmıştır; fakat işlem aslında zararlı niteliktedir ve kesin hükümsüzdür. Borç ilişkisinin geçersizliği nedeniyle aslında mevcut olmayan borca dönük bir tasarruf işlemi gerçekleştirilmiştir¹³⁶⁵. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme meydana gelmiştir. İadenin talep edilebilmesi noktasında TBK m. 78/1’de aranan, ifanın hataen yapılmasına dair koşul ise kanaatimizce burada uygulanmaz. Gerçekten İsviçre Federal Mahkemesi’nin isabetle ifade ettiği üzere, *kanunda açıkça öngörülmemiş olsa da, ahlâka aykırı şekilde veya daha geniş bir ifadeyle, kınanacak bir davranışla elde edilen edimin iadesi* (*‘condictio ob turpem vel injustam causam’*), *hata şartına tabi değildir*¹³⁶⁶. Bu nedenle ortaklığın iadeyi talep ederken ifaya dönük hatasını ispata gerek bulunmamalıdır.

Sebepsiz zenginleşmede hukuki talep, zenginleşmeye konu tutarın iadesidir. İadenin kapsamı TBK’nın 79 ila 80. maddesinde düzenlenmiştir. İadeye konu miktar zenginleşmenin sebebine göre belirlenir ve zenginleşme miktarıyla sınırlıdır¹³⁶⁷. Ek olarak TTK m. 1530/1’in uygulandığı ihtimalde, açıkça nispetsizliğe sebep olan fazla değer iadesiyle yetinilir. Keza tartışmalı olmakla beraber, İsviçre öğretisi de örtülü aktarılan tutarın sadece emsallere uygun olmayan kısmının iade edileceğini kabul etmektedir¹³⁶⁸.

Sebepsiz zenginleşme uyarınca iade edilecek miktarın tespitinde iyiniyet önem taşır. İade borçlusu iyiniyetli ise sorumluluğu elinde kalanla sınırlı iken, kötü niyet hâlinde bu yönde bir sınır yoktur. Keza giderleri talep noktasında iyiniyetli iade borçlusunun yükümlülüğü daha hafif belirlenmiştir¹³⁶⁹. Zararlı ilişkili taraf işleminin temelinde ortaklık malvarlığını azaltmaya dönük ve bu nedenle ahlâka aykırı görülen bir hareket iradesi bulunduğundan, işlemi akdeden ilişkili tarafın iyiniyetli olması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle iadenin kapsamı belirlenirken zenginleşenin kötü niyetli olduğu kabul edilmelidir.

¹³⁶⁵ Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 999-1004.

¹³⁶⁶ ATF 123 III 101, bkz. Doğan Kara/ H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 64.

¹³⁶⁷ İadenin kapsamı hakkında bkz. Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 1116 vd. Belirtelim ki zararlı ilişkili taraf işlemlerinde TBK m. 81 iadeye engel teşkil etmeyecektir. Bu hususta ayrıca bkz. aynı eserde N. 1055.

¹³⁶⁸ Handschin/ Kenel, s. 1048. Bu durum 19.06.2020 tarihli değişiklikle açıkça ifade edilmiştir, bu yönde CR CO II-Chenau/ Gachet, Art. 678, N. 110. Yaptırımı ifade etmek üzere *Günay* yatay kısmi butlandan bahseder (*Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 238).

¹³⁶⁹ Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 1106.

2. Hukuki Sorumluluk

Tünelleme fiili hukuka aykırı, zarar doğuran bir faaliyettir. Edimler arasında açık nispetsizlik bulunduğu takdirde Türk ortaklıklar hukuku bakımından ilişkili taraf işlemleri (= zararlı ilişkili taraf işlemleri) de birer tünellemedir. Zarar gören, ortaklık; zarar verenler ise işlemi akdedenler ve bu işlemin akdedilmesine imkân verenlerdir. Bunların zararı tazminle sorumlu olup olmadıkları veya ne ölçüde sorumlu oldukları ise hukuki sorumluluğa dair bir meseledir.

Ortaklıkların gördükleri zarardan sorumluluk öncelikle ortaklığın yönetimiyle görevli olan ve bu görevlerini özenle yerine getirmeyi taahhüt eden yöneticiler için öngörülmüştür. Bu konudaki kanuni rejim aşağıda ilk olarak incelenecektir. Fakat ortaklığa zarar vermemeyi sözleşmesel ya da kanuni temelde yükümlenenler yöneticilerle sınırlı değildir. TTK'nın şirketler topluluğu düzenlemeleri barındırdığı sorumluluk hükümleriyle kapsamı önemli ölçüde genişletmiştir. Keza sınırlı şekilde uygulama bulacak olan haksız fiil sorumluluğu da ihtimal dâhilindedir. Aşağıda tüm bu düzenlemeler, sorumluyu esas alan bir sistemde incelenecektir.

a. Yöneticilerin Sorumluluğu

Türk Ticaret Kanunu 549 ila 561. maddelerinde hukuki sorumluluğu düzenler. Özel sorumluluk hâlleri yanında TTK m. 553 yöneticilerin sorumluluğuna değinen genel hüküm niteliğindedir. Maddede izlenen *ratio legis*, kanunlardan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü kusuruyla ihlâl eden kişinin doğan zarardan sorumlu kılınmasıdır. Bu kişi, kurucu, yönetim kurulu üyesi, yönetici veya tasfiye memuru olabilir. Bu kapsamda yöneticiden anlaşılması gereken, ortaklığın yönetim ve temsil faaliyetlerinde görev alan genel müdür, genel müdür yardımcıları, müdürler gibi muhtelif sıfatı haiz kimselerdir¹³⁷⁰. Sorumluluğun kaynağı bazen bu sayılanlar ile ortaklık arasındaki sözleşmesel ilişkidir; bazen ise sorumluluğu temellendirmekte haksız fiil hükümleri kullanılır. Farklılığa yol açan tartışmanın temelinde kusurun ispatına dönük kanuni tercihler ve sorumluluk şekillerindeki çeşitlilik yatar¹³⁷¹.

¹³⁷⁰ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-58; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 377.

¹³⁷¹ Bu tartışma hakkında daha fazla bilgi için bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 378-381; Hasan Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, Batider, Y. 2009, C. XXV, S. 1, s. 36-37; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 214-221; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 459-460. Ayrıca bkz. Sıtkı Anlam Altay, “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul: Vedat, 2013, s. 18.

Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde öne çıkan, özen ve bağlılık yükümlülüğüne dair TTK m. 369'dur. Maddeye göre *yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar*. Hüküm ortaklığın, kurumsal yönetim anlayışının gerektirdiği şekilde ve şirket menfaati doğrultusunda yönetilmesini temin eder¹³⁷². Hükümde açıkça yer verilen özen yükümlülüğü yönetim kurulu üyesinin görevini nasıl yaptığıyla ilişkili iken aynı üyenin şirket menfaati doğrultusunda karar alıp almadığı ise onun sadakat yükümlülüğüne işaret eder¹³⁷³. Şirket malvarlığını zararlı ilişkili taraf işlemlerinden korumak yine bu kapsamda değerlendirilir¹³⁷⁴.

Hükümde geçen tedbirli yönetici ifadesi, Anglosakson hukuku temelli iş insanı kararı (*business judgment rule*) çerçevesinde somutlaşır¹³⁷⁵. Burada öğreti emsallere aykırı işlemler akdeden yöneticilerin *business judgment rule* savunmasına dayanamayacağını belirtir¹³⁷⁶. Gerçekten şirket menfaatinin gözetilmesini, özenle hareket eden yöneticilerin zararlı ilişkili taraf işlemi gerçekleştirmemesi, hatta bu işlemlerin ortaklığa vereceği zararı önlemek için aktif olarak hareket etmesi gerekir. Bu nedenle zararlı ilişkili taraf işleminin akdinde yer alan yöneticilerin prensipte TTK m. 369'da belirtilen yükümlülüklerine aykırı hareket ettikleri söylenmelidir. Somut olaya dönük değerlendirme zorunluluğu elbette bakidir.

Öte yandan, zararlı ilişkili taraf işlemlerinin hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırı olduğu da söylenebilecektir. Bu ilke uyarınca yönetim kurulu aldığı kararlarda, aynı amaca varan iki sonuç arasından azlığa daha az zarar verecek olanı seçmelidir. Aksi hâlde TTK m. 553 vd. uyarınca sorumluluk gündeme gelebilir¹³⁷⁷. Anılan ilke konumuza uyarlandığında, emsal değerden farklı bir değeri sadece ilişkili tarafın varlığı nedeniyle kabul eden yöneticinin sahip olduğu yönetim hakkını kötüye kullandığı görülür. Bu nedenle işlemin sonuçlarını değerlendirirken şirket

¹³⁷² Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 204. OECD düzenlemeleri de bu yöndedir, Paşlı, Kurumsal Yönetim, s. 293. Yönetim kurulu üyelerinin özenli davranma yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayan, s. 62.

¹³⁷³ Ayan, s. 75.

¹³⁷⁴ Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 172.

¹³⁷⁵ Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 62-63. Detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü, s. 57-63; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 187-193. 6762 sy. mülga kanun zamanına dair açıklamalar için Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 67 vd.

¹³⁷⁶ Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü, s. 62. Yöneticinin karar alma takdirinin emsale uygunluk ilkesiyle sınırlandırıldığı yönünde Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 65.

¹³⁷⁷ Akdağ Güney, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s. 59.

menfaatinin gözetilip gözetilmediğini takiben, hakkın sakınılarak kullanıp kullanılmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Anılan yükümlülüklerle aykırı davranış TTK m. 553 uyarınca yöneticilerin hukuki sorumluluğunu doğurur¹³⁷⁸. Sorumluluk organa özgü, müteselsil bir kusur sorumluluğudur¹³⁷⁹. Hangi yöneticinin zarardan ne miktarda sorumlu olduğu ise farklılaştırılmış teselsül kuralları çerçevesinde tespit edilir. Bu nedenle her bir yönetici zararlı ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesinde ve malvarlığına bu yolla zarar verilmesinde kusurlu olduğu ölçüde, durumun gereklerine göre zararı tazmin edecektir¹³⁸⁰. Sorumluluk davasını ortaklık ve ayrıca pay sahipleri ile bazı şartlar altında alacaklılar açabilir. Lakin sonuncuların talebi tazminatın zarar gören ortaklığa ödenmesine dönüktür. Bununla beraber, pay sahibinin veya alacaklının doğrudan zararı meydana gelmişse bu zararın talebi de mümkündür¹³⁸¹.

Yönetim yetkisinin devri hâlinde sorumluluk burada ele alınması gereken diğer konudur¹³⁸². TTK m. 553/2 görevi veya yetkiyi kanuna dayanarak devredenleri ancak devrettikleri kişinin seçimindeki kusurlarıyla sınırlı olarak sorumlu tutar. Doktrin bu hükme karşılık yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini (TTK m. 375/1-a, e) hatırlatır. Yönetim yetkisinin devrine rağmen bu kişilere verilecek talimatlardan ve bu kişilerin üst gözetiminden sorumluluk anılan nedenle varlığını korur¹³⁸³. İlişkili taraf işlemleri bakımından mezkûr hüküm ayrı bir önem taşır. Görüşümüzü bir örnek üzerinden somutlaştıralım: Yönetim kurulunun yönetim yetkisini devrettiği kişinin ilişkili taraf olduğunu varsayalım. Bir aile şirketine aile üyelerinin (pay sahibinin eşi, üst veya altsoyu gibi) çeşitli yönetim kademelerinde görev almaları bu duruma örnektir. Kanaatimizce kendisine yönetim yetkisi devredilen kişi bir ilişkili tarafsa, zararlı ilişkili taraf işlemi akdedilme riski artar. Riskle aynı yönde yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri de artacaktır. Bir kere zararlı ilişkili taraf işlemi

¹³⁷⁸ Yöneticilerin hukuki sorumluluğunun şartları hakkında detaylı açıklama için bkz. **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 243 vd.; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 293 vd.; **Ayan**, s. 228-241.

¹³⁷⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 378; **Çamoğlu**, Hukuki Sorumluluk, s. 13, 21; **Pulaşlı**, Özen Yükümlülüğü, s. 33, 43; **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 195; **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 34 vd.

¹³⁸⁰ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 382; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 254; **Ayan**, s. 245-247; **Pulaşlı**, Özen Yükümlülüğü, s. 46; **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 314 vd.; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 518-523.

¹³⁸¹ **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 239.

¹³⁸² Yönetim yetkisinin devri ve bu devrin koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 163 vd.; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 113 vd.; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 81 vd.

¹³⁸³ **Altay**, Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları, s. 9-10; **Pulaşlı**, Özen Yükümlülüğü, s. 40-41; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 282-283; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 99; **Ayan**, s. 72-73.

akdedilmemesi yönünde somut talimatlar vermelidir. Keza yöneticinin önyak olduğu işlemlerin ilişkili tarafla akdedilip akdedilmediği, ikinci aşamada emsallere uygun olup olmadığı üst gözetim çerçevesinde denetlenmek gerekecektir. TTK m. 375 düzenlemesi olmasaydı dahi seçimde gösterilmesi gereken makul derecede özen çerçevesinde aynı sonuca ulaşılacağı açıktır. Bu nedenle yönetim kurulunun yetkiyi devrettiği kişinin ilişkili taraf sıfatı bulunup bulunmadığını açıklamaları ve incelemesi beklenir.

Yetkili mahkeme, yargılama usulü, zamanaşımı ve ibra kararının sorumluluğa etkisi hususlarında TTK m. 558 ila 561 uygulanır. İsviçre hukukunda sorumluluk davasının OR Art. 678 uyarınca açılacak iade talepli davayla eş zamanlı görülebileceği ifade edilir. Keza İsviçre Federal Mahkemesi de *Swissair Cash Pool* kararında bu yönde görüş bildirmiştir. Zira sorumlu olunan zarar, iade edilecek miktardan daha yüksek olabilir¹³⁸⁴. Aynı şekilde, iade talepli davadan sonuç alınması her koşulda ortaklığın tatmin edileceğini göstermez. Ödeme kabiliyetinden yoksunluk gibi başka nedenler de sorumluluk davası açılmasını haklı kılabilir.

b. İlişkili Tarafın Sorumluluğu

Sorumluluk ya bir hukuki işlemde ya da kanundan doğar. Yöneticiler, şirket menfaatini gözetmeyi TTK m. 369 uyarınca taahhüt ettikleri, daha doğru bir ifadeyle kanun bu borcu kendilerine yüklediği için, şirket menfaatine aykırılığı açık olan zararlı ilişkili taraf işlemlerinden sorumludurlar. Yönetici olmayan kişiler ise mezkûr hükmün kapsamına girmedikleri gibi, ilişkili tarafları verdikleri zararlardan sorumlu kılan genel bir hüküm de mevcut değildir. Bununla beraber, hukuki sorumluluğa dair borçlar hukuku hükümleri ile özel bazı ilişkileri hedef alan maddeler bu sorumluların kapsamını genişletir¹³⁸⁵.

Sorumluluk hükümlerini ilişkili taraf işlemleri özelinde düşündüğümüzde, üç grubun yöneticilere ek olarak sorumluluğunun doğabileceğini tespit ediyoruz¹³⁸⁶. İlk olarak, ilişkili taraf işlemi aynı zamanda bir topluluk içi işlemse doğan zarardan TTK m. 195 vd. uyarınca hâkim şirket de sorumlu tutulabilecektir. İkinci olarak, yönetici sıfatı bulunmayan ilişkili pay sahiplerinin sorumlu olup olmadığı irdelenmelidir.

¹³⁸⁴ **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 87; **von der Crone/ Mauchle**, s. 204; ATF 140 III 533, consid. 3.2.3. SerPK m. 21'de düzenlenen örtülü kazanç aktarımı bakımından benzer görüşte **Duran**, s. 367.

¹³⁸⁵ Örtülü kazanç aktarımına ilişkin olarak benzer bir inceleme için bkz. **Duran**, s. 375 vd.

¹³⁸⁶ Benzer bir tespit için bkz. **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 175.

TTK'nın borçlanma yasağında yöneticiler yanında pay sahiplerini de dikkate aldığını burada hatırlatalım. Gerçekten pay sahipleri konumları gereğince ilişkili taraf olma ihtimalini ve ortaklık malvarlığına zarar verme riskini taşımaktadırlar. Son olarak, yönetici veya pay sahibi olmayan, fakat bunlarla aralarındaki bağlantı nedeniyle ilişkili taraf kabul edilmesi gereken (bizim vasıtalı ilişkili taraf olarak adlandırdığımız) kişilerin de sorumlu olup olmadıkları değerlendirilmelidir.

i. Hâkim şirket

Türk Ticaret Kanunu'nun hâkim şirketi nasıl tanımladığı çalışmamızın önceki bölümlerinde kısaca ele alınmıştı¹³⁸⁷. Hâkim şirket konumu bir sıfat olmanın ötesinde hukuki sonuçlar barındırır. Belli davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bu sonuçlara dâhildir. Gerçekten hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanmamalıdır¹³⁸⁸. Kanun koyucu bağlı şirkette kayba yol açan ve bunu belli bir sürede ortadan kaldırmayan hâkim şirketleri açıkça zarardan sorumlu kılmıştır.

Sorumluluk iki maddede somutlaşır. İlk olarak tam hâkimiyet¹³⁸⁹ durumunda, hâkim şirket (ve yöneticileri) bağlı şirkete verdikleri talimatın neden olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Davacılar, bağlı şirketin zarara uğrayan alacaklılarıdır. Tazmini gereken zarar ise kendi zararlarıdır, bağlı şirketin değil¹³⁹⁰. Hâkimiyet tam değilse sorumluluk genişler. Özellikle, bağlı şirketin diğer pay sahipleri de menfaat grubu olarak karşımıza çıkar. Kanun koyucu bu durumu TTK m. 202'de dikkate alır. Mezkûr maddeye göre hâkim şirket hem bağlı şirketin diğer pay sahiplerinin hem de bizzat bağlı şirketin zararını tazminle yükümlüdür¹³⁹¹. Şirketin zararını tazmin için bağlı şirket dışında pay sahipleri ve alacaklılar da harekete geçebilir (TTK m. 202/1-b, c). Öğretide ayrıca pay sahiplerinin (doğrudan) zararının hâkim şirket tarafından tazmin edilmesi gerektiği savunulmuş; bu görüş hâkim şirketin özen borcunun bağlı şirket pay sahiplerine de yönelmiş olması ile gerekçelendirilmiştir¹³⁹².

¹³⁸⁷ TTK m. 195 eksenindeki açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/B/1/b/i.

¹³⁸⁸ Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hakkında daha fazla bilgi için bkz. aşağı. III/D/1.

¹³⁸⁹ Tam hâkimiyet, payların ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı şekilde hepsine sahip olunması durumudur (TTK m. 203).

¹³⁹⁰ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 428, 434.

¹³⁹¹ TTK'nın 202. maddesinin uygulanması ciddi şartlara tabidir. Keza hukuki sonuç tazminatla sınırlı olmayıp payların satın alınması gibi başka çözümler de öngörülmüştür; hükümle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 319 vd.; **Özcanlı**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 313 vd.; **Göktürk**, s. 193 vd.; **Eminoğlu**, Konzern, s. 202-208.

¹³⁹² **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 351. Alacaklıların açacakları doğrudan zarar davaları için karşı. aynı eserde s. 354-355.

İlişkili tarafın hâkim şirket olması mümkün, hatta son derece olasıdır. Bu hâlde zararlı ilişkili taraf işleminden dolayı sorumluluk TTK m. 202 ve 206'da sayılanları da kapsar. İlişkili tarafın (hâkim şirket) zararı hangi ölçüde, kime karşı tazmin etmesi gerektiği tespit edilirken TTK m. 202/1-e¹³⁹³ atfı uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair düzenlemeler dikkate alınır.

ii. Pay sahibi

TMS 24 tüm pay sahiplerini ilişkili taraf kabul etmez. Sermayenin bir araya getirildiği yapılar olan anonim ortaklıklarda her pay sahibinin ortaklığın işleyişine etki edebileceğini düşünmek gerçekten hatalıdır. Bu nedenle kontrol temelli tanımlar öngörülmekte ve bunları karşılayanlar ilişkili taraf addedilmektedir. Biz bu durumu “yönetmel yeti” kavramıyla açıklıyoruz. Ortaklık yönetimine etki edebilen pay sahibi ile ortaklık arasında akdedilen işlem ilişkili taraf işlemidir. Buna karşın pay sahiplerinin ortaklık malvarlığına zarar vermelerini yasaklayan, onu anonim şirketin menfaatine hareket etmeye zorlayan bir hüküm yoktur. Konuya anonim ortaklık penceresinden baktığımızda hukuki sorun, pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü olup olmadığı noktasında toplanır. Türk doktrininde hâkim görüş bu soruyu olumsuz yanıtlar¹³⁹⁴.

Sadakat yükümlülüğünün yokluğunda, ilişkili pay sahiplerinin zararlı işlemde dolayı sorumlu tutulması imkânı sınırlanır. Hatta kural olarak, yoktur. Bununla beraber ilk paragraftaki kısa açıklamamız burada hatırlanmalıdır. Zira ilişkili taraf konumundaki pay sahipleri yönetmel yetiyi haiz olan kimselerdir. Bu nedenle bu pay sahibi/ ilişkili tarafların fiili organ (*organe de fait*) olma ihtimali dikkate alınmalıdır. Fiili (olgu) organ kavramı öğreti kaynaklıdır¹³⁹⁵, ifadeye kanunda yer verilmemiştir. Fakat TTK m. 553'ün gerekçesinde kavram bir bakıma tanımlanır. Buna göre, görevli olmadığı hâlde yönetime karışan, talimat veren, yönetimi yönlendiren, diğer

¹³⁹³ TTK m. 202/1-e, cümle 1: “Pay sahiplerinin ve alacaklıların açacağı davaya, kıyas yoluyla 553, 555 ilâ 557, 560 ve 561'inci maddeler uygulanır.”

¹³⁹⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 282; **Paslı**, Kontrol Sahibi, s. 349; **Duran**, s. 377. Şirket sözleşmesinin temelde organizasyon sözleşmesi olduğu ve hem pay sahibi ile şirket hem de pay sahiplerinin kendi aralarında bir hukuki ilişki tesis ettiği yönündeki karşı görüş için bkz. **Nomer**, Sadakat Yükümlülüğü, s. 63. Yazar mülga kanun hükümlerini değerlendirdiği çalışmasında pay sahiplerinin şirkete ve diğer pay sahiplerine karşı sadakatle yükümlü olduğu sonucuna ulaşır. Lakin bu yükümlülük, diğer menfaatler üzerinde etki edilebildiği zaman ve kapsamda mevcuttur (s. 76-78). *Akın* ise ortaklıksal sadakat borcu olarak nitelediği borcu esas borç (*Hauptpflicht*) niteliğinde görür, bkz. **Akın**, Sadakat Borcu, s. 139.

¹³⁹⁵ Detaylı bilgi için **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 9 vd.; **Altay**, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 29-44; **Doğan**, Yönetim Kurulu, s. 12-14. Ayrıca ilişkili taraf işlemleriyle bağlantılı açıklamalar için **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 176; **Duran**, s. 379-380.

bir deyişle arkadan yönetenler (büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları) fiili organ kabul edilir. Fiili organ mensuplarının da TTK m. 553 uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. Kanaatimizce ilişkili taraf pay sahipleri aynı zamanda fiili organ olduğu takdirde yöneticilerin hukuki sorumluluğuna dair hükümler bunlar için de uygulanır. Fakat iki olgu arasında tam örtüşme bulunduğu söylenemez. Zira bize göre, fiili organ olmanın ölçütleri ile ilişkili taraf sayılmanın eşikleri aynı değildir. Her somut olayda sorumluluğa gitmeden önce ilişkili tarafın fiili organ olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Hâkim şirket ya da teşebbüs olarak niteleyemeyeceğimiz¹³⁹⁶, keza yönetici konumunda olmayan veya fiili organ addedilemeyecek bir pay sahibinin sorumluluğu ise ancak TBK m. 49/2 çerçevesinde gündeme gelebilir.

iii. Vasıtalı ilişkili taraf

Ortaklığın ne yöneticisi ne pay sahibi olup yine de ilişkili taraf kabul edilen kimseler vardır. İlişkili tarafın aile bireyleri örnek gösterilebilir (TMS 24.9; TTK m. 393; TTK m. 436/1). Bazen bu kişilerin kanun hükümlerini dolanmak amacıyla pay sahipliği veya yöneticilik sıfatlarından yoksun kılındığı, aslında fiili organ oldukları görülecektir. Bu istisnai hâlde TTK m. 553'ün uygulanması mümkündür.

Bu konumdaki kişiler ortaklıkla işlem akdettiklerinde ekonomik arka planda genellikle yönetsel yeti sahibi ile ortaklık arasındaki bağlantı bulunur. Bu bağlantı bazen öylesine sıklıdır ki iradelerden sadece birinin bağımsız olduğu ve bunun diğer iradeleri işlem dâhilinde yönlendirdiği söylenir. Hukuk düzeni bu durumu konumuz bakımından doğrudan yasaklamamıştır. Yukarıda açıklanan şekliyle yönetici, fiili organ, hâkim şirket gibi başkaca sıfatı bulunmayan vasıtalı ilişkili tarafların zararlı ilişkili taraf işlemi akdettikleri gerekçesiyle zarardan sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır¹³⁹⁷.

Bununla beraber, istisnai koşullarda haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir. Gerçekten TBK m. 49/2 uyarınca, *zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür*. Bu ihtimalde hukuka aykırı fiilin yokluğunda zarar meydana

¹³⁹⁶ Emsallere aykırı işleminden dolayı pay sahibinin sorumlu tutulmasına bu kişinin hâkim ortak olması örneğini veren **Kendigelen**, Mütalâalar XI, s. 141.

¹³⁹⁷ Örtülü kazanç aktarımı (SerPK m. 21) bakımından aynı görüşte **Duran**, s. 388.

gelmiştir. Fakat fiil genel ahlâka aykırıdır. Ek olarak bu fiil zarar verme kastıyla gerçekleştirilmiştir¹³⁹⁸. İşte bu şartlar altında kanun koyucu, failin zarardan sorumlu olmasını öngörmüştür. Kanaatimizce zararlı ilişkili taraf işlemlerinde TBK m. 49/2 hükmünün uygulanması ihtimal dâhilindedir. Keza bu işlemlerin kesin hükümsüz addedilmesinde ahlâka aykırılığın öne çıkan bir gerekçe olduğu hatırlanmalıdır. Aynı şekilde, ahlâka aykırı davranış nedeniyle işlemi akdedenlerden ortaklığın zararını tazmin etmeleri istenebilecektir. Şu kadar ki, bahse konu fiil aynı zamanda hukuka aykırı ise TBK m. 49/2'ye değil, aynı hükmün ilk maddesine dayanmak gerekir¹³⁹⁹. Yine, işlemin zararlı olup olmadığına dair incelemiden bağımsız şekilde her somut olayda TBK m. 49/2'nin uygulanma şartlarının varlığı da irdelenmelidir.

II. İLİŞKİLİ TARAFLARIN ORTAKLIĞA BORÇLANMASI

Ortaklık için zararlı görülen ve bu nedenle açıkça bir rejime bağlanan ilk işlem, ilişkili tarafların ortaklığa borçlanmasıdır¹⁴⁰⁰. Pay sahipleri bakımından TTK m. 358 ve yöneticiler açısından TTK m. 395/2 hükümleri bu rejime hasredilmiştir. 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu'nda karşılığı olmayan mezkûr maddeler ortaklıklar hukukunu çağdaş anlayışa yaklaştırmakta önemli bir rol üstlenmişti. Öyle ki ortaklar cari hesabı adıyla anılan ve olumsuz etkilerine şahit olduğumuz uygulama bu sayede ortadan kalkacaktı. Fakat 6102 sy. Kanun'un en çok tartışılan düzenlemeleri bunlar olmuş ve nihayetinde iş insanları ile sanayicilerin talebiyle Kanun'da değişikliğe gidilmiştir¹⁴⁰¹.

TTK m. 358 ve 395/2 aynı işlem türünü düzenlemekle birlikte önemli farklar barındırır. Bu nedenle yasağın kapsamı her bir madde için ayrıca incelenmiştir. Buna karşın, mezkûr hükümlere aykırılığın yaptırımını benzerdir. En azından aşağıda ifade ve izah ettiğimiz görüşümüz bu yöndedir. Anılan nedenle yaptırım tek bir başlıkta her iki hükmü de kapsar şekilde ele alınacaktır. Son olarak, mezkûr düzenlemelerde halka açıklık yönünden bir ayrıma gidilmediği belirtilmelidir. Bu nedenle aşağıda yer

¹³⁹⁸ Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 187-189.

¹³⁹⁹ Oğuzman/ Öz, Cilt 2, N. 185.

¹⁴⁰⁰ Uluslararası literatürde konusu borçlanma (*loan*) olan ilişkili taraf işlemleri diğerlerinden olumsuz ayırır. Bu tür işlemlerin tünelleme saiki içerdiği yönünde kuvvetli bulgular mevcuttur, bkz. **Tennant/ Tracey**, s. 1521. Çünkü borç konusu ilişkili tarafa devredilince borç geri ödenene kadar geçen sürede dahi aslında ortaklık varlıkları ilişkili tarafa aktarılmış durumdadır (**Enriques**, *Self-Dealing*, s. 307).

¹⁴⁰¹ Mustafa Çeker, “**Şirkete Borçlanma Yasağı**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2012, C. 18, S. 2, s. 660; **Bora**, s. 67-70. Yapılan müdahalenin menfi olduğu açıktır. Fakat anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri – ki bunlar kanun koyucu tarafından somut düzenlemeye konu edilmiştir – her hâlükârda uygulanacaktır. Kısa vadeli menfaatleri gözeterek düzenlemelere yön verenlerin gözden kaçırıldığı husus budur.

verilen açıklamaların kapalı anonim ortaklıklar kadar halka açık anonim ortaklıklar bakımından da uygulanma kabiliyeti vardır¹⁴⁰².

A. Pay Sahiplerinin ve Yakınlarının Ortaklığa Borçlanması Sorunu

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına dair TTK m. 358, temel ilkeler başlığı altında düzenlenmiştir. Lakin hüküm yürürlüğe girmeden hemen önce 6335 sy. Kanunla değiştirilmiştir. Son tahlilde hem kapsamı hem hukuki etkisi zayıflatılmıştır. Bu durum bazı yazarlar tarafından kanun koyucunun politikasında bir değişiklik gerçekleştiği ve ortaklığın pay sahiplerine borçlanması yasağının kanunî bir ilke olmaktan çıkarıldığı şeklinde yorumlanmıştır¹⁴⁰³. 6335 sy. Kanun ile değişik hâline göre madde şu şekildedir: *Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.* Lafzın çizdiği çerçevede hükmün hedefi şirket malvarlığının amacı dışında kullanılmasını engellemektir¹⁴⁰⁴.

1. Kanun Değişikliği ve Değerlendirme

Hükmün başlığı bir yasaklamadan bahsederken, metnin aynı kuvvette olmadığı görülür. Bu durumun temel sebebi 6335 sy. Kanunla yapılan değişikliktir. Türk Ticaret Kanunu 2011 yılında kanunlaştığında TTK m. 358, *“İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, paysahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve paysahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulsun.”* şeklindeydi. Madde bu hâliyle başlığına uygun bir yasak getirmekte ve dar kapsamlı istisnalar öngörmekte idi¹⁴⁰⁵. Böylece şirket malvarlığını ortaklıklar hukuku ilkelerine aykırı şekilde zayıflatma imkânı bulunan pay sahiplerinin bu amacı en azından borçlanma yöntemiyle gerçekleştirmesi engellenmişti. Bu imkân ellerinden alınan pay sahipleri tünelleme faaliyetlerinde ekseriyetle kesin hükümsüz işlemlere

¹⁴⁰² Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 301.

¹⁴⁰³ Serdar Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 2, s. 231-232. Görüş “kanunî bir ilke” vurgusuna yer vermesi bakımından son derece anlamlıdır ve nüans dikkate alınarak pekâlâ savunulabilir.

¹⁴⁰⁴ Ahmet Tamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı’ (TTK. m. 358)”, TBB Dergisi, Y. 2012, S. 102, s. 105.

¹⁴⁰⁵ Değişiklik öncesi hükümde öngörülen istisnalar hakkında bilgi için Tamer, s. 99-101; Bora, s. 73-77; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 119 vd.

yönelmek zorunda kalacaktı. Hükümün yeni hâli “*borçlanamaz*” demekle birlikte aslında borçlanmayı bazı şartlara, daha doğrusu olgulara bağlar. Hükümdeki her iki olgu da somut olayda mevcutsa, en azından hükümün lafzî yorumuna göre, artık pay sahibi şirkete borçlanabilecektir.

Değişikliğin hükmü önemli biçimde zayıflattığı açıktır; hükmün ilk şeklinde kural olan yasaklama, artık istisnadır. Bu şekilde kurallaştırılan borçlanma imkânına azami bir miktar veya süre getirilmemiş olması, keza ödenen muaccel sermayenin oranı ile pay sahibine verilecek borcun miktarı arasında ilişki kurulmaması sonuçları yeterince iyi düşünülmemiş değişikliğin diğer bir çıktısıdır¹⁴⁰⁶. Halbuki hükümün ilk hâli şirket malvarlığından örtülü ve hukuka aykırı şekilde pay sahiplerine yapılan aktarımları engelleyecek nitelikteydi. Böylece TTK m. 512 ile getirilen ve açık aktarımları konu alan koruma bir ölçüde tamamlanmıştı. Yasağın emsallere uygunluk ölçütünden soyutlanması nedeniyle bu fayda artık madde çerçevesinde mevcut değildir¹⁴⁰⁷.

Başlangıçta ortaklıklar hukukunun ilkelerine ve şirket menfaatine son derece etkili bir koruma sağlayan mezkûr hüküm, mevcut hâlinde bu etkiden yoksun kılınmıştır. Öyle ki çoğunluk pay sahipleri şirketin kasasına diledikleri gibi müdahale edebilecek ve gerekli gördüklerinde şirketin içini kolaylıkla boşaltabilecekler¹⁴⁰⁸. Tünellenmenin en basit örneğini teşkil eden bu durumun önlenmesi güncel ortaklıklar hukuku anlayışında elzemdir. Hükme yapılan müdahalenin etkisi anılan çerçevede ele alınmalıdır. Bu nedenle yorum faaliyeti, tek bir maddeden daha fazlasından kuvvet alan ilkelerin sağladığı koruma gözden kaçırılmadan gerçekleştirilmelidir.

¹⁴⁰⁶ **Özkorkut**, TTK’da Yapılan Değişiklikler, s. 51; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 115-116, 126; **Bora**, s. 79-80. Benzer eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 244-246.

¹⁴⁰⁷ **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 107, 116. Yazar yapılan bazı değişiklikleri uygulama için faydalı görse de hükümün son hâlini eleştirir. Hükümün lafzına dair *de lege ferenda* önerisi şu şekildedir: “*Pay sahipleri ile yapılan hukuki işlemler emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabidir. Aykırılık hâlinde elde edilen haksız edim şirkete iade edilir.*” Bu öneri TTK’daki açık hükümlerin ilişkili taraf işlemlerine karşı sağladığı korumayı güçlendirecektir ve şüphesiz desteklenmelidir. Fakat böylesi bir hükümün kuramı bütüncül şekilde ele almadığına dikkat çekmek gerekir. Zira konu yönünden kapsamı pay sahipleri ile sınırlıdır. Keza yönetsel yeti temelli ayırım yapılmaması ayrı bir tartışma konusudur. Bu nedenlerle yazarın önerdiği hükmü TTK m. 395/2 ile beraber düşündüğümüzde söz konusu hükümün faydalı ama eksik bir koruma alanı yaratacağı görüşündeyiz.

¹⁴⁰⁸ **Özkorkut**, TTK’da Yapılan Değişiklikler, s. 51-52; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 105; **Bora**, s. 61-62; **Üçışık/ Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, s. 501.

2. Hükümün Kapsamı

TTK m. 358 pay sahiplerinin ortaklığa hangi durumlarda borçlanamayacağını düzenler. Bu şartların ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi mümkün değildir. Esas sözleşme ile pay sahiplerinin ortaklığa borçlanmasının daha ağır şartları bağlanması, hatta yasaklanması ise mümkündür¹⁴⁰⁹. Zira ortaklıktan pay sahiplerine varlık çıkışı kâr payı veya tasfiye payı gibi sınırlı ihtimalde ve katı kurallar uyarınca gerçekleşir. Bu sistemden ayrılan her yöntem korporatif düzenle uyumsuz, fakat o an için kanun koyucu tarafından gerekli addedilmiş bir sapmadan ibarettir. Ortaklıklar hukukunun ilkelerine esas sözleşme ile yaklaşmaya bu nedenle izin verilmelidir.

Hükümün amacı net olmakla birlikte kapsamı birkaç noktada berraklaştırılmaya muhtaçtır. İlk olarak maddede kimlerin borçlanmasından bahsedildiği incelenmelidir. İkinci olarak, borçlanma faaliyeti ile anlatılmak istenen fiillerin hukuki işlem teorisi ışığında ortaya konulması gerekir.

a. Kişi Yönünden

Hüküm incelendiğinde kapsamın pay sahiplerinden ibaret belirlendiği görülür. Bununla beraber, pay sahiplerinden ne anlaşılması gerektiği kadar, yakın konumdaki bazı kişilerin kapsama dâhil olup olmadığı da sorguya açıktır. Daha önemlisi, çalışmamızın şimdiye kadarki kısmında ve özellikle kuramsal açıklamalar altında nitelikli bir korumanın ancak ilişkili tarafların doğru şekilde tespiti hâlinde mümkün olacağını ifade etmiştik. Hükümün sadece pay sahiplerini kapsar gözükmesi önceki bulgularımızla tutarsızlık içindedir ve ayrı bir incelemeyi gerektirir. Bu nedenle kişi yönünden kapsam, iki alt başlıkta ele alınacaktır.

i. Pay sahipleri ve intifa hakkı sahipleri

Hükümün kapsamında olduğundan şüphe duyulmayan ilk grup, pay sahipleridir. Burada yönetsel yetiden bağımsız şekilde tüm pay sahipleri yasak kapsamındadır¹⁴¹⁰. Maddenin yasağı dar kapsamlı bazı olgularla sınırlı şekilde düzenlediği dikkate alındığında bu tercih yerinde görülür¹⁴¹¹. Zaman yönünden söz konusu olan ise

¹⁴⁰⁹ Hızır, Değerlendirmeler, s. 240.

¹⁴¹⁰ Çeker, Borçlanma Yasağı, s. 664; Paşlı, Temel İlkeler, s. 165.

¹⁴¹¹ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 131.

borçlanma işleminin gerçekleştiği anda pay sahibi olan kişilerdir; müstakbel pay sahiplerine hükmün uygulanma imkânı yoktur¹⁴¹².

Geniş düzenlemenin diğer sonucu, herhangi bir yönetim kurulu üyesinin sadece 1 kuruş itibari değerdeki tek bir payı edinmesi ihtimalinde dahi bu maddenin kapsamına girecek, kendisine TTK m. 395'teki daha sıkı rejimin uygulanmayacak olmasıdır¹⁴¹³. Yasağın dolanılması ihtimalini gözeten yazarlar, borçlanan kişinin TTK m. 395/2 yerine m. 358 kapsamında değerlendirilebilmesi için hem borçlanma anında hem de borç sona erene kadar geçen sürede pay sahibi olmasını ararlar¹⁴¹⁴.

Pay sahibi olmamakla birlikte benzer hakları elde eden bir grup, pay üzerinde intifa hakkı sahipleridir. Kanunda düzenlenmeyen bu ihtimal hakkında öğreti intifa hakkı sahiplerinin kapsama dâhil olduğunu savunur. Zira oy hakkını kullanan ve bu şekilde ortaklık üzerinde karar alma yetkinliği kazanan intifa hakkı sahiplerinin şirkete borçlanması ile pay sahiplerinin borçlanması aynı riskleri taşır¹⁴¹⁵. Buna karşın pay üzerinde rehin veya hapis hakkı gibi bazı hakları sahip olup fakat şirketin korporatif düzenine müdahale imkânı olmayan kişiler kapsamın dışında görülmüştür. İntifa senedi sahipleri için de aynı görüş savunulur¹⁴¹⁶. Kanaatimizce değiştirme veya alma hakkını haiz borçlanma senetlerine sahip olanlar da, bu opsiyonlar kullanılabilecek yasak kapsamında görülemez. Zira kıyasın temelinde ortaklığın karar sürecine etki edebilme imkânı yatar, ki opsiyon sahipleri için böylesi bir imkân yoktur.

ii. İlişkili tarafların durumu

Önceki bölümde ele aldığımız OR Art. 678 ve aşağıda inceleyeceğimiz TTK m. 395/2'den (atfıyla uygulanan m. 393'ten) farklı olarak, TTK m. 358'in lafzında ilişkili taraflar yer almaz. Bununla beraber öğretide kapsamı genişletmeye dönük görüşlere rastlanır. Buna göre maddenin dolanılmasını engelleyecek şekilde, pay

¹⁴¹² Müstakbel pay sahiplerine TTK m. 380'deki finansal yardım yasağının uygulanabileceği yönünde **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 97; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 141.

¹⁴¹³ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 133; **Tamer**, s. 96; Ebru Demirci, “**Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyelerinin Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 22, S. 2, s. 53; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 93, 97 vd.

¹⁴¹⁴ **Özdamar/Doğan**, s. 8.

¹⁴¹⁵ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 146-147; Aydın Alber Yüce, “**Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı**”, REGESTA, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 67. Aksi görüşte **Bora**, s. 72. Lakin yazarın görüşünün dayanağı hükmün cezai yaptırıma bağlanması ve bu nedenle kıyas yoluyla genişletilemeyecek olmasıdır. TTK m. 562'de fail olarak sadece borç veren kişilerin sayıldığına bu görüş karşısında dikkat çekmek isteriz.

¹⁴¹⁶ **Yüce**, s. 69-70; **Bora**, s. 72-73.

sahiplerinin ilişkili tarafları aracılığıyla gerçekleştirdikleri borçlanmalar da hükmün uygulama alanında kabul edilmelidir. Bu görüş bakımından dikkat edilmesi gereken şudur: Yasak kapsamındaki borçlanmalar ilişkili tarafların pay sahibi hesabına hareket ettiği borçlanmalardır¹⁴¹⁷, ki bu borçlanmalar neredeyse her somut olayda hükmün dolanılması gayretini de barındıran işlemler olur. Oysaki ilişkili taraf işlemlerinin bir kuram olarak düzenlediği işlemler bunlarla sınırlı değildir.

Hükmün *de lege ferenda* yorumunda TTK m. 393'tekine benzer şekilde yakın aile üyelerinin, şahıs şirketlerinin ve tüzel kişi pay sahiplerinin yöneticilerinin yasak kapsamına açıkça alınması önerilmektedir¹⁴¹⁸. Bu görüşe biz de iştirak etmekteyiz. İlişkili taraf işlemleri kuramı pay sahibi ile aynı sosyal ve ekonomik yönetsel yetinin altında olanları ekonomik bir bütün olarak algılar. Hakkın kötüye kullanılmasını veya bir hükmün dolanılmasını engellemek noktasında bu algı son derece önemlidir. TTK konuya bütüncül olarak yaklaşmamakta ve tarafımızca bu nedenle eleştirilmektedir. Fakat TTK m. 358 özelinde bu durumun bir hukuk politikası olup olmadığı da ortaya konulmalıdır. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere eğer pay sahibi aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise ve böylece TTK m. 395/2'nin kapsamına girmesi gerekirken özel hüküm gereğince TTK m. 358 düzenlemesine tabi kılındıysa artık bu pay sahibinin TTK m. 393'te sayılan yakınları da 358. maddenin uygulama alanına dâhildir. Burada yapılabilecek diğer yorum bunların TTK m. 395/2'de öngörülen yasağa tabi olduğudur¹⁴¹⁹. Her iki görüş de yönetim kurulu üyelerinin yakınlarını borçlanma yasağının kapsamında görür. O zaman yasağa tabi olmayanlar sadece yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahibinin yakınlarıdır. Elbette bu kişiler bizzat pay sahibi veya yönetici de olmamalıdır. Öyleyse geriye kalan bu kişilerin yönetsel yeti ile arasındaki bağ diğer iç ilişkilere nazaran oldukça zayıftır. Kanaatimizce bu kişilerin yasak dışında bırakılması hukuk politikası olarak görülebilir. Şahsen daha geniş bir kapsamı önersek de, tüm pay sahiplerinin ilişkili taraf olmadığı kuralı gözetildiğinde hükmü bir eksiklik olarak nitelemekten imtina ediyoruz. Zira *de lege ferenda* yapılan öneri hükme yansıtıldığında, yönetsel yetiyi haiz olmayan pay sahiplerinin yakınları

¹⁴¹⁷ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 152. Pay sahibinin vekilinin, velisinin veya vasisinin pay sahibi hesabına hareket ettikleri işlemlerin yasak kapsamında olduğu, fakat kendi hesaplarına işlem gerçekleştirdiklerinde borçlanma yasağının uygulanmayacağı yönünde bkz. **Yüce**, s. 70. Kanaatimizce bu kişilerin gerçekleştirdikleri işlemlerde hükmü dolanma amacı bulunup bulunmadığı daha özenli bir şekilde incelenmelidir.

¹⁴¹⁸ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 151. TTK m. 358 ile 395/2 düzenlemelerinin paralel olması gerektiği görüşünde **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 286. Bununla beraber **Tamer**, yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının ortaklık malvarlığına zarar verme riskinin daha yüksek olduğunu gözetir ve TTK m. 358'in kapsamı genişletilirken ölçülü davranılmasını savunur (**Tamer**, s. 108-109).

¹⁴¹⁹ Bkz. a. B/2/a/ii.

da yasak kapsamına girecektir. Bu, modern ilişkili taraf işlemleri kuramının dahi risk görmediği bir alanda sözleşme özgürlüğüne müdahale anlamına gelir. Bu noktada kanun koyucunun ekonomik tercihleri ortaklıklar hukukunun çağdaş gereklerinden üstün görülebilir. Tam da bu nedenle somut önerinin karşılık bulmaması ayrıca bir eksiklik oluşturmaz.

b. İşlem Yönünden

Hükmün yasakladığı borçlanma faaliyetinin hangi işlemlere karşılık geldiği incelenmesi gereken diğer bir konudur. Borçlar hukukunun temel kavramlarından olan “borç”, mezkûr hüküm bakımından sınırları çizilmediği takdirde tüm işlemlere dahi işaret edebilecek niteliktedir.

Kapsama dair üç farklı görüş akla gelir. Bunlardan ilki borçlanma kelimesi ile hem nakdi hem de aynı nitelikteki borçlanmaların ifade edildiğini savunur¹⁴²⁰. İkinci görüşe göre yasak dar yorumlanmalıdır. Hükmün kapsamı nakdi borçlanma ve diğer nakdi borçlanma benzeri işlemlerdir. Tüketim öduncü sözleşmesi temel örnektir¹⁴²¹. Üçüncü ve son görüş ise karma bir yaklaşımdır. Buna göre kapsamı belli eden husus, işlemin türünden ziyade piyasa koşullarından ne ölçüde ayrıldığıdır¹⁴²². Aşağıda dar görüşü esas alan bir anlayışla nakdi borçlanma ve benzeri ekonomik sonuç doğuran hukuki işlemler incelenecektir. Kanaatimizce ortaklığın pay sahibine karşı asla borç altına giremeyeceğini savunmak TTK yönünden mümkün değildir. Oydan yoksunluk gibi birçok düzenlemenin varlığını anlamsızlaştıran böylesi geniş bir yorum TTK’da benimsenmemiştir.

Yorumu sınırlayacak diğer bir etken topluluk içi işlemlerdir. Gerçekten kanun koyucu hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini kullanmasına, bu sayede birtakım işlemler gerçekleştirmesine ve nihayetinde kanundaki şartlar çerçevesinde bağlı şirketi kayba uğratmasına imkân tanımıştır. Şirketler topluluğu iç dinamiklerini gözeten bu sistemi çalışmamızın devamında ayrıca inceleyeceğiz¹⁴²³. Fakat burada sorulması gereken, pay sahibi konumundaki hâkim şirketin bağlı şirkete borçlandığı

¹⁴²⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, N. 512e; **Tamer**, s. 104; **Bora**, s. 85; ayrıca geniş yorum için bkz. **Çeker**, Borçlanma Yasağı, s. 663.

¹⁴²¹ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 679; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 172; **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 110; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 233; **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 96.

¹⁴²² **Arıcı/ Veziroğlu**, s. 110.

¹⁴²³ İlgili açıklamalar için bkz. aşa. III/D/1.

işlemlerde TTK m. 358'in uygulanıp uygulanmayacağıdır. Sorun nakit havuzu (*cash pooling*) uygulamasında özellikle dikkat çeker. Hâkimiyet ilişkisi içindeki şirketlerin fon fazlalıklarını bir araya toplamaları ve grup içi şirketlerin finansman ihtiyacının kredi kuruluşlarına başvurmaktansa buradan karşılanması uygulamada merkezi nakit yönetimi, havuz sistemi, nakit havuzu (*cash pooling*) gibi isimlerle anılır¹⁴²⁴. Bazen uygulama sadece rakamsaldır, fiiliyatta herhangi bir tasarruf işlemi bulunmaz. Fakat bazen nakdin bir mamelektan diğerine aktarılması söz konusu olur. İlk durumu ifade etmek için sanal nakit havuzu, ikinci durum içinse gerçek nakit havuzu tabiri tercih edilmektedir¹⁴²⁵.

Öğreti haklı olarak TTK m. 202 vd. hükümlerinin TTK m. 358 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğunu ve borçlanma yasağının kural olarak uygulanmayacağını ifade eder^{1426,1427}. Bu noktada *Kırca* ve *Gürel*, nakdi borçlanmanın bağlı şirket için kayıp oluşturmadığı durumda TTK m. 358'in uygulanmayacağı, hükümdeki şartları gözetmeksizin pay sahibi hâkim şirketin bağlı şirkete borçlanabileceği görüşündedir. Buna göre borçlanma işlemi nedeniyle bağlı şirkette bir kayıp oluşmuşsa hâkim şirketin kaybı denkleştirme imkânı devam ettiği müddetçe borçlanmanın hukuka uygunluğu da sürecektir. Şayet kayıp denkleştirilmezse TTK m. 202 vd. hükümlerin sağladığı hukuka uygunluk koruması ortadan kalkacaktır. Bu takdirde TTK m. 358 uygulama bulacak, kayba neden olan borçlanma işlemi (TTK m. 358 uyarınca) kesin hükümsüz olacaktır. Tam hâkimiyet durumunda ise kayıp doğsa ve denkleştirilmese dahi nakdi borçlanma işlemi TTK m. 358'in kapsamına girmeyecektir. Zira hâkim şirketin talimat verme yetkisi tam hâkimiyet hâlinde daha geniş olup TTK m. 358'in kapsamı aynı ölçüde daralacaktır. Şu kadar ki akdedilen işlem hâkim şirketin talimat yetkisini aşıyor, örnek olarak şirketin varlığını tehlikeye düşürüyorsa (TTK m. 204)

¹⁴²⁴ **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 27; **Friz**, s. 325-326; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 134-136; **Bora**, s. 155; **Böckli et al.**, s. 14. Detaylı bilgi için bkz. Funda Özdin, “**Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§ 57/I/c.3 AktG, § 30/I/c.2 GmbHG)**”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2012 (Kaynak: arslanlibilimarsivi.com; E.T. 15.04.2020), s. 7 vd.

¹⁴²⁵ **Özdin**, Cash Pooling, s. 5-6; **Böckli et al.**, s. 14.

¹⁴²⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 243; **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 29; İsmail Kırca/ Murat Gürel, “**Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı**”, Batider, Y. 2014, C. XXX, S. 2, s. 13; Abuzer Kendigelen, **Hukukî Mütalâalar Cilt XII: 2012-2013/1**, İstanbul: On İki Levha, 2015, s. 47. TTK m. 395/3 benzeri bir düzenlemenin isabetli olacağı yönünde **Pash**, Temel İlkeler, s. 165.

¹⁴²⁷ Aksi görüşte **Bora**, s. 166. Yazar her iki hükmün bir arada uygulanmasını sermayenin korunması ilkesi ve TTK m. 340 gibi muhtelif gerekçeyle savunur. Bu görüşe göre hâkim şirketin bağlı şirkete borçlanabilmesi için öncelikle TTK m. 358'in şartları mevcut olmalıdır. Bu şartlar mevcut olsa dahi borçlanma işleminin kayba sebep olması, bu nedenle TTK m. 202 vd. hükümlerinin gündeme gelmesi mümkündür.

şirketler topluluğu hükümlerinin uygulaması sonlanacak ve pay sahiplerinin borçlanmasına ilişkin genel hükümler yürürlük kazanacaktır¹⁴²⁸. Kanaatimizce TTK m. 202 vd. sadece denkleştirme imkânını değil, bu imkânı gereği gibi kullanmayan hâkim şirketin sorumluluğunu da düzenler. Şirketler topluluğu hükümlerinin özel hüküm olduğu doğrudur. Bu kapsamda, yaptırımın da yine aynı hükümler uyarınca tayin olması gerekir. Anılan gerekçeyle, topluluk içi borçlanmalarda TTK m. 358'in ne şartların ne de yaptırımın tayini noktasında uygulanacağı görüşündeyiz.

Yasağın hedefindeki nakdi borçlanmayı konu alan esas sözleşme tipi, tüketim ödünç sözleşmeleridir. Tüketim ödünç sözleşmesi TBK m. 386'da *ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşme*, olarak tanımlanır. Bu sözleşme uyarınca pay sahibi ortaklıktan bir miktar para (veya misli eşya) ödünç alacak ve kurulan sözleşmesel ilişki çerçevesinde bir para borcu gündeme gelecektir. Borcun konusu kural olarak borçlunun borçlandığı değeri şirkete iade etmesidir¹⁴²⁹.

Pay sahibine verilen nakdi borç, ortaklığa ait bir menfaatin şirket menfaatine aykırı şekilde pay sahibine devrinin en yaygın ve elverişli yöntemidir. Engellenmek istenen bu durum, tüketim ödünç sözleşmesi kadar diğer bazı sözleşme türleriyle de gerçekleştirilebilir. Bu noktada hukuki ve ekonomik sonuçları yönünden konusu para olan tüketim ödünç sözleşmesiyle eş değer durumdaki diğer sözleşmelerin hükmün kapsamında olup olmadığı değerlendirilmelidir.

İlk olarak, ortaklığın pay sahibine para verme borcunu tek taraflı yüklediği bağışlama sözleşmeleri evleviyetle hükmün kapsamındadır¹⁴³⁰. İkinci olarak, ortaklığın sözleşmesel ediminin pay sahibine para vermek olmadığı, fakat aynı ekonomik sonucu doğuran işlemlerin de hükmün kapsamında olduğu ifade edilir. Bir alacağın pay sahibine devri bu duruma örnek gösterilir¹⁴³¹.

¹⁴²⁸ Bu görüşün detaylı açıklaması için bkz. **Kırca/ Gürel**, s. 14-17. Yazarlar bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürecek borçlanmaların kısmi hâkimiyet durumunda da kapsam dışında görülmesini ve bu ihtimalde borçlanma yasağının uygulanmasını savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 32; **Özcanlı**, Yeni Yaklaşımlar, s. 381-382.

¹⁴²⁹ **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 234. Bu borcun azami tutarı, süresi ve şartları hususlarında detaylı bilgi için aynı eserde s. 237; ayrıca bkz. Ekrem Kurt, **Tüketim Ödünç Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara: Adalet, 2014, s. 205 vd.; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 174-180. Yazarın bu borca ilişkin olarak faiz kararlaştırılmasının zorunlu olduğu yönündeki görüşünü özellikle belirtmek isteriz (s. 179). Aynı görüşte **Kırca/ Gürel**, s. 11-12.

¹⁴³⁰ TTK m. 395/2 bakımından ayrıca bu görüşte **Atlıhan**, s. 1974.

¹⁴³¹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 188.

Üçüncü olarak nakit çıkışı gerçekleştirmeyen, fakat nakit girişini engelleyerek aynı ekonomik sonucu doğuran işlemler irdelenmelidir. Burada yasağın öngörülme amacı dikkate alınarak aynı sonuca varılmakta, bu işlemler de yasak kapsamında kabul edilmektedir¹⁴³². Bir adım ileri giden yazarlar ise, emsallerinden bariz biçimde farklı bedelle mal veya hizmet temin edilmesini, aradaki değer farkı kadar nakdi borçlanma gerçekleştiği düşüncesiyle TTK m. 358 denetimine tabi görmektedir¹⁴³³.

Son olarak üç köşeli ilişkilerin TTK m. 358’de dikkate alınıp alınmayacağı araştırılmalıdır. Burada pay sahibi ilişkinin tarafı değil, lehtarındır. Doktrine göre, ortaklığın pay sahibi lehine teminat vermesi ya da onun borcunu (dış) üstlenmesi borçlanma yasağına aykırılık doğurabilecek işlemlerdir¹⁴³⁴. Kanaatimizce bu türden işlemler pay sahibinin borcunu yerine getirmemesi riskini üçüncü kişiden alıp ortaklığa transfer eden işlemler olarak görülmelidir. Ortaklığın aktifindeki mevcut nakit tutara etki etmemekle birlikte nakit varlıkları risk altına sokan bu sözleşmeler bizce de hükmün kapsamındadır.

3. Yasağın Devreye Girmesi

a. Genel Açıklamalar

Hükmün bu hâlinde pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının yasaklanmadığını, sadece bu duruma istisnai bazı yasaklar getirildiğini ifade ettik. Yasak olan sadece *sermaye taahhüdünden doğan vadesi geçmiş borçlarını ifa etmedikçe* veya *şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça* pay sahiplerinin (ve yukarıda yer verilen diğer kişilerin) şirkete borçlanmasıdır. Borçlanmanın hukuka uygun olarak gerçekleşmesi, her iki şartın da sağlanmış olmasına bağlıdır¹⁴³⁵. Lakin bu uygunluk borçlanma yasağı yönündendir. Aynı işlemin malvarlığını koruyan başka bir hükme, örnek olarak finansal destek verme yasağına aykırılık nedeniyle yaptırıma tabi tutulması mümkündür¹⁴³⁶.

¹⁴³² **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 188.

¹⁴³³ **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 235; **Arıcı/ Veziroğlu**, s. 110. TTK m. 395/2 bakımından aynı yönde **Özdamar/ Doğan**, s. 8. Biz ise bu noktada TTK m. 358’in uygulama alanının sona erdiği ve artık zararlı ilişkili taraf işlemleri denetimi yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

¹⁴³⁴ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 194 ve orada dn. 225, 226; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 236; **Bilgili/ Demirkapı**, s. 492; **Bora**, s. 87-88. Aksi görüşte **Tamer**, s. 106.

¹⁴³⁵ **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 231; **Yüce**, s. 76; **Tamer**, s. 109; **Bora**, s. 85.

¹⁴³⁶ **Gürel**, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 98.

Bu hâliyle hükmün ortaklığı zararlı ilişkili taraf işlemlerinden korumayacağı görüşündeyiz¹⁴³⁷. TTK'nın yasağa temel aldığı ve aşağıda değerlendirilecek olan olgular savunma cephelerinden sadece birine dönüktür. Bu cephe, sermayenin korunmasıdır. Kanun koyucu ilk şartta sermayenin bir kere ödenmiş olmasını temin etmek istemiş; ikinci şartta ise ödenmiş sermayenin muhafazasını hedef koşturmuştur. Ortaklığın bunun ötesindeki menfaatleri hükmün korumasından yararlanmayacaktır. Oysaki tünelleme faaliyetinin hedefi sermayeden çok daha fazlası olabilir. Bu nedenle TTK m. 358'in ilişkili taraf işlemleri kuramı bakımından pek de kuvvetli ve yeterli olmadığı ifade edilmelidir.

Hükmün kapsamında olan nakdi borçlanmanın ne derece engellendiği ise cevaplanması gereken diğer bir husustur. İlgili kısımlarda ifade edildiği üzere, ilişkili taraf işlemlerinin ortaklık için zararlı olduğu ihtimallerde zararı doğuracak tünelleme faaliyeti son derece geniş bir kapsamda karşımıza çıkar. Keza korunmak istenen, ortaklığın o anki finansal sıhhatinden daha fazlasıdır. Sermayeyi ortaklık bünyesinde tutmakla sınırlı bir borçlanma yasağı kendisinden beklenen faydayı sağlamayacaktır. Bu kapsamda elbette tam bir yasaklamanın arzulanması doğru olmaz. Zira şirketler topluluklarında, hatta ekonomik anlamda belli bağılıklar gösteren şirketler arasında nakdi borçlanmalar önemli bir finansman yöntemidir¹⁴³⁸. Bu nedenle kanun koyucu belli bir denge tesis etmelidir.

Pozitif hukuka baktığımızda, hükmün sermaye borcunun ifası ile ortaklığın finansal durumunu dikkate alan sınırlı bir düzenleme getirdiğini görmekteyiz. Bu durum borçlanma yasağının *ratio legis*'i dikkate alınarak yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda değerlendirilmelidir. Son olarak ayrı bir başlık altında borçlanmanın piyasa koşullarına uygun yapılması gerekip gerekmediğini, hükmün değişiklik öncesi hâlini hatırlatarak, inceleyeceğiz.

b. İfa Edilmeyen Muaccel Sermaye Borcu Bulunması

Borçlanma yasağını gündeme getiren ilk olgu, pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunun bulunmasıdır. TTK m. 358'de bu durum “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe...*” şeklinde ifade edilmiştir. Ortaklığa

¹⁴³⁷ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 133. Yazar haklı olarak TTK'nın sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile yakınlarının işlemlerine karşı koruma sağladığını belirtir. Yasağın sembolik bir hâle getirildiği görüşünde **Bora**, s. 62.

¹⁴³⁸ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 129.

muaccel borcu bulunmaması gereken kişi kendisi ya da yukarıda kabul edildiği ölçüde ilişkili tarafı borçlanacak olan pay sahibidir¹⁴³⁹. Bu nedenle tüm muaccel sermaye borçlarının ifa edilip edilmediği değil, sadece ortaklıkla işlem yapacak tarafın vadesi gelmiş bir sermaye koyma borcu bulunup bulunmadığı denetlenir.

İkinci olarak sermaye borcunun muacceliyet anı önem arz eder. Aynı sermaye taahhütlerinin ortaklığın tescili anında muaccel olduğu dikkate alındığında, ortaklığa devri gereken bir ayın bulundukça borçlanma mümkün değildir. Fakat aynı sermaye tescilden önce ifa edileceğinden uygulamada yasak ile arasında doğrudan bağlantı kurulmaz. Esas ihtimal tescilden sonra ödenmesine imkân tanınan azami dörtte üçlük kısım nedeniyle nakdi sermaye taahhüdüdür. Bu noktada esas sözleşmede ifa anının düzenlenip düzenlenmediğine bakılmalıdır. Özel düzenlemenin yokluğunda yönetim kurulu ödemeye çağırana (TTK m. 481), her hâlükârda yirmi dört aylık sürenin sonuna değin pay sahibinin muaccel sermaye borcu mevcut olmayacaktır^{1440,1441}.

Üçüncü olarak hükmün sermaye borcunu dikkate aldığı, kişinin pay sahipliği sıfatından kaynaklanmayan borçların yasağı gündeme getirmeyeceği ifade edilir¹⁴⁴². Bununla beraber, agio gibi sermaye koyma borcu kapsamındaki diğer yükümlülükler madde uygulamasında dikkate alınır. Bu bağlamda son olarak, pay sahibinin temerrüde düştüğü ihtimalde yasağın ortadan kalkması için ödenmesi gereken miktarın muaccel sermaye borcu ile birlikte işleyen temerrüt faizini, ayrıca varsa ortaklığın temerrüt faizini aşan zararını ve cezai şartı kapsadığını da belirtmek gerekir¹⁴⁴³.

c. Serbest Yedek Akçeler ile Kârın Zararları Karşılayamaması

Ortaklığın pay sahibine borç verebilmesi kendi finansal durumunun belli bir kuvveti haiz olmasına bağlanmıştır. Kanun koyucu bu düzenlemesiyle diğer menfaat sahiplerini korumak istediğini gösterir. Bu durum hükümde “*şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça...*”

¹⁴³⁹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 215; **Bora**, s. 79.

¹⁴⁴⁰ **Bora**, s. 79, 82; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 257-259. Yazar bu açıklamaları dâhilinde, alacakların sermaye olarak taahhüdünde esas olanın alacağın ortaklık tarafından tahsili olduğuna ayrıca işaret etmiştir. Tüm bu hususlarda detaylı inceleme için ayrıca bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 216-225.

¹⁴⁴¹ Bu durumu isabetle eleştiren **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 244.

¹⁴⁴² **Bora**, s. 80. Keza ikincil yükümlülükleri ifa etmemenin borçlanmayı engellemeyeceği görüşünde **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 252.

¹⁴⁴³ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 225-226; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 245 vd.

şeklinde ifade edilmiştir. Öğretiye göre bu düzey, borçlanma sonrasında dahi mevcut olmalıdır¹⁴⁴⁴.

Hükmün incelemesinde kavramlar önemli yer tutar. Serbest yedek akçe, genel kanuni yedek akçelerin sermayenin yarısını aşan kısmı, belirli bir amaca tahsis edilmeden esas sözleşme gereği ayrılan yedekler ve genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçelerdir¹⁴⁴⁵. Kâr ise, önüne gelen sıfata göre (yıllık, net, net dönem, dağıtılabilir, bilanço) farklı anlamlar taşıyan zor bir kavramdır¹⁴⁴⁶. *Toraman Çolgar* buradaki kârı, vergi ve sair yükümlülükler ödendikten ve kanuni yedek akçeler ayrıldıktan, fakat zararlar düşülmeden önceki kâr olarak tanımlar¹⁴⁴⁷. *Hızır* ise net dönem kârından (yıllık kâr [eksi] vergisel yükümlülükler) hem kanunî hem de kanunî olmayan yedek akçelerin çıkarılması sonucu ulaşılan miktarın esas alınmasını önerir¹⁴⁴⁸. *Bora* ise doğrudan net kârın tercihini savunur¹⁴⁴⁹.

Nihayet geçmiş yıl zararları son yıllık bilançoda görünen zararı ifade etmekte olup bir görüşe göre henüz tamamlanmayan (mevcut) faaliyet yılı içinde ortaya çıkan zararın da hesaba katılması gerekir. Aynı görüş ortaklığın mali durumunun borç vermeye elverişli olup olmadığının her borçlanma öncesinde çıkarılacak ara bilanço vasıtasıyla tespitini savunur¹⁴⁵⁰. Görüş kendi içinde tutarlıdır. Tespitin hangi bilanço yardımıyla yapılacağı maddede açıklanmamıştır. Ortaklığın gerçek finansal durumu burada önemli olandır¹⁴⁵¹. Bu amaç faaliyet yılı içinde meydana gelen zararın dikkate alınmasını gerektirebilir. Fakat TTK m. 358 bu derecede dinamik bir kurgu değildir, hüküm açıkça geçmiş yıl zararlarından bahseder. Bununla beraber, hukuki ve cezai sorumluluğu taşıyan yönetim kuruluna sorumluluğu karşılayan yetki de tanınmalıdır. Bu nedenle son yıllık bilançonun gerçek finansal durumu yansıtmadığına dönük emareler gören (görmesi gereken) yönetim kurulunun borçlanma işlemi öncesinde

¹⁴⁴⁴ *Hızır*, Değerlendirmeler, s. 281.

¹⁴⁴⁵ *Toraman Çolgar*, Borçlanma Yasağı, s. 229; *Hızır*, Değerlendirmeler, s. 265. Yazar son iki grup akçeyi kanun ve sözleşme gereği ayrılan yedek akçeler dışında ayrılmasına karar verilen serbest yedek akçe olarak tanımlar (s. 267).

¹⁴⁴⁶ Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Kerem Çelikboya, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 149 vd.

¹⁴⁴⁷ *Toraman Çolgar*, Borçlanma Yasağı, s. 233.

¹⁴⁴⁸ *Hızır*, Değerlendirmeler, s. 278.

¹⁴⁴⁹ *Bora*, s. 84.

¹⁴⁵⁰ *Hızır*, Değerlendirmeler, s. 279-280; *Tamer*, s. 111-112. Aksi görüşte *Bora*, s. 84; *Toraman Çolgar*, Borçlanma Yasağı, s. 236.

¹⁴⁵¹ *Toraman Çolgar*, Borçlanma Yasağı, s. 235.

ara bilanço tanzim ettirmesi gerekir¹⁴⁵². Zira yönetim kurulu özen borcu çerçevesinde ortaklığın mali gücünü gözetmekle yükümlüdür. Eğer borçlanma işlemi sonrasında zararların karşılanamaması riski doğacaksa yönetim kurulu bu riski öngörmeli ve işlem öncesinde gerekli denetimi yapmalıdır. Fakat son yıllık bilançoyla yetinmeyip ara bilanço tanzim edilmesi ancak bu ihtimalde gerekli görülmelidir.

d. Piyasa Koşullarına Uygun Olmayan Borçlanma

TTK m. 358’de gerçekleştirilen kanun değişikliği öncesinde, yapılacak işlemin yasak kapsamı dışında kalabilmesi için emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulması aranmıştı. Aksi takdirde işlem borçlanma yasağına aykırı addedilecekti¹⁴⁵³. Mevcut hükümde bu hususta herhangi bir düzenleme yoktur¹⁴⁵⁴.

Kanaatimizce piyasa koşullarına uygun olmayan borçlanmalar geçerli kabul edilemez. Fakat bu geçersizliğin temel dayanağı (artık) TTK m. 358 değildir. Mezkûr hüküm borçlanmanın gerçekleşebilmesi için aranacak şartları düzenlemekle yetinir. Bir kere bu şartlar sağlandıktan sonra, eğer borçlanma piyasa koşullarına uygun değil ise zararlı ilişkili taraf işlemi olarak nitelendirilmeli ve bizim önerdiğimiz çerçevede yaptırıma tabi tutulmalıdır. Bu noktada *Toraman Çolgar*, pay sahiplerinin malvarlığı ile şirket kasası arasındaki sınırı ortadan kaldıran, üçüncü kişilerle akdedilmeyecek şartlardaki sözleşmelerin pay sahibi ile gerçekleştirilmesi hâlinde sermayenin iadesi yasağının ihlâl edildiğini savunur¹⁴⁵⁵. Fakat kanaatimizce bu sonuç TTK m. 358’in *de lege lata* kapsamında değildir¹⁴⁵⁶. Anılan durumu yasaklayan, zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair bölümde ele aldığımız ilkelerdir. TTK m. 358’in buradaki etkisi ise *a contrario* yorum vasıtasıyla denetimin önündeki engelleri kaldırmasıdır.

Görüşümüzle beraber gündeme gelen hukuki soru borçlanmanın emsalleriyle aynı veya benzer koşullarda olmasından ne anlaşılması gerektiğidir. Kanaatimizce

¹⁴⁵² Altı aydan fazla bir süre geçtiyse ara bilanço çıkarılması gerektiği yönündeki hükümleri kıyasen uygulayan görüş için bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 235. Son yılın bilançosunun esas alınmayacağı, ortaklığın kurulduğu yıldan itibaren tüm mali durumun bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Yüce**, s. 77. Lakin bu görüşe katılmak olanağı yoktur. Bir kere tüm mali durumun zaten son bilançodan anlaşılabilmesi gerekir.

¹⁴⁵³ Hüküm değişiklik öncesinde şu şekildeydi: “*İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.*”

¹⁴⁵⁴ **Özdin**, Sermayenin İadesi Yasağı, s. 111. Yazar bu değişikliği bizim de katıldığımız üzere ciddi bir işlev kaybı olarak eleştirmiştir. Değişiklik öncesi durum hakkında bilgi için **Yüce**, s. 73-75.

¹⁴⁵⁵ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 116, 251-252; **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması, s. 462.

¹⁴⁵⁶ TTK m. 358’de zikredilmeyen koşullara aykırılığın ancak özel hukuk yaptırımlarını gündeme getireceği, cezai sorumluluğun doğmayacağı yönünde **Kırca/ Gürel**, s. 9, dn. 8.

örtülü kazanç aktarımına dair SerPK m. 21’de düzenlenen ve sonraki ana başlıkta ele alacağımız¹⁴⁵⁷ nesnel koşul denetimi burada uygulanabilir. Zira halka açık anonim ortaklıklar ve kapalı anonim ortaklıklar arasında, ilişkili taraf işlemlerine karşı getirilecek koruma bakımından ilkesel farklılık yoktur. SerPK’deki düzenleme ve rejim farklılığı koruma ihtiyacının yoğunluğundan kaynaklanır.

B. Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Borçlanma Yasağı

1. Genel Olarak

TTK m. 395’in ilk fıkrasını yukarıda özel karar alma süreçlerine ilişkin başlıkta değerlendirmiş; nakdi borçlanma ve benzeri hukuki işlemlerde karar alınmasının dahi mümkün olmayacağını, zira yasaklamanın bulunduğunu belirtmiştik. İşte söz konusu yasak, TTK m. 395/2 vd. fıkralarda düzenlenmiş olan borçlanma yasağıdır. TTK m. 395/2 şu şekildedir: *Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393’üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirdiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*

Her ne kadar hükmün kapsamı 6335 sy. Kanunla daraltılmış olsa da¹⁴⁵⁸, buna rağmen gerçek bir borçlanma yasağı ile karşılaşmaktayız. Bununla beraber, hükmün sağladığı korumanın yeterli olmadığı, zira ortaklığı sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine karşı korumanın yasaklamadan beklenen menfaati temin etmeyeceği söylenebilir¹⁴⁵⁹. Hükmü bu menfaati tesisten uzaklaştıran, bu bağlamda kapsamını daraltan başkaca hususlar da mevcuttur. Bu hususlar ve hükme ışık tutan diğer olgular aşağıda ele alınacaktır.

¹⁴⁵⁷ Bkz. aşı. III/B/1.

¹⁴⁵⁸ Değişikliğe dönük açıklamalar için bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 309 vd.; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 83-88; **Bora**, s. 109-110.

¹⁴⁵⁹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 318; **Sulu**, s. 160. Hükmün değişiklik öncesindeki lafzı şu şekildeydi: “Yönetim kurulu üyesi, onun 393üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirdiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.”

2. Hükümün Kapsamı

TTK m. 395 hem 6335 sy. Kanun ile yapılan değişiklik hem de TTK m. 358'in çizdiği sınırlar neticesinde dar bir kapsama hitap eder. Kapalı anonim ortaklıklara uygulanacak ilişkili taraf düzenlemeleri arasında belki de en fazla koruma sağlayacak olan bu hükmün kapsamına yapılan müdahalelerin kanun koyucunun konuya bakışını ortaya koyduğu da savunulabilir. Bu düşüncelerle hükmün kapsamını kişi ve konu yönünden ele alacağız.

a. Kişi Yönünden

TTK m. 395/2'de iki kişi grubunun gözetildiğini söyleyebiliriz. Bunlardan ilki pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleridir. İkinci grubu ise yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları oluşturur. Bu ikinci grubun kapsamı hem lafız yönünden hem de ilişkili taraf kuramı perspektifinden açıklanmaya muhtaçtır.

i. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri

6335 sy. Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde tüm yönetim kurulu üyeleri yasağın kapsamındaydı. Yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahipleri içinse TTK m. 358 nezdinde düzenleme yapılmıştı. Geline nokta TTK m. 395/2'nin kapsamı TTK m. 358 lehine daraltılmış ve tüm pay sahipleri ilgili hükümdeki (borçlanmanın kural olarak mümkün, istisnaen yasak olduğu) rejime tâbi kılınmıştır. Pay sahibi olmak ya da olmamak yönünden yapılan ayrımın yerindeliği son derece tartışmalıdır. Hatta yasağın kısmi muhafazasının göz boyamaktan başka bir anlamı olmadığı dahi söylenir¹⁴⁶⁰. Burada dikkat çeken husus, mezkûr hükmün pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinden bahsederken oransal bir ayrıma gitmemiş olmasıdır. Bu nedenle cüzi bir paya – hatta tek bir paya – sahip olmak dahi yasak rejiminden tabir caizse kurtulmaya yetecektir¹⁴⁶¹.

Borçlanma yasağı yönetim kurulu üyelerini dikkate alır. Öğreti hükmü birkaç noktada geniş yorumlar. Kişi yönünden, üyenin tüzel kişi olduğu ihtimalde tüzel kişi üyeyi temsilen atanan gerçek kişinin de yasak kapsamında olduğu ifade edilir¹⁴⁶². Bu görüşün aksini savunan yazarlar ise temsilcinin *de lege ferenda* kapsama dâhil olması

¹⁴⁶⁰ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 321-322.

¹⁴⁶¹ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 89; **Bora**, s. 111. Burada kanuna karşı hile değerlendirmesi yapılabileceği yönünde **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 322.

¹⁴⁶² **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 407.

gerektiğini, fakat yürürlükteki hükmün sadece üyeleri dikkate alındığını, keza cezai sorumluluğu doğurduğu için geniş yorumlanamayacağını ifade ederek temsilci olarak atanan gerçek kişinin borçlanma yasağına tabi olmadığını savunurlar¹⁴⁶³.

Yasağın zaman yönünden kapsamı bazı yazarlar tarafından ileriye doğru geniş yorumlanır. Bu görüşe göre borçlanma işlemi gerçekleştirildiği sırada hükmün kişi yönünden kapsamına girmeyen bir kişi daha sonradan bu kapsama dâhil olur, örneğin yönetim kurulu üyesi seçilir ise önceki tarihli işlemin yasağı ihlâl eder hâle gelmesi gerekir. Keza akdi esnasında yasağı ihlâl eden işlem, borçlanan kişi kapsamdan çıksa dahi düzelmeyecek, yasağın kapsamından çıkmayacaktır. Bu geniş yorum sayesinde hileli işlemlerin önüne geçilebilir¹⁴⁶⁴.

ii. İlişkili tarafların durumu

TTK m. 395/2, TTK m. 358'in aksine, yönetsel yetiyi doğrudan haiz olan kişilere ek olarak bunların yakınlarına da lafızda yer vermiştir. Buna göre pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile beraber "*yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393'üncü maddede sayılan yakınları*" da yasağın kapsamındadır.

Müzakereye katılma yasağını özel karar alma süreci olarak niteleyip önceki bölümde incelemiştik. Bu incelemede hükmün kapsamına yer verilmiş olup kimlerin *393'üncü maddede sayılan yakınlar* olduğu hususunda oradaki açıklamalarımıza atıf yapıyoruz¹⁴⁶⁵. Kısa bir hatırlatma olarak, TTK m. 393'te yer verilen yakınlar yönetim kurulu üyesinin eşi, alt ve üst soyu ile birlikte üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımlarıdır. Fakat mezkûr hükmün uygulaması dürüstlük kuralı uyarınca genişletilir. Bu genişleme TTK m. 395/2'de yapılan atıf bakımından dikkat çekicidir.

Hükümleri karşılaştırmaya geçmeden evvel borçlanma yasağından kaynaklı bazı hususların değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada sorulması gereken birinci soru, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olmasının hükmün yönetim kurulu üyelerinin yakınlarına uygulanmasına yaptığı etkidir. Soru şöyle somutlaştırılabilir:

¹⁴⁶³ Özdamar/ Doğan, s. 6; Bora, s. 112; Demirci, Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 54; Demirci, Şirkete İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 95-96.

¹⁴⁶⁴ Özdamar/ Doğan, s. 6-7; Demirci, Şirkete İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 89. Karş. Bora, s. 112-113. Yazarın önerisi borcun hakkaniyete uygun bir süre ve şekilde tasfiye edilmesi yönündedir.

¹⁴⁶⁵ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III/B/1/a.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları şüphesiz hükmün kapsamındadır. Peki, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin – ki bunlara TTK m. 358 uygulanır – pay sahibi olmayan yakınlarına uygulanması gereken madde hangisidir? *Toraman Çolgar*, hükmün lafzının her iki yoruma da açık olduğu, fakat yakınların bu şekilde ayrıştırılmasının gerekçelendirilemeyeceği ve bu nedenle aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının da yasağın asıl muhatabı gibi TTK m. 358 hükmüne tâbi olduğu görüşündedir¹⁴⁶⁶. Aksini kabul eden yazarlar da mevcuttur¹⁴⁶⁷. İlişkili tarafın bizzat pay sahibi olması hâlinde ise, önceki açıklamalarımıza uygun olarak, bu ilişkili tarafın TTK m. 358 kapsamında olduğunu ve kendisine TTK m. 395/2 hükmünün uygulanmayacağını hatırlatalım¹⁴⁶⁸.

İkinci soru ilişkili taraf kuramıyla doğrudan alakalıdır. Maddenin atıf yaptığı yakınlar TTK m. 393'te yönetim kurulu üyesinin “...alt veya üst soyundan bir(i) ya da eş(i) yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından bir(i) ...” olarak sayılmıştır. Bilindiği üzere 6102 sy. TTK ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada hükmün yönetim kurulu üyesi olarak sadece gerçek kişileri dikkate alması eleştirilir¹⁴⁶⁹.

Kanaatimizce diğer bir eleştiri vasıtalı ilişkili tarafların sadece gerçek kişi olarak tasarlanmış olmasına getirilmelidir. 6335 sy. Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde gerçek kişilerin (yönetim kurulu üyesi ile ilgili yakınlarının) ortağı oldukları şahıs şirketleri ile beraber yüzde yirmi asgari pay sahipliği oranına bağlı olarak pay sahibi bulundukları sermaye şirketleri de kapsama dâhildi. Bu yönüyle değişikliğin bir geriye gidiş olduğu şüphesizdir. Fakat mevcut hâli kadar hükmün değişiklik öncesi kapsamının da göze çarpan eksiklikleri mevcuttur.

TTK m. 395/2 hükmünün değişiklik öncesindeki kapsamının ilişkili taraf işlemleri kuramını daha iyi karşıladığını ve menfaatler dengesini sağlamakta çok daha başarılı olacağını kabul etmek gerekir. Maddenin ilk hâlinde üyelerin ortağı

¹⁴⁶⁶ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 322-323. Aynı görüşte **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 91. Yazar bu sonuca lafzi yorum yöntemiyle ulaşmaktadır.

¹⁴⁶⁷ **Tamer**, s. 97. Yazar pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, pay sahibi olmayan yakınlarının TTK m. 395/2'ye tabi kılındığını belirttikten sonra bu durumu ilginç olarak niteler.

¹⁴⁶⁸ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 92-93.

¹⁴⁶⁹ **Bora**, s. 111; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 94. Ayrıca bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 323; yazar tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri dikkate alınarak TTK m. 393'te değişiklik yapılması gerektiği görüşündedir. Esasen biz de görüşe katılıyoruz. Bununla beraber ilişkili tarafların belirlenmesine dönük daha temel eleştirilerimiz de mevcuttur.

oldukları şahıs şirketlerinin ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin de ortaklığa borçlanamayacağını hatırlatalım. TTK'nın hâkimiyet veya ortaklıklar hukukunun kontrol kavramlarından bağımsız şekilde getirilen bu ölçütler yönetsel yeti anlayışıyla uyumluydu ve Kanun'un modern yaklaşımını desteklemekteydi. Aslında kanun koyucunun zamansız müdahalesi olmasaydı 6102 sy. TTK'nın kendi içinde tutarlı sisteminin ilişkili taraf kuramına yaklaştığını mezkûr maddede fark ediyoruz. Fakat kanun koyucu, vasıtalı ilişkili tarafları gerçek kişilerle sınırlı görmüştür. Fakat biz *de lege ferenda* hükmün değişiklik öncesindeki hâlini destekliyoruz. Nakdi borçlanmaların ortaklık malvarlığına verecekleri zarardan korunmak için ilişkili taraflar kadar vasıtalı ilişkili tarafların da doğru kapsamda dikkate alınması gerekir. Mevcut hüküm bu yönden zayıftır. Bu zayıflığın TTK m. 393 kapsamında yapılacak yorum faaliyeti ile bir ölçüde giderilmesi gerekir.

Toraman Çolgar, TTK m. 395/2'nin uygulanacağı yakınların kimler olduğunu tespit ederken dürüstlük kuralıyla temellendirilen bir araştırma yapılmasını ve böylece ilişkili kişiler diye de tabir edilebilecek yakınları tespiti önerir¹⁴⁷⁰. Yazarın dürüstlük kuralına yaptığı atfın TTK m. 393 ile ilişkili olduğunu belirtmek gerekir. Zira TTK m. 395/2'nin kapsamı belirlemek noktasında atıf yaptığı TTK m. 393 hükmünün ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre müzakereye katılma yasağı yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olduğu durumlarda da uygulanacaktır. Görüldüğü üzere müzakereye katılma yasağının uygulama alanı hükümde sayılan yakınlarla ek olarak bir de dürüstlük kuralıyla genişletilmiş durumdadır. Atfın hükümler arasında sağladığı bağlantının maddenin bu kısmını da kapsadığı gerekçesiyle, mezkûr görüşe biz de iştirak ediyoruz.

b. İşlem Yönünden

Yasağın kapsamındaki kişiler şirkete nakit borçlanamayacağı gibi şirketin bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi veya bu kişilerin borçlarını devralması da hükümle yasaklanmıştır. Hem hükümde yapılan değişiklik hem de hâkim öğretinin borçlanma yasaklarının kapsamına dair görüşleri sonucunda mezkûr hüküm, TTK m. 358 bakımından yaptığımız açıklamalara paralel olarak iki işlem tipi için söz konusudur.

¹⁴⁷⁰ Detaylı açıklamalar ve örnek alınabilecek düzenlemelerle ilgili görüşler için *Toraman Çolgar*, Borçlanma Yasağı, s. 324 vd.

i. Nakdi borçlanma tesis eden işlemler

Hükümde ilk olarak nakdi borçlanmadan bahsedilir. 6335 sy. Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde hüküm “... *nakit veya ayın borçlanamazlar*” şeklindeydi. Aynı borçlanmanın maddeden çıkarılması ile kapsam nakdi borçlanmalara indirgenmiş; öğreti de uygulamayı bu şekilde ele almıştır¹⁴⁷¹. Lakin bazı yazarlar bu değişikliği bir hata olarak görür ve *de lege ferenda* kapsama aynı borçlanmaların dâhil edilmesini önerirler¹⁴⁷².

Nakdi borçlanmadan bahsedilse de borçlunun bir miktar para ödemeyi taahhüt ettiği tüm sözleşmeler yasak kapsamında değildir. Burada söz konusu olan, akdedilen sözleşme dâhilinde alacaklının borçluya verdiği paranın borçlu tarafından vadede iade edilmesini konu alan sözleşmelerdir¹⁴⁷³. Bu türün en önemli temsilcisi tüketim ödücü sözleşmeleridir¹⁴⁷⁴. Pay sahiplerinin ortaklığa borçlanmasıyla ilgili açıklamalarımıza paralel olarak, ekonomik sonucu nakdi borçlanma ile aynı olan diğer hukuki işlemler de yasak kapsamındadır¹⁴⁷⁵.

ii. Teminat verilmesi ve borçların devralınması

TTK m. 395/2’de nakit borçlanma dışında diğer bazı işlemlerin de yasaklandığı görülür. Kefil olunması, garanti ve teminat verilmesi işlemleri yanında sorumluluk yüklenilmesi ve borçların devralınması maddede açıkça sayılan hukuki işlemlerdir. Bu noktada çalışmamızın konusu ve takip ettiği metot dikkate alınarak, sayılan işlemlerin ayrı ayrı ve detaylı bir incelemesinden imtina edilecektir¹⁴⁷⁶. Hükümde sayılan hukuki işlemlerin ortak noktası arandığında görülmektedir ki, bu işlemlerde taraflar esasen ortaklık ve üçüncü kişi olup yönetim kurulu üyeleri ve yakınları – yani ilişkili taraflar – ise işlemin etrafında döndüğü üç köşeli yapının parçasıdır¹⁴⁷⁷. Anlaşıldığı üzere hükmün bu kısmında aslında tam anlamıyla bir ilişkili taraf işlemi yoktur. Zira ilişkili taraf işlemin taraflarından biri değildir.

¹⁴⁷¹ Çeker, Borçlanma Yasağı, s. 663; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 104; Demirci, Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 56; Bora, s. 114; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 234; Ayan, s. 146.

¹⁴⁷² Özdamar/Doğan, s. 9.

¹⁴⁷³ Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 106.

¹⁴⁷⁴ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 343; Demirci, Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 57; Atlıhan, s. 1973.

¹⁴⁷⁵ Bkz. yuk. II/A/2/b.

¹⁴⁷⁶ Bu yönde bir inceleme için Bora, s. 121; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 108 vd. Teminat verilmesi kavramının kapsayıcılığı karşısında maddedeki sayımın bir tekrar niteliğinde olduğu yönünde bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 345.

¹⁴⁷⁷ Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 346.

3. Uygulama Alanının Sınırları

Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere, TTK m. 395/2 içerik olarak fayda sağlaması mümkün iken birçok noktada kapsamı daraltılmış ve bu nedenle etkisi azaltılmış bir düzenlemedir. Getirmiş olduğu kullanışlı, fakat bir o kadar da ciddi yasak nedeniyle olsa gerek ki diğer kanun hükümleriyle karşılaştığı noktalarda hep kendisini dışlayan bir yorum tercih edilir. İlişkili taraf işlemlerinin yararları ile zararları teraziye konulduğunda TTK m. 395/2'yi her yandan kuşatan bu anlayışı desteklemek zordur. Bununla birlikte kapsamı kişi yönünden daraltan TTK m. 358 yanında, 395. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları da uygulama alanına bazı sınırlamalar getirmektedir.

a. Şirketler Topluluğu Hükümleri

TTK m. 395/2'de öngörülen yasak şirketler topluluklarına uygun değildir, fiili gerçeklere ters düşer¹⁴⁷⁸. Bu durumu dikkate alan üçüncü fıkra aynı şirketler topluluğundaki ortaklıkların birbirlerine kefil olabileceklerini veya birbirleri lehine garanti verebileceklerini açıkça düzenleyerek TTK m. 395/2 hükmünden ayrılır. Bu nedenle mezkûr işlemlerin akdinde TTK m. 395/2'de düzenlenen ve alacaklılara doğrudan takip hakkı veren yaptırım ile TTK m. 562'de yer alan cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Fakat işlemlerin yaratmış oldukları kayıplardan sorumluluk TTK m. 202 hükmü vasıtasıyla baki tutulmuştur¹⁴⁷⁹.

Fıkrayı ihdas eden 6335 sy. Kanun ile aynı zamanda TTK m. 395/2'nin kapsamı değiştirilmiş ve “kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri” ibaresi hükümden çıkarılmıştır. Artık aynı şirketler topluluğuna mensup olan ortaklıkların birbirlerinde yönetim kurulu üyesi olarak görev almasının sonuçlarını TTK'nın 195 vd. hükümleri uyarınca değerlendirmek gerekecektir¹⁴⁸⁰. Esasen yapılan değişiklik neticesinde üçüncü fıkranın varlık sebebi de belli ölçüde ortadan kalkmıştır¹⁴⁸¹.

Hükmün işlem bakımından kapsamı sorunludur. Zira fıkroda sadece kefalet ve garanti işlemlerinden bahsedilmiştir, TTK m. 395/2'nin kapsamındaki diğer işlemler

¹⁴⁷⁸ **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 29.

¹⁴⁷⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 237; **Bora**, s. 169; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 146; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 354 vd.

¹⁴⁸⁰ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 145; **Özdamar/ Doğan**, s. 9

¹⁴⁸¹ **Kendigelen**, Mütalâalar XII, s. 53; **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 285.

bakımından belirsizlik söz konusudur. Doktrinde bir görüş hükmü dar yorumlamakta ve kefalet ile garanti işlemleri dışındaki nakdi borçlanmaların yasak kapsamında olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁸². Kanaatimizce bu sonuç tatminkâr değildir ve konuyu şirketler hukuku penceresinden anlamlandırabilmek adına şu soruyu sormak gerekir: Bu hüküm hiç olmasa idi ne olurdu? Gerçekten aynı şirketler topluluğundaki bir şirketin diğerinde tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olması hâlinde TTK m. 395/2, aynı zamanda pay sahibi olması durumunda TTK m. 358 uygulanabilir gözükmemektedir. Fakat şirketler topluluğu hükümlerinin özel hüküm niteliğinde olduğundan kuşku duymamak gerekir¹⁴⁸³. Zira TTK m. 202 *inter alia* hâkim şirketin bağlı şirkete nakit borçlanmasını ve TTK m. 395/2’de geçen diğer işlemleri gerçekleştirmesini belli, şirketler topluluklarına özgü hükümlere bağlamaktadır. Bu nedenle bize göre üçüncü fıkra olmasaydı dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasına imkân vermek gerekirdi.

b. Bankacılık Kanunu

TTK m. 395/4, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun¹⁴⁸⁴ özel hükümlerini saklı tutar ve böylece borçlanma yasağının sistemsal sınırına işaret eder. Gerçi TTK’nın 330. maddesinin “*Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.*” şeklindeki lafzına rağmen bu hükmün ihdası öğretide bir tekrar olarak görülüp eleştirilir¹⁴⁸⁵.

5411 sayılı BankK kredi arz eden kurumlar olan bankaların pay sahipleri ile yöneticilerinin, hatta bunların yakınlarının nakdi ve gayri nakdi kredi kullanımını özel kurallara bağlar. Yasağın kapsamı, şartları ve sonuçları bakımından özgün bir sisteme yer verilmiştir¹⁴⁸⁶. TTK m. 395/2 ile getirilen yasak kişi yönünden daha dar kapsamlı olmakla birlikte Bankacılık Kanunu hem yasağa istisnalar getirir hem de ek şartlar altında kredi kullandırılmasına imkân tanır. Bu nedenle BankK ile TTK

¹⁴⁸² **Özdamar/ Doğan**, s. 9; **Bora**, s. 169; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 147.

¹⁴⁸³ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 362; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 246.

¹⁴⁸⁴ RG. T. 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer.

¹⁴⁸⁵ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 150; **Manavgat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 530; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 679; **Atlıhan**, s. 1980-1981; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 363, dn. 160 ve oradaki yazarlar. *Kendigelen* 1936 tarih ve 2999 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 15. maddesiyle mülga 334. madde arasındaki ilişkiye dikkat çekerek yapılan tekrarı tarihsel kökenlerle izah eder, bkz. **Kendigelen**, Mütalâalar XII, s. 53.

¹⁴⁸⁶ Bankacılık Kanunundaki sistemin özeti için **Özdamar/ Doğan**, s. 11-17; **Atlıhan**, s. 1981-1985; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 366-367; **Bora**, s. 132-139; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 150 vd.

düzenlemelerinin farklı sonuçlar doğurması ihtimal dâhilindedir. Borçlanma işlemi iki kanun düzenlemesini birden ihlâl edebileceği gibi, sadece birine aykırı işlemler de gündeme gelebilir. Her hâlükârda değerlendirmenin yegâne kaynağı BankK hükümleri olacaktır. Örneğin mezkûr hükümlere uygun, fakat TTK m. 395/2'ye aykırı bir işlem hukuken geçerlidir¹⁴⁸⁷.

C. Yasağa Aykırılığın Sonuçları

Kapalı anonim ortaklıklarda ilişkili tarafların şirkete borçlanmasını düzenleyen TTK m. 358 ve 395 hükümleri kapsam ve şartları yönünden iki farklı incelemeyi hak eder niteliktedir. Hükümlerin yarattığı hukuki sonuçların özdeş olduğunu söylemek bazı nüansları görmezden gelmek demektir. Bununla beraber çalışmamızın temel hedefi gözetildiğinde ve konuya ilişkili taraf işlemleri perspektifinden bakıldığında, mezkûr hükümlere aykırı davranışların sonuçlarını bir arada ele almanın beraberinde bazı faydalar getireceği kanaatindeyiz. Bu nedenle aşağıda bir pay sahibinin ya da pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin veya bunların yakınlarının TTK hükümlerine aykırı şekilde şirkete borçlanmasının sonuçları bir bütün dâhilinde ele alınacaktır.

Borçlanma yasağına aykırılığın iki cephede sonuçlanacağı söylenebilir. İlk olarak aykırılık ortaklık içinde kendini gösterecektir. Organların işlemleriyle ortaklık yetkililerinin sorumluluklarında aykırılık yaptırıma bağlanır. Aykırılığın devamında ilişkili taraflar ya da üçüncü kişilerle ortaklık arasında bir hukuki işlem akdedilecek olup bu noktada yaptırım mekanizmaları tekrar devreye girecektir.

1. Ortaklık İçi Sonuçlar

a. Kararların Geçersizliği

Ortaklığın ilişkili tarafla veya ilişkili tarafın borçlarını teminen üçüncü kişilerle işlem yapması için şirket organlarının karar alması zorunluluğu yoktur. Bir sebepten bu işlemler organın önüne gelirse özel karar alma süreçlerinin işletilmesi gerekmekte birlikte, normal şartlarda temsil yetkisini haiz olan kişilerin ilişkili tarafla sözleşmeyi akdetmesi yeterli olur. Fakat ilişkili tarafların ortaklığa borçlanmasının organlardan biri tarafından görüşülüp karara bağlanması kural olmasa da ihtimal dâhilindedir.

¹⁴⁸⁷ Özdamar/ Doğan, s. 17; Atlıhan, s. 1983-1984; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 368; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 170.

Hukuki sorunun ilkesel bazdaki kararlar kadar somut ihlâl hâllerinde de gündeme geleceğinde kuşku yoktur¹⁴⁸⁸.

İlk ihtimalde kararı alacak olan genel kuruldur. Burada borçlanma yasağına aykırılık teşkil eden genel kurul kararının akıbeti sorgulanmalıdır. TTK m. 447/1-c uyarınca anonim şirketin sermayesinin korunmasına ilişkin hükümlere aykırı kararlar batıldır, diğer bir ifade ile kesin hükümsüzdür. Borçlanma yasağı da bu kapsamdadır ve yasağa aykırı genel kurul kararları kesin hükümsüz addedilir. Yönetim kurulunun aldığı ve borçlanma yasağını ihlâl eden kararlar yine kesin hükümsüz olacaktır¹⁴⁸⁹. Zira eşit işlem ilkesine aykırı olan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu kararlarının batıl olduğu açıkça ifade edilmiştir (TTK m. 391/1-a, b).

b. Yöneticilerin Sorumluluğu

Anonim ortaklık yöneticilerinin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri gerekir (TTK m. 369). Söz konusu özen borcu, yasak olan borçlanma işlemlerini yapmamayı ve bu işlemlerin yapılmasına engel olmak için gerekli çabayı göstermeyi de içerir. Özen borcu gereğince hareket etmeyen yönetici, TTK m. 553 vd. uyarınca zarardan sorumlu olacaktır¹⁴⁹⁰.

Pay sahiplerinin (ve vasıtalı ilişkili taraflarının) şirkete borçlanması noktasında, tedbirli yöneticilerin borçlu adayının pay sahibi sıfatını ve işlemin akdedilmesini yasaklayacak ekonomik olgunun mevcut olup olmadığını denetlemesi beklenir¹⁴⁹¹. Benzer bir değerlendirme ve sorumluluk, yine yöneticilerin yakınlarının ortaklığa borçlandıkları ihtimalde söz konusu olur¹⁴⁹². Gerekli denetimi ve bunu takip etmesi beklenecek fiilleri gerçekleştirmeyen yöneticiler ilişkili tarafa verilen borcun sebep olduğu zarardan sorumludur. Burada TTK m. 553 vd. uygulanır. Doktrin, zararın mezkûr hükümler çerçevesinde giderilememesi hâlinde ortaklıktan borç alan kişinin haksız fiil sorumluluğuna dikkat çeker¹⁴⁹³. Gerçekten, borçlanma yasağının ihlâli hukuka aykırılık şartını sağlar ve haksız fiil oluşturabilir. Fakat borçlunun, taraf

¹⁴⁸⁸ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 263, 266-269.

¹⁴⁸⁹ **Yüksel**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 150-151; **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 263-265, 369; **Bora**, s. 89; **Bahar Sayın**, s. 169.

¹⁴⁹⁰ **Çamoğlu**, Tek Kişilik Yönetim Kurulu, s. 208; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 283; **Bora**, s. 121.

¹⁴⁹¹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 296, 369. Yazar ayrıca yönetim kurulu tarafından pay sahibinin ödeme gücünün araştırılması gerektiği kanaatindedir. Böylece borcun tahsil kabiliyeti olmadığı anlaşılırsa yönetim kurulunun özenle hareket etmesi ve somut olayın şartlarına göre borç vermekten imtina etmesi gerekecektir.

¹⁴⁹² **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 121.

¹⁴⁹³ **Özkorkut**, TTK'da Yapılan Değişiklikler, s. 53-54; **Bora**, s. 101.

olduğu ve borçlanmaya temel teşkil eden sözleşme uyarınca hem iadeye dönük asli borcu hem de karşı tarafın zarar görmemesini sağlamak yönünde genel bir koruma yükümlülüğü¹⁴⁹⁴ bulunur. Bu nedenle sorumluluk hükümlerinin yetersizliğini çözmeye noktasında borçlunun sözleşmesel sorumluluğu da gündeme gelecektir.

Cezai sorumluluk, 6335 sy. Kanunla yapılan değişikliklerden etkilenen diğer bir başlıktır. Değişiklik öncesinde hem 358. hem de 395. maddeye aykırı şekilde ortaklığa borçlananlar TTK m. 562/5 hükmü gereğince sorumlu tutulmuştu. Fıkranın güncel hâli (b) bendinde 358. maddeye aykırı olarak pay sahiplerine borç verenlerin; (c) bendinde TTK m. 395/2 hükmünün birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlâl edenlerin bu fiillerini cezai sorumluluğa tabi kılar. Hükme göre borçlanma yasağını ihlâl eden kişi üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır¹⁴⁹⁵. Böylece borç almak çıkmış, borç vermek suç hâline gelmiştir¹⁴⁹⁶.

Değişikliğin en önemli etkisi suçun failleri üzerindedir. TTK m. 358'e aykırı borçlanmada suçun failleri ancak borç verme yetkisine sahip kişiler olabilir. Bu özgü suçta yönetim kurulu ile kendilerine yönetim yetkisi devredilen kişiler dikkate alınır. Çok failli bir suç hâlini alan TTK m. 562/5-c'de ise borçlanma yasağını ihlâl edenler, bu kapsamda borç alanlar da fail olabilecektir. Görüldüğü üzere kanun değişikliğinin sonucunda pay sahiplerinin suçtan sorumlu tutulması, daha doğru bir ifade ile suçun faili olması engellenmiştir. Buna karşın, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla cezai sorumluluğun gündeme gelmesi yine de mümkündür¹⁴⁹⁷. Son olarak, Türk Ceza Kanunu uyarınca somut olayda suçun unsurları tamam ise yöneticilerin güveni kötüye kullanma veya hileli iflas suçunu işlemiş olacaklarını da belirtelim¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ Kavram için bkz. **Oğuzman/ Öz**, Cilt 1, N. 17, dn. 14; **Eren**, s. 40.

¹⁴⁹⁵ **Tamer**, s. 112; **Bora**, s. 91, 117. TTK m. 358 ve 395/2 hükümleri bakımından mevcut farklılıklar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 297-301, 383. Suç teorisi penceresinden bir değerlendirme için bkz. **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 124 vd. Ayrıca hukuk ilişkisinin cezai sorumluluğa bağlanmasının amaca uygun olmadığı yönündeki eleştiri için **Atlıhan**, s. 1979.

¹⁴⁹⁶ **Özkorkut**, TTK'da Yapılan Değişiklikler, s. 53; **Hızır**, Değerlendirmeler, s. 282; **Yüce**, s. 71. Bu değişikliği isabetli bulan **Kendigelen**, İlk Tespitler, s. 244.

¹⁴⁹⁷ Serdar Hızır/ Duygu Merki, "Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları", AÜHFD, Y. 2014, C. 63, S. 4, s. 784, 802-805. Ayrıca bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 383; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 124; **Özkorkut**, TTK'da Yapılan Değişiklikler, s. 53.

¹⁴⁹⁸ **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 127-130; **Bora**, s. 95; **Yüce**, s. 76. Borçlanma yasağına aykırılık hâlinde oluşan güveni kötüye kullanma suçu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. **Hızır/ Merki**, s. 785-801.

2. İşlemlerin Geçersizliği

Borçlanma yasağının uygulanması gereken hâllerde ortaklık ile ilişkili taraf arasında bir sözleşme akdedildiğinde mezkûr sözleşmenin geçerliliğine şüpheyile bakmak gerekir. TTK m. 1530/1'in ilk cümlesine göre *aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır*. Bu hükümden hareketle, yasak borçlanmaları konu edinen sözleşmeler batıl, yani kesin hükümsüz addedilir¹⁴⁹⁹. Bu sözleşmeden doğan ve hâlihazırda ifa edilmiş olan edimlerin iadesi gerekir. İade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır¹⁵⁰⁰.

Genel kuraldan hareket edilmesi doğru olmakla birlikte her iki hükmün kendi içinde barındırdığı bazı özellikler ve tartışmalar bulunur. TTK m. 395/2 bakımından bir görüş ilişkili tarafların mezkûr madde kapsamındaki borçlanma işlemlerinin kesin hükümsüz veya herhangi bir şekilde geçersiz olmadığını, hükmün son cümlesinde şirket alacaklılarına takip yetkisi tanınmak suretiyle yasağa aykırılığın yaptırıma bağlandığını savunur^{1501,1502}. Kanaatimizce bu bağlantı doğru değildir. Zira işlemin geçersizliği işlemin tarafı için bir iade borcu doğurmakta ve bu iade borcu TTK m. 395/2'nin son cümlesine pekâlâ dayanak teşkil etmektedir. Hükümde geçen “şirketin yükümlendirildiği tutarda” ifadesinin işlemin geçerliliğine dayanak alınması ise lafza fazlasıyla bağlı ve temel borç ilişkilerini gözden kaçırarak bir gerekçelendirmedir. Bize göre, zararlı ilişkili taraf işlemleri için benimsediğimiz sistem çerçevesinde, TTK m. 395/2 uyarınca gerçekleştirilen borçlanmalar da nihayetinde kesin hükümsüzdür.

TTK m. 358 yönünden ise tartışma, 6335 sy. Kanun ile hükümden çıkarılan, emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulma şartından kaynaklanır. Bu şartın hükümde yer almaması nedeniyle hukuki sonuçların artık mezkûr madde kapsamında

¹⁴⁹⁹ Hızır, Değerlendirmeler, s. 284; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 269, 377; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, N. 512f; Kendigelen, Mütalâalar XII, s. 46; Pash, Temel İlkeler, s. 161; Veziroğlu, s. 431; Kutgi Taşan, s. 174; Tamer, s. 112; Bora, s. 89.

¹⁵⁰⁰ Hızır, Değerlendirmeler, s. 284; Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 273. Teminat sözleşmelerinde ise verilen ayni teminatın türüne göre iade borcuna uygulanacak hükümler değişiklik gösterecektir (Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 276-277).

¹⁵⁰¹ Çeker, Borçlanma Yasağı, s. 666; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 119, 131-132; Demirci, Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 66; Bilgili/ Demirkapı, s. 398; Özdamar/Doğan, s. 10; Pash, Temel İlkeler, s. 162, dn. 45; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-122; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 677; Athhan, s. 1976; Kutgi Taşan, s. 171; Tamer, s. 112; Bora, s. 115; Sulu, s. 162. Bu hâlde dahi işlem aynı zamanda TTK m. 380/1'e aykırı ise yaptırımın butlan olacağı yönünde Gürel, Finansal Destek Verme Yasağı, s. 108.

¹⁵⁰² Kendigelen bu hukuki problemi bir bankaya hitaben düzenlediği bilgi notunda ele almıştır. Yazar hükmün gerekli açıklığı taşımadığını belirterek, öğretinin geçersizlik yaptırımını dışlayan görüşüne şüpheyile yaklaşır. Duruşu doğrultusunda bankaya, vereceği ödünçlerde maddeye aykırı şekilde teminat alırken çekimser davranmasını tavsiye eder (Kendigelen, Mütalâalar XII, s. 50-52).

değil, sermayenin iadesi yasağı çerçevesinde ele alınması savunulur¹⁵⁰³. Bize göre uygulama alanını örtülü kâr dağıtım yasağı (TTK m. 480/3; m. 512) ile ilgili görmek zorunlu değildir. Savunduğumuz görüş uyarınca zararlı ilişkili taraf işlemlerinin TTK ve TBK'nın ilgili hükümleri kapsamında batıl/ kesin hükümsüz addedilmesi mümkün ve hatta gereklidir. Borçlanma yasağının uygulama alanının sınırları kanun koyucu tarafından çizilmiş olup bu sınır içinde dahi ilişkili taraf işlemleri kuramını gözeterek yorum tercih edilmelidir. Aksi takdirde hükümden beklenen fayda elde edilemeyecek ve malvarlığının korunması ilkesi desteklenemeyecektir.

Yapılan değişiklik ile yasağın kapsamı dışına çıkarılan sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün mutlak şekilde uygulanacağını söylemek ise aynı oranda yanlıştır. Zira bu aşama zararlı ilişkili taraf işlemlerini yasaklayan ilkelerin dikkate alınması gereken noktadır. Ortaklığın pay sahibine verdiği borç TTK m. 358'de yer alan tüm şartları sağlasa dahi eğer zararlı ilişkili taraf işlemi niteliğindeyse borçlanma işlemi yine de sakattır. Lakin geçersizliğin kaynağı mezkûr kanun maddesi değil, bir önceki bölümde açıkladığımız zararlı ilişkili taraf işlemleri kuramıdır.

3. Borçlanan Kişinin Sorumluluğu

Cezai sorumluluk noktasında, TTK m. 562'de gerçekleştirilen değişiklik ile borçlanan kişilerin cezai sorumluluğunun dışlandığını yukarıda belirtmiştik. Burada söz konusu olan hukuki sorumluluktur. Zira sözleşmenin geçersizliği bir kere ortaya konulup borçlunun sözleşmesel düzlemde iade ile yükümlü olduğu anlaşıldığında, borçlanan kişinin başkaca bir sorumluluğu olup olmadığını tespit etmek gerekir.

Kanun pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri yönünden yasağın ciddiyeti ile paralel gördüğümüz bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre yönetim kurulu üyelerine borçlanma yasağına aykırı bir şekilde menfaat temin edilmişse şirketten alacaklı olanlar borçluyu *şirket borçları için, şirketin yükümlendirildiği tutarda* doğrudan takip edebilirler (TTK m. 395/2, son cümle)¹⁵⁰⁴. Böylece alacaklılara İİK m. 89 benzeri ek bir imkân tanınmıştır. Alacaklıların talebinde iki üst sınır bulunur:

¹⁵⁰³ Görüşler için bkz. **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 259-260.

¹⁵⁰⁴ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 370-374; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, s. 674-675; **Pahlı**, Temel İlkeler, s. 162, dn. 45; **Özdamar/ Doğan**, s. 10; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 120, 123; **Bora**, s. 119-120; **Kutgi Taşan**, s. 171; **Ayan**, s. 146. Yasağın kapsamını gözeterek *Teoman*, “şirkete borçlanılan tutar” ifadesi yerine “şirketin sorumluluk altına sokulduğu tutar” ifadesinin kullanılmasını önerir, bkz. **Teoman**, Değerlendirme, s. 15.

Borçlunun ortaklığa olan borcu ve alacaklının ortaklıktan olan alacağı. Tutarlardan hangisi daha düşükse talep o miktarla sınırlıdır. Bunun dışında alacaklının ortaklığa başvurup herhangi bir izin almasına gerek yoktur. Doğrudan borçluyu takip edebilir. Borçlunun ortaklığa rücu etme imkânının ise bulunmadığı savunulur¹⁵⁰⁵. Fakat bize göre bu görüş aslında ortaklığın, borçluya başvurulmuş oranda alacak hakkı bulunduğu ihtimali açıklar. Eğer zararlı ilişkili taraf işlemi neticesinde ortaklık bir alacak hakkı elde etmemiş, örneğin ilişkili taraf lehine kefil olmuş, borç kefile başvurulmaksızın sona ermişse, rücu imkânının sınırlandırılması adil bir sonuç değildir. Bu nedenle borçlunun rücu imkânının, ortaklığın kendisinden olan alacağı ölçüsünde ortadan kalktığını söylemek daha isabetli olacaktır.

Söz konusu imkân son derece istisnaidir. Zira esas olan tüzel kişilik perdesinin muhafazasıdır; fakat TTK m. 395/2 üçüncü kişiler lehine bu esastan ayrılır. Kanaatimizce ilişkili taraf işlemlerine karşı etkili bir koruma sağlayan bu imkân ilk bakışta faydalı görünse de kuramsal açıdan bazı zafiyetler barındırır. Öncelikle, ilişkili tarafı açıklarken gündeme gelen yönetsel yeti kavramı her daim tarafın tüzel kişiyle özdeşleşmesini, tek bir ekonomik bütün olmasını gerektirmez. İkinci olarak, alacaklıların dengeli bir şekilde tatmin edilmesi mezkûr hükümden yararlanamayan alacaklılar aleyhine zorlaşmaktadır¹⁵⁰⁶.

Doktrinde hüküm değerlendirilirken, yönetim kurulu üyesinin ve yakınlarının borç için takip edilebildiğine dikkat çekilmek suretiyle, gerçekleştirilen borçlanma işleminin hukuken geçerli olduğu çıkarımı yapılır. Söz konusu tartışma işlemlerin geçersizliğine dair incelememizin bir parçası olarak önceki başlıkta ele alınmıştı. Biz bu yorumun doğru olmadığı, işlem geçersiz addedildikten sonra doğacak olan iade yükümlülüğünün pekâlâ son cümleyi anlamlandıracağı görüşündeyiz.

Pay sahibinin sözleşmeden kaynaklanan asli yükümlülüğü borcun konusunun alacaklıya iadesidir. Yöneticilerin hukuki sorumluluğuna (TTK m. 553 vd.) benzer bir genel hüküm pay sahipleri için söz konusu değildir. Keza TTK m. 395/2 iade borcundan başka bir sorumluluğu borçluya yüklememiştir. Lakin öğreti bu durumun ortaya çıkardığı eksikliği doldurmaya çalışır¹⁵⁰⁷. Sebepsiz zenginleşme hükümleri

¹⁵⁰⁵ Çeker, Borçlanma Yasağı, s. 666; Atlıhan, s. 1977-1978; Özdamar/ Doğan, s. 10; Demirci, Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 63-65; Demirci, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 120 vd.

¹⁵⁰⁶ Benzer ve diğer eleştiriler için bkz. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 235-238.

¹⁵⁰⁷ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. Toraman Çolgar, Borçlanma Yasağı, s. 279 vd.

uyarınca giderilmesi mümkün olmayan bir zarar karşısında, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna ek olarak borçlunun da sorumlu tutulması gerektiği hususunda öğreti hemfikirdir. Şirketler topluluğu hükümleri uygulama alanı buldukları ölçüde sorunun bir kısmına çözüm oluşturur. Bunun dışında pay sahiplerini sorumlu tutmak için haksız fiil hükümlerinden¹⁵⁰⁸ ve somut olay buna imkân verdiği ölçüde tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinden yararlanılması önerilir¹⁵⁰⁹. Görüşlere biz de iştirak etmekteyiz. Tüm bunlara ek olarak, pay sahibinin sözleşmesel sorumluluğunu saymak gerekir. Zira nihayetinde borçlanmaya dönük sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Korporatif ilişkilerin ötesinde tarafların bu borç ilişkisine dürüst şekilde (TMK m. 2) katılma zorunluluğu bakidir.

III. SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI

Örtülü kazanç aktarımı “yasağı”, ilişkili taraf işlemlerini yasaklayan diğer bir Türk hukuku düzenlemesidir¹⁵¹⁰. Bu düzenleme ile, ticari amacı varmış gibi görünen ama aslında ortaklık kaynaklarının ilişkili tarafa aktarılması için kurgulanan yapıların engellenmesi amaçlanır. Böylece bazı kişilerin ortaklık malvarlığından farklı biçimde yararlanması önlenmiş olur^{1511,1512}.

¹⁵⁰⁸ Ayrıca **Özkorkut**, s. 53-54; **Demirci**, Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı, s. 121.

¹⁵⁰⁹ **Toraman Çolgar**, Borçlanma Yasağı, s. 292-293. Bu teoriden yararlanabilmek için malvarlıkları arasında bir karışma bulunması gerektiği yönünde **Alışkan**, Limited Şirket, s. 176.

¹⁵¹⁰ Düzenlemeyi tam anlamıyla karşılayan bir kurumun karşılaştırmalı hukukta bulunmadığı yönünde **Duran**, s. 153. Hükümün ilişkili taraf işlemi teorisini dikkate alan detaylı bir incelemesi için bkz. aynı eserde s. 123 vd.

¹⁵¹¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 395; **Kaya**, SerPK m. 21, s. 194; **Sinan/ Tok**, s. 809; **Karacan**, İlişkili Taraf İşlemleri, s. 103; **Duran**, s. 83; Ömer Teoman, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı – SerPK 15/VI’nın Uygulanma Koşulları –**”, Tüm Makalelerim Cilt III: 2002-2010 –İstanbul Üniversitesi’nde İkinci Dönem–, İstanbul: Vedat, 2010, s. 240-241.

¹⁵¹² Temel norm olarak kabul edebileceğimiz SerPK m. 21 her ne kadar ikincil mevzuata bir alan bırakmışsa da yine maddede detaylı açıklamaya yer verilmiştir. Hüküm bu nedenle hacimli ve uzun olmakla birlikte, tercih ettiğimiz metodoloji gereğince öncelikle metni paylaşıyoruz:

(1) *Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.*

(2) *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 artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.*

Hüküm ilişkili taraf işlemlerinin zararlı olabileceğini bir olgu olarak tanır. Bu nedenle üçüncü kişilerle akdedilecek özdeş işlemlerde görülmesi beklenenden daha yüksek miktarda değer çıkışlarını örtülü kazanç aktarımı addedip yasaklar. Ayrıca mülga kanundakinden farklı olarak¹⁵¹³, hareketsiz kalma şeklinde kazanç aktarımını da yasak kapsamında öngörmüş ve böylece korumayı güçlendirmiştir.

Yeni çerçevesiyle bir olgunun¹⁵¹⁴ örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmesi için üç unsurun mevcudiyeti aranır. İlk olarak, aktarımın tarafları SerPK m. 21’de sayılan kişiler olmalıdır. İkinci olarak, aktarımın yöntem ve içerik bakımından belli bir gruba dâhil olması gerekir. Bu grubun son derece geniş olduğu peşinen itiraf edilmelidir. Üçüncü ve son olarak, sayılan kapsamdaki olgularda denge ortaklık aleyhine bozulmuş olmalıdır¹⁵¹⁵. Bu son durum belli kıstaslar çerçevesinde ve adillik ekseninde tespit edilir. Bir bakıma Türk sermaye piyasası hukukunda *fairness test* gerçekleştirilir. Aşağıda bu kapsam ve kıstaslar incelendikten sonra hükümdeki yasaklamanın sonuçları irdelenecektir. Çalışmamızın kapsamı uyarınca tartışmalı hususlara ilişkili taraf işlemi kuramıyla ilgili oldukları takdir ve ölçüde değinilmiştir.

(3) *Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.*

(4) *Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 100 üncü maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır.*

¹⁵¹³ 1981 yılında kabul edilen 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu örtülü kazanç işlemlerini 15. maddesinin 6. ve son fıkrasında düzenlemişti. Birden fazla kurumun bir arada düzenlendiği madde ilgili fıkra fiyat, ücret ve bedel uygulamalarındaki bariz farklılıkları yasaklamakta, bu nedenle ancak işlem yoluyla gerçekleşen örtülü kazanç aktarımlarına uygulanabilmekteydi. Bu gibi nedenlerle hüküm doktrinde eleştirilmekteydi. Bilgi için bkz. **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 69-75; **Kaya**, SerPK m. 21, s. 195, dn. 2; İlyas Çeliktaş, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 11, S. 3-4 (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı), s. 63 vd.

¹⁵¹⁴ Burada bilinçli olarak işlem vb. terimlerin kullanımından kaçınılmıştır. Zira aktarımın hareketsiz kalarak yapılabileceğinin kabulü ifadelere hassasiyetle yaklaşmayı gerektirmektedir.

¹⁵¹⁵ Bu koşulu objektif şart olarak niteleyen **Duran**, örtülü kazanç aktarımından bahsedilebilmesi için başkaca unsurların varlığını arar. Bunlar, malvarlığı ya da kârda azalmanın veya artışın engellenmesi; ilişkide bulunulan kişinin haksız menfaat sağlaması ve aktarım işleminin bilerek ve istenerek yapılmış olmasıdır (**Duran**, s. 158). Kanaatimizce işlemdeki dengesizlik zaten bu unsurların sonucudur. Keza yazar da sübjektif unsur yönünden bu görüşü onaylar, bkz. aynı eserde s. 213.

A. Kapsam

Kanun koyucu SerPK m. 21’de aktarımın taraflarını ve ne şekilde meydana gelebileceğini mülga hükümde mevcut olandan daha geniş şekilde düzenlemiştir. Bununla beraber fıkralar arasındaki farklılıklar da dâhil olmak üzere tespiti gereken birkaç husus mevcuttur. İncelemeye geçmeden önce, maddenin terimleri kullanırken özensiz davrandığını belirtelim¹⁵¹⁶. Biz çoğu terminolojik tercihin bilinçli bir ayrımın ürünü olmadığı, keza böylesi ayrımlara gerek bulunmadığı ve kavramlar nezdindeki farklılaşmanın aksi yorumu haklı çıkaracak düzeyde olmadığı prensibini benimsiyor ve hükmün yorumunda bu prensipten hareket ediyoruz.

1. Taraflar

Hükmün koyduğu sistemde biz, kendisinden bir değer çıkışı olan tarafı aktaran işletme, bu değeri edinen taraftaki kişileri ise kısaca ilişkili taraf olarak adlandırmayı tercih ettik.

a. Aktaran İşletme

SerPK m. 21’de 1., 2. ve 4. fıkralarda *halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları* sayılır. Belgeleme ve saklama yükümlülüklerini düzenleyen 3. fıkra ise sadece halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarından bahseder. Kanaatimizce iştirak ve bağlı ortaklıkların burada sayılmamış olması bir hata oluşturmaz. Kanun anılan yükümlülüklerin takibini halka açık ortaklık nezdinde yapmayı yeterli ve uygun görmüştür.

i. Halka açık ortaklıklar

Aktaran işletme olarak kabul edilen ilk grup halka açık ortaklıklardır. SerPK m. 3/1-e uyarınca payları halka arz edilmiş olanlar kadar arz edilmiş sayılanlar da bu kapsamdadır. Böylece borsa şirketleri ile birlikte pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar (SerPK m. 16/1) da SerPK m. 21’de dikkate alınmıştır¹⁵¹⁷. Son olarak SerPK m. 16/3, kooperatiflerin kontrolündeki bazı ortaklıkların paylarını da halka arz olunmuş sayar. Pay sahiplerinin kooperatifler nezdinde bir araya gelerek SerPK hükümlerini dolanmasını engelleyen bu hükme göre, *pay sahibi sayısı en az beş yüz olan kooperatiflerin veya kendisine ortak olan kooperatiflerin pay sahibi*

¹⁵¹⁶ Aynı görüşte **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, s. 155-156.

¹⁵¹⁷ **Sinan/ Tok**, s. 810.

sayısı tek başına ya da toplam olarak en az beş yüz olan kooperatif birliklerinin veya kooperatif merkez birliklerinin yönetim kontrolüne sahip olduğu ve yıllık en az elli milyon Türk lirası satış hasılatı yapmış olan ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine tabidirler.

Hukukumuzda yeni bir düzenleme kitle fonlamasıdır. Bu yöntem aracılığıyla halktan para toplayanlar faaliyetin doğası gereğince sermaye piyasası hukukunun ilgi alanına girmektedir. Fakat mezkûr durumdan bağımsız ele aldığımızda fon talep eden bu ortaklıkların konumu ve özellikleri halka açık ortaklıklarinkinden farklıdır. Buna paralel olarak, SerPK m. 3/1-e kitle fonlaması yoluyla para toplayan ortaklıkların halka açık ortaklık olmadığını ifade etmiştir. Böylece aynı ortaklıklar örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükümlerin uygulama alanından da dışlanmıştır¹⁵¹⁸.

ii. Kolektif yatırım kuruluşları

Aktaran işletme olabilecek ikinci grupta ise kolektif yatırım kuruluşları yer alır. Bunlar kanunda yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları olarak sayılmıştır (SerPK m. 3/1-m). Kanun'un kolektif yatırım kuruluşları başlıklı dördüncü bölümü yatırım ortaklıklarına ve yatırım fonlarına ek olarak portföy yönetim şirketlerini de düzenler. Fakat doktrin SerPK m. 21'de yer alan ifadeyi 3. madde doğrultusunda, yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları ile sınırlı olarak kabul eder görünür¹⁵¹⁹. Bu noktada yatırım ortaklıklarının aslında birer halka açık ortaklık olduğu ve anılan nedenle düzenlemenin aslında yatırım fonları için önem arz ettiği doktrinde ayrıca ifade edilmiştir¹⁵²⁰.

iii. İlişkili işletmeler

Kanun koyucu halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarına ek olarak bunların “iştirak ve bağlı ortaklıklarının” yapacağı aktarımları da yasaklar. Böylece aktaran işletme hem yatay hem de dikey doğrultuda genişletilmiştir. Bu kısım mülga Kanun zamanında yapılan eleştirileri karşılamak üzere getirilmiştir¹⁵²¹.

¹⁵¹⁸ Bu sonucu eleştiren **Duran**, s. 19.

¹⁵¹⁹ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 22-23; **Duran**, s. 30.

¹⁵²⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 422; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 25; **Duran**, s. 29.

¹⁵²¹ **Kaya**, SerPK m. 21, s. 198; **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası, s. 153; **Sinan/ Tok**, s. 810.

İştirak ve bağı ortaklıktan ne anlaşılması gerektiği hükmünde açıklanmamıştır. Keza bunlar SerPK m. 3'te yer alan tanımlardan da değildir. Hukuk metinlerinde bu terimler 233 sy. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmişse¹⁵²² de burada devlet iştirakini esas alan bir ayırım yapılmıştır. TTK nezdinde en azından iştirak için herhangi bir açıklık olmadığı söylenebilir. Bu şartlar altında bağı ortaklığın TTK m. 195 uyarınca tanımlanması savunulabilecek olmakla birlikte, kanaatimizce burada kapsamı çizerken TMS 24'e danışmak daha tutarlı sonuçlar verir. Üç noktayı görüşümüze dayanak almaktayız. İlk olarak, bir sonraki başlıkta görüleceği ve doktrinde de işaret edildiği¹⁵²³ üzere örtülü kazanç aktarımı ilişkili taraf işlemleri vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle hükmün TMS 24 ile organik bağı olduğu gerçektir. İkinci olarak, iştirak ve bağı ortaklık kavramları TMS 24 atfı ile TMS 28 ve TFRS 10'da açıkça tanımlanmıştır¹⁵²⁴. Son olarak, bağı ortaklıklar TFRS 10'da başka bir işletme tarafından kontrol edilen işletmeler olarak tanımlanmış ise de uygulamaya yansımada TTK'dan çok uzağa düşmediğini¹⁵²⁵, bu nedenle tercih ettiğimiz görüşün ortaklıklar hukuku uygulamasını dışlamadığını da belirtelim.

Doktrinde bu hükümle ilgili olarak, kolektif yatırım kuruluşlarının iştirak payı edinmede oransal sınırlara tabi tutuldukları ve bu nedenle hükmün asıl etkisini halka açık ortaklıklarda göstereceği yorumu yapılmıştır¹⁵²⁶. Bu yoruma prensipte biz de katılmaktayız. Bununla beraber, ifade ettiğimiz görüşün sonucunda önemli etkinin varlığı iştirakten bahsetmek için yeterlidir. Bu takdirde kolektif yatırım kuruluşları sınırlı ama belirli şartlar altında iştirak sahibi kabul edilecektir. Yorumun hükme bu yönden de anlam kazandıracağı düşüncesindeyiz.

Görüşümüzün gündeme getirdiği diğer bir mesele iş ortaklıklarının durumudur. TMS nezdinde yönetsel yetinin, ağırlık derecesine göre farklı ilişkilere vücut verdiği ifade edilmişti. İlgili kısımdaki açıklamalarımıza atıfla, üzerinde ortak kontrolün mevcut olduğu işletmeler iş ortaklığı şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵²⁷. Bu bilgiler ışığında, daha güçsüz bir yönetsel yeti olarak ifade ettiğimiz önemli etkinin tesisi ile meydana gelen iştirakler SerPK m. 21'de sayıldığına göre, eğer görüşümüz kabul

¹⁵²² **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, s. 154.

¹⁵²³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 388.

¹⁵²⁴ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/B.

¹⁵²⁵ İlgili değerlendirmemiz için bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/B/1/c.

¹⁵²⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 423; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 29.

¹⁵²⁷ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II/B/2/a/i.

görürse, *a fortiori* en az bir halka açık ortaklığın ortak kontrolü altındaki iş ortaklıklarının da örtülü kazanç aktarımı yasağına tabi olduğu söylenecektir.

Aktarımın kim tarafından yapılabileceğine dönük tartışmalara ek olarak, bu aktarımın hangi malvarlığını etkilemesi gerektiği hususu da açık değildir. SerPK’da yer alan hükmün halka açık ortaklıklarda herhangi bir değer azalması olmasa dahi uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. *Manavgat*, aktarıma taraf gözüken ilişkili işletme olsa dahi zararın halka açık anonim ortaklığın (ya da kolektif yatırım kuruluşunun) malvarlığında oluşması gerektiğini; aksi takdirde örtülü kazanç aktarımından bahsedilemeyeceğini savunur¹⁵²⁸. *Günay* bu şartı somutlaştırır ve işlemin finansal tablolara yansımaları, bu vesileyle halka açık anonim ortaklığın da zarardan etkilenmesini ve malvarlığının azalmasını gerekli görür¹⁵²⁹. *Duran* ise bağlı şirket veya iştirakteki azalmanın halka açık şirketin finansal tablolarına yansıtacağını isabetle ifade eder¹⁵³⁰.

b. İlişkili Taraflar

SerPK m. 21, lehine aktarım yapılacak kişilerin kimler olacağını belirtirken her fıkrasında farklı bir ifadeye yer verir. İlk fıkra “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler” ibaresi, 2. fıkra “ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişiler” ibaresi varken nihayet 3. fıkra ilişkili taraf işlemlerinden bahsedilir. Son fıkra ise sadece “taraf” denilmiştir. Maddedeki bu kavram karmaşası cezai sorumluluğun düzenlendiği 110. maddeye de yansımıştır¹⁵³¹.

Öğretide *Kaya* kavramları birbirinden bağımsız olarak anlamlandırmayı tercih eder. Yazara göre SerPK m. 21/3’teki yükümlülük ilişkili taraf işlemini dikkate alır. Diğer fıkralar ise teknik anlamda ilişkili taraf işlemini zorunlu tutmaz, daha geniş bir çerçevede ilişkili olanlarla yapılan işlemler yasağın kapsamına dâhil olabilir¹⁵³². Bu kişiler hükmün lafzını takiben halka açık ortaklıkla doğrudan veya dolaylı bir ilişki içinde olan kişilerdir. İlişki kontrol kavramında somutlaşır. Nihayet yazara göre

¹⁵²⁸ *Manavgat*, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 103; *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 424.

¹⁵²⁹ *Günay*, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 190.

¹⁵³⁰ *Duran*, s. 34-35, 40. Fakat ilişkili işletmedeki azalma halka açık ortaklığın malvarlığında azalma yaratmıyorsa örtülü kazanç aktarımından bahsedilemeyecektir (s. 41).

¹⁵³¹ *Manavgat*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 421.

¹⁵³² *Kaya*, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, s. 155.

kontrolün varlığı için yönetim kurulunda çoğunluğu sağlama gücüne sahip olmak yeterlidir¹⁵³³. İlişkili taraf kavramını benzer şekilde adlandıran başka yazarlar da mevcuttur¹⁵³⁴.

Manavgat doğru teknik kavramın “ilişkili taraf” olduğunu ve bunun da TMS 24’te detaylandırıldığını, diğer kullanımların örtülü kazanç aktarımı müessesesine uygun olmadığını savunur. Yazara göre örtülü kazanç aktarımı amacı ve ekonomik mantığıyla ortaklık malvarlığının ilişkili tarafa aktarılmasına işaret eder¹⁵³⁵. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Gerçekten, bir ortaklığın akdettiği işlemde edimler arası dengesizlik bulunması mümkündür. Bu durumun kötü yönetimden kaynaklandığı hâllerde teknik anlamda bir örtülü kazanç aktarımından bahsetmek ise mümkün değildir. Geriye kalan işlemler için hukuki yapı ilişkili taraf işlemleri çevresinde, işlem güvenliğine baskın gelecek şekilde düzenlenmiştir. Ortaklığın her ilişkisinde aynı sonucun doğması beklenemez. Keza çerçevesi çizilmemiş ilişkilerin yasak ve iade gibi yaptırımlara bağlanması SerPK m. 21 hükmünün hedefleri arasında da görülemeyecektir. Bu nedenlerle güncel sermaye piyasası hukukunda örtülü kazanç aktarımları ancak ilişkili taraflar lehine meydana gelecektir.

SerPK m. 21/1’de yer verilen “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak” ilişkide bulunma ifadesi, 2499 sy. mülga Sermaye Piyasası Kanunu’nda kullanılmış ve neredeyse aynı şekilde 6362 sy. SerPK m. 21’e alınmıştır. Yeni Kanun döneminde bu ifadenin işaret ettiği bağıllığı bir unsur olarak kabul edip ayrıca ele alan yazarlar¹⁵³⁶ olduğu gibi, bu ifadeyi ilişkili taraf kavramına atıf olarak yorumlayanlar da vardır¹⁵³⁷. Bu noktada *Duran* her iki görüşü harmanlar ve TMS 24’ün dikkate alınmasını savunmakla birlikte, muhasebe standardında yer verilmeyen denetim bakımından ilişki kavramını diğer bir ölçüt olarak kabul eder. Böylece yazar SerPK m. 21’in kapsamını ilişkili taraf işlemlerinkine nazaran daha geniş görür¹⁵³⁸. Kanaatimizce mezkûr ifadenin hükümdeki varlığını kanun yapma tekniğinde bir zafiyet olarak nitelemekte beis yoktur. Her ne kadar hem bağıllık ilişkisi hem de bunu tesis eden unsurlar yönünden çizilen çerçeve ilişkili taraf kuramına yakınlık gösterse de bu durum ifadenin hükümdeki varlığını

¹⁵³³ **Kaya**, SerPK m. 21, s. 199.

¹⁵³⁴ **Sinan/ Tok**, s. 811.

¹⁵³⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 421. Aynı yönde **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 36.

¹⁵³⁶ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 42-43; **Pehlivanoğlu**, s. 108-115.

¹⁵³⁷ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 421.

¹⁵³⁸ **Duran**, s. 72-73, 77.

meşrulaştırmak için yeterli değildir. Bu nedenle lehine aktarım yapılan kişi yönünden kapsamın münhasıran ilişkili taraf kuramı çerçevesinde yorumlanması gerektiğini savunmaktayız.

2. Aktarımın Konusu

Halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunlarla ilişkili işletmeler tarafından ilişkili taraflarına yapılacak değer transferlerinin örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilebileceğini ortaya koyduk. Peki bu aktarım nasıl gerçekleştirilebilir? Örtülü olması gerektiğinde kuşku yoktur¹⁵³⁹. Hükmün devreye girebilmesi için azalmanın ortaklık açısından para ile ölçülebilir bir değeri olması gerektiği yine açıktır¹⁵⁴⁰. Bunun dışında kanun koyucu iki farklı fıkra da iki farklı yöntemle yer vermiştir. Hangi unsurların devrinin bir örtülü kazanç aktarımı olabileceği hususunda ise çerçeve son derece geniştir.

a. Yöntem Bakımından

Örtülü kazanç aktarımı iki yöntemle gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilki işleme dayalı aktarım, diğer bir deyişle aktif aktarımdır. İkincisi ise hareketsizliğe dayalı aktarım, yani pasif aktarımdır.

i. İşleme dayalı aktarım

SerPK m. 21'in ilk fıkrasında "işlemlerde bulunmak suretiyle" örtülü kazanç aktarımı düzenlenmiştir. İşlemden ne anlaşılması gerektiği ise aynı fıkra da anlaşma, ticari uygulama ve işlem hacmi üretme olarak ifade edilmiştir. Bu sayımın sınırlı olmadığı savunulur¹⁵⁴¹. Her hâlükârda sayımdan bağımsız şekilde örtülü kazanç aktarımı yaratan işlemin bir hukuki işlem olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁴².

Örtülü kazanç aktarımı çeşitli şekil ve içerikte karşımıza çıkar¹⁵⁴³. Yöneticilere tanınan fahiş mali haklar da bu örneklerden biridir¹⁵⁴⁴. Fakat aktarım yaratan hukuki işlemin bir sözleşme olması zorunlu değildir. Tek taraflı bir hukuki işlem neticesinde

¹⁵³⁹ Kaya, SerPK m. 21, s. 200.

¹⁵⁴⁰ Sinan/ Tok, s. 812.

¹⁵⁴¹ Sinan/ Tok, s. 812; Kaya, SerPK m. 21, s. 200.

¹⁵⁴² Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 409. Yazar bu sayılanların hukuki işlemin amacını veya koşullarını karşıladığını belirtir. Bu konuda KVK m. 13 kapsamında yapılan açıklamalar ile karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Pehlivanoğlu, s. 99 vd.

¹⁵⁴³ Örnek işlemlerin bir listesi için bkz. Kaya, Şirketler Topluluğu ve SerPK ilişkisi, s. 1534-1535.

¹⁵⁴⁴ Detaylı bir inceleme için bkz. Sinan/ Tok, s. 816-825.

de aktarım mümkündür. Keza sözleşmenin iki tarafa borç yüklemesi, sinallagmatik olması beklenmemelidir. Edimler arasındaki dengesizlik bir tarafın hiçbir karşı edim yükümlenmemesi hâlinde barizdir.

ii. Hareketsizliğe dayalı aktarım

Hükümün ikinci fıkrası beklenen faaliyetlerin yapılmamasını aktarım yöntemi olarak düzenlemiştir. Bu hüküm de kullandığı ifadeler yönünden eleştirilmekte ve buradaki hareketsizlikte aslında bir kaçınmanın söz konusu olduğu söylenmektedir. Bu kaçınma ise hükümde ifade edildiği gibi sadece eylemden (=faaliyetten) kaçınma değil, aynı zamanda işlemden kaçınmayı da içerir¹⁵⁴⁵.

Ortaklığın veya ortaklık organlarının hareketsiz kalması, özen yükümlülüğüne aykırı olacak şekilde bazı işlemleri akdetmekten imtina etmesi gibi nedenlerle malvarlığı zarar görebilir. Olumsuz sonucun örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilmesi için ortaklık yönünden kayıp oluşturan değer ilişkili tarafa aktarılması/ ilişkili tarafla buluşması gerekir. Bu anlamda azalma/ artmama ve artış arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁵⁴⁶. Aktarım genellikle ortaklığın beklenen şekilde davranmaması ve bu (harekete geçmeme) kararını ilişkili tarafı lehine vermesi hâlinde oluşur. Doktrinde bu duruma örnek olarak, kazanılmasına kesin gözüyle bakılan ihaleye girmeyerek buradaki menfaati ilişkili tarafın elde etmesine adeta izin vermek, davayı takip etmemek, rüçhan hakkını kullanmayarak pay sahipliği yapısını ilişkili tarafın menfaatine olacak şekilde değiştirmek, değer artırıcı yatırım kararını almaktan imtina etmek gösterilir¹⁵⁴⁷.

Anlaşıldığı üzere, hareketsizliğe dayalı aktarım da esasen bir tünelleme hâlidir. İşlemin yokluğunda bu tünellemeyi ilişkili taraf işlemi olarak niteleme imkânı ise yoktur, zira tünellenmenin temelinde işlem değil, hareketsizlik söz konusudur. Bu nedenle her örtülü kazanç aktarımının bir ilişkili taraf işlemi olmadığı; fakat tüm bu aktarımların tünelleme teşkil edeceği söylenmelidir. İşlem akdetme fiilinin yokluğu cezai yaptırımda da kendini gösterir. Gerçekten işleme dayalı aktarım SerPK m. 110

¹⁵⁴⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 424. Pasif tutum (davranış) tabiri için bkz. **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, s. 154; **Kaya**, SerPK m. 21, s. 196.

¹⁵⁴⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 425.

¹⁵⁴⁷ **Kaya**, SerPK m. 21, s. 199; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 400-401, 425. Diğer örnekler ise ihtiyaç duyulan malzemelerin indirim döneminde satın alınmaması, zira ihtiyacın sonraki bir zamanda daha yüksek ücretten alınmasına neden olunması ve keza yenilenmesinde fayda bulunan sözleşmelerin yenilenmemesidir, bu hususta **Pehlivanoglu**, s. 105.

ve diğer ilgili maddeler uyarınca suç teşkil etmekteyken hareketsizliğe dayalı aktarım ancak SerPK m. 103/6 gereğince idari para cezasını gerektirir¹⁵⁴⁸.

b. İçerik Bakımından

i. Nakit aktarımı

Örtülü bir şekilde aktarılması ve böylece ilişkili tarafa kazandırılması tasavvur edilebilecek ilk malvarlığı unsuru paradır. Nakit aktarımı olarak adlandırılan yöntem ortaklığın nakit akımına doğrudan bir müdahaleyi içerir. Bu türden aktarıma özellikle grup içi işlemlerde rastlanır¹⁵⁴⁹.

Nakit aktarımının doğrudan gerçekleşmesinden kasıt, ortaklığın kasasındaki bir miktar paranın ilişkili tarafa aktarılması olduğu gibi, aynı zamanda bir miktar paranın ilişkili tarafın mamelekinde tutulması ve böylece ortaklık malvarlığına girmesinin engellenmesidir. Ortaklığın ilişkili tarafla satış sözleşmesi akdettiği ve satış fiyatının emsalden düşük belirlendiği ihtimalde, alıcı konumundaki ilişkili taraf nesnel piyasa şartlarında ödemesi gerekenden daha düşük bir bedel öder, böylece bir miktar parayı kendisinde tutar. Bu vesile ile ortaklık malvarlığı azaltılmış ve ilişkili tarafa nakit aktarılmış olur¹⁵⁵⁰. İlişkili taraflardan pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinin ve bunların yakınlarının ortaklığa borçlanması tüm anonim ortaklıklar için TTK'da bazı şartlara bağlandığını veya tamamen yasaklandığını hatırlatalım¹⁵⁵¹.

Nakit aktarımında görünürdeki işlemin satış sözleşmesi olarak kurgulanması zorunlu değildir. İlişkili tarafın ortaklığa tüketim ödücü çerçevesinde bir miktar parayı borçlanması ve burada emsallere aykırı sözleşme şartları kararlaştırılması (örnek olarak düşük kapital faizi, bila faiz, ortaklık aleyhine ödeme şartları) hâlinde, ortaklık malvarlığının mahrum kaldığı miktarda nakit de ilişkili tarafa aktarılmış olur¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁸ Sinan/ Tok, s. 813; Alan, s. 109.

¹⁵⁴⁹ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 396. Nakit havuzu (*cash pooling*) adı verilen bu uygulamanın hukuka uygun olup olmadığı nakit aktarımına dair hükümler çerçevesinde ayrıca ele alınsa da konu aynı zamanda şirketler topluluğunda kayıp ve bu kaybın denkleştirilmesi meselesiyle ilgilidir. Hâl böyle iken nakit havuzuna hangi hükümlerin uygulanacağı öncelikli bir sorun hâlini alır. Bu konu çalışmamızın devamında (bkz. aşağı. D/2) irdelenmiştir.

¹⁵⁵⁰ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 396.

¹⁵⁵¹ Bkz. yuk. II/A, II/B.

¹⁵⁵² Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 399.

ii. Varlık aktarımı

Örtülü kazanç aktarımlarında diğer bir içerik varlık aktarımıdır. Varlık aktarımı ortaklığın taşınır veya taşınmaz varlıklarının ilişkili tarafa satış veya başka herhangi bir işlem görüntüsünde, piyasa fiyatının altında aktarımı olarak tanımlanır. Ekonomik yaklaşımda varlık aktarımları nakit aktarımlarına nazaran daha tehlikeli görülür. Zira nakit aktarımının etkileri kısa dönemde kendini gösterirken, varlık aktarımında kısa dönemdeki kayba ek olarak ortaklığın ileride elde edeceği kazançlar da kısıtlanır. Ayrıca aktarılan varlığın ortaklık için taşıdığı önemle doğru orantılı olarak, kaybın işletmenin sinerjisine olumsuz etki etmesi de ihtimal dâhilindedir¹⁵⁵³. Kanaatimizce varlık aktarımının yarattığı tehlike aynı zamanda öngörülemezlik kaynaklıdır. Nakit aktarımında kaybın sonuçları büyük ölçüde bilançodan anlaşılabilir, somutlaştırılıp menfaat sahiplerine açıklanabilir. Bununla birlikte varlık aktarımında olumlu ya da olumsuz tüm sonuçları öngörmek mümkün değildir. Bu da aktarıma karar veren organların kararının varsayımlar üzerinden sorgulanmasına neden olacak ve tespiti ampirik düzlemde çıkarıp yoruma dayalı hâle getirecektir. Varlık aktarımının adil olmadığını savunmak ve ispatlamak nakit aktarımına nazaran daha çetrefilli bir mesele hâlini alacaktır.

Kanaatimizce maddi malvarlığı unsurları kadar, gayri maddi malvarlığı unsurlarının, daha doğru bir ifade ile bunlar üzerindeki hakların aktarımı da varlık aktarımı olarak nitelendirilecektir. Ortaklığın maddi veya gayri maddi malvarlığı unsurlarının aktarıma konu olabileceğini söylemek hükmün uygulama alanını genişletmekle birlikte, bir yandan da hükmün sınırlarını somutlaştırmaktadır. Hatırlanacağı üzere, kontrolün özel yararı sayesinde ortaklıktan çıkarılabilecek değerler çok çeşitli idi¹⁵⁵⁴. Bu anlamda yönetsel yetiden şirket menfaatine olmayan her istifade bir değer çıkışı yaratmaktaydı. Kamu bankalarında yönetici olanların bu pozisyonlarını siyasi veya ekonomik çıkarlar için – bu çıkarlar demokratik düzende meşru kabul edilse dahi – kullanması bu duruma örnektir. Fakat SerPK m. 21 veya genel anlamda örtülü kazanç aktarımı bu türden değer aktarımlarıyla ilgilenmez. Ancak bir (maddi ya da gayri maddi) malvarlığı unsurunun aktarıldığını söyleyebildiğimizde mezkûr hüküm devreye girecektir. Bir ölçüt olarak, ortaklığın

¹⁵⁵³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 396-397.

¹⁵⁵⁴ Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, I/A/1/a.

finansal tablolarında gösterilen veya ortaklık tarafından elde edilseydi gösterilecek olan varlıkların aktarımı hâlinde örtülü kazanç aktarımından bahsedilir.

B. Denetimin Unsurları

Ortaklıkların ilişkili taraflarıyla işlem akdetmelerini yasaklayan genel bir kural olmadığını, bazı işlem türlerinin bazı ilişkili taraf grupları bakımından yasaklanması ile yetinildiğini çalışmamızın birçok başlığında ifade etmiştik. İşlem türü temelli yasaklamalardan farklı olarak SerPK m. 21, işlemin hangi şartlar altında yapıldığı ile ilgilenir. Bu ilgi ilişkili taraf işlemleri kuramına yabancı değildir, zira işlemin adil olup olmadığı temel bir sorudur. Soruya verilecek cevaba göre bir işlemin zararlı olup olmadığı tespit edilir. İşte SerPK m. 21 için zararlı olan, aktarımın emsallere, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olgular barındırmasıdır.

SerPK m. 21/1’de yer alan unsurlar hükmün ikinci fıkrasında farklı kelimelerle ifade edilmiştir. Karşımıza çıkan ilk fark, emsallere uygunluk şartına burada yer verilmemesidir. İkinci olarak, “ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri” ifadesi (f. 1) yerine, “basiretli ve dürüst bir tacir” olmaktan bahsedilmiş; basiretin ve dürüstlüğün tespitinde esas sözleşmeye ve iç tüzüğe göndermede bulunulmuştur. Piyasa teamüllerinin dikkate alınması noktasında ise iki hüküm arasında fark yoktur. Kanaatimizce ikinci fıkranın getirdiği denetimin unsurları birinci fıkradaki anlamıyla okunmalıdır¹⁵⁵⁵. Öncelikle, emsallere uygunluk değerlendirmesi hareketsizliğe dayalı aktarımda dahi söz konusu olmalıdır. Zira kaçınmama şeklindeki iç ve dış emsaller, hareketsiz kalmanın adil olup olmadığını gösterebilecek niteliktedir. Basiret ve dürüstlük ilkeleri noktasında ise ticari hayatın (f. 1) ve tacirin (f. 2) vurguları arasında herhangi bir fark bulunmaz. Her hâlükârda ticaret hayatının nesnel koşullarını gözeterek değerlendirme yapmak gerekir¹⁵⁵⁶. Hükümdeki esas sözleşme ve iç tüzük atfı da değerlendirmenin çizgisini değiştirmemelidir. Her ne kadar ortaklığın somut durumu, özellikle de bir şirketler topluluğunun mevcudiyeti adillik denetimi sırasında dikkate alınacak ise de bu öznel yaklaşım basiretli ve özenli davranma yükümlülüklerini öznelletirmeyecektir.

¹⁵⁵⁵ Aynı yönde **Duran**, s. 218.

¹⁵⁵⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 425-426. Aksi yönde **Pehlivanoğlu**, s. 88. Yazar bu duruma gerekçe olarak emsallere uygunluk ilkesinin doğasını ve hükmün lafzını gösterir. Ayrıca “ticari hayat” sözcük öbeğini dışlayan 2. fıkranın sorumluluğun çevresini daralttığını savunmakta, bu nedenle fıkralar arasında farklılık gözetmektedir. Zira yazara göre artık ticari hayat değil, esas sözleşme ve iç tüzük belirleyici olacaktır (s. 96).

1. Emsallere Uygunluk

Kanunda yer verilen ilk denetim unsuru, emsallere uygunluktur. Ortaklığa ait değerin ilişkili tarafa geçirilmesinde, bu aktarımın ortaklık için sonuçlarının, ilişkili tarafın yerinde herhangi bir üçüncü kişi olsaydı ne olacak idiyse aynı şekilde olması beklenir. Daha açık ifadeyle, ortaklık karşısında konumlanan ilişkili tarafın üçüncü kişiden daha fazlasını elde etmemesi gerekir. Aksi takdirde bu kazanım ortaklığın kaybına, kazancın örtülü bir şekilde aktarılmasına işaret eder. Bu nedenle ilişkili taraf dışındaki üçüncü bir kişinin ortaklıkla yapacağı pazarlığın sonucuyla mevcut durum arasındaki fark araştırılır¹⁵⁵⁷. Emsallere uygunluk denetimi, olabildiğince somut ve bir o kadar da benzer olguların karşılaştırılmasından ibarettir. Bu faaliyette önce emsalden ne anladığımızı ortaya koymalı, akabinde sürecin aşamalarını ele almalıyız.

a. Türleri

i. İç emsal

Emsal kavramı işlemin taraflarını esas alan ikili bir ayrıma tabi tutulur. Bu ayrımda iç emsal ve dış emsal iki farklı veri kaynağıdır. İç emsaller, değerlendirmeye konu halka açık ortaklığın bizzat kendisinin akdettiği işlemlerdir¹⁵⁵⁸. Bu emsaller bize halka açık ortaklığın temel ticari davranış kodunu gösterecektir. Ortaklığın benzer işlemleri gerçekleştirirken objektif esaslı unsurları nasıl düzenlediği ve hangi sübjektif esaslı unsurlara yer verdiği iç emsaller sayesinde tespit edilir. Böylece ilişkili tarafa yapılan aktarımda farklı bir yol izlenip izlenmediği anlaşılır. Yöntem bu şekilde olmakla birlikte, kanaatimizce iç emsallerin ölçüt olarak elverişliliği, emsal alınan işlem veya olguya taraf olanların ekonomik gerçekliğinin ilişkili tarafinkiyle benzeşmesine bağlıdır. Bu benzerliğin aranmaması için halka açık ortaklığın pazarlık kuvvetinin işlemin tarafını önemsiz kılacak kadar güçlü olması gerekir. Aktarımın bir tedarik sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştiği ve halka açık ortaklığın monopol üst pazarda konumlandığı ihtimalde durum böyledir. Bu hâlde halka açık ortaklığın tedarikçileri ile akdettiği sözleşmelerin iç emsal olarak kabulü mümkündür. Buna karşın halka açık ortaklık tekel olmasaydı, tedarikçilerin pazarlık kuvvetinin artması beklenirdi. İşletme hacmi vb. nedenlerle müzakere kuvveti değişiklik gösteren emsal

¹⁵⁵⁷ Duran, s. 181.

¹⁵⁵⁸ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 412; Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 56. Vergi uygulamasıyla ilgili olarak yapılan açıklamalar için ayrıca bkz. Taşkın, s. 175; Köse/ Ferhatoğlu, s. 38.

işletmeler arasından ilişkili tarafa en yakın olanlar, bu anlamda müzakere kuvveti benzeşenler, en değerli iç emsalleri temin edecektir.

Emsaller tespit edilirken aktarım taraflarından birinin sabit olması önemli bir avantaj sağlayacaktır. Bu nedenle diğer unsurlarda tam bir özdeşlik aramaya gerek olmadığı savunulur. Örnek olarak, konusu pirinç ve bulgur satışı olan iki sözleşme birbirlerine karşı iç emsal görülebilir, yeter ki somut olayın özellikleri buna engel teşkil etmesin¹⁵⁵⁹.

ii. Dış emsal

Dış emsal, ortaklığa taraf yönünden yabancı olan işlemlerdir. Burada bağımsız kişiler arasında akdedilen, fakat unsurlarının karşılaştırmaya müsaade ettiği bir örnek söz konusudur¹⁵⁶⁰. Bu örnekler, diğer bir ifade ile emsaller ilgili piyasa uygulamasına vakıf olma imkânı verir. Böylece aktarım mümkün olan en nesnel şekilde denetlenir. Zira halka açık ortaklıkları ilgilendiren bazı aktarımlar iç emsalin tespitine elverişli değildir. Üst düzey yöneticilere yapılan ödemeler bu duruma örnektir. Bu takdirde Kurul dış emsal araştırmasına başvurmakta ve sektör ortalaması ile incelemeye konu aktarım arasındaki oranı dikkate almaktadır¹⁵⁶¹.

Aktarım ortaklık ile ilişkili taraf arasında gerçekleşse de emsalin birbirinden bağımsız taraflar arasında gerçekleşmesi beklenir. İlişkili taraf işlemi niteliğindeki bir işlem emsal olamayacaktır¹⁵⁶². Zira denetimde hedef, serbest piyasa koşulları altında fiyatın ve diğer sözleşme şartlarının nasıl oluştuğunu tespit etmek ve ilişkili taraf işlemini bu nesnel şartlarla karşılaştırmaktır. Başka bir ilişkili taraf işleminin emsal alınması, denetime konu aktarımın yerindeliğini ancak bir ölçüye kadar ortaya koyabilecektir. Oysaki SerPK m. 21'in amacı, nesnel koşullara her türlü aykırılığı engellemektir. Keza kanaatimizce bir piyasadaki tüm işlemler ilişkili taraflarla yapılıyor ise dahi ilişkili taraf işlemlerinin emsal alınmaması gerekir. Bu ihtimalde doğru tercih, hiçbir emsal bulunmadığını kabul etmek olacaktır.

¹⁵⁵⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 412.

¹⁵⁶⁰ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 56. Vergi uygulamasıyla ilgili olarak yapılan açıklamalar için ayrıca bkz. **Taşkın**, s. 175-176; **Köse/ Ferhatoğlu**, s. 38.

¹⁵⁶¹ **Sinan/ Tok**, s. 822.

¹⁵⁶² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 413.

b. Değerlendirme Süreci

Bir işlemin emsallere uygunluk denetiminin nasıl yapılacağı SerPK’da veya ikincil mevzuatta izah edilmiş değildir. Türk doktrininde transfer fiyatlandırmasına dair uluslararası metinleri, bu kapsamda OECD tarafından yayınlanan kılavuzları ve nihayetinde vergi hukuku düzenlemelerini yol gösterici kabul etme eğilimi vardır¹⁵⁶³. Biz bu eğilimi takiple değerlendirme sürecini iki aşamaya ayırmaktayız. Bu aşamalar sırasıyla emsalin tespiti ve karşılaştırmasıdır¹⁵⁶⁴.

i. Emsalin tespiti

Konusu aynı olan her sözleşmenin veya daha genel tabirle işlemin bir diğerine emsal teşkil etmesi mümkün değildir. Ancak belli bir benzerliği haiz olan aktarımlar emsal alınabilir. Bu benzerlik ise karşılaştırılabilirlik analizine göre belirlenir¹⁵⁶⁵. Karşılaştırılabilirlik, tüm koşulları özdeş olan veyahut özdeşlik olmasa dahi hukuki ve ekonomik yapıları yeterince benzer olgular arasında mevcut bir özelliktir. Bu durum önemli ölçüde farkların bulunmaması veya farklardan doğan sonuçların düzeltililebilecek derecede olması şeklinde de ifade edilir¹⁵⁶⁶.

Analizde dikkate alınacak olgular çeşitlidir. Farklı önemi haiz bu olgulardan ilki, karakteristik edimin niteliğidir. Sözleşme konusu varlığın niteliği veya mal ve hizmetlerin özellikleri¹⁵⁶⁷ olarak da adlandırılan bu faktör uyarınca her iki işlemin – ki bunlar denetime konu ilişkili taraf işlemi ile emsal olması arzulanan işlemdir – konu yönünden genel olmanın ötesinde benzerlik göstermesi gerekir. Bu benzerliğin edim konusunu tanımlayan temel özelliklerde, kalitesi gibi ayırtıcı noktalarda ve erişilebilirlik gibi piyasa bazlı etkenlerde görünür olması aranır¹⁵⁶⁸.

İlişkili taraf işleminin ve potansiyel emsalin karşılaştırılabilir olup olmadığını tespitte ikinci olarak fonksiyonel analizden yararlanılır. Bu analizde özetle işlem taraflarının rolleri nasıl paylaştığı esas alınır. Rolden kasıt, üretim, nakliye, dağıtım,

¹⁵⁶³ **Duran**, s. 180; **Pehlivanoğlu**, s. 86. OECD’nin söz konusu kılavuzlarına erişmek için bkz. <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm> (E.T. 09.12.2020)

¹⁵⁶⁴ Aynı şekilde **Sinan/ Tok**, s. 816.

¹⁵⁶⁵ **Ackerman/ Chorvat**, s. 642-643; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 47; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 410. Karşılaştırılabilirlik analizi (*comparability analysis*) hakkında detaylı bilgi için **OECD**, Transfer Pricing, s. 147 vd.

¹⁵⁶⁶ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 410; **Taşkın**, s. 102-103.

¹⁵⁶⁷ **Taşkın**, s. 103; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 47; **Duran**, s. 186-187.

¹⁵⁶⁸ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 410 vd.

montaj, araştırma geliştirme, hizmet, satın alma, pazarlama, finansman ve yönetim gibi işlevlerdir. Bunları tespit etmek için ekseriyetle sözleşme şartlarına danışmak gerekir¹⁵⁶⁹. Hukuki yönden açıklarsak, bir satış sözleşmesinde, tarafların asli borçlarının yanında ayrıca tali borçlar söz konusudur. Nakliyenin kim tarafından gerçekleştirileceği, satıcının ayrıca montajla yükümlü olup olmadığı hep bu duruma örnektir. Buradaki tercihler tarafların işlev paylaşımını gösterir. Ayrıca bu paylaşım sözleşmeden kaynaklı risklerin dağılımı üzerinde etkili olur. Hasarın alıcıya geçiş anının tespiti bu bağlantıya örnek gösterilebilir. Daha karmaşık hukuki ilişkilerde ise sadece tali borçlarda değil, asli borçlarda dahi işlev paylaşımı gündeme gelebilir. Analizin özünde, paylaşımın taraflar arasında dengeli bir risk dağılımı yaratıp yaratmadığına bakılacaktır¹⁵⁷⁰.

Yukarıda yer verilen faktörlerin temelinde taraf iradeleri bulunur. Aktarımın konusu ve üzerine kurgulandığı yapı taraflarca belirlenmiştir. Bununla beraber iki işlem arasındaki benzerliği yaratan ya da ortadan kaldıran dış faktörler de mevcuttur. Piyasa koşulları, diğer bir ifade ile ekonomik şartlar bu yöndedir. Gerçekten ekonomik ortamdaki, piyasalardaki farklılıklar sözleşmelere doğrudan etki edebilir ve koşulları özdeş iki sözleşme için farklı fiyatlar kararlaştırılması söz konusu olabilir. Enflasyonist yapı nedeniyle bedelin farklı para birimleri üzerinden tespit edilmesi ve nihayetinde borçluların yaptığı ödemelerin aynı para biriminde farklı miktarlara karşılık gelmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Coğrafi bölge, pazarın büyüklüğü, rekabet şartları, satın alma gücü, arz – talep dengesi, dönemsel ekonomik gelişmeler (daralma ve genişlemeler) ile hükümetlerin politikaları ekonomik şartların değişmesine neden olacak başlıca unsurlardır¹⁵⁷¹.

İşlemler üzerinde doğrudan etki doğuran tüm bu ekonomik parametreler, işlemi gerçekleştirecek olanları da etkiler. Kendi gerçekleriyle birlikte ekonomik şartları da dikkate alan işletmeler, kısa, orta ve uzun vadeli hareket planları tanzim eder ve yaptıkları işlemlerde bu planları dikkate alırlar. Bu durum işletme stratejileri olarak adlandırılır. Bazen bu strateji uyarınca işletme, düşük fiyat politikası benimser. Pazar payını yükseltmek veya markanın tanınmışlığını artırmak gibi hedefler buna gerekçe teşkil edebilir. Bu gibi durumlarda uygulanan stratejinin gerçekçi ve ilgili işlemle

¹⁵⁶⁹ Taşkın, s. 104-105; Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 48-49; Duran, s. 183-185.

¹⁵⁷⁰ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 411.

¹⁵⁷¹ Taşkın, s. 105; Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 411-412; Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 50; Duran, s. 187-188.

uyumlu olup olmadığı, nihayetinde kaybı haklı gösterecek düzeyde getiri elde edilip edilemeyeceği dikkate alınır¹⁵⁷². Her hâlükârda işletmelerin farklı ticari stratejilere tabi tuttuğu ürünleri konu alan işlemlerin karşılaştırmaya elverişli olmadığı ifade edilir¹⁵⁷³.

Karşılaştırılabilirlik analizinde esas alınan faktörler bunlarla sınırlı değildir¹⁵⁷⁴. Burada önemli olan, benzerliklerin doğru bakış açısıyla ve incelemeye konu ilişkili taraf işleminin tüm somut özellikleri gözetilerek tespit edilmesidir. Örnek olarak, işlem aynı zamanda bir grup içi işlem olarak nitelendiriliyorsa bu durum dikkate alınmalı ve işlevsel analizde daha geniş bir bakış açısı tercih edilmelidir¹⁵⁷⁵. Zira nasıl ki analizde çok geniş davranılırsa emsal olmaması gereken işlemleri temel alan yanlış bir karşılaştırma yapılmış olur, aynı şekilde çok dar bir yaklaşım sonucunda yetersiz sayıda emsalle sonuca ulaşmaya çalışmak da bizi hedeften uzaklaştırır.

ii. Karşılaştırma

Örtülü kazanç aktarımına neden olduğundan şüphelenilen ilişkili taraf işlemine yukarıda ele alınan (ve daha nice) faktöre göre benzediği tespit edilen işlemler, emsal sıfatını kazanır. Bu süreç, değerlendirmenin ilk aşamasıdır. İkinci aşamada ise ilişkili taraf işlemi ile emsal işlem karşılaştırılacaktır¹⁵⁷⁶. Bu noktada tarafların elde ettikleri ve vazgeçtikleri değerler arasında ortaklık aleyhine, ilişkili taraf lehine uyumsuzluk bulunması hâlinde örtülü kazanç aktarımının varlığı kabul edilir.

Karşılaştırılabilirlik analizinde tatbik edilen unsurların niceliksel ve niteliksel çokluğu gözetildiğinde özdeş işlemlerdense ancak benzer işlemlerin tespit edilmesine şaşırmamak gerekir. Gerçekten iki satış sözleşmesi sadece bu ortak payda gerekçesi ile emsal kabul edilemeyecektir. Her iki sözleşmenin aynı malın satımına dair olması veya tarafların yükümlülükleri tam olarak aynı şekilde paylaşması dahi bu işlemleri özdeş kılmaz. Yüzeysel bakışın aynı göreceği hususları karşılaştırılabilirlik analizi önce farklılaştırır, sonra ayırıştırır ve ancak belli bir derecede yakınlık tespit ettikten sonra emsal olarak nitelendirir. Karşılaştırma da aynı bilinçle yapılmalıdır. İşlemler arasındaki yüzeysel benzerlikleri yeterli görmeyen ve farkları dikkate alan yöntemler kullanılmalıdır.

¹⁵⁷² Taşkın, s. 106; Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 51; Duran, s. 188-189.

¹⁵⁷³ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 412.

¹⁵⁷⁴ Bu konuda bkz. Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 51 vd.

¹⁵⁷⁵ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 411; Ackerman/ Chorvat, s. 652.

¹⁵⁷⁶ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 414; karşı. OECD, Transfer Pricing, s. 148-149.

Fiyatlama yöntemi olarak adlandırılan bu yöntemlerden ilki karşılaştırılabilir fiyat yöntemidir. Burada ilişkili taraf işlemindeki satış fiyatı ile emsal işlemlerde karşımıza çıkan piyasa fiyatı karşılaştırılır. Doğrudan fiyatın karşılaştırılıyor olması nedeniyle nesnel ve güvenilir bir yöntem olarak görülüp bu nedenle daha fazla tercih edilir. Fakat fiyatların karşılaştırılabilmesi için işlemler arasında buna imkân verecek derecede benzerlik bulunmalı veya düzeltme ile bu sonuca ulaşılabilecek olmalıdır. Aksi takdirde başka fiyatlama yöntemleri tercih edilir. Bunlardan ilki ise maliyet artı yöntemidir (*cost plus method*). Bu yöntemde, işlemin konusu olan mal veya hizmetin maliyetine, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan kâr oranı eklenir. Bulunan sonuç ilişkili taraf işleminde görmeyi beklediğimiz emsal fiyatı verecektir. Üçüncü olarak, yeniden satış fiyatı yöntemi kullanılabilir. Alıcı konumundaki ilişkili tarafın herhangi bir değiştirme ve geliştirme gerçekleştirmeksizin, belki sadece paketleme ve etiketleme faaliyetlerinde bulunmakla yetinip tekrar satacağı işlem konularında, yeniden satış fiyatından makul bir kâr düşülmekle emsal fiyat bulunur¹⁵⁷⁷.

Yukarıda ele alınan ve geleneksel yöntem olarak adlandırılan¹⁵⁷⁸ üç durumda da nihayetinde emsal fiyata ulaşılır. Gerekliyorsa iç ve dış emsallerde uygulanan fiyat üzerinde düzeltme yapılmakta ve sonrasında iki fiyat karşılaştırılmaktadır. Fakat tüm bu yöntemlerde fiyatın düzeltilebileceği ön kabulü vardır. Durumun böyle olmadığı hâllerde ise kazancın karşılaştırıldığı yöntemler kullanılır. Bunlardan ilki kâr bölüşüm yöntemidir. Yöntem iki aşamalıdır. Öncelikle ilişkili taraf ile odak işletme arasında gerçekleşen faaliyet sonucunda elde edilen toplam kâr/zarar bilinmekte ve bu miktar taraflar arasında emsallere uygun şekilde bölüştürülmektedir¹⁵⁷⁹. İşleme dayalı net kâr marjı olarak adlandırılan ikinci yöntem ise işlemlere uygulanan net faaliyet kâr marjını emsal alır. Aynı işlem ilişkili tarafla değil bir başkasıyla yapılmış olsaydı ortaklığın net kârının farklı olup olmayacağı araştırılır¹⁵⁸⁰.

Emsallere uygunluk denetimine ilişkin bu açıklamalarımız, vergi hukukunun transfer fiyatlandırması müessesesini esas almıştır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımında gerçekleştirilen denetim gerçekten hem teknik hem hukuki

¹⁵⁷⁷ **Taşkın**, s. 218-220; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 414-416. Yazar bu son yöntemin SerPK m. 21/1 uyarınca yapılacak denetimde kullanmaya elverişli olduğunu belirtir.

¹⁵⁷⁸ **Taşkın**, s. 217.

¹⁵⁷⁹ **Ackerman/ Chorvat**, s. 646; **Taşkın**, s. 220; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 416-417. Yazar burada kâr kelimesi yerine kazanç kelimesini kullanmayı tercih etmektedir. Her ne kadar alt başlıklarda kaynak metinleri takip etmek ve kâr ifadesini kullanmak gerekse de bir üst başlık olarak biz de bu yaklaşımı destekliyoruz.

¹⁵⁸⁰ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 416; **Taşkın**, s. 221.

geniş bir zemine sahiptir. Son noktada sorulması gereken soru şudur: Örtülü kazanç aktarımında emsallere uygunluk denetimi, transfer fiyatlandırması ile birebir aynı mı olmalıdır? Sorunun ilk cephesi değerlendirmenin içeriğine dönüktür. Kanaatimizce yukarıda yer verilen yöntemler açık atfın yokluğunda ancak yol gösterici olabilir. Bir işlemin emsallerinin tespit edilememesi veya uygulanabilir karşılaştırma yönteminin bulunmaması hâlinde, vergi uygulamasının aksine SerPK düzeninde denetimin son bulması gerekmez. Örnek olarak karşılaştırılabilirlik unsuru bulunmadığı durumda, emsal kavramına geniş şekilde yaklaşmak düşünülebilir¹⁵⁸¹. Bu sefer fiyata ve kâra odaklanmayan nesnel kıstaslar tespit etmek ve somut olaya uygun düşenlerden yararlanmak gerekecektir. Söz konusu yöntem vergi hukuku için tercih edilemeyecek olsa da örtülü kazanç aktarımı denetiminde kullanılabilir. Keza İsviçre hukukunda OR Art. 678/II ile ilgili yapılan açıklamalarda karşılaştırmaya imkân veren bir pazar mevcut değilse takdir hakkının çok daha geniş olacağı isabetle belirtilir. Bu durumda gabine (aşırı yararlanma, *fr. lesion*, *alm. übertreibung*) dair OR Art. 21 hükmünden (TBK m. 28) yararlanılması önerilmiştir¹⁵⁸². Zira mezkûr hüküm edimler arasındaki oransızlıktan bahsetmektedir.

İkinci ve daha önemlisi, vergi mevzuatının SerPK nezdindeki yorum marjını sınırlandırıp sınırlandırmadığıdır. Yöntemler tam bir matematiksel uygunlukla tatbik edildiği takdirde, işlemin emsallere aykırı olduğu görülürse halka açık ortaklığın yine de örtülü kazanç aktarmadığı söylenebilecek midir? Aynı şekilde, emsal incelemesi sonucunda işlem uygun görülse dahi somut olayın şartları altında yasağın ihlâlinden bahsetmek mümkün müdür? Konuyu kapalı anonim ortaklıklar için incelediğimiz ilk bölümde değerlendirmiştik. Buradaki açıklamalarımız vergi uygulamasına yön veren kılavuzların mutlak şekilde uygulanamayacağı yönünde idi¹⁵⁸³. Aynı görüşü SerPK m. 21 için de savunuyoruz. Gerçekten ortaklığın iktisadi veya mali gerçekleri malın ya da hizmetin emsalden farklı değerden alınıp satılmasını gerektirebilir. Vergi idaresi bu duruma hoşgörüyü yaklaşırsa da aynı sert yaklaşım ortaklıklar hukukuna uygun değildir. Bu nedenle işlemin örtülü kazanç aktarımı olup olmadığını tek başına ücrete, bedele veya kazanca bakarak belirlemek eksik bir inceleme olacaktır¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 418-420. Emsallere uygunluk ilkesi objektif kriter olsa da her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 61.

¹⁵⁸² **CR CO II-Chenaux/ Gachet**, Art. 678, N. 34.

¹⁵⁸³ Bkz. yuk. I/B/3/b/i.

¹⁵⁸⁴ **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, s. 157; **Duran**, s. 198, 201.

2. Piyasa Teamülü

Bir aktarımın içinde bulunduğu şartların değerlendirilmesinde ikinci kıstas piyasa teamülleridir. Teamül ifadesi ve buna bağlı olarak örf ve âdet, hukukta özel birer anlam taşır. Örf ve âdet kuralı, sürekli şekilde tekrarlanan davranışlar sonucu toplumda bu davranış tarzına uyulmasının zorunlu olduğu kanaati yerleşince vuku bulan yerleşik davranış biçimi olarak tanımlanır¹⁵⁸⁵. Teamül ise, ancak açık kanun hükmü uyarınca veya örf ve âdet hukuku konumuna ulaşması hâlinde (TTK m. 2/1) uygulanabilen eylemsel bir alışkanlıktır¹⁵⁸⁶.

Doktrinde *Manavgat*, SerPK m. 21’de kullanılan piyasa teamülü ifadesinin örf ve âdet kuralının maddi unsurunu karşıladığını ifade eder. Yazar piyasa teamüllerine ayrı kıstas olarak yer verilmesini eleştirir, hükmü bu açıdan anlamsız görür. Yazara göre karşılaştırılabilir nitelikteki piyasa teamülleri geniş anlamda emsallere uygunluk denetiminin parçası olarak düşünülebilir. Bu nedenle emsal ana başlığı altında ele alınması mümkün ve yeterli olurdu. Piyasa teamüllerinin denetimde kullanılması için emsallere uygunluk ilkesinde olduğu üzere, karşılaştırılabilirlik unsurunu taşıması gerektiği doğrudur¹⁵⁸⁷. Fakat mezkûr ifade emsallere uygunluk ilkesinden bağımsız bir anlama da sahiptir. Örnek olarak, emsalden bahsedilemeyecek zira yapılmaması gereken işlemin sırf topluluk ilişkisi gözetilerek yapıldığı ihtimalde emsal denetimi tam sonuç vermeyecekse de işlemin teamüllere aykırı olup olmadığı sağlıklı şekilde değerlendirilebilir¹⁵⁸⁸.

Emsal işlem ve bu doğrultuda karşılaştırılabilirlik analizi, olguda somutluğu gerekli kılar. Bu somutluk öyle bir derecededir ki, akdedilen işlemde veya kaçınılmış harekette bulunması gereken unsurların büyük ölçüde emsalde de mevcut olmasını talep eder. Halbuki örf ve âdet kuralları bundan daha soyut olabilir. İşte bize göre, denetime konu ilişkili taraf işlemini kapsayan, soyut (ama bu nedenle emsal olarak görülemeyecek) piyasa teamülleri de örtülü kazanç aktarımı yapıp yapılmadığını

¹⁵⁸⁵ Oğuzman/ Barlas, N. 346; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, N. 68.

¹⁵⁸⁶ Reha Poroy/ Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul: Vedat, 2017, s. 106; Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ N. Füsun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul: Vedat, 2019, s. 115. Teamül sözcüğünü TTK m. 2 ışığında piyasada mutad, öteden beri olagelen davranışlar bütünü olarak anlayan, fakat SerPK ile yaptırıma tabi tutuldukları için örf ve âdet kuralları ile aynı değeri taşıdıklarını, hükme esas oluşturabileceklerini savunan görüş için bkz. **Pehlivanoğlu**, s. 90.

¹⁵⁸⁷ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 418-419. Ayrıca bkz. **Duran**, s. 203. Yazarın *Manavgat* ile aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁵⁸⁸ Karş. **Kaya**, SerPK m. 21, s. 203.

tespitte yararlı birer araçtır. Önerdiğimiz anlayışta yine karşılaştırılabilirlik unsuru bulunsa da kapsama dönük denetim farklılık arz edecektir.

3. Ticari Hayatın Basiret ve Dürüstlük İlkeleri

SerPK m. 21 hükmünün ikinci fıkrasında “esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak (...)” şeklinde ifade edilmiş olan bu kıstasa göre, bir aktarım yaratan olgu (işlem ya da eylemsizlik) ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı ise örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilecektir.

Mezkûr hüküm öğretide eleştirilir. Kanun koyucunun terminolojik tercihleri hatalı görüldüğü gibi, ticari hayatta basiretli ve dürüst davranmak ile örtülü kazanç aktarımı arasında doğrudan bağlantı bulunmadığı da ifade edilmiştir. Bu eleştirilere biz de katılıyoruz. Aşağıda görüleceği üzere öğreti mezkûr hükmü özen yükümlülüğü ile birlikte inceler. Bu ihtimalde sorumluluğa dair ölçütlerin ortaklık malvarlığındaki azalmalarda denetim aracı şeklinde kullanılması söz konusu olur¹⁵⁸⁹. Fakat burada iki farklı hukuki kurumdan bahsedilmektedir. Birinde anonim ortaklığı yönetenlerin görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmedikleri ölçülmek istenmekte ve kurallar bu amaç ekseninde yorumlanmaktadır. Diğerinde ise ortaklık malvarlığına yapılan müdahaleleri engelleme amacı vardır. Bu müdahalenin varlığı, yöneticilerin kusurlu davranışlarından bağımsız bir olgudur. Yöneticilerin doğru davranış kodunu takip etmeleri hâlinde örtülü kazanç aktarımı yaratacak olgulardan büyük ölçüde kaçınacakları açıktır. Kanun koyucunun bu doğal bağlantıdan hareket ettiği düşünülebilir. Fakat kapsam yönünden mutlak bir örtüşme yokken neden-sonuç ilişkisinde nedenin, sonuca ölçüt olması kanaatimizce tutarlı veya etkili değildir.

Mezkûr hükmün hukuki temelleri, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ekseninde şekillendirilmiştir. Gerçekten 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun 320. maddesinde “*İdare meclisi azalarının şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında Borçlar Kanununun 528inci maddesinin ikinci fıkrası*¹⁵⁹⁰ hükmü tatbik olunur.” denilmiştir. Hükmün bugünkü karşılığı olan TTK m. 369/1 ise “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini*

¹⁵⁸⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 419-420; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 69.

¹⁵⁹⁰ 818 sy. mülga Borçlar Kanunu’nda adi şirket (TBK m. 620 vd.) 520 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Kendisine atıf yapılan 528/2 ise adi şirket ortaklarının özen yükümlülüğüne ilişkin olup ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortağın vekil gibi sorumlu olduğuna hükmeder (TBK m. 628/3).

dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.” şeklindedir. Görüldüğü üzere iki hüküm SerPK m. 21’de harmanlanmıştır. Bu nedenle kanun koyucunun TTK m. 369 nezdinde gerçekleştirdiği, özen yükümlülüğünün kaynağını basiretli davranma ilkesinden ayırıp dürüstlük kuralına yönlendiren gelişmeler bilerek ya da hatalı kanun yapma tekniği nedeniyle göz ardı edilmiştir¹⁵⁹¹.

Doktrinde *Manavgat*, hükümde yer alan basiretli olma ilkesinin TTK m. 369, dürüstlük kuralının ise TMK m. 2 çerçevesinde değerlendirilmesini önerir¹⁵⁹². Diğer bir görüş ise sonraki kanun olan SerPK’da bilinçli bir tercih yapıldığını ve ticari hayatın basiret ilkesinin, basiretli iş adamı ölçütü ışığında anlamlandırılmasını savunur. Aynı görüşe göre dürüstlük ilkesi için TTK m. 369 yol göstericidir¹⁵⁹³. Son bir görüş ise basiretli olma ilkesini emsallere uygunluk denetiminde mündemiç kabul ederken dürüstlük ilkesini bundan daha geniş kapsamlı bir dürüstlük denetimi olarak görür¹⁵⁹⁴.

C. Yasağa Aykırılık Hâlinde Yaptırımlar

(A) başlığında ifade edilen kapsama kişi ve konu yönünden dâhil olan olgular, (B) başlığında açıklanan kıstaslardan herhangi birine aykırılık barındırıyorsa artık örtülü kazanç aktarımından söz etmek gerekir. Bir kere halka açık ortaklıktan ilişkili tarafı lehine kazanç aktarımı yapıldığı tespit edildiğinde ise hem şirketler hukukunun klasik yöntemleri hem de sermaye piyasası hukukunun tanıdığı imkânlar kullanılarak aktarım yaptırıma bağlanır¹⁵⁹⁵. Aşağıdaki başlıklarda bu yaptırımlar incelenecektir.

1. İşlemlerin Geçersizliği

SerPK m. 21 örtülü kazanç aktarımında bulunmanın yasak olduğunu belirtir. Zira kanun koyucu aktarımın unsurlarını, özellikle taraflarını ve kurulan dengeyi hukuka aykırı görmüştür. Yaptırım ise SerPK m. 21/4 atfıyla SerPK m. 94 ve 110

¹⁵⁹¹ Bu konuda bilgi için bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 420 ve orada dn. 333; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 67-68; **Duran**, s. 206-207.

¹⁵⁹² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 420. Aynı yönde **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 66.

¹⁵⁹³ **Pehlivanoğlu**, s. 94, 95.

¹⁵⁹⁴ **Duran**, s. 212.

¹⁵⁹⁵ Örtülü kazanç aktarımı yasağının uygulanma koşulları açıklanırken metinde saydıklarımız yanında halka açık anonim ortaklığın malvarlığının ya da kârının azalmış olması aranır, bkz. **Teoman**, Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı, s. 241; **Bulgur**, s. 141. Bu koşul yasağın tasarruf işlemine dönük olduğu izlenimini uyandırır da kanaatimizce ilişkili taraf işleminin borçlandırıcı işlem şeklinde gerçekleşmesi SerPK m. 21’in uygulanması için yeterlidir.

hükümlerinde gösterilir. Fakat aktarımın ayrıca hukuki işlemi ilgilendirmesi hâlinde bu işlemin akıbeti açıklanmamıştır.

Borçlar hukuku öğretisinde, içinde bulunulan hâl ve şartlar ile taraf nitelikleri nedeniyle bir işlemin yapılmasını yasaklayan normlar yasaklayıcı (ya da buyurucu) hukuk kuralları olarak isimlendirilmektedir¹⁵⁹⁶. Kanaatimizce örtülü kazanç aktarımı yasağını düzenleyen SerPK m. 21 de bir yasaklayıcı hukuk kuralıdır. Söz konusu kurala aykırı şekilde akdedilen işlemlerin geçerli olup olmadığı sorusu ise hükümde yanıtlanmış değildir. Bu durumda, tüm yasaklayıcı hukuk kuralları için savunulana paralel olarak, normun anlam ve amacı irdelenmeli, kesin hükümsüzlük yaptırımının uygun düştüğü söylenebiliyorsa hükme aykırı işlemlerde bu sonuca ulaşılmalıdır¹⁵⁹⁷.

a. Organ Kararları

Örtülü kazanç aktarımına yol açan işlemin halka açık ortaklık tarafından karara bağlanmasında üç ihtimal bulunur. Birincisi, kararın SerPK m. 17/3'ün kapsamında olmasıdır. Hatırlanacağı üzere halka açık ortaklıklar kurumsal yönetim bağlamında ilişkili taraflarıyla gerçekleştirecekleri bazı işlemlerde özel karar alma sürecine riayet edecektir. Tüm ilişkili taraf işlemleri değil, sadece ikincil mevzuatta belirlenen eşikleri aşan işlemler bu sürece tabi kılındığı için her hâlükârda SerPK m. 17/3'ün dikkate alınacağını söylemek zordur. Fakat bu kapsamdaki işlemler için geçerlilik öncelikle mezkûr maddedeki şartların sağlanmasına bağlıdır. Buna ek olarak, kararın esasına dönük bir incelemenin yine de yapılması gerekir.

İkinci ihtimalde, örtülü kazanç aktarımı oluşturan ilişkili taraf işleminin SerPK m. 17/3 uyarınca karara bağlanmasına gerek yoktur ve somut olayda ortaklık işlemi gerçekleştirmeden önce herhangi bir karar almamıştır. Bu durumda yönetim yetkisini karar özelinde tartışmak imkânı bulunmaz. Üçüncü ihtimalde, özel karar alma süreci söz konusu değilken, ilişkili taraf işleminin akdedilmesi organ kararına bağlanmıştır.

Kanaatimizce organ kararının bulunduğu her (birinci ve üçüncü) ihtimalde, bu kararın geçerliliği tartışmalıdır. Kapalı anonim ortaklıklarla ilgili olarak ele aldığımız üzere, zararlı ilişkili taraf işlemleri aynı zamanda sermayenin korunmasına ilkesine

¹⁵⁹⁶ Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 122-123.

¹⁵⁹⁷ **Kırkbeşoğlu**, s. 124 ve bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz. aynı eserde s. 125, dn. 205.

aykırıdır¹⁵⁹⁸. Aykırılığın hukuki yaptırımı TTK'da butlan olarak belirlenmiştir. Halka açık ortaklıklar ve SerPK m. 21 uygulamasında aynı sonuca ulaşılmalıdır¹⁵⁹⁹. Bir kere, örtülü kazanç aktaran işlemler mutlak surette zararlı ilişkili taraf işlemidir. O nedenle SerPK m. 21'deki denetimin dışında başkaca inceleme gerektirmeksizin bu nitelikleri doğrultusunda hareket edilmelidir. Kanaatimizce SerPK m. 92/1-b hükmü bu sonucu teyit eder.

b. Aktarım İşlemi

Örtülü kazanç aktarımı oluşturan işlemler, görünüşte ticari mantığa uygun birer hukuki işlemdir ve şeklen bakıldığında hukuka uygun addedilir¹⁶⁰⁰. Bununla beraber aynı işlem anonim ortaklık malvarlığında ticari gerçeklerle açıklanamayacak bir yara açar. Kapalı anonim ortaklıklarda bu durumun emredici hükümlere veya ahlâka aykırılık oluşturabileceğini belirtmiştik. Bu sonuca taraf iradelerini temel alan inceleme neticesinde ulaşılmıştı. Halka açık anonim ortaklıklarda hukuki sonuç özel hükümde açıkça düzenlenir. Bu nedenle kazancın aktarılmasını sağlayan tasarruf işlemine vücut veren hukuki işlem mezkûr madde ekseninde değerlendirilmelidir.

SerPK m. 21 örtülü kazanç aktarımının yasak olduğunu açıkça belirtir. Yasağa aykırı davranışın yaptırımı iade yükümlülüğü şeklinde ifade edilmiş (f. 4), fakat bu yasağın hukuki işlem üzerindeki etkisi belirtilmemiştir. *Günay* emsallere uygunluğun sözleşme özgürlüğüne getirilen kanuni bir sınır olduğunu belirtir¹⁶⁰¹. Kanaatimizce yasaklamanın emredici hüküm niteliğinde görülmesi ve örtülü kazanç aktarımına dönük işlemlerin kesin hükümsüz addedilmesi gerekir. Zira hükmün hedefi şirket malvarlığına dönük haksız müdahaleleri önlemektir. Böylece şirket menfaati başta olmak üzere diğer tüm menfaat sahiplerinin, bu kapsamda kamunun, ortaklığın finansal sıhhatine yönelik haklı beklentileri korunmuş olur.

2. Edimlerin İadesi

Örtülü kazanç aktarımının birincil yaptırımı, aktarıma konu tutarın ortaklığa iadesidir¹⁶⁰². Aynı sonuca kapalı anonim ortaklıklarda zararlı ilişkili taraf işlemleri

¹⁵⁹⁸ Bu konudaki değerlendirmemiz için bkz. yuk. I/C/1/b/i.

¹⁵⁹⁹ Bu yönde **Sinan/ Tok**, s. 824.

¹⁶⁰⁰ **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 92.

¹⁶⁰¹ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 62.

¹⁶⁰² Burada şirketler topluluğunda görülen denkleştirmeye ek bir talep imkânı sağlandığı yönünde **Kaya**, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası, s. 158.

için ulaştığımızda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını söylemiştik. Halka açık anonim ortaklıklarda kural olarak aynı yöntem geçerlidir¹⁶⁰³. Şu kadar ki SerPK m. 21/4 hükmü nedeniyle bazı farklılıklar söz konusudur.

İlk olarak, SerPK m. 21/4'te örtülü kazanç aktarımının Kurul tarafından tespit edildiği varsayımı vardır. Bu nedenle iadenin Kurul tarafından belirlenen süre içinde yapılması, keza denetleme sonuçlarının ortaklara duyurulması (SerPK m. 94) gerekir. Özel hükmün yokluğunda TBK'nın sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Bununla beraber madde örtülü kazanç aktarımını Kurul tespitine bağlamaz, bu yönde okunmamalıdır¹⁶⁰⁴. Sermaye Piyasası Kurulu'nun tespiti olmaksızın maddede sayılan tüm koşulları karşılayan işlemler yine örtülü kazanç aktarımı olarak nitelenecektir. Bu hâlde iade süresine sebepsiz zenginleşmede zamanaşımı hükümleri, aydınlatma yükümlülüklerine ise ilgili ÖDT düzenlemeleri uygulanır.

İkinci farklılık ise iadenin konusuna ilişkindir. SerPK m. 21/4'e göre, aktarılan tutar kanuni faizi ile birlikte iade edilecektir. Bu nedenle TBK'nın aynı konuya dair hükümleri burada uygulama bulmaz. İade miktarı halka açık ortaklığın malvarlığında meydana gelen azalma veya mahrum bırakıldığı artış miktarı kadar olacaktır¹⁶⁰⁵. Zira iade konusu her hâlde SerPK m. 21/4'e göre belirlenmelidir ve aynı şekilde, Kurul tespitinden de bağımsız olmalıdır. Kanun koyucu genel hükümlerdeki dengeyi ilişkili tarafların tünelleme hedefli işlemleri için yeterli görmemiş; özel bir düzenlemeye gitmiştir. Hukuka aykırı işlemde bulunan ilişkili tarafa karşı korunan menfaat dikkate alındığında, aktarımın Kurul tarafından tespit edilmesini beklemenin sağlayacağı herhangi bir fayda yoktur. Bu nedenle, kazanç aktarımı Kurulca tespit edilsin ya da edilmesin, iadenin miktarı aktarılan tutar ve para borçlarında bu tutarın kanuni faizi kadardır. Faizin başlangıç tarihi zenginleşme anına göre belirlenecektir. Faiz oranı ise tartışılabilir bir husustur. Madde açıkça kanuni faizden bahseder. 3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesi aynı başlığı taşımakta ve %12'lik bir kanuni faiz oranından bahsetmektedir¹⁶⁰⁶. Oysaki 3095 sy. Kanun m. 2/2 ticari temerrüt faizini düzenler. Bu faiz türü sözleşme ilişkileri kadar

¹⁶⁰³ **Duran**, s. 327. Ayrıca **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 244-246. Yazar bu durumu ifa sonucu zenginleşme olarak niteler.

¹⁶⁰⁴ Aynı görüşte **Duran**, s. 356. SerPK m. 21'in özel hüküm niteliğinde olduğu, dogmatik temelde ise iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacağı yönünde aynı eserde s. 327.

¹⁶⁰⁵ **Duran**, s. 321-322. Yazar zenginleşme ve fakirleşme miktarlarının farklı olması hâlinde ikili bir ayrım yapar. Buna göre kontrol sahipleri ve yöneticiler için halka açık ortaklığın uğradığı zararın iade edilmesi gündeme gelirken, diğer ilişkili taraflar elde ettikleri miktarla sınırlı olarak sorumludur.

¹⁶⁰⁶ Aynı maddenin ikinci fıkrasında verilen yetki ile Bakanlar Kurulu – artık Cumhurbaşkanı – faiz miktarını 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı kararla %9 olarak belirlemiştir.

ticari iş niteliğindeki haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hâllerinde de uygulanır. Kanaatimizce kanun koyucu SerPK m. 21/4'teki ifadeyle akdi faiz kararlaştırılmasını engellemek istemiştir. Zira bu imkân tanınsaydı olması gerekenden daha düşük faiz tahsil edilmek suretiyle yine örtülü kazanç aktarılabılırdı. Bu nedenle iadeye kanuni faiz uygulanır. Ticari iş niteliğindeki aktarımlarda ise ticari faiz uygulanması talep edilebileceği¹⁶⁰⁷ gibi, kanaatimizce ticari faiz talep etmek ortaklık temsilcilerinin bir görevidir.

Öğretide savunulduğu üzere, aktarımın konusu bir miktar paradan ziyade belli malvarlığı unsuru ise aynen iade mümkündür. Fakat bunun için aktarım konusu varlığın değerini muhafaza etmesi ve bu durumun mevzuata uygun değerlendirme raporu ile tespit edilmesi lazımdır. Bununla beraber, değerinde herhangi bir değişim olmadığı hâlde ortaklığın bu malvarlığı unsuruna olan ihtiyacında değişiklik olmuşsa yine de aynen iadenin ortaklık tarafından reddedilebileceği savunulmaktadır¹⁶⁰⁸.

İade borçlusu, örtülü kazanç aktarımından menfaat elde eden ilişkili taraftır. İadeyi talep edecek olansa duruma göre halka açık ortaklık, kolektif yatırım kuruluşu veya bunların iştirakleri ya da bağlı ortaklıklarıdır. Bununla beraber, örtülü kazanç aktarımının ortaklık malvarlığında yarattığı sonuçların ortadan kaldırılmasından ortaklık bilinçli olarak imtina ederken veyahut geçen sürenin azlığı nedeniyle henüz harekete geçme fırsatı olmamışken SPK'nın müdahalesi gündeme gelebilir. İlk aşamada bir istem olarak kendini gösterecek bu müdahale, ortaklığın takdir yetkisini belli ölçüde kısıtlayacaktır. Söz konusu ihtimali SPK'nın yetkileri çerçevesinde inceleyeceğiz. Son olarak, dağınık pay sahipliği yapısı ile buna bağlı zayıf *affectio societatis* nedeniyle pay sahiplerinin iadeyi talep hakkı olmadığı kanaatindeyiz. Keza ortaklığın harekete geçmemesi ihtimaline karşı Kurul bu hususta yetkili kılınmıştır.

3. Sorumluluk

Örtülü kazanç aktarımı ortaklık nazarında bir hukuka aykırı fiildir. Bu yönde fiilde bulunan kişiler ortaklık malvarlığında doğan zarardan sorumlu olur¹⁶⁰⁹. Hukuki sorumluluk olarak adlandırılan bu sorumluga ek olarak, örtülü kazanç aktarımı ayrıca ceza hukuku anlamında suçtur. İki sorumluluk türü ayrı değerlendirilmelidir.

¹⁶⁰⁷ Duran, s. 323.

¹⁶⁰⁸ Manavgat, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 435; iadenin istihkak davası ile isteneceği yönünde Duran, s. 327.

¹⁶⁰⁹ Odman Boztosun, s. 151.

a. Hukuki Sorumluluk

Kanundan ya da hukuki işlemten doğan hukuki sorumluluk, borcun kaynağına bağlı olarak, bir kişinin kusuruyla meydana getirdiği hukuka aykırılığın sonuçlarını ortadan kaldırması, zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük halka açık anonim ortaklıkların gerçekleştirdikleri kazanç aktarım işlemlerinde aynı şekilde mevcuttur. Özel hükmün yokluğunda, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin TTK'nın 553. maddesi başta olmak üzere, genel hükümler uygulanır¹⁶¹⁰. Bu konuda kapalı anonim ortaklıklar bahsindeki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁶¹¹.

Genel sorumluluk hükümlerinin yanında Sermaye Piyasası Kanunu kamuyu aydınlatma belgelerinden hukuki sorumluluğu özel olarak düzenlemiştir (SerPK m. 32¹⁶¹²). Maddeye göre, kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar ile bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişiler bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklı zarardan sorumlu tutulmuştur (f. 1). Bu kapsamda ilişkili taraf işlemine dair açıklama yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içeriyorsa zararın meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde (f. 6) tazminat talebinde bulunulabilir. Hukuki sorumluluğun şartları ve tazminat tutarı özel düzenlemeye göre belirlenecektir. Mezkûr hükme dayanan tazminat taleplerinde örtülü kazanç aktarımından doğan tüm olumsuz sonuçların giderilememesi mümkündür. Bu noktada genel sorumluluk hükümlerine (TTK m. 553 vd.) dayanma imkânı mevcudiyetini korur.

b. Cezai Sorumluluk

SerPK m. 21/4 örtülü kazanç aktarımına dair cezai yaptırımları saklı tutmuştur. Yaptırımların başında 110. maddede düzenlenen örtülü kazanç aktarım suçu gelir. Hükmün ilk fıkrası güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini düzenlediğini ifade eder¹⁶¹³. Buna karşın ceza hukuku öğretisi maddede üç ayrı suçun yer aldığını

¹⁶¹⁰ Teoman, Örtülü Kazanç Dağıtım Yasası, s. 243; Duran, s. 356, 364 vd.

¹⁶¹¹ Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, I/D/2.

¹⁶¹² İzahname dışındaki kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluk esasen bu madde ile düzenlenmiş olsa da SerPK'da bu paralelde başka düzenlemeler de mevcuttur. Detaylı bir inceleme için bkz. Gökhan Aydoğan, **Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: BTHAE, 2021, s. 301-303.

¹⁶¹³ Fıkra da yer alan (a), (b) ve (c) bentlerinden önce, üç bendi de kapsayacak şu ifade yer alır: “Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 155inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz.”

savunur: SerPK m. 110/1-a’da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu; m. 110/1-b ve (c) bentlerinde örtülü kazanç aktarımı suçu ve m. 110/2’de sahtecilik suçu¹⁶¹⁴.

Örtülü kazanç aktarımı suçunun unsurlarına baktığımızda¹⁶¹⁵ özgü suç olduğu, bu nedenle suçun ancak belli kişiler tarafından işlenebileceği görülür. Bu kişiler maddede belirtilen tüzel kişilerin (halka açık ortaklık, kolektif yatırım kuruluşu, bunların iştirakleri ve bağlı ortaklıkları) yetkilileridir. Yönetim kurulu üyeleri kadar kendisine yönetim veya temsil yetkisi devredilenler ile fiili organ kabul edilen kişiler de suçun failidir. Bu kapsamda olmayan kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olabilir¹⁶¹⁶. Her hâlükârda cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca kapsamdakilerin hepsi değil, sadece suçun gerçekleşmesine eylemleri ile katılanlar sorumludur¹⁶¹⁷. Burada ilişkili tarafın durumu değerlendirilmelidir. *Evik*’e göre kazancın aktarıldığı karşı taraf da faildir. Fakat özgü suç niteliği gereği sadece halka açık ortaklık yetkilileri fail kabul edilir, diğer ilişkili taraflar ile bunların yetkilileri ise azmettiren veya yardım eden şeklinde adlandırılır. *Baştürk* ise benimsenen suç politikası uyarınca tek failli suçtan bahsedildiği görüşündedir¹⁶¹⁸.

Örtülü kazanç aktarımı suçunun fiili, zararlı ilişkili taraf işlemi akdedilmesidir. Suçun tipik fiili kısaca, ilişkili kişilerle maddede sayılan örtülü işlemlerde bulunmak şeklinde açıklanabilir¹⁶¹⁹. Bu durum (b) bendinde “*emsallerine göre bariz şekilde farklı*”; (c) bendinde ise “*emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı*” şeklinde ifade edilmiştir. Suç hem icrai hem de ihmali şekilde, tek (m. 110/1-b) ya da seçimlik (m. 110/1-c) hareketle işlenebilir¹⁶²⁰. Suçun meydana gelmesi için bu kastî hareketin aynı zamanda ortaklık malvarlığını etkilemesi gerekir. Bu nedenle hükmün neticeli zarar suçu düzenlediği söylenir¹⁶²¹.

¹⁶¹⁴ *Evik*, s. 1, 77. Örtülü kazanç aktarımı ve güveni kötüye kullanma suçlarına ilişkin düzenlemelerin karşılaştırması için bkz. aynı eserde s. 162-164; Murat Sadak, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul: Legal, 2016, s. 63-64.

¹⁶¹⁵ Çalışmamızda suçun unsurları ortaklıklar hukukundaki yansımasıyla sınırlı olarak incelenecektir. Detaylı bilgi için bkz. *Evik*, s. 89 vd.; *Sadak*, s. 78 vd.; *Baştürk*, s. 874 vd. Ayrıca *Sinan/ Tok*, s. 815.

¹⁶¹⁶ *Evik*, s. 89-90, 94; *Baştürk*, s. 874; *Sadak*, s. 85.

¹⁶¹⁷ *Evik*, s. 93; *Sadak*, s. 85.

¹⁶¹⁸ *Baştürk*, s. 875; ayrıca bkz. *Evik*, s. 99-101.

¹⁶¹⁹ *Baştürk*, s. 877.

¹⁶²⁰ *Evik*, s. 114 vd. Zararlı ilişkili taraf işlemi kavramının bizzat yazar tarafından kullanıldığını belirtelim (s. 107, 112). Ayrıca bkz. *Baştürk*, s. 887, 898. Aksi yönde *Sadak*, s. 93. Bu yazar örtülü kazanç aktarımı suçunun tek bir işleme biçimi olduğunu savunur.

¹⁶²¹ *Evik*, s. 143, 144; *Baştürk*, s. 896-898; *Sadak*, s. 139-140.

SerPK m. 110'da son olarak etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Bu ihtimalde fail, aktarılan kazancı ve kanuni faizi Kurul tarafından tespit edilen sürede ortaklığa iade eder ve bu miktarın iki katını Hazineye öderse¹⁶²² ceza miktarı indirilir, hatta hiç cezaya hükmolunmaz¹⁶²³. Etkin pişmanlıktan yararlanmayan fail ise kural olarak 3 yıldan 5 yıla hapis ve 5 günden 3000 güne kadar adli para cezasıyla karşılaşacaktır. SerPK'da öngörülen alt sınır nedeniyle cezanın para cezasına çevrilmesi, hükmün açıklanmasının veya infazının geri bırakılması ise mümkün değildir¹⁶²⁴. Ayrıca suçun TCK m. 282'de düzenlenen, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama fiiline öncül olup olmadığı dikkate alınmalıdır¹⁶²⁵.

Örtülü kazanç aktarımı işleminden veya hareketsizlikten kaynaklanabilmekteydi. İkinci hâlde yaptırım olarak idari para cezası öngörülmüştür. SerPK m. 103/6 uyarınca, beklenen faaliyetlerin yapılmaması nedeniyle ilişkili tarafın malvarlığının veya kârının artırılması durumunda (= pasif aktarım) *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*. Madde diğer fıkralarıyla birlikte okunduğunda idari yaptırımın ancak aktarımdan menfaat sağlayan tüzel kişiye uygulanabileceği anlaşılmaktadır¹⁶²⁶. Bu yaptırımın cezai yaptırımdan fail yönünden ayrıştığına dikkat edilmelidir. Son olarak, gerekli tedbirleri almayan yönetim kurulu üyelerinin her hâlükârda SerPK m. 103/1 uyarınca idari yaptırımla karşılaşabileceğini belirtelim¹⁶²⁷.

4. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yetkileri

Örtülü kazanç aktarımında iadeyi kayba uğrayan halka açık ortaklığın talep etmesi gerektiği (SerPK m. 21/4) yukarıda ifade edilmiştir. Fakat bu ortaklıkların talep mekanizmalarını verimli bir şekilde işletmemesi ihtimal dâhilindedir. Yine,

¹⁶²² Hükümden yararlanabilmek için getirilen ön şartın ağır bir yükümlülük olduğu ve etkin pişmanlık müessesesinin felsefesiyle bağdaşmadığı yönünde eleştiriler için bkz. **Sadak**, s. 166.

¹⁶²³ Maddede belirtilen eşikler şu şekildedir: a) *Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz*, b) *Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir*, c) *Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir*. Yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesiyle soruşturma başlar. Bu andan iddianamenin kabulüne kadar geçen süre soruşturma evresidir. İlk derece mahkemesince hüküm verilmesiyle birlikte etkin pişmanlık imkânı ortadan kalkmış olur (**Evik**, s. 147; **Sadak**, s. 167).

¹⁶²⁴ **Evik**, s. 152. Karş. etkin pişmanlığın devreye girdiği ihtimalde artık hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceği görüşünde **Sadak**, s. 198.

¹⁶²⁵ **Baştürk**, s. 903.

¹⁶²⁶ **Alan**, s. 109; **Sinan/ Tok**, s. 813; kabahat nitelemesi için **Baştürk**, s. 901; ayrıca **Sadak**, s. 200. Bu tüzel kişiler hakkında ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirleri de uygulanacaktır.

¹⁶²⁷ **Duran**, s. 355.

aktarımın iadesi hukuka aykırılığı gidermek noktasında yeterli olmayabilir. İşte bu gibi nedenlerle, yukarıda değindiğimiz hukuki sonuçları elde edebilmek için SPK'ya birtakım yetkiler tanınmıştır.

Örtülü kazanç aktarımının SPK tarafından fark edilmesi son derece olasıdır. Basın haberleri, yatırımcı şikayetleri, SPK dairelerinin bildirimleri, kamu kurumları ve bu kapsamda adli makamlardan gelen bildirim ve talepler, keza bağımsız denetim raporları örtülü kazanç aktarımının Kurul tarafından denetlenmesi sürecini başlatan ihtimallerden sadece bazılarıdır. Uzmanların incelemesi sonucunda SPK karar organı hukuki ve cezai sürecin başlatılmasına karar verebilir^{1628,1629}. Bu karardan sonra ne olacağı ise muhtelif maddenin konusudur.

a. Ortaklığa İadenin Talep Edilmesi

SPK, malvarlığındaki eksikliğin giderilmesini talep edebilir. Bu talep kanunda iki farklı maddede düzenlenmiştir. SerPK m. 21/4'e göre aktarımın SPK tarafından tespitini müteakip halka açık ortaklık, lehine aktarım yapılan taraftan iade talebinde bulunacaktır. SPK, halka açık ortaklığa bu talepte bulunması ve iadenin istenmesi için bir süre verir¹⁶³⁰. Halka açık ortaklık bu isteminde aktarıma konu malvarlığı tutarı ile birlikte işlemiş faizin de ödenmesini talep etmelidir. Aksi takdirde, yani ortaklığın SPK'nın tespitlerine uygun bir istemde bulunmaması hâlinde idari para cezası ile cezalandırılması söz konusu olur. Ortaklığın örtülü kazanç aktarımından istifade eden kişiler veya bu aktarımın miktarı gibi hususlarda SPK'dan farklı sonuçlara ulaşması ve bu nedenle talepte Kurul'un tespitlerinden uzaklaşmış olması yaptırımını değiştirmeyecektir¹⁶³¹.

Kurula tanınan talep yetkileri bununla sınırlı değildir. Mezkûr hükmün saklı tuttuğu SerPK m. 94'ün atfıyla uygulanacak olan SerPK m. 92 ihraççıların sermayeyi veya malvarlığını azaltıcı işlemlerine karşı alınabilecek tedbirleri düzenleyen genel hükümdür. Hükmün uygulanma koşulu kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine, işletme maksat ve mevzuuna aykırı durum ve işlemlerle sermayenin veya malvarlığının azaltılması ya da kaybedilmesidir¹⁶³².

¹⁶²⁸ **Sinan/ Tok**, s. 813-814.

¹⁶²⁹ Kurul karar organı SPK başkanı ile üyelerinden oluşur (SerPK m. 122). Bilgi için **Alan**, s. 64 vd.

¹⁶³⁰ **Sinan/ Tok**, s. 814.

¹⁶³¹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 434-435. Yazar faizin SPK tarafından tespit edilen aktarma tarihinden itibaren işletilmesi gerektiğini savunur.

¹⁶³² **Alan**, s. 90. Bu koşullar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Duran**, s. 335-341.

Konumuz bakımından, her örtülü kazanç aktarımında bu koşulun karşılandığı kabul edilmelidir. Yine bu kapsamda, maddede yer verilen “durum ve işlemleri” ifadesi hukuki işleme işaret etmekle birlikte hareketsizliğe dayalı aktarımlarda da SerPK m. 92’nin uygulanabilmesi gerekir¹⁶³³.

SerPK m. 92/1’de (a) bendi, SPK’yı *6102 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemlerini yapmasını istemeye yetkili kılmıştır*. Böylece SerPK m. 21/4’ten farklı olarak sadece ortaklıktan değil, ayrıca lehine aktarım yapılan ilişkili taraflardan da talepte bulunulabilecek ve onlardan gerekli işlemlerin yapılması istenebilecektir. Kimden neyi talep edeceği kendisine verilen yetkiler çerçevesinde SPK’nın takdirindedir¹⁶³⁴.

SPK’nın talebine rağmen ortaklığın harekete geçmediği veya diğer bir sebeple iadenin yapılmadığı ihtimalde, malvarlığına yapılan müdahalenin gerçek anlamda ortadan kalkmasını hedefleyen kanun koyucu, SPK’ya iade talepli dava açma yetkisi tanımıştır. Ortaklığa ve ilgililere yöneltilen istemlerin yeterli olmadığı noktada ikinci aşama bu dava olacaktır.

b. Dava Yetkisi

SPK’nın dava yetkilerinden ilki, örtülü bir şekilde aktarılan kazancın ortaklığa iadesini dava yoluyla talep etme hakkına ilişkindir. Davanın hukuki dayanağı SerPK m. 94/1’dir. Hükmün son cümlesinde, aktarıldığı tespit edilen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açma yetkisi tanınmıştır. Kurul ilk olarak ortaklığa süre tanıyacak (SerPK m. 21/4) ve bu sürede iadenin gerçekleşmemesi hâlinde dava açma yoluna gidecektir¹⁶³⁵. SPK bu davayı, yapılan talepler uyarınca iade sağlanamazsa açacaktır. İadenin ilişkili taraf dışında bir kişi tarafından yapıldığı ihtimalde dahi artık SPK’nın dava açamayacağı söylenir.

Kurul’a tanınan ikinci dava yetkisi, malvarlığını azaltan işlemlerin yokluğunu ve butlanını tespit davaları ile iptal davası açma yetkisidir (SerPK m. 92/1-b). Kanun

¹⁶³³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 436-437.

¹⁶³⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 434; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 111; **Duran**, s. 333.

¹⁶³⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 435, 441-442; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 111; **Alan**, s. 92. Dava açma süresinin SerPK m. 92/1-b uyarınca tespit edileceği görüşünde **Duran**, s. 333.

koyucu malvarlığını azaltan örtülü kazanç aktarımlarının bir işlem çerçevesinde vuku bulması hâlinde, bu işlemin geçersizliğini öngörmüştür. Geçersizliği ileri sürebilecek olanlara SPK da eklenmiş; böylece ilişkili tarafların hareketsiz kalmasının yaratacağı tehlikenin önüne geçmek istenmiştir. SPK bu davayı hem aktarımı konu alan hem de ona esas teşkil eden hukuki işleme karşı açabilir. Bu kapsamda genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının sakatlığı SPK tarafından ileri sürülebilir. Aktarımı tesis eden işlemin borçlar hukuku kurallarına aykırı olduğu, bu nedenle geçersizliği yine SerPK m. 92/1-b çerçevesinde dava konusu edilir¹⁶³⁶. Fakat azalmanın giderilmesine yarayacak istihkak veya sebepsiz zenginleşme davaları bu hüküm çerçevesinde açılmaz¹⁶³⁷. Bu yetkiyi tanıyan SerPK m. 92/1 hükmü olduğuna göre, davanın Kurul tarafından açılabilmesi için ortaklık malvarlığında en azından bir azalma mevcut olmalıdır. Kanaatimizce tüm örtülü kazanç aktarımları bu uygulama şartını karşılar. Malvarlığının artmasına engel olan işlemler de bu kapsamdadır¹⁶³⁸.

Davaların açılması genel hükümlerden ayırık sürelerle tabidir. İptal davasının tespit tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde işlemiden itibaren üç yıl içinde açılması gerekir. Yokluğun ve butlanın tespiti davalarında ise süre işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıldır. Hükümün lafzı bu konuda soru işaretleri uyandırsa da doktrinde üç aylık sürenin sadece iptal davası için geçerli olduğu ifade edilir. Bu süre ilgili karar organı olan SPK tarafından davaya konu işlemin tespit edilip karara konu edilmesi ile işlemeye başlayacaktır. Zira SPK en erken bu anda dava açma kararı alabilir. Örtülü kazanç aktarımında ilk aşamada ortaklıktan iadenin sağlanmasının talep edileceğini, ikinci aşamada SPK'nın iadeyi dava yoluyla sağlaması gerektiğini ifade etmiştik. Fakat öğretide ileri sürülen görüşe göre dava sürecinin ikinci aşama olarak kurgulanması sürelerle etki etmez. Bu nedenle ortaklığa yöneltilecek istemde bu süreleri de nazara almak gerekir¹⁶³⁹.

¹⁶³⁶ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 123; **Duran**, s. 345; **Manavgat**, SerPK 46.1.C Hükümünün Kapsamı, s. 58-60; **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 437, 442-444. Yazar bu görüşü sözleşmenin iptali bakımından ifade eder. Kanaatimizce halka açık ortaklık malvarlığının örtülü bir şekilde aktarımını sağlayan tasarruf işlemi ile buna öncü borçlandırıcı işlem emredici hükümlere aykırı olduğuna göre, bu işlemlerin kesin hükümsüzlüğü de SPK tarafından dava konusu edilebilir.

¹⁶³⁷ Çağlar Manavgat, “**Sermaye Piyasası Kanunu’nun 46.1.C Hükümü Çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu’nun Hukuka Aykırılığın Tespiti veya İptal Davası Açma Yetkisinin Kapsamı**”, Batider, Y. 2011, C. XXVII, S. 3, s. 56-57). Artık bu noktada SerPK m. 94 devreye girecektir.

¹⁶³⁸ **Manavgat**, SerPK 46.1.C Hükümünün Kapsamı, s. 48.

¹⁶³⁹ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 444-445.

Maddede öngörülen sürelerin niteliği doktrinde zamanaşımı süresi olarak ifade edilmiştir¹⁶⁴⁰. Kanaatimizce üç aylık ve keza üç ila beş yıllık sürelerin hak düşürücü süre olarak kabulü gerekir¹⁶⁴¹. Bir kere, iptal davasının inşai dava niteliği bu kabulü zorunlu kılar. Keza borçlar ve ortaklıklar hukuku uyarınca işlemin iptalinin talep edildiği davalarda süreler hep hak düşürücü niteliktedir. Butlanın ve yokluğun tespiti davalarında ise, kural olarak davanın açılması bir süreyle sınırlı değildir. Bu duruma dürüstlük kuralını dayanak alan bazı istisnaların tanındığı görülmekte ise de SerPK m. 92/1-b'deki sürelerin varlığı SPK'nın denetim işleviyle açıklanmaktadır. Burada amaç, SPK'nın denetim görevini makul sürede tamamlamasını sağlamaktır¹⁶⁴². Tanınan yetkilerin halka açık ortaklıklar üzerinde süresiz bir kontrol olarak anlaşılması böylece engellenmiştir. Ayrıca, sürenin geçtiğinin halka açık ortaklık ya da ilişkili tarafça ileri sürülmesini beklemek, bu anlamda süreyi bir def'i olarak kabul etmek butlan ve yokluk yaptırımlarının ağırlığı ile uyumsuz olacaktır. Bu nedenle SPK'nın denetimi kendisine tanınan süre içinde yapıp yapmadığını, işlemin geçersizliğini bu sürede tespit edip edemediğini mahkemenin re'sen değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hükümlerin uygulama alanının çakıştığı bir ihtimal, genel kurul kararlarının iptaline ilişkindir. İlgili bölümlerde değindiğimiz üzere, ilişkili taraf işleminin aynı zamanda SerPK m. 23 uyarınca önemli nitelikte işlem olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu, örtülü kazanç aktarımı yaratan ilişkili taraf işlemleri için de söz konusu olabilir. Bu işlemler için ise SerPK m. 23/2 hükmünde, SPK'ya genel kurul kararlarının iptali amacıyla dava açma yetkisi tanınmıştır. Mezkûr hükümde davanın TTK hükümleri çerçevesinde açılacağı öngörülmüştür¹⁶⁴³. Bu nedenle özellikle süre yönünden iki hüküm farklılık arz edecektir. Kanaatimizce, örtülü kazanç aktarımı yaratan ilişkili taraf işlemi aynı zamanda bir önemli nitelikte işlem ise, *lex specialis* gereğince SerPK m. 23/2 atfı dikkate alınmalıdır.

¹⁶⁴⁰ Bu yönde bkz. **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 444'te başlık ve s. 445'te metin.

¹⁶⁴¹ Bu noktada zamanaşımı ve hak düşürücü süre kavramlarını kısaca açıklamakta fayda görüyoruz. Zamanaşımı, borç varlığını koruduğu hâlde borçluya bu borcu ifadan süresiz olarak kaçınma hakkı, böylece alacaklının dava hakkını adeta felç etme imkânı veren bir defidir (**Oğuzman/Barlas**, N. 1010; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, N. 1653). Hak düşürücü süre ise, bir hakkın kullanılmaması durumunda, sürenin sonunda bu hakkın sona ermesine yol açacaktır (**Oğuzman/Barlas**, N. 796; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, N. 1659). İki süre arasında fark yaratan en önemli unsur, zamanaşımını hâkim re'sen dikkate alamazken, hak düşürücü sürenin bu yönde savunma yapılmasa dahi hâkim tarafından re'sen nazara alınmasıdır (**Oğuzman/Barlas**, N. 799). Kanunda yer alan ve talebe engel olduğu anlaşılan bir sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu, söz konusu müessesenin özellikleri ve hükmün amacı gözetilerek yorumlanır (**Oğuzman/Barlas**, N. 800).

¹⁶⁴² **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 445.

¹⁶⁴³ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 443.

c. Diğer Yetkiler

Halka açık ortaklığın finansal sıhhatini gözeten kanun koyucu talep ve dava süreçlerini tamamlayıcı bazı ek yetkiler öngörmüştür. Burada hedef, etkili yaptırım sisteminin teminidir. Kanaatimizce SerPK m. 92/3 bu yöndeki hükümlerden biridir. SerPK m. 94/2 uyarınca doğrudan uygulanacak olan hükme göre, SPK'nın ilgililere yönelteceği davalar ile geçici hukuki korumalarda herhangi bir harç ya da teminat alınmayacaktır.

Yetkilerde ilk grup, şeffaflık ve etkili denetim sağlamaya yöneliktir. Bize göre bu hedef iki hükümde somutlaşır. İlk olarak, SerPK m. 21/3 ile ortaklığa yönelik saklama yükümlülükleri getirilmiştir. Mezkûr hükme göre ortaklıklar akdettikleri ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı oluşturmadığını belgelemek ve bu belgeler ile gerekli bilgileri en az sekiz yıl saklamakla yükümlüdür. Kanaatimizce sekiz yıllık süreyi faaliyet yılının sonundan başlatmak doğru olur. Zira ilişkili taraf işlemleri finansal raporlama ve bağımsız denetim ile sıkı bir ilişki içindedir ve kendini çoğunlukla finansal tablolarda gösterir. Bu nedenle denetime elverişli sekiz yılın geçmesi için sekiz faaliyet yılının ve bunların finansal raporlamasının sona ermesini beklemek yerindedir.

Ortaklıklara getirilen ikinci yükümlülük, SPK tarafından tespit edilen örtülü kazanç aktarımlarının pay sahiplerine duyurulmasıdır (SerPK m. 94). Aslında bu hukuka aykırılıklar SPK'nın haftalık bültenlerinde de yayınlanacaktır. Fakat bu yayın şeffaflığı sağlamakta yeterli görülmemiş, pay sahiplerine yönelik bir bildirimin yarar sağlayacağı düşünülmüştür¹⁶⁴⁴. Duyurunun içeriğini denetleme sonuçları oluşturur. Böylece pay sahipleri, sorumluları tespit edip ortaklıklar hukukunun kendilerine tanıdığı imkânlardan istifade edebilecektir.

Kurula yönelik diğer bir düzenleme, ilgili mercilere bildirimde bulunma yetkisi ve görevidir. SerPK m. 92/1-a hükmünde tanınan bu yetkiye göre SPK, somut olayın özelliğine göre kendisine bilgi verilmesi gereken bakanlıklara ve bağımsız idari otoritelere durumu intikal ettirecektir. Özellikle Ticaret Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, BDDK ve Rekabet Kurumu bu bildirimde muhatap olur. Bildirim yapılma gerekçesi olarak karşımıza en sık çıkacak durum kazanç aktarımının aynı zamanda transfer

¹⁶⁴⁴ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 441.

fiyatlandırması yaratmasıdır¹⁶⁴⁵. Ayrıca, aktarımın suç teşkil etmesi ihtimalinde, savcılık makamına başvuruda bulunulması gerekir. Bu başvuru ceza muhakemesi anlamında soruşturma usulüdür ve yokluğunda soruşturma evresi başlamayacaktır. Eğer süreç bu başvuru olmaksızın ilerlemişse mahkeme yerine göre iddianameyi iade etmeli, iade artık mümkün değilse durma ve akabinde düşme kararı vermelidir¹⁶⁴⁶. SerPK m. 115/1 hükmünün başvuruda bulunmak hususunda takdir yetkisini SPK'ya tanıdığına işaret eden doktrin, iadenin sağlandığı durumda SPK'nın başvuruda bulunmamayı tercih edebileceğini savunmaktadır¹⁶⁴⁷.

Son bir yetki ise, yine SerPK m. 94/2 atfıyla uygulanacak olan SerPK m. 92/1-c ile düzenlenmiştir. Yöneticilerin Kurul tarafından görevden alınmasına veya imza yetkilerinin kaldırılmasına imkân tanıyan hüküm üç ihtimali barındırır. İlk olarak, örtülü kazanç aktarımıyla ilgili yöneticilerin imza yetkilerinin kaldırılmasına SPK'nın talebi üzerine mahkeme karar verebilir. Fakat örtülü kazanç aktarımı ilk derece mahkemesi kararıyla hâlihazırda tespit edilmiş durumda ise bu sefer ayrıca bir talepte bulunmak gerekmeksizin SPK tarafından ilgililerin imza yetkisi kaldırılabilir. Bu, ikinci ihtimaldir. Üçüncü ihtimalde, ilgili yöneticiler hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur. Bu takdirde SPK'nın yetkisi, ayrıca mahkeme kararı gerekmeksizin bu kişileri görevden almak ve yerine yenilerini atamaktır. Atanan üye sonraki genel kurula kadar görev yapar. Elbette genel kurulun bu kişiyi tekrar yönetim kurulu üyesi seçmesi ya da görevine devam etmesine karar vermesi mümkündür. İkinci ihtimalde yerine atandığı üyenin süresini tamamlayacaktır¹⁶⁴⁸.

D. Topluluk İçi İşlemlerle Kazanç Aktarımı

Birer hukuk müessesesi olarak şirketler topluluğu ve ilişkili taraf işlemleri ciddi dirsek teması içindedir. Bu nedenle birçok konuda şirketler topluluklarındaki durum özel olarak ele alınmıştır. Örnek vermek gerekirse, TMS 24'ün şirketler grubu tanımı karşısında TTK m. 195'in şirketler topluluğu kavramı incelenmiştir. Ortaklıklara hâkim olan menfaat çatışmaları irdelenirken topluluk menfaati ayrı bir menfaat türü

¹⁶⁴⁵ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 435; **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 112, 129.

¹⁶⁴⁶ **Evik**, s. 157; muhakeme şartı olarak niteleyen **Sadak**, s. 176, 184-187. SerPK m. 115 ceza muhakemesi sürecinde SPK'ya tanınan ayrıcalıkları düzenler, ki bunlar metinde değindiklerimizden daha kapsamlıdır, bilgi için bkz. **Baştürk**, s. 903-906.

¹⁶⁴⁷ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 435; **Baştürk**, s. 905.

¹⁶⁴⁸ **Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 446. Yazara göre, SerPK m. 92/1-c uyarınca kullanılacak yetkilerin hedefinde sadece yönetim kurulu üyeleri değil, aynı zamanda diğer yöneticiler de olabilir. Yazar bu sonuncuların görevden alınması hâlinde atamayı ortaklık yönetim kurulunun yapacağını belirtir. Aynı görüşte **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 129.

olarak kabul edilmiş ve buna göre değerlendirme yapılmıştır. Bildirim yükümlülükleri hem ilişkili taraf işlemleri kuramında hem de TTK'nın şirketler topluluğu kurallarında özel bir yere sahiptir. Başka bir çalışma kapsamında bu örneklerin çoğaltılması pekâlâ mümkündür¹⁶⁴⁹.

İki müessese arasındaki yakınlığın temel gerekçesi, topluluk şirketlerinin kendi aralarında gerçekleştirdikleri işlemlerin sağladığı faydadır. Zira ortaklıkların ihtiyaç duydukları finansal desteği grup içinden¹⁶⁵⁰ temin etmeleri – bu konudaki hukuka riayet etmeleri kaydıyla – finansman maliyetlerini düşürerek ve finansman bulmayı kolaylaştırarak belli bir fayda sağlayacaktır¹⁶⁵¹. Bu durumun en bilindik örneği nakit havuzlamasıdır¹⁶⁵². Yine grup içi lisans sözleşmeleri ve hizmet anlaşmaları ile maliyet paylaşımları, topluluk kaynaklarını konu alan işlemlerdir¹⁶⁵³. Şirketler topluluklarının yararı ekonomik destekle sınırlı değildir. Toplulukların sağladığı toplumsal imkânlar dahi mevcuttur¹⁶⁵⁴. Bu nedenle müesseseler arasındaki yakınlığa rağmen yasaklama rejimi tercih edilmez.

Bununla beraber, yukarıda yer verilen faydalar topluluk içi işlemlerin taşıdığı riski ve diğer menfaat sahiplerine verecekleri potansiyel zararları görmezden gelmek için yeterli olmaz. Destek alan ve veren şirketlerden biri öteki aleyhine gözetildiğinde grup içinden temin edilen destekler dahi önemli riskler içerir¹⁶⁵⁵. Bu nedenle birçok hukuk sisteminde şirketler topluluklarını doğrudan hedef alan düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların Türk hukukundaki en şeffaf örneği TTK m. 195 ve devamındaki hükümlerdir. Fakat şirketler toplulukları hem kavram olarak hem de gerçekleştirdikleri işlemler uyarınca diğer birçok düzenlemenin de uygulama alanına dâhildir. Bu durum aşağıda ele alacağımız hukuki soruna sebebiyet vermiştir.

¹⁶⁴⁹ Bu açıklamalar için bkz. sırasıyla Birinci Bölüm, II/B/1/b; İkinci Bölüm, I/B/5/c ve II/A/1/b/ii.

¹⁶⁵⁰ Hâkim şirketin bağlı şirkete sağladığı destek aşağı yönlü (*down-stream*); bağlı şirketin hâkim şirkete sağladığı destek yukarı yönlü (*up-stream*); bağlı şirketlerin birbirlerine sağladıkları destek ise çapraz yönlü (*cross-stream*) olarak adlandırılır, bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. **CR CO II-Chenau/ Gachet**, Art. 678, N. 38.

¹⁶⁵¹ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 237.

¹⁶⁵² **Friz**, s. 325-326; **Böckli et al.**, s. 14; **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 27.

¹⁶⁵³ **Günay**, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 98 vd.

¹⁶⁵⁴ **Böckli et al.**, s. 8. Hindistan'da yapılan bir çalışma, topluluk şirketlerinin diğerlerine nazaran daha fazla katma değer ürettiğini, buna bağlı olarak daha çok vergi ödediğini ve finansal şoklara karşı daha dirençli olduğunu tespit etmiştir, bu çalışma için Jordan Siegel/ Prithwiraj Choudhury, “**A Reexamination of Tunneling and Business Groups: New Data and New Methods**”, *The Review of Financial Studies*, Y. 2012, C. 25, S. 6, s. 1774-1776.

¹⁶⁵⁵ Grup içi şirketlerden birinin halka açık, diğerinin ise ilişkili tarafın tam hâkimiyeti altında olması bu duruma somut örnek teşkil eder, bkz. **Conac/ Enriques/ Gelter**, s. 496.

Türk Ticaret Kanunu m. 195 vd. topluluk şirketlerinin halka açık olup olmadığı ile ilgilenmez ve kural olarak halka açık anonim ortaklıklara da uygulanırlar. Fakat SerPK ve ilgili ikincil mevzuat bazen bu duruma engel teşkil eder. Hâkim şirkete azlığın paylarını bazı koşullar altında satın alma hakkı tanıyan TTK m. 208 burada örnek gösterilebilir. Zira SerPK m. 27/3 uyarınca bu hüküm halka açık ortaklıklara uygulanmaz¹⁶⁵⁶. Sermaye piyasası hukukunun ilişkili taraf işlemleriyle ilgili sistemini bir de bu çerçeveden ele almak gerekir. Özetle, bu işlemler SerPK m. 17/3 uyarınca özel karar alma sürecine tabidir. Fakat her hâlükârda emsallere uygun şartlarda yapılmayan ilişkili taraf işlemlerinin örtülü kazanç aktarımı olarak sınıflandırılıp yaptırma bağlanması söz konusudur. TTK m. 195 vd. hükümlerine göre ise aynı topluluğa dâhil olan şirketlerin kendi aralarında işlem yapmalarının önünde engel yoktur. Sadece bu işlemlerin kayba neden olmaması gerekir. Keza bir kayıp meydana geldiğinde bunun giderilmesi beklenir. Aksi davranış bazı aktörlerin sorumluluğunu gündeme getirecek ve menfaati olumsuz etkilenen diğer kişilere birtakım haklar tanınacaktır. Çizilecek dar çerçevenin dahi kolaylıkla ortaya koyacağı üzere, SerPK ve TTK düzenlemeleri müesseseye farklı noktalardan yaklaşır¹⁶⁵⁷. Bununla beraber topluluk şirketlerinden birinin diğeriyle gerçekleştireceği işlemin organlar tarafından onaylanması, akabinde ifa edilmesi veya nihayetinde ilgili şirkette bir kayba sebep olması hâlinde hükümlerin uygulama alanında çakışma meydana gelir. İşte bu çakışma, çözülmesi gereken bir hukuki sorun niteliğindedir.

Kanaatimizce hukuki sorunu üç alt başlığa ayırmak mümkündür. İlk olarak, TTK (m. 195 vd.) ve SerPK (m. 17/3 ve 21) hükümleri arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi bulunup bulunmadığı sorulmalıdır¹⁶⁵⁸. Aslında bu sorunun bir uzantısı da hükümlerin uygulama alanının çakışıp çakışmadığıdır. Hükümlerin bir grubu diğeri lehine dışlandığı takdirde başkaca sorun yoktur. Fakat her iki kanunun birlikte uygulanması gerektiği söylenirse iki problemin öne çıktığı görülür. Birincisi, ilişkili taraf işleminin ortaklık tarafından nasıl karara bağlanacağı, bu aşamada hangi kanun maddelerinin dikkate alınacağı meselesidir. İkinci hukuki problem ise, TTK m. 202 vd. hükümlerde bağlı şirketin belli süreyle kayba uğratılması mümkün görülüşken

¹⁶⁵⁶ Leyla Orak Çelikboya, **Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 5; Aksoy, s. 36.

¹⁶⁵⁷ Aksoy, s. 24.

¹⁶⁵⁸ Sonraki kanun nitelemesinde, 6102 sy. Türk Ticaret Kanunu 01.07.2021 tarihinde (TTK m. 1534); 6362 sy. Sermaye Piyasası Kanunu ise 30.12.2021 tarihinde (SerPK m. 150) yürürlüğe girmiştir.

örtülü kazanç aktarımına dair kuralların nasıl uygulanacağıyla ilintilidir¹⁶⁵⁹. Problemin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle şirketler topluluğunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımına değinilecek, daha sonra bu konudaki görüşler aktarılacaktır.

1. TTK Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanımı

Şirketler topluluğu hükümleri 6102 sy. Kanunla hukuk sistemimize katılmıştır. Genel sorumluluk hükümlerinin girift grup ilişkileri karşısında yetersiz kalması ve yorum yoluyla yaratılan imkânların istenen korumayı sağlamaması sonucunda özel sorumluluk düzenlemeleri kaçınılmaz olmuştur¹⁶⁶⁰. Bu özel düzenlemelerde borçlar ve ticaret hukuklarının genel hükümlerinden ayrık ilkelere rastlanır. Buna göre hâkim şirket hâkimiyeti hukuka aykırı şekilde kullanmamalıdır, ilke budur¹⁶⁶¹.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımından ne anlaşılması gerektiği ise TTK m. 202 ve 206'da ifade edilmiştir. TTK m. 202/1-a hâkim şirketin bağlı şirketi "kayba uğratması" tehlikesi ile bu kaybın kaynağı olarak "yöneltmek" fiilinden bahseder. Aynı madde hukuka aykırılığı "kaybın denkleştirilmemesi" şartına bağlar. Tam hâkimiyet hâlinde uygulanacak olan TTK m. 206 hükmü de aynı esasları içerir¹⁶⁶². Bu sayılanlar TTK uyarınca şirketler topluluklarında hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının unsurlarını oluşturur¹⁶⁶³.

a. Yönlendirme

Hukuki vasıtalarla temin edilen kontrolün evrensel tanımında açık ya da örtülü şekilde diğer bir şirkete talimat verme, yönlendirme hakkı öne çıkar¹⁶⁶⁴. Keza TTK

¹⁶⁵⁹ **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 98.

¹⁶⁶⁰ **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 9-13; **Pahlı**, Kontrol Sahibi, s. 357.

¹⁶⁶¹ **Aksoy**, s. 30; **Develi**, s. 468. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. F. Beril Özcanlı, **Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 117 vd.

¹⁶⁶² TTK m. 206 hâkim şirket ve yöneticilerinin verdikleri talimat dolayısıyla ortaya çıkan kaybın denkleştirilmemesi hâlinde alacaklılara tanınan tazminat hakkını düzenler. Bu nedenle 202. maddenin tam bir karşılığı değildir. Fakat aralarındaki farklılıklara rağmen, kayıp ve denkleştirme kavramlarının aynı şekilde ele alınmış olması (**Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 427-428; **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 319; **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 25) gerekçesiyle incelememizi ayrıma gitmeksizin yapacağız.

¹⁶⁶³ Aslında hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının diğer bir şekli TTK m. 202/2'de düzenlenir. Bu fıkraya göre, bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan kararların alınması hâlinde pay sahiplerine birtakım talepleri dava etme hakkı tanınmıştır. Lakin çalışmamızın bu kısmında şirketler topluluklarında sorumluluk değil, ilişkili taraf işlemleriyle gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımları ele alınmakta, her iki konu kesiştikleri ölçüde irdelenmektedir. Bu nedenle TTK m. 202/2 hükmü çalışmamızın dışında bırakılmıştır.

¹⁶⁶⁴ **Böckli et al.**, s. 10, 13. Burada söz konusu olan TTK m. 203'teki anlamıyla talimat değildir, iki kavram birbirinden farklıdır, bkz. Ünal Tekinalp, "Bağlı Yönetim Kurulunun 'Kayıp'la İlgili Sorumluluğu", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 615.

m. 202 uygulamasında da hâkimiyet kendini “yöneltme” şeklinde gösterir. Bağlı şirketin yaptığı veya yapmaktan kaçındığı iş veya işleme, hâkim şirketin sebep olması yöneltme ya da diğer ifadeyle yönlendirmedir. Tanımdan anlaşılacağı üzere bu aktif bir faaliyettir; öneri, tavsiye veya başka bir şekilde gerçekleştirilebilir¹⁶⁶⁵. Yönlendirmeyi yapan kişi hâkim şirket hesabına hareket eder. Faaliyete maruz kalan bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, müdürleri, yöneticileri ve hatta çalışanları olabilir¹⁶⁶⁶. TTK m. 202 ayrıca bağlı şirketin *neye* yöneltileceğini örneklerle açıklamıştır. Kanun koyucu sayının sınırlı olmadığını *özellikle* kelimesini kullanarak göstermiştir. Bu kapsamda yönlendirme teriminin geniş yorumlanması savunulur¹⁶⁶⁷. Hükümde sayılan faaliyetler ise şöyle sınıflandırılabilir: (1) malvarlığı devirleri; (2) kârın azaltılması ya da aktarılması; (3) malvarlığının haklarla sınırlandırılması; (4) teminat verilmesi; (5) ödeme; (6) şirketin verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar ile önlemler alınması; (7) gelişmekten kaçınma. Hâkim şirketin buradaki rolü, bağlı şirketi sayılan faaliyetlerde bulunmaya yönlendirmektir. Fakat hâkimiyetin hukuka aykırı kullanıldığından bahsetmek için yönlendirme tek başına yeterli değildir. Ayrıca yönlendirmenin konusunu oluşturan faaliyet, aynı faaliyet bağımsız yöneticiler tarafından takip edilseydi bu kişilerin özen borcuna aykırı hareket ettiklerini söylemeyi gerektirecek nitelikte olmalıdır¹⁶⁶⁸. Aksi takdirde TTK m. 202/d hükmü uyarınca hâkim şirket sorumluluktan kurtulur.

b. Kaybın Denkleştirilmemesi

Hâkimiyet tek başına hukuka aykırı değildir. Keza hâkim şirketin bağlı şirketi yönlendirmesi de mümkündür. Hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen husus, hâkimiyetin kullanılmış olması nedeniyle bağlı şirkette kayıp meydana gelmesi ve bu kaybın süresi içinde denkleştirilmemesidir¹⁶⁶⁹. Şirketler topluluğu hukukunun öne çıkan bu kavramları bir bakıma diğer hükümlerle uyumsuzluğun kaynağıdır.

¹⁶⁶⁵ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 271; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 188.

¹⁶⁶⁶ Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 191. Yazar yönetim kurulu tarafından görevlendirilmiş birimlerden bahseder. Kanaatimizce buradaki görevlendirme yönetim ve temsil yetkisi devrinden daha geniş bir kapsama işaret etmektedir.

¹⁶⁶⁷ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 270-272; Develi, s. 469; Aytaç, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 22-24; Ersin Çamoğlu, “Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2013/2, s. 20-21.

¹⁶⁶⁸ Sorumluluğun bir şartı olarak özen borcuna aykırılık hakkında detaylı bilgi için Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 260 vd.; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 217 vd.

¹⁶⁶⁹ Karş. kaybın oluşmasıyla hukuka aykırılığın meydana geldiği, fakat denkleştirme süresi içinde hukuka aykırılığın askıda olduğu yönünde Tekinalp, Kayıpla İlgili Sorumluluk, s. 614.

i. Kayıp kavramı

TTK m. 202 ve 206 klasik borçlar hukuku terminolojisinde kullanılan zarar kavramı yerine “kayıp” ifadesini kullanır. Bu tercihin bilinçli olup olmadığı ilk; kaybın zarardan farklı olarak ne anlama gelebileceği ise yanıt aranan ikinci sorudur. Yanıtlar konumuz açısından önemlidir. Bağlı şirketin TTK m. 202-206 anlamında kaybı, SerPK m. 17/3 anlamında bir ilişkili taraf işlemi ile gerçekleştirildiğinde, hâkim şirketin SerPK m. 21 anlamında örtülü kazancını oluşturabilir. Dolayısı ile kayıp kavramı, bu hükümlerin uygulama alanını tespit bakımından özel bir yere sahiptir.

Maddenin gerekçesi kayıp kavramını şöyle açıklar: “*Birinci fıkranın ilk cümlesinde kullanılan ‘kayıp’ kelimesi borçlar hukuku anlamında ‘zarar’dan farklı ve onu da kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir. Mehz Kanunda kayıp için ‘Nachteil’ kelimesi kullanılmış, bu kelime Alman Kanununun İngilizce çevirisinde ‘disadvantage’ kelimesi ile karşılanmıştır.*” Burada kanun koyucunun zarardan farklı bir olguya yer vermek istediği, kayıp kavramını bağımsız şekilde anlamlandırdığı görülür. Fakat bu tercihin sonucu olan kayıp kavramı, çeşitli ve çetin hukuki sorunların yığılmasından ibaret olmuştur¹⁶⁷⁰.

Zarar ve kayıp arasındaki ayrım öğreti tarafından onaylanmıştır. Kayıp, *şirketin malvarlığının veya kârlılığının azaltılması veya riske sokulması* olarak tanımlanır¹⁶⁷¹. Malvarlığındaki somut azalma ve kârdan yoksunluk zarar kapsamında karşılaşılan ihtimallerdir. Bu nedenle kayıp kavramını zarardan ayıran husus daha ziyade, verimliliğin düşürülmesi, risk yaratılması ya da devredilmesi gibi sakınca (*disadvantage*) ya da olumsuzlukların (*Nachteil*) da kapsama dâhil olmasıdır¹⁶⁷². Ayrıca kaybın tespitinde ilgili iş veya işlemin yapıldığı tarih itibarıyla öngörülebilir olumsuz sonuçlar esas alınırken (geleceğe dönük tespit), zararın tespitinde fiil ya da işlemle illiyet bağı içinde hâlihazırda meydana gelen fiili kayıplar ile yoksun kalınan

¹⁶⁷⁰ **Tekinalp**, Kayıpla İlgili Sorumluluk, s. 617.

¹⁶⁷¹ Bu tanım için bkz. **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 230.

¹⁶⁷² **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 228-229; **Develi**, s. 469; **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 22. Ayrıca bkz. **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 201-202. Örtülü olarak aktarılan her kazancın kayıp niteliğinde olacağı, fakat her kaybın örtülü kazanç aktarımına yol açmadığı yönünde **Duran**, s. 399.

kâr miktarı dikkate alınır. Bu ise geçmişe dönük bakış açısı olarak adlandırılır¹⁶⁷³. Bu nedenle gerekçede yer alan, kaybın zararı kapsadığı ifadesine katılmıyoruz¹⁶⁷⁴. Zira her iki olgunun miktar olarak tespitinde farklı ölçütler ve zaman aralıkları kullanılacaktır. Somut olayın şartlarına göre zararın kaybı aşması pekâlâ mümkün görülmelidir.

ii. Denkleştirme imkânı

Kanun koyucu hâkim şirketin hâkimiyeti bağlı şirket üzerinde kullanmasına izin verirken, kullanım sonucu doğacak kayıpların denkleştirilmesini aramıştır. Aksi takdirde hukuka aykırı kullanım söz konusudur¹⁶⁷⁵. Bu nedenle öğretici denkleştirmeyi hâkim şirket bakımından tazminat sorumluluğunun doğmasını engelleyen seçimlik bir yetki olarak tanımlar¹⁶⁷⁶.

Denkleştirmeden bahsedebilmek için bağlı şirketin kaybının tamamen ortadan kaldırılması gerekir. Kanun bu yöndeki faaliyetleri (1) fiilen giderim veya (2) denk değerde talep hakkı tanınması olarak belirtmiş; ikinci imkânla hâkim şirketin takdir alanı önemli ölçüde genişletilmiştir. Denkleştirme aynı faaliyet yılı içinde sağlanmak zorundadır¹⁶⁷⁷. Denkleştirmeyi sağlayacak kişi kural olarak yönlendirmede bulunan hâkim şirkettir, fakat üçüncü kişilerin bu yöndeki edimleri de sonuç doğurur¹⁶⁷⁸. Her hâlükârda denkleştirmenin somut içeriği bağlı şirketin kaybını gidermeye uygun olmalıdır¹⁶⁷⁹.

Hâkim şirket hâkimiyeti kullanmış, bu nedenle kayba sebep olmuş ve aynı faaliyet yılı içinde kaybı denkleştirmemişse artık hâkimiyetin hukuka aykırı şekilde

¹⁶⁷³ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 233; karşı. **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 201.

¹⁶⁷⁴ Sorumluluk davasından bahsedildiği noktada artık zarar ve kayıp kavramlarının eşanlamlı olacağı yönünde karşı. **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 22.

¹⁶⁷⁵ Alman hukukunda denkleştirmeye kadar işlem “askıda hukuka aykırı” sayılmaktadır, bkz. **Aytaç**, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 24.

¹⁶⁷⁶ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 283. Bir olanak olduğu yönünde **Çamoğlu**, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 22.

¹⁶⁷⁷ **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 244; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 281, 285 vd. Akabinde kaybın nasıl denkleştirildiğinin bağlılık raporunda açıklanması gerekir, bkz. **Yılmaz**, s. 114.

¹⁶⁷⁸ **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 296; **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 234.

¹⁶⁷⁹ **Tekinalp**, Kayıpla İlgili Sorumluluk, s. 617-618; **Okutan Nilsson**, Şirketler Topluluğu, s. 289. Denkleştirme yöntemleri hakkında detaylı bilgi için **Akın**, Sorumluluk Hukuku, s. 235 vd. Bu nedenle tercih edilen yöntemin ekonomik bakımdan anlamlı olması gerektiği, aksi takdirde örtülü kazanç aktarımının ortadan kalkmayacağı ifade edilir (**Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 103).

kullanıldığı söylenecektir. Bu takdirde hâkim şirket, bağlı şirketin zararını tazmin etmek yükümlülüğü altına girer^{1680,1681}.

2. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

a. Doktrindeki Görüşler

Topluluk içi ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak hükümler bahsinde öğretide farklı görüşler savunulmuştur. Tüm bu görüşlerin ortak noktası SerPK m. 21 ile TTK m. 202 hükümlerini dikkate almasıdır. Ayırtışıkları ilk nokta ise hükümlerin bir arada uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bazı yazarlar maddelerden birini diğerine üstün tutar ve dışlayıcı yorumu benimser. Düzenlemeler arasındaki amaç zıtlığına dikkat çeken bu yorum bir tercih yapılması gerektiğini savunur. Bu kapsamdaki ilk görüşe göre SerPK düzenlemeleri ortaklıklar hukuku sistemimize yabancısıdır. Bu nedenle şirketler topluluğu hükümlerine öncelik verilmelidir¹⁶⁸². Diğer görüş ise topluluk içindeki her örtülü kazanç aktarımının şirketi kayba uğratacağını, fakat kayba sebebiyet veren her işlemde topluluk şirketlerinin menfaat elde etmeyeceğini hatırlatır. Bu da sermaye piyasası düzenlemesinin sistematik anlamda özel madde olduğuna işaret eder. Anılan çerçevede maddenin getirdiği belgeleme yükümlülüğü ve cezai sonuçlar da nazara alınarak SerPK m. 21 TTK m. 202'ye göre özel hüküm kabul edilir¹⁶⁸³.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretideki en genel kabul, TTK'nın malvarlığını koruyucu hükümlerinin TTK m. 330 uyarınca halka açık anonim ortaklıklara da uygulanacağı, fakat SerPK düzenlemelerinin özel hüküm olduğu şeklindedir¹⁶⁸⁴. Bununla beraber, maddelerin amaçları ve uygulama alanları tamamen çakışmaz. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre düzenlemeler arasında gerçek anlamda

¹⁶⁸⁰ Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 246; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 283; Bora, s. 160; Develi, s. 469. Bu davanın eda davası olduğu ve diğer pay sahipleri için hüküm ifade etmeyeceği yönünde Develi, s. 471. Bununla beraber hâkim, payların satın alınmasına karar verirse artık yenilik doğuran hükümden bahsedilecektir, bkz. Çamoğlu, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması, s. 27.

¹⁶⁸¹ Açılacak sorumluluk davası hakkında detaylı bilgi için bkz. Aytaç, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 39-51; Akın, Sorumluluk Hukuku, s. 250 vd.

¹⁶⁸² Göktürk, s. 361; Aksoy, s. 31, 36-38.

¹⁶⁸³ Kaya, Şirketler Topluluğu ve SerPK İlişkisi, s. 1546; Kaya, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası, s. 161; Günay, Örtülü Kazanç Aktarımı, s. 185; Duran, s. 417.

¹⁶⁸⁴ Manavgat, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 89, 98; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 251; benzer şekilde Aytaç, Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, s. 30.

özel hüküm – genel hüküm ilişkisi yoktur¹⁶⁸⁵. Topluluk içi işlemlere hem TTK hem SerPK hükümleri uygulanır. Bu yorum her iki hükmü de kapsayıcıdır.

Her iki hükmün de uygulama kabiliyeti bulunduğu söylendiğinde, TTK m. 202 ile şirketler topluluğuna tanınan imkânın SerPK m. 21 karşısında ne kadar geçerli olduğunu ayrıca ortaya koymak gerekecektir. Zira hemen yukarıda ifade edildiği üzere TTK m. 202/1-a, nihayetinde denkleştirilmesi şartıyla bağlı şirketin kayba uğratılmasına bir anlamda cevaz verir. Oysaki SerPK m. 21 hem işlem hem de hareketsizlik yoluyla halka açık ortaklığın malvarlığının azaltılmasını mutlak olarak yasaklamıştır. Konuyu ayrı bir başlık altında ele alan yazarlardan *Manavgat*, kaybın halka açık ortaklık paylarının piyasa fiyatı üzerindeki etkisine değinmekte ve iki hüküm arasındaki sınırı kamuyu aydınlatma sistemiyle çizmektedir. Yazara göre kaybın, kamuya açıklanması gerektiği ilk andan önce denkleştirilmesi gerekir. Eğer işlem içsel bilgi niteliğindeyse bu bilgi kamuyu açıklanmadan önce; değilse, yayınlanması gereken ilk (ara veya yıl sonu) finansal tablo yayınlanmadan önce kayıp denkleştirilmelidir. Böylece yasak ilk olarak kamuyu aydınlatmanın gerekli olduğu anda gündeme gelecek ve bu an, hukuka aykırılığın zamansal başlangıcını da teşkil edecektir¹⁶⁸⁶.

Aksoy ise bu konuya hasrettiği çalışmasında, TMS 24'ün şirketler topluluğunu ilişkili taraf olarak kabul eden düzenlemesinin uygulama kabiliyeti olmadığını ve TTK m. 195 vd. hükümlere öncelik verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe göre halka açık anonim ortaklıkların ilişkili taraf işlemlerine dair alacakları kararlar SerPK m. 17/3'e tabi olmakla birlikte hâkim şirketler için oy hakkından yoksunluk gündeme gelmeyecektir. Yazar bu sonucu onaylamakta; aksi takdirde hâkim ortağın karar mekanizmasından dışlanacağını ve azınlık ortağın yönetim davranışını belirler duruma geleceğini savunmaktadır. Bu durumda tebliğ atfıyla uygulama imkânı bulan muhasebe standardının kanun hükmünü yürürlükten kaldırılması söz konusu olacağından ayrıca bu sonuç normlar hiyerarşisine de aykırı görülmektedir¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁵ SerPK düzenlemelerinin TTK m. 202/1-a hükmünü tamamen etkisizleştirmeyeceği yönünde **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 98; benzer görüşte **Duran**, s. 417. *Aksoy* ise düzenlemelerinin zıt amaçları bulunduğu ve hatta SerPK m. 17/3'ün uygulama alanının daha geniş olduğu görüşündedir (**Aksoy**, s. 30, 31).

¹⁶⁸⁶ **Manavgat**, Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları, s. 99-103. Yazar, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için de aynı prensibi benimser.

¹⁶⁸⁷ **Aksoy**, s. 32, 35.

b. Kanaatimiz

Çoğu hukuk sistemi, özellikle yargısal denetimde, ilişkili taraf işlemlerini topluluk işlemi olup olmamalarına göre farklılaştırmakta ve bu nitelikteki işlemler için daha hafif kriterler öngörmektedir¹⁶⁸⁸. Topluluk içi sinerjiyi sağlama ve meşru bir menfaat olarak görülebildiği ölçüde topluluk menfaatinin muhafaza etme gayeleri bu tercihe etki eden olgulardır. Nihayetinde ortaklıklar hukukunun genel sistemini dışlayan özel hükümler ile karşılaşılır. Aslında sermaye piyasası hukukunun halka açık ortaklıklara dair düzenlemeleri de benzer bir anlayışın ürünüdür. Zira korunması gereken yeni bir menfaat türü (fon arz edenler, yatırımcılar) belirlemekte ve denge tekrar kurulurken genel hükümler yetersiz kalmaktadır. Ele aldığımız hukuki sorunda bu iki özel düzenleme grubunun ve belki de korudukları menfaatlerin uzlaştırılması gerekmektedir.

Kanaatimizce TTK m. 330 ve SerPK m. 2/2¹⁶⁸⁹ nezdinde düzenlenen uygulama sırası TTK m. 202 vd. uyarınca hâkim şirkete tanınan imkânı ortadan kaldırmaz. Zira şirketler topluluğuna ilişkin TTK hükümlerinin uygulanmayacağını belirten ya da hâkimiyetin kullanılmasının şartlarını özel olarak düzenleyen bir sermaye piyasası mevzuatı yoktur. *Lex specialis* kapsamında uygulanması savunulan madde tüm halka açık anonim ortaklıklar için geçerli olan örtülü kazanç aktarımı yasağıdır. Bize göre mezkûr hükmün getirdiği yasaklama şirketler topluluğundaki meşru, kanuni imkânın dışında dikkate alınmalıdır. Aksi yorum şirketler topluluklarının verimliliğine dönük bir imkânın ortadan kaldırılması anlamına gelir. Kanaatimizce ortaklığın halka açık olması kapalı ortaklıklara nazaran aleyhe bir durum yaratmak için geçerli sebep teşkil etmez. Bu nedenle her iki hükmün de uygulanması gerekir.

Topluluk içi işlemlerin örtülü kazanç aktarımına dair hükümlere tabi tutulması savunulduğunda, emsallere aykırılığın veya nispetsizliğin nasıl tespit edileceği ayrı bir sorun teşkil eder. Acaba grup içi işlemlerin özellikli yapısı burada gözetilmeli

¹⁶⁸⁸ Enriques/ Tröger, s. 11.

¹⁶⁸⁹ Hüküm şöyledir: “Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağını belirtildiği hâllerde genel hükümler uygulanır.” Bu hükmün asıl işlevi ikincil düzenlemelere uygulama önceliği tanımasıdır. SerPK hükümlerinin kapsamındaki ortaklıklara TTK’ya göre öncelikle uygulanmasına ilişkin hüküm ise TTK m. 330’dur (Manavgat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 528). Hatta bu hüküm ikincil mevzuatı kapsamadığı için eleştirilir, bkz. Paşlı, Temel İlkeler, s. 144. Fakat hükümdeki “özel hüküm” ifadesini ikincil mevzuatı kapsar şekilde okuyan yazarlar da mevcuttur, bkz. Manavgat, TTK Hükümlerinin Uygulanması ve Sınırları, s. 288-289. Buna göre, özel kanunlara tabi anonim şirketlere TTK’nın ilgili hükümleri özel hükümler dışında uygulanır.

midir? İsviçre doktrini konuyu ele aldığı OR Art. 678/II kapsamında ayrımı gerekli görmemiştir. Önerilen ölçüt, iyiniyetli üçüncü kişinin aynı durumdaki borçluyla bu şartlar altında işlem yapıp yapmayacağıdır, bağlı şirketin bu şartlar altında iyiniyetli üçüncü kişiye karşı borç altına girip girmeyeceği değil¹⁶⁹⁰.

Cevaplanması gereken diğer bir sorun, uygulanacağı kabul edilen SerPK m. 21 hükmünün hangi noktada gündeme geleceğidir. Bizim görüşümüz, maddenin zaman yönünden kapsamını TTK ekseninde tespit etmektir. TTK sisteminde, denkleştirme imkânı sürdükçe hukuka aykırılık yaptırımları uygulanmaz. Zira denkleştirme, işlemi hukuka uygun hâle getirir. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımından bahsedebilmek için öncelikle faaliyet yılının tamamlanmasını beklemek ve bu süreçte hâkim şirketin kaybı denkleştirip denkleştirmedini görmek gerekecektir. Şüphesiz, daha önceki bir anda işlemin kamuya duyurulması söz konusu olabilir. ÖDT m. 5 uyarınca kamuya açıklanma; TTK m. 119'a göre bağlılık raporunda yer alma; TMS 24 kapsamında finansal tabloda gösterilme menfaat gruplarını işlemiden haberdar edecek ihtimallerin bir kısmıdır. Fakat malvarlığındaki azalmanın borsa fiyatı ve yatırımcılar üzerindeki etkisinin denkleştirme zamanını kısaltmak için yeterli bir neden olmadığı fikrindeyiz. Zira kanunun öngördüğü bir riskin mevcudiyeti piyasa tarafından pekâlâ tanınıp buna karşı pozisyon alınabilir. Eğer denkleştirme ilgili faaliyet yılı içinde gerçekleşmezse bu durum, yatırım kararlarına etki edecek yeni bir husus olarak karşımıza çıkar.

Sonuç olarak, SerPK m. 21 kapsamındaki topluluk içi işlemle örtülü şekilde kazanç aktarıldığında hâkim şirketin ortaya çıkan kaybı ilgili faaliyet yılının sonuna kadar denkleştirme imkânı mevcuttur. Fakat kayıp bu süre içinde denkleştirilmediği takdirde hukuka aykırılıktan bahsetmek, ilişkili taraf işleminin zararlı olduğunu ifade etmek ve örtülü kazanç aktarımının sonuçlarını işletmek gerekecektir. Böylece halka açık ortaklığın malvarlığındaki zararın sebepsiz zenginleşme kaynaklı alacak hakkı ile giderilmesi sağlanacaktır. Yine bu kapsamda, dolaylı zararın tazminini talep etme imkânı TTK m. 202 hükmü uyarınca tanınmalıdır. Her iki hükmün eş zamanlı olarak uygulanmasının önemli ve olumlu bir sonucu da budur. Dikkat edilmesi gereken tek husus zararın mükerrer tazmininden kaçınmaktır.

Bu noktada, her iki hüküm uyarınca gerçekleştirilecek denetimin zannedildiği kadar farklı olmadığını belirtmek isteriz. Örtülü kazanç aktarımında incelemenin

¹⁶⁹⁰ CR CO II-Chenaux/ Gachet, Art. 678, N. 38d.

emsallere uygunluk ilkesi uyarınca, transfer fiyatlandırması kuralları çerçevesinde yapılacağını ifade etmiştik. TTK m. 202 uyarınca gerçekleştirilecek incelemede ilgili işlem şirketle bağlantısı olmayan bağımsız üçüncü kişiyle, rekabet koşullarına uygun şartlarda yapılıyorsa işlemde doğan edimlerin ne olacağı araştırılır. Bu araştırma öğretide somutlaştırıldığında, mehz Alman hukuku ve takip eden Türk hukukunda yine transfer fiyatlandırmasına ilişkin detaylı mevzuattan (mümkün olduğu ölçüde) yararlanılması önerilmektedir¹⁶⁹¹. Görüleceği üzere, her iki madde uygulamasında hukuka aykırılık benzer noktalarda ortaya çıkar. Sadece birinde bunun hukuk düzenince tanınması belli bir aşamaya ötelenmiştir. Bu erteleme kaynağı ise ilgili kurumun özelliklerinin kanun koyucu tarafından açıkça tanınmış olmasıdır. Tüm bu gerçekler ışığında şirketler topluluklarında bağlı şirket açısından kayıp yaratan kazanç aktarımlarının, denkleştirme için tanınan süre sona erinceye kadar hukuka aykırı addedilemeyeceği kanaatindeyiz.

¹⁶⁹¹ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, s. 253-254.

SONUÇ

İlişkili taraf işlemlerini çalışmamız boyunca dört ana ayrımında inceledik. Bunlar kavramsal çerçeve, kuramsal altyapı, ilişkili taraf işlemlerine özgü karar alma süreci ve zararlı ilişkili taraf işlemleri meseleleriydi. İncelememizde nihayet aşağıdaki sonuçlara ulaştık.

İlk olarak, Türk pozitif hukukunda ilişkili taraf işlemleri kavramının ne anlama gelebileceğini araştırmıştık. Zira kavramı tanımlayan hiçbir hukuk metni yoktur. Bu yönde elimizdeki en somut veri Türkiye Muhasebe Standartlarına atıf yapan sermaye piyasası mevzuatı idi. Bu atfın konusunu ise ilişkili taraf işlemlerini özel bir başlık altında düzenleyen TMS 24 oluşturur. Anılan nedenle kavramın tespiti için TMS 24 başlangıç noktası alındı. Fakat mezkûr düzenlemenin hedefi ilişkili taraf işlemlerinin finansal tablolara yansıtılmasıdır ve bu nedenle hukukun gerçeklerini tam olarak gözetmez.

Standartta temel kurgu üç kavramı esas alır. Bunlar tam kontrol, ortak kontrol ve önemli etkidir. Sırasıyla TFRS 10, TFRS 11 ve TMS 28’de detaylıca düzenlenen ve örnekleme yöntemiyle somutlaştırılan kavramlar, TTK nezdinde belli karar alma kudretlerine tekabül eder. Pay sahipliği ve oy oranları ile yönetim organını oluşturma imkânı tanıyan imtiyazlar burada öne çıkanlardır. Hâl böyle olmakla birlikte mezkûr kavramların TTK’da tam birer karşılıkları bulunmaz. İki düzenleme bu açıdan uyumsuzdur. Fakat düzenlemelerin arkasında yatan ilkeler özdeştir. Ortaklığın karar mekanizmalarına etki edebilen kişiler, bu yöndeki güçlerini kendi menfaatleri için kullanabilir. Gücün ne şekilde kullanıldığını diğer menfaat sahiplerinin öğrenmesi, keza gücün kullanımının kanuni ve sözleşmesel sınırlara tabi kılınması bu nedenle faydalı ve gereklidir. Elbette ki bu sınırlamaların çoğunluk ilkesi gibi temel şirketler hukuku ilkeleri kapsamında sağlanması yapılmalıdır.

Bu düşünceden hareketle hukuk öğretisi kontrol kavramını sorgular ve somut kapsama oturtmaya çalışır. Stratejik karar sınıfı, yönlendirme erki gibi farklı ifade ve içerikler burada ileri sürülmüştür. Bizim tezimiz TMS 24’ün en azından halka açık anonim ortaklıklar üzerinde etki sahibi olduğunu kabul eder. Muhasebe standartları yaygınlaştıkça bu etkinin diğer ortaklık türlerine doğru genişleyeceği açıktır. Anılan nedenlerle, ortaklıklar hukuku kapsamında yapılacak tanımlamanın TMS 24’ü belli ölçüde dikkate alması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.

Kontrol ve önemli etki kavramları muhtelif hukuk dalında çeşitli anlamlarda kullanılır. Bu kullanımların bir kısmı pozitif düzenlemelere karşılık gelir. Bir kısmı ise teorisyenlerin katkısıdır. Kanaatimizce TMS 24'teki kavramların aynen alınması yukarıda ifade edilen olgular karşısında tehlikelidir, yanlış anlaşılmaya müsait bir çerçeveye neden olur. Bu düşünce bizi “yönetmel yeti” kavramına ulaştırmıştır. Bize göre yönetmel yeti, ortaklığın iradesini yönlendirebilme gücünü ifade eder. Elbette bu gücün farklı dereceleri bulunur. Yönetmel yeti ise üst kavramdır, farklı derecedeki bu kudretleri tek bir başlık altında toparlar. İlişkili taraf ise ilk etapta yönetmel yeti sahibi olan kişidir. Ortaklığın tek hâkimi olmayabilir, yönetim kurulunun tüm üyelerini tek başına seçemiyor olabilir ama ortaklığın iradesinde kendisine rastlanır. Bu nedenle kendi menfaatlerini ortaklığın menfaatiyle bir ölçüde harmanlayabilir. Yönetmel yeti sahibine ilişkili taraf sıfatını kazandıran da budur: Hâkimiyetten, kontrolden, etkiden bağımsız şekilde şirketin iradesinde var olma yeteneği. Modern anlayış bu yeteneği ayrı bir risk grubu olarak kabul eder. Bu grubun üyelerine ilişkili taraf (*related party*) denir.

İlişkili taraf gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Ortaklık üzerinde yönetmel yetiye sahip bulunması gerekli ve yeterlidir. Peki ilişkili tarafın bir ucunda durduğu benzeri diğer ilişkileri nasıl konumlandırmak gerekir? TMS 24 bu konuda son derece geniş bir kapsam çizer. İlişkili tarafı ayrı bir kuram şeklinde gözetmeyen TTK dahi yakın aile üyelerini bazen pay sahibi ya da yönetici ile aynı konumda görür, aynı borca tabi tutar. Dağınık maddelerden net sonuca ulaşmak zordur. Fakat sosyal bağlar kadar ekonomik birliklerin de dikkate alındığı görülür. Düzenlemeleri incelemeye gayret gösterdiğimiz çalışmada nihayetinde “vasıtalı ilişkili taraf” olgusuna ulaştık. Kendisi ortaklık üzerinde yönetmel yeti sahibi olan kişilerle benzeri bir ilişkide olanlar aynı ekonomik birliğin parçasıdır. Hâl böyle olunca gücün kötüye kullanılması riskinde tek bir odak grubu oluştururlar. Bu durumu dikkate alan düzenlemelerin etkili bir koruma sağlayabilmesi yönetmel yeti sahibiyle birlikte onunla aynı ekonomik bütünü oluşturan kişileri de dikkate almayı gerektirir. Aslında dağınık da olsa bu yönde bazı düzenlemelere yer verilmesinin nedeni, sorunun adı konulmadan hissedilmesidir. Biz bu noktada bütüncül yaklaşımın eksikliğini tehlikeli görüyoruz. Önerimiz, yönetmel yeti sahibiyle ortaklık arasındaki ilişkinin bir benzerini dolaylı da olsa kesintisiz bir şekilde yönetmel yeti sahibiyle kuran gerçek ve tüzel kişilerin düzenlemelerde dikkate alınmasıdır. Bütüncül bir yaklaşımı tesis etmek amacıyla, bu kişilerin vasıtalı ilişkili taraf şeklinde anılmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

İlk bölüm çerçevesinde ulaştığımız bu sonuçlar büyük ölçüde teoriktir. Kavram somut içeriğine pozitif hukuktaki yansımada kavuşacaktır. Muhasebe standartları bir kenara bırakıldığında, hukuk sistemlerinin ilişkili taraf işleminden ne anladığını ayrıca ortaya koymak gerekir. Çalışmamızda *ikinci olarak* bu konu ele alınmıştır.

Kanaatimizce ilişkili taraf işlemleri bağımsız bir kuramdır ve şirketler hukuku tarafından bu şekilde ele alınmalıdır. Her ne kadar kuramın başlangıcında iktisadi etkenler rol oynamışsa da gelinen noktada kuram bir o kadar hukukidir. Kavramsal düzlemde ilişkili taraf işlemleri tünelleme faaliyetiyle bağlantılıdır. Tünelleme, en kısa tanımla, ortaklığa ait bir değer için uygun olmayan yollarla ortaklıktan alınıp diğer bir kişiye transferidir. Bu transferi sağlamanın yöntemlerinden biri de ilişkili taraf işlemleridir. Fakat tüm ilişkili taraf işlemleri tünellemeye hizmet eden zararlı birer işlem değildir. Bu noktada kuram, yararlı – zararlı ilişkili taraf işlemi ayrımını yapar.

Gerçekten ilişkili taraf işlemlerinde risk yönetsel yeti sahibinin bu konumunu kötüye kullanması ve bu şekilde ortaklığa zarar vermesidir. İşlemin bağımsız kişiler arasında gerçekleşmesi beklenen müzakere sürecini barındırmayacak olması veya bu sürecin ortaklık aleyhine sonuçlandırılması ihtimali temel kaygılardır. Yoksa ilişkili tarafın piyasa şartlarında ortaklıkla işlem akdetmesi veya ortaklığa yarar sağlayacak davranışlarda bulunması engellenmek istenen sonuçlar değildir.

Yararlı işlem den anlaşılan adil işlemidir. Zararlı ilişkili taraf işlemi ise ortaklığa ait malvarlığı değerini ilişkili tarafa aktarır. Bu nedenle aktarım şartlarının adil olup olmadığı incelenmelidir. Vergi hukukunda bu adalet, emsallere uygunluk denetimi yoluyla sağlanır. OECD düzenlemelerini takiben çoğu ülke gibi Türkiye de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını çağdaş kurallara bağlamıştır. İlgili hükümlerde ilişkili taraf işlemine benzer işlemler emsal kabul edilir. Bunlar ortaklık tarafından üçüncü kişilerle yapılan iç emsaller olabileceği gibi tamamen farklı kişiler arasında gerçekleştirilen dış emsaller de olabilir. Nihayetinde işlemin doğasına uyan bir yöntem üzerinden ilişkili taraf işleminin emsale uygun olup olmadığı araştırılır. Adil işlemin ortaklıklar hukukunda geçirmesi gereken aşamalar bu sistemden çok uzak değildir. Ortaklıklar hukuku ilkelerine, bu kapsamda sermayenin korunmasına dair kurallara aykırı işlem, ortaklık malvarlığını ilişkili tarafa aktaran zararlı bir işlem niteliğinde görülecek ve hukuk sistemi tarafından yaptırıma tabi tutulacaktır.

İlkenin somut uygulamasını her bir ülke kendi hukuk politikasına göre ortaya koyar. Bu noktadaki ilk tespitimiz halka açık ortaklıklara uygulanacak rejimle kapalı ortaklıklar için getirilenler arasında farklılık bulunduğuudur. Genellikle ülkeler halka açık şirketlere yatırım yapanların gündeme getirdiği ek menfaati dikkate alarak bu şirketlerde daha sıkı kurallar öngörürler. Kavramın açıkça yer aldığı hükümler de genellikle sermaye piyasası mevzuatında karşımıza çıkar. Fakat bu ayrıma karşı çıkan ve kavramı tüm anonim ortaklıklara sirayet ettiren hukuk sistemleri de mevcuttur, Fransa bu gruba örnektir. Öte yandan kavram sermaye piyasalarında yerleştikçe kurumsal yönetimle arasındaki bağlantı da gün yüzüne çıkmıştır. Bu nedenle kapalı anonim ortaklıklarda uygulanacak bir ilişkili taraf işlemleri rejimi de kendini göstermektedir.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, Avrupa Birliği'nin bütünleyici etkisinin sınırlı sonuç doğurduğu ve ulusal hukuklardaki farklılıkların bugün dahi varlığını koruduğu görülür. Yine de ilişkili taraf işlemlerini temel alan düzenlemelerin beş üst başlıkta toplanması mümkündür. Bunlardan ilki bildirim yükümlülükleridir. Menfaat gruplarının ilişkili taraf işlemlerinden haberdar edilmesini sağlayan bu yükümlülükle bilgi asimetrisi çözülerek zararlı işlemlere karşı ilk cephe alınmış olur. İlişkili taraf işlemlerinin zararlı etkilerinden korunmak için tercih edilen diğer bir yöntem özel karar alma süreçleridir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylandırdığımız bu tip düzenlemelerde ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesi, yerine göre bağımsız yöneticilere, bazen ise azınlık pay sahiplerine bırakılır. Çoğu hukuk sisteminde bu yönde düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bununla beraber korumanın etkisi sürecin bağlayıcılığı kadar süreçten dışlanan kişilerin kapsamıyla da alakalıdır. Gerçekten, ilişkili tarafları doğru tespit etmeyen sistemlerde hükümleri dolanmak son derece kolaydır ve bu durumda gerçek bir korumadan bahsedilemez.

Diğer bir düzenleme yöntemi ise yasaklamadır. Bu yöndeki hükümler kapsama aldıkları işlemin zararlı olduğunu kabul eder. Zararlı ilişkili taraf işlemini akdetmek bazen aktarılan değer iadesine, bazen ise doğrudan işlemin kesin hükümsüzlüğüne neden olur. Yöntemleri karşılaştırdığımızda en verimli sonucun yasaklamaya dönük hükümlerden alınacağı kuşkusuzdur. Fakat tüm ilişkili taraf işlemleri zararlı olmadığı gibi, şirket menfaatine uygun, yarar sağlayan işlemler de vardır. Topluluk içi işlemler vasıtasıyla zordaki grup şirketlerine yardım edilmesi, destek verilmesi (*propping*) bu durumun açık örneğidir. Bu nedenle tüm işlemlerin yasaklanması mümkün değildir.

Hukuk politikasının doğru dengeyi sağlayacak şekilde kurgulanması gerekir. Çoğu sistemde emsallere aykırı olup ortaklık değerlerini ilişkili taraflara aktaran işlemlerin geçersiz addedildiği tespit edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 678. maddesinin 2. fıkrası bu yöndeki hükümler arasındadır. Mezkûr hükmün TTK nezdinde karşılığı bulunmadığı söylenmelidir.

İlişkili taraf işlemlerini odak alan bu düzenlemelerin etkinliği, süreci işletecek olan kişi ve kurumların durumuyla da yakından alakalıdır. Zira ilişkili tarafın varlığı sadece bilgi asimetrisine işaret etmez. Şirket üzerindeki güç asimetrisinden de burada bahsetmek gerekir. Bu nedenle kanun koyucular harekete geçme imkânını menfaat sahipleriyle birlikte bağımsız idari otoritelere de tanırlar. Genellikle sermaye piyasası kurumlarını denetleyen otoritelere verilen yetkiler sayesinde hem malvarlığı değerini ortaklığa geri döndürmek hem de işlemlerin geçersizliğini ortaya koymak daha kolay bir hâl alır. Mahkemelerin müdahalesi de ülkeden ülkeye farklılık gösteren, fakat her sistemde kendini hissettiren diğer bir yöntem olmuştur. Özellikle Amerikan hukuku *ex post* denetimin gelişmiş piyasalardaki önemini ortaya koyar.

İlişkili taraf işlemlerini düzenlemekte kullanılan bu yöntemlerin hepsi dengeyi kurmakta kendince yararlar sağlar. Türk hukuku bakımından, kullanım sıklığını ve etkilerini dikkate alarak pozitif hukuka dair tespitlerimizi iki ana başlık altında ortaya koymayı tercih ettik. Bunlardan ilki, çalışmamızda **üçüncü olarak** incelediğimiz özel karar alma süreçleridir. Bu süreçler organların çalışma düzenini ilgilendirir. Gerçekten hem genel kurul hem yönetim kurulu ortaklığın ilişkili tarafıyla akdedeceği işlemleri karara bağlamak durumunda olabilir. Bu takdirde ilişkili tarafların karar sürecinden dışlanması esastır. Vasıtalı ilişkili tarafların hangi oranda dışlanacağı ile bu yöntemin hangi konudaki işlemleri kapsayacağı büyük ölçüde pozitif hukuk sorunudur. TTK'ya baktığımızda 436. maddede genel kurula ilişkin düzenleme yapıldığını görüyoruz. Maddenin ilk fıkrasına göre, pay sahibi ile beraber eşi, kan hısımları, ortağı olduğu şahıs şirketleri ile hâkimiyeti altındaki sermaye şirketleri oy hakkından yoksundur. Bu yoksunluk kişisel nitelikteki iş ve işlemler ile hukuki uyumsuzluklara dair kararlarda gündeme gelecektir. Hükmü ilişkili taraf işlemleri yönünden incelediğimizde büyük ölçüde tatminkâr bulsak da vasıtalı ilişkili taraf işlemlerini kuramsal bir bütünlük içinde ele almamış olmasını eleştiriyoruz. Bu eleştirilerimize karşı ekseriyetle *de lege ferenda* öneriler getirmek mümkündür. Lakin hükmün bahsettiği hâkimiyet ilişkisinin TTK m. 195 vd. hükümlerde

düzenlenen şirketler topluluğundan bağımsız bir şekilde yorumlanmasının mümkün olduğunu, burada yönetsel yetinin aranmasının hükmün amacına daha uygun bir sonuç vereceğini *de lege lata* savunuyoruz.

Yönetim kurulu anonim şirketin diğer organı olup hem yönetim hem de temsil fonksiyonunu icra eder. Bu durumu gözetken kanun koyucu ilk olarak yönetim kurulu üyelerinin korporatif ilişki dışındaki işlemlerin müzakeresine bu işlem kendisini ve bazı yakınlarını ilgilendirdiği ölçüde katılamayacağı düzenler. Bu yakınlar TTK m. 393'te eş, kan ve kayın hısımları olarak sayılır. Tüzel kişileri dışlayan bu kapsamın ilişkili taraf kuramını gözetmediği açıktır. Lakin hüküm dürüstlük kuralının gereği olan hâllerde de uygulanır. Kanaatimizce bu genişletme kişi yönünden kapsamı da etkileyecek niteliktedir. Böylece hükmün vasıtalı ilişkili tarafları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması *de lege lata* mümkün görülmelidir. Kararın müzakeresi kadar oylamasına katılmanın da yasağın kapsamında olduğu, ihlâlinin kararın yokluğuna sebep olabileceği, yine açık hüküm uyarınca ilişkili tarafla beraber diğer yöneticilerin de sorumluluğunun gündeme gelebileceği tespit edilmiştir.

Diğer bir hüküm ise temsil fonksiyonunu dikkate alır. TTK m. 395/1'e göre yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla bir işlem akdetmeden önce genel kurulun iznini alması gerekir. Burada hem doğrudan hem de dolaylı temsil hükmün kapsamındadır. Keza yönetim kurulu üyeleri ile birlikte diğer yöneticilerin de yasağa tabi tutulması gerektiği öğretide haklı olarak savunulmuştur. Lakin hüküm vasıtalı ilişkili tarafları dikkate almaz. Bu durum ilk başta bir eksiklik gibi görülse de hükmün asıl hedefinin temsil yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek olduğu hatırlanmalıdır. Keza yasaklı işlemlerin geniş kapsamı da kişi yönünden dar yorumu haklı çıkarır. Öyle ki öğreti yasaklı işlem çevresini daraltmayı dahi önerir. Nihayet, hükme aykırı şekilde yapılan işlemler genel kurulun izni veya icazeti olmadıkça askıda hükümsüz, izin veya icazet verilmezse kesin hükümsüz addedilir. Genel hükümler kapsamında hukuki sorumluluğun gündeme gelmesi yine mümkündür.

Halka açık ortaklıkların özel hükümlere tabi kılındığı noktalardan biri de karar alma süreçleridir. Farklılaştırılmış yetersayı ve oy hakkından yoksunluk hükümleri (SerPK m. 29/6) hem doğrudan hem de dolaylı şekilde ilişkili taraf işlemlerine yer veren hükümlerden ilkidir. Doğrudan bu konuya hasredilmiş hükümler de mevcuttur. Bu nitelikteki SerPK m. 17/3 ikincil mevzuatta tespit edilen işlemlerin önce yönetim kurulunda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyu ile karara

bağlanmasını gerekli kılar. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu olumlu oy vermediği takdirde işlemi genel kurulun onaylaması gerekir. Burada ilişkili tarafın kim olduğu TMS 24 uyarınca belirlenir. İlgili tebliğ hükmünde açıkça muhasebe standartlarına atıf yapılmıştır. Bununla beraber işlem yönünden kapsamın özel ve dar şekilde belirlendiği görülür. Gerçekten ortaklık değerinin yüzde onu gibi ciddi bir eşiğe yer verilmiştir. Tekrar eden işlemlerin bütün olarak kabulüyle kapsam bir ölçüde genişletilmiştir. Sürece aykırı şekilde alınan organ kararı kesin hükümsüzdür. Öğretide geçersizliğin takip eden işlemi de etkileyeceği savunulmuştur. Fakat özel karar alma süreci düzgün bir şekilde işletilse dahi bu onay mezkûr işlemin içeriğini mutlak anlamda hukuka uygun hâle getirmez. Örnek olarak, SerPK m. 17/3'e uygun olarak onaylanan işlem örtülü kazanç aktarımı oluşturabilir, geçersiz addedilebilir.

Dördüncü olarak incelenen ilişkili taraf düzenlemeleri ise yasaklamalardır. Bu kapsama ortaklık için oluşturdukları zararlı sonuçlar nedeniyle kanun koyucuların akdedilmesine izin vermediği ilişkili taraf işlemleri dâhildir. Pozitif hukukta bu türde hükümlere rastlamak mümkündür. Örtülü kazanç aktarımı (SerPK m. 21) bunlardan biridir. Mezkûr hükümde, halka açık ortaklıkların ilişkili taraflarıyla gerçekleştirdiği işlemlerin adil şartlarda gerçekleşmesi aranmıştır. Hüküm SerPK m. 17/3'te olduğu gibi TMS 24'e atıfta bulunmaz. Bu nedenle kişi yönünden kapsam bazı yazarlarca daha geniş yorumlanır. Biz burada TMS 24'ün yol gösterici olduğu sonucuna ulaştık. Aktarımın aktif veya pasif şekilde gerçekleştirilebileceği de dikkate alındığında, bu belirlilik fayda sağlayacaktır.

Denetimin piyasa teamülleri ile ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçüt alınarak yapılması gerekir. Fakat öğreti ve uygulamada öne çıkan asıl ölçüt emsallere uygunluktur. Burada vergi hukuku birikiminden yararlanılması önerilir. Bu öneriye biz de katılıyoruz. Nihayet ölçütler uyarınca ortaklığın ilişkili tarafıyla arasındaki ilişkinin, bağımsız kişilerle arasındaki ilişkilerle aynı şartları taşımadığı ve bu nedenle ortaklığa ait malvarlığı değerlerinin ilişkili tarafın mamelekine aktarıldığı anlaşılırsa örtülü kazanç aktarımının varlığı tespit edilir. Bu hâlde organ kararları ve işlemler geçersizdir. Ayrıca aktarımdan kazanç elde eden tarafın iade yükümlülüğü doğar. İadeyi talep etmesi gereken ortaklıktır. Şirketin hareketsiz kalmayı tercih edebileceğini gözetken kanun koyucu SPK'yı arzulanan hukuki sonucu sağlamaya imkân verecek ölçüde ayrıca yetkilendirmiştir.

Açık yasaklama içeren hükümler SerPK düzenlemesiyle sınırlı değildir. TTK pay sahiplerinin, yöneticilerin ve bunların bazı yakınlarının ortaklığa borçlanmasını yasaklamış veya sınırlandırmıştır. Burada borçlanma işlemlerinin hedef alınmış olmasının nedeni, ortaklık malvarlığına haksız müdahalelerde en sık bu işlemlerin kullanılmasıdır. Zira emsal denetimi gerektiren bir işlem karşısında edimleri değerlendirmek zarureti oluşur. Borçlanmada ise ilişkili tarafa aktarılan edimin iade edilmemesi riski vardır. Hukuk politikasının bu riski belli ölçüde bertaraf etmek istediği görülür. Pay sahipleri bakımından ilgili hüküm TTK m. 358'dir. Burada esasen bir yasaklama öngörülmüşken, 6335 sayılı Kanun ile bu yasaklama ortadan kalkmıştır. Daha ziyade belirli şartlara bağlanmış bir borçlanma rejiminden bahsetmek gerekir. Buna göre pay sahibi muaccel sermaye borçlarını ifa ettiği, ortaklığın serbest malvarlığı riski karşılayacak kuvvette olduğu sürece ortaklığa borçlanabilecektir. Buradaki borçlanma tüketim ödücünü ve aynı ekonomik sonucu veren diğer borçlanma türlerini kapsar. Yönetim kurulu üyesi ve yakınları içinse gerçek anlamda bir yasaklamadan bahsedilir. Bu noktada TTK m. 395/2 daha sıkı bir rejim öngörür. Her iki hükme aykırılığın sonucu, ilgili organ kararının ve borçlanma işleminin geçersizliği ile, borçlanan kişi de dâhil zarara sebep olanların bu zarardan sorumlu tutulmasıdır. TTK m. 395/2 kapsamında ortaklık alacaklılarının borçlanan kişiye doğrudan başvurabiliyor olması genel hükümlerden ayrılan ek bir imkândır.

Çalışmamızın doktrinin takdirlerine sunduğu temel tez, TTK ve SerPK'nın açık düzenlemeleri dışında kalan zararlı ilişkili taraf işlemlerinin akıbetini ilgilendirir. Bu konu İsviçre Borçlar Kanunu'nda Art. 678/II öncülüğünde ele alınmıştır. İlişkili taraf ile ortaklık arasındaki işlemde doğan edimlerde açık nispetsizlik mevcutsa mezkûr hüküm uyarınca ortaklık malvarlığında oluşan azaltıcı etki giderilir. İlişkili tarafın borçlusu olduğu giderim yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Fakat benzer bir hüküm TTK'da yoktur. Kanun değişikliği vasıtasıyla bu hükmün Türk ortaklıklar hukukuna yansıtılması son derece faydalı olacaktır. Fakat değişiklik gerçekleştirilene kadar, İsviçre hukukunun açık düzenlemeye tabi kıldığı işlemlerin Türk hukukunda serbest olup olmadığı sorgulanmalıdır. Doktrinde konuyu ele alan yazarlar, ortaklığın gerçekleştirdiği işlemin edimleri arasındaki orantısızlığın mezkûr ilkeye aykırılık yarattığını, hukuk sistemince korunamayacağını savunurlar. Bir kısım yazara göre bu korumanın dayanağı, sermayenin iadesini yasaklayan TTK m. 480/3 hükmüdür. Diğer bazı yazarlar ise ortaklık değerlerinin menfaat sahiplerine dağıtılmasının sıkı kurallara bağlandığına, kurallara riayet etmeyen kararlar ile bu

kararları takip eden işlemlerin geçersizliğine işaret eder. Biz de bu ikinci görüşe katılıyoruz.

Ortaklık, iradesini organ üyesi gerçek ve tüzel kişiler üzerinden açıklamak zorunda olsa da bağımsız kişiliğe ve menfaate (şirket menfaati) sahip ekonomik bir varlıktır. Başta pay sahipleri olmak üzere, tüm menfaat sahiplerinden bağımsız bir malvarlığı bulunur ve bu malvarlığı hukukun koruması altındadır. Tüm malvarlığını kapsayan bu koruma rejimi TTK'da sermayenin korunması ilkesi adıyla anılır. Bu ilkeye göre, ortaklığın varlıkları şirket menfaati uyarınca harcanır. Ortaklığın bu varlıklarından vazgeçip onları belli bazı üçüncü kişilerle (pay sahibi, yönetim kurulu üyesi, intifa hakkı sahibi...) paylaşması ise ancak kanunun buna açıkça izin verdiği hâllerde mümkün olur. Bunların kâr payı hakkı, huzur hakkı gibi farklı isimlerinin bulunması temel mantıkta değişiklik yaratmaz. Ortada bu durumlardan biri olmadığı hâlde işleminden doğan edimler arasında normal alışverişte karşılaşılmaması beklenen denge bulunmuyorsa ve bu dengesizlik ortaklık aleyhine ortaya çıkmışsa ortaklığın malvarlığı değerinin örtülü şekilde aktarıldığı/ dağıtıldığı kabul edilir.

Burada ince bir çizgiyle karşılaşılr. Zira ortaklığın alelade bir işlemi de şirket varlıklarını azaltabilir. Bazen gayri maddi (ama şirket menfaatine uygun) kazançlar nedeniyle bazen ise herhangi bir neden bulunmaksızın bu sonuç doğabilir. O zaman ilişkili taraf işlemlerini farklı kılan nedir? Ticaret hayatının gerçekleri ve sözleşme özgürlüğü gibi kurumların karşısında malvarlığının korunması ilkesi nereye kadar ilerler? Bu iki soru iki farklı cevabı hak eder.

İlk olarak, ilişkili tarafların ortaklık malvarlığına yapılacak saldırılar yönünden öne çıkan bir risk grubu olduğunu hatırlatalım. Kesintisiz bir yönetsel yeti üzerinden ortaklığın iradesine yön verme kudretine sahip olan bu kişiler ve yine yönetsel yeti vasıtasıyla ortaklıkla ilişkiye soktukları çevrenin üyeleri, modern ticaret hayatının vazgeçilmezi olan pazarlığı resmin dışına iterler. Sözleşme özgürlüğünün temel dayanağı olan irade serbestisi belli ölçüde ortadan kalkmıştır. İşte bu nedenle hukuk sistemi ilişkili tarafla akdedilen işlemlerin adil şartlarda yapıldığından derin bir kuşku duyar. Bu kuşkunun *de lege lata* yansımaları bulunur. Öte yandan, *de lege ferenda* ilişkili taraf işlemlerini emsallere uygunluk denetimine tabi kılmayı gerektirir. Denetimin pozitif hukuktaki karşılığı, ikinci sorunun kolay cevabıdır.

Zor olan, pozitif hukukun suskunluğu karşısında bir yol haritası çıkarmaktır. Burada uygulamaya iki önerimiz bulunur: **1.** İlişkili taraf işlemlerine karşı dikkatli olunmalıdır. Şeffaflığa dönük hak ve yükümlülükleri bu işlemlerden haberdar olmak için kullanmak gerekir. Hükümler (özel karar alma süreçlerini düzenleyenler gibi) ilişkili taraf işlemleri kuramını gözeterek yorumlanmalıdır. Kanun değişikliklerinde bu kuram pozitif hukuka aksettirilmelidir. **2.** Mevcut düzenlemeleri ve anonim ortaklıklar hukuku ilkelerini doğru şekilde kullanmak gerekir. Bu takdirde açık kanuni düzenlemenin pek de gerekli olmadığı anlaşılabacaktır. **Çünkü:**

i. Zararlı ilişkili taraf işleminin gerçekleştirilmesine yönelik organ kararları, malvarlığına zarar verecek nitelikteki işlemi onayladığı için sermayenin korunması ilkesine aykırıdır. Bu aykırılık açık kanun hükmü uyarınca (TTK m. 391/1-b; m. 447/1-c) kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur.

ii. a. Organ kararının kesin hükümsüzlüğü temsil yetkisi üzerinde kısıtlı bir etki yaratır (TTK m. 371/4; karşı. TTK m. 371/6). Ortaklık ile ilişkili tarafı arasında gerçekleştirilen hukuki işlemin geçersiz olması sonucunu ise doğurmaz. Bununla beraber zararlı ilişkili taraf işlemleri bazı hâllerde emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz addedilecektir. Esasen muvazaa teşkil eden bazı işlem türleri ise kavramın ekonomik bakımdan yanlış kullanımı nedeniyle ilişkili taraf işlemi olarak isimlendirilmektedir.

b. Zararlı ilişkili taraf işleminde daha sık karşılaşılabacak olan geçersizlik nedeni ahlâka aykırılıktır. Örneği Alman hukukunun *Kollusion* uygulamasında görülen bu durumda ortaklık ve ilişkili taraf arasında akdedilen (zararlı) işlemde, taraflar gerçek bir hukuki işlem akdederler. Fakat bu işlemin arkasında yatan sebep edimler arasında dengesizlik yaratmak, bu dengesizlik sayesinde ortaklık malvarlığının bir kısmının örtülü bir şekilde ilişkili tarafa aktarılmasını sağlamaktır. İradeler gerçekten “A emtia için 3 birim” şeklinde uyuşur, bu sonuç arzulanır ve ifa edilir. İlişkili tarafın emsali (A emtia için 1 birim) bildiği hâlde bu işlemi gerçekleştirmesi, ortaklık malvarlığına saldırıda bulunmak anlamına gelir ve ahlâka aykırı davranış şeklidir. Yargıtay’ın da bu sonucu belli ölçüde yansıtan kararları mevcuttur.

c. Kesin hükümsüzlük kendini hem zararlı ilişkili taraf işlemine dair organ kararında hem de büyük olasılıkla bizzat zararlı ilişkili taraf işleminde gösterir. Türk ortaklıklar hukukunun genel hükümleri ile ilkeleri bu sonuca ulaşmak için yeterlidir.

iii. Hangi işlemlerin zararlı ilişkili taraf işlemi olduğu nihayetinde bir yorum sorunudur. Kanun koyucunun ölçüte yer vermemesi yorum faaliyetini sınırlayamaz. Yukarıda bu işlemler, ortaklık ile ilişkili taraf arasında gerçekleştirilen ve emsallere uygun olmayan işlemler şeklinde tanımlanmıştır. İlişkili taraf ve emsallere uygunluk tanımları somutlaştırılmıştır. Sözleşme özgürlüğü prensibi ve organların yönetim ve temsil yetkisi dâhilindeki takdir hakkı dikkate alınarak, bir işlemin zararlı kabul edilmesi için aranacak unsurlar tespit edilmiştir. Nihayetinde tüm bu çalışma yorum faaliyetinin sonucudur. Kavramların Türk pozitif hukukundaki yerini bulması için öğretinin ve uygulamanın bu yöndeki katkısına ihtiyaç vardır.

iv. Bu noktada sorulması gereken, ilişkili taraf konumunda kabul edilmeyen bir kişiyle gerçekleştirilen işlem neticesinde ortaklık malvarlığının azalması hâlinde ne olacağıdır. Şüphesiz, TBK ve TTK'nın genel hükümlerine dönük açıklamalarımız bu işlemlere de uygulanacaktır. Lakin, ilişkili taraf işlemlerinde karşılaştığımız ilkesel riskin bu işlemlerde bulunmayacağı açıktır. Denetim sırasında ticaret hayatının şart koştuğu belirlilik ve güven esaslarının da dikkate alınması gerektiği düşünüldüğünde, ilişkili tarafla akdedilmeyen işlemlerde kesin hükümsüzlük koşullarının oluşmaması kuvvetle muhtemeldir. Buradaki zararın hiçbir hukuka aykırı fiilden ya da ortaklık cephesindeki hiç kimsenin kusurundan ileri gelmemesi mümkündür. Artık ticaretin riskli doğasından bahsetmek gerekir. Aynı şekilde, işlem geçerli olsa da zarara özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden kimselerin sebebiyet vermesi hâlinde sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı unutulmamalıdır.

v. Zararlı ilişkili taraf işlemlerinde hukuki sonuç (yaptırım) kesin hükümsüzlük şeklinde tespit edilmiştir. Bu sonucu borç olmayan edimlerin iadesi izler. Lakin TTK m. 1530/1 hükmünü burada dikkate almak gerekir. Buna göre, *sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır*. Bu çerçevede iade yükümlülüğüne sebepsiz zenginleşmeye dair hükümler uygulanır. Lakin modern borçlar hukuku öğretisinde iadenin temellerini sözleşmeye dayandıran yazarlar da mevcuttur. Her hâlükârda ortaklığın bu ve ilgili diğer zararlarının tazmini için hukuki sorumluluğa başvurmak mümkündür. Yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 vd. ile hâkim şirketin sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 202 vd. burada ilk akla gelen hükümlerdir. Vasıtalı ilişkili tarafların sorumluluğuna ise kural olarak ancak TBK m. 49 uyarınca gidilebilir.

vi. Çalışmamızın bütününde şirketler topluluğuna dair değerlendirmelere yer verilmiştir. Şirketler topluluğu, TTK m. 195 vd. uyarınca pozitif temelleri bulunan ekonomik bir gerçekliktir. Aynı hâkimiyetin altındaki ortaklıkların birbirleriyle olan ilişkilerinde topluluk menfaatinin öne çıkacağı, bu durumun diğer menfaat sahipleri aleyhine sonuçlar yaratabileceği açıktır. Fakat bu durum grup içi işlemlerin tamamen yasaklanması için yeterli bir gerekçe değildir, zira topluluğun bu işlemlerden objektif faydalar sağlaması mümkündür. Yine, topluluk sinerjisinden yararlanmak meşru bir imkândır. Bu nedenle kanun koyucu topluluk içi işlemlerle bağlı şirkette kayba sebep olmayı belli şartlar altında ve sonradan kaybı ortadan kaldırmak koşuluyla mümkün görmüştür.

Aslında ilişkili taraf işlemlerinde de benzer bir menfaat dengesiyle karşılaşılır. Hâkimiyetten daha geniş bir kapsamda, yönetsel yeti altında, ortaklıkla ilişkili olan tarafın bu kudreti ortaklık malvarlığında azalmaya sebep olacak şekilde kullanmasına karşı çıkılmaktadır. Kurumlar arasındaki yakınlık hem kapsama hem de hükümlere yansır. TMS 24 şirketler topluluğunun tüm üyelerini birbirleri için ilişkili taraf kabul eder. Zararlı ilişkili taraf işlemlerini yasaklayan (TTK m. 358, SerPK m. 21) pozitif hukuk düzenlemeleri topluluk içindeki işlemlere uygulanır. Burada öğretisi TTK m. 202 vd. hükümlere dikkat çeker. Zararlı ilişkili taraf işlemlerine dair yaptırımların uygulanabilmesi için ilk olarak şirketler topluluğu rejiminin tanıdığı imkânların dışına çıkılmalıdır. Çizginin nerede çizileceği buradaki nihai sorudur. Kanaatimizce denkleştirme, ilişkili taraf işlemini zararlı addetmeden önce tanınmış son bir imkân niteliğindedir.

KAYNAKÇA

Ackerman Robert/ Chorvat Elizabeth, “**Modern Financial Theory and Transfer Pricing**”, George Mason Law Review, Y. 2002, C. 10, S. 4, s. 637-673.

Adıgüzel Burak, “**Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 1, s. 1-48. (*‘Rüçhan Hakkı’*)

Ağar Serkan, “**Transfer Fiyatlandırmasının Hukuki Niteliği**”, TBB Dergisi, Y. 2015, S. 119, s. 143-207. (*‘Hukuki Nitelik’*)

Ağar Serkan, “**Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında ‘İlişkili Kişi’**”, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 94, s. 187-234. (*‘İlişkili Kişi’*)

Akdağ Güney Necla, “**Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması**”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ankara: Yetkin, 2017, s. 45-68. (*‘Hakların Sakınılarak Kullanılması’*)

Akdağ Güney Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Vedat, 2016. (*‘Yönetim Kurulu’*)

Akdağ Güney Necla, “**Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 18, S. 3-4, s. 115-135. (*‘Eşitlik İlkesi’*)

Aker Halit, “**Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: ‘Hâkim Teşebbüs’**”, BATİDER, 2009, C. XXV, S. 2, s. 229-295.

Akgül Harun, “**Peçelemenin Özellikleri, Unsurları ve Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları**”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 3, S. 5, s. 71-87.

Akın İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2014. (*‘Sorumluluk Hukuku’*)

Akın Murat Yusuf, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, 2002. (*Sadakat Borcu*)

Akın Murat Yusuf/ Sulu Muhammed, “**Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2019, C. 25, S. 1, s. 169-184.

Aksoy Mehmet Ali, “**Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi**”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2017, C. 3, S. 2, s. 23-40.

Aktaş Betül, **İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

Aktaş Mehmet Murat, **Oydan Yoksun Hisse Senetleri**, Ankara: Yetkin, 2006.

Akyürek Koray, **Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Halka Açık Anonim Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP)**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Alan Bayram Volkan, **Sermaye Piyasası Kurulu’nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

Alışkan Murat, “**İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması ve İbraya İlişkin Kararlarda Oy Hakkından Yoksunluğa Aykırılığın Yaptırımı**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2021, C. 16, S. 174, s. 348-363. (*İbranın Reddi Kararı*)

Alışkan Murat, **Limited Şirket Tarihçe Niteliği**, İstanbul: Legal, 2013. (*Limited Şirket*)

Alper Gizem, “**Yönetim Kurulu Üyesinin Anonim Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 12, S. 1, s. 45-60.

Altay Sıtkı Anlam, “**Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler**”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul: Vedat, 2013, s. 3-20. (‘*Gözetim Yükümlülüğünün Sınırları*’)

Altay Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri**, İstanbul: Vedat, 2011. (‘*Yönetim Yetkilerinin Devri*’)

Altay Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul: Vedat, 2009. (‘*Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler*’)

Aminadav Gur/ Papaioannou Elias, “**Corporate Control around the World**”, The Journal of Finance, Y. 2020, C. 75, S. 3, s. 1191-1246.

Amzaleg Yaron/ Barak Ronen, “**Ownership Concentration and the Value Effect of Related Party Transactions (RPTs)**”, Journal of Modern Accounting and Auditing, Y. 2013, C. 9, S. 2, s. 239-255.

Ansay Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? (Kitap Tanıtımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi)**, Ankara: BTHAE, 2005.

Ararat Melsa/ Eroğlu Muzaffer, “**Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 105-122.

Arıcı Fatih M./ Veziroğlu Cem, **Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2018.

Ataman Akgül Başak/ Akay Hüseyin, **Uluslararası Muhasebe Standartları ve Türkiye’de Uygulama Etkinliğine İlişkin Bir Araştırma**, 2. Baskı, İstanbul: Türkmen, 2004.

Atanasov Vladimir/ Black Bernard/ Ciccotello Conrad S., “**Unbundling and Measuring Tunneling**”, University of Illinois Law Review, Y. 2014, S. 5, s. 1697-1738. (‘*Unbundling and Measuring*’)

Atanasov Vladimir/ Black Bernard/ Ciccotello Conrad S., “**Law and Tunneling**”, Journal of Corporation Law, Y. 2011, C. 37, S. 1, s. 1-50. (*‘Law and Tunneling’*)

Atanasov Vladimir/ Black Bernard/ Ciccotello Conrad/ Gyoshev Stanley, “**How does law affect finance? An examination of equity tunneling in Bulgaria**”, Journal of Financial Economics, Y. 2010, C. 96, S. 1, s. 155-173.

Ateş Leyla, **Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme**, Ankara: Turhan, 2011.

Atlıhan Özen, “**Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı (TTK m. 334 – Tasarı m. 395)**”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2009, C. 83, S. 4, s. 1949-1992.

Ayan Özge, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara: Adalet, 2013.

Aydın Alihan, “**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/ Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu**”, Batider, Y. 2014, C. XXX, S. 1, s. 123-188.

Aydoğan Gökhan, **Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: BTHAE, 2021.

Aygün Mehmet, **İlişkili Taraflarla Yapılan İşlemler Aracılığıyla Azınlık Hissedarlarının İstismarı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Ayhan Rıza/ Çağlar Hayrettin/ Özdamar Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, 2020.

Ayoğlu Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul: On İki Levha, 2018. (*‘Şirketler Hukukunda Tahkim’*)

Ayoğlu Tolga, “**Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 93-104. (*‘Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı’*)

Ayoğlu Tolga, “**Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı ile Alınan Genel Kurul Kararlarının Akıbeti (TTK md. 361/3’ün Uygulama Alanı)**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2002/1 (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan), s. 734-746. (*‘Oydan Yoksun Pay Sahiplerinin Katılımı’*)

Aytaç Zühtü, **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara: BTHAE, 1982. (*‘Anonim Ortaklıklarda İbra’*)

Aytaç Zühtü, “**Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu**”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 4, s. 5-55. (*‘Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması’*)

Bahar Sayın Hediye, **Pay Sahipleri Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2017.

Bahtiyar Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul: Beta, 2021. (*‘Ortaklıklar Hukuku’*)

Bahtiyar Mehmet, **Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta, 2019. (*‘Sermaye Piyasası Hukuku’*)

Bahtiyar Mehmet, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi**”, TBB Dergisi, Y. 2005, S. 61, s. 47-106. (*‘Tasarının Değerlendirilmesi’*)

Bahtiyar Mehmet/ Hamamcıoğlu Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, İstanbul: Beta, 2014.

Balsam Steven/ Gifford Richard H./ Puthenpurackal John, “**Related Party Transactions, Corporate Governance and CEO Compensation**”, Journal of Business Finance & Accounting, C. 44, S. 5-6, s. 854-894.

Baş Kadir, “**Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları**”, Batider, Y. 2020, C. XXXVI, S. 1, s. 57-97.

Baştürk İhsan, “**Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu**”, DEÜHFD, C. 21, Özel S. (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), s. 861-912.

Baums Theodor/ Scott Kenneth E., “**Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany**”, The American Journal of Comparative Law, Y. 2005, C. 53, S. 1, s. 31-75.

Bava Fabrizio/ Gromis di Trana Melchiorre, “**Disclosure on Related Party Transactions: Evidence from Italian Listed Companies**” Accounting, Economics and Law: A Convivium, Y. 2016, C. 6, S. 2, s. 119-150.

Bilgili Fatih/ Demirkapı Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Basım, Bursa: Dora, 2013.

Bilgin Esra Pinar, “**Anonim Ortaklıklar Hukukunda Eşit İşlem İlkesi ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları**”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2016, C. 5, S. 19, s. 997-1019.

Blanc Mathieu, “**Corporate Purpose and Board of Directors: Means and Ends of Corporate Governance**”, SZW, Y. 2020, s. 227-239.

Bodur Gülşirin, **Türkiye Muhasebe/ Finansal Raporlama Standartlarının Getirdiği Temel Değişiklikler ve Finansal Analize Etkileri – Tek Düzen Hesap Planına Göre**, Ankara: Gazi, 2012.

Bona-Sánchez Carolina/ Fernández-Senra Carmen Lorena/ Pérez-Alemán Jeronimo, “**Related-party transactions, dominant owners and firm value**”, Business Research Quarterly, Y. 2017, S. 20, s. 4-17.

Bora Sevda, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, Ankara: Seçkin, 2017.

Bozkurt İbrahim, **Türkiye Muhasebe Standartları**, Ankara: Adalet, 2013.

Böckli Peter, “**Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR**”, GesKR, Y. 2012, s. 354-371. (*‘Art. 717a’*)

Böckli Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Vierte, vollständig neu überarbeitete Auflage, Zürich: Schulthess, 2009. (*‘Aktienrecht’*)

Böckli Peter/ Davies Paul L. ve diğerleri, “**A Proposal for the Reform of Group Law in Europe**”, European Business Organization Law Review, Y. 2017, S. 18, s. 1-49.

Brudney Victor, “**Equal Treatment of Shareholders in Corporate Distributions and Reorganizations**”, California Law Review, Y. 1983, C. 71, S. 4, s. 1072-1133.

Bulgur Meltem Hayat, “**Örtülü Kazanç Dağıtımı ile Hâkim Şirketin Bağlı Şirkete Vermiş Olduğu Talimatlar Doğrultusunda Bağlı Şirketin Kayba Uğraması Arasındaki İlişki**”, Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, S. 2, s. 133-154.

Can Mehmet Çelebi, **Hakimiyet Sözleşmesi**, Ankara: Adalet, 2020.

Canözü Salih, **Anonim Şirketlerde İbra**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Cheffins Brian R., “**The Undermining of UK Corporate Governance (?)**”, Oxford Journal of Legal Studies, Y. 2013, C. 33, S. 3, s. 503-533.

Chen Christopher/ Wan Wai Yee, “**Transnational Corporate Governance Codes: Lessons from Regulating Related Party Transactions in Hong Kong and Singapore**”, Research Collection School of Law 11-2019, Singapore Management University, 2019. (Kaynak: SSRN; E.T. 05.01.2021)

Chenau Jean-Luc/ Gachet Alexandre, “**Art. 678**”, Commentaire Romand Code des obligations II (Ed. Pierre Tercier/ Marc Amstutz/ Rita Trigo Trindade), 2^e édition, Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2017, s. 619-640. (*‘CR CO II-Chenau/ Gachet’*)

Chiu Ning/ Truesdell Richard, **“Disclosure and Approval of Related Party Transactions: Examining the Revised Regulations”**, The Corporate Governance Advisor, Y. 2009, C. 17, S. 3, s. 17-21.

Cho Sungbin/ Lim Kyung-Mook, **“Tunneling by Related-party Transactions: Evidence from Korean Conglomerates”**, Asian Economic Journal, Y. 2018, C. 32, S. 2, s. 147-164.

Choi Hyunjung/ Cho Jungeun, **“Related-Party Transactions, Chaebol Affiliations, and the Value of Cash Holdings”**, Sustainability, Y. 2021, C. 13, S. 2, s. 699-711.

Chong Sebastian/ Dean Graeme, **“Related Party Transactions: A Preliminary Evaluation of SFAS 57 and IAS 24 Using Four Case Studies”**, ABACUS, Y. 1985, C. 21, S. 1, s. 84-100.

Conac Pierre-Henri/ Enriques Luca/ Gelter Martin, **“Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”**, European Company and Financial Law Review, Y. 2007, C. 4, S. 4, s. 491-528.

Çalışkan Merdan, **“Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarında Oy Hakkı Bulunmayanlar”**, Mali Çözüm Dergisi, Y. 2012, S. 111 (Mayıs-Haziran), s. 119-129.

Çamoğlu Ersin, **“Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 117-118, s. 63-76. (*‘Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri’*)

Çamoğlu Ersin, **“Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2013/2, s. 19-33. (*‘Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması’*)

Çamoğlu Ersin, **“Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2011/1 (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan), s. 197-212. (*‘Tek Kişilik Yönetim Kurulu’*)

Çamoğlu Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2010. (*‘Hukuki Sorumluluk’*)

Çebi Hakan, **İşletme Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet, 2014.

Çeker Mustafa, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Ankara: BTHAE, 2000. (*‘Oy Hakkı’*)

Çeker Mustafa, “**Şirkete Borçlanma Yasağı**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2012, C. 18, S. 2, s. 659-670. (*‘Borçlanma Yasağı’*)

Çelik Aydın, **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası**, Ankara: Adalet, 2007.

Çelikboya Kerem, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Çelikaş İlyas, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 11, S. 3-4 (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı), s. 59-72.

Çelikyurt Fatih, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması**, İstanbul: Beta, 2018.

Çoştan Hülya, “**Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı**”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 155-190.

Dağ Üner, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması**, İstanbul: Beta, 1996.

Dahya Jay/ Dimitrov Orlin/ McConnell John J., “**Dominant shareholders, Corporate boards, and Corporate value: A cross-country analysis**”, Journal of Financial Economics, Y. 2008, S. 87, s. 73-100.

Davies Paul, **“Related Party Transactions: UK Model”**, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 361-399.

Dekker Stephan, **“OR 678”**, Aktienrecht Kommentar (Hrsg. Jeannette Wibmer), Zürich: Orell Füssli, 2016.

Demir H. Erdal, **Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, İstanbul: On İki Levha, 2013.

Demir Volkan/ Bahadır Oğuzhan, **UFRS/IFRS Kapsamında İşletme Birleşmeleri ve Konsolidasyon**, 2. Baskı, Ankara: Nobel, 2009.

Demirağ Aktaş Leylan, **“Anonim Ortaklıktaki Tasfiye Payı ve Hazırlık Dönemi Faizinde Eşit İşlem İlkesi”**, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 12, S. 144, s. 67-82.

Demirci Ebru, **“Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018. (*‘Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı’*)

Demirci Ebru, **“Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyelerinin Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı”**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 22, S. 2, s. 37-73. (*‘Şirkete Borçlanma Yasağı’*)

Develi Bilge, **“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 443-489.

Diab Ahmed A./ Aboud Ahmed/ Hamdy Arafat, **“The impact of related party transactions on firm value – Evidence from a developing country”**, Journal of Financial Reporting and Accounting, Y. 2019, C. 17, S. 3, s. 571-588.

Dietschi Niklaus, **Beabsichtigte Sachübernahmen**, Zürich/ St. Gallen: Dike, 2012.

Dinç Serhan, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Hâlleri**”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2016, S. 4, s. 139-175.

Djankov Simeon/ La Porta Rafael/ Lopez-de-Silanes Florencio/ Shleifer Andrei, “**The law and economics of self-dealing**”, Journal of Financial Economics, Y. 2008, S. 88, s. 430-465.

Doğan Beşir Fatih, **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, İstanbul: Vedat, 2011. (*‘Yönetim Kurulu’*)

Doğan Beşir Fatih, “**Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2005, C. 18, S. 56, s. 48-60. (*‘Geri Ödeme Yasağı’*)

Dow Sandra/ McGuire Jean, “**Propping and tunneling: Empirical evidence from Japanese keiretsu**”, Journal of Banking & Finance, Y. 2009, S. 33, s. 1817-1828.

Dönmez Adnan, “**İlişkili Taraf İşlemlerinin Uluslararası Denetim Standartları ve Sermaye Piyasası Kurulu Düzenlemeleri Açısından Değerlendirilmesi**”, Mali Çözüm Dergisi, Y. 2010, S. 102 (Kasım-Aralık), s. 83-107.

Dural H. Ali, “**Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı**”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 225-239. (*‘Önemli Miktarda Varlık Satışı’*)

Dural H. Ali, “**Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005. (*‘Kilitlenme’*)

Duran Arif, **Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Dyck Alexander/ Zingales Luigi, “**Private Benefits of Control**”, The Journal of Finance, Y. 2004, C. 59, S. 2, s. 537-600.

Ehrhardt Olaf/ Nowak Eric, “**Private Benefits and Minority Shareholder Expropriation: Empirical Evidence from IPOs of German Family-Owned Firms**”, CFS Working Paper, No. 2001/10, Goethe University Frankfurt, Center for Financial Studies, 2001. (Kaynak: <http://hdl.handle.net/10419/25376>; E.T. 17.02.2021)

Eisenberg Melvin Aron, “**Self-Interested Transactions in Corporate Law**”, The Journal of Corporation Law, Y. 1988, C. 13, S. 4, s. 997-1009.

Van der Elst Christoph, “**The Corporate response to shareholder activism**”, ERA Forum, Y. 2014, S. 15, s. 229-242.

Eminoğlu Cafer, “**Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından ‘Eşit Şartlarda Eşit İşlem’ İlkesi**”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 79-88. (*‘Eşit Şartlarda Eşit İşlem’*)

Eminoğlu Cafer, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, İstanbul: On İki Levha, 2014. (*‘Kurumsal Yönetim’*)

Eminoğlu Cafer, **Konzern/ Gesellschaftengruppe**, İstanbul: On İki Levha, 2013. (*‘Konzern’*)

Engert Andreas/ Florstedt Tim, “**Which related party transactions should be subject to ex ante review? Evidence from Germany**”, Journal of Corporate Law Studies, 2020, C. 20, S. 2, s. 263-290.

Enriques Luca, “**Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)**”, European Business Organization Law Review, Y. 2015, S. 16, s. 1-37. (*‘Related Party Transactions’*)

Enriques Luca, “**The Law on Company Directors’ Self-Dealing: A Comparative Analysis**”, International and Comparative Corporate Law Journal, Y. 2000, C. 2, S. 3, s. 297-333. (*‘Self-Dealing’*)

Enriques Luca/ Hertig Gerard/ Kanda Hideki/ Pargendler Mariana, “**Related-Party Transactions**”, The Anatomy of Corporate Law (Ed. John Armour/ Luca Enriques ve diğerleri), 3rd Edition, Oxford: OUP, 2017, s. 145-169.

Enriques Luca/ Tröger Tobias H., “**The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 1-20.

Ercoskun Şenol Kübra, “**Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1693-1726.

Erdal Deniz İpek, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Belirlenmesinde Pay Sahiplerinin Karar Sürecine Katılması (Say on Pay) ve Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler**”, TBB Dergisi, Y. 2019, S. 142, s. 383-428. (*‘Yabancı Hukuktaki Yasal Düzenlemeler’*)

Erdal Deniz İpek, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Hakların Belirlenmesinde Pay Sahiplerinin Karar Sürecine Katılması (Say on Pay)**, Yeterlilik Etüdü, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 2017. (*‘Say on Pay’*)

Erdem Halil Ercüment, “**Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi**”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul: Vedat, 2009, s. 393-524. (*‘Eşit İşlem İlkesi’*)

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara: Yetkin, 2015.

Eryiğit Harun, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Esin İsmail, “**Hissedarlar Sözleşmesi**”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 475-481.

European Company Law Experts Group (ECLE), “**Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions**”, ECGI Law Working Paper No. 543/2020, European Corporate Governance Institute, 2020. (*‘ECLE, Implementation of the SRD II’*)

Evik Ali Hakan, **Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Farrar John H./ Watson Susan, **“Self-Dealing, Fair Dealing and Related Party Transactions – History, Policy and Reform”**, Journal of Corporate Law Studies, Y. 2011, C. 11, S. 2, s. 495-523.

Florstedt Tim, **“Der Aktionärsschutz bei Geschäften mit nahestehenden Personen gem. § 107 AktG und §§ 111 a-c AktG”**, ZHR, Y. 2020, S. 184, s. 10-42.

Forstmoser Peter/ Meier-Hayoz Arthur/ Nobel Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern: Stämpfli, 1996.

Franks Julian/ Mayer Colin/ Wagner Hannes F., **“The Origins of the German Corporation – Finance, Ownership and Control”**, Review of Finance, Y. 2006, C. 10, S. 4, s. 537-585.

Friedman Eric/ Johnson Simon/ Mitton Todd, **“Propping and tunneling”**, Journal of Comparative Economics, Y. 2003, C. 31, S. 4, s. 732-750.

Friz Enrico, **“Darlehen an Konzerngesellschaften”**, GesKR, Y. 2006, S. 4, s. 325-330.

Gençoğlu Ümit Gücenme, **Türkiye Muhasebe Standartları ve Uygulamalar**, İstanbul: Türkmen, 2007.

Goergen Marc/ Martynova Marina/ Renneboog Luc, **“Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe”**, Oxford Review of Economic Policy, Y. 2005, C. 21, S. 2, s. 243-268.

Goergen Marc/ Renneboog Luc, **“Why Are the Levels of Control (So) Different in German and U.K. Companies? Evidence from Initial Public Offerings”**, Journal of Law, Economics & Organization, Y. 2003, C. 19, S. 1, s. 141-175.

Gilson Ronald J., **“Controlling Family Shareholders in Developing Countries: Anchoring Relational Exchange”**, Stanford Law Review, Y. 2007, S. 60, s. 633-655. (*‘Family Shareholders’*)

Gilson Ronald J., **“Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy”**, Harvard Law Review, Y. 2006, C. 119, S. 6, s. 1641-1679. (*‘Controlling Shareholders’*)

Gilson Ronald J./ Milhaupt Curtis J., “**Shifting Influences on Corporate Governance: Capital Market Completeness and Policy Channeling**”, ECGI Working Paper No. 546/2020, European Corporate Governance Institute, 2020. (Kaynak: SSRN; E.T. 15.01.2021)

Gordon Elizabeth A./ Henry Elaine/ Palia Darius, “**Related Party Transactions and Corporate Governance**”, Corporate Governance – Advances in Financial Economics Volume 9 (Ed. Mark Hirschey/ Kose John/ Anil K. Makhija), Bingley: Emerald Publishing, 2004, s. 1-27.

Goshen Zohar, “**The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality**”, California Law Review, Y. 2003, C. 91, S. 2, s. 393-438.

Göktürk Kürşat, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara: Adalet, 2015.

Görmez Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, İstanbul: Beta, 2017.

Guadalupe Maria/ Pérez-Gonzalez Francisco, “**Competition and Private Benefits of Control**”, AFA 2007 Chicago Meetings Paper, 2010. (Kaynak: SSRN; E.T. 17.02.2021)

Günay Ece Deniz, **Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2018. (‘Örtülü Kazanç Aktarımı’)

Günay Ece Deniz, “**Kamuyu Aydınlatma İlkesinin 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Yansımaları**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2013, C. 8, S. 77, s. 20-22 (‘Yansımalar’)

Güney Cengiz, “**Türkiye Muhasebe Standardı (TMS) 24: İlişkili Taraf Açıklamaları Borsa İstanbul Üzerine Bir Araştırma**”, Muhasebe ve Denetime Bakış, Y. 2020, S. 60, s. 177-206.

Gürel Murat, **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1)**, Ankara: BTHAE, 2014. (‘Finansal Destek Verme Yasağı’)

Gürel Murat, “**Şirket Birleşmelerinde Finansal Destek Verme Yasağına İlişkin TTK 380.1 Uygulanabilir mi?**”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 4, s. 187-211. (*‘Birleşme’*)

Gürpınar Bünyamin, “**Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1101-1125.

Hacımahmutoğlu Sibel, “**Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Kendilerine Verilen Yetkiler İçinde İşlem Yapma ve Yetkileri Veriliş Amaçlarına Uygun Kullanma Yükümlülükleri**”, Batider, Y. 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 65-103. (*‘Yetkilerin Sınırları’*)

Hacımahmutoğlu Sibel, “**AT Komisyonu’nun Ortaklığın Kontrolünü Ele Geçirme Aracı Olarak Pay Alım Önerisine İlişkin 13. Ortaklıklar Hukuku Yönerge Teklifi Üzerine Bir İnceleme**”, Batider, Y. 2001, C. XXI, S. 1, s. 95-138. (*‘Yönerge Teklifi’*)

Handschin Lukas/ Kenel Luca, “**Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR**”, Festschrift für Anton K. Schnyder (Hrsg. Pascal Grolimund/ Alfred Koller/ Leander D. Loacker/ Wolfgang Portmann), Zürich: Schulthess, 2018, s. 1035-1052.

Hatemi Hüseyin/ Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul: Vedat, 2017.

Helleringer Geneviève, “**Related Party Transactions in France: A Critical Assessment**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 400-425.

Helvacı Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul: Beta, 2001. (*‘Hukuki Sorumluluk’*)

Helvacı Mehmet/ Cankat Rifat, “**Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı**”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 521-552.

Helvacı Mehmet/ Çamurcu Emin/ Türkyılmaz İsmail, “**Özellikle Anonim Şirketler Açısından Şirket Menfaati Kavramı**”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 309-330.

Hızır Serdar, “**Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler**”, Batider, Y. 2013, C. XXIX, S. 2, s. 227-289. (‘*Değerlendirmeler*’)

Hızır Serdar/ Merki Duygu, “**Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları**”, AÜHFD, Y. 2014, C. 63, S. 4, s. 779-812.

Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Watter Rolf, **Basler Kommentar – Obligationenrecht II-I**, 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012. (‘*BSK OR II-Bölüm Yazarı*’)

İmregün Oğuz, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1962.

Jian Ming/ Wong T. J., “**Propping through related party transactions**”, Review of Accounting Studies, Y. 2010, S. 15, s. 70-105.

Jiang Guohua/ Lee Charles M.C./ Yue Heng, “**Tunneling through intercorporate loans: The China experience**”, Journal of Financial Economics, Y. 2010, S. 98, s. 1-20.

Johnson Simon/ La Porta Rafael/ Lopez-de-Silanes Florencio/ Schleifer Andrei, “**Tunneling**”, AEA Papers and Proceedings, Y. 2000, C. 90, S. 2, s. 22-27.

Kalpsüz Turgut, “**Bilânço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kurul Kararının İptali**”, Batider, Y. 1979, C. X, S. 1, s. 23-65.

Kaneti Selim/ Ekmekçi Esra/ Güneş Gülsen/ Kaşıkçı Mahmut, **Vergi Hukuku**, İstanbul: Filiz, 2019.

Kaplan Dönmez Nergis Feride, “**Transfer Fiyatlandırması Kavramı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi**”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Y. 2020, C. 12, S. 23, s. 403-425.

Kara Doğan/ Develioğlu H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Kara Döndü/ Can Ahmet Vecdi, “**Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramının 6728 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi**”, İşletme Bilimi Dergisi (JOBS), Y. 2017, C. 5, S. 1, s. 13-33.

Karacan Ali İhsan, “**İlişkili Taraf İşlemleri Üzerine – Giriş ve Bir Tarama**”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2014, C. 3, S. 10, s. 45-106. (*‘İlişkili Taraf İşlemleri’*)

Karasu Rauf, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 4, S. 2, s. 33-60.

Karğın Sibel, **TMS/TFRS Kapsamında İşletmelerde İlişkili Taraflar**, Ankara: Gazi, 2013.

Karşlıoğlu Hasan, **Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı**, Ankara: Adalet, 2015.

Kaşak Esra, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

Kaya Arslan, “**Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı**”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 149-161. (*‘Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı’*)

Kaya Arslan, “**Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının TK’ya Tabi Şirketler/ Şirketler Topluluğu ve SerPK ile İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi – Vakıa Üzerinden Bir Deneme**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3 (Özel Sayı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), s. 1531-1547. (*‘Şirketler Topluluğu ve SerPK İlişkisi’*)

Kaya Arslan, “**Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M. 21)**”, İÜHFM, Y. 2013, C. LXXI, S. 2, s. 193-204. (*‘SerPK m. 21’*)

Kendigelen Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul: On İki Levha, 2016. (*‘İlk Tespitler’*)

Kendigelen Abuzer, **Hukukî Mütalâalar Cilt XII: 2012-2013/1**, İstanbul: On İki Levha, 2015. (*‘Mütalâalar XII’*)

Kendigelen Abuzer, **Hukukî Mütalâalar Cilt XI: 2010-2011**, İstanbul: On İki Levha, 2013. (*‘Mütalâalar XI’*)

Keskin Mustafa, **Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

Kılıç Akyıldız Gizem, “**Karar İncelemesi: Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), s. 2299-2313.

Kılıçoğlu Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara: Turhan, 2018.

Kırca İsmail/ Şehirali Çelik Feyzan Hayal/ Manavgat Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara: BTHAE, 2013. (*‘Anonim Şirketler Hukuku C. 1’*)

Kırca İsmail/ Gürel Murat, “**Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı**”, Batider, Y. 2014, C. XXX, S. 2, s. 5-19.

Kırkbeşoğlu Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Kirchmaier Thomas/ Grant Jeremy, “**Financial Tunnelling and the Revenge of the Insider System**”, Financial Markets Group Discussion Paper No. 536, London School of Economics and Political Science, 2005.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/ Hatemi Hüseyin/ Serozan Rona/ Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Birinci Cilt**, 7. Bası, İstanbul: Filiz, 2017.

Kohlbeck Mark/ Mayhew Brian W., “**Are Related Party Transactions Red Flags?**”, Contemporary Accounting Research, Y. 2017, C. 34, S. 2, s. 900-928. (‘*Red Flags*’)

Kohlbeck Mark/ Mayhew Brian W., “**Valuation of firms that disclose related party transactions**”, Journal of Accounting and Public Policy, Y. 2010, S. 29, s. 115-137. (‘*Valuation of firms*’)

Konijn Sander J.J./ Kräussl Roman/ Lucas Andre, “**Blockholder dispersion and firm value**”, Journal of Corporate Finance, Y. 2011, S. 17, s. 1330-1339.

Korkut Ömer, “**Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması**”, Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi, Y. 2007, C. 11, S. 2, s. 1-9.

Köse Tunç/ Ferhatoğlu Emrah, **Transfer Fiyatlandırması (Üretim İşletmelerinde Uygulama)**, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008.

Kumkale Rüknettin, “**Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2015, C. 10, S. 110, s. 161-163.

Kurt Ekrem, **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara: Adalet, 2014.

Kutgi Taşan Ayşe Selcen, “**Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2018/2, C. 17, S. 34, s. 143-180.

Kuthe Thorsten/ Lingen Gero, “**Neue Compliance-Anforderungen durch das ARUG II**”, Compliance Berater, Y. 2019, s. 378-383.

Küçük Muzaffer, **Türkiye Muhasebe Standartları Uygulaması – Genel Bakış**, Ankara: Yaklaşım, 2012.

Langenbucher Katja, “**(No) market for Corporate Governance? Related party transactions and shareholder approval rights**”, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015 (Hrsg. Cordula Stumpf/ Friedemann Kainer/ Christian Baldus), Baden-Baden: Nomos, 2015, s. 312-318.

Lele Priya P./ Siems Mathias M., “**Shareholder Protection: A Leximetric Approach**”, Journal of Corporate Law Studies, Y. 2007, C. 7, S. 1, s. 17-50.

Li Nan, “**Do Greater Shareholder Voting Rights Reduce Expropriation? Evidence from Related Party Transactions**”, Columbia Business School Research Paper, Columbia University, 2018. (Kaynak: <https://www8.gsb.columbia.edu/programs/doctoral-program/dissertations/do-greater-shareholder-voting-rights-reduce-expropriation-evidence>; E.T. 17.02.2021)

Lo Agnes W.Y./ Wong Raymond M.K./ Firth Michael, “**Can corporate governance deter management from manipulation earnings? Evidence from related-party sales transactions in China**”, Journal of Corporate Finance, Y. 2010, S. 16, s. 225-235.

Louwers Timothy J./ Henry Elaine/ Reed Brad J./ Gordon Elizabeth A., “**Deficiencies in Auditing Related-Party Transactions: Insights from AAERs**”, Current Issues in Auditing, Y. 2008, C. 2, S. 2, s. 10-16.

Maigoshi Zaharaddeen Salisu/ Latif Rohaida Abdul/ Kamardin Hasnah, “**Earnings Management: A Case of Related Party Transactions**”, International Journal of Economics and Financial Issues, Y. 2016, C. 6, S. 7 (Özel Sayı), s. 51-55.

Manavgat Çağlar, “**Halka Açık Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurulunda Yetki Devri Zorunlu mudur?**”, Terazı Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 31-37. (‘Yetki Devri’)

Manavgat Çağlar, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara: BTHAE, 2016. (‘Halka Açık Anonim Ortaklıklar’)

Manavgat Çağlar, “**Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları**”, Batider, Y. 2015, C. XXXI, S. 1, s. 87-105. (‘Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları’)

Manavgat Çağlar, “**Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları**”, İÜHFM, Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 287-298. (‘TTK Hükümlerinin Uygulanması ve Sınırları’)

Manavgat Çağlar, “**Sermaye Piyasası Kanunu’nun 46.1.C Hükümü Çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu’nun Hukuka Aykırılığın Tespiti veya İptal Davası Açma Yetkisinin Kapsamı**”, Batider, Y. 2011, C. XXVII, S. 3, s. 43-61. (*‘SerPK 46.1.C Hükümünün Kapsamı’*)

Manavgat Çağlar, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri**”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 523-551. (*‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’*)

Masun Mehmet Altan, “**Çokuluslu Şirketlerin Finansal Yönetiminde Transfer Fiyatlandırması ve Bir Uygulama**”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2019, C. 41, S. 1, s. 247-255.

McCahery Joseph A./ Vermeulen Erik P. M., “**Mandatory Disclosure of Blockholders and Related Party Transactions: Stringent versus Flexible Rules**”, European Banking Center Discussion Paper No. 2011-030, Tilburg University, 2011. (*‘Mandatory Disclosure’*)

McCahery Joseph A./ Vermeulen Erik P. M., “**Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post-Parmalat Agenda**”, Corporate Governance in Context (Ed. Klaus J. Hopt/ Eddy Wymeersch/ Heideki Kanda/ Harald Baum), Oxford: OUP, 2005, s. 215-245. (*‘Corporate Governance Crises’*)

Meier-Hayoz Arthur/ Forstmoser Peter, **Droit suisse des sociétés**, Berne : Stämpfli, 2015.

Memiş Tekin, “**Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu Üyeliği ve Sorumluluk Halleri**”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, Özel Sayı, s. 38-45. (*‘Birden Fazla Şirkette Yönetim Kurulu’*)

Milhaupt Curtis J./ Pargendler Mariana, “**Related Party Transactions in State-Owned Enterprises**”, The Law and Finance of Related Party Transactions (Ed. Luca Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 245-259.

Moroğlu Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2017. (*‘Hükümsüzlük’*)

Moroğlu Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu – Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2016. (*‘Değerlendirme’*)

Moroğlu Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul: Vedat, 2015. (*‘Oy Sözleşmeleri’*)

Moroğlu Erdoğan, “**Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması**”, Batider, Y. 1994, C. XVII, S. 3, s. 47-55. (*‘Çoğunluk Paysahiplerinin Korunması’*)

Mortaş Mustafa/ Denk Ozan, **TFRS-10 Konsolide Finansal Tablolar Standardına Göre Birleşme, Konsolidasyon, Muhasebeleştirme ve Raporlama**, Ankara: Eğitim Yayınevi, 2020.

Mülazımoğlu Mehmet, **Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi – Alternatif Bir Sistem Önerisiyle Birlikte**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Mülbert Peter O., “**Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?**”, ZHR, Y. 2015, S. 179, s. 645-667.

Nomer N. Füsün, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul: Beta, 1999. (*‘Sadakat Yükümlülüğü’*)

Nomer N. Füsün, “**Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi**”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul: Beta, 1998, s. 469-490. (*‘Eşit İşlem İlkesi’*)

Nomer N. Füsün, **Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar**, İstanbul: Beta, 1994. (*‘Oydan Yoksun Paylar’*)

Odman Boztosun N. Ayşe, **Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği**, Ankara: Seçkin, 2013.

OECD, **Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations**, Paris: OECD Publishing, 2017. (*‘Transfer Pricing’*)

OECD, **Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights**, Paris: OECD Publishing, 2012. (*‘Related Party Transactions’*)

Oğuzman M. Kemal/ Barlas Nami, **Medenî Hukuk**, 23. Bası, İstanbul: Vedat, 2017.

Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1**, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul: Vedat, 2020. (*‘Cilt 1’*)

Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2**, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul: Vedat, 2020. (*‘Cilt 2’*)

Okutan Nilsson Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: On İki Levha, 2009. (*‘Şirketler Topluluğu’*)

Okutan Nilsson Gül, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı, 2004. (*‘Paysahipleri Sözleşmeleri’*)

Onay İsmail, **Transfer Fiyatlandırması (OECD Yaklaşımı Işığında Türk Vergi Pratiği)**, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2020.

Orak Çelikboya Leyla, **Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

Oulevey Xavier, **L’institution de la décharge en droit de la société anonyme**, Zurich: Schulthess, 2008.

Öcal Akar, “Fransız, Belçika ve İsviçre Hukuklarında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılmaktan Yasaklanması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, s. 335-343.

Önder Mehmet Fahrettin/ Karademir Halis, “İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk”, Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 10, S. 4, s. 173-186.

Örten Remzi/ Kaval Hasan/ Karapınar Aydın, **Türkiye Muhasebe – Finansal Raporlama Standartları (TMS – TFRS) Uygulama ve Yorumları**, 10. Baskı, Ankara: Gazi, 2017.

Özbek Yiğit, “TMS 24: İlişkili Taraf Açıklamaları”, Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi (MÖDAV), Y. 2009, S. 4, s. 147-182.

Özcanlı F. Beril, **Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması**, İstanbul: On İki Levha, 2021. (*Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*)

Özcanlı F. Beril, “**Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa’da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2017/2, s. 355-387. (*Yeni Yaklaşımlar*)

Özdamar Mehmet/ Doğan İlker, “**Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı**”, Bankacılar Dergisi, Y. 2013, S. 86, s. 3-26.

Özdin Funda, “**Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu – Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak**”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Ed. Havva Karagöz/ F. Beril Özcanlı/ Seda Palanduz), 20-22 Temmuz 2020, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 85-121. (*Sermayenin İadesi Yasağı*)

Özdin Funda, “**Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§ 57/I/c.3 AktG, § 30/I/c.2 GmbHG)**”, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2012 (Kaynak: arslanlibilimarsivi.com; E.T. 15.04.2020). (*Cash Pooling*)

Özkorkut Korkut, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler**”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 45-71. (*TTK’da Yapılan Değişiklikler*)

Paccès Alessio M., **Rethinking Corporate Governance: The law and economics of control powers**, London & New York: Routledge, 2012.

Paslı Ali, “**Türk Ticaret Kanunundaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 27-42. (*Hükümlerin Değerlendirilmesi*)

Paslı Ali, “**Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 – Kısım 4 – Bölüm 1: Genel Hükümler ve Temel İlkeler**”, Batider, Y. 2011, C. XXVII, S. 3, s. 137-167. (*‘Temel İlkeler’*)

Paslı Ali, “**Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan ‘Oy’un Hukuki Niteliği (Bölüm I: Kavram)**”, İÜHF, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 167-182. (*‘Oyun Hukuki Niteliği’*)

Paslı Ali, “**Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu**”, İÜHF, Y. 2008, C. LXVI, S. 2, s. 345-357. (*‘Kontrol Sahibi’*)

Paslı Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)**, İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı, 2004. (*‘Kurumsal Yönetim’*)

Pazarbaşı Gülşen, **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin, 2018.

Pehlivanoglu Murat Can, “**Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açılımlarından ‘İşlem’ ve ‘İlişkili Kişi’ Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2017.

Pétel Philippe (Ed.), **Code de commerce**, Vingt-sixième édition, Paris: Lexis Nexis, 2013.

Pizzo Michele, “**Related party transactions under a contingency perspective**”, Journal of Management and Governance, Y. 2013, S. 17, s. 309-330.

Pomelli Alessandro, “**Related-Party Transactions and the Intricacies of Ex Post Judicial Review: The Parmalat/ Lactalis Case**”, European Company and Financial Law Review, Y. 2016, C. 13, S. 1, s. 73-105.

Poroy Reha/ Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul: Vedat, 2019. (*‘Ortaklıklar Hukuku I’*)

Poroy Reha/ Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul: Vedat, 2019. (*‘Ortaklıklar Hukuku II’*)

Poroy Reha/ Yasaman Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul: Vedat, 2017.

Pulaşlı Hasan, “**Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Donduğu Haller**”, Batider, Y. 2017, C. XXXIII, S. 3, s. 15-38. (*‘Oy Hakkının Sınırlandırılması’*)

Pulaşlı Hasan, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu**”, Batider, Y. 2009, C. XXV, S. 1, s. 27-63. (*‘Özen Yükümlülüğü’*)

Pulaşlı Hasan, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, s. 259-277. (*‘Güven Sorumluluğu’*)

Pulaşlı Hasan, “**Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü**”, Batider, Y. 2005, C. XXIII, S. 1, s. 31-58. (*‘Ücretlerin Açıklanma Yükümü’*)

Pulaşlı Hasan, **Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model: Corporate Governance (Kurumsal Yönetim İlkeleri)**, Ankara: BTHAE, 2003. (*‘Corporate Governance’*)

Reutter Thomas U., “**EU Shareholder Rights Directive: Action required for Switzerland?**”, Swiss Capital Markets Law, Y. 2016, S. 43.

Ringe Wolf-Georg, “**Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG**”, The American Journal of Comparative Law, Y. 2015, C. 63, S. 2, s. 493-538.

Roberto Vito/ Trüeb Hans Rudolf, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft (Art. 530 – 771 OR) inkl. VegüV**, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2016. (*‘CHK/ Bölüm Yazar(lar)ı’*)

Rock Edward, **“For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose”**, ECGI Law Working Paper No. 515/2020, European Corporate Governance Institute, 2020. (Kaynak: SSRN; E.T. 13.11.2020)

Roth Markus, **Related Party Transactions**, 2016. (Kaynak: <https://ssrn.com/abstract=2710128>; E.T. 17.02.2021)

Ryngaert Michael/ Thomas Shawn, **“Not All Related Party Transactions (RPTs) Are the Same: Ex-Ante Versus Ex-Post RPTs”**, Journal of Accounting Research, Y. 2012, C. 50, S. 3, s. 845-882. (*Ex-Ante versus Ex-Post*)

Ryngaert Michael/ Thomas Shawn, **“Related Party Transactions: Their Origins and Wealth Effects”**, 2007. (Kaynak: SSRN; E.T. 17.02.2021) (*Wealth Effects*)

Sadak Murat, **Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, İstanbul: Legal, 2016.

Saruhan Gözde, **“Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”**, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2014, C. 88, S. 2, s. 412-428.

Schmidt Dominique, **Les conflits d'intérêts dans la société anonyme**, Version nouvelle, Paris: Joly, 2004.

Sevi Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası**, Ankara: Seçkin, 2013. (*Sermayenin Oluşturulması*)

Sezgin Ayşegül, **“Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2006, C. 12, S. 1-3 (Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan), s. 365-381.

Siegel Jordan/ Choudhury Prithwiraj, **“A Reexamination of Tunneling and Business Groups: New Data and New Methods”**, The Review of Financial Studies, Y. 2012, C. 25, S. 6, s. 1763-1798.

Siems Mathias M., **“Shareholder Protection Around the World (Leximetric II)”**, Delaware Journal of Corporate Law, Y. 2008, C. 33, S. 1, s. 111-148.

Sinan Osman Bahadır/ Tok Ahmet, **“Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilere Sağlanan Mali Haklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Etkinliğinin Artırılması ve Konunun Sermaye Piyasası Kanunu’nun Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı Açısından Değerlendirilmesi”**, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Y. 2020, C. 9, S. 35, s. 795-832.

Songur Damla, **Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Sönmez Yusuf Ziyaeddin, **“TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO’da Malvarlığının Korunması Sorunu”**, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 265-277. (*‘İlişkili Taraf İşlemleri’*)

Sönmez Yusuf Ziyaeddin, **“Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı – Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar”**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2018, C. 4, S. 2, s. 263-325. (*‘Yönetim Kontrolü Kavramı’*)

Spadin Marco, **Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards – IFRS (IAS 24)**, Zürich/ St. Gallen: Dike, 2008.

Sulu Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

Suryani Arna/ Putri Hana Tamara, **“The Effect of Related Party Transactions through Opportunistic Behaviour Management to Increase Firm Value”**, Journal of Finance and Banking Review, Y. 2019, C. 4, S. 2, s. 64-72.

Şahin Dilek, **TFRS (TMS 1, TMS 2, TMS 7, TMS 18, TMS 24, TMS 40) ve SPK Muhasebe Standartlarının IFRS ile Karşılaştırılması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2007.

Şehirali Çelik Feyzan Hayal, **Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler**, Ankara: BTHAE, 2008.

Şener Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2017.

Tamer Ahmet, “**Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı’ (TTK. m. 358)**”, TBB Dergisi, Y. 2012, S. 102, s. 93-114.

Tareq Mohammad/ Houqe Muhammad Nurul/ van Zijl Tony/ Taylor Dennis William/ Morley Clive, “**Discriminatory related party transactions: a new measure**”, International Journal of Accounting & Information Management, Y. 2017, C. 25, S. 4, s. 395-412.

Tarhan Damla Gül, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

Taşkın Yasemin, **Transfer Fiyatlandırmasında Emsallere Uygunluk İlkesi**, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2012.

Tekinalp Ünal, “**Bağlı Yönetim Kurulunun ‘Kayıp’la İlgili Sorumluluğu**”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 613-626. (*‘Kayıpla İlgili Sorumluluk’*)

Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat, 2015. (*‘Sermaye Ortaklıkları’*)

Tekinalp Ünal, “**Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 1681-1699. (*‘Sermayenin Korunması İlkesi’*)

Tekinalp Ünal, “**Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/ TMS-TFRS**”, Batider, Y. 2007, C. XXIV, S. 2, s. 33-66. (*‘IFRS/TMS-TFRS’*)

Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin, **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Açıklamalı Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat, 2018.

Tekinay Selâhattin Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Halûk/ Altop Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul: Filiz, 1993.

Tennant David/ Tracey Marlon, “**Explaining related party transactions in commercial banking: looted lending and information-based investments**”, *Applied Financial Economics*, Y. 2013, C. 23, S. 19, s. 1509-1530.

Teoman Ömer, “**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?**”, *Batider*, Y. 2010, C. XXVI, S. 4, s. 5-14. (*‘Müzakerelere Katılma Yasağı’*)

Teoman Ömer, “**Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı – SerPK 15/VI’nın Uygulanma Koşulları –**”, *Tüm Makalelerim Cilt III: 2002-2010 –İstanbul Üniversitesi’nde İkinci Dönem–*, İstanbul: Vedat, 2010, s. 240-243. (*‘Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı’*)

Teoman Ömer, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi**”, *Batider*, Y. 2010, C. XXVI, S. 3, s. 5-16. (*‘Değerlendirme’*)

Teoman Ömer, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı**”, *Batider*, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 5-24. (*‘Oy Hakkı’*)

Teoman Ömer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara: BTHAE, 1983. (*‘Oy Hakkından Yoksunluk’*)

Tercier Pierre/ Pichonnaz Pascal/ Develioğlu Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Tokcan Fahriye Pelin, **Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

Toraman Çolgar Emek, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul: On İki Levha, 2019. (*‘Borçlanma Yasağı’*)

Toraman Çolgar Emek, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkının Özellikleri ve Kullanılması**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 1707-1749. (*‘Oy Hakkı’*)

Tröger Tobias H., “**Germany’s Reluctance to Regulate Related Party Transactions**”, *The Law and Finance of Related Party Transactions* (Ed. Luca

Enriques/ Tobias H. Tröger), Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 426-451.

Tu Guoqian/ Yu Frank, “**Tunneling or Not? The Change of Legal Environment on the Effect of Post-Privatization Performance**”, Journal of Business Ethics, Y. 2015, S. 129, s. 491-510.

Tuğ Mehmet Arif, “**Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve Türk Hukukundaki Yansımaları**”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 5, S. 1, s. 203-227.

Türkyılmaz İsmail, **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, İstanbul: On İki Levha, 2015. (*‘Pay Alım Teklifi’*)

Ulusoy Erol, **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**, Ankara: Yetkin, 2005. (*‘Şirketle İşlem Yapma Yasağı’*)

Ulusoy Erol, “**Şirketler Hukukunda İbranın Hukukî Niteliği**”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara: Turhan, 2003, s. 253-282. (*‘İbranın Hukuki Niteliği’*)

Uygun İbrahim Doğuhan, **Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hâkimiyet**, İstanbul: On İki Levha, 2015.

Üçışık Güzin/ Çelik Aydın, **Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt**, Ankara: Adalet, 2013. (*‘Anonim Ortaklıklar Hukuku’*)

Ülgen Hüseyin/ Helvacı Mehmet/ Kaya Arslan/ Nomer Ertan N. Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul: Vedat, 2019.

Veziroğlu Cem, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

Vischer Markus, “**Art. 678**”, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Fankhauser), 3., überarbeitete Auflage, Zürich: Orell Füssli, 2016.

Vischer Markus/ Galli Dario, “**Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung**”, SJZ, Y. 2019, C. 115, S. 1, s. 5-14.

Von Büren Roland/ Stoffel Walter/ Weber Rolf, **Grundriss des Aktienrechts**, 3. Auflage, Zürich: Schulthess, 2011.

Von der Crone Hans Caspar/ Mauchle Yves, “**Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR**”, SZW (RSDA), Y. 2015, S. 3, s. 199-208.

Von Goethe Johann Wolfgang, **Genç Werther’in Acıları** (çev. Nihat Ülner), İstanbul: Can Yayınları, 2020.

Wong Raymond M. K./ Kim Jeong-Bon/ Lo Agnes W.Y., “**Are Related-Party Sales Value-Adding or Value-Destroying? Evidence from China**”, Journal of International Financial Management & Accounting, Y. 2015, S. 26, s. 1-38.

Wymeersch Eddy, “**Related Party Transactions under the New Belgian Company Law**”, Financial Law Institute Working Paper 2020-02, Ghent University, 2020.

Yağmur Setenay, **Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Yalçın Zülkif/ Susmuş Türker, **TMS/ TFRS Standartlarının Oluşmasında Etkili Olan Muhasebe Unsurlarının Tarihsel Gelişimi ve Bazı Standartların Uygulanmasına Yönelik Örnek Çözümler**, Konya: Eğitim, 2020.

Yanlı Veliye, “**Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 6, S. 2, s. 459-472. (‘*Önemli Nitelikteki İşlemler*’)

Yanlı Veliye, “**Hâkimiyet Sözleşmeleri**”, REGESTA, Y. 2013, C. 3, S. 1, s. 3-17. (‘*Hâkimiyet Sözleşmeleri*’)

Yanlı Veliye, “**Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı**”, Batider, Y. 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 29-44. (‘*Finansal Destek Yasağı*’)

Yanlı Veliye, **Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması**, İstanbul: Beta, 2005. (*‘Kamunun Aydınlatılması’*)

Yanlı Veliye, **“İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda ‘İşbölümü İlkesi’ ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 261-277. (*‘İşbölümü İlkesi’*)

Yanlı Veliye/ Okutan Nilsson Gül, **“Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 771-789.

Yıldız Şükrü, **Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara: Seçkin, 2004.

Yılmaz Asuman, **“Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi”**, Batider, Y. 2015, C. XXXI, S. 2, s. 99-128.

Yongalık Aynur, **Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio)**, Ankara: BTHAE, 2010.

Yoon Kyoung-Soo/ Jin Yangsoo, **“Related party transactions, agency problem, and exclusive effects”**, European Journal of Law and Economics, Y. 2021, C. 51, S. 1, s. 1-30.

Yüce Aydın Alber, **“Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”**, REGESTA, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 61-80.

Yüksel Sinan H., **“Norma ve Uygulamaya Yansımaları ile Sermayenin Korunması İlkesi”**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (Ed. Havva Karagöz/ F. Beril Özcanlı/ Seda Palanduz), 20-22 Temmuz 2020, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 123-151. (*‘Sermayenin Korunması İlkesi’*)

Zengin İbrahim Çağrı, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

Zevkliler Aydın/ Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**,
18. Bası, Ankara: Turhan, 2018.



ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Rifat CANKAT
Tez Başlığı : Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri
Savunma Tarihi : 30 / 11 / 2021
Danışman : Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU (Danışman)

Prof. Dr. Mehmet HELVACI

Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN

Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü